

Las reglas particulares de la responsabilidad contractual

SUMARIO: PRELIMINAR.—A) OBLIGACIONES DE DAR: 1. *Obligaciones genéricas y pecuniarias*. 2. *Obligaciones de entregar cosa determinada. El problema de la custodia*.—B) OBLIGACIONES DE HACER: 1. *Obligaciones de medios y de resultado*. 2. *En particular, las prestaciones profesionales*.—C) OBLIGACIONES DE NO HACER.—D) LOS CASOS DISCUTIDOS: 1. *Los supuestos del «receptum»*: a) Consideraciones generales. b) En particular, la responsabilidad por custodia en hoteles y establecimientos asimilados: b-1) La responsabilidad de «fondistas y mesoneros» en el Código Civil. b-2) Notas acerca del régimen europeo uniforme de responsabilidad de los hoteles y establecimientos asimilados. c) En particular, la responsabilidad de las entidades bancarias en el servicio de las cajas de seguridad. Evolución en la jurisprudencia italiana. 2. *Transporte de personas*. 3. *La responsabilidad del deudor por sus auxiliares*: 3-1. Significado, fundamento y presupuestos del principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares. 3-2. La responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el Derecho español. 3-3. ¿Responsabilidad del deudor inculpable aun en ausencia de culpa de su auxiliar? 4. *El comodato y otros supuestos calificados como de garantía*.—RECAPITULACION.

PRELIMINAR

En el curso emprendido de una investigación renovadora acerca del alcance y significado de las reglas legales de responsabilidad contractual en el Código Civil español, se han abordado ya las reglas generales contenidas en los artículos 1.101 y siguientes y 1.182 y siguientes (1). Ahora queda, con arreglo al plan de trabajo previamente trazado (2), el examen de las

(1) Cfr. la serie de tres estudios publicada en el *ADC*: «Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código Civil español», 1984, págs. 109 y sigs.; «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», y «El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento» (estos dos últimos, en trámite de publicación).

(2) Cfr. «Consideraciones preliminares», cit., pág. 155.

reglas de responsabilidad en los supuestos particulares de relaciones obligatorias.

Este examen de las reglas particulares de responsabilidad, reviste una especial importancia e interés, en la medida en que la tradicional dificultad del estudio del incumplimiento y de las reglas de responsabilidad-exoneración del deudor, ha sido la de la armónica coordinación de las reglas generales con las específicas de las particulares relaciones obligatorias.

Por ello, es especialmente revelador el poder explicar, desde la interpretación previamente alcanzada de las reglas generales, las reglas particulares, y, especialmente, de aquellas que desde la óptica de la doctrina tradicional de la culpa, se presentan como excepcionales, es decir, como situadas al margen del sistema general que se pretende asentar sin más sobre la culpa. El poder explicar estas pretendidas excepciones como aplicación normal de las reglas generales, constituye un paso decisivo para constatar la exactitud de la interpretación de ellas propuesta, y para rechazar como distorsionante la lectura tradicional que de las mismas se hace.

A) OBLIGACIONES DE DAR

1) OBLIGACIONES GENÉRICAS Y PECUNIARIAS

En el seno de las obligaciones de dar que tienen como objeto una cosa determinada sólo en el género, se han venido afirmando repetidamente principios en orden a la responsabilidad del deudor, que contradicen la doctrina tradicional de la culpa, como consecuencia de la no menos tradicional vigencia de la máxima pacíficamente aceptada de que «*genus nunquam perire censetur*».

La razón de ser de este aforismo aparece clara incluso en la tradición jurídica más antigua que lo consagra. Si el deudor debe entregar una cosa genéricamente determinada (por su peso, medida, cantidad, o de cualquier otro modo que configure un ámbito, más o menos amplio, de cumplimientos posibles homogéneos, *sustituibles*), el deudor está obligado en tanto el género subsista; los impedimentos que afecten a singulares cosas genéricas del deudor, no afectan a la posibilidad de la obligación como tal (de su cumplimiento), que subsiste en tanto el género debido subsista.

El deudor no debe una cosa singular, determinada, susceptible de perecer, sino una cierta cantidad de cosas genéricas que siempre —mientras el entero género no perezca— podrán ser entregadas. Lo debido no

es una cosa singular o varias concretas cosas, sino el género en relación al cual se determinan (3). Por consiguiente, la responsabilidad del deudor se afirma, en tanto el género subsista (en tanto la prestación es posible), por el simple hecho del incumplimiento (no entrega), con independencia de que el deudor haya incurrido o no en culpa. La ausencia de culpa no basta aquí para exonerar al deudor no cumplidor, sino que se requiere la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa a él no imputable (art. 1.182 CC: sin su culpa y antes de constituirse en mora), y como la prestación es posible en tanto queden cosas del género debido, la responsabilidad es lo normal y la exoneración es lo excepcional.

A la vista de estos principios, se comprende la radical incomodidad de la doctrina tradicional para explicar la responsabilidad del deudor de cosas genéricas con independencia del presupuesto (culpa) genéricamente asumido como imprescindible. El equívoco terminológico en que se basaba la teoría tradicional de la culpa hacía crisis en materia de obligaciones genéricas. Asumido el caso fortuito como algo distinto en sede de la extinción de la obligación (en que se requiere la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la ausencia de culpa del deudor), que en sede de exoneración de la responsabilidad contractual (donde basta la ausencia de culpa), el planteamiento desvela su artificiosidad en el ám-

(3) En este sentido, son especialmente claros los fragmentos de CUJACIO y DONNELLO reproducidos por OSTI (*vid.* «Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione», en *Riv. Dir. Civ.*, 1918, págs. 209 y sigs., 313 y sigs., 417 y sigs., y allí, págs. 355 y sigs., y «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, págs. 593 y sigs., y allí, pág. 603). El primero decía: «... perempta ea pecunia, vel etiam consumptis omnibus bonis debitoris incendio, vel alio graviore casu, non ideo videtur perisse quod debet: nec enim debet certum corpus, sed quantitatem, quae solo intellectu percipitur, nec perire potest... at perempta pecunia mutua, amissis omnibus bonis debitoris, non dicetur perisse quod debet creditori. Itaque obligatio permanet».

El segundo, igualmente claro: «Summa ergo haec sit, si res debita non perit, debitorem nullo interitu rerum suarum liberari, etiamsi omnibus fortunis exciderit».

A conclusiones sustancialmente idénticas llegaba POTHIER en su *Tratado de las obligaciones* (3, VI, n. 658, ed. española, Buenos Aires, 1978, pág. 413), cuando decía, explicando el aforismo *genus non perit*, que el dinero o los efectos del género perecidos no son la cosa debida. Si lo que se debe, dice POTHIER, es una suma de dinero, siendo indeterminada, no puede perecer. Para los antecedentes históricos del aforismo *genus nunquam perit*, debe verse, con lujosa erudición histórica, el importante estudio de CAFFARENA: «Genus nunquam perit», en *ADC*, 1982, páginas 291 y sigs., y allí, págs. 298 y sigs. Allí nos encontramos (cfr. *op. cit.*, pág. 309, nota 50), por lo que se refiere al Derecho español, un claro fragmento de ANTONIO GÓMEZ: «Si vero est promissio generica, peremptis rebus contentis sub genere, non perit ipsa obligatio, quia genus perire non potest». Y GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1.160 del Proyecto de 1851 (antecedente del actual art. 1.182 del Código Civil), dirá, glosando la expresión *cosa cierta y determinada* en él contenida, «porque la cantidad y el género nunca perecen».

bito de las obligaciones genéricas, en donde no puede menos que conectarse lo que (sólo) terminológicamente se había separado. De este modo se explica que en Italia la doctrina mercantilista intérprete del artículo 61 del antiguo *Codice di commercio*, que consagraba el aforismo tradicional (4), no pudiese menos que considerarlo como una excepción respecto de la regla general de los artículos 1.225 y 1.226 del *Codice civile* de 1865 (5), que se entendían en la doctrina común como sancionadores de un caso fortuito asimilado, a los efectos exoneratorios, a la ausencia de culpa (6).

En nuestro Derecho vigente, pese a la inexistencia de una norma en el Código Civil que lo acoja de modo expreso, el principio tradicional tiene aplicación en el ámbito de la responsabilidad contractual del deudor de cosas genéricas. Así lo demuestra la constante aplicación que de él hacen la doctrina común y la jurisprudencia, que lo desprenden *a contrario* de lo dispuesto en el artículo 1.182 del Código Civil (7). En

(4) Art. 61 del Cod. Comm. it. de 1882: «Se le merci vendute sono dedotte in contratto soltanto per quantità, specie e qualità, senz'altra indicazione atta a designare un corpo certo e determinato, il venditore é obbligato a consegnare nel tempo e nel luogo convenuti, la quantità, la specie e la qualità promesse, quantunque le merci che fossero a sua disposizione ad tempo del contratto, o che egli si fosse procacciato in appresso per l'adempimento di esso, siano perite o ne sia stato per qualsiasi causa impedito l'invio o l'arrivo».

(5) Art. 1.225 del C. Civ. it. de 1865: «Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorchè non sia per sua parte intervenuta mala fede».

Art. 1.226 del C. Civ. it. de 1865: «Il debitore non é tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato».

(6) Cfr. VISINTINI: «Dottrine civilistiche della responsabilità contrattuale e riflessi marittimistici», en *Dir. Mar.*, 1976, págs. 359 y sigs., y allí, págs. 367 y sigs., y en *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, págs. 12 y sigs. En cambio, OSTI («L'art. 61 C. Com. e il concetto di sopravvenienza», en *Riv. Dir. Comm.*, 1916, I, págs. 341 y sigs.), que partía de una correcta lectura de los artículos 1.225 y 1.226 del Código Civil italiano de 1865, consideraba el artículo 61 del Código de Comercio como una normal aplicación en el ámbito mercantil de los principios comunes en tema de responsabilidad contractual (cfr. *ibidem*, págs. 353 y sigs.).

(7) Cfr.: CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 293; SÁNCHEZ CALERO (F. J.): «Las obligaciones genéricas», en *RDP*, 1980, págs. 644 y sigs., y allí, especialmente, págs. 654 y sigs.; HERNÁNDEZ GIL (A.): *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983 (nueva edición), págs. 138 y sigs.; Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1983 (2.ª ed.), págs. 496 y sigs., y también págs. 712-3; GONZÁLEZ PORRAS, comentario al artículo 1.182 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), tomo XVI, vol. I, Madrid, 1980, págs. 269-70; VATTIER FUENZALIDA: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, págs. 132-3; PINTÓ RUIZ, voz «Incumplimiento de las obligaciones civiles», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XII, Barcelona, 1965, página 199; TORRALBA SORIANO: «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», en *ADC*, 1971, pág. 1154; ALBALADEJO: *Derecho civil*,

cambio, el legislador (arts. 1.452 CC; 333-4 CCom) hace aplicación expresa del principio en materia de riesgos en el contrato de compra-venta, de forma que en la venta de cosas genéricas es el vendedor quien asume el riesgo de su perecimiento hasta que no se haya producido la individualización o concreción de las que han de entregarse (8).

II, 1, Barcelona, 1983 (7.ª ed.), págs. 48-9; LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, II, 1, Barcelona, 1977, pág. 48; ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, III, Madrid, 1983 (6.ª ed.), págs. 61 y sigs.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, I, 2, Barcelona, 1976, págs. 239 y sigs., y 430-1; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1967 (10.ª ed.), págs. 126-7; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1983 (4.ª ed.), págs. 207 y sigs.; COSSÍO: *Instituciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1977 (2.ª ed.), págs. 226-7.

En Italia, cfr.: TRABUCCHI: *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, 1978 (23.ª ed.), página 559; Mosco: voz «Impossibilità sopravvenuta della prestazione», en *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, págs. 405 y sigs., y allí, pág. 428; TRIMARCHI: *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1981 (5.ª ed.), págs. 344 y sigs.; GALGANO: *Diritto privato*, Padova, 1983 (2.ª ed.), págs. 195 y sigs.; BARASSI: *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964 (2.ª ed.), III, págs. 317 y sigs.; NATOLI: *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1962, págs. 68 y sigs.; MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1979, pág. 222; COTTINO: *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, páginas 176 y sigs.; ROPPO: *Il contratto*, Bologna, 1977, pág. 254; BIANCA: «Dell'inadempimento delle obbligazioni», en el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979 (2.ª ed.), págs. 107 y sigs., entre otros.

En cambio, las consecuencias del aforismo sí se han recogido directamente en el BGB alemán, en el que en su parágrafo 279, en traducción de MELÓN INFANTE, se nos dice: «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*: imposibilidad subjetiva del deudor) a la prestación, incluso si no le es imputable a culpa alguna».

Sobre la génesis histórica de este parágrafo (la distinción entre imposibilidad objetiva y subjetiva en la pandectística alemana) y el desarrollo doctrinal posterior, *vid.*, ampliamente, CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 295 y sigs. Sobre las obligaciones genéricas en la doctrina alemana, *vid.* LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982 (13.ª ed.), págs. 139 y sigs.; ESSER-SCHMIDT: *Schuldrecht*, I, Heidelberg, 1984 (6.ª ed.), págs. 190 y sigs.

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, está, en primer lugar, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1944 (RA 893), que, en un caso de obligación de entregar cierta cantidad de aceite, habiéndose destruido por causa de la guerra civil la partida que el deudor había separado (unilateralmente) para el cumplimiento, establece: «... que la fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce, en principio, efectos extintivos por imposibilidad absoluta y permanente del cumplimiento, en atención a que el género no perece». En la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1951 (RA 581), por su parte, se nos dice: «que, como aparece a contrario sensu del artículo 1.182 del Código Civil, en las obligaciones genéricas el acreedor no soporta el perecimiento de las cosas u objeto de la obligación; de donde se sigue, en lo que afecta a la cuestión debatida en el presente litigio, que no individualizado el aceite objeto del depósito, no puede el deudor del mismo alegar la imposibilidad de cumplimiento de la prestación invocando la existencia de fuerza mayor». Finalmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1962 (RA 4612), se establece: «la deuda o prestación de cosas genéricas, como el género a que pertenece, no perece; el deudor responde frente al acreedor de la pérdida, por lo menos hasta que se delimiten o individualicen en número y calidad».

(8) En realidad, como evidencia CAFFARENA, *op. cit.*, págs. 344 y sigs., la regla

El principio tradicional, a la luz del Derecho vigente, conserva todo su sentido y eficacia, según se desprende de las normas generales. Es precisamente su encaje normal en éstas el que permite su subsistencia, no obstante la falta de una norma expresa que lo consagre. Norma que no existe, porque no es necesaria, porque, resueltos los equívocos de la doctrina tradicional, el principio contenido en el repetido brocardo deja de ser excepcional.

El sentido del «*genus non perit*» es hoy el siguiente. Siendo, como es, la norma general (arts. 1.105 y 1.182 ss. CC) que el deudor responde por el mero incumplimiento en tanto subsista la obligación, y que deja de responder cuando prueba que ésta se ha extinguido por sobrevenida imposibilidad de la prestación por causa a él no imputable, ello significa que el deudor de cosa genérica ha de probar para no responder de su falta de cumplimiento —junto a la no imputabilidad a él de la causa que la determina— la imposibilidad (sobrevenida) de la prestación. Prueba de la imposibilidad que, por referirse a la prestación, se excluye cuando, con independencia de la diligencia del deudor, subsisten cosas del género debido, pues el contenido de la prestación se determina por el género y no por las cosas perecidas.

del artículo 1.452, 3.º, del Código Civil en la parte en que es aplicación del aforismo tradicional *genus non perit*, no funciona como una verdadera regla de riesgo, simplemente significa que, en tanto subsistan cosas del género debido, el vendedor no se libera de su obligación de entregar, a pesar de la destrucción inculpable de las que tuviera dispuestas para el cumplimiento, porque la obligación no se ha hecho imposible; en cambio, presupuesto de la cuestión del riesgo es que hecha imposible la obligación de entrega sin culpa del deudor-vendedor, y liberado éste, por tanto, de la misma, decidir si el comprador ha de abonar o no su precio. Por eso, mientras el género subsista (mientras la prestación sea posible), la cuestión del riesgo no llega, en puridad, a plantearse.

Sólo existe una verdadera regla de riesgo cuando la obligación genérica (como tal, es decir, antes de la individualización) se hace efectivamente imposible (por destrucción del entero género o por otra causa) sin culpa del deudor-vendedor; entonces, dice el artículo 1.452, 3.º, del Código Civil, el riesgo lo soporta el vendedor (es decir, no recibe el precio), a no ser que el comprador haya incurrido en mora (*creditoris*).

Sobre la cuestión de los riesgos en general, *vid.* ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972; COSSÍO: «Los riesgos en la compraventa civil y en la mercantil», en RDP, 1944, págs. 361 y sigs., y «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», en ADC, 1953, páginas 597 y sigs.; PINTÓ RUIZ: «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», en RJC, 1975, págs. 693 y sigs.; BADENES GASSET: *El contrato de compraventa*, I, Madrid, 1969, págs. 278 y sigs.; ALBALADEJO: *Derecho civil*, II, 2, Barcelona, 1982 (7.ª ed.), págs. 49 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, páginas 34-5; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., págs. 372 y sigs.; LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, II, 3, Barcelona, 1979, págs. 15-6; ESPÍN: *Manual*, cit., páginas 569 y sigs.; COSSÍO: *Instituciones...*, cit., págs. 356 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1981 (11.ª ed. revisada por FERRANDIS VILELLA), págs. 100 y sigs.

Estas consecuencias derivan, sin más, de los artículos 1.105 y 1.182 del Código Civil, así como de ellos también deriva que si lo que perece es una cosa genérica ya individualizada, hay verdadera imposibilidad (perece la cosa debida, la obligación ha dejado de ser genérica), y que también hay imposibilidad si, tratándose de un *genus limitatum*, todo él viene a perecer (igualmente perece aquí lo debido) (9).

Que el deudor responda aun sin culpa suya en tanto el género subsista (en tanto la prestación sea posible), no es más que una consecuencia normal del establecimiento del límite de la responsabilidad contractual en la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor. En tanto la prestación es posible, no puede haber liberación (extinción de la obligación); si no hay ésta, hay incumplimiento, y habiendo éste, hay responsabilidad. De este modo, faltando el elemento objetivo del hecho liberatorio (la imposibilidad sobrevenida de la prestación), aquel otro subjetivo (la no imputabilidad al deudor de la causa que la determina) no viene siquiera en consideración, pues la no imputabilidad sólo tiene sentido con referencia a la imposibilidad, y ésta, por definición, no existe en tanto el género persista. Por ello, el deudor no cumplidor de una obligación de dar cosas genéricamente determinadas responde, sin más, en tanto el género subsista, sin que llegue a considerarse la cuestión de su diligencia, de su ausencia de culpa *ex* artículo 1.182 del Código Civil (10).

Esta responsabilidad del deudor de cosas genéricas, no obstante la pérdida de singulares cosas genéricas sin su culpa, tiene, además, una justificación económica (11). En efecto, hasta el momento de la entrega o de la individualización de las cosas genéricas, el deudor goza de un amplio margen de maniobra para predisponer el cumplimiento en el

(9) Ejemplo de POTHIER (3, VI, 659, *op. y loc. cit.*): alguien debe un tonel de vino de los que en la actualidad tiene en su casa; en tanto le quede uno, la obligación subsistirá, pero se extinguirá si se pierden todos (sin su culpa, añadido). Por su parte, GARCÍA GOYENA, en su comentario al citado artículo 1.160 del Proyecto de 1851, pone dos ejemplos de las fuentes romanas: «pecunia, quae in arca est, vel vinum quod in apothecis est». «Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint: nihil debetur» (D. 30, 30, y 45, I, 37).

(10) Así podemos decir, como CAFFARENA con relación a la doctrina del riesgo (*op. cit.*, pág. 346), que el régimen de responsabilidad contractual de las deudas genéricas no responde a unas reglas propias especiales o excepcionales, sino que es el fruto de aplicar las reglas generales a su propia configuración (a la especial forma de determinación de su objeto).

(11) Cfr. TRIMARCHI: *Istituzioni...*, cit., págs. 344-5; ROPPO, *op. cit.*, páginas 254-5; VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., pág. 357. Por su parte, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 138, dice que el ensanchamiento (de hecho) de la esfera de responsabilidad del deudor en las obligaciones genéricas, es la *contrapartida* de su mayor libertad en las mismas a los fines del cumplimiento.

modo que le resulte más conveniente. Puede adquirir las cosas destinadas a la entrega en el momento que le resulte más favorable; puede almacenarlas o realizar transacciones con ellas, especulando con las oscilaciones de su precio hasta la fecha de la entrega. Frente a este poder de decisión que tiene el deudor, el acreedor de la entrega, por el contrario, es por completo ajeno a las operaciones que el deudor realiza hasta el momento de la misma o de la individualización, operaciones que, en definitiva, escapan a su control. Es, pues, coherente, que quien tiene el poder de elección y maniobra sufra los riesgos a ese poder inherentes, y que quien, por el contrario, es a él ajeno no sufra sus riesgos, así como no disfruta de sus ventajas.

Visto aquello que significa «*genus non perit*», veamos aquello que no significa. No significa que una obligación genérica no pueda devenir imposible si no es con el perecimiento material, físico, de todo el género debido. Baste pensar, para desmentir este equívoco, en el caso de la puesta fuera del comercio de un determinado género por la autoridad competente (12). También hay verdadera imposibilidad cuando con arreglo a un juicio de buena fe (arts. 7.º, 1, y 1.258 CC, y art. 57 CCom), la prestación deviene inexigible, porque, de mantenerse la obligación, el contenido de la prestación se alteraría sustancialmente, al deber incluirse en la misma actividades y medios que no entran en lo que, con arreglo a buena fe, es normal, y que configurarían, de admitirse, una prestación diversa (la mercancía prometida es objeto de una prohibición de importación, y sólo se halla en un país remoto).

Pero, además, «*genus non perit*» tampoco significa que la prestación no pueda devenir imposible si no es con relación al género debido (13). Junto a la imposibilidad referida a las cosas (perecimiento,

(12) Así lo pone también de manifiesto DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 498: «Por otro lado, debe señalarse que la idea de la imposibilidad de la prestación es más amplia que la de perecimiento o pérdida de la cosa. El perecimiento o pérdida de la cosa es, sin duda, una de las formas —la más saliente— de la imposibilidad de la prestación de dar, pero no la única. La prestación puede devenir imposible, por resultar legal o físicamente imposible la entrega, aun cuando las cosas pertenecientes al género no hayan perecido... Por ejemplo: queda prohibido el comercio de una determinada mercancía a virtud de una disposición administrativa». En este mismo sentido, cfr. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 655; CAFFARENA, *op. cit.*, página 295, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 240.

(13) *Vid.* COTTINO, *op. y loc. cit.*; COMPORTI: «Risoluzione del contratto di lavoro per impossibilità dell'imprenditore?», en *For. it.*, 1961, I, col. 1009 y sigs., y allí, col. 1015 y sigs.; MENGONI: «Inadempimento delle obbligazioni (1943-1946). Rassegna critica di giurisprudenza», en *Temì*, 1946, págs. 566 y sigs., y allí, páginas 569-70; OSTI: «Revisione...», *cit.*, pág. 219. Así, MENGONI (*op. y loc. ult. cit.*): «Ma il principio non è tanto quello dell'estinzione per perimento del oggetto, quanto piuttosto per sopravvenuta impossibilità del contenuto, cioè del comportamento dovuto del debitore; il perimento è solo una delle cause, la più frequente ma non esclusiva, di codesta impossibilità».

prohibición) está la que se refiere a la prestación como actividad personal debitoria, necesaria para cumplir en todo caso (también en las obligaciones de dar). Se trata de supuestos aparentemente excepcionales en relación a los primeros, pero no por ello menos efectivos en tanto que impeditivos del cumplimiento (por ejemplo, aislamiento por temporal, enfermedad grave). Para que este tipo de eventos tengan eficacia impeditiva del cumplimiento, no basta con que afecten al deudor, sino, además, a la posibilidad de designar un sustituto. Se tratará —cuando no sean imputables al deudor: *ex art. 1.182 CC*— casi siempre de impedimentos temporales, justificativos del retardo en el cumplimiento (entrega) (14). En los últimos tiempos, este tipo de impedimentos temporales de la actividad de cumplimiento, no sólo no son excepcionales, sino que constituyen la regla (se piense sólo en el caso de las huelgas, especialmente de transportes).

Por otra parte, si la imposibilidad de la obligación genérica referida a su objeto no se agota en el perecimiento físico del género (cabe una imposibilidad «jurídica» o referida a la actividad prestacional, o una valoración de buena fe que conduzca a la inexigibilidad de la prestación por la alteración sustancial de su contenido), tampoco las medidas de reacción del ordenamiento se agotan en la imposibilidad de la prestación. Así, cuando, no obstante la posibilidad de la prestación, el mantenimiento del contrato suponga un agravamiento excesivo de sus condiciones económicas, imprevisto y no comprendido en el *alea* normal del contrato, se dará aplicación a la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* o excesiva onerosidad sobrevenida que, con base en la buena fe, conduce a la resolución del contrato o a su reajustamiento equitativo (15).

(14) Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en la famosa Sentencia de 13 de junio de 1944, cit., donde tras establecer la irrelevancia liberatoria, como regla, de la guerra tratándose de obligaciones genéricas, por ausencia de imposibilidad sobrevenida de la prestación, se añade: «pero ésta (la fuerza mayor dimanante de la guerra) produce corrientemente imposibilidad pasajera, con efectos meramente suspensivos, en aquellos casos en que, al cesar la actuación de la fuerza mayor, revive la obligación contraída si llena entonces (todavía) la finalidad buscada por los interesados al tiempo de la celebración del contrato». Se trata entonces de un impedimento, «... constitutivo de simple demora, amparado con efectos liberatorios por la fuerza mayor».

(15) Cfr. PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit., pág. 240; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, páginas 655-6, y CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 295.

El Tribunal Supremo, en el repetido caso de 13 de junio de 1944, paliaba, en segunda sentencia, la aplicación al supuesto de la máxima tradicional (el vendedor-deudor no se liberaba, pues el género —aceite— subsistía), con la reconducción equitativa del contrato, que, de otro modo (después de la guerra civil y la consiguiente escasez de aceite y elevación de su precio, a más de la devaluación de la moneda republicana en que el precio se había pagado), en las nuevas circunstancias, sería excesivamente gravoso para el vendedor. Así, en esta segunda sentencia

Un intento de sustraer las obligaciones genéricas al principio tradicional (en definitiva, al tenor del art. 1.182 CC) es el realizado en Italia por GIORGIANNI (16), quien parte, como es sabido, de la existencia de dos reglas de conducta, medidas ambas en la diligencia, dirigidas a la preservación de la posibilidad de la prestación —art. 1.218 CC it. (17), artículo 1.182 CC— o a la satisfacción de otros intereses del acreedor —art. 1.176 CC it. (18), art. 1.104 CC—, regulándose la responsabilidad del deudor por una u otra, según sea el interés del acreedor prevalente. La primera regla mencionada agotaría la responsabilidad contractual en las obligaciones que tienen por objeto la entrega de una cosa determinada, en las que el interés de la conservación de la misma —habida cuenta de la posibilidad, en tanto la cosa subsista, de su ejecución específica— es prevalente sobre cualquier otro. En el ámbito de la segunda regla de conducta (la del art. 1.176 CC it., 1.104 CC) se produce la progresiva sustitución de un grado de esfuerzo abstracto, por otro en concreto necesario para la satisfacción del interés del acreedor. Esta valoración en concreto no sería sino una aplicación normal de la diligencia (de su carácter *específico*, o sea adecuación al carácter y naturaleza de cada obligación *ex* art. 1.104, 1.º, CC, del que el segundo párrafo del artículo 1.176 CC it. hace aplicación), y no introduciría excepción a la radical separación entre los campos de aplicación de ambas normas (artículos 1.176 CC it., 1.104 CC, y 1.218 CC it., 1.182 CC), de forma que

(RA 893 bis), se nos dice que «no sería equitativo descargar sobre el vendedor exclusivamente el daño de guerra». Así, se procede a la modificación judicial del contrato (reducción de la cantidad de aceite a entregar), con fundamento en la buena fe (art. 1.258 del Código Civil —hoy, además, el art. 7, 1— y 57 del Código de Comercio) y en la ruptura de la equivalencia de prestaciones, que en los contratos onerosos es «elemento de justicia objetiva, implícito en la exigencia de la causa».

Al remedio de la excesiva onerosidad sobrevenida —art. 1.467 del Código Civil italiano—, se acoge en Italia con especial satisfacción BARASSI (*op. cit.*, págs. 321-2), para quien «permane la responsabilità oggettiva del debitore, anche se della merce promessa, non se ne può trovare che... nelle isole Galapagos».

(16) Cfr. GIORGIANNI: *L'inadempimento*, Milano, 1975 (3.ª ed.), págs. 274 y siguientes, y 299 y sigs.; voz «Inadempimento» en *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, páginas 860 y sigs., y allí, págs. 881 y sigs., y 884 y sigs.; AULETTA: «Inadempimento imputabile e non imputabile» (recensión del citado libro de GIORGIANNI), en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1959, págs. 1058 y sigs., y allí, págs. 1062 y sigs.; VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., págs. 46 y sigs., y «Dottrine...», cit., páginas 397 y sigs.

(17) Art. 1.218 del Código Civil italiano: «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».

(18) Art. 1.176 del Código Civil italiano: «Nell'adempire 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».

el límite de la responsabilidad del deudor en estos casos, no llegaría hasta la imposibilidad de la prestación, sino hasta el de una *notevole onerosità*, como se deduciría de las normas del *appalto*, especialmente del artículo 1.664 del Código Civil italiano (19), y de la contemplación del mecanismo de la excesiva onerosidad sobrevenida (art. 1.467 CC it.). Pues bien, entre los supuestos del esfuerzo concreto, coloca GIORGIANNI el caso del industrial o comerciante que se obliga a suministrar mercancías que él, a su vez, se procura a través de su actividad industrial o comercial. La sustracción al rigor del principio tradicional (y al consiguiente límite de la imposibilidad establecido con carácter general en el artículo 1.218 CC it.) se hace por GIORGIANNI a través de la subdistinción de dos actividades diversas de cumplimiento: la actividad preparatoria, dirigida a la adquisición de las cosas destinadas al cumplimiento; y la actividad de custodia de las cosas ya dispuestas para el cumplimiento. En este tipo de relaciones, según GIORGIANNI, la aplicación del esquema de la venta resulta insuficiente, a causa de que al momento de la transmisión se sobrepone el de la actividad preparatoria. De modo que, en vez de aplicar a los dos momentos señalados el límite de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (fruto, según GIORGIANNI, del esquema de la venta romana de cosa específica en que responsabilidad y riesgo se confunden), se aplica sólo con relación al momento conservativo de las cosas ya preparadas y custodiadas con carácter previo a su entrega. En cambio, la actividad dirigida a su adquisición se rige por el principio diverso del esfuerzo concreto (riguroso), idóneo para la satisfacción del interés del acreedor, esfuerzo que se detiene ante dificultades no previstas que sean excesivas, y no sólo ante la imposibilidad.

A ello hay que responder que el riesgo y la responsabilidad permanecen separados; cuestión distinta es si la contraparte de un contrato bilateral traslativo ha de pagar la contraprestación de la cosa enajenada, no obstante su destrucción inculpable (que ha liberado ya de su obligación de entregarla al enajenante), de la de la prueba que ha de dar el enajenante que no cumple el contrato para no responder (20). Prueba

(19) Art. 1.664 del Código Civil italiano: «Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.

Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso».

(20) En el primer caso, se trata de un problema de riesgo de la contraprestación; en el segundo, se plantea si además de perder aquella, la parte incumplidora ha de resarcir los daños causados a la contraparte (riesgo del incumplimiento).

ésta que, con arreglo a los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil (art. 1.218 CC it.), normas generales de la responsabilidad contractual, es la de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor. Prueba de la imposibilidad que se reconduce a la prestación misma, a la entrega o transmisión, mientras que la actividad preparatoria se tiene en cuenta a los efectos de la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida (que será imputable si, por ejemplo, era exigible que el deudor antes de la prohibición de importación retuviera almacenada una cierta cantidad de mercancía para cumplir, en vez de negociar con ella, aprovechando una buena coyuntura de mercado, creada por su rarefacción).

Por otra parte, hay que poner de manifiesto (21) que, en efecto, la excesiva onerosidad constituye un recurso para suavizar el rigor de la imposibilidad (y, por tanto, del principio tradicional) en los contratos de prestaciones recíprocas. Pero se trata de técnicas jurídicas diversas, de forma que no es lícito invocar la excesiva onerosidad en sede del límite de la responsabilidad contractual. Por una parte está el límite de la responsabilidad (arts. 1.105 y 1.182 ss. CC, arts. 1.218 y 1.256 CC it.) idóneo para extinguir la obligación, y por otra, las técnicas (excesiva onerosidad, y en Italia, además, las normas del *appalto*) que, presuponiendo su subsistencia (y precisamente por ello), hacen frente a las alteraciones que inciden sobre la economía del contrato tal como había sido contemplada por las partes, haciendo gravosa en exceso la posición de una de ellas.

Es mérito de GIORGIANNI, sin duda, haber puesto en evidencia que la equiparación en el marco de la venta de la obligación de transferir cosa específica y de la determinada sólo en el género puede producir aberraciones. Pero el problema se resuelve en el marco general de los artículos 1.105 y 1.182 del Código Civil (1.218-1.256 CC it.), a través de la relevancia en la imputación de la imposibilidad sobrevenida de la actividad preparatoria, y no a través de la elevación arbitraria de ésta a contenido de la prestación en el contexto de una separación de ámbitos de dos reglas de responsabilidad diferentes (arts. 1.104 CC-1.176 CC it.

Cfr. VON TUHR: *Tratado de las obligaciones* (trad. de W. ROCES), I, Barcelona, 1934 (1.^a ed.), pág. 43, quien tras hablar de que en las obligaciones genéricas el deudor soporta «los riesgos» de la cosa (no liberación por la destrucción fortuita del objeto destinado a saldar la deuda), añade: «No es éste el sentido en que se habla de riesgos en los contratos bilaterales, y principalmente en el de compraventa, en que no se trata de saber si el deudor (el vendedor) queda o no exento por la destrucción fortuita de la cosa, sino que el problema que se plantea es un problema diferente, propio y peculiar de los contratos bilaterales, a saber: si el deudor, descargado de su obligación, conserva o no el derecho a reclamar la prestación contraria».

(21) Cfr. VISINTINI, *op. y loc. cit.*

y 1.182 CC-1.218 CC it.), que en las transmisiones de cosas genéricas se aplicarían sucesivamente.

La regla de responsabilidad-exoneración es sólo una, y *en tanto que la prestación no sea imposible* el artículo 1.182 del Código Civil (cuya conexión con el 1.105 equivale al art. 1.218 CC ita.) desarrolla la función respecto de las obligaciones genéricas, de excluir la relevancia liberatoria de los impedimentos conexos a la actividad de aprovisionamiento previo a la entrega, que son un riesgo típico de la libertad organizativa del deudor. Así (sin perjuicio de la aplicación del remedio de la excesiva onerosidad) se ha establecido el carácter no liberatorio del cierre del canal de Suez, respecto de las entregas de ciertas partidas de crudo (22).

La configuración del límite de la responsabilidad contractual conforme a la tradición del «*genus nunquam perit*» tiene especial importancia en el caso de las obligaciones pecuniarias, aquellas estadísticamente (y económicamente) más importantes. Es en este campo donde, como consecuencia de la peculiar naturaleza del objeto, se afirma la incondicional responsabilidad del deudor, bien sea porque el dinero como cosa existe siempre y, por consiguiente, una obligación de entregar una cierta suma de dinero no puede devenir nunca imposible, bien sea porque el deudor tiene una esfera de maniobrabilidad y libertad con el dinero que hace que la sobrevenida carencia del mismo le sea siempre imputable. En este campo, pues, sólo son relevantes aquellos impedimentos que, incidiendo sobre la actividad de cumplimiento (ej.: huelgas), justifican el retardo (23).

El propio GIORGIANNI (24), preocupado de reconducir todo incumplimiento a la idea de la culpa, no ha podido menos que dar a las obligaciones pecuniarias una diversa configuración. En estos casos no existe el doble momento de la actividad de aprovisionamiento y la de custodia con sus dos normas respectivas (arts. 1.104 CC-1.176 CC it. y 1.182 CC-1.218 CC it.) de responsabilidad contractual. Así como en las obligaciones genéricas el principio «*genus nunquam perit*» (o lo que es lo mismo, el límite de la imposibilidad sobrevenida) se aplica sólo una vez que el deudor ha adquirido las cosas para el cumplimiento o cuando, sin ser necesaria la actividad de adquisición, el deudor tiene la entera

(22) Cfr., para las citas de la jurisprudencia italiana, VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., pág. 358, y ROPPO: «Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e 'frustration of contract' (in margine ad un caso di Suez)», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, págs. 1239 y sigs.

(23) Cfr. TRIMARCHI: *Istituzioni...*, cit., págs. 345-6; BARASSI, *op. cit.*, páginas 322-3; BIANCA, *op. cit.*, págs. 104 y sigs.; Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 712-3; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 508.

(24) Vid. *L'inadempimento*, cit., págs. 299 y sigs., y voz cit., págs. 884 y sigs.; confróntese también AULETTA, *op. cit.*, págs. 1063 y sigs.

disponibilidad del género (limitado), en las obligaciones pecuniarias, según GIORGIANNI, no se aplica en absoluto. Y ello, porque en este campo la consideración del valor se sobrepone a la de la materia o cosa en que el dinero se concreta, de forma que si cambia la moneda (se extingue el *genus*) se debe la misma suma en moneda nueva que resulte de su equivalencia con la moneda antigua (art. 1.277 CC it.; en España, arg. *ex* artículo 1.170 CC). No vale, pues, la regla del artículo 1.182 del Código Civil (1.218 CC it.), pero tampoco la del artículo 1.104 (1.176 CC italiano), pues la idea de la actividad, del esfuerzo para satisfacer el interés creditorio, es también superada por la consideración económica del valor debido. La actividad del deudor tiene un carácter manifiestamente instrumental respecto al verdadero objeto del interés del acreedor constituido por la suma de dinero, de forma que el acreedor pecuario tiene, más que un derecho a una actividad del deudor, un derecho a una porción de su patrimonio. Esta irrelevancia de la culpa del deudor —salvo a los efectos del retardo— encontraría su explicación en la prevalencia de la garantía patrimonial sobre la actividad del deudor (25).

(25) También LACRUZ (*Elementos...*, II, 1, cit., pág. 51) parece partir de una configuración excepcional del régimen de responsabilidad de las deudas pecuniarias: «... dinero existe siempre, como unidad de cuenta, aunque no lo posea el deudor (insolvencia) o haya cambiado el sistema monetario, o incluso si se destruyeran todas las unidades monetarias del país.

Esto supuesto, queda claro que la deuda pecuniaria no es una obligación genérica en sentido estricto, ya porque no le alcanza la hipótesis del perecimiento de todo el género, ni ofrece otra posibilidad de individualización anterior al pago que la consignación cuando proceda, o porque en ella, por definición, no puede producirse el supuesto de diferencias de calidades dentro del posible objeto prestable. Constituye una variedad autónoma, caracterizada por su objeto imperecedero, homogéneo, y dotado de valor extrínseco: una obligación rigurosamente determinada por el juego de la cantidad y del sistema monetario».

Análogamente, LARENZ (*op. cit.*, págs. 156 y sigs.), sobre el carácter no genérico de la obligación pecuniaria (de suma).

Este carácter especial del dinero como objeto de la obligación pecuniaria (de suma) explica que la prestación dineraria no pueda devenir nunca imposible (siempre habrá unidades de cuenta para pagar la suma debida) y, por tanto, la incondicionada responsabilidad del deudor pecuario no cumplidor, pero *no* supone un régimen específico de responsabilidad contractual, pues aquella incondicionada responsabilidad se deriva precisamente de la aplicación de las reglas generales (artículos 1.105 y 1.182 y sigs. del Código Civil) a una obligación, que *ella sí* es peculiar en cuanto a su objeto.

Asimismo, Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 712-3, configura la responsabilidad en las deudas pecuniarias y genéricas como excepcional: «Como ha sido muchas veces señalado por la doctrina, las obligaciones pecuniarias quedan sustraídas a la mayor parte de los principios sobre la responsabilidad del deudor... Es ésta, en la práctica, una responsabilidad objetiva que, fundada sobre una larga tradición, aparece más conforme con la peculiar estructura jurídica de la obligación pecuniaria».

Este autor (*ibidem*, pág. 713), sin embargo, distingue, a propósito de las deudas pecuniarias, entre el resarcimiento de los daños ulteriores y el que deriva del pago

De esta manera en el sistema delineado por GIORGIANNI, junto a las dos reglas de responsabilidad, medidas ambas sobre la culpa (arts. 1.104 Código Civil-1.176 CC it. y 1.182 ss. CC-1.218 y 1.256 ss. CC it.), cada una con su respectivo ámbito de aplicación, aparecen las obligaciones pecuniarias con un sistema de responsabilidad contractual enteramente propio, que prescinde de la culpa salvo para el retardo.

En cambio, asumiendo como regla general del sistema la que se desprende de los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil (artículo 1.218 CC it.), el régimen de responsabilidad de las obligaciones pecuniarias se explica sin necesidad de configurarlo como excepcional (una excepción que, por otra parte, desbordaría a la regla). La normal responsabilidad del deudor pecuniario se explica, sea en sede de imposibilidad de la prestación (imposibilidad —sobrevenida— que, para ser liberatoria, ha de ser efectiva, no mera dificultad, imposibilidad que ha de afectar al contenido de la prestación), sea en sede de imputabilidad de la misma (no sólo en términos de diligente administración, sino de riesgos inherentes a la propia capacidad de organización y planificación). De forma que aunque los Jueces recurren con frecuencia a la falta de una imposibilidad objetiva y absoluta para afirmar la responsabilidad del deudor pecuniario no cumplidor, en el fondo se trata, frecuentemente, de eventos que tienen su base en la organización del deudor, que conllevan una imposibilidad que a él es imputable (26).

Es en este contexto general en el que encuentra explicación la generalizada opinión doctrinal y jurisprudencial de la irrelevancia a efec-

de los intereses (legales o convencionales). Sólo la segunda sería una responsabilidad objetiva.

Hay que distinguir claramente, para evitar equívocos, la objetividad *en la liquidación del daño resarcible* que resulta del incumplimiento (que se produce automáticamente aplicando el interés legal o convencional *ex art.* 1.108 del Código Civil), y que no excluye (probándolos) el resarcimiento de otros daños (arts. 1.101 y 1.106 del Código Civil); de la objetividad en el *establecimiento de la responsabilidad*, en la determinación de la «imputabilidad» del incumplimiento, esta última supone prescindir, para la afirmación de aquélla, de la valoración de la conducta del deudor.

Esto segundo se produce, en buena medida (no para el retardo, sí *mientras la prestación sea posible*), en las obligaciones genéricas y pecuniarias, pero no porque existan reglas especiales, sino porque a ello conduce la aplicación normal de las reglas generales sobre el peculiar objeto de este tipo de obligaciones. La especialidad o peculiaridad está en la obligación y no en el juicio de responsabilidad.

Lo primero (liquidación automática del daño en las deudas pecuniarias *ex artículo* 1.108 del Código Civil) es fruto de una *norma* (verdaderamente) *especial de liquidación del daño, no de responsabilidad*, es decir, que presupone resuelta (en sentido afirmativo) la cuestión de la responsabilidad con arreglo a los criterios generales, y que responde a la presunción (*iuris et de iure*) del carácter fructífero del dinero y, por tanto, del necesariamente dañoso del retardo en su entrega.

(26) *Vid.* VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., págs. 358 y sigs.

tos liberatorios de la llamada «impotencia financiera» (27). Distinto del caso en que el deudor pecuniario se viene a encontrar sin medios para cumplir (insolvencia, irrelevante a los fines liberatorios), es el caso en que, por una razón diversa de la falta de dinero, el deudor se ve obstaculizado para el cumplimiento por un impedimento tal (a él no imputable) que su vencimiento implique la insolvencia en perjuicio de los demás acreedores (respecto de los cuales tal insolvencia no sería liberatoria) (28). En este caso se trata de una verdadera imposibilidad, efectiva, absoluta, de un esfuerzo inexigible con arreglo a buena fe, que desborda el contenido propio de la prestación debida.

Es, en suma, en el campo de las obligaciones genéricas y pecuniarias donde se reflejan más acentuadamente exigencias que son hoy comunes a todo el Derecho de obligaciones, y que se traducen en la configuración de la responsabilidad contractual como consecuencia normal del mero incumplimiento. Estas exigencias son (29): la indiferencia de la persona del deudor y sus condiciones con relación a la prestación; la necesidad de evitar que de un juicio subjetivizado deriven diferencias de tratamiento que afecten a la competencia empresarial; el justo reparto entre acreedor y deudor de los riesgos y ventajas inherentes a la actividad preparatoria del cumplimiento, y, finalmente, la exigencia de operar la traslación del daño (hacia la persona que lo ha originado) en los casos de incumplimientos en cadena.

Exigencias que, con relación a las deudas genéricas y pecuniarias, sólo una armónica inserción en el régimen general de los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil está en condiciones de satisfacer, mientras que los equívocos de la doctrina de la culpa no pueden sino

(27) Cfr. GIORGIANNI: *L'inadempimento*, cit., págs. 311-2, y voz cit., pág. 886; GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1975 (2.ª ed. rev. por S. MOLL), páginas 72-4; Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 712; TRIMARCHI, *op. cit.*, pág. 346; VISINTINI, *op. y loc. ult. cit.*; BARASSI, *op. cit.*, pág. 322; COTTINO: *L'impossibilità*, cit., páginas 157 y sigs., y voz «Caso fortuito e forza maggiore (Dir. civ.)», en *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, págs. 377 y sigs., y allí, págs. 386-7; MICCIO: «Delle obbligazioni in generale», en *Comentario del Codice Civile*, IV, I, Torino, 1961, págs. 247 y sigs. La explicación de la irrelevancia de algunos supuestos de «impotencia financiera» (ejemplo, quiebra de la entidad bancaria en que se han depositado los fondos destinados al cumplimiento), se tiende a hacer a veces en base a una ficción de culpa (el deudor diligente se hubiera cerciorado del estado contable de la entidad). Pero en realidad, o no hay imposibilidad (siempre hay dinero: se puede pagar o recurrir al crédito) o el impedimento es fruto de la libertad de organización y actuación del deudor (riesgo).

(28) Vid. COTTINO: *L'impossibilità*, cit., *op. y loc. ult. cit.*

Para este autor, el caso señalado se comprende dentro de los límites de la imposibilidad absoluta (relevante), en tanto que un cumplimiento («heroico») en tales condiciones lesionaría la *par conditio creditorum*.

(29) Cfr. AULETTA, *op. cit.*, pág. 1065.

producir un régimen artificialmente excepcional, fruto de una concepción estrecha de la responsabilidad contractual, que deja fuera de su campo una vastísima área de obligaciones.

2) OBLIGACIONES DE ENTREGAR COSA DETERMINADA. EL PROBLEMA DE LA CUSTODIA

En el ámbito de la responsabilidad derivada de las obligaciones de entregar cosa determinada, se reproduce con especial intensidad el problema general de la armonización de las normas sobre la diligencia (artículos 1.104, 1.094, 1.788 y 1.867 CC) y las normas sobre la imposibilidad sobrevenida de la prestación (arts. 1.105-1.182 ss. y normas sobre ellos modeladas: arts. 1.452, 1.561, 1.563, 1.568, 1.744-6, 1.766 y 1.777). Hasta tal punto esto es así, que la cuestión del límite y el fundamento de la responsabilidad contractual ha tenido muchas veces como punto de partida la consideración de los supuestos de la custodia.

El problema se plantea en los siguientes términos. Por un lado, todo deudor de cosa determinada está obligado simultáneamente a custodiarla hasta el momento de su entrega (art. 1.094 CC) (30). Esta actividad de custodia se conmisura con arreglo al patrón de conducta del buen padre de familia. Por otra parte, el deudor de cosa determinada se exonera de responsabilidad, a pesar de la no entrega, cuando la cosa debida viene a perecer (o su entrega deviene de cualquier otro modo imposible) por causa a él no imputable (sin su culpa y no hallándose constituido en mora, *ex art.* 1.182 CC). El problema de armonización de ambas series de normas supone, por lo que respecta a la responsabilidad contractual, o mantener los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil como normas generales de la responsabilidad derivada del no exacto cumplimiento o, por el contrario, dada la expresa referencia al criterio de la diligencia, asumir en estos casos el artículo 1.104 como norma básica de la responsabilidad contractual. Pero, aun en el caso de mantener los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil como las normas básicas, también en estos casos, para la afirmación de la responsabilidad del deudor, el problema se plantea entonces en cómo armonizar la res-

(30) Cfr. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 451-2; PINTÓ RUIZ, voz «Incumplimiento...», cit., págs. 188 y sigs.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit., páginas 238-9; CASTÁN, *op. cit.*, III, págs. 125-6; ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, pág. 34; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 194; RIERA AÍSA, voz «Custodia», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VI, Barcelona, 1954, págs. 176 y sigs.; PELLISÉ PRATS, voz «Depósito», *ibidem*, págs. 848 y sigs., espec. págs. 839 y sigs.; DALMARTELLO y PORTALE, voz «Deposito (Diritto vigente)», en *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, páginas 236 y sigs.; DE MARTINI, voz «Deposito (Diritto civile)», en *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, págs. 487 y sigs., espec. págs. 513 y sigs.

ponsabilidad derivante de la obligación de entrega, con aquélla que lo hace de la obligación accesoria de custodia (31).

Con base a la expresa referencia que a la diligencia del buen padre de familia se hace como criterio mensurador de la custodia (art. 1.094 Código Civil), se ha sostenido por algunos (32), en el contexto de un sistema de responsabilidad contractual mixto, en el que coexistirían supuestos de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva, que en los casos de custodia, y en general siempre que un sujeto posea una cosa ajena y esté obligado a entregarla o a restituirla después de un cierto tiempo, la responsabilidad del deudor se funda en la culpa. De esta regla (culpa como criterio de responsabilidad del deudor no cumplidor en los casos de custodia) ha exceptuado BARASSI (33) en Italia los supuestos del arrendamiento y el depósito, en virtud de la existencia de normas particulares en estos casos (art. 1.588 CC it., equivalente al 1.563 CC; art. 1.780 CC it., cfr. 1.777 CC), modeladas sobre el límite de la imposibilidad sobrevenida (art. 1.218 CC it.).

Con una u otra extensión, la apertura de una tal brecha en el sistema general de la responsabilidad contractual significaría que en el ámbito de la custodia la culpa se constituye en límite (aspecto negativo: ausencia de culpa) y fundamento (aspecto positivo: culpa del deudor) de la responsabilidad contractual: el deudor responde en tanto haya incurrido en culpa (en sentido amplio: culpa o dolo), y se libera en ausencia de ésta; por tanto, aquí la prueba liberatoria (aquella que permite exonerarse de responsabilidad al deudor, no obstante la ausencia de exacto cumplimiento) no es ya la de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor, sino la de la mera ausencia de culpa (que, normalmente, sería sólo *uno* de los dos elementos

(31) El problema de la coordinación de las obligaciones de entrega y custodia, desde el punto de vista de la configuración causal del contrato de depósito, puede verse en la espléndida voz cit. de DALMARTELLO y PORTALE, págs. 236 y sigs., especialmente págs. 244 y sigs. Además, cfr. GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, páginas 312-3, y VALPUESTA FERNÁNDEZ: «Frutos, productos y accesiones en el depósito civil (para la exégesis del art. 1.770, 1.º, del Código Civil)», en *RDN*, 1982, páginas 345 y sigs., y allí, págs. 347 y sigs.

(32) Cfr. TRIMARCHI: *Istituzioni...*, cit., págs. 340-1; ROPPO: *Il contratto*, cit., página 250.

Entre los ejemplos que se citan están el depósito, el comodato, el deber de custodia del aparcero (art. 2.148 del Código Civil italiano), del colono (art. 2.167 del Código Civil italiano), del arrendatario de cosas, del secuestratario y del vendedor que ha de entregar la cosa debida en momento posterior al de su traspaso de propiedad (que en Italia, como es sabido, opera por el mero consentimiento, artículo 1.376 del Código Civil italiano).

En Italia, el deber general (accesorio) de custodia se consagra en el artículo 1.177 del Código Civil italiano: «L'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna».

(33) Cfr. BARASSI, *op. cit.*, págs. 358 y sigs.

que han de concurrir en aquélla). El deudor se exoneraría aquí, pues, probando haberse comportado en la custodia con la diligencia de un buen padre de familia.

Sin embargo, el problema no está tanto en la alternativa entre dos reglas de responsabilidad y, por tanto, dos pruebas liberatorias (la regla de responsabilidad y la consiguiente prueba liberatoria son las que se contienen en los arts. 1.105-1.182 ss. CC), como en el compaginar en el seno de la regla general la actividad de custodia medida en la diligencia.

La aplicación del límite general de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil a las prestaciones de dar cosa específica no presenta especiales problemas (34). De hecho, la regulación misma de la imposibilidad sobrevenida de la prestación surgió en este ámbito, y permaneció regulada durante mucho tiempo *sub specie* de perecimiento de la cosa debida. De ello se resiente la sistemática de nuestro Código Civil, que afronta la sección dedicada a esta causa extintiva (segunda del capítulo IV del título dedicado a las obligaciones), bajo la rúbrica «De la pérdida de la cosa debida», a pesar de que el artículo 1.184 del Código Civil demuestra que el legislador era consciente del carácter general (para todo tipo de prestaciones) de esta causa extintiva de la obligación.

También aquí se impone la matización de que no es la destrucción de la cosa la única forma de hacerse imposible la obligación de entregarla; a ella, como es sabido, se equipara el extravío («perdiere o destruyere», dice el art. 1.182 CC, con arreglo a la tradición de la *amissio e interitus rei*), pero también cabe pensar otras formas de imposibilidad de la prestación que no suponen la destrucción material de la cosa debida, como, por ejemplo, una confiscación, expropiación o puesta fuera del comercio (imposibilidad jurídica) (34 bis), o un impedimento (temporal) que afecte a la actividad debitoria (prestacional) de cumplimiento.

El problema persiste como el de la calificación y ámbito de la custodia. Supuesto que hay una obligación de entregar la cosa a la que se aplica el límite genérico de la responsabilidad contractual de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil, de forma que el deudor responde (incumple) si, en defecto de puntual entrega, no prueba que

(34) Cfr. Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 691 y sigs.; ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, págs. 295 y sigs.; CASTÁN, *op. cit.*, III, págs. 324 y sigs.; ESPÍN, *op. cit.*, págs. 177 y sigs.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, I, 2, págs. 423 y sigs.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, págs. 265 y sigs.; GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, págs. 256 y sigs.; MESSINEO, *op. cit.*, pág. 223; GALGANO: *Diritto privato*, cit., pág. 196, y MOSCO, *voz cit.*, págs. 428-9.

(34 bis) Sobre la concepción amplia de la imposibilidad de la prestación en este tipo de obligaciones, véase un claro reflejo normativo en el art. 1.122, 2, 2.º, del Código Civil.

ello obedece a imposibilidad de la prestación que no le es imputable (prueba de la imposibilidad liberatoria), se plantea qué significado y consecuencias tiene hablar de una obligación o deber accesorio de custodia por parte del deudor hasta el momento de la entrega.

Está claro que el deudor no sólo no cumple si a la fecha de la entrega no la realiza o la realiza tarde, sino también si entrega una cosa dañada o deteriorada. La cuestión estriba en saber: 1) si el deber de diligencia en que consiste la custodia, y su violación, tienen o no un régimen autónomo de responsabilidad respecto de la obligación de entrega (lo que, en caso afirmativo, permitiría hacer efectivo el resarcimiento motivado por su violación *antes* del vencimiento de la obligación de entrega); 2) si introduce o no excepción en el régimen general de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil, y 3) en su caso, cuál es su naturaleza (prestación autónoma, deber de protección o seguridad).

GIORGIANNI (35), que, como es sabido, realiza una distinción de ámbitos entre las reglas de la imposibilidad (arts. 1.218 CC it., 1.182 CC) y la de la diligencia (arts. 1.176 CC it., 1.104 CC), coloca a todos los supuestos de obligaciones de entregar y transferir cosa determinada en el ámbito de la primera, regla ésta que tendría, precisamente, su derivación histórica de los supuestos de la custodia. Y ello, se explicaría así porque, en los supuestos de obligaciones de entregar, restituir o transferir cosa determinada, la prestación principal del deudor viene dada por el deber de impedir la imposibilidad (sobrevenida) de la prestación, pues sólo la destrucción de la cosa (supuesto típico de imposibilidad sobrevenida) es capaz de lesionar en modo definitivo el interés del acreedor de la entrega, en tanto que, si la cosa debida existe, éste tiene en sus manos el recurso de la ejecución específica, y puede obtener, por tanto, la cosa del deudor con la única lesión del retraso en su entrega.

De modo que los artículos 1.105-1.182 del Código Civil (1.218 CC italiano), expresión de la norma de conducta diligente tendente a preservar la posibilidad de la prestación, vienen a cubrir en estos supuestos todo el área de la actividad principal debida por el deudor. En concreto, en el ámbito de esta regla de responsabilidad, se incluyen los supuestos de incumplimiento definitivo (perecimiento de la cosa debida) y los de incumplimiento inexacto que afecten a la integridad de la cosa debida (deterioro), quedando fuera, en cambio, los casos de retardo en la entrega.

Esta peculiar configuración de este tipo de obligaciones es la que

(35) Vid. *L'inadempimento*, cit., págs. 228 y sigs., y 247 y sigs.; voz cit., páginas 874 y sigs.

explica, según GIORGIANNI (36), que en el campo de la custodia surgiesen tanto el concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación (bajo forma de perecimiento de la cosa debida) como la propia regla de responsabilidad del artículo 1.218 del Código Civil italiano (1.105-1.182 ss. CC), en tanto que es la violación del deber (medido en la diligencia) de impedir la imposibilidad de la prestación la que genera la responsabilidad del deudor. Violación del deber de custodia que viene casi exclusivamente en consideración en los supuestos en que la cosa debida haya sido efectivamente destruida, perdida o deteriorada. De modo que si la cosa debida se mantiene en el momento del cumplimiento (entrega) íntegra, incluso el más negligente deudor en la custodia quedará exento de responsabilidad, dado que viene a faltar un necesario presupuesto de ésta (la existencia de un daño resarcible). Pero ello tampoco significa que el deber de custodia se degrade a simple deber de preparación del cumplimiento de la obligación de entrega (a través de la preservación de su posibilidad), su violación es relevante con independencia de que la obligación de restitución o entrega se vea efectivamente comprometida, de modo que en estos casos (incuria del deudor en la custodia antes de que la entrega sea exigible y sin daño efectivo para la cosa debida) no puede negarse al acreedor, en base al peligro que para la integridad de la cosa deriva (potencialmente) de esa violación, el derecho a la resolución del contrato o a la adopción de medidas cautelares (37).

(36) Cfr. *L'inadempimento*, cit., págs. 248 y sigs.

(37) Indicativo, en tal sentido, sería el artículo 1.804 del Código Civil italiano, que tras imponer al comodatario, en los párrafos precedentes, el deber de custodiar la cosa comodada con la diligencia de un buen padre de familia, y de usarla con arreglo a lo pactado, añade en su párrafo 3.º: «Se il comodatario non adempie gli obblighi suddetti, il comodante può chiedere l'immediata restituzione della cosa, oltre al risarcimento del danno» (esto último, claro, cuando ese daño exista y en la medida en que se pruebe).

Por su parte, en el Código Civil debe tenerse en cuenta el artículo 1.766, que al remitirse para la responsabilidad del depositario al título I del libro IV, incluye en dicha remisión las normas generales del incumplimiento (arts. 1.101 y sigs., y 1.182 y sigs.) y de la resolución (art. 1.124), y también el artículo 1.568, que, en sede de arrendamiento de cosas, dice que «si se pierde la cosa arrendada o alguno de los contratantes falta al cumplimiento de lo estipulado, se observará, respectivamente, lo dispuesto en los artículos 1.182 y 1.183, y en los 1.101 y 1.124». El incumplimiento del arrendatario, a que se refiere este artículo, incluye también el de la obligación de custodia, que, como a todo deudor de la entrega de cosa determinada (art. 1.094 del Código Civil), le incumbe accesoriamente también al arrendatario de cosas (arts. 1.561 y 1.563 del Código Civil) en cuanto deudor de su restitución. Este incumplimiento de la obligación accesoria de custodia es, pues, relevante antes que la obligación de entrega sea exigible, y aun antes que la cosa debida sufra daño efectivo. Si hay daños (de los que el deudor deba responder), el acreedor optará por la responsabilidad o por la resolución con el resarcimiento de los daños causa-

De modo que, para GIORGIANNI, existe un ámbito de obligaciones (el de la custodia) que, por lo que se refiere a la responsabilidad dimanante de la obligación de restitución o entrega, se rigen por las normas generales de la imposibilidad sobrevenida (arts. 1.218-1.256 CC it., 1.105-1.182 CC) y por las particulares sobre ellas moldeadas (arts. 869, 3.º; 1.561, 1.563, 1.568, 1.744-6, 1.766, 1.777 CC, entre otros) (38). Esta conclusión es aceptable, pero haciendo la salvedad de que los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil (como el art. 1.218 CC it.) son aplicables a estos casos no porque constituyan su ámbito específico, sino porque establecen la norma general de la responsabilidad contractual para todo tipo de obligaciones y para toda forma de incumplimiento (39). El deudor que no entrega, restituye o transfiere la cosa debida, que la entrega tarde o deteriorada, responde (incumple) si no da la prueba liberatoria de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil, prueba de la imposibilidad sobrevenida liberatoria de la prestación, del caso fortuito en sentido amplio (con todos sus tradicionales requisitos).

El problema permanece por cuanto concierne al ámbito de relevan-

dos (arts. 1.101 y sigs., 1.105-1.182 y sigs., 1.124); si no los hay, siempre queda expedita la vía de la resolución.

Cuando se trata de contratos gratuitos (como lo es, esencialmente, el comodato, y, naturalmente, el depósito), como observan adecuadamente DALMARTELLO y PORTALE, *op. cit.*, págs. 239-40, que extienden analógicamente al depósito la norma del artículo 1.804 del Código Civil italiano, no nos encontramos ante una verdadera resolución (propia de los contratos sinalagmáticos), sino ante una denuncia unilateral o receso justificados (por el incumplimiento de la parte obligada).

(38) Arts. 673, 994, 1.557, 1.588, 1.780, 1.805, 1.806, 1.818, 2.175, 2.176, 2.183, 2.281, etc., del Código Civil italiano.

(39) Norma general, pues, que se aplica tanto al incumplimiento total como al parcial, al inexacto y al retardado: en todos estos casos, el deudor que no cumple o que no lo hace exacta o puntualmente, responde a menos que pruebe que la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento obedece a imposibilidad sobrevenida a él no imputable (caso fortuito, en sentido amplio, con sus tradicionales requisitos *ex arts.* 1.105-1.182 del Código Civil).

Una de las consecuencias arbitrarias a que conduce la bipolarización de regímenes de responsabilidad establecida por GIORGIANNI, radica en que en el seno de las obligaciones de custodia se aplican dos reglas de responsabilidad y dos pruebas liberatorias distintas (*incumplimiento* —falta del exacto resultado debido en tanto la obligación subsiste—/*imposibilidad liberatoria* —extinción de la obligación—, *culpa/ausencia de culpa*), según se trate de incumplimiento derivado del perecimiento o deterioro de la cosa, que afecte a la integridad de la cosa debida, o según se trate de incumplimiento retardado, que no la afecta. En realidad, también en este último caso, el deudor que no cumple puntualmente ha de dar, para exonerarse de la responsabilidad derivada del retraso, la prueba liberatoria común: la de la imposibilidad (temporal o transitoria) sobrevenida por causa a él no imputable de cumplir en el momento fijado en la obligación, imposibilidad temporal liberatoria que justifica el retraso en la medida en que durante su persistencia el vínculo obligatorio queda suspendido (aquí no extinguido, salvo que se prolongue hasta un momento en que la prestación ya no ofrezca interés al acreedor o éste inste la resolución) en su eficacia.

cia de la custodia y su autonomía con relación a la obligación de entrega o restitución, pues está claro que las violaciones del deber de custodia, si destruyen o deterioran la cosa una vez vencida la obligación (principal) de entrega, son relevantes, en tanto que determinan incumplimiento de la misma (la imposibilidad total o parcial del cumplimiento que resulta de la pérdida total o deterioro de la cosa debida es imputable al deudor *ex art.* 1.182 CC), y, si no afectan a la integridad de la cosa, igualmente una vez vencida la obligación principal, son irrelevantes: el cumplimiento (la entrega) se realizará exactamente. De donde resulta que la única posibilidad de afirmación autónoma de la custodia, fuera de su superposición con la obligación principal de entrega, estriba en la relevancia de su violación antes de que la restitución o entrega sean exigibles.

Es este problema, que deja imprejuizada la aplicación de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil al no cumplimiento o inexacto cumplimiento de la obligación de entrega, el que ha dado que hacer a la doctrina.

Así, OSTI (40) explica la relevancia de la custodia, concibiéndola como objeto de una prestación autónoma respecto de la entrega, pero accesoria de la misma. Se trata de una prestación de medios o de actividad consistente en el desarrollo de una conducta para la consecución de un fin, la conservación de la cosa. El contenido de la prestación de custodia (el resultado debido) se mide con arreglo a la diligencia del buen padre de familia, que aparece como criterio limitador de la libertad de actuación del deudor, como criterio de determinación de lo debido. Este sería el sentido del artículo 1.137 del Código Civil francés (41) y del artículo 1.176 del Código Civil italiano, que, al igual que el artículo 1.224 del Código Civil italiano de 1865 (42) y 1.104 del Código Civil, habría generalizado el patrón del buen padre de familia para todas las prestaciones de actividad en orden a la consecución de un fin.

(40) Cfr. *Revisione...*, cit., págs. 346 y sigs; *Deviazioni...*, cit., págs. 608-9, nota 36; voz «Impossibilità sopravveniente», en *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, págs. 287 y sigs., y allí, pág. 293.

(41) Art. 1.137 del Código Civil francés: «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».

(42) Art. 1.224 del Código Civil italiano de 1865: «La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambedue, é sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1.843.

Esta manera de ver las cosas explicaría, respecto de la prestación de custodia, el carácter liberatorio de la prueba de la diligencia del deudor, en la medida en que, probada ésta, se prueba el cumplimiento, se excluye el incumplimiento y, por tanto, también la responsabilidad. No es cierto, en cambio, que en el ámbito de la custodia, como, en general, en el de las obligaciones de medios, culpa e incumplimiento coincidan (43), porque el incumplimiento no se determina sobre la culpa ni aun en los casos de prestaciones de diligencia, sino sobre el límite de la imposibilidad liberatoria (arts. 1.105-1.182 ss. CC), de forma que una prestación defectuosa (negligente) no es incumplimiento, no genera responsabilidad, si determinada por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor del (exacto) cumplimiento, pues, extinguida la obligación por esta causa, no puede haber ni incumplimiento ni responsabilidad.

El propio OSTI no se ocupó de señalar el ámbito de la custodia así concebida, pero es claro que su relevancia se circunscribe a los incumplimientos anteriores a la fecha del vencimiento de la obligación principal de entrega, pues a partir de este momento aquéllos se subsumen en el incumplimiento de dicha obligación principal.

Queda asimismo claro que, concebida la custodia como obligación de medios (y en el ámbito de su relevancia), no se introduce derogación alguna en el régimen general de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil respecto al límite y fundamento de la responsabilidad contractual, derivando sólo del particular objeto de la prestación debida así configurada, diferencias en el contenido de la prueba del cumplimiento por el deudor, o en la prueba inicial del incumplimiento (prueba de la falta o defectuosidad del resultado debido, que es presupuesto del juicio de responsabilidad) por el acreedor (44).

La armonización entre deber de custodia y prestación principal de entrega se establece por MENGONI de otro modo. La custodia se individualiza en función de un resultado concreto deducido en la obligación:

Questa regola per altro, si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice».

(43) OSTI: *Revisione...*, cit., pág. 423.

(44) No se trata aquí, pues, de que probando el deudor su diligencia en la custodia, nos encontremos ante una prueba liberatoria diversa. Pues la prueba de la diligencia, concebida la custodia como una prestación de actividad o de medios, no es una genuina prueba liberatoria, ésta presupone el no cumplimiento o el no exacto cumplimiento, y su virtualidad estriba en que *a pesar de ello*, y por su carácter de *contraprueba* (de la prueba de la falta o inexactitud del resultado debido, dada por el acreedor), el deudor elude la responsabilidad. El deudor que prueba su diligencia en la custodia, concebida ésta como obligación de actividad o de medios, está probando el cumplimiento y, por tanto, no responde, no ya en virtud de una prueba liberatoria diversa (que supondría la existencia de una regla de responsabilidad también diversa), sino porque cumplida la obligación, la cuestión de la responsabilidad no llega, en rigor, a plantearse. Y que la obligación se ha cumplido,

la conservación de la cosa debida. La custodia se confunde con la diligencia —que este autor llama «técnica»— que actúa, conforme al artículo 1.182 del Código Civil, de criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. De esta forma, la violación de la custodia origina responsabilidad, en la medida en que determina el incumplimiento de la obligación de entrega. Y determina dicho incumplimiento en tanto que la imposibilidad sobrevenida, total o parcial, imputable al deudor (que deriva de su culpa), no es liberatoria, no extingue la obligación (45). Esta es la relevancia de la custodia una vez exigible la obligación principal de entrega, relevancia indirecta a través de la determinación del incumplimiento de dicha obligación principal en los casos de

no es más que una consecuencia de cómo se define aquí el contenido de la prestación (el resultado debido es precisamente el desarrollo de la actividad diligente que se prueba). Tampoco, desde el punto de vista del cumplimiento, hay, pues, una regla especial, sino que es el resultado de aplicar las reglas generales al tipo de prestación de que se trata (al modo en que se define su contenido).

(45) MENGONI: «Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)», en *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, págs. 185 y sigs., 280 y sigs., 366 y sigs., y allí, páginas 383 y sigs. Cfr., en sentido análogo, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., página 452, y PINTÓ RUIZ, voz cit., págs. 188 y sigs.

Como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO (*ibidem*), la obligación accesoria de custodia tiene un sentido diverso en el Derecho español que en el francés (o italiano), donde se parte, como es sabido, del sistema de la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre cosa determinada por el simple acuerdo de las partes. En tanto en estos sistemas, el vendedor de cosa determinada todavía no entregada, está obligado a custodiar la cosa ya ajena (desde la celebración del contrato), que, a su vez, está obligado a entregar, en el Derecho español, la obligación de custodiar recae sobre la cosa propia (que no deja de serlo hasta el momento de la *traditio*), que se está, igualmente, obligado a entregar.

Así, para MAJELLO: *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, págs. 98 y sigs., la custodia —que él entiende como responsabilidad por los daños en la cosa debida que deriven de causas extrañas a la propia cosa— se justifica en la *ajenidad* de la cosa debida: el acreedor de la entrega que no tiene la posesión de la cosa, no puede materialmente evitar dichas causas extrañas, y el deudor no propietario (que sí puede, en tanto poseedor, hacerlo), no tendría interés en evitarlas, de no ser porque responde del daño derivado en la cosa debida de las mismas.

Pero también, como es obvio, en el Derecho español existe la obligación de custodia accesoria a la obligación de entrega de cosa ajena, en todos los casos de entrega restitutoria (comodato, arrendamiento, etc.), casos en los que, según DÍEZ-PICAZO, la custodia queda absorbida por la relación jurídica que liga a deudor y acreedor.

En realidad, lo decisivo para la existencia de la *obligación accesoria de custodia*, es la existencia de una obligación de entregar cosa determinada, y no la propiedad de la cosa, pues lo que se tutela con la imposición de la obligación accesoria de custodia al deudor (propietario o no) de la cosa debida es el interés del acreedor a recibirla, y a recibirla sin deterioro, cualquiera que sea el título en virtud del cual se recibe (pues lo decisivo es que el aprovechamiento del acreedor, cualquiera que éste sea, presupone la cosa).

En el depósito y en los demás contratos de custodia (de los que el primero se distingue porque ésta se realiza a través del desplazamiento posesorio de la cosa custodiada), ésta se convierte, en cambio, en *prestación principal* y en elemento

imposibilidad sobrevenida, total o parcial, de la prestación (46). Pero, además, la violación del deber de custodia es relevante antes de que aquella obligación principal sea exigible, y ello porque el deber de custodia, de diligencia *ex* artículo 1.094 del Código Civil, es un deber integrativo instrumental del contenido de la prestación de entrega según buena fe, de forma que su violación, si bien no determina incumplimiento de la prestación principal (sólo exigible cuando esté establecida la entrega), pone en peligro que, en su día, la entrega o restitución se realice, por lo que se comprende, que el acreedor pueda reaccionar contra una conducta *lato sensu* contraria al contenido de la obligación (de lo que son ejemplos los arts. 520 y 1.870 CC, pudiéndose, además, como se ha visto, argumentar sobre los arts. 1.568 y 1.766) (47). Tampoco, según esta interpretación, la relevancia preliminar de la custodia afecta a la normal aplicación de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil.

Por su parte, MAJELLO (48) concibe la custodia, al igual que la diligencia criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, como un deber de protección o seguridad. Así como la diligencia es criterio para imputar al deudor la imposibilidad sobrevenida, la custodia lo es para imputar el daño sobrevenido a la cosa (deterioro, pérdida o sustracción). La custodia es, en suma, también un criterio de

causal definitorio (cfr. autores citados, *retro*, nota 31). Así, como dicen DALMARTELLO y PORTALE (*op. cit.*, pág. 237), en el depósito no se debe custodiar porque se deba restituir, sino que se debe restituir porque, precisamente, se debe custodiar (es decir, es la obligación y finalidad de custodia la que *justifica* el desplazamiento posesorio y, por tanto, el deber de restitución).

(46) Cuando la prestación es todavía posible, el deudor responde, sin más, de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, sin que llegue a plantearse la cuestión de su culpa. Pues siendo el límite de la responsabilidad contractual la imposibilidad sobrevenida liberatoria, toda infracción de la obligación, en tanto la prestación sea posible, es incumplimiento, genera responsabilidad, pues la obligación subsiste (en defecto de la prueba liberatorio-extintiva), y lo hace en defecto de exacto cumplimiento.

Si bien la custodia se confunde aquí con la diligencia que actúa como criterio de imputación al deudor de la imposibilidad, total o parcial, sobrevenida del cumplimiento, hay que precisar que en realidad el campo de la custodia es más limitado: sólo cuando se trate de imposibilidad sobrevenida de la prestación de entrega por pérdida, sustracción o deterioro de la cosa. Cuando se trata de imputar al deudor el evento que le impide cumplir puntualmente (en el tiempo), la diligencia del buen padre de familia, que también aquí se considera, no puede, en rigor, ser calificada como custodia, ésta se refiere a dicha diligencia sólo por cuanto concierne a la integridad de la cosa debida.

(47) Arts. 1.015, 1.804 y 2.793 del Código Civil italiano, citados por MENGONI. Cfr. *op. cit.*, pág. 204.

(48) *Custodia e deposito*, cit., págs. 25 y sigs., y 158 y sigs.

responsabilidad. Pero, en opinión de MAJELLO (49), la custodia, al igual que la diligencia preparatoria del cumplimiento (preservadora de la posibilidad de la prestación), sólo son relevantes en la medida que su violación va seguida del daño a la cosa debida, y de la imposibilidad de la prestación, respectivamente. La infracción relevante en uno y otro caso, puesto que se trata de deberes de protección, genera responsabilidad contractual. La diferencia entre la diligencia en la fase preparatoria del cumplimiento y la custodia estribaría en que, en tanto la primera sólo es relevante una vez que es exigible la prestación de entrega (por estar puesta para tutela de la misma), la segunda, en tanto que tutela la integridad de la cosa debida, es fuente de responsabilidad antes de que venza la obligación de entrega. Si no fuera por esta diferencia, diligencia (preparatoria) y custodia se confundirían. De esta matización deriva como ulterior corolario (50), que una vez vencida la obligación de entrega, la custodia se confunde con la diligencia en la fase preparatoria del cumplimiento: el deudor que no cumple (entrega) o que lo hace defectuosamente, habrá de probar que el retraso, la destrucción o el deterioro que le imposibilitan de cumplir o de cumplir exactamente obedecen a causa a él no imputable (arts. 1.182 y 1.094 CC). El único campo, pues, de relevancia autónoma de la custodia como deber de protección es el del resarcimiento de los daños causados en la cosa antes de que la entrega de la misma sea exigible.

La tesis de MAJELLO de que la violación del deber de custodia (o del de diligencia preparatoria) es irrelevante si no va seguida del daño, porque, de otro modo, se llegaría a consecuencias paradójicas —el acreedor de la entrega podría pedir la resolución del contrato en el caso del artículo 1.804 CC it. ante cualquier falta de cautela del comodatario—, ha sido rechazada (51), poniendo de manifiesto que el acreedor no debe asistir impotente a la puesta en peligro del bien custodiado, esperando, para poder reaccionar, a que el daño efectivamente se produzca. Y así, se ha contestado (52) que aquellas consecuencias paradójicas a que alude MAJELLO —el acreedor podría pedir la resolución del contrato si el deudor-comodatario «non cosparga la casa di polvere topicida quando la

(49) *Ibidem*, págs. 31 y sigs.

(50) *Custodia e deposito*, cit., págs. 161 y sigs.

(51) *Vid.* la recensión de SCHLESINGER al citado libro de MAJELLO: «Custodia e deposito», en *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, págs. 401 y sigs., y allí, pág. 407, y DAL-MAITELLO y PORTALE, voz cit., págs. 239 y sigs., y 246 y sigs.

(52) BENATTI: «Osservazioni in tema di doveri di protezione», en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960, págs. 1342 y sigs., y allí, págs. 1353-4 (espec. nota 31). Autor éste que se remite a la doctrina ya analizada de GIORGIANNI y MENGONI, y que pone de manifiesto el escaso fundamento de la crítica de MAJELLO a la tesis de este último.

cosa comodata faccia gola ai ratti» (53)— se evitan con el recurso a la importancia de la infracción (art. 1.455 CC it.; en España, doctrina jurisprudencial del TS) como límite de la facultad de resolución del contrato. Afirmar la irrelevancia de la violación del deber de custodia si no va seguido del daño en la cosa, significa desconocer que el interés que está en la base del mismo, es idéntico al del deber de prestación (de entrega).

En suma, por una o por otra vía, y como quiera que se configure el deber de custodia, aquello que siempre queda como dato seguro es que éste no hace venir a menos al régimen general de la responsabilidad por incumplimiento (1.105-1.182 ss. CC), sea de la propia custodia concebida como prestación (lo que vale en todo caso para el contrato de depósito), sea de la obligación de entrega a la que el deber de custodia accede como instrumental.

La custodia en todo caso presupone la aplicación de las normas generales (arts. 1.101 ss., 1.182 ss. CC).

El ámbito propio de la custodia es el de las infracciones que recaen sobre la cosa debida previamente a la efectividad de la obligación principal de entrega o restitución, infracciones que se califican como incumplimiento, sea de una prestación autónoma (pero accesorio) (54), sea de la obligación principal al momento de la entrega, en uno y otro caso, cuando la falta total o parcial del exacto cumplimiento no obedece a imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor (caso fortuito con sus tradicionales requisitos).

Las infracciones del deber de custodia (anteriores al vencimiento de la obligación principal) que no se sustancian en un daño efectivo a la cosa debida, en tanto que ponen en peligro la realización —en su día— del cumplimiento de la entrega (y son ya incumplimiento de la obligación accesorio), dan origen a medidas cautelares en favor del acreedor,

(53) *Custodia e deposito*, cit., pág. 31.

Como se ha visto, cuando se trata de contratos gratuitos, no existe una verdadera facultad de resolución por parte del acreedor de la entrega, sino una facultad de denuncia unilateral o recesso, facultad que es ejercitable *ad nutum* cuando la duración del contrato se establece en interés del acreedor (como es el caso, normalmente, del depósito; cfr. art. 1.775 del Código Civil), o tal duración es indefinida, y que se justifica en la infracción del deudor, en los demás casos. En este último supuesto, se aplica analógicamente (con la resolución) el límite de la importancia o gravedad del incumplimiento (cfr. DALMARTELLO y PORTALE, *op. cit.*, pág. 240).

(54) Ya en ese momento anterior, sin tener que esperar a que llegue el vencimiento de la obligación principal de entrega. La cuantía de la responsabilidad viene dada por el daño ya producido a la cosa debida. Tratándose del depósito u otros contratos de custodia, como ya queda dicho, ésta no se configura como prestación accesorio de otra principal (art. 1.094 del Código Civil), sino como prestación principal.

y le legitiman (cuando el incumplimiento es serio o considerable) para resolver el contrato.

Las soluciones diversas de la doctrina, que atienden al interés básico que subyace en la custodia, subrayan cómo a través de caminos diversos se llega a idénticos resultados prácticos. Siempre, y esto es lo que aquí interesa, dejando a salvo la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad contractual.

B) OBLIGACIONES DE HACER

1) OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

La existencia de un amplio ámbito de obligaciones en que el contenido de la prestación (de hacer) debida por el deudor se determina con arreglo a un modelo de conducta diligente, ha constituido históricamente, junto con la acentuación del momento subjetivo del hecho liberatorio (ausencia de culpa, inevitabilidad del caso fortuito), la razón de la afirmación de la doctrina de la culpa (55).

En efecto, el equívoco ha funcionado en el sentido de que, si en estos casos el cumplimiento viene dado por la actuación diligente del deudor, el incumplimiento vendrá, a su vez, dado por su actuación negligente, por la culpa, de donde se trae ulterior confirmación en este ámbito de que la responsabilidad contractual se funda siempre sobre la culpa.

Así por quienes hablan (56) de la coexistencia en el sistema de la responsabilidad contractual, calificado como mixto, de supuestos de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva, se ha colocado entre los primeros a todos los casos en que el deudor ha de prestar una actividad medida en la diligencia (mandato, art. 1.719, 2.º; depósito, artículo 1.766 CC —por remisión—; secuestratario, 1.788; gestor de negocios, 1.889; tutor, 270; usufructuario, 497, entre otros ejemplos del Código Civil).

GIORGIANI (57) explica la colocación de todos estos supuestos en el ámbito de la regla de responsabilidad de la diligencia (art. 1.176 CC italiano, art. 1.104 CC) en vez de en la de la imposibilidad sobrevenida (artículo 1.218 CC it., arts. 1.105-1.182 ss. CC), porque esta última, que se refiere a la norma de conducta tendente a evitar la imposibilidad sobrevenida de la prestación, no agota sustancialmente en estos casos,

(55) Vid. OSTI, voz «Impossibilità sopravveniente», cit., págs. 290 y 294.

(56) Cfr. ROPPO: *Il contratto*, cit., pág. 250, y TRIMARCHI: *Istituzioni...*, cit., página 340.

(57) Cfr. *L'inadempimento*, cit., págs. 262 y sigs., y voz cit., págs. 878 y sigs.

como sí ocurre en los de la custodia, la disciplina del incumplimiento. En los supuestos de prestaciones consistentes en un *facere* diligente, la imposibilidad sobrevenida de la prestación es absolutamente marginal. Por ello, la norma de conducta diligente tendente a evitar tal imposibilidad, aun debiéndose tener presente, no es suficiente para dar la entera medida de la responsabilidad del deudor. En estos casos, por el contrario, el incumplimiento se manifiesta normalmente a través de una inactividad del deudor, o bien a través de una actividad no idónea para satisfacer integralmente el interés del acreedor. De tal modo que en estos casos la regulación del incumplimiento viene dada a través de la indicación del esfuerzo que el deudor está obligado a desarrollar para satisfacer el interés del acreedor, en tanto que la determinación del incumplimiento presupone, normalmente, que la prestación es posible.

Consecuencia de esta concepción fragmentaria del sistema de la responsabilidad contractual (dos reglas de responsabilidad con dos diversos ámbitos) es que, en tanto la obligación de transportar una cosa de un lugar a otro se rige por el artículo 1.104 CC (1.176 CC it.), y su metro de la diligencia, la de custodiarla durante el transporte, se rige por los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil (1.218 CC it.) y las normas específicas que en el ámbito del transporte los reproducen (artículos 1.602 CC, 362 CCom). De forma que, en tanto el interés del acreedor en conservar la posibilidad de la prestación se tutela por las normas generales de la imposibilidad sobrevenida (arts. 1.218 CC it., 1.105-1.182 ss. CC) y las particulares con ellas concordantes, la satisfacción de los restantes intereses del acreedor se tutelan con la norma general de la diligencia (arts. 1.176 CC it., 1.104 CC) y las particulares sobre ella moldeadas. Normas estas últimas, que normalmente imponen, para la satisfacción del interés creditorio, un grado de esfuerzo abstracto (como lo es el de la norma general del buen padre de familia), más o menos riguroso —son supuestos de mayor rigor, para GIORGIANNI, los del transporte de personas (art. 1.681 CC it.) y el servicio de alquiler de cajas de seguridad (art. 1.839 CC it.)—, pero que pueden suponer la imposición al deudor del esfuerzo en concreto necesario para la satisfacción del acreedor. En uno y otro caso el sacrificio requerido al deudor se detiene ante el límite del esfuerzo diligente exigido (más o menos riguroso), y no llega hasta la imposibilidad de la prestación.

En la fragmentariedad está, de hecho, el gran defecto del sistema delineado por GIORGIANNI. Fragmentariedad que le lleva a la regulación de los incumplimientos en las obligaciones de custodia que no den lugar a imposibilidad de la prestación (básicamente, el retardo), también por el sistema de normas que se apoyan en el artículo 1.104 del Código

Civil (1.176 CCit.) (58). Fragmentariedad que le lleva, en flagrante contradicción, textual con el artículo 1.218 del Código Civil italiano, y sistemática en todo caso, a designar dos límites diversos de la responsabilidad contractual, según sea la clase de relación obligatoria, uno para las obligaciones de custodia, constituido por la imposibilidad sobrevenida de la prestación (arts. 1.105-1.182 ss CC, 1.218-1.256 CC it.), y otro, para las demás obligaciones (no pecuniarias) encuadradas en el ámbito de la diligencia, constituido por el grado de esfuerzo diligente (concreto o abstracto) exigido. Apareciendo, de este modo, en este segundo ámbito, una nueva (y sedicente) causa de extinción de las obligaciones, constituida por la ausencia de culpa (en abstracto o en concreto).

Se impone, por ello, reafirmar que la regla general de responsabilidad es en todo caso la que se contiene en los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil (1.218 CC it.), sea para el incumplimiento total, el inexacto o el retardado, y que dicha regla estatuye un único límite de la responsabilidad contractual para toda clase de obligaciones, límite constituido por la imposibilidad sobrevenida (total, parcial, temporal) de la prestación por causa no imputable al deudor. De forma que no cabe una doble prueba liberatoria (fruto de la duplicación del límite de la responsabilidad contractual), según el tipo de obligación de que se trate —prueba de la diligencia exigida, de la ausencia de culpa o de la imposibilidad sobrevenida no imputable, respectivamente—, sino que la prueba liberatoria, en defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento, es única: la de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (de su total, parcial, correcta o puntual realización) por causa no imputable al deudor (59), es decir, en otras palabras, la prueba del caso fortuito con todos sus tradicionales requisitos (caso fortuito en sentido amplio).

Esta reafirmación debe, sin embargo, ser compaginada con la referencia que a la diligencia como criterio determinador del contenido de la prestación se hace en las obligaciones de actividad. La coordinación de ambas afirmaciones se hace en base a un recto entendimiento de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, y de su efectiva

(58) *Vid. L'inadempimento*, cit., pág. 274.

(59) Cuestión distinta es que el *único* límite de la imposibilidad sobrevenida se comporte en modo distinto según el tipo de prestación de que se trate (precisamente, por venir caracterizado objetivamente por su incidencia sobre ella), lo que es cierto, y de lo que ya hemos visto alguna aplicación en las obligaciones genéricas, y veremos, a continuación, para las propias prestaciones de actividad; a que, según el tipo de prestación, como pretende GIORGIANNI, el límite sea *distinto*, lo que produce las señaladas contradicciones sistemáticas.

trascendencia (60). Existe un ámbito de obligaciones de hacer (de actividad, de medios o de diligencia) cuyo objeto viene definido por la realización de una conducta con arreglo a un modelo de comportamiento diligente. Este modelo objetivo, que prescinde de las aptitudes personales del deudor, es, como regla, el buen padre de familia (art. 1.104 CC, y normas particulares, como las anteriormente citadas). Modelo que, como es sabido, es susceptible de adaptarse a la naturaleza de la prestación, de forma que, cuando se trata de prestaciones técnicas, el contenido de lo debido, el *facere* diligente, se convierte en la observancia de las reglas técnicas del arte, profesión u oficio de que se trate (esto lo dice el art. 1.104, 1.º, CC, cuando habla de la diligencia debida como de aquella conforme a la naturaleza de la obligación y sus circunstancias). La diligencia como modelo de conducta se convierte, pues, respecto de las obligaciones de actividad, en criterio delimitador del exacto cumplimiento. El deudor cumple, cuando ha desarrollado la actividad debida, actividad diligente con arreglo, según la naturaleza de la prestación, a patrones técnicos o comunes. Y cumple, aunque el objetivo final de esa actividad —no incluido en el contenido de la obligación, en la prestación— no se realice. En este sentido, la prueba de la diligencia debida exonera de responsabilidad al deudor, porque con la misma demuestra que ha cumplido, no porque la ausencia de culpa (diligencia) constituya el límite de la responsabilidad contractual, ni la culpa su fundamento. Fundamento de la responsabilidad contractual es siempre el incumplimiento —la responsabilidad se excluye, por ello, cuando se prueba el cumplimiento (61)—, para cuya determinación definitiva no basta la sim-

(60) Sobre esta distinción, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, págs. 125-6; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 454-5; MORENO QUESADA: «Problemática de las obligaciones de hacer», en *RDP*, 1976, págs. 467 y sigs., y allí, págs. 474 y sigs.; VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 57 y sigs.; LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 1, páginas 36-7; ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, págs. 35-6; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 195. Sobre esta distinción, debe verse el magnífico y exhaustivo estudio de MENGONI, ya citado. En la doctrina francesa, donde la distinción ha tenido particular fortuna, *vid.* H. y L. MAZEAUD-A. TUNC: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, París, 1965, 6.ª ed., números 103-2 y sigs., págs. 113 y sigs.; A. TUNC: «La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence», en *Sem. Jur.*, 1945, I, págs. 449 y sigs. (está en italiano, en la *Nuova Riv. Dir. Comm.*, 1947-8, I, págs. 126 y sigs., «Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza»); FROSSARD: *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, 1965; H., L. y J. MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, II, vol. 1, París, 1969, págs. 14 y sigs.; WEILL y TERRÉ: *Droit civil. Les obligations*, 3 ed., París, 1980, págs. 442 y sigs.

(61) Pero no se trata aquí, como se vio al analizar el problema de la custodia, de una genuina prueba liberatoria. Esta supone que el deudor, a pesar de que no ha cumplido o no lo ha hecho exactamente, queda exonerado de responsabilidad porque aquellas deficiencias no le son imputables. En cambio, probándose el cumplimiento, la cuestión de la responsabilidad del deudor (imputabilidad o no a éste

ple falta de diligencia (culpa), sino que al juicio de exactitud de la prestación (arts. 1.101, 1.104 y concordantes) ha de seguir el de responsabilidad (arts. 1.105-1.182 ss CC), y si la inexactitud (la falta de la diligencia debida) o la falta total de la prestación ha sido determinada por imposibilidad sobrevenida de la prestación (de su totalidad o de su exactitud) no imputable al deudor —a quien incumbe la carga de su prueba, *ex arts.* 1.214 y 1.183 CC—, se determina la extinción de la obligación, se excluye, pues, su incumplimiento y, por tanto, la responsabilidad. La aplicación del artículo 1.104 del Código Civil y las normas de la diligencia no excluye, pues, tampoco para las obligaciones de medios, la de los artículos 1.105-1.182 y siguientes, la aplicación de las primeras es presupuesto de la de los segundos. Y en tanto la diligencia (su falta, la culpa) no determina definitivamente el incumplimiento (la responsabilidad), es inexacto decir que en las obligaciones de actividad culpa e incumplimiento coinciden, a no ser que se hable de incumplimiento en un sentido puramente material o fáctico (falta inicial del exacto resultado debido), sin prejuzgar la cuestión de la responsabilidad.

La culpa que es relevante a los efectos del incumplimiento de las obligaciones de actividad, prescinde por completo de la intención del sujeto deudor. La evolución experimentada en el seno de la responsabilidad, desde la sanción a la garantía, ha producido una objetivación de la diligencia (62): ésta consiste en la observancia de un modelo de conducta. El incumplimiento inexacto determinado por la no observancia de dicho modelo de conducta (culpa, negligencia), se considera como tal cualesquiera que sean las razones que han llevado al deudor a no cumplir (impericia, mala voluntad) (62 bis).

La diligencia se traduce, cuando se trata de prestaciones profesionales, en la observancia de normas técnicas. La pericia no es más que una especificación de la diligencia, y, como tal, criterio de delimitación del cumplimiento. Correlativamente, la impericia no es sino una especificación de la negligencia (de la culpa). Por ello, no cumple —y responde, salvo prueba en contrario de la imposibilidad liberatoria— el que, a pesar de su buena voluntad y su esfuerzo, realiza una prestación imperita y, por ello, también cumple el que, a pesar de su celo insufi-

de la falta del resultado debido) no llega a plantearse (pues *no* falta el resultado debido).

(62) *Vid.* OSTI: *Deviazioni...*, cit., págs. 609 y sigs., y VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., pág. 171.

(62 bis) Claro es, que cuando la ausencia del exacto cumplimiento obedezca a mala voluntad del deudor, esta mala voluntad, que no es relevante en cuanto al establecimiento genérico del incumplimiento (de la responsabilidad), sí lo es para determinar el efecto específico agravatorio propio de los incumplimientos dolosos (art. 1.107 del Código Civil).

ciente, realiza una prestación técnicamente perfecta. En este segundo caso —médico que opera bien (técnicamente) en estado de embriaguez— el *interés de prestación* queda satisfecho, el deudor cumple —opera bien— con arreglo al criterio definidor de lo debido, del exacto cumplimiento (diligencia-pericia). Sin embargo, de la falta de atención o celo deriva un claro peligro que, sin afectar al cumplimiento de la prestación, afecta a otros intereses del acreedor (*intereses de protección*), y puede producir otros efectos: resarcimiento (si como consecuencia de la falta de atención se producen daños en estos otros intereses del acreedor distintos del de prestación) (63), o, antes de que la prestación se realice, medidas precautorias —por ejemplo, resolución o denuncia unilateral—, pues nadie está obligado a soportar el riesgo de un daño en un propio interés (64). En cualquier caso, una vez realizada la prestación, la presencia del cumplimiento excluye el presupuesto del daño (en el interés de prestación) a los efectos del resarcimiento (65).

Obligación de actividad o de *facere* diligente significa, pues, que el resultado debido, cuya presencia determina el cumplimiento, es una conducta con arreglo a un modelo, técnico o no. La diferencia con las obligaciones de resultado (transporte, contrato de obra) estriba en que en éstas el contenido del resultado debido no se determina con arreglo a un modelo de conducta (art. 1.104 CC), sino por la presencia o ausencia de un *opus*, de una alteración en el mundo físico (reparación, translo-

(63) Responsabilidad que se configura, o bien como de naturaleza extracontractual (art. 1.902 del Código Civil), o bien, mejor, como de naturaleza contractual, si se entiende que es producto de la infracción: *a)* o bien de *deberes de seguridad o protección*, accesorios al de prestación principal, y que integran, con arreglo a buena fe (arts. 7-1 y 1.258 del Código Civil, y 57 del Código de Comercio), la relación obligatoria, que se concibe así como relación obligatoria fundamental, orgánica o compleja (junto al deber de prestación principal, existen otros deberes a él accesorios, la violación de los cuales, en tanto que infracción de deberes específicos preexistentes a su afirmación, da lugar a responsabilidad contractual) (LARENZ, MENGONI, MANCINI, MAJELLO); o bien, *b)* del deber general de diligencia (arts. 1.103 y 1.104 del Código Civil) del deudor, que incluye no sólo la realización de la prestación, sino su realización con cautela y cuidado en modo de no lesionar otros intereses distintos del acreedor (BIANCA), de forma que, también aquí, los daños producidos en esos otros intereses dan origen a responsabilidad contractual cuando proceden de la falta de aquel cuidado y cautela exigibles del deudor.

(64) Cfr. MANCINI: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, págs. 33-4; MENGONI: *Obbligazioni...*, cit., pág. 195; VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., pág. 35.

(65) Cfr. OSTI, voz cit., págs. 294-5, y CATTANEO: *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pág. 60.

Es cierto que la diligencia profesional comprende también la diligencia-cautela o atención, pero la comprende *funcionalizada* al logro del exacto cumplimiento; si se logra éste a pesar de la desatención o falta de cuidado, ello es, *desde la óptica del cumplimiento de la prestación*, irrelevante, sin prejuzgar, como se ha visto, su relevancia a otros efectos.

cación). De la misma manera que la ausencia del resultado debido en las obligaciones de diligencia no es necesariamente incumplimiento (afirmación de la responsabilidad del deudor), pues la falta de actividad diligente o su inexactitud (negligencia, culpa) puede estar determinada por imposibilidad liberatoria, tampoco la ausencia de resultado (debido) en las obligaciones del mismo nombre, es por fuerza incumplimiento (responsabilidad), pues también puede estar determinado por imposibilidad liberatoria (cfr., p.ej.: art. 1.602 CC). En cambio, en una y otra clase de obligaciones es la presencia del resultado debido —de diverso contenido en cada caso— la que sirve para indicar el cumplimiento y, por tanto, para excluir toda cuestión de responsabilidad.

La imposibilidad liberatoria es siempre la misma (arts. 1.105-1.182 y siguientes CC), y la carga de su prueba incumbe, asimismo, siempre al deudor [arts. 1.183 —que se aplica por analogía a las prestaciones de hacer (66)— y 1.214 CC].

Es en este sentido, es decir, sin fracturar las reglas generales de la responsabilidad contractual, en el que debe interpretarse la jurisprudencia recaída en materia de obligaciones de prestación de un hacer diligente. El deudor que prueba que ha actuado conforme a diligencia no responde, porque prueba que ha cumplido (no porque la ausencia de culpa se constituya en prueba liberatoria). Si no existe prestación diligente (falta absoluta o prestación defectuosa) hay incumplimiento (responsabilidad del deudor), salvo que el deudor dé la única prueba liberatoria posible en defecto de la del cumplimiento, es decir, la de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil.

Del propio contenido y carácter de las prestaciones de actividad resulta un ensanchamiento del área de incidencia de la imposibilidad sobrevenida, pues no sólo se considera la imposibilidad de desarrollar la actividad misma (lo debido) en forma definitiva (total, parcial o exactamente) o temporal, sino también la de la realización del resultado final (no debido, no contenido en la obligación) al que se dirige la actividad diligente *in obligatione*, siendo inconcebible el desarrollo de una actividad encaminada a un propósito o fin, si éste resulta imposible (67).

(66) Cfr., en este mismo sentido, LACRUZ: *Elementos...*, cit., pág. 116; GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, pág. 291.

(67) Cfr. MENGONI: *Obbligazioni...*, cit., págs. 309 y sigs.; OSTI: *Revisio-ne...*, cit., págs. 469-70; CATTANEO, *op. cit.*, págs. 83 y sigs.; MANCINI, *op. cit.*, páginas 43 y sigs.

Como dice ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, pág. 302, en estos casos, o bien nos hallamos ante una autónoma causa de extinción de la obligación (la imposibilidad de satisfacción del interés del acreedor), al ser ésta un *medio* para lograr un *fin*, o bien, en todo caso, a estos supuestos cabría darles apoyo positivo concreto en base a interpretar que hay imposibilidad de la prestación siempre que ésta no puede *cumplir su fin*.

Cuando se trate de prestaciones de hacer infungibles (68), en la medida en que las cualidades personales del deudor se insertan en el contenido mismo de la prestación, también se consideran los impedimentos que afectan a su persona, en forma temporal (enfermedad del trabajador) o definitiva (muerte, accidente de tráfico de un artista que le impide cumplir el recital prometido) (69). Otros impedimentos imaginables pueden referirse a la cosa sobre la que la prestación de hacer ha de desarrollarse (p.ej.: perecimiento de la cosa que debe transportarse o repararse), o a prohibiciones legales o administrativas (*factum principis*).

A la imposibilidad de prestar del deudor, como consecuencia de la normal necesidad de cooperación del acreedor en el cumplimiento de las prestaciones de hacer, se han equiparado los supuestos no reconducibles a la *mora accipendi*, en que existe en el acreedor una imposibilidad de recibir la prestación del deudor por causa a él no imputable (ejemplo: clausura o destrucción del establecimiento donde se prestan los servicios) (70).

En orden a la imposibilidad liberatoria en las prestaciones de actividad se ha observado (71), que la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida de prestar (o de hacerlo exactamente), no puede ser entendida en modo tan amplio de mutilar la libertad personal del deudor hasta el extremo de impedir el desarrollo normal de los valores inherentes a la persona, valores, por otra parte, constitucionalmente tutelados (art. 10

(68) Cfr. MORENO QUESADA, *op. cit.*, págs. 470 y sigs.; DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 453-4.

La esencialidad de la persona del deudor o de sus cualidades como determinante del interés del acreedor en la prestación de hacer —y que provoca la infungibilidad de aquél—, se contempla en el Código Civil en el artículo 1.161, dentro de la sede de las reglas de la regularidad del pago o cumplimiento.

(69) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, I, vol. 2, pág. 432; GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, páginas 290-1.

En este orden de ideas se mueve el artículo 1.595 del Código Civil, cuando dispone que si se ha encargado cierta obra a una persona «por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona».

(70) Como dice ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, pág. 297, «la llamada imposibilidad del acreedor para recibir, redundando en imposibilidad del deudor para prestar». Sobre esta forma de la imposibilidad de prestar, vid. COTTINO: *L'impossibilità...*, cit., págs. 8 y sigs., y págs. 192-3, y «L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione», en *Riv. Dir. Comm.*, 1948, I, páginas 443 y sigs.; MESSINEO, *op. cit.*, pág. 400; COMPORTI: *Risoluzione del contratto di lavoro per impossibilità dell'imprenditore?*, cit., *passim*, donde si bien se admite la eficacia liberatoria de la imposibilidad del empleador de recibir la prestación de trabajo, se recuerda que, en cambio, su propia prestación (la retribución salarial) sólo puede devenir imposible en los estrechos márgenes (imposibilidad temporal) de la prestación pecuniaria.

(71) Cfr. MENGONI: «Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro», en *Scritti in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, IV, págs. 261 y sigs., y allí, págs. 266 y sigs.; GALGANO: *Diritto privato*, cit., pág. 196; MANCINI, *op. cit.*, páginas 154 y sigs.; GIORGIANNI: *L'inadempimento*, cit., pág. 243.

de la Constitución). Una consideración abusiva de esta imputabilidad (ex art. 1.182, en conexión con su análogo 1.184 CC) llevaría a hacer responsable al trabajador que no se presente en su puesto de trabajo por haberse lesionado en una excursión alpinística, o al director de orquesta que no puede dirigir el convenido concierto por haberse fracturado un brazo a causa de la práctica del esquí (72). El deber preparatorio del cumplimiento (de preservar su posibilidad) no puede llegar a menoscabar aspectos tan íntimamente ligados al desarrollo de la persona. De modo que en estos casos, aunque la imposibilidad de la prestación tiene su origen remoto en una conducta del deudor, no existe imputabilidad positiva de la misma a éste, pues la actividad preparatoria se refiere a la preparación inmediata del cumplimiento, y no constriñe el desarrollo normal de la vida, que, de otro modo, se vería paralizado ante cualquier eventual riesgo de no poder realizar en su momento (o no exactamente) la prestación debida.

2) EN PARTICULAR, LAS PRESTACIONES PROFESIONALES

La diligencia del buen padre de familia es capaz, como sabemos ya, de asumir contenidos técnicos, con arreglo a la naturaleza de la prestación debida. Ello resulta particularmente claro, como se ha visto, de lo dispuesto en el artículo 1.104, 1.º, del Código Civil (73). En el Derecho

(72) Sendos ejemplos puestos por MENGONI y GALGANO, respectivamente.

(73) Vid. LACRUZ: *Elementos...*, II, 1, cit., pág. 103: «en particular, la diligencia exigible al profesional es la específica correspondiente al nivel técnico medio de la profesión»; cfr. también pág. 210 (culpa extracontractual): «en una esfera profesional, la diligencia se graduaría según la clase de actividad y la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso; por ejemplo, en una operación médica, la diligencia que normalmente suele poner un facultativo»; vid. también: *Elementos...*, II, 3, ct., pág. 207 (arrendamiento de servicios): «la diligencia exigible al profesional es la observancia rigurosa de las reglas del arte o profesión propios: la falta de pericia se asimila a la falta de diligencia»; GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial...*, cit., págs. 254-5 (arrendamiento de servicios): «en los servicios profesionales el patrón ideal no es la conducta del buen padre de familia, sino las reglas del arte o de la profesión»; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 480; SANTOS BRIZ: «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», en RDP, 1984, págs. 643 y sigs., y allí, pág. 670: «... en todo caso, dada la preparación profesional y técnica del sanitario, su actuación ha de ir presidida por la diligencia derivada de esa especialización de conocimientos, de modo que la 'diligencia exigible' según el concepto legal (art. 1.104 del Código Civil) no será la del común de los individuos legos en la materia, sino la profesional que las circunstancias exijan». Interesantes referencias históricas sobre la diligencia profesional, en MORALES MORENO: «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa», en ADC, 1982, págs. 591 y sigs., y allí, pág. 606.

El carácter técnico de la diligencia exigible de los profesionales ha sido ampliamente acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la Sentencia

italiano, por su parte, ello resulta del segundo párrafo del artículo 1.176 del Código Civil italiano: «Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.»

Con base a este párrafo se ha sostenido por MENGONI (74) la existencia de dos nociones de diligencia, una que llama técnica y otra impropia; la primera, criterio de imputación de la imposibilidad sobreve-

de 9 de abril de 1963 (RA 1964), sobre responsabilidad extracontractual: «...habiendo de determinarse, en principio, la diligencia exigible según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso, por ejemplo, en una operación médica, la diligencia que en ella normalmente suele poner un facultativo». Con posterioridad a ésta, han recaído abundantes sentencias sobre el carácter técnico-profesional de la diligencia exigible al Arquitecto director de una obra. Así, la Sentencia de 29 de marzo de 1966 (RA 1670), sobre responsabilidad extracontractual por daños ocasionados a causa de unas obras de construcción de una casa en una finca contigua, establece: «la normal previsión exigible al técnico Arquitecto director de la obra, no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe ser exigida, incluyendo, claro está, en sus deberes, el conocimiento y estudio de las peculiares condiciones del terreno sobre el que edifica y el cálculo de la carga no excesiva que el suelo debe soportar para evitar desplazamientos». En este mismo sentido, literalmente, la Sentencia de 22 de noviembre de 1971 (RA 4974), que resuelve la responsabilidad extracontractual derivante de la misma construcción en otra de las fincas colindantes. Más recientemente, la Sentencia de 11 de noviembre de 1982 (RA 6538) (las deficiencias de la construcción): «han sido producidas por no haberse comportado (el Arquitecto) con la diligencia que cabía esperar de sus conocimientos técnicos y profesionales, entre los que se encontraba la previsión de las especiales condiciones del suelo sobre el que se procedió a elevar el edificio en cuestión». Por su parte, la Sentencia de 22 de noviembre de 1982 (RA 6553) recoge la doctrina de dos anteriores sentencias, la ya citada de 29 de marzo de 1966 (RA 1670) y la de 24 de enero de 1975 (RA 93): «la responsabilidad del Arquitecto se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos, que no cabe confundir con la simple de un hombre cuidadoso, al tratarse de una diligencia alejada de la general definida en el párrafo 2.º del artículo 1.104 del Código Civil».

Como se ha dicho en el Derecho anglosajón, «...a man or a woman who practises a profession is bound to exercise the care and skill of an ordinary competent practitioner in that profession» (EDDY: *Professional negligence*, pág. 2, cit.; apud CATTANEO, *op. cit.*, pág. 60, nota 39), y muy gráficamente, en la sentencia del caso *Nair, J...., Bolam v. Friern Hospital Management Committee* (1957), 1, WLR, pág. 536 (cit., apud COLOMBATTO: «La legge inglese del 1977 sulle clausole di esonerazione da responsabilità», en *Riv. Dir. Civ.*, 1980, I, págs. 550 y sigs., y allí, página 565, nota 58): «Where you get a situation which involves the use of some special skill or competence, then the test as to whether there has been negligence or not is not the test of the man on the top of the Clapham omnibus, because he has no got this special skill. The test is the standard of the ordinary skilled man exercising and professing to have that special skill».

En Alemania se ha dicho del médico (ENNECERUS y NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, 14 ed., Tübingen, 1955, pág. 397) que éste viene obligado a prestar «die Sorgfalt eines tüchtigen Arztes».

(74) *Vid. Obbligazioni...*, cit., págs. 199 y sigs.

nida (*ex arts. 1.182 y 1.105 CC*); la segunda, coincidente con la pericia, criterio determinante del exacto cumplimiento.

En realidad, como en otro lugar se ha visto (75), la diligencia es siempre la misma, y en su función de criterio de delimitación del exacto cumplimiento asume carácter técnico o no, según sea la naturaleza de la prestación, como el propio MENGONI no puede dejar implícitamente de reconocer al aplicar la diligencia que él llama propia o técnica (la del primer párrafo del art. 1.176 CC *it.*, «no profesional», del buen padre de familia) a las prestaciones de hacer no técnico (no profesionales), como criterio para determinar su cumplimiento. La misma diligencia que se aplica en cada prestación para determinar la exactitud del cumplimiento es la que se aplica como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida del mismo: la naturaleza de la diligencia no varía con arreglo a la naturaleza de su función (criterio de cumplimiento/de imputación), sino de la prestación.

No se trata, pues, de dos diligencias diversas, sino de una sola diligencia, conmisurada a la naturaleza de la prestación, que, en cuanto tal, cumple —simultáneamente en las obligaciones de medios— las dos funciones (76). Tratándose de prestaciones profesionales, pues, la diligencia a considerar en ambas funciones será, con arreglo al propio carácter de la prestación, de naturaleza técnica o profesional (77).

(75) Consíéntaseme remitirme a mi citado trabajo: «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», en *ADC*.

(76) Cfr. OSTI: *Deviazioni...*, cit., pág. 613, nota 40; VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., pág. 168; CATTANEO, *op. cit.*, págs. 52 y sigs.; MOSCO, voz cit., página 416; GIORGIANNI: *L'inadempimento*, cit., pág. 272; SANTORO-PASSARELLI, voz «Professioni intellettuali», en *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, pág. 25; COTTINO: *L'impossibilità...*, cit., págs. 53 y sigs., y pág. 87, nota 130.

(77) Así lo ha establecido, por otra parte, con toda claridad, el Tribunal Supremo. La valoración de la imprevisibilidad e inevitabilidad, a los efectos de determinar si la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento obedece o no a caso fortuito (art. 1.105 del Código Civil), o en otras palabras, la imputabilidad o no al deudor del evento que le impide cumplir o hacerlo exactamente (artículos 1.182-1.184 del Código Civil), se hace en las prestaciones profesionales, en los términos de aquella misma diligencia técnica (pericia) que el deudor debe prestar para cumplir. Así, la citada Sentencia de 29 de marzo de 1966 (RA 1670) se sirve de la noción técnica o profesional de la diligencia para excluir la presencia de un caso fortuito, en el sentido del artículo 1.105 del Código Civil (los razonamientos de la parte recurrente): «en modo alguno pueden ser aptos para exonerar de ella (la responsabilidad) al Arquitecto director de la obra, puesto que, en suma, no se atina a comprender cuál sea, en concreto, la causa (del daño producido) que rebase su *normal previsión en calidad de técnico especialista y director de la obra*». Y se añade que, a efectos de la imprevisibilidad (lo que también vale, naturalmente, para la inevitabilidad) del artículo 1.105 del Código Civil: «en el caso de autos, el acaecimiento (deterioro de la edificación contigua) entra, cual ya queda dicho, dentro de la *profesional y especial previsión* que debió tener el Arquitecto demandado». En este mismo sentido, literalmente, la también citada Sentencia de 22 de noviembre de 1971 (RA 4974) rechaza igualmente, para el

Consecuencias de este exacto planteamiento son que el buen padre de familia, cuando se trata de prestaciones profesionales, se convierte en el buen profesional, y que la impericia no es sino una forma de la culpa (objetiva), es decir, una desviación de la actividad del profesional respecto de la prestación debida, prestación o cumplimiento que, por el especial carácter de la actividad en que consiste, se mide con arreglo a las normas o criterios técnico-profesionales.

La aplicación del criterio de la diligencia con contenido técnico (pericia) deriva, pues, no del ejercicio continuado de la prestación por el deudor, sino de la naturaleza misma de la prestación debida. Es suficiente que el deudor asuma la obligación en calidad de profesional, lo que puede resultar del mismo contrato o de las circunstancias que lo rodean. Esto último será lo más frecuente, como, en especial, el estar inscrito en un Colegio o Asociación de profesionales, el ejercer profesionalmente, o el asumir expresamente una prestación de carácter profesional presentándose públicamente como tal (78).

Dentro de cada profesión, la existencia de especializaciones (reguladas oficialmente o públicamente manifestadas) implica la exigencia del nivel propio no ya de un buen profesional, sino de un buen especialista. Por el contrario, se ha sostenido (79), que en determinados casos la diligencia del profesional se degrada de diligencia técnica a diligencia común. Se ponen como ejemplos el caso del médico llamado por la autoridad al escenario de una catástrofe ferroviaria, o el del abogado de oficio que se encuentra ante una delicada causa criminal. En realidad se trata, también aquí, de casos de diligencia técnica en los que, sin embargo, ésta se valora con arreglo a las circunstancias del caso concreto. Esta consideración de las circunstancias del caso es normal en la dili-

daño causado por la misma construcción en otra finca colindante, la presencia de un caso fortuito *ex* artículo 1.105 del Código Civil, pues no hay imprevisibilidad con arreglo al criterio técnico exigido. Esto mismo resulta particularmente claro en la también citada Sentencia de 24 de enero de 1975 (RA 93), que tras sentar que la diligencia exigible al profesional es de índole técnica, añade: «y debiendo hacerse la estimación del caso fortuito con *criterio riguroso y restrictivo* (es decir, con arreglo a la misma diligencia profesional), procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación íntegra del recurso». Finalmente, debe tenerse en cuenta, en modo aún más claro, la igualmente citada Sentencia de 11 de noviembre de 1982 (RA 6538): «*porque siendo la inevitabilidad en que tal precepto (artículo 1.105 del Código Civil) se basa la relativa al grado de diligencia que se debe prestar*, claro es que no puede hablarse de caso fortuito cuando la consecuencia dañosa proviene, precisamente, de falta de la adecuada diligencia por parte de quien, como el Arquitecto director de una edificación, tenía la obligación profesional de comprobar previamente a la construcción las características del terreno sobre el que dicha edificación había de levantarse».

(78) Cfr. CATTANEO, *op. cit.*, págs. 62 y sigs.

(79) Cfr. MENGONI: *Obbligazioni...*, cit., pág. 207, nota 80, y MANCINI, *op. cit.*, página 40.

gencia (cfr. art. 1.104, 1.º, CC) (80) (no se trata, pues, de excepciones), y no supone una quiebra de su carácter *objetivo*; lo que se exige del profesional es la prestación técnicamente correcta, *pero* dentro de los límites que las circunstancias del caso permitan (*no* a un concreto deudor, sino, en abstracto, a un profesional —en su caso, especialista— medio). Es, en efecto, característica de las obligaciones de actividad el que los obstáculos o dificultades para prestar son elementos a tener en cuenta en el juicio de valoración del comportamiento debido para determinar su exactitud (81).

El conocimiento por el acreedor de las verdaderas aptitudes (capacidad e idoneidad) del deudor, opera la tácita reconducción de la prestación diligente (técnica) a las mismas, pues el acreedor que contrata sus servicios, ello no obstante, renuncia tácitamente a un grado de diligencia mayor (al mismo resultado práctico conduce la aplicación en sede de responsabilidad del principio del concurso de culpas), lo mismo que si se dirige a un no especialista o si se traslada al prestador, en uso del *ius variandi* del empleador, de un cometido a otro. En este último caso la pericia propia de la nueva tarea sólo será exigible una vez transcurrido el tiempo que, conforme a buena fe, sea necesario para adquirirla (82).

La consideración de las concretas circunstancias del caso en el juicio valorativo de la exactitud de la diligencia-pericia prestada, exige también tener en cuenta las eventuales dificultades que aquél presente al deudor (un asunto complicado para el abogado, una operación difícil para el cirujano). Ello no significa, tampoco aquí, que varíe el criterio mensurador de la culpa, sino que el mismo criterio —la *culpa levis*, la diligencia normal (técnica o profesional)— ha de aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias del cumplimiento (art. 1.104, 1.º, CC). En los casos de prestaciones técnicas de especial dificultad no se trata, pues, de que se aplique un criterio menos riguroso de diligencia-pericia, sino que, aplicándose el criterio general, éste se conmisura a las circunstancias del cumplimiento. En la valoración de la culpa (o de la diligencia) se debe tener *siempre* presente, por un lado, la diligencia exigible de un buen profesional de la categoría que corresponda, y, por otro, las circunstancias del caso, entre ellas, su dificultad, con relación a la cual se valora en el caso concreto el comportamiento debido. De forma que si la prestación es difícil se exigen del profesional sólo aquellos actos, de todos los abstractamente posibles, que se incluyen en la capacidad de

(80) Cfr. CATTANEO, *op. cit.*, págs. 64-5.

(81) Cfr. OSTI: *Revisione...*, cit., pág. 470, nota 2; MENGONI, *op. ult. cit.*, página 309; CATTANEO, *op. cit.*, pág. 85.

(82) Vid. MANCINI, *op. cit.*, págs. 40-1.

un buen profesional de su categoría. Es la diligencia (técnica) normal, valorada teniendo en cuenta la especial dificultad, la que se exige, y no un grado inferior de diligencia, lo que sería absurdo (precisamente cuando mayor dificultad hay, ¿rebajar el nivel de diligencia exigible?) (83).

C) OBLIGACIONES DE NO HACER

El peculiar contenido de la prestación en las obligaciones de no hacer, por las que el deudor se obliga frente a otra persona a una determinada conducta omisiva (84), ha planteado algún problema de interpretación por lo que se refiere al régimen de las reglas de responsabilidad. Así, del propio carácter de la prestación negativa se deduce la inaplicabilidad, como regla, del régimen específico de la mora a este tipo de obligaciones. Ello se corrobora por la lectura del artículo 1.100 del Código Civil, que refiere dicho régimen a los obligados «a entregar o a

(83) La cuestión de la valoración de la diligencia técnica en los casos de especial dificultad suscita, particularmente en Italia, discusión, debido a la existencia en la sede sistemática de las profesiones liberales de la norma especial del artículo 2.236 del Código Civil italiano: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave». Así se ha sostenido por un numeroso sector de la doctrina italiana, que esta norma particular introduce una derogación al artículo 1.176 del Código Civil italiano (criterio general del buen padre de familia), de forma que tratándose de prestaciones intelectuales, el cumplimiento se determina con menor rigor, constituyéndose por esta vía una suerte de privilegio en favor de los profesionales. Así, en el sentido del menor rigor de la diligencia exigible en estos casos, *vid.* BIANCA: *Dell'inadempimento...*, cit., págs. 148 y sigs.; BARASSI, *op. cit.*, págs. 26 y sigs., que lo justifica por el propio carácter discrecional de la actividad profesional. Para ROPPO: *Il contratto*, cit., página 254: «la disposizione costituisce, manifestamente, un vero e proprio privilegio accordato dal legislatore al ceto dei liberi professionisti intellettuali». Frente a esta interpretación, que es, ciertamente, la que parece desprenderse del texto legal y que, por otra parte, responde a la intención del legislador (*Relazione al Codice del Guardasigilli*, núm. 917), ha sostenido CATTANEO, *op. cit.*, págs. 72 y sigs., en los términos vistos en el texto, que el artículo 2.236 del Código Civil italiano no consagra un grado menor de diligencia para los profesionales (la *culpa lata*, en vez de la *levis*), lo que sería incongruente con la mayor dificultad, sino que consiste en la aplicación de la misma diligencia general (técnica) tomando en cuenta la dificultad del caso, lo que es una aplicación, a su vez, de la consideración, como regla, de las circunstancias del caso en el juicio de diligencia.

Esta exacta interpretación de CATTANEO es la que, sin posibilidad de discusión aquí, se desprende sin más del artículo 1.104, 1.º, del Código Civil, cuando habla de la «diligencia... que corresponda a las circunstancias», ejemplificando a continuación algunas de ellas.

(84) Sobre las obligaciones de no hacer, en general, *vid.* Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 455 y sigs.; VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 80 y sigs.; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, I, 2, pág. 234. Exhaustiva, la monografía de COVIELLO, jr. (Leonardo): *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, Napoli, 1931-4 (2 vols.).

hacer alguna cosa», con exclusión literal, por tanto, de quienes lo están a no hacerla. En definitiva, la exclusión como regla de las obligaciones negativas del régimen del cumplimiento retardado deriva de que en ellas generalmente falla su presupuesto básico: si el obligado a no hacer una cosa realiza la conducta prohibida, hay incumplimiento total y definitivo; no hay posibilidad de *retraso* en el cumplimiento, en forma de permitir un cumplimiento ulterior, que, a pesar de su carácter tardío, satisfaga todavía al acreedor (85). Si esta es la regla y la razón de la exclusión del régimen de la mora en este tipo de obligaciones, habrá que concluir que cuando quepa el retraso en el cumplimiento de una obligación de inactividad habrá igualmente mora. Y ello sucede, precisamente, cuando la inactividad ha de comenzar a partir de un dado momento: aquí cabe el retraso en el cumplimiento (en la omisión), y el cumplimiento tardío ofrece aún (normalmente, salvo término esencial) interés al acreedor (86).

Esta exclusión, como regla, de las obligaciones de no hacer del régimen peculiar de la mora se consagra expresamente en el Derecho ita-

(85) Con arreglo a estos principios, excluyen en todo caso las obligaciones negativas del régimen de la mora: CASTÁN, *op. cit.*, III, pág. 162; ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, págs. 182-3; LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 1, pág. 109; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, I, 2, págs. 488-9; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 205. Un amplio elenco de la doctrina que sostiene esta postura (con especial referencia a la argentina), en MOISSET DE ESPANÉS: «Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer», en *RGLJ*, 1975, I, págs. 345 y sigs., y allí, págs. 348 y sigs.

(86) Esta es la posición matizada (exclusión como regla, pero no en todo caso, de las obligaciones negativas del régimen de la mora) de DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pág. 681, acogida por VATTIER, *ibidem*, págs. 88-9. Cfr. también DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 261. Esta misma posición matizada es defendida, en un análisis más detallado, por MOISSET DE ESPANÉS, *op. cit.*, *passim*, espec., págs. 356 y sigs. También aquí se llega a la conclusión matizada, sobre la base de la distinción entre diversos tipos de prestaciones de no hacer, y, en concreto, la mora resulta posible en aquellas que consisten en la cesación de una actividad a partir de un momento dado. En realidad, no puede decirse que, desde el punto de vista de la práctica social, nos hallemos ante una excepción, pues si bien sólo se trata de una de las formas de la prestación negativa, este tipo es, como apunta MOISSET, de los que más aplicación tienen en la práctica (ejemplo, pacto de no concurrencia).

Con anterioridad a todos ellos, en sentido también matizado, aunque vacilante, *vid.* PINTÓ RUIZ, voz «Incumplimiento...», cit., pág. 190.

Se ha objetado —cfr. ALBALADEJO y LACRUZ, *op. y loc. cit.*s. en nota precedente— que en los casos en que cabe hablar de retraso en el cumplimiento de una obligación negativa (obligación de *cesación* a partir de cierto momento), en realidad lo que habría sería un retraso en una prestación *positiva*, que es de realización previa y necesaria a la propia prestación de inactividad (así, el cierre del establecimiento en el caso de un pacto de no competencia). Se trata, en definitiva, de una cuestión terminológica un tanto vidriosa: lo cierto es que en estos casos, comoquiera que se califiquen o justifiquen, cabe la mora porque es posible el *retraso*, y éste se refiere a la *inactividad debida*, a la prestación objeto de la obligación negativa, aunque sea por mediación de la *actividad* (cierre en el ejemplo) preliminar complementaria.

liano en el artículo 1.222 de su Código Civil: «*Le disposizioni sulla mora non si applicano alle obbligazioni di non fare; ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sè inadempimento.*»

Hasta aquí, ningún problema: del propio carácter de la prestación negativa deriva que, como regla, no quepa en ella una modalidad o supuesto de incumplimiento (el retardado). Esta especialidad se refiere, pues, al plano de la materialidad o facticidad del incumplimiento, de las distintas formas o supuestos en que se produce la insatisfacción del acreedor, la falta del exacto resultado debido. En cambio, no existe especialidad en cuanto a las reglas de responsabilidad, los criterios para su afirmación, una vez verificada la falta del exacto cumplimiento. Sin embargo, la confusión entre los dos planos se ha producido, y así, de aquella (verdadera) especialidad en el orden fáctico de cómo la lesión al crédito se produce, se ha pretendido deducir (incorrectamente) una genuina especialidad en el modo en cómo el juicio de responsabilidad opera para este tipo de obligaciones.

Así, en Italia, y sobre la base del último inciso del artículo transcrito («todo acto realizado en violación de éstas —las obligaciones negativas— constituye de por sí incumplimiento»), se ha sostenido que toda violación del contenido de la obligación negativa —realización positiva de la conducta prohibida— constituye sin más incumplimiento imputable al deudor, de modo que no cabe aquí la prueba liberatoria a cargo de éste (la de la imposibilidad sobrevenida no imputable a él de la prestación negativa), y, por tanto, la responsabilidad del deudor, una vez infringida por él la obligación, se afirma en todo caso (87). De forma que para las obligaciones de no hacer se hallaría consagrada una suerte de responsabilidad automática (objetiva o por el resultado, que prescinde de la valoración de la conducta del deudor) (88); en definitiva, un régimen de responsabilidad especial sustraído a la aplicación de las reglas generales (arts. 1.218 CC it., 1.105-1.182 ss. CC).

(87) Así, la Sentencia de la *Cassazione* italiana de 10 de mayo de 1951, número 1.094, en *Giur. It.*, 1952, I, 1, cols. 685 y sigs., anotada por COVIELLO, jr., y allí, col. 690: «... si trattava di obbligazione negativa, di non fare (divieto di subbaffitto); sicchè in tal caso é perfino inammissibile una impossibilità di adempimento, perchè, consistendo l'obbligazione in una semplice inazione, non é ipotizzabile che uno, contro il divieto, sia costretto a farlo. Lo proclama in modo espresso l'art. 1.222, secondo il quale nelle obbligazioni di non fare, ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sè inadempimento: senza cioè, che vi possa essere una causa giustificatrice...».

Así, también GALGANO: *Diritto privato*, cit., pág. 197: «qui —nelle prestazioni di non fare— non si pone neppure il problema della impossibilità di adempiere, dal momento che ogni fatto compiuto in violazione dell'obbligazione negativa é un fatto volontario dal debitore o dei suoi ausiliari, del quale il debitore è sempre responsabile».

(88) Cfr. BIANCA: *Dell'inadempimento...*, cit., pág. 245.

Este malentendido ha sido salvado por COVIELLO JR. (89) y por la doctrina que le sigue (90). Más que argumentos derivados de la exégesis del precepto legal italiano (91), lo importante es constatar que situado éste, como el propio artículo 1.100, 1.º, del Código Civil, en su verdadero ámbito y significado (relativo a los supuestos fácticos o materiales del incumplimiento), no se comprende por qué en el caso de las obligaciones negativas las reglas generales de responsabilidad contractual habrían de sufrir excepción. Tanto el artículo 1.222 del Código Civil italiano como el artículo 1.100, 1.º, del Código Civil dejan imprejuizado el problema del juicio de responsabilidad: se limitan a excluir, como regla, por la propia naturaleza de la prestación negativa, el retraso en su cumplimiento. De modo que en la violación de la obligación de no hacer, como en la de cualquier otra obligación, una cosa será el establecimiento o verificación de su infracción (aquí, la realización de la conducta vedada), y otra el juicio de la justificación o no de tal infracción debitoria. En concreto, si la infracción ha estado determinada por imposibilidad liberatoria de la prestación negativa, la obligación se extingue, se excluye el incumplimiento —la infracción no es ya relevante al no haber obligación— y, por tanto, la responsabilidad del deudor infractor (arts. 1.182-1.184 y 1.105 CC).

Cierto que el especial carácter de la obligación de no hacer, hace que

(89) «La impossibilità della prestazione e l'obbligazione negativa», en *Giur. It.*, cit., cols. 685 y sigs., y con mayor amplitud, en la obra citada del mismo autor: *L'obbligazione negativa*, vol. II, 1934, págs. 296 y sigs.

(90) *Vid.* Mosco, voz cit., pág. 429; BIANCA, op. cit., págs. 244-5; COTTINO: *L'impossibilità...*, cit., pág. 183; MESSINEO, op. cit., § 113, núm. 7, pág. 226 (este último autor, como consecuencia del cambio de opinión en la octava edición de la obra, motivado, a su vez, por la crítica de COVIELLO, jr.).

(91) Pues, obviamente, sólo tienen valor en el ámbito de aquel ordenamiento.

A este nivel de argumentación, COVIELLO, jr., ha puesto de manifiesto que el inciso final del artículo 1.222 del Código Civil italiano, según el cual toda violación de la obligación de no hacer es incumplimiento, no puede leerse separadamente del inciso inicial, por el que se excluye del régimen especial de la mora a dicha clase de obligaciones. Conectando ambas partes, final e inicial del artículo, resulta claro que lo que en él se dice es que la única forma de incumplimiento (material o fáctico) que cabe en las obligaciones de no hacer, es el incumplimiento en sentido estricto (definitivo), por contraposición al retraso. En este mismo sentido, contrapone «incumplimiento» y retardo, el artículo 1.218 del Código Civil italiano. Es decir, el inciso final del artículo 1.222 del Código Civil italiano no hace sino confirmar o reforzar la exclusión en las obligaciones de no hacer de la disciplina especial de la mora. La absolutividad de la expresión legal (*Ogni fatto... costituisce di per sé inadempimento*), no hace sino señalar que la exclusión es total (lo es así para COVIELLO, jr., cfr. *L'obbligazione negativa*, II, cit., págs. 5 y sigs.), y que la principal virtualidad de la exclusión del régimen de la mora estriba en la no necesidad de la intimación —que, como regla, se exige en la mora, artículo 1.219 del Código Civil italiano—, lo que confiere a la violación de la obligación negativa relevancia autónoma («per sé») (cfr. COVIELLO, junior, *Giur. It.*, cit., col. 687).

su incumplimiento se concrete en un actuar del propio deudor —y sólo de él, por lo que se ha hablado de la infungibilidad de la prestación negativa (92)—, y que su cumplimiento, en tanto que consiste en una actitud puramente omisiva, es con relación a otro tipo de prestaciones más fácil; pero esto debe llevar a afirmar el carácter poco frecuente de la imposibilidad liberatoria (el caso fortuito, con todos sus tradicionales requisitos) en estos casos (93), y no a negar apriorísticamente al deudor la posibilidad de su prueba.

Esta interpretación, por otra parte, encuentra, además, cumplida demostración histórica. Ya POTHIER (94), al hablar del caso fortuito, se refería al supuesto de quien, obligándose a no hacer una cosa, se ve obligado a hacerla por causa de fuerza mayor, no dándose entonces lugar al resarcimiento. Siguiendo esta tradición, deben tenerse en cuenta los artículos 1.148 del Código Civil francés (*«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 fait ce qui lui était interdit»*) y 1.226 del Código Civil italiano de 1865 (*«Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito... ha fatto ciò che gli era vietato»*). El recuerdo de este último artículo resulta especialmente clarificador, pues su clara disposición coexistía con la del artículo 1.221 del Código Civil italiano de 1865, equivalente al actual 1.222 del Código Civil italiano, que disponía que *«se l'obbligazione consiste nel non fare, il debitore che vi contravviene, è tenuto ai danni pel solo fatto della contravvenzione»*. Norma esta última que cumplía la función, al igual que los actuales 1.222 del Código Civil italiano y 1.100, 1.º, del Código Civil, de excluir el régimen específico de la mora como regla para las obligaciones de no hacer, pero que se situaba en un plano distinto del juicio de responsabilidad, general éste para todas las obligaciones, y en el que la prestación negativa era contemplada expresamente (art. 1.226 CC it., *supra* transcrito). En la actualidad tal referencia expresa ha desaparecido en el Derecho italiano, mientras que en el Derecho español codificado nunca llegó a existir. Pero ello no es obstáculo para la aplicación de las normas generales, pues, de un lado, el artículo 1.105 del Código Civil —al igual que el artículo 1.218 CC it.— se refiere a toda clase de obligaciones (también las negativas), y el artículo 1.184 del Código Civil se aplica analógica-

(92) COTTINO, *op. y loc. últ. cit.*

(93) Cfr. COVIELLO, jr., *op. y loc. últ. cit.*; MESSINEO y MOSCO, *op. y loc. últimamente cit.*

(94) *Tratado de las obligaciones*, cit. (I, 2, núm. 149), pág. 86.

mente a las obligaciones de no hacer (95); por otro, la aludida distinción de planos (supuestos fácticos de incumplimiento/juicio de responsabilidad) se mantiene aun en defecto de una norma expresa (que allí, y cuando existía, la declaraba o manifestaba, pero no la creaba).

En conclusión, pues, al deudor de una obligación negativa le cabe, una vez infringida ésta, como a cualquier otro deudor no cumplidor y en conformidad con los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil, dar la prueba liberatoria de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (en este caso, de la omisión) por causa a él no imputable, prueba liberatorio-extintiva que, excluyendo el propio incumplimiento,

(95) La no contemplación específica de las obligaciones de no hacer en la sede de la imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa extintiva de la obligación obedece, como es sabido, a la preponderancia tradicional, no sólo en este ámbito, de las obligaciones de dar o entregar cosa específica, que condujo al solapamiento de esta causa extintiva con la pérdida inculpable de la cosa debida. Esta tradición, que el Código español recibe, a través del Proyecto de 1851, del Código francés, es la que conduce a la propia rúbrica de la sección en que esta causa extintiva se contempla, y a que sólo marginalmente lo hayan sido en ella las prestaciones de hacer. En cualquier caso, la conciencia de esta tradición arrastrada en el tiempo, y del carácter general de la causa extintiva (cualquier prestación puede devenir sobrevenidamente imposible, y cuando ello se produce sin responsabilidad del deudor, la obligación, que inicialmente surgió, se extingue), permite subsanar sin problemas las deficiencias del texto legal.

Así, en nuestra doctrina, cfr. LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 1, pág. 116: «En cuanto a las prestaciones de hacer (o, indudablemente, las de no hacer), dispone el artículo 1.184...»; CASTÁN, *op. cit.*, III, pág. 326: «En ellas (obligaciones de hacer) queda liberado el deudor cuando la prestación resulte legal o físicamente imposible (art. 1.184). Doctrina análoga habrá que aplicar a las obligaciones de no hacer cuando el hecho resultare de realización legal o físicamente necesaria»; ESPÍN, *op. cit.*, págs. 178-9: «En las obligaciones de no hacer, cuando legal o físicamente sea necesario realizar el hecho, habrá que aplicar por analogía este precepto» (el art. 1.184 del Código Civil); ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, pág. 297: «La imposibilidad/sobrevenida de la prestación/puede proceder de cualquier causa (de hecho o de Derecho), artículo 1.184, *in fine*. Así..., en las obligaciones/de no hacer, necesidad ineludible de hacerlo/el acto/(quien se comprometió a no edificar un solar, ha de levantar un edificio por imperativo de una ley que obliga a construir)»; GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, págs. 291-2 (*sub* comentario al artículo 1.184): «Las observaciones que se llevan dichas con relación a las obligaciones de hacer, y a las que expresamente se refiere el artículo 1.184 del Código Civil, son igualmente aplicables a las de *no hacer*. De indudable lo ha calificado la doctrina. El comportamiento negativo, que es la esencia de la obligación de no hacer la prestación, puede ocurrir que se vea contrariado por causas físicas o legales que lleven a la realización de lo que estaba prohibido, y, lógicamente, esas causas operarán del mismo modo, y a tenor del artículo 1.184, extinguiendo la obligación. La no realización de un hecho material con trascendencia jurídica (no arrendar —?— un solar o no edificar en él), o de puros actos jurídicos (no reclamar el crédito), pueden ver obstaculizada su inactividad por razones físicas o jurídicas, que lleven a la realización de lo que no se podía ejercitar. La violación que tiene esas causas, y que no es imputable al obligado, extingue la relación negocial, conforme al artículo 1.184 del Código Civil».

excluye la responsabilidad (también la convencionalmente pactada, en su caso, salvo pacto asuntivo del fortuito) (96).

Dada la especial configuración de la prestación debida, la imposibilidad liberatoria en estos casos se traduce en una necesidad del hacer vedado, por causa no imputable al deudor de la omisión (97). La imposibilidad fortuita de la inactividad debida puede determinarse o por eventos naturales —una catástrofe natural que obliga a desplazarse a quien se comprometió contractualmente o, al aceptar la obligación impuesta por el testador, a no salir de una cierta localidad o región—, o por actos de la autoridad —en el mismo caso, desplazamiento por detención policial o alistamiento forzoso—. La actividad del deudor forzada por la imposibilidad, y cuya omisión garantizaba la obligación, puede consistir en un *facere* material (como el caso puesto de limitación de la libertad de residencia) o jurídico (como el compromiso de no vender hecho imposible por una legislación de venta forzosa, o de vender preferentemente, hecho imposible por una preferencia distinta legalmente establecida, o de no vender por debajo de cierto precio, hecho imposible por un precio administrativamente fijado) (98).

D) LOS CASOS DISCUTIDOS

1) LOS SUPUESTOS DEL «RECEPTUM»

a) *Consideraciones generales*

Entre los casos que tradicionalmente se han presentado como discutidos o como difícilmente encajables en las reglas generales de responsa-

(96) Para la responsabilidad convencional (cláusula penal), ello se deduce del artículo 1.152, 2.º, del Código Civil.

En los casos de obligaciones negativas en que cabe el retraso, el deudor moroso en la omisión debida podrá exonerarse de la responsabilidad por el retraso, justificándolo por imposibilidad sobrevenida a él no imputable de la prestación negativa durante el tiempo en que aquél se ha producido, siempre que no nos hallemos ante un término esencial, caso en el cual el incumplimiento se hace definitivo: entonces, la responsabilidad y la prueba liberatoria ya no se referirán al retraso en el cumplimiento (la omisión tardía no interesa al acreedor), sino al incumplimiento total y definitivo de la obligación.

Cuando nos hallemos ante prestaciones negativas divisibles (*ex art. 1.151, 3.º, del Código Civil, cfr. BERCOVITZ [Rodrigo]: «Las obligaciones divisibles e indivisibles», en ADC, 1973, págs. 507 y sigs., y allí, págs. 536 y sigs.; cfr. también PUIG BRUTAU: Fundamentos..., cit., I, 2, págs. 255 y sigs.*), el deudor podrá exonerarse de la responsabilidad que deriva del parcial no cumplimiento, probando, a su vez, la imposibilidad sobrevenida a él no imputable de la prestación negativa en la parte no cumplida.

(97) Cfr. COVIELLO, jr., en *Giur. It.*, col. 688, y la doctrina española citada y transcrita en la nota 95.

(98) Cfr. COVIELLO, jr., *ibidem*, cols. 689-90.

bilidad contractual (o más exactamente, en la interpretación que de ellas se hace) figuran los supuestos agrupados bajo la denominación romanística del *receptum*, designados así por el paralelismo, también tradicional, que se establece entre estos casos y los supuestos de custodia técnica del Derecho romano (*nauta, caupo, stabularius*), supuestos en los que, como es sabido, la responsabilidad del deudor de la entrega de una cosa determinada se afirmaba como norma ante su falta, no obstante la destrucción de la cosa, y sólo venía a menos ante la prueba excepcional por parte del deudor de alguno de los supuestos típicos exoneratorios (*vis maior, damnum fatale*). En defecto de tal prueba, la responsabilidad del deudor se afirmaba «*etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est*» (99).

Sobre la base de estos precedentes romanos se ha sostenido la existencia en el Derecho vigente de supuestos de responsabilidad contractual que tienen como nota común el originarse en la recepción de la cosa o cosas debidas por el deudor (responsabilidad *ex recepto*), y el suponer un agravamiento respecto de las reglas generales —arts. 1.105 y 1.182 y siguientes CC— de la responsabilidad contractual, si bien se precisa que su configuración actual es menos rigurosa que la cuasiobjetiva del Derecho romano (100).

Estos supuestos del *receptum*, entendidos como de agravación de la responsabilidad del deudor siquiera sea en el plano probatorio, serían en el Derecho moderno los casos de responsabilidad del transportista por la pérdida o avería de las cosas transportadas en el transporte de cosas (artículo 1.602 CC, 361 CCom), el de la responsabilidad por deterioro, pérdida o destrucción de las cosas introducidas o entregadas en establecimientos hoteleros o similares (arts. 1.783-4 CC), y el caso, aunque respecto de este último existen vacilaciones a la hora de calificarlo o no

(99) Cfr. BARASSI, *op. cit.*, pág. 363; NATOLI: *L'attuazione del rapporto obbligatorio (Appunti delle lezioni)*, II, Milano, 1962, pág. 112; VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, Valencia, 1982, pág. 433; GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1980 (7.ª ed. rev. por F. SÁNCHEZ CALERO), págs. 227-8; JÖRS-KUNKEL: *Derecho privado romano* (trad. de la 2.ª ed. alemana por L. PRIETO CASTRO), Barcelona, 1937, págs. 342-3; D'ORS (A.): *Derecho privado romano*, Pamplona, 1977 (3.ª ed.), págs. 553-4 (sub § 512); ARIAS RAMOS y ARIAS BONET: *Derecho romano*, II, Madrid, 1981 (16.ª ed.), pág. 644.

(100) Así, dice SÁNCHEZ CALERO (F.): *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1982 (9.ª ed.), pág. 447, para el transporte terrestre (mercantil) de cosas, que «el tradicional rigor de la responsabilidad del porteador *ex recepto*, se ha reducido sustancialmente al campo de la prueba».

Por su parte, GARRIGUES: *Curso...*, cit., pág. 228, dice que el Código de Comercio, apartándose de la tradición del *receptum*, aparece informado en la regulación de la responsabilidad del porteador terrestre por el principio de la culpa, y limita el agravamiento de su responsabilidad, igualmente, al plano probatorio (página 229).

como de agravamiento, de la responsabilidad de las entidades bancarias en el servicio de las cajas de seguridad. A estos casos añade la doctrina italiana (101), sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.787 del Código Civil italiano (102), el de la responsabilidad por daño o destrucción de las mercancías depositadas en almacenes generales.

(101) Cfr., por ejemplo, MESSINEO, *op. cit.*, § 114, núm. 4, pág. 238; RESCIGNO: «In tema di responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza», en *Banca, bors. e tit. cred.*, 1971, II, págs. 267 y sigs., y allí, pág. 270; MOLLE: *I contratti bancari*, Milano, 1978 (3.ª ed.), pág. 684.

En la doctrina española existe una pacífica aceptación de que el régimen de responsabilidad del transportista mercantil de cosas supone un agravamiento probatorio respecto de las reglas generales (civiles) de la responsabilidad contractual, como consecuencia de la tradición, aminorada en el Código de Comercio, del *receptum* romano: cfr. GARRIGUES: *Curso...*, cit., págs. 227 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 447; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, págs. 433 y sigs.; URÍA: *Derecho mercantil*, Madrid, 1966 (5.ª ed.), pág. 502; BROSETA: *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1981 (4.ª ed.), pág. 412; GONZÁLEZ PORRAS: «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)», en *RDM*, 1978, págs. 477 y sigs., y allí, págs. 483 y 493 y sigs.

En la jurisprudencia, *vid.* la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de febrero de 1972, en *RGD*, 1972 (abril), págs. 361-2: «aspecto éste, el de las responsabilidades (derivadas del transporte de mercancías), en el que se destacan con fuerza las especialidades del Derecho del comercio frente al civil, en el sentido de exigir una muy rigurosa responsabilidad».

Para el transporte civil (art. 1.602 del Código Civil), cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 477: «el artículo 1.602 lo sujeta (al porteador) a un severo régimen de responsabilidad, en tanto responde de la pérdida y de las averías de las cosas que recibe, a no ser que pruebe que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor». Cfr., asimismo, GULLÓN: *Curso...*, cit., pág. 280, y Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pág. 711.

Una directa conexión de la responsabilidad de fondistas y mesoneros (artículos 1.783-4 del Código Civil) con la tradición romana del *receptum*, se establece por LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 3, págs. 243 y sigs.

Para la responsabilidad bancaria en el servicio de las cajas de seguridad, *vid.* GARRIGUES: *Contratos bancarios* (2.ª ed. rev. por S. MOLLE), Madrid, 1975, páginas 458 y sigs. (la posición de GARRIGUES es considerada por MOLLE como consonante con los principios agravatorios del *receptum*; cfr., *op. cit.*, pág. 686, nota 75).

(102) Art. 1.787 del Código Civil italiano: «I magazzini generali sono responsabili della conservazione delle merci depositate, a meno che si provi che la perdita, il calo o l'avaria, é derivata da caso fortuito, dalla natura delle merci ovvero da vizi di esse o dell'imballaggio».

En cambio, en Derecho español, como es sabido, no existe una norma especial, ni en el Código de Comercio ni en el Real Decreto de 22 de septiembre de 1917, que contemple específicamente la responsabilidad de este tipo de depositarios.

Pero en el ámbito también de la custodia existe otra norma, la del artículo 307, 2.º, del Código de Comercio, en la que la doctrina ha visto asimismo un matiz agravatorio. Dispone este precepto, con relación al depósito de numerario con especificación de moneda y al depósito cerrado, que «los riesgos de dichos depósitos correrán a cargo del depositario, siendo de cuenta del mismo los daños que sufrieren, a no probar que ocurrieron por fuerza mayor o caso fortuito insuperable».

Con la expresión contenida en el inciso final de la norma, parece darse a la exoneración del deudor no cumplidor un matiz claramente excepcional. Así lo ha

De los tres casos citados sólo se contemplan directamente por el legislador los dos primeros. En ellos existe como dato común a ambos, la identificación legislativa de la prueba liberatoria que ha de dar el deudor ante el daño o pérdida de las cosas, con la del caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1.602 CC, 361 CCom). El artículo 1.784 del Código Civil se refiere sólo a la fuerza mayor; pero ya sabemos que ésta es expresión en todo equivalente a la del caso fortuito. En cambio, no se contempla en nuestro Derecho en modo expreso la responsabilidad bancaria en el servicio de cajas de seguridad, como, por otra parte, tampoco se contempla el contrato que le da origen. Pero también aquí la prueba liberatoria de la entidad bancaria ante la pérdida, deterioro o destrucción de las cosas introducidas en la caja, se reconduce a la fuerza mayor o al caso fortuito. Y ello tanto por la disposición del artículo 307, 2, del Código de Comercio, que se refiere al depósito cerrado del que deriva esta figura contractual, cuanto porque así lo establecen las condiciones generales en uso en los contratos-tipo de esta modalidad bancaria, y es a lo «pactado» a lo que ha de estarse ante todo, tratándose de contratos atípicos (103).

interpretado la doctrina mercantilista, que entiende que en estos casos no se exige del depositario el nivel normal de diligencia en la custodia (la *culpa levis*), sino su nivel más riguroso (la *culpa levissima*). Cfr. GARRIGUES: *Curso...*, cit., págs. 137-8, y *Contratos bancarios*, cit., pág. 398; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 415; URÍA, *op. cit.*, pág. 593; BROSETA, *op. cit.*, pág. 442.

Me parece enormemente dudoso que nos encontremos ante una norma agravatoria. El uso de la expresión «fuerza mayor» no tiene ese sentido, pues es en todo equivalente a la de caso fortuito como evento impeditivo del cumplimiento (o del exacto cumplimiento), del que el deudor no debe responder (como norma, por falta de culpa suya, *ex* arts. 1.105-1.182 del Código Civil).

Por otra parte, la expresión «insuperable» no tiene tampoco sentido agravatorio, pues no añade nada a la de la imprevisibilidad o inevitabilidad, que se contienen en el artículo 1.105 del Código Civil, es decir, a la no referibilidad al deudor del evento que le impide cumplir (o hacerlo exactamente), como nota común del caso fortuito.

En cambio, sí es cierto que tratándose de profesionales de la custodia (almacenes generales, bancos —cfr., para éstos, GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., página 398—), la imputabilidad a éstos del evento impeditivo del cumplimiento (causante del daño, pérdida o destrucción de las cosas depositadas) se valora con el patrón de conducta profesional o técnico propio de la actividad que tiene ese carácter. Pero aquí no nos hallamos ante una norma especial, sino ante la aplicación de la norma general del artículo 1.104, 1, del Código Civil, que consiente la adaptación de la diligencia —criterio general de imputación, *ex* artículos 1.105 y 1.182 del Código Civil— a la naturaleza, aquí técnica, y circunstancias (de personas, tiempo y lugar) de la obligación.

(103) Así, respecto de la derivación del contrato de uso del servicio de cajas de seguridad del depósito cerrado, dice GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., página 443: «El servicio bancario de cajas de seguridad aparece históricamente como un desenvolvimiento de los depósitos cerrados».

En cuanto al carácter usual en la praxis bancaria de las cláusulas de fortuito o fuerza mayor, *vid.* GARRIGUES, *ibidem*, pág. 460.

Además, junto a las cláusulas generales exoneratorias, el legislador, en los casos del transporte y de la responsabilidad de fondistas y mesoneros, enumera o particulariza algunos hechos concretos que el deudor puede probar para exonerarse de la responsabilidad por la pérdida, deterioro o destrucción de las cosas debidas: el robo a mano armada (artículo 1.784 CC), la naturaleza misma de las cosas o vicios propios de ellas (art. 361 CCom) y, en las condiciones legalmente prescritas, el defecto de embalaje (cfr. art. 356 CCom), supuesto este último reconducible a toda una familia más amplia de hechos liberatorios, no imputables al deudor: la conducta del propio acreedor.

De la mención expresa del caso fortuito y/o de la fuerza mayor en estos casos, en vez de las expresiones usadas en las normas generales (artículo 1.182 CC: ausencia de culpa del deudor y anterioridad a la constitución de la mora; art. 1.105 CC: inevitabilidad e imprevisibilidad), y del acompañamiento a aquella mención de ciertos supuestos de exoneración, se ha pretendido deducir la existencia de una responsabilidad agravada para el deudor en el plano probatorio. Mientras en los supuestos ordinarios, con arreglo a la teoría de la culpa, basta con probar la ausencia de la misma en la producción del daño (prueba negativa) para que se produzca la exoneración del deudor no cumplidor (o que no lo hace exactamente), en los casos del *receptum* el deudor, a falta del exacto cumplimiento, habría de probar, además, la específica causa extraña a su conducta, a él no imputable, en virtud de la cual el daño (en las cosas objeto de custodia) se ha producido (104).

Por lo que se refiere a la preferencia en materia de contratos atípicos de lo estipulado por las partes, resulta del propio principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), del que deriva precisamente la posibilidad de su existencia. Sobre el particular, *vid.* Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pág. 257; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit., II, 1, págs. 453 y sigs.; LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 2, págs. 208 y sigs.; ALBALADEJO: *Derecho civil...*, cit., II, 1, pág. 412. Con amplitud, JORDANO BAREA: «Los contratos atípicos», en *RGLJ*, 1953 (julio-agosto), págs. 51 y sigs., y allí, págs. 83 y sigs.

En el texto se han utilizado comillas para indicar que aquí lo «pactado» nace de la aceptación pura y lisa por el cliente de lo predispuesto por la entidad bancaria. Pero ello no afecta a que lo aceptado por aquél —eliminando, en su caso, lo que contravenga los límites generales de la autonomía de la voluntad y los específicos protectores de la parte adherente— tiene carácter de reglamento contractual aplicable.

En el Derecho italiano, sí se regula, dentro de los contratos bancarios, el referente al servicio de cajas de seguridad (arts. 1.839 y sigs. del Código Civil italiano). Y, en esta sede, existe una norma específica de responsabilidad contractual que hace también mención expresa del caso fortuito. Dispone, en efecto, el artículo 1.839 del Código Civil italiano: «Nel servizio delle cassette di sicurezza, la banca risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito».

(104) Así, en la doctrina, *vid.* GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, pág. 483 (la responsabilidad del porteador): «resulta fundada en el *receptum*, y ello se desprende con

En la doctrina italiana (105) este mismo diverso rigor en la prueba liberatoria del deudor se articula en la distinción entre la causa no imputable (aquella expresión contenida en la regla general de la responsabilidad contractual —art. 1.218 CC it.— y bajo la que se agrupan todos aquellos eventos impeditivos del exacto cumplimiento que por no ser referibles al deudor son para él exoneratorios), y el caso fortuito o la fuerza mayor. De este modo la diferencia entre la causa no imputable y el caso fortuito se refleja sobre la dificultad de la prueba liberatoria a dar por el deudor que no cumple o no lo hace exactamente, para exonerarse: en el primer caso basta la ausencia de culpa (prueba negativa); en el segundo, además, se requiere la prueba específica (positiva) del concreto evento (en relación al cual el deudor es inculpable) causante del daño en las cosas (del incumplimiento).

Esta aludida diferencia en el plano probatorio se operaría de confor-

toda evidencia del principio de la inversión de la carga de la prueba, pues incumbe al porteador probar el hecho extraño y no imputable como causante del incumplimiento del contrato; dicho con otras palabras, interesa e incumbe al porteador probarlo, ya que sobre él pesa una presunción *iuris tantum* y específica de responsabilidad. A él compete probar la causa liberatoria, y no ciertamente en forma negativa y genérica, como a cualquier otro deudor, sino identificando esa causa y probándola positivamente»; GARRIGUES: *Curso...*, cit., págs. 229-230: «aquí (en la carga de la prueba) renace la especialidad del transporte mercantil: al porteador no le basta, como en Derecho civil, probar que ha empleado toda la diligencia para evitar el daño de la mercancía; ha de probar positivamente la realización del suceso fortuito, la fuerza mayor o la naturaleza o el vicio propio de la cosa, demostrando que cualquiera de ellos es causante del daño (§ 3.º del art. 361).

Esta prueba ofrece la mayoría de las veces grandes dificultades, porque la realización del accidente dañoso escapa a toda demostración directa. Tal dificultad de prueba se traduce, prácticamente, en una agravación de la responsabilidad del porteador»; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 433: «... inversión de la carga de la prueba, que origina una presunción de culpabilidad en el transportista, salvo prueba en contrario, en la que demuestre la causa concreta del accidente o daño»; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 447: «el tradicional rigor de la responsabilidad del porteador *ex recepto*, se ha reducido sustancialmente al campo de la prueba, en cuanto que para exonerarse de la responsabilidad, el porteador debe probar que la fuerza mayor, el caso fortuito o el vicio propio de la cosa fueron el hecho causante del daño».

Cfr. también BROSETA, *op. cit.*, pág. 412, y URÍA, *op. cit.*, pág. 502.

En la jurisprudencia, la citada Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de febrero de 1972 (RGD, 1972, págs. 361-2): «aspecto éste, el de las responsabilidades (derivadas del transporte) en el que se destacan con fuerza las especialidades del Derecho del comercio frente al civil, en el sentido de exigir una muy rigurosa responsabilidad, para cuya exoneración no basta, como en el ámbito de la legislación común y general, probar el empleo de la máxima diligencia en evitación del daño, sino que es preciso, de conformidad al párrafo tercero del artículo 361 del Código de Comercio, probar que el incumplimiento de la obligación fundamental de entrega de la mercancía en buen estado y dentro del plazo ha obedecido o a vicio propio de la cosa, o a un caso fortuito, o a fuerza mayor».

(105) Cfr. VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., págs. 149 y sigs.; DE MARTINI, en *Giur. Cass. Civ.*, 1944, II, págs. 501-2, y MAJELLO: *Custodia e deposito*, cit., página 231.

midad con el influjo romanístico de los supuestos de la custodia técnica, puesto que si el deudor tiene las cosas en su poder, y debe restituirlas en el mismo estado en que las ha recibido, debe, a su vez, demostrar, en caso de pérdida o daño de las mismas, que éstos se han producido por razones claramente ajenas a una deficiencia de su cuidado (106).

El distinto rigor probatorio se refiere en la doctrina de la culpa sea al incumplimiento (que es relevante en tanto que imputable), en cuyo caso la liberación del deudor se determina probando éste la no imputabilidad de aquél con la prueba normal (ausencia de culpa) o rigurosa (caso fortuito); sea a la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o de su exactitud (entendida bien como una hipótesis de incumplimiento, bien como prueba general liberatoria), determinándose igualmente aquí la exoneración con la prueba rigurosa (caso fortuito) o normal (ausencia de culpa) de su no imputabilidad al deudor.

Entre quienes refieren el diverso rigor probatorio a la imposibilidad de la prestación como una de las hipótesis de incumplimiento se sitúa GIORGIANNI (107), para quien, dentro del ámbito de los supuestos regidos preferentemente por el artículo 1.218 del Código Civil italiano (artículos 1.182 ss. CC), se sitúan los casos del *receptum*, que para él son los casos de responsabilidad del transportista de cosas por la pérdida o avería de las mismas (art. 1.693 CC it.), la responsabilidad derivada del depósito en almacenes generales (art. 1.787 CC it.) y la propia de establecimientos hoteleros y asimilados (1.783 ss. CC it.). Todos estos casos se caracterizarían porque el legislador, utilizando la expresión del caso fortuito —a diferencia de otros supuestos, como el art. 1.805 CC it., referido al comodato, en que dicha expresión se emplearía como sinónima de la general de la causa no imputable—, ha querido imponer al deudor, como lo demostraría el elenco de supuestos liberatorios predispuesto por la ley en estos casos, la prueba específica del concreto evento que ha hecho (parcial o totalmente) imposible la prestación, no bastando, como en los demás casos, la prueba de la diligencia del deudor o de la ausencia de culpa (que sería la causa no imputable del art. 1.218 CC it.).

Parten, en cambio, de la imposibilidad de la prestación como prueba

(106) Vid. MESSINEO, *op. cit.*, § 113, núm. 8 bis, págs. 227-8, y § 114, núm. 4, páginas 237 y sigs.

Por su parte, en la Sentencia citada de la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de febrero de 1972, se justifica el rigor probatorio del transporte de cosas, porque «las cosas están en poder y custodia del que se obliga al resultado del transporte, y fuera del contacto e influencia del cargador, consignatario y demás personas o entidades interesadas en aquél».

(107) *L' inadempimento*, cit., págs. 251 y sigs., y voz cit., pág. 877.

general liberatoria, más o menos rigurosa según los casos —según se trate o no de una hipótesis de *receptum*—, MOLLE y ASQUINI (108).

Siguiendo la orientación constructiva que se prefiera —lo que en sustancia no afecta al *ámbito objetivo* en que la especialidad se pretende introducir—, el circunscribir el «rigor probatorio» de la causa específica de la imposibilidad (total o parcial) del cumplimiento (daño o pérdida de las cosas que han de ser custodiadas) a los solos casos del *receptum*, lleva aparejado como necesaria consecuencia que sólo en ellos el deudor sufre el riesgo de las *causas ignotas*; es decir, no se libera (responde) cuando la imposibilidad total o parcial de cumplir (el daño o pérdida de las cosas), aun no constando que derive de su falta de cuidado (culpa), tampoco ha podido establecerse en modo fehaciente el preciso evento que la causó, en modo de poder concluir con certeza que, en efecto, resulta extraña al deudor, que no le resulta imputable (109). En otras pa-

(108) Cfr. MOLLE, *op. cit.*, pág. 684, y RESCIGNO, *op. cit.*, pág. 274. Tal parece ser también la opinión de MESSINEO, *op. y loc. cit.*

(109) Esta doctrina de las causas ignotas, aplicación, en definitiva, de la de la carga de la prueba (la incerteza o falta de prueba perjudica a la parte por ella onerada; el deudor responde al no dar en su integridad la prueba liberatoria: hecho obstativo de la pretensión acreedora, constitutivo de su pretensión exoneratoria), resulta de aplicación frecuente por la jurisprudencia en materia de transporte.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1913 (núm. 21), haciendo aplicación del régimen probatorio del Código de Comercio —que, como se verá más adelante, no es especial-agravatorio, sino aplicación del general-civil—, deniega la liberación del porteador ferroviario por incumplimiento parcial del contrato de transporte, no obstante obedecer dicho incumplimiento parcial a la destrucción de parte de las mercancías transportadas por un incendio acaecido en los almacenes de la estación ferroviaria de destino. Y ello porque aun no constando su carácter intencionado o negligente, el artículo 361 del Código de Comercio y el siguiente «imponen al porteador la obligación de probar que los accidentes comprendidos en el primero no fueron debidos a su negligencia; prueba no practicada por el recurrente, por lo que, y por no haberse declarado por el Tribunal *a quo* que concurrió un caso fortuito o de fuerza mayor», procede la desestimación del recurso. Aplicación aquí, pues, del régimen de la carga de la prueba: al no constar con certeza (falta o insuficiencia de prueba) el fortuito, en la duda, no hay liberación (se falla contra quien —el deudor-porteador— la ley atribuye el riesgo probatorio).

Aún más clara, sobre la aplicación de esta doctrina, la citada Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de febrero de 1972, *RGD*, cit., pág. 362: ante la alegación por el transportista de que el incendio que destruyó el camión y la mercancía (balas de algodón) es un caso fortuito, se dice que ésta es una «versión que enuncia el indiscutible suceso, pero que no explica las causas que lo originaron, advirtiéndose que en el proceso no existe la más mínima prueba de la forma en que éste se produjo, demostración que correspondía al demandado acreditar en virtud del desplazamiento de la prueba, que positivamente le obligaba no simplemente a afirmar la causa, sino a demostrarla; justificación que, desde luego, no debe estimarse cumplida en razón del archivo de las diligencias penales al efecto instruidas, decisión expresiva de una no responsabilidad penal que de ningún modo constituye una calificación que pueda vincular en otro sentido que el expresado a los Tribunales civiles...». Por ello, se añade: «desconociéndose en realidad las causas del tan repetido incendio, como el propio demandado reconoce, y atendido

labras, en tanto la ajénidad o inimputabilidad al deudor no resulte en modo cierto, la imposibilidad de cumplir le es imputable (109 bis).

Una primera observación, derivante de los equívocos de la doctrina de la culpa, se impone. La prueba liberatoria, que es siempre la de los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil (en Italia, el art. 1.218 CC. it.), aquélla que ha de dar el deudor para quedar exento de responsabilidad no obstante la falta de total o exacto cumplimiento, incluye en todo caso como uno de sus elementos la imposibilidad (total, parcial o temporal) de la prestación, del cumplimiento. Así lo reconoce la doctrina

al reiterado criterio jurisprudencial que al porteador y sólo a él impone efectuar las probanzas sobre la causa u origen de los sucesos o accidentes acaecidos durante el transporte, y estimando que el evento del incendio forma parte de los habituales de esta actividad industrial, es visto procede rechazar las causas de exoneración ejercitadas, estimando en un todo la reclamación deducida». Aquí, junto a la aplicación estricta de los principios comunes de la carga de la prueba, existe un *dictum* curioso: se maneja una noción de caso fortuito objetiva, en términos de riesgo empresarial, determinada, por tanto, al margen de la valoración de la conducta del deudor.

Finalmente, también en un caso de incendio del vehículo de transporte, con destrucción de las mercancías transportadas, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 19 de abril de 1974, *RGD* (mayo), 1975, págs. 488-9 (la entidad que reparó el vehículo): «no ha podido precisar las causas que originaron el incendio, como tampoco el perito de la compañía aseguradora del camión, y el ingeniero industrial que dictaminó en las actuaciones de instancia establece diversos criterios generales que, en definitiva, no demuestran que el hecho se hubiese producido fortuitamente; siendo claro, por lo demás, que el archivo del proceso penal sin declaración de responsabilidad, no significa que haya de inferirse necesariamente que aquél se debió —civilmente hablando— a un acontecimiento imprevisible o inevitable». Y más adelante se agota la argumentación sobre la carga probatoria: «que aparte de que la prueba del caso fortuito incumbe al que la opone, porque al hacerlo alega la extinción de la obligación, y quien invoca ésta, debe probarla, conforme a los artículos 1.183 y 1.214 del Código Civil, es inconcusa la doctrina jurisprudencial según la que no puede llegarse a la afirmación de la existencia del caso fortuito por exclusión o mera presunción, pues siendo negativo el resultado de la prueba practicada, al no aparecer demostrada la causa productora del siniestro, no debe el Tribunal considerarlo como un caso fortuito, cual proclaman, entre otras, las Sentencias (Tribunal Supremo) de 26 de marzo de 1928 y 8 de enero de 1929». A éstas, se añade la cita de la de 7 de octubre de 1899 y la ya analizada de 11 de abril de 1913. La Sentencia de 7 de octubre de 1899 establece que el porteador, para liberarse de responsabilidad, tiene que probar que el incendio no fue ocasionado por imprudencia o descuido de sus empleados o por insuficiencia o mala condición de los medios de transporte. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1928 dice que no todo incendio es debido a caso fortuito.

(109 bis) En cambio, en todos los demás casos (fuera del *receptum*), si el incumplimiento o la imposibilidad se determinan por causa desconocida, ello no perjudicaría al deudor, pues a éste le bastaría para su liberación el haber probado su diligencia (ausencia de culpa). El deudor sólo sufre el riesgo de las causas ignotas en los casos del *receptum*, porque sólo en éstos se integraría la causa concreta y específica de la imposibilidad o incumplimiento en la prueba liberatoria; en modo que sólo aquí el deudor no alcanzaría a liberarse en tanto esa causa permanezca desconocida, pues sólo en estos casos la prueba liberatoria quedaría incompleta.

común al incluir este elemento como uno de los tradicionales requisitos del caso fortuito (110), entendido aquí en sentido amplio, como sinónimo de prueba liberatoria (111). La imposibilidad de la prestación no es sólo un caso de incumplimiento, sino elemento permanente (de carácter objetivo) del hecho complejo liberatorio (junto al subjetivo de la no imputabilidad de su causa al deudor). Es precisamente esta observación la que permite afirmar que siempre que exista imposibilidad de prestar —por ejemplo, destrucción de la cosa debida— determinada por causa imputable al deudor —como regla *ex arts. 1.105 y 1.182 CC*, por su culpa—, en la medida en que no se completa el hecho complejo liberatorio (al fallar la no imputabilidad, la imposibilidad no es liberatoria), existe incumplimiento, y con él, responsabilidad.

Por tanto, la prueba de la causa no imputable al deudor de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil (la imprevisibilidad e inevitabilidad, en el primero; la ausencia de culpa, en el segundo) se refiere al evento que le imposibilita de cumplir o de hacerlo exacta o puntualmente, y se aplica a toda clase de obligaciones. El deudor que no realiza la prestación, que la realiza inexactamente o con retardo, ha de probar, cualquiera que sea la obligación o la forma de su infracción, el hecho liberatorio complejo de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil. Es la presencia o ausencia de tal hecho la que determina la ausencia o existencia del incumplimiento (112) y, por tanto, de la responsabilidad. De tal modo que, siendo los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil regla general, los casos de imposibilidad no liberatoria, *precisamente* en aplicación de la regla general, son casos (entre otros) de incumplimiento.

Sentado que la prueba liberatoria de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil es la general, se impone ahora la verificación de si en los casos del *receptum* existe un agravamiento probatorio, derivante de la necesidad de probar en los mismos, como consecuencia del elenco de causas específicas que hace el legislador y de la mención del fortuito, la *concreta* causa de la imposibilidad no imputable al deudor que le impide cumplir total, parcial o puntualmente, mientras que con

(110) Cfr., por ejemplo, CASTÁN, *op. cit.*, III, pág. 177; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 189.

(111) Para las acepciones, amplia y restringida, del caso fortuito, debo remitirme, una vez más, a mi citado estudio «Las reglas de responsabilidad...», en *ADC*.

(112) O si se prefiere, con terminología en otro lugar ya discutida, la imputabilidad o no del incumplimiento. Pero la imputabilidad se refiere en el Código Civil (arts. 1.105 y 1.182) a la imposibilidad de prestar o cumplir, a su causación, y, entonces, o es imputable al deudor (en cuyo caso hay incumplimiento a secas de una obligación persistente), o no lo es (en cuyo caso hay extinción de la obligación y no incumplimiento no imputable).

arreglo a los principios generales (arts. 1.105-1.182 ss. CC), en los demás casos bastaría probar (*junto a la imposibilidad sobrevenida de la prestación*) la mera ausencia de culpa del deudor.

Respecto de esta segunda cuestión, como se ha observado exactamente, tampoco la disciplina del *receptum* resulta excepcional. La prueba liberatoria general (arts. 1.105-1.182 ss. CC) requiere, en todo caso, no sólo aquí, la identificación de la concreta causa que ha originado la imposibilidad de cumplir, o de hacerlo exactamente (113). En efecto, la no imputabilidad al deudor del evento impeditivo no se mide en abstracto (de lo contrario el deudor tendría que probar que ha sido diligente hasta el infinito, hasta agotar *todas las posibles causas* de la imposibilidad de prestar), sino con relación a *la específica causa* que la ha originado. Lo cual exige, obviamente, la identificación de tal causa, de modo que la prueba de la causa no imputable al deudor del evento que le impide cumplir (total, parcial o puntualmente), *ex* artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil, se descompone en la prueba de la causa específica de la imposibilidad y en la de la no referibilidad *de la misma* al deudor.

No existe diferencia, pues, ni en el plano probatorio, ni en ningún otro, entre las expresiones de las normas generales (arts. 1.105-1.182 CC, agrupables en la de la causa no imputable al deudor), y el caso fortuito (entendido aquí en sentido restringido, como causa —inimputable al deudor— de la imposibilidad de prestar, y no como sinónimo del hecho complejo liberatorio), con ambas expresiones se designa la no referibilidad al deudor, en base a los criterios legalmente establecidos, normalmente —arts. 1.105-1.182— el de la diligencia (114), de la causa (concreta) de la imposibilidad (total, parcial, temporal) de cumplir. Aquella característica del riesgo de las causas ignotas que la doctrina tradicional

(113) Cfr. MAJELLO, *op. cit.*, págs. 231 y sigs.; VISINTINI, *op. cit.*, pág. 153; RESCIGNO, *op. cit.*, págs. 274-5; COTTINO: *L'impossibilità...*, cit., págs. 211-2. Este último autor, *op. ult. cit.*, págs. 207 y sigs., y 327 y sigs., voz cit., págs. 382 y sigs., parte de una caracterización amplia de la causa no imputable, como evento del que el deudor no ha de responder. De la regulación del *receptum* se extraería una noción de caso fortuito, tendencialmente coincidente con la de la causa no imputable, pero más limitada en tanto que típico evento inculpable (y la causa no imputable no siempre se apoya en la culpa), caracterizado, además, por la ajenezidad a la conducta del deudor y cierto matiz naturalístico. Pero tanto el caso fortuito como la causa no imputable exigen la prueba de la causa específica de la imposibilidad.

(114) Pero existen otros. Bien legalmente, así ya en el propio artículo 1.182 se habla de la mora como criterio de imputación automático (*perpetuatio obligationis*) (cfr. arts. 1.096, 3, y 1.185), y fuera del Código Civil, los criterios objetivos (en términos de riesgo) de la Ley de Navegación Aérea para la responsabilidad contractual del transportista aéreo, bien en las aplicaciones prácticas (sobre ello, con mayor amplitud, *vid. Las reglas de responsabilidad...*, cit.).

refiere a los supuestos del *receptum* es, en realidad, una consecuencia normal de la regla general de responsabilidad-exoneración de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil y de la carga de la prueba en ella establecida (art. 1.183-1.214 CC), extensible, por su propio carácter general, a todas las demás obligaciones (115).

De forma que se ha podido decir en Italia por BARASSI (116) que aquella severa forma de responsabilidad que se conocía en el Derecho romano como «custodia técnica», «*si adagia oggi sul metro della responsabilità normale del debitore inadempiente*».

Desde el momento en que en las normas del *receptum* existe una genérica referencia al caso fortuito o a la fuerza mayor, carece de sentido plantearse el carácter taxativo o no de los eventos liberatorios a probar por el deudor en estos casos, pues, precisamente, esta referencia genérica es la base para poder probar cualquier evento distinto de los ejemplificados por el legislador que no sea imputable al deudor y que haya producido la imposibilidad de prestar (117).

De la enumeración analítica de algunos supuestos cuya prueba exonera al deudor de la responsabilidad por la pérdida o deterioro de las cosas, se ha deducido por MAJELLO (118) el carácter atenuado, no ya agravado, de la responsabilidad *ex recepto*. Se trataría de una responsabilidad atenuada, porque en los casos del *receptum* la prueba de los eventos previstos en las cláusulas legales de irresponsabilidad (defecto de embalaje, vicios de las cosas...) es exoneratoria por sí sola, en tanto que en los demás casos a esa prueba debería acompañarse la de la no imputabilidad de tales eventos a una falta de diligencia del deudor. Este régimen atenuado encontraría su justificación en la propia naturaleza de la actividad prestacional en estos casos, en modo de operar una justa

(115) Así, con gran claridad, GALGANO: *Diritto privato*, cit., pág. 194.

No hay especialidad, pues, ni dentro del Código Civil, ni de las normas del Código de Comercio respecto de éste (como hemos visto que pretendía GARRIGUES al hacer de la prueba de la causa concreta una genuina «especialidad mercantil»). Esto último también parece darlo a entender, con relación al transporte de cosas, VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, págs. 433-4: «en este sistema parecen coincidir las normas del Código Civil y las del Código de Comercio, pues también el obligado a devolver una cosa responde si no lo hace, salvo que pruebe fuerza mayor o caso fortuito, presumiéndose en caso contrario su culpa (arts. 1.182 y 1.183, y art. 1.601, que remite a los arts. 1.783 y 1.784, todos ellos del Código Civil)».

Por su parte, también URÍA, *op. cit.*, pág. 502, pone adecuadamente en conexión el artículo 361 del Código de Comercio con el artículo 1.602 del Código Civil, al decir que son coincidentes.

(116) *Op. cit.*, pág. 364.

(117) Cfr. BIANCA: *Dell'inadempimento...*, cit., pág. 155, y NATOLI, *op. cit.*, página 114.

(118) *Op. cit.*, págs. 240 y sigs.

distribución de los riesgos a ella inherentes, excluyendo aquellos otros que le son ajenos.

En realidad, lo mismo que el *receptum* no es excepción a la regla general de la responsabilidad contractual por exceso, también se puede decir que no lo es por defecto. Los eventos contenidos en las normas del *receptum* son otros tantos ejemplos de imposibilidad liberatoria, tipificados por el legislador en base a la experiencia práctica. Se trata de ejemplos en los que el daño o deterioro de la cosa es originado por una causa no imputable al deudor, a él no referible, como es el caso típico de la conducta del acreedor o el de la propia naturaleza de la cosa. No es que se prescinda, pues, del elemento de la no imputabilidad de la causa de la imposibilidad, sino que se tipifica o ejemplifica en una serie de casos que de no estar mencionados por el legislador expresamente serían igualmente exoneratorios con arreglo a los principios generales (119).

Cuestión distinta es que, en el debate probatorio, el deudor tratará siempre de hacer derivar el daño o la pérdida de la cosa de un evento a él no imputable, y siendo los típicos aquéllos que la ley ejemplifica (se piensa, fundamentalmente, en el caso del transporte), buscará, en concreto, su prueba. De la mención legislativa no deriva una inversión de la carga de la prueba en favor del deudor y contra el acreedor. El deudor ha de probar la concreta causa a él no referible causante de la imposibilidad de cumplir o de hacerlo exactamente. Causa concreta que, sea o no de las mencionadas por la ley, ha de probar efectivamente, siendo esta efectividad, en uno y otro caso, un problema de convicción judicial. De la mención de los supuestos típicos no deriva, pues, que, alegándolos el deudor, deba el acreedor probar en contrario la culpa o la referibilidad del daño al deudor (120), aunque cabe, como es normal,

(119) Cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, pág. 156.

(120) Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1923 (núm. 22), frente a la argumentación del porteador-recurrente, que sobre la base de la mención del artículo 361 del Código de Comercio a los vicios propios de las cosas, pretendía la aplicación automática de la merma natural (3 por 100), calculada reglamentariamente, para la mercancía transportada (alfalfa) —«sin que quepa aducir que esa merma exija la prueba a que alude el último párrafo del artículo 361 del Código de Comercio, en primer lugar, porque la prueba que ese párrafo impone al porteador de las mercancías, por ser prueba de accidentes, no hace relación a otra cosa que al accidente del caso fortuito o de la fuerza mayor, pero no puede referirse al vicio propio de la mercancía, porque ese vicio no constituye un accidente, y en segundo término, porque no necesita prueba, por constituir una presunción *iuris tantum*, por lo cual debe ser apreciada en todo caso, mientras esa presunción no se destruya por los medios legales y jurídicos de pertinencia»—, responde la sentencia: «la obligación de probar, impuesta al porteador por el párrafo último del artículo 361 del Código de Comercio, se refiere lo mismo a los casos de fuerza mayor o fortuitos que a la naturaleza o vicio propio de las cosas, por hallarse todos ellos incluidos en la parte final del precedente apartado del

que el acreedor dé las pruebas que crea convenientes (contraprueba) destinadas a desvirtuar la eventual prueba liberatoria del deudor (121). La inversión de la carga de la prueba es sólo admisible cuando la propia ley o las partes expresamente la establecen, y, por su carácter excepcional, no se presume (122). No se debe deducir, por tanto, de la ejemplificación de los artículos del *receptum*, ejemplificación que deja im-

mismo artículo». Así resulta contestada, con un argumento gramatical poco brillante, pero efectivo, la inversión de la carga de la prueba pretendida por el deudor-porteador.

(121) A ello se refiere el artículo 362, 1, del Código de Comercio cuando dice que «el porteador, sin embargo, será responsable de las pérdidas y averías que procedan de las causas expresadas en el artículo anterior, si se probare en su contra que ocurrieron por su negligencia o por haber dejado de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes, a no ser que el cargador hubiese cometido engaño en la carta de porte, suponiéndolas de género o calidad diferentes de los que realmente tuvieren».

Se trata, en definitiva, de una aplicación normal de los principios generales de la carga de la prueba, ante la pérdida o avería de las cosas que suponen la imposibilidad (total o parcial) de cumplir: 1) Como norma, el deudor responde. 2) Salvo que dé la prueba de que dicha imposibilidad derive de un específico evento a él no imputable. 3) Cuando el deudor pretenda probar la causa a él no imputable del daño, el acreedor, a su vez, puede discutirla, demostrando la falta de diligencia, que fue la verdadera causa del daño (el robo, *ex art. 1.784 del Código Civil*, no se hubiera producido sin aquella falta de diligencia; las cosas no se hubieran deteriorado si hubiesen recibido el cuidado que requería su propia naturaleza —luego no fue ésta en realidad por sí sola la causa del deterioro—).

Se comprende fácilmente la importancia para el acreedor de esta contraprueba, pues a su interés no es necesario que en modo preciso quede establecida la conexión entre el daño en las cosas y la falta de cuidado del deudor; le basta con llevar al juzgador la duda e incertidumbre sobre la verdadera causa del daño, pues esta incertidumbre, con arreglo a los principios generales de la carga de la prueba aplicados a la prueba liberatoria, es un riesgo adosado (legalmente) al deudor, y el Juez fallará en su contra.

Con arreglo a estos principios, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1981 (RA 1989) estima, como la Audiencia Territorial, que en el caso (daño en la cosa transportada —transformador para central eléctrica— por salida de rueda del camión que la transportaba), la contraprueba del artículo 362 del Código de Comercio se ha dado, con lo que no resulta acreditada la existencia del caso fortuito.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1975 (RA 4452), en un caso de transporte frigorífico de reses en canal, en el que la defectuosa colocación en el camión de la mercancía (amontonamiento) había impedido su adecuada refrigeración (a pesar de funcionar correctamente el mecanismo refrigerador del transporte), funda la responsabilidad del porteador por los daños causados, «al haberlo sido no por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas, sino por el amontonamiento de la mercancía durante el transporte, sin posibilidad de refrigeración...; porque, conforme a lo dispuesto en el primero de los citados preceptos legales (art. 361 del Código de Comercio), todo hecho dañoso que no provenga de caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas, determina la responsabilidad del porteador, que es a quien incumbe la prueba de estos accidentes».

(122) Las convenciones de inversión de la carga de la prueba son usuales en la práctica del transporte, y adoptan la fórmula de «presunciones de caso fortuito» ante determinados eventos (cfr. GARRIGUES: *Curso...*, cit., pág. 230).

prejuzgada la cuestión probatoria, regida ésta con arreglo a los principios generales (123).

Del propio contenido de la ejemplificación legislativa la doctrina (124) ha obtenido ulterior confirmación de la tendencia, primero legislativa y después jurisprudencial (125), hacia la objetivación en la imputación de la imposibilidad sobrevenida de prestar. De modo que si los ejemplos legislativos aparecen como supuestos claros de eventos ajenos al riesgo típico de la actividad considerada, la cláusula genérica del caso fortuito o fuerza mayor se interpreta como cualquier evento excepcional y ex-

(123) El Tribunal Supremo —Sentencia de 28 de enero de 1970 (RA 364)— ha establecido la exoneración del porteador, no obstante la pérdida parcial de la mercancía transportada, en un caso como el siguiente: pinchazo en una rueda del camión transportador, detención del vehículo y uso de extintor por los conductores al observar que la rueda siniestrada está ardiendo; maniobras infructuosas para desencajar la rueda averiada e incendiada (incluso se condujo en zigzag para tratar de saltarla); finalmente, ante el incendio del camión, se salva por los conductores parte de la mercancía. Ante estas circunstancias, se estima suficiente la prueba del fortuito dada por el porteador (el camión había pasado las revisiones reglamentarias), y el Supremo confirma el criterio del juzgador de instancia y de la Audiencia, y exonera de responsabilidad al deudor parcialmente no cumplidor por la falta parcial de cumplimiento: (es correcta) «la existencia del hecho fortuito que trata de contradecirse, puesto que los conductores del camión emplearon todos los medios posibles para evitar las consecuencias del accidente, obrando con la mayor diligencia en su actuación, habiendo así cumplido el porteador su deber de probar el accidente en los términos que previene el artículo 361 del Código de Comercio».

Aquí, pues, se ha producido por el deudor-porteador el agotamiento de la carga de la prueba liberatoria que el Código de Comercio (como el Código Civil) le imponen: la imposibilidad liberatoria (aquí parcial, referida a una parte de la prestación). Sin embargo, obsérvese que aquí no se insiste tanto —tal vez para compensar el esfuerzo de los improbables conductores—, como en otras sentencias vistas, en el origen o *causa concreta* del incendio.

(124) Para CASTÁN, *op. cit.*, III, págs. 180-1 —cfr. también ESPÍN, *op. cit.*, página 192—, «el artículo 1.784 del Código Civil ofrece alguna base para afirmar que el legislador ha concebido la fuerza mayor a la manera que propone la teoría objetiva (del caso fortuito), ya que hace responder al hotelero de hechos que se desenvuelven dentro de su empresa, de los actos de los dependientes que le auxilian y de extraños que como huéspedes entran en el hotel, paralizándose su responsabilidad sólo cuando el hecho dañoso es de externa proveniencia y raro, presentándose súbita y violentamente (sucesos —dice el texto legal— que provengan de robo a mano armada o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor)».

En la doctrina italiana, cfr. TRIMARCHI: *Istituzioni...*, cit., págs. 346-7, y ROPPO: *Il contratto*, cit., págs. 255-6. Ambos autores parten de la configuración del sistema de la responsabilidad contractual, como un sistema mixto en el que coexisten hipótesis de responsabilidad objetiva y por culpa. Las obligaciones de custodia, si bien inicialmente se encuadran en el campo de la culpa, cuando se trata de los casos del *receptum* —que son típicas prestaciones empresariales—, se incluyen dentro de los de la responsabilidad objetiva. *Vid.* también VISINTINI, *op. cit.*, páginas 154 y sigs.

(125) Recuérdese el sintomático *obiter* de la citada Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 14 de febrero de 1972: «estimando que el evento de incendio forma parte de los habituales de esta actividad industrial».

traño al riesgo típico de la empresa ejercitada por el deudor. De forma que la ley pone a cargo de este último el riesgo de los eventos, incluso inculpables, que se incluyan en su esfera de organización, o que constituyan manifestación de un riesgo típico de su actividad (ej.: accidente de tráfico en el transporte o hurto en el caso de establecimiento hotelero). Por esta vía se operaría la correcta relación *riesgo-beneficio* (126). Sobre el deudor pesan los riesgos inherentes a la actividad de la que extrae beneficio, respecto de los cuales es lógico que sea él quien tenga que asegurarse como titular de la actividad que los genera y de la que tiene la capacidad de organización y control, y no sobre el acreedor-usuario que ocasionalmente la utiliza, quien, siendo ajeno a los beneficios y al control de la actividad, debe también permanecer ajeno a sus riesgos.

En definitiva, los supuestos del *receptum* son perfectamente encajables en la regla general de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil. Si el deudor de la entrega no la realiza porque las cosas debidas se han destruido, o la realiza inexactamente porque aquellas cosas se han deteriorado, se encuentra en imposibilidad de cumplir o de cumplir exactamente: si el deudor prueba que esta imposibilidad se debe a una concreta causa a él no imputable (arts. 1.602, 1.784 CC, 361 CCom) prueba la extinción de la obligación (*ex* arts. 1.105-1.182 ss. CC), excluye el incumplimiento (que presupone la subsistencia de la obligación) y, con él, la responsabilidad. Si no la alcanza a probar, no hay liberación ni extinción, porque la imposibilidad por sí sola no la determina; la obligación subsiste, y subsiste insatisfecha; hay, pues, incumplimiento y, con él, responsabilidad.

Fuera de los casos de pérdida o avería de las cosas, el deudor se justifica, igualmente, con la prueba liberatoria general de los artículos 1.105-1.182 y siguientes del Código Civil (se piensa en el caso del retraso, justificado por la imposibilidad temporal del cumplimiento no imputable al deudor, que, al *suspender* la eficacia del vínculo, excluye también, durante su duración, el incumplimiento y la responsabilidad).

En tanto que al deudor incumbe la prueba liberatoria, al acreedor incumbe la prueba inicial del incumplimiento, de la falta total, parcial o puntual del cumplimiento (pérdida, avería, retraso), que se transforma en definitivo incumplimiento en defecto de la prueba liberatoria. Sobre el deudor, como es normal, recae el riesgo de las *causas ignotas*. Sólo así se explica coherentemente la «presunción de responsabilidad» de la que ha hablado la doctrina como inherente en las normas del *recep-*

(126) Cfr. ROPPO, *op. y loc. cit.*

tum (127). Mientras que para la doctrina de la culpa se trataría de una presunción de culpa (asumida como fundamento genérico de toda responsabilidad contractual), implícita en el hecho mismo del daño sufrido en la cosa (*in re ipsa*) (128), a la luz de los principios generales (artículos 1.105-1.182 ss. CC), se trata, en cambio, de que en tanto la prueba liberatoria no se complete (probando el deudor la específica causa a él no imputable que le imposibilita de cumplir exactamente), existe incumplimiento, pues la obligación subsiste (al no bastar a extinguirla la imposibilidad y lo hace insatisfecha, y con él la responsabilidad, que, por ello, a falta de aquella prueba, «se presume» (129).

Vistas de este modo (correcto) las cosas, fruto de una adecuada interpretación de las normas generales, la presunción de culpa de la doctrina tradicional aparece como una genuina ficción de la misma (130).

(127) Vid. GONZÁLEZ PORRAS, *op. últ. cit.*, pág. 483 («presunción *iuris tantum* y específica de responsabilidad»); BROSETA, *op. cit.*, pág. 412 («ante todo daño se presume responsable al porteador»); VISINTINI, *op. cit.*, págs. 245 y sigs.

(128) Habla de presunción de culpabilidad del porteador, VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 434.

(129) Porque a falta de prueba liberatoria del deudor, la prueba inicial del incumplimiento por parte del acreedor se transforma en definitiva. Es decir, esta presunción de responsabilidad no es más que una descripción, con otras palabras, de los efectos del principio de la carga de la prueba en materia de prueba liberatoria.

(130) Para el transporte marítimo de cosas debe tenerse en cuenta que, como consecuencia de la ratificación por España del Convenio de Bruselas de 1924 (*Gaceta* de 31 de julio de 1930), existe un doble régimen jurídico del mismo: el que deriva de dicho Convenio, recogido en la LTM de 22 de diciembre de 1949, con las modificaciones introducidas por los Protocolos de 23 de febrero de 1968 y 21 de diciembre de 1979, ratificados recientemente por España (*Boletín Oficial del Estado* de 11 de febrero de 1984), y, en el ámbito en que el primero no es aplicable, las reglas contenidas en el Código de Comercio (especialmente, arts. 618-620) (cfr. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1984, 10.ª ed., págs. 575 y sigs.; GARRIGUES, *op. cit.*, págs. 692 y sigs.; BROSETA, *op. cit.*, páginas 770 y sigs.; URÍA, *op. cit.*, págs. 913 y sigs.). En cambio, el problema de la dualidad de regímenes jurídicos del transporte marítimo, no se plantea en los países que, como Italia (arts. 419 y sigs. del Codice della Navigazione), han uniformado su legislación interna al sistema del Convenio de Bruselas.

La responsabilidad del naviero (*nauta*) ha sido históricamente uno de los tradicionales supuestos de la responsabilidad *ex recepto*. En la actualidad, la exoneración del transportista marítimo se produce ante la fuerza mayor (art. 620 del Código de Comercio), ante una concreta causa a él (o sus auxiliares) no imputable, que le imposibilite de cumplir (total, parcial o puntualmente), y que a él incumbe probar.

La LTM de 1949 (art. 8), como el propio Convenio de Bruselas (art. 4, 2), junto a la cláusula general exoneratoria de la fuerza mayor, ejemplifica una serie de eventos liberatorios (vicio propio de la cosa; hecho propio del cargador o del destinatario, *factum principis*; hecho natural o de guerra...), entre los que se incluye la «culpa náutica» del Capitán y su tripulación. El artículo 8, q), de la LTM impone al porteador marítimo la carga de la prueba («las costas de la prueba», en espeluznante traducción) de la concreta causa —sea o no de las enumeradas— a él no imputable, que le imposibilita de cumplir o de hacerlo exactamente.

b) *En particular, la responsabilidad por custodia en hoteles y establecimientos asimilados*

b-1) *La responsabilidad de «fondistas y mesoneros» en el Código Civil*

Por responsabilidad contractual de «fondistas y mesoneros», que, más allá de la arcaica y castiza expresión del legislador, debe hoy referirse a los establecimientos de hostelería, se entiende la que surge en los titulares de éstos respecto de los daños que sufran sus clientes en los efectos introducidos en los mismos durante el período de tiempo que permanecen en ellos como acreedores, actuales o potenciales, de una prestación «hostelera» (de hospedaje, consumición de comida o bebida).

En esta responsabilidad por los daños sufridos en las cosas del cliente hay que distinguir, en orden a su fundamento, dos hipótesis diversas, según se trate de cosas del cliente que hayan sido *entregadas* a la custodia del titular del establecimiento o, por el contrario, se trate de cosas *introducidas* en el establecimiento, pero de las cuales el cliente conserva su posesión, esto es, sin entregarlas al mencionado titular.

En el primer caso nos hallamos ante una responsabilidad por custodia en las cosas entregadas que nace de un contrato, contrato de *depósito*, que es *accesorio* a otro principal, por ejemplo, de hospedaje (131). Este carácter accesorio no está exento de consecuencias; así, por ejemplo, por lo que se refiere a su duración, que coincide, salvo que otra cosa expresamente se disponga, con la del contrato principal, y también por lo que se refiere a la retribución, que habrá que entender, también salvo pacto, como comprendida en el precio global de la prestación principal (hos-

Por lo que se refiere al transporte aéreo de cosas, la Ley de Navegación Aérea (LNA de 21 de julio de 1960) ha establecido un régimen objetivo de responsabilidad: el transportista aéreo responde (contractualmente) por el daño causado en las cosas transportadas o por el retraso en el transporte, en virtud del hecho objetivo del daño o retraso, sin consideración alguna de su conducta. Responde contractualmente, pues, aun en el caso de accidente fortuito (arts. 115, 116 y 120 de la LNA). Como contrapartida, la cuantía de la responsabilidad se ve limitada por unos topes legales (art. 118), que, sin embargo, desaparecen en caso de dolo o culpa grave del porteador o de sus auxiliares (art. 121). Las cuantías de las indemnizaciones han sido recientemente actualizadas por Real Decreto de 4 de agosto 2333/1983, *Boletín Oficial del Estado* de 8 de septiembre.

Fuera del ámbito de la LNA (cfr. arts. 5 y 125), rigen las normas de la Convención de Varsovia (*Gaceta* de 21 de agosto de 1931) y los Protocolos que la modifican, que instauran igualmente un régimen de responsabilidad objetiva y limitada. Cfr., en general, SÁNCHEZ CALERO, *op. ult. cit.*, págs. 471 y sigs.; BROSETA, *op. cit.*, págs. 416 y sigs.; URÍA, *op. cit.*, págs. 926 y sigs.

(131) Cfr. FUNAIOLI, voz «Albargatore, albergo», en *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, págs. 439 y sigs., y allí, págs. 442-3; ALBALADEJO: *Derecho civil*, cit., II, 2, página 376.

pedaje, consumición). Pero existe una consecuencia aún más importante de esta imbricación funcional entre contrato accesorio de depósito y prestación principal hostelera. La prestación contractual accesoria de custodia es un elemento indispensable de la plena utilidad de la prestación principal, integra el normal contenido de la misma con arreglo a buena fe (arts. 1.258 y 7.º, 1, CC). Por ello el hostelero, particularmente el hotelero, no puede negarse a la recepción de cosas de sus clientes en depósito sino por razones justificadas: valor excesivo de las cosas habida cuenta de la categoría del establecimiento (y/o, en su caso, de la naturaleza de la prestación principal), naturaleza peligrosa o molesta de las mismas, carencia de locales o instalaciones adecuadas a la naturaleza o tamaño de las mismas, negativa del cliente a su introducción en un recipiente cerrado o sellado, u otras análogas (132).

En cambio, cuando se trata de cosas no entregadas para su custodia, la responsabilidad (contractual) del hostelero por los daños derivados en las mismas durante la estancia del cliente en el establecimiento, no deriva de un contrato de depósito (pues falta la entrega de las cosas), sino del deber de custodia que la ley (arts. 1.783-4 CC) le impone aun en ausencia de aquella entrega. Deber *legal*, pues este deber de custodia se impone sin necesidad de que exista acuerdo (expreso o tácito) entre el titular del establecimiento y el cliente (133). Así como el deber accesorio

(132) A ello responde, como se verá más adelante, la normativa europea uniforme en la materia.

Por su parte, la Orden ministerial (Ministerio de Información y Turismo) de 19 de julio de 1968 (rectificación de 19 de septiembre) sobre clasificación de establecimientos hoteleros, establece en su artículo 78, dentro del capítulo IV, «Prescripciones comunes a todos los establecimientos hoteleros», lo siguiente:

«1. En todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia del dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados bajo recibo por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro en los supuestos y en las condiciones establecidas en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil.» Obsérvese que aquí se establece una obligación de aceptar las cosas en custodia (depósito necesario, *ex art.* 1.781, 1, del Código Civil).

«2. Sin perjuicio de la obligación a que se refiere el número anterior, en los establecimientos de cinco y cuatro estrellas existirán cajas fuertes individuales a disposición de los clientes que deseen utilizarlas, a razón de una por cada veinte habitaciones, salvo que se encuentren instaladas en éstas. De la pérdida o deterioro de los efectos introducidos en las citadas cajas fuertes no serán responsables los hoteleros, a no ser que mediare dolo de ellos o de sus empleados.»

(133) Sobre el fundamento legal de esta responsabilidad, cfr. PÉREZ SERRANO: *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid, 1930, página 208; BONET CORREA: *Régimen jurídico del hospedaje y hostelería*, Madrid, 1955, pág. 38; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, II, «Derecho de obligaciones» (ENNECCERUS), vol. 2, «Doctrina especial» (2.ª parte), 15.ª ed. alemana rev. por H. LEHMANN, trad. esp. (3.ª ed.) de PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER y FERRANDIS VILELLA, Barcelona, 1966, págs. 661 y sigs.; GULLÓN: *Curso de Derecho civil...*, cit., pág. 320; ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 375-6; PELLISÉ PRATS, *voz*

de custodia es legal, la responsabilidad del hostelero que deriva de su infracción sigue siendo *contractual*, pues el ámbito de ésta se refiere al incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera que sea su fuente, no necesariamente un contrato (134).

A esta responsabilidad legal y accesoria de custodia se refiere el Código Civil en su artículo 1.783, en los siguientes términos: «se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones».

La calificación del Código de este supuesto de responsabilidad legal como de «depósito» es errónea, según se desprende de lo ya dicho, pues la obligación de custodia del hostelero no tiene su fuente en un contrato, sino directamente en la ley, con independencia de la voluntad de las presuntas partes (cliente, hostelero), y nunca, por otra parte, podría tratarse de depósito sin desplazamiento posesorio de las cosas objeto de custodia.

Aquí el legislador invoca el depósito como arquetipo de la custodia. Pero lo único de cierto que hay en la mención del Código es que al hostelero se le impone, como al depositario, una obligación de custodia; sólo que en el primer caso se trata de una obligación legal sin entrega de las cosas, y en el segundo se trata de una obligación contractual que la presupone necesariamente. La idea de la custodia y la responsabilidad de ella derivante sirve para los dos fenómenos, y es a esta idea más amplia a la que equivocadamente —tomando la parte por el todo— se refiere el Código Civil al hablar del depósito.

El legislador habla además de depósito *necesario*. Aquí la explicación de este calificativo es de índole puramente histórica. En efecto, no hay diversidad de régimen jurídico; se aplican en el depósito necesario las normas generales de la responsabilidad por custodia (el art. 1.782 remite a las normas del depósito voluntario, y éstas, a su vez —artículo 1.766—, a las generales de la responsabilidad contractual —artículos 1.101-1.105 y 1.182 ss. CC—). La razón de ser de este calificativo deriva del Código Civil francés, y de él pasó a todos los Códigos decimonónicos que lo adoptaron como modelo.

«Depósito», en *NEJ*, VI, Barcelona, 1954, págs. 848 y sigs., y allí, pág. 874; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 503.

En cambio, en la doctrina más antigua, cfr. COVIÁN, voz «Depósito», en *EJE*, Barcelona, s. f., págs. 812 y sigs., y allí, pág. 840, se había pretendido asentar esta responsabilidad en la existencia de un «contrato tácito» entre el titular del establecimiento y el cliente, lo que, en suma, era más bien un contrato presunto o ficticio.

(134) Así, cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, pág. 164; LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 1, pág. 100. Mientras que la responsabilidad extracontractual consiste precisamente en constituir, mediante su afirmación, una obligación *ex novo* (la de resarcir el daño causado, *ex art.* 1.902 del Código Civil) que antes no existía.

En el Código Civil francés y en los por él influenciados existían dos consecuencias específicas que derivaban de la existencia de un depósito necesario: el que no funcionaban los límites de cuantía puestos para la admisión de la prueba de testigos en el depósito voluntario, y el que era de aplicación en estos casos el apremio personal por deudas. Así lo establecía en España, siguiendo a su modelo francés, el Proyecto de García Goyena (135).

Calificar entonces la responsabilidad legal de fondistas y mesoneros como «depósito necesario» tenía, pues, existiendo estas peculiaridades normativas, una efectiva trascendencia sobre su régimen jurídico. Pero, desaparecidas aquéllas, ya desde la primera redacción del vigente Código Civil, pues ni se limita la admisibilidad de la prueba testifical en función de la cuantía y naturaleza del depósito, ni se admite el apremio personal, tal calificación se convierte en un puro arrastre histórico, hueco y confuso, que carece de toda virtualidad práctica (136).

Es esta responsabilidad legal por los daños en las cosas del cliente introducidas en el establecimiento y no entregadas a su titular la que se

(135) Así, el artículo 1.341 del Código Civil francés limitaba inicialmente el uso de la prueba de testigos respecto de los contratos de depósito voluntario de cuantía inferior a 150 francos (en la actualidad, 5.000), el artículo 1.950, sin embargo, consiente expresamente (pues implícitamente ya se desprende *a contrario* de la norma anteriormente citada) la utilización de dicha prueba por encima de la cuantía fijada en el artículo 1.341, cuando se trata de depósito necesario, y el artículo 1.952 reputa la responsabilidad de los hoteleros como depósito necesario. El apremio personal se regulaba en los antiguos artículos 2.059-2.070 del Código Civil francés, hoy derogados (antiguo art. 2.060, 1, para el depósito necesario).

Por su parte, el Proyecto de GARCÍA GOYENA, en su artículo 1.687, establecía que «en el depósito necesario se admite la prueba por testigos, aunque se trate de cantidad de cien o más duros». Límite éste, general para la admisibilidad de esta prueba (art. 1.222 del Proyecto), del que ya el artículo 1.224, 2, del Proyecto exceptuaba los casos del depósito necesario.

Por su parte, el artículo 1.909 del Proyecto decía: «Los Tribunales deben ordenar el apremio personal a instancia de los interesados: 1) Para la devolución del depósito necesario y del secuestro» (el art. 1.906 del Proyecto definía el apremio personal: «el apremio personal tiene por objeto asegurar el pago de una deuda o el cumplimiento de una obligación por medio de la detención de la persona del deudor u obligado en una de las prisiones destinadas a este efecto»).

En cambio, GARCÍA GOYENA parecía ser consciente de que esta calificación como «depósito necesario» en el caso de la responsabilidad de fondistas y mesoneros, sólo cumplía la función de atraer las susodichas particularidades del régimen jurídico, pero no definía su verdadera naturaleza jurídica. Así dirá el insigne comentarista (*sub* comentario art. 1.689 del Proyecto), «pero ni en el Derecho romano ni en el patrio se consideraba precisamente este caso como depósito, sino como un cuasi contrato o arriendo».

La distinción entre depósito y obligación de custodia (y responsabilidad por ella) resulta paladinamente de la siguiente glosa de GREGORIO LÓPEZ (a la ley 1, título III, P. V), «et sic ut fit depositum, requiritur quod recipiatur in custodiam, non si simpliciter res relinquitur in domo alicuius; aliud enim est deponere; aliud custodiam comittere».

(136) Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 216.

regula en los artículos 1.783-4 del Código Civil, que vienen a recoger una tradición histórico-jurídica que se remonta al Derecho romano, que contemplaba a los *caupones* como uno de los supuestos del *receptum*, de la rigurosa responsabilidad por custodia técnica (137).

En cuanto al fundamento último de esta responsabilidad por *custodia indirecta* (esto es, sin detentación) (138), es decir, las razones que han justificado su imposición por la ley, derivan, como antes quedó apuntado para la *custodia directa*, del propio carácter y naturaleza de la prestación hostelera: ésta presupone, con arreglo a buena fe, el deber accesorio de custodia sobre los objetos que el cliente introduce en el establecimiento, la plena utilidad de aquella prestación no se comprende sin este deber accesorio inherente a la buena organización de la actividad deudora empresarial (139).

(137) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, págs. 342-3.

Parece ser que el fundamento de la responsabilidad rigurosa de los *caupones* y *nautae* se asentaba sobre la notoria desconfianza que inspiraban. Así, un fragmento de ULPIANO (D. 4, 9, 1, 2), tal vez interpolado, presupone su complicidad en el hurto. Cfr. JÖRS-KUNKEL, *ibidem*, pág. 343, nota 4; PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, página 11, nota 21 (y allí divertidas y eruditas noticias sobre el particular, como la famosa cuenta de AESERNIA); LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 3, pág. 244.

Así, los *caupones*, como los *nautae* y *stabularii*, que por *ius civile* estaban ya sujetos a la *actio conducti* o *depositi*, según que recibieran las cosas con o sin retribución, por el Edicto del pretor devinieron también perseguibles con una *actio in factum*, de modo que respondían del daño en las cosas (recibidas) salvo *vis maior* o *damnum fatale*. No está claro si en estos casos se aplicaba la *restitutio in duplum* propia del *depositum miserabile*.

En las *Partidas*, se recoge esta tradición en la ley 26, título VIII, P. V. En el Proyecto de GARCÍA GOYENA, artículos 1.689 y 1.690, coincidentes en lo esencial con los actuales 1.783-4.

(138) La terminología *custodia directa* (con entrega de las cosas que son su objeto) e *indirecta* (sin detentación de las cosas) es usual en la doctrina italiana; cfr., por ejemplo, FRAGALI, voz «Albergo (contratto di)», en *Enc. Dir.*, I, 1958, páginas 963 y sigs., y allí, págs. 978 y sigs.

(139) Así, para MAJELLO: *Custodia e deposito*, cit., págs. 144 y sigs., la responsabilidad del hotelero por las cosas introducidas en el hotel y a él (o a sus auxiliares) no entregadas, sería un caso de responsabilidad de custodia sin detentación impuesto por la ley por el carácter y especial naturaleza de la prestación según buena fe, que coloca al cliente en la imposibilidad (o gran dificultad) de custodiar sus cosas, mientras sí lo puede hacer (o lo puede hacer mejor) el hotelero. Se trataría aquí de una responsabilidad contractual por violación de un deber accesorio de protección o seguridad (el de custodia), medido en la diligencia (profesional).

Para FRAGALI, *op. cit.*, pág. 992, la responsabilidad del hotelero por las cosas introducidas en su establecimiento, se conecta necesariamente a su obligación de garantizar el pacífico goce de los locales que forman objeto de la relación contractual de hospedaje, garantía que comprende (accesoriamente) la integridad y seguridad de las cosas del cliente, así como de su propia persona.

Para LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 3, el régimen de responsabilidad de fondistas y mesoneros se justifica hoy en «el deseo del legislador de dar al viajero una seguridad que él mismo no puede procurarse, y que el hotelero puede más fácilmente garantizar».

El hostelero debe dar a su empresa una organización capaz de suministrar al cliente por lo que se refiere a sus cosas el máximo grado de seguridad y tranquilidad, y ello está en tal modo ligado al propio carácter y naturaleza de la prestación principal que redundan en provecho del propio titular de la empresa hostelera (140).

Desde este punto de vista, desde el de la correcta organización de la actividad empresarial (hostelera) deudora, se ha establecido tradicionalmente en este ámbito, por influjo doctrinal alemán (141), una precisa conexión entre la responsabilidad de los hosteleros y la teoría del riesgo empresarial o profesional. Así se dice que, del mismo modo que el hostelero ejerce una actividad empresarial o profesional en su beneficio, debe igualmente soportar los daños que derivan al cliente en el ámbito propio de la misma (*riesgo típico* profesional o empresarial de la actividad hostelera), con independencia de que exista o no culpa suya, pues éste (el cliente) debe permanecer ajeno a los riesgos típicos de tal actividad, del mismo modo que es ajeno a sus beneficios. En suma, los daños derivados en el ámbito típico de la actividad hostelera son un *riesgo* (profesional o empresarial) para su titular que él debe en todo caso soportar.

A este mismo resultado se llega por la vía de configurar la diligencia en la custodia (indirecta) del hostelero, como una diligencia técnica o profesional (art. 1.104, 1.º, CC), que hace coincidir, tendencialmente, el área de la responsabilidad (*culpa in custodiendo*, o, mejor, *culpa in omittendo*, referida a la no adopción de las medidas y cautelas que la correcta organización empresarial exige) con la del riesgo típico profesional o empresarial de la actividad hostelera (142).

(140) Ya lo ponía de manifiesto GARCÍA GOYENA en su comentario al artículo 1.689 del Proyecto: «esta responsabilidad parece, a primera vista, rigurosa, pero es de orden público y necesaria para la seguridad de los viajeros, al paso que, si bien se examina, puede ser la base más sólida de la prosperidad de los mismos responsables. La confianza que ellos inspiran, o la buena fe y vigilancia a que los sujeta la ley, es lo que facilita y multiplica los viajes y atrae a sus establecimientos mayor número de viajeros»; y MANRESA: *Comentarios al Código Civil*, XI, 6.ª ed., Madrid, 1972 (rev. por J. M. BLOCH), sub artículo 1.784: «esta responsabilidad, por rigurosa que parezca, es la raíz y fundamento mayor de la prosperidad en esta clase de negocios. A mayor vigilancia, a más exquisito celo, corresponderá una confianza más grande en la clientela y, por lógica y natural consecuencia, su natural aumento».

«Anzi, può dirsi che il carico assunto per quel danno é la condizione perchè l'attività industriale dell'albergatore si esplichi normalmente e non venga colpita dalla sfiducia del pubblico» (FUNAIOLI, voz cit., pág. 442).

(141) Cfr., especialmente, PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 216 y sigs.; GERI, voz «Albergatore (responsabilità dell')», en *Noviss. Dig. It., App. (A-Cod.)*, Torino, 1980, págs. 198 y sigs., y allí, pág. 203; FUNAIOLI, voz cit., pág. 442. Ya COVIÁN, voz cit., pág. 841: «en todos estos casos ha de tenerse en cuenta que, como dicen los alemanes, la responsabilidad de los dueños de las hospederías es muy parecida al riesgo profesional que se impone a los patronos por ciertas leyes sociales».

(142) Cfr. FRAGALI, *op. y loc. últ. cit.*

Por una o por otra vía se establece una concreta conexión entre el ejercicio de la actividad hostelera y la responsabilidad que de ella deriva, conexión que afecta, y esto es lo que interesa, a su régimen jurídico, tanto en sus presupuestos como en su propia afirmación y exclusión.

Veamos, en primer lugar, cuáles son los presupuestos sobre los que opera esta responsabilidad:

a) En primer lugar, por lo que se refiere a los sujetos responsables, ha de tratarse de los titulares de establecimientos hosteleros que ejerzan profesionalmente una actividad prestacional en el ámbito de la hostelería. Esta es la primera consecuencia importante que deriva de la estrecha conexión entre la actividad (empresarial o profesional) deudora y la prestación accesoria de custodia indirecta. Por tanto, se excluyen del ámbito de esta responsabilidad las prestaciones de hospedaje por razón de amistad o el alquiler ocasional de habitaciones. En cambio, es irrelevante a efectos de esta responsabilidad (sin perjuicio de las sanciones gubernativas que procedan), siempre que la actividad hostelera se ejerza profesionalmente, el que se haya respetado o no el régimen de autorizaciones y licencias administrativas necesarias para su ejercicio. Asimismo, también es aplicable el régimen de responsabilidad cuando, tratándose siempre de profesionales, la prestación principal (hospedaje, consumición) haya sido de carácter gratuito, lo que, obviamente, no es lo normal (143). Es también indiferente la mayor o menor envergadura de la empresa o establecimiento.

b) Por lo que se refiere a los beneficiarios de la responsabilidad (de la prestación accesoria de custodia), se trata de los *clientes* de los establecimientos hosteleros. Esto es otra consecuencia importante de la estrecha vinculación entre responsabilidad (custodia indirecta) y actividad deudora principal. Como consecuencia de ello, no son beneficiarios de esta responsabilidad las personas que se hallan en estos establecimientos por razón diversa de la de recibir o solicitar la actividad prestacional que en ellos se desarrolla (visitas particulares, entradas de complacencia, visitas de otros profesionales por razón de su profesión) (144). Ello no

(143) Vid. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 220-1; GERI, *voz cit.*, pág. 200; PELLISÉ PRATS, *voz cit.*, pág. 874; RODRÍGUEZ BUJÁN: «La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes según el Derecho español y alemán», en *RGLJ*, 1974, II, págs. 149 y sigs., y allí, pág. 154; COVIÁN, *voz cit.*, página 841.

(144) Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 221; anotadores de ENNECCERUS, *op. cit.*, página 668; GULLÓN: *Curso...*, *cit.*, pág. 320; MANRESA, *op. cit.*, pág. 994; RODRÍGUEZ BUJÁN, *op. cit.*, págs. 155 y sigs.; COVIÁN, *op. cit.*, pág. 841; PELLISÉ PRATS, *op. cit.*, pág. 875.

significa que estas otras personas queden sin protección, pero aquí la responsabilidad del hostelero no es la contractual específica que contemplan los artículos 1.783-4 del Código Civil, sino la general extracontractual (arts. 1.902-3 CC) por los daños causados en la persona o cosas de las mismas —respecto de las que no se está *previamente* obligado—, mediando culpa o negligencia del propio titular de la empresa o de sus dependientes (145).

c) La responsabilidad se refiere a las cosas del cliente que hayan sido *introducidas* en el establecimiento hostelero, y que lo hayan sido con *conocimiento* de sus titulares o empleados.

Por lo que se refiere a la *introducción*, cobra igualmente aquí relevancia la estrecha conexión establecida entre esta responsabilidad y la actividad prestacional hostelera: el daño en las cosas del cliente del que, en su caso, habrá de responder el titular del establecimiento, ha de producirse en el ámbito de aquella actividad, allí donde le es exigible la obligación accesoria de custodia o, si se prefiere, en el ámbito propio de su riesgo. Por tanto, el primer presupuesto de la responsabilidad del hostelero es que las cosas dañadas o perdidas se hayan colocado en su esfera de control (de riesgo). Ello ocurre, desde luego, cuando se *introducen*

A estos efectos, los autores españoles resaltan adecuadamente que el artículo 1.783 del Código Civil refiere la responsabilidad a los *viajeros* como clientes de los negocios de hospedaje, excluyéndose, por tanto, los invitados o visitas o las personas recibidas por amistad o caridad, así como los empleados del hotel o establecimiento. Es decir, todas las demás personas que se reciben en el establecimiento que no sean clientes.

Sobre la base legal de la referencia al *viajero*, se ha pretendido dar a la clientela del hotel beneficiaria de la responsabilidad un carácter transitorio, en modo de excluir la responsabilidad del hotelero frente a los clientes que residen en modo permanente o estable en el hotel, so pretexto de que pueden de otro modo proveer por sí a la custodia, así como porque tienen una libertad de elección que no tienen los *viajeros*, que *necesariamente* han de confiarse al establecimiento donde paran (cfr. MANRESA y PELLISÉ, *locs. últ. cit.*). A mi modo de ver, esto no es exacto: la argumentación se basa sobre un arcaico entendimiento del fundamento de esta responsabilidad, en el sentido de atribuir significado efectivo a la calificación de *depósito necesario* que hace el artículo 1.783 del Código Civil, como si se tratase de una especie de depósito miserable atenuado; concebido, en cambio, en los términos más modernos en que se ha visto (como una responsabilidad accesoria de la prestación principal, instrumentalmente necesaria según buena fe), no hay razón para tal exclusión.

La responsabilidad del hostelero como depósito necesario, en el sentido de nacido de una situación de *necesidad*, no se acomoda, obviamente, ya a la realidad de las cosas, de cómo se desenvuelve hoy el negocio de la hostelería (cfr., ya en 1930, PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 214).

(145) Cfr. GERI, *op. cit.*, pág. 201, y PÉREZ SERRANO, *op. y loc. últ. cit.* En consecuencia, aquí se aplica el régimen de carga de la prueba propio de este tipo de responsabilidad: prueba de la culpa del hostelero o sus auxiliares por el daño (si bien el Tribunal Supremo la presume, invirtiendo así la carga de su prueba hacia el dañante, que deberá probar su ausencia), y de la derivación causal del daño de la conducta (activa u omisiva) de aquéllos.

materialmente las cosas del cliente en el establecimiento hostelero, pero esto no es necesario; basta que se entreguen al hostelero, a sus empleados (mozos, botones) o a persona que legítimamente deba reputarse como tal (ej.: botones uniformado a la puerta del hotel), o que se coloquen en sitio que tales personas le hayan designado o en el establecido para tales menesteres. Asimismo, hay introducción desde que la empresa hostelera se hace cargo de los equipajes con vehículo de su propiedad o fletado al objeto de hacerse cargo de sus clientes (146).

El fundamento de esta responsabilidad permite, asimismo, establecer con claridad su extensión en el tiempo: desde que las cosas del cliente con vistas a la actividad hostelera son puestas en la esfera de control del titular del establecimiento, hasta que son sacadas de ella. En otras palabras, la duración de esta responsabilidad no se conmisura a la del contrato principal (p.ej.: de hospedaje); comprende la fase previa a su celebración, aunque éste no llegue a celebrarse (ej.: inspección de habitaciones, comprobaciones en recepción), y persiste una vez concluido aquél, en tanto que las operaciones de desalojo y traslado no se culminan.

Y ello porque el fundamento de la responsabilidad no está en el contrato principal, que llegará o no a celebrarse, sino en la ley, que la impone como accesoria de la actividad hostelera misma y por todo el tiempo que el cliente, con vistas a solicitar o percibir la prestación principal, permanece en el ámbito (de actividad, no necesariamente espacial) del establecimiento en que se presta (también aquí perdurará durante el transporte de salida del establecimiento, si éste se organiza por el hotel) (147).

La responsabilidad legal no se vincula, pues, al contrato, sino a la actividad y a la permanencia del cliente interesado en la misma en el ámbito (de riesgo, de la custodia indirecta a ella accesoria) en que se presta.

Además, las cosas han de ser introducidas con *conocimiento* del titular del establecimiento o de sus auxiliares. Aquí el Código Civil recoge

(146) Por tanto, el concepto de «introducción», a los efectos de la responsabilidad de los hosteleros, es jurídico o legal, no material o físico.

Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 225 y sigs.; anotadores de ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 668; LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 3, pág. 244; ROCA JUAN, *sub comentario* a los artículos 1.783-4, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Madrid, 1982, pág. 305; PELLISÉ PRATS, *voz cit.*, pág. 876; COVIÁN, *op. cit.*, pág. 842.

(147) *Vid.* PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 235 y sigs.; GERI, *op. cit.*, pág. 205; anotadores de ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 668; GULLÓN, *op. cit.*, págs. 319-320; ROCA JUAN, *op. cit.*, pág. 305; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 503; RODRÍGUEZ BUJÁN, *op. cit.*, págs. 156-7.

Como pone de manifiesto la doctrina, es precisamente en el momento final o inicial de la relación de hospedaje donde la necesidad de custodia y vigilancia de las cosas del cliente se hace más patente y acusada.

el requisito tradicional de las Partidas (Ley 26, tít. VIII, P. V): «aquellas (cosas) que fueren metidas con sabiduría de los señores de los ostales, o de las tavernas o de las naves». La doctrina es unánime en no hacer una interpretación rígida de este requisito; para que éste se tenga cumplido se entiende que no es menester una comunicación expresa y *ad hoc* del cliente al hostelero o sus dependientes, sino que basta con que las cosas sean introducidas a la vista de aquéllos y no de una manera clandestina (148). Entender otra cosa sería contrario a la naturaleza de la actividad hostelera —a la que tan estrechamente se conecta esta responsabilidad (este riesgo) de su titular—, al modo en que habitualmente se presta, y hasta a la propia dignidad de los establecimientos en cuestión (149).

En cuanto al objeto de esta responsabilidad son los «efectos» que el cliente introduce en el ámbito de control del establecimiento hostelero. Como es obvio, se incluyen en ella los objetos que son introducidos posteriormente al alojamiento por el cliente, del mismo modo que los que son remitidos con anterioridad a él con vistas al futuro hospedaje, o los que con posterioridad al mismo quedan para su envío a la estación de ferrocarril, aeropuerto o de otro modo (150). El titular del establecimiento hostelero o sus auxiliares pueden impedir la introducción en él y, por tanto, eludir su responsabilidad respecto de su sustracción o deterioro, de aquellas materias o cosas peligrosas (explosivos, animales salvajes) o prohibidas (armas), o que supongan un estorbo **extraordinario**, o que, por su empleo comercial, industrial o científico no estén destinadas al servicio del cliente y resulten, por ello, totalmente ajenas a la exigencia del hospedaje (también aquí resulta patente la estrecha conexión entre responsabilidad y actividad hostelera). Fuera de estos límites mínimos (institucionales), en los establecimientos hosteleros puede ser introducida cualquier cosa funcionalmente necesaria o útil para el cliente o también estrictamente personal usada como simple ornamento o por costumbre.

(148) Cfr. anotadores de ENNECERUS, *op. y loc. últ. cit.*; GULLÓN: *Curso*, cit., pág. 320; PELLISÉ PRATS, *voz cit.*, pág. 876; LACRUZ, *op. cit.*, pág. 244; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 503. En este mismo sentido, dirá GARCÍA GOYENA, en el comentario al artículo 1.689 del Proyecto, que «el viajero no tiene excusa para ocultar la introducción, y el mesonero no debe ser responsable de lo que cuidadosamente se le oculta».

(149) Si hubiesen de hacerse inventarios o registros previos al hospedaje, dice PÉREZ SERRANO castizamente, *op. cit.*, pág. 229, este «procedimiento primitivo y aldeano... convertiría a la portería (del hotel o establecimiento) en un fielato».

El problema se planteará como de prueba, cuando el cliente que quiera hacer efectiva la responsabilidad del hostelero haya de demostrar la cuantía del daño: que las cosas robadas, por ejemplo, fueron en verdad introducidas en el hotel. Sobre ello volveremos más adelante.

(150) Cfr. GERI, *op. cit.*, pág. 205; PELLISÉ PRATS, *op. cit.*, pág. 876.

En cambio, a los efectos de esta responsabilidad, es indiferente que el cliente sea o no su verdadero propietario (si no lo es, el cliente responderá, a su vez, frente a él) (151).

De los efectos que el cliente porta consigo (sobre sí) sólo responde el hostelero, en su caso (es decir, con reserva del juicio de responsabilidad, de la existencia o no de un hecho liberatorio, como, especialmente en este caso, la conducta negligente del propio cliente), del daño en los mismos que se haya producido en el ámbito de la actividad hostelera (locales, zonas verdes, transportes propios, habitaciones, etc.) (152).

Por lo que se refiere a automóviles y vehículos, se incluyen en la responsabilidad del hotel por custodia directa siempre que son introducidos en garajes vigilados o controlados por su personal, de propiedad o utilización exclusiva del hotel o establecimiento hostelero (se trata también aquí de un contrato de depósito accesorio al contrato principal), y en la responsabilidad por custodia indirecta, siempre que los vehículos se hallen en un lugar para ello acondicionado por el establecimiento para su exclusivo uso (pues están *introducidos* en su esfera de control) (153). En cambio, no hay responsabilidad del hostelero cuando se trata de garajes o aparcamientos ajenos al mismo, aunque por él indicados o recomendados (154).

Sentadas las formas y presupuestos sobre los que opera la responsabilidad del hostelero, veamos cuál es su régimen, es decir, en qué condiciones se afirma y cuándo, por el contrario, aquél resulta exonerado.

Conviene advertir que, no obstante el distinto fundamento (contractual y legal) en que se apoya la responsabilidad del hostelero por la custodia directa y la indirecta, su régimen de responsabilidad es el mismo: se trata, en definitiva, en ambos casos, de una responsabilidad por custodia, por daño, pérdida o sustracción de las cosas (entregadas o introducidas, responsabilidad contractual o legal). Ello resulta de la remisión que para la primera (art. 1.766 CC) se hace a las reglas generales, de la aplicación de esas mismas reglas a los supuestos del depósito necesario (art. 1.782 CC) y de lo que más arriba hemos dicho acerca del carácter no excepcional de los supuestos del *receptum*. Debe tenerse además presente que, como hemos visto ya, la estrecha conexión con la actividad principal hostelera se da igualmente en ambos casos, dato éste especialmente a tener en cuenta para aplicar la misma interpretación de

(151) Cfr. GERI, *op. cit.*, pág. 204; PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 222 y sigs.

(152) Cfr. PÉREZ SERRANO, pág. 225.

(153) Conforme, respecto de esto segundo, con ROCA JUAN, *op. cit.*, pág. 306. Es indiferente, como es natural, que el garaje esté situado o no en el mismo edificio.

(154) ROCA JUAN, *ibidem*.

las reglas generales que se hace en términos de riesgo, a través de los artículos 1.783-4 del Código Civil, para la custodia indirecta, a los casos de custodia directa (155).

Pues bien, de los artículos 1.783-4 del Código Civil se desprende que el hostelero responde de la sustracción, pérdida o daño de las cosas de sus clientes introducidas en su esfera de control y actividad —lo mismo, según se ha dicho, vale para las que le son entregadas—, siempre que aquéllas no obedezcan a una concreta causa a él no imputable.

Se trata, pues, también aquí, de una aplicación de las reglas generales: frente al daño producido en la esfera de vigencia de la obligación (legal o contractual) de custodia, el hostelero-deudor ha de probar para exonerarse de la responsabilidad de aquél derivante, que éste no ha podido ser evitado por provenir de una específica causa a él no imputable, causa que le imposibilitó de cumplir su obligación (conservación de la integridad de las cosas introducidas y restitución en su estado originario de las entregadas), en modo que, al no serle dicha imposibilidad imputable, la obligación (legal o contractual) que sobre él gravaba queda extinguida y, con ella, la responsabilidad (arts. 1.105, 1.182, 1.184 CC).

De aquí derivan claros principios en orden a la carga de la prueba: en tanto que el cliente ha de probar el daño sufrido en sus cosas (sustracción, pérdida, deterioro), y que éste, precisamente, se produjo en la esfera de control del establecimiento hostelero, no necesariamente en su interior (prueba de la «introducción» o entrega), al hostelero, por el contrario, incumbe la prueba liberatoria de que el daño, no obstante haberse producido y en su esfera de control, derivó de una causa que a él no le es imputable. Esta prueba liberatoria se identifica en el Código Civil con la prueba de la *fuera mayor* como cláusula general liberatoria que sirve para englobar cualquier evento dañoso que no sea imputable al deudor (156). También aquí, como consecuencia de la configuración de la prueba liberatoria que no es propia del *receptum*, sino general, sobre el hostelero grava el riesgo de las causas ignotas: responde de los daños causados por causas desconocidas en el ámbito de su industria (157).

Junto a esta cláusula general, el Código Civil ejemplifica algunos ca-

(155) Así, en la citada Orden ministerial de 19 de julio de 1968 (art. 78), se tiene en cuenta aquella conexión entre la actividad hostelera y la de custodia directa, haciendo ésta obligatoria (depósito necesario, *ex* art. 1.781, 1) y sometién-dola al régimen de los artículos 1.783-4 del Código Civil.

(156) Así, en las *Partidas* (26, VIII, V) se excluía la responsabilidad de «ostaleros» y «marineros» por las cosas recibidas, «si se perdiessen las cosas por alguna ocasión que aviniessse, así como fuego que las quemase, o por avenidas de ríos, o si se derribase la casa, o peligrasse la nave, o se perdiessen por fuerça de enemigos. Ca perdiéndose las cosas por alguna destas maneras sobredichas, que non aviniessse por engaño o por culpa dellos, estonce non serían tenudos de las pechar».

(157) Cfr. FRAGALI, *op. cit.*, pág. 991.

sos de daño en las cosas del cliente no imputable al hostelero que ya lo serían, sin necesidad de expresa mención, con arreglo a los criterios generales. Así, el Código Civil —art. 1.783— habla, en primer lugar, de la no observancia por los clientes de las prevenciones sobre vigilancia y cuidado de sus cosas hechas por el hostelero o sus auxiliares, y el artículo 1.784 refiere la responsabilidad al hostelero por los daños causados por sus auxiliares y por los *extraños*. En estas dos referencias normativas existe base para establecer toda una familia de eventos liberatorios en los que el daño en las cosas del cliente no resulta imputable al hostelero: siempre que aquél obedezca al propio comportamiento del cliente o al de las personas (visitas, parientes, criados, dependientes) de las que él debe responder, pues en los dos casos no son *extraños*: el daño no deriva de la actividad hostelera, de su riesgo típico —que viene constituido por los desconocidos, el hostelero o sus dependientes—, o, si se prefiere, se produce en un ámbito en el que no rige la obligación de custodia del hostelero (158).

Además, el Código Civil menciona como evento dañoso no imputable al hostelero el *robo a mano armada* (art. 1.784 CC) (159), con lo cual, evidentemente, *a contrario* se niega virtualidad liberatoria a otro tipo de *sustracciones* de menor gravedad, que se consideran como un típico *riesgo* de la actividad hostelera (con lo cual su producción, lejos de ser un evento liberatorio, supone la verificación del *presupuesto* de la responsabilidad asentada sobre aquél), o, si se prefiere, porque respecto de éstas la diligencia (*profesional*) exige la adopción de las debidas cautelas, por lo que su verificación viene a ser demostración de que no se tomaron. A estos ejemplos legales de eventos liberatorios añade la doctrina común, como otro ejemplo típico, el de la naturaleza o vicio propio de las cosas del cliente (160). También aquí el daño es ajeno a la actividad hostelera y a la infracción de la obligación de custodia a ella accesoria.

(158) Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 243-4; anotadores de ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 669; GULLÓN, *op. cit.*, pág. 320; MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado y concordado*, tomo XXVII, redactado por P. MARÍN PÉREZ, Madrid, 1952, págs. 528 (*sub* arts. 1.783-4); LACRUZ, *op. cit.*, pág. 245; COVIÁN, *op. cit.*, página 840.

Esta no responsabilidad del hostelero por las personas de las que el cliente debe responder, a más de deducirse de las normas generales (arts. 1.105-1.182) y particulares (1.784), se desprende del artículo 1.564 del Código Civil («el arrendatario es responsable del deterioro causado por las personas de su casa»), especialmente a tener en cuenta porque, aparte de ser expresión de un principio más general, la naturaleza mixta del contrato de hospedaje incluye el alquiler de la habitación (cfr. FRAGALI, *op. cit.*, pág. 895).

(159) Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 246.

(160) Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 244-5; anotadores de ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 669; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 528; GULLÓN, *op. cit.*, pág. 320.

Pues bien, la doctrina sobre la base de las menciones que el legislador hace a los *extraños* y al *robo a mano armada* propugna en estos casos una lectura de las normas generales de la responsabilidad contractual, en su aplicación a la responsabilidad de los hosteleros, hecha en clave de riesgo profesional o empresarial.

Así como el legislador considera imputables al hostelero daños que se producen en su esfera de actividad por considerarlos como un riesgo típico de la misma que debe soportar el titular de la actividad que los genera y saca de ella beneficio —como, en especial, el robo (que no sea a mano armada) o hurto de las cosas del cliente, o la responsabilidad por los extraños, es decir, aquellas personas que no son dependientes suyos ni tampoco guardan relación con el cliente (161)—, así también debe de ser interpretada la fuerza mayor, la genérica prueba liberatoria, en esta misma clave de riesgo: son, *en general*, daños imputables al hostelero los que provienen de su esfera de control y actividad profesional, *aunque en él o sus auxiliares no exista culpa*, y no le son imputables aquellos que son ajenos o extraños a aquella esfera (162).

Esta interpretación de la cláusula general liberatoria es perfectamente sostenible dentro de una concepción amplia de las reglas de la responsabilidad contractual: el deudor no cumplidor responde a no ser que pruebe que la falta de total o exacto cumplimiento obedece a causa a él no imputable que le imposibilita de cumplir o de hacerlo exactamente. El criterio legal general de imputación es el de la diligencia (arts. 1.104, 1.105, 1.182 CC), pero nada impide la existencia de otros criterios legales (arts. 1.096, 3.º; 1.185 CC; Ley de Navegación Aérea), y la práctica muestra en ciertos casos que la aplicación *de facto* de las reglas generales, como en este caso, se hace en términos de riesgo, lo que conduce a que la imputabilidad o no al deudor del evento que le impide cumplir o hacerlo exactamente, se establece no en términos de culpa (valoración de la conducta del deudor), sino de riesgo (ámbito o esfera, con independencia de aquella valoración, en que el daño al acreedor se ha producido) (163). Aquí, particularmente, esta interpretación resulta especialmente conveniente para explicar convincentemente, sin forzamiento o uso de ficciones de culpa, la responsabilidad del hostelero.

(161) En cambio, la responsabilidad del hostelero-deudor por sus auxiliares (artículo 1.784 del Código Civil), como se verá más adelante, es aplicación de un principio general.

(162) Vid. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 216 y sigs., 241 y 245-6; ROCA JUAN, *op. cit.*, pág. 307; FUNAIOLI, *op. cit.*, pág. 442; GULLÓN, *op. cit.*, pág. 321, nota 16; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 503; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., pág. 709; CASTÁN, *op. cit.*, III, págs. 180-1.

(163) Sobre ello, con mayor amplitud, en mi citado trabajo «Las reglas generales...», cit., en ADC.

Es cierto que incluso las hipótesis de sustracción diversas del robo a mano armada o la responsabilidad por los extraños pueden ser explicadas en términos de culpa: se dirá entonces que la verificación del daño presupone la culpa (negligencia en la custodia) *in re ipsa*, que el hostelero debe prestar la adecuada vigilancia y los daños verificados en la esfera de la misma (del establecimiento, de su actividad) se presumen debidos a su culpa (164).

Pero entonces, o una de dos, o se acaba por fingir la culpa, que es tanto como revelar que el fundamento de la responsabilidad es, en verdad, otro, o se circunscribe la responsabilidad del hostelero, por inexistencia de culpa suya, a un ámbito tan estrecho que resulta insatisfactorio para su propia función y fundamento.

Por otra parte, ya hemos visto que una adecuada valoración de la diligencia en la custodia del hostelero en consonancia con su carácter profesional (art. 1.104, 1.º, CC) produce, tendencialmente, los mismos efectos que el acogimiento de la teoría del riesgo.

Por todo ello, partiendo de una configuración amplia de las reglas generales de la responsabilidad contractual que no excluya la existencia de criterios de imputación diversos del general de la diligencia, también la responsabilidad del hostelero encuentra adecuado asiento dentro de la misma. En cambio, la doctrina común no puede menos que ver en ella un régimen excepcional.

En resumidas cuentas, el hostelero responde de los daños en las cosas del cliente siempre que se hayan producido en su esfera de control (donde la obligación de custodia le es exigible), y para liberarse de ella ha de demostrar la proveniencia del daño de una concreta causa ajena a aquella esfera; en definitiva, a la propia actividad hostelera (165).

Como queda más arriba dicho, presupuesto para hacer efectiva la responsabilidad del hostelero es que el cliente pruebe el daño sufrido, la pérdida, destrucción o deterioro de las cosas, y su entrega o introducción en el ámbito de control de aquél. Ya muy tempranamente la doctrina advirtió que, como consecuencia del modo en que la práctica hostelera se desenvuelve, una rigurosa interpretación de la carga de la prueba en este sentido (especialmente para los efectos meramente introducidos) produciría una vanificación de la responsabilidad del hostelero en

(164) Cfr. Espín, *op. cit.*, pág. 707.

(165) O, si se prefiere, tratando de salvar la cara a la diligencia en la custodia sin circunscribir el ámbito de la responsabilidad, el hostelero responde de todo daño verificado en el ámbito de su actividad, que es también el de su obligación de custodia, siempre que haya dejado de adoptar las medidas de vigilancia y custodia que son exigibles de un profesional de su ramo. Lo que *en la práctica* —es decir, los casos en que responde, y en los que, por el contrario, se libera— viene a ser lo mismo.

perjuicio del cliente (166). Por ello, modernamente, se insiste en el manejo libre de toda clase de pruebas e indicios, con especial recurso a las presunciones simples, en orden a la formación de una razonable convicción en el juzgador con arreglo a las circunstancias (personas, lugar) y la naturaleza de la prestación principal hostelera (167).

En nuestro Derecho vigente, a diferencia del Derecho europeo uniforme, no existe limitación para la cuantía de la responsabilidad del hostelero, de lo cual se ha deducido por algunos (168) el carácter ilimitado de la misma, es decir, el hostelero responde de *todos* los daños que deriven de la pérdida, destrucción o deterioro de las cosas introducidas o entregadas. Sin embargo, más en consonancia con la función de *garantía* para el cliente que asume esta responsabilidad, y, desde luego, como lógico corolario de la interpretación de sus reglas en clave de riesgo, se afirma por otros (169) que su cuantía no puede exceder el valor económico objetivo (no de afección) del daño sufrido en las cosas: el valor de la cosa, del deterioro sufrido, o de su reparación, si ésta es posible.

La inexistencia, sin embargo, de topes legales en la cuantía de su responsabilidad similares a los de la legislación europea uniforme, puede colocar al hostelero en una posición de riesgo excesivo, al tener que soportar, eventualmente, el *entero* valor de las cosas introducidas en su es-

(166) Así, GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo 1.689 del Proyecto, decía en orden a la prueba del daño sufrido por el cliente: «pero introducido con esta sabiduría un baúl o una maleta, por ejemplo, no será necesaria en cuanto a su contenido, y sobre éste, a falta de otra prueba, habrá de estarse a la declaración del robado, siendo persona de buena fama; sin embargo, el Juez deberá, en este caso, atender a la calidad de las personas y circunstancias del hecho».

(167) Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 166, quien pone de manifiesto lo poco normal que es preconstituir por el cliente, a efectos de esta responsabilidad, prueba de la introducción de sus efectos —ni tampoco el establecimiento exige la constancia de ésta—, y la dificultad que puede ofrecer dicha prueba al cliente, en tanto que es fácil para el hostelero recurrir a sus propios empleados o a gente del lugar, que, en cambio, son menos accesibles al forastero.

Por ello, concluye en «recomendar una gran tolerancia respecto al huésped, para no hacer ilusorias y falaces las garantías de que el Derecho ha querido rodear su posición. Será, pues, conveniente dar una exacta interpretación a los hechos, admitiendo como prueba absoluta las presunciones que de ellos se deriven, y no recargando con exceso las obligaciones que el viajero, extranjero acaso, y desde luego indefenso muchas veces ante poderosas empresas, haya de cumplir para hacer efectivas sus legítimas pretensiones». En sentido análogo, cfr. también FRAGALLI, *op. cit.*, pág. 989.

(168) Cfr. anotadores de ENNECERUS, *op. cit.*, pág. 669; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 529.

(169) Así, PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 242; PELLISÉ PRATS, *op. cit.*, pág. 875, que argumentan sobre el «carácter excepcional» de esta responsabilidad, que «no admite ampliaciones», y Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 709-710, quien argumenta sobre la letra de los artículos 1.783-4, en los que parece circunscribirse la responsabilidad al estricto valor del perjuicio causado en los efectos del cliente, sin comprender la indemnización de los daños ulteriores a dicho valor.

fera de control, cuando éstas sean de gran valor (alhajas, grandes sumas de dinero en efectivo, títulos-valores, etc.). Y ello es tanto más grave cuanto que sobre las cosas introducidas en su ámbito de actividad y a él no entregadas no puede ejercer una custodia o vigilancia efectivas.

El instrumento de que se sirve el hostelero para reconducir a límites más soportables su riesgo, se halla, entonces, en la declaración hecha pública a los clientes de que no responderá por los daños sufridos en las cosas de valor a no ser que le sean entregadas (170). Si, a pesar de esta indicación, no son sometidas a su custodia directa, entonces la responsabilidad del hotelero por su pérdida o destrucción (por custodia indirecta) no surge (*ex art. 1.783 CC in fine*): el cliente no ha observado las instrucciones o indicaciones que en orden a su cuidado y vigilancia le ha hecho el titular del establecimiento hostelero o sus auxiliares (171).

Cuando la responsabilidad del hostelero se afirme, su cuantía puede verse reducida (aun por debajo del máximo del valor de la cosa perdida) cuando *parte* del daño causado en las cosas (no todo, pues entonces no respondería en absoluto el hostelero) obedece a negligencia del propio cliente, aquí se aplica el principio del *concurso de culpas*: el hostelero sólo responde de aquella porción del daño que a él es imputable (172).

No se subordina expresamente en nuestro Derecho, como sí lo hacen otros extranjeros (173), la exigencia de la responsabilidad del hostelero a una rápida denuncia al mismo o a sus auxiliares por parte del cliente del daño sufrido. Esta omisión se ha subsanado por la doctrina sobre la base de las exigencias de la buena fe en la contratación (arts. 1.258, 7-1, CC; 57 CCom) (174), o sobre la de la propia función que dicha denuncia viene a cubrir con relación al hostelero: de otro modo, si se

(170) Así, la Orden ministerial de 19 de julio de 1968, citada, en su artículo 78, 3, establece para los establecimientos hoteleros: «en todas las habitaciones, apartamentos o *suites*, y en lugar que permita su lectura sin dificultad, figurará la indicación en los idiomas español, francés, inglés y alemán, de que el establecimiento no responde del dinero, alhajas u objetos de valor que no sean depositados en la forma establecida en el número primero de este artículo» (que, como se recordará, se refiere al servicio de custodia en dichos establecimientos). En este mismo sentido, el artículo 54, 2.º, de la Orden ministerial (Ministerio de Información y Turismo) de 14 de junio de 1957, que menciona, además de las alhajas y dinero en metálico, a los documentos.

(171) Cfr. ROCA JUAN, *op. cit.*, págs. 302-3 y 306; RODRÍGUEZ BUJÁN, *op. cit.*, página 161.

(172) Sobre este principio, en general, *vid.* Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., páginas 733-4, y Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 280; ALBALADEJO: *Derecho civil*, cit., II, 1, pág. 196.

Con aplicación, en concreto, a esta responsabilidad, cfr. GERI, *op. cit.*, pág. 206; FRAGALI, *op. cit.*, pág. 988; RODRÍGUEZ BUJÁN, *op. cit.*, págs. 162-3.

(173) Así, el § 703 BGB y el artículo 1.785 *ter* del Código Civil italiano.

(174) *Vid.* anotadores de ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 669: «No hay una disposición paralela a la del § 703. Pero la buena fe exige la comunicación inmediata».

deja pasar el tiempo sin comunicación o aviso, es para éste cada vez más difícil comprobar la certeza del daño, la autenticidad de los detalles y circunstancias en que se ha producido, o hasta obtener la recuperación del objeto sustraído o perdido, o la indemnización que debe abonarle en vía de regreso la persona culpable (175). Precisamente, por esta función que cumple la denuncia, hay que referirla sólo a la responsabilidad por custodia indirecta, por las cosas introducidas y no entregadas, responsabilidad que, por producirse normalmente en la ignorancia del hostelero (pues las cosas no están bajo su control directo), es conforme a buena fe que con la mayor antelación se le dé aviso, y es contrario a ella que se le exija la responsabilidad —tal vez cuantiosa— cuando, por el transcurso del tiempo, se ha esfumado toda posibilidad de verificación y control (*a posteriori*) (176). En cambio, cuando las cosas están bajo el control directo del hostelero —le han sido entregadas—, ese aviso no es, con arreglo a esas mismas exigencias de buena fe, necesario, ni tampoco cuando el daño, aun en cosas del cliente no entregadas, se ha producido por culpa del hostelero o de sus auxiliares (177).

En defecto de disposición específica para esta responsabilidad, se aplican los principios generales en orden a su exclusión o limitación convencionales (arts. 1.255 y 1.102 CC). En cambio, y aun dentro de aquellos límites, carecen de toda eficacia limitativa o exoneratoria las declaraciones unilaterales del hostelero (especialmente en letreros, rótulos y avisos) con esta finalidad, y ello por una razón evidente: no son convenciones o pactos; carecen, pues, de eficacia vinculante alguna para el cliente. Para que exista una exoneración o limitación eficaz, ésta ha de ser aceptada por el cliente, y dicha aceptación no se presume. En cambio, estos letreros y avisos sí pueden tener *indirectamente* eficacia exoneratoria *en tanto que* se refieran a prevenciones que los clientes deban adoptar para el cuidado y vigilancia de sus cosas (art. 1.783 CC *in fine*); entonces, como hemos visto, si acaece el daño en éstas por no haberlas

(175) Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 253; GERI, *op. cit.*, pág. 215.

(176) Es decir, que aunque se piense que no nos hallamos frente a un verdadero *presupuesto jurídico* de la responsabilidad del hostelero, ante el silencio del Código Civil al respecto, y tampoco (¿por qué?) se quiere aceptar que dicho silencio es cubierto por la buena fe, aun así, se llega al mismo resultado por la *vía de hecho*: el cliente que extemporáneamente reclama por el daño sufrido en sus cosas, difícilmente cumplirá con la carga de la prueba a él impuesta que exige, no se olvide, la *certeza* (al menos, racional) respecto de la existencia del daño y su valor.

Como es natural, debe admitirse el retraso en la denuncia del cliente por razones justificadas (gestiones particulares de búsqueda y verificación) o a él no imputables.

(177) En este sentido, las normas citadas del BGB y Código Civil italiano.

observado, el hostelero no responde (el daño ha derivado del hecho propio del cliente) (178).

En cuanto al ámbito de la responsabilidad por las cosas entregadas y meramente introducidas, debe tenerse en cuenta que, por el propio fundamento a que responde (valoración de la naturaleza de la prestación según buena fe), éste se extiende más allá de lo que es propiamente la actividad hostelera. Así lo demuestra el artículo 1.601 del Código Civil, que, al extender esta responsabilidad al contrato de transporte, demuestra que nos hallamos ante una exigencia que responde a un principio general, de ámbito más amplio que el circunscrito al sector puramente hostelero.

La responsabilidad es extensible a todos aquellos establecimientos en los que el normal desarrollo de la actividad deuditoria que allí se desenvuelve, presupone en el cliente una dificultad para proveer a la custodia de las cosas introducidas por necesidad o costumbre en los mismos, y una mayor facilidad del deudor-empresario para la tal custodia. Es decir, en todos aquellos casos en que, con arreglo a buena fe, el pleno disfrute de la prestación principal deba comprender la prestación accesoria de garantía o custodia por parte del titular del establecimiento público en que aquélla se presta.

Como principios generales para sentar la extensión de esta responsabilidad pueden, pues, establecerse los siguientes (179): 1) Que se trate de una actividad (deuditoria) principal organizada en forma empresarial o profesional, aunque no necesariamente con finalidad lucrativa (por ejemplo: círculos, clubs, casinos, etc.). 2) Que dicha actividad comporte la asistencia y circulación del público en los establecimientos o lugares en que se presta. 3) Que la naturaleza de la prestación sea tal que suponga para el cliente la necesidad de descuidar en alguna medida la vigilancia de sus cosas, necesidad que va aparejada al hecho de la permanencia más o menos larga en el ámbito en que la prestación se presta.

Sobre estos presupuestos opera la exigencia, conforme a buena fe, de la prestación accesoria de custodia por parte del titular de la actividad principal para garantizar la posición del cliente y liberarlo de toda preocupación acerca de sus cosas. O, si se prefiere, en estas condiciones la pérdida de las cosas se constituye en un típico riesgo profesional de la actividad principal (180).

(178) Cfr. anotadores de ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 669; MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, págs. 528-9; PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, págs. 246 y sigs.; LACRUZ: *Elementos...*, *cit.*, pág. 245; ROCA JUAN, *op. cit.*, pág. 307; RODRÍGUEZ BUJÁN, *op. cit.*, página 164; PELLISÉ, *op. cit.*, págs. 875-6; COVIÁN, *op. cit.*, pág. 841.

(179) *Vid.* GERI, *op. cit.*, pág. 217.

(180) Así, BONET, *op. cit.*, pág. 40, enumera los siguientes casos de asimilación: albergues, balnearios, restaurantes, casas de comidas, tabernas, cafés, bares, cerve-

Finalmente, debe tenerse presente que en el ámbito de las prestaciones hosteleras, y en general en todas aquellas actividades debitorias que se desarrollan en establecimientos o instalaciones de cara al público, la valoración de la prestación principal según buena fe exige no sólo su integración en el sentido de establecer un deber accesorio de custodia respecto de las cosas del cliente, sino, además, también la vigilancia y protección respecto de su propia persona. Se trata aquí de un deber accesorio de seguridad o protección que tiene el mismo fundamento que el de custodia: el mejor disfrute y utilidad de la prestación principal, que presupone, obviamente, en modo necesariamente instrumental, la salvaguardia de la incolumidad de la persona del cliente (181).

Como consecuencia de este deber accesorio, el hostelero, profesional o empresario responde *contractualmente* de los daños causados en la persona de sus clientes como consecuencia de no haber adoptado las adecuadas medidas de seguridad y cautela en sus instalaciones (escaleras, ascensores, jardines, conducciones de fluido eléctrico, etc.). Así, por ejemplo, vetustez o defectuosidad de construcción, malas condiciones del mobiliario, falta de indicaciones o avisos sobre la existencia de ciertas peculiaridades (de construcción, geográficas) que puedan causar peligro, etcétera.

En todos estos casos el daño que padece el cliente por esta falta de disposiciones o cautelas, constituye simultáneamente, pues, incumplimiento —infracción de aquel deber accesorio— contractual, y un ilícito dañoso (*ex arts. 1.902 ss. CC*), constituyéndose, por tanto, en su favor un concurso de dos acciones de responsabilidad, que le permiten obtener, por cualquiera de las dos vías, la indemnización del daño sufrido (182).

cerías, chocolaterías, heladerías, salas de fiesta y de té, casinos y billares. También deben quedar comprendidos todos aquellos casos (espectáculos, teatros, museos) en que existe un servicio de custodia o guardarropa, porque se presupone —y hasta se exige en el caso de los museos— la entrega de ciertas cosas para el disfrute de la prestación principal.

Además, deben añadirse: salas de baile, coches-cama y comedor, campings, bibliotecas, peluquerías, consultas médicas y profesionales, y los empresarios respecto de los vestuarios de sus trabajadores (o artistas en caso de espectáculos).

Debe tenerse presente, como pone de relieve BONET, *loc. cit.*, que el artículo 21 del Código Penal, al regular la responsabilidad civil subsidiaria de fondistas y mesoneros por los delitos o faltas cometidos en sus establecimientos, la hace extensible a «cualesquiera personas o empresas» (titulares de establecimientos).

(181) Cfr. GERI, *op. cit.*, págs. 211 y sigs.

(182) El concurso de las dos acciones tiene trascendencia práctica por el (muy) diverso plazo de prescripción de cada una de ellas (arts. 1.964 y 1.968 del Código Civil), por el diverso régimen de carga de la prueba (sustancialmente asimilado por la doctrina jurisprudencial de la presunción de culpa en el daño aquiliano) y por la limitación del resarcimiento, como regla, en el caso de la responsabilidad contractual al daño previsible (art. 1.107 del Código Civil) (si se estima que dicha limitación no es igualmente aplicable a la responsabilidad extracontractual).

Como es obvio, la responsabilidad no surge cuando el daño no es imputable al hostelero o empresario (o ajeno a su esfera de riesgo), en especial cuando es debido al propio comportamiento negligente, distraído o temerario del cliente.

b-2) *Notas acerca del régimen europeo uniforme de responsabilidad de los hoteles y establecimientos asimilados*

La regulación de la responsabilidad de fondistas y mesoneros ha permanecido inalterada en el Código Civil desde su primera redacción. Pero ya en aquel momento resultaba desacorde con las primeras reformas legislativas que se comenzaban a introducir en esta materia en los Códigos decimonónicos para equilibrar dos exigencias igualmente atendibles: por una parte, asegurar la posición del cliente, la efectividad de la responsabilidad, de su garantía, y por otra, limitar la responsabilidad del hostelero, la cuantía de su riesgo, especialmente —para evitar abusos— cuando se trata de cosas introducidas en su establecimiento y a él no entregadas que sean de valor considerable.

Así, se ha dicho (183) que nuestro Código Civil «sigue con el criterio del siglo XIII, es decir, con un sentido rural, lugareño del problema», y se ha puesto, asimismo, de relieve que en el momento en que nuestros codificadores adoptaron la primitiva fórmula del Código napoleónico, Francia estaba en ciernes de aprobar su primera reforma modernizadora en la materia (Ley 18 abril 1889), que introdujo, por primera vez en Francia, los límites en la cuantía de la responsabilidad del hostelero (184).

Como es natural, el cliente escoge una u otra vía para obtener una sola vez el importe del daño. Sólo cabe, pues, un ejercicio alternativo o subsidiario de las dos acciones (o también uno sucesivo, si admitiéndose que la limitación del art. 1.107 del Código Civil se refiere sólo a la responsabilidad contractual, se ejercita posteriormente la acción de responsabilidad extracontractual por la parte no indemnizada al haber ejercitado primero la acción de responsabilidad contractual).

Sobre el concurso, en general, *vid.* Díez-PICAZO: «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en Derecho español», en *Ponencias españolas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Barcelona, 1962, págs. 59 y sigs.; GARCÍA VALDECASAS (G.): «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictiva en el Derecho español», en *RDP*, 1962, págs. 831 y sigs.; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1982 (3.^a ed.), págs. 610 y sigs.; ESPÍN, *op. cit.*, págs. 543 y sigs.

(183) PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 228.

(184) Cfr. PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, pág. 215. El movimiento renovador en la materia se había iniciado en el Reino Unido con una Ley de 1863, y a partir de ese momento se extendió por toda Europa: Francia, Alemania (antiguo § 702), Italia (Decreto de 12 de octubre de 1919), etc. *Vid.* PÉREZ SERRANO, *op. cit.*, páginas 230 y sigs., y *Apéndice* con la normativa en la materia de diversos países, vigente en 1930, págs. 329 y sigs.

El desfase de la normativa española (185) se ha acentuado en los últimos años como consecuencia de la reglamentación uniforme de esta responsabilidad que se ha producido en el ámbito europeo al firmarse en París el 17 de diciembre de 1962, por los países entonces miembros, el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad de los hoteleros por los objetos de los viajeros llevados a sus establecimientos. Las directrices de ese Convenio han sido recogidas uniformemente por la legislación interna de los países firmantes a través de las oportunas reformas legislativas (186).

La adhesión de España a dicha institución internacional, la participación activa en sus trabajos y las propias exigencias de una actividad

(185) Así, decía PÉREZ SERRANO (¡ya en 1930!), *ibidem*, pág. 204: «Sobre todo, ha de interesarnos profundizar en el examen de nuestro Derecho vigente, tan arcaico cuando nació, y tan poco afortunado en sus soluciones; y de este examen, puestos en relación los respectivos preceptos con sus concordantes de otros países, llegar a la conclusión inevitable de lo necesaria que ha de ser una reforma honda y discreta, susceptible de ponernos a tono con el Derecho común hoy acerca de la materia y que, de una parte, mejore la posición del hostelero, fijando límite máximo a su responsabilidad, pero haga viables y categóricas, de otro lado, las garantías, más ilusorias que reales, de que dispone actualmente el huésped».

A la vista de su funcionamiento práctico —no se conocen sentencias que apliquen esta responsabilidad—, parece ser que el problema de la normativa del Código es más bien el segundo. De otro modo, el sector turístico ya habría presionado para la modificación.

(186) A ello precisamente les obligaba el mencionado Convenio. Así, dispone su artículo 1: «Chacune des parties contractantes s'engage à conformer son droit interne, au plus tard dans les douze mois à partir de la date d'entrée en vigueur de la présente convention à son égard, aux règles posées dans l'annexe concernant la responsabilité des hôteliers quant aux objets apportés par les voyageurs». El texto francés de este Convenio, que fue ratificado por Francia el 19 de octubre de 1967, puede verse en el *Recueil Dalloz-Sirey*, 1967 (légis.), págs. 451-2.

Así, en Alemania, los correspondientes parágrafos del BGB (701-704) han sido modificados por Ley de 24 de marzo de 1966. Del análisis del nuevo régimen en comparación con el español, versa el citado trabajo de RODRÍGUEZ BUJÁN: *La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes, según el Derecho español y alemán*. En la doctrina alemana, *vid.* LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, «Besonderer Teil», München, 1981 (12.ª ed.), págs. 366 y sigs.; ESSER y WEYERS: *Schuldrecht*, II, «Besonderer Teil», Heidelberg, 1984 (6.ª ed.), páginas 297 y sigs.

En Francia, los artículos 1.952-1.954 del Código Civil francés han sido, asimismo, modificados por Ley de 24 de diciembre de 1973. En la doctrina, *vid.* J. P. DUMAS: «La Loi du 24 décembre relative à la responsabilité des hôteliers», en *R. Dalloz-Sirey*, 1974 (chron.), págs. 104 y sigs.; L. BIHL: «La notion de dépôt hôtelier», en *JCP*, 1974, I, págs. 2616 y sigs.

En Italia, los artículos 1.783-1.786 del Código Civil italiano han sido nuevamente redactados por Ley de 10 de junio de 1978. En la doctrina, *vid.* RESCIGNO: *Manuale del Diritto privato italiano*, Napoli, 1980, 4.ª ed., págs. 757 y sigs.; GALGANO: *Diritto privato*, cit., págs. 534-5. Más bibliografía actualizada en CIAN-TRABUCCHI: *Comentario breve al Codice Civile*, Padova, 1981, *sub* artículos citados (págs. 746 y sigs.).

El Convenio ha sido firmado, además, por Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Islandia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia, Turquía, Malta y Reino Unido.

que, ciertamente, no es intrascendente en nuestro país, donde, por otra parte, los clientes provenientes del ámbito europeo uniforme alcanzan dimensiones de tanta consideración, hacen previsible que, en un plazo más o menos breve, también nuestro país se acoja a dicho modelo.

En cualquier caso, no está de más el conocimiento en sus líneas generales de cómo se regula, con arreglo a las exigencias modernas, la responsabilidad de los hoteleros y establecimientos asimilados, porque estas exigencias, por la vía o no del Convenio europeo, se acabarán también imponiendo en España, más tarde o más temprano.

La regulación uniforme europea es sintomática desde dos puntos de vista, desde el de la evolución de los criterios de responsabilidad en el ámbito contractual y desde el de la creciente importancia que en dicha evolución adquieren los convenios internacionales.

Con dicha regulación se pretende responder, como ya lo hacían en buena parte las legislaciones nacionales anteriores de los países suscriptores (187), a la necesidad de armonizar el interés del acreedor-cliente a una tutela lo más amplia posible en la custodia de sus cosas, conservando, como es normal con las cosas introducidas en un hotel, la plena disponibilidad de las mismas, y el interés del deudor-hotelerero a reconducir su responsabilidad a límites más estrechos que la del depositario, pues sobre las cosas a él no entregadas, no teniéndolas bajo su directo poder, no puede ejercer una actividad de custodia asimilable a la de aquél. La solución acogida fue, ya en los antecedentes inmediatos de la legislación uniforme (188), una solución intermedia, que trata de equilibrar ambos intereses a través de una limitación a un máximo de la responsabilidad del hotelero por las cosas no entregadas, en modo de inducir al cliente a entregarle las cosas de mayor valor, a la vez que le permite llevar a la habitación, con cierta tranquilidad y garantía, los efectos personales necesarios para la estancia u hospedaje.

El régimen europeo uniforme de responsabilidad del hotelero por la pérdida, deterioro o sustracción de las cosas del cliente introducidas en el hotel se sustancia en la distinción entre responsabilidad limitada e ilimitada. La responsabilidad ilimitada del hotelero se da cuando las cosas

(187) Así, en Italia, la regulación actual tiene su precedente inmediato en el Decreto-ley de 12 de octubre de 1919, en el que, respecto de las cosas del cliente introducidas y no entregadas al hotelero, se establecía la responsabilidad limitada de éste con dos salvedades: culpa grave del hotelero o de sus auxiliares y rechazo injustificado de la custodia directa. En estos dos casos, la responsabilidad del hotelero se hacía ilimitada.

El límite de la responsabilidad se establecía en un tanto fijo por persona alojada (ahora, como se verá, es variable, y no por persona, sino por acto dañoso), y la responsabilidad ilimitada sólo se producía ante la culpa grave (no, como ahora, cualquier género de culpa).

(188) Vid. MAJELLO, *op. ult. cit.*, pág. 148.

le han sido entregadas en custodia (a él o a sus auxiliares), o cuando éste las ha rechazado (o sus auxiliares), teniendo obligación de aceptarlas (básicamente, cuando se trata de cosas de valor: art. 1.784 CC it.; § 702 BGB, 2.º y 3.º), o sin motivo legítimo (art. 1.953, 2.ª, CC fr.).

Además, también se da lugar a la responsabilidad ilimitada cuando, tratándose de cosas introducidas en el hotel y no entregadas, el daño sufrido en las mismas es imputable a culpa del hotelero, su familia o sus auxiliares (art. 1.785 *bis* CC it.; 1.953, 3.º, CC fr. —que habla de «culpa del hotelero o de las personas de las que él debe responder»—; § 702, 2.ª, 1, BGB, «culpa del hotelero o de su personal»).

En todos los demás casos, la responsabilidad del hotelero por los daños derivados en las cosas del cliente simplemente introducidas (o rechazadas *legítimamente* para su custodia directa, si no se trata, a su vez, de cosas que no puedan ser introducidas) (189), es limitada hasta un máximo de cien veces el importe del alojamiento por día (arts. 1.783 CC italiano; 1.953, 3.º, CC fr.; § 702 BGB) (190). De este modo, al variar proporcionalmente el máximo de la indemnización según el precio del alojamiento, la cuantía máxima de la responsabilidad oscila con la categoría del establecimiento y, con ella, con su capacidad de cobertura económica del riesgo, y con el (presumible) mayor o menor daño del cliente. En cambio, los sistemas anteriores de limitación del máximo en un *tantum* uniforme y fijo para todos los establecimientos producían un gravamen excesivo sobre los más modestos, en tanto que era irrisorio para los de mayor categoría (191).

La responsabilidad del hotelero, sea por las cosas meramente intro-

(189) Son causas de rechazo legítimo: la naturaleza peligrosa o molesta de las cosas y su excesivo valor, habida cuenta de la categoría del establecimiento.

Además, la negativa del cliente a que se depositen en recipientes cerrados o sellados (art. 1.784 del Código Civil italiano, § 702, 3.º, BGB).

En cambio, el Código Civil francés se limita a decir que el rechazo ha de obedecer a un motivo legítimo, sin enumerar o ejemplificar en qué consiste éste.

(190) El sistema alemán de limitación (§ 702) es más complejo, pues controla, además, las distorsiones que pudieran producirse con el manejo del criterio de la proporcionalidad (centuplicación) al importe del precio del alojamiento. Para evitar que el máximo de indemnización que resulte de este criterio sea demasiado bajo o demasiado alto, se le señala, a su vez, un mínimo de garantía al cliente (1.000 DM) y se le pone también un límite máximo (6.000 DM). Por debajo o por encima de estos límites, no se tiene en cuenta ya el criterio de la proporcionalidad. Además, tratándose de cosas de valor (dinero, títulos valores, alhajas), el límite máximo se reduce hasta 1.500 DM, presionándose así, en modo más riguroso, hacia su entrega a la custodia directa, y descargando en mayor medida, en caso contrario, al hotelero de un riesgo excesivo.

(191) Además, de este modo, por referencia al precio del alojamiento, que ha de entenderse en el momento de la liquidación del daño, se obtiene un criterio máximo de indemnización que sigue, en alguna medida, las oscilaciones de la inflación, cosa que, obviamente, no ocurría cuando se establecía un *tantum* fijo de dinero.

ducidas (en cuyo caso es *limitada*), sea por las cosas además entregadas (en cuyo caso es *ilimitada*), se excluye con la prueba por aquél de la *fuerza mayor*. En tanto que prueba liberatoria, a él incumbe su carga. Junto a esta cláusula general se ejemplifican como típicos eventos liberatorios: la conducta del cliente o de sus visitas, dependientes o acompañantes, y el vicio propio de las cosas (arts. 1.785 CC it.; 1.954 CC fr.; § 701, 3.º, BGB).

Si el cliente-acreedor quiere obtener, tratándose de cosas meramente introducidas, un resarcimiento integral, es decir, poner en juego la responsabilidad ilimitada, ha de probar *él* (carga de la prueba) la culpa del hotelero o de sus auxiliares (art. 1.953, 3.ª, CC fr., claramente, e implícito en el art. 1.785 *bis* CC it. y § 702, 2.º, 1, BGB). Esta culpa debe entenderse como violación (objetiva) de la norma de conducta (profesional) implícita en la obligación accesoria de custodiar las cosas pertenecientes a los clientes.

Estas normas últimamente mencionadas son muy importantes, porque implican *a contrario sensu* que, no obstante la inexistencia de incumplimiento, es decir, no obstante la presencia de la actividad diligente del deudor, a éste se le imputa, aunque en medida limitada, el daño sufrido por el cliente en sus cosas, si no prueba que aquél se ha producido, no ya en ausencia de culpa suya, pues las propias normas citadas presuponen esa ausencia (*por eso* la responsabilidad es limitada), sino por causas ajenas a la actividad hotelera, no reconducibles a su esfera típica de riesgo.

De este modo, de la disciplina europea uniforme de la responsabilidad del hotelero se extraen ulteriores datos que confirman una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad contractual, especialmente en el ámbito de las prestaciones empresariales.

Un primer paso viene dado por la objetivación en la imputación de la imposibilidad de prestar dentro de la prueba liberatoria. El deudor, tanto en el caso de las cosas entregadas como en el de las no entregadas, ha de probar un específico evento a él no imputable que le impida cumplir o hacerlo exactamente (arts. 1.105, 1.182, 1.783-4 CC), pero la no imputabilidad se entiende aquí no ya como ausencia de culpa, sino como no referibilidad del evento impeditivo a la esfera típica de la actividad debitoria. Como hemos visto, este primer paso está ya dado por la doctrina española con la interpretación de los artículos 1.783-4 en clave de riesgo.

Pero además de esta primera objetivación, que opera *indirectamente* sobre la responsabilidad, sobre sus reglas generales, en la medida que, determinándose o no la liberación, se determina o no el incumplimiento

y con él la responsabilidad, en la disciplina de la responsabilidad del hotelero según el régimen uniforme europeo, existe un ulterior ámbito de objetivación *directa* de la responsabilidad, en la medida que ésta se afirma con independencia del incumplimiento, de la valoración de la conducta del sujeto deudor. La responsabilidad se determina por el ámbito en que el daño se produce, y se excluye con la prueba de que éste no procede de la esfera propia de la actividad deuditoria. Responsabilidad, pues, directamente reconducible a los esquemas del riesgo. Porque, como se ha dicho exactamente (192), lo que caracteriza a la responsabilidad objetivada en el riesgo no es que se responda en todo caso, sino que los eventos de los que se responde vienen determinados al margen de la culpa —incluso indirectamente, como elemento (negativo) del hecho liberatorio— y con arreglo a la naturaleza de la actividad de que se trate.

De este modo se comprende que el hecho típico examinado por los Jueces como productor del daño en las cosas del cliente: el hurto o robo (193) no exonere nunca al deudor-hotelero, en cuanto se le considera la manifestación de un defecto de organización que se califica como negligente, pero la negligencia se extrae aquí, simplemente, del hecho de haber acaecido el hurto, sin que se realice ninguna investigación sobre el comportamiento del deudor con relación al modelo de conducta diligente. De tal modo que el robo se presenta como un típico riesgo de la actividad del hotelero, del que éste debe siempre responder, bien limitada, bien ilimitadamente.

La regulación de la responsabilidad hotelera aparece así como el resultado de un reparto legal del riesgo del daño en las cosas del cliente (194), de modo que éste recaerá limitadamente sobre el empresario aun sin incumplimiento por su parte, recayendo en la parte restante sobre el cliente que no depositó las cosas dañadas o sustraídas. Sólo recaerá íntegramente sobre el empresario cuando adquiere respecto de las cosas un compromiso más estricto (o lo rechaza injustificadamente) o existe una infracción obligacional —incumplimiento— por su parte.

El sistema europeo uniforme asegura, además, que ese reparto legal no se haga ilusorio por vía convencional, y establece rigurosos límites

(192) Cfr. VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., pág. 155.

(193) Referencias para la jurisprudencia italiana en DE LORENZI: *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano, 1981, págs. 114 y sigs., y VISINTINI, *op. ult. cit.*, págs. 216 y sigs.

(194) Vid. GALGANO, *op. cit.*, págs. 534-5. Distribución del riesgo que, en la medida en que racionaliza el costo de los riesgos propios de la actividad, supone, según este autor en último análisis, una política jurídica de incentivación de la actividad hotelera.

Es evidente que el hotelero buscará descargar sobre otros el riesgo (limitado) que sobre él pesa: seguro de su responsabilidad y repercusión de las primas en el precio del alojamiento.

imperativos a la exoneración y limitación convencionales de la responsabilidad del hotelero tal y como queda regulada por la ley (195).

Así la responsabilidad ilimitada, en los casos en que se da lugar a ella, es absolutamente inderogable (196), y también lo es la responsabilidad limitada por debajo de los límites establecidos. En cambio, implícitamente se admite (expresamente en el Código francés) el establecimiento convencional de un límite máximo de responsabilidad *superior* al legalmente señalado (arts. 1.785 *quater* CC it.; 1.953, 2.ª y 3.º CC fr.; § 702, *a*, BGB). El Código Civil italiano establece, además, expresamente la nulidad de las declaraciones unilaterales del hotelero como vehículo de exoneración (directa), y el alemán (§ 702, *a*, 2.ª), cuando la derogación convencional es admisible, exige, además, un requisito de forma: la aceptación por escrito del cliente. Además, en este último caso, no se admite ninguna otra limitación que no sea la de la cuantía de la responsabilidad; en otro caso (piénsese, por ejemplo, en inversiones convencionales de la carga de la prueba) la entera estipulación deviene ineficaz.

El contrato de hospedaje ha sido un ámbito en el que la jurisprudencia italiana (197) ha afirmado la existencia a cargo del hotelero de deberes de protección o seguridad (*obblighi di sicurezza*) que se adhieren al contenido de la prestación principal hotelera, en forma de proteger no sólo sus cosas, sino la persona del cliente, de hechos lesivos que puedan afectarla en el ámbito de la misma. Así, se afirma por la *Cassazione* la responsabilidad contractual del hotelero por el daño sufrido por un cliente a causa de unas escaleras en mal estado. En estos casos, claro es, se prescinde de toda limitación en el resarcimiento, que sólo vale para los daños en las cosas, al aplicarse los principios generales.

El artículo 1.786 del Código Civil italiano opera la extensión de la responsabilidad del hotelero a toda una serie de establecimientos asimilados en los que el normal desenvolvimiento de la actividad debitoria presupone en el cliente una idéntica necesidad de garantía o custodia de sus cosas por parte de sus titulares (198).

(195) La *ratio* de este carácter imperativo se ha visto en la protección del cliente, que frente al «chantaje» de tener que aceptar cláusulas exoneratorias leoninas o buscar alojamiento en otra parte, acabaría, en la mayoría de los casos, pasando por aquéllas. Además, existe un matiz de orden público en la regulación de la responsabilidad hotelera en forma imperativa, que está en conexión con la tutela mínima que el Estado garantiza a todos los clientes y con la política de incentivación y protección de las actividades turísticas.

(196) En el BGB (§ 702 *a*), tratándose de responsabilidad, en principio ilimitada, por culpa del hotelero o sus auxiliares, cabe su limitación —dentro de los mínimos legales— mientras no se trate de culpa grave o dolo.

(197) *Vid.* VISINTINI, *ibidem*, págs. 231 y sigs.

(198) «Le norme di questa sezione si applicano anche agli imprenditori di

- c) *En particular, la responsabilidad de las entidades bancarias en el servicio de las cajas de seguridad.*

Evolución en la jurisprudencia italiana

La doctrina que explica los casos del *receptum* como un agravamiento de la responsabilidad, ha situado entre ellos, aunque no sin cierta vacilación (199), el de la responsabilidad de la entidad bancaria en el servicio de las cajas de seguridad. Del mismo modo, aquella doctrina (200) que parte de la coexistencia dentro del sistema de la responsabilidad contractual de supuestos de responsabilidad por culpa y de supuestos de responsabilidad objetiva, sitúa entre los segundos el caso de la responsabilidad de la banca en dicho servicio.

La base de la que se trae fundamento en Italia para afirmar que se trata de un supuesto especial de responsabilidad es la fórmula contenida en el artículo 1.839 del Código Civil italiano y su referencia al caso fortuito (*«nel servizio delle cassette di sicurezza la banca risponde verso l'utente per l'idoneità e la custodia dei locali e per l'integrità della cassetta, salvo il caso fortuito»*).

case di cura, stabilimenti di pubblici spettacoli, stabilimenti balneari, pensioni, trattorie, carrozze letto e simili.»

En estos casos diversos de la actividad hotelera, se plantea el problema adicional de cómo determinar el límite máximo de la responsabilidad limitada, que viene referido, como se sabe, al «precio del alojamiento diario». Se resuelve, como también cuando se trata de una prestación (hotelera o no) gratuita, tomando en cuenta el valor de la prestación principal con arreglo a la naturaleza de la actividad en cuestión; en el caso de prestación gratuita, su valor presunto de mercado, y si se trata de prestación asimilable a la hotelera por su eventual carácter continuativo (por ejemplo, balneario), su valor diario.

En cambio, los Códigos alemán y francés carecen de una disposición similar, lo que hace que doctrina y jurisprudencia sean muy restrictivas a la hora de aplicar la responsabilidad hotelera a otros establecimientos, pues se parte del carácter *excepcional* de la responsabilidad de éste. Por el contrario, la correcta interpretación de la misma conduce, como en Italia, a identificarla como aplicación de un principio general, que se vincula directamente a la valoración de la prestación según buena fe.

En Alemania e Italia, se excluye del ámbito de esta responsabilidad a los vehículos, a las cosas dejadas en ellos y a los animales (art. 1.785, *quinques*, del Código Civil italiano, § 701, 4.º, BGB). Ello, claro está, dejando a salvo la responsabilidad por custodia directa cuando se asuma, y la responsabilidad extracontractual cuando concurren sus presupuestos.

En cambio, el Código Civil francés, excluyendo igualmente a los animales vivos (artículo 1.954, 3.º), e, implícitamente, a los vehículos, para las cosas en ellos dejadas, reduce (art. 1.954, 2.º) la cuantía máxima de la responsabilidad limitada, siempre que se trate de lugares de aparcamiento reservados al hotel, a cincuenta veces el importe del alojamiento (la responsabilidad se hace íntegra, con arreglo a los principios generales, en caso de culpa del hotelero o de sus auxiliares).

(199) *Vid.* MESSINEO, *op. cit.*, pág. 238.

(200) *Vid.* TRIMARCHI: *Istituzioni...*, cit., pág. 347; ROPPO: *Il contratto*, cit., página 256.

Esta tesis de que la norma del artículo 1.839 del Código Civil italiano consagre una excepción agravatoria respecto del sistema general ha sido contestada ya en el seno mismo de la teoría de la culpa. Así, GIORGIANNI (201), que establece la conocida separación de ámbitos entre los artículos 1.176 (1.104 CC) y 1.218 (1.182 CC) del Código Civil italiano, sitúa en el ámbito del primero la responsabilidad de la banca en el servicio de las cajas de seguridad. El incumplimiento de la entidad bancaria no se pone de manifiesto en la pérdida o destrucción de las cosas introducidas en la caja de seguridad, pues la banca no recibe en entrega los valores que el cliente introduce en ella. La actividad debitoria de la entidad bancaria no se dirige a la custodia de las cosas, sino a poner a disposición del cliente la caja, que puede permanecer vacía, y custodiarla (202). Estamos, pues, dice GIORGIANNI, fuera del ámbito del artículo 1.218 del Código Civil italiano (custodia de cosas determinadas) y en el del artículo 1.176 (diligencia debida) como norma de la actividad dirigida a mantener la eficiencia y seguridad de los locales destinados al servicio de cajas de seguridad. Norma de conducta diligente que si se hace más severa es por el propio carácter técnico de la actividad (bancaria) en cuestión (arts. 1.176, 2.º, CC it.; 1.104, 1.ª, CC).

También NATOLI (203) explica el artículo 1.839 del Código Civil italiano como una aplicación normal de las reglas generales (art. 1.218 Código Civil it.), entendiendo que la prueba del fortuito es equivalente a la de la causa no imputable, y que ambas expresiones, con arreglo a los presupuestos tradicionales de la teoría de la culpa (*casus = non culpa*), se identifican con la ausencia de culpa, o lo que es lo mismo, con la prueba del deudor de haber puesto en acto la diligencia debida. Diligencia que, cuando se trata de un servicio bancario, es de carácter técnico-profesional, lo que constituye una especificación normal de la diligencia y excluye, por tanto, toda idea de agravamiento.

Asumidas las normas generales de la responsabilidad contractual (ar-

(201) *Vid. L'inadempimento*, cit., págs. 268-9, y voz cit., pág. 880.

(202) En este mismo sentido, dice GARRIGUES —*Contratos bancarios*, cit., página 449—, al criticar la calificación de este servicio bancario como de depósito: «el primer argumento que hace crisis es el de la custodia. El Banco no custodia las cosas que el cliente quiere guardar en la caja, ya que desconoce cuáles son esas cosas y si están o no en ella. El contrato existe, aunque la caja permanezca vacía».

Por su parte, FERRI (G.), voz «Cassette di sicurezza», en *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, págs. 459 y sigs., y allí, pág. 460, escribe: «le prestazioni della banca, come quelle del cliente, non sono diverse a seconda che la cassetta sia vuota o invece sia piena, mentre è chiaro che una prestazione di custodia nel primo caso sarebbe addirittura inconcepibile. D' altra parte, è chiaro che non vi può essere una attività di custodia delle cose introdotte nella cassetta, quando non vi è nessuna consegna delle stesse alla banca e quando il contenuto della cassetta può essere in ogni momento modificato dal cliente e sfugge in modo assoluto alla banca».

(203) *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., págs. 116 y sigs.

títulos 1.101 ss., 1.182 ss. CC; 1.218 CC it.) en sus justos términos, es decir, en el sentido de que en defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento del deudor la única prueba liberatoria para éste es la de la imposibilidad (total, parcial, temporal) sobrevenida de la prestación por causa a él no imputable, el problema de la excepcionalidad o no del régimen de responsabilidad de la banca en el servicio de las cajas de seguridad se circunscribe a saber si la mención del caso fortuito —en Italia, en el art. 1.839 CC it.; en España, donde no existe norma específica, en los formularios uniformes de estos contratos bancarios y en la norma del art. 307, 2.º, CCom, que se refiere a la figura contractual (depósito cerrado) que dio origen a este servicio bancario— autoriza a pensar que la prueba liberatoria a dar por el deudor en este caso sea diversa de la general contenida en los artículos 1.105 y 1.182 del Código Civil (1.218 CC it.).

Ante todo, debe tenerse en cuenta que, cualquiera que sea la naturaleza del contrato entre el cliente y la entidad bancaria —la opinión dominante (y preferible) es la de su naturaleza mixta, con prestaciones de arrendamiento y custodia (204)—, ésta se obliga a la prestación de un resultado (*opus*) consistente en la facilitación del uso de una caja de seguridad, la preservación de su integridad y la vigilancia de la misma (205). De modo que, si bien la entidad bancaria no asume directamente la custodia de las cosas introducidas por el cliente en el interior de la caja de seguridad (206), el daño que éstas sufran o la sustracción

(204) Vid. GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., págs. 448 y sigs., especialmente 452 y sigs.; *id.*, *Curso*, cit., pág. 200; URÍA, *op. cit.*, págs. 636-7; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 457; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, págs. 512 y sigs. BROSETA, *op. cit.*, págs. 469-70, se inclina, en cambio, por su carácter de arrendamiento.

En la doctrina italiana, vid. FERRI, *op. cit.*, págs. 459 y sigs.; MOLLE, voz «Cassette di sicurezza», en *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, págs. 1153 y sigs., y allí, págs. 1154 y sigs.; GIANNATTASIO: «Rassegna giurisprudenziale», en *Nuova Riv. Dir. Comm.*, 1951, II, págs. 14 y sigs., y allí, pág. 14, y «La responsabilità della banca nel contratto di abbonamento alle cassette di sicurezza», en *Banca Bors. e Tit. Cred.*, 1954, I, págs. 612 y sigs., y allí, págs. 613-4. Cfr. también VISINTINI, *op. cit.*, pág. 234, y allí más bibliografía.

En Francia, vid., por ejemplo, RODIÈRE y RIVES-LANGE: *Droit bancaire*, París, 1973, págs. 445-6, y RIPERT: *Traité élémentaire de Droit commercial*, París, 1973, 7.ª ed. rev. por R. ROBLOT, págs. 354-5.

(205) La consideración de la obligación del Banco, a efectos de explicar su responsabilidad en el servicio de las cajas de seguridad, como una *obligación de resultado*, está relativamente extendida en la doctrina. Cfr. GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., págs. 458 y sigs.; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, págs. 513 y 514; MOLLE: *I contratti bancari*, cit., págs. 685-6, y voz cit., págs. 1158-9; GIANNATTASIO, *op. último cit.*, pág. 614; VISINTINI: *La responsabilità*, cit., pág. 237; TUNC: *Distinzione delle obbligazioni...*, cit., págs. 141 y sigs.; RODIÈRE y RIVES-LANGE, *op. cit.*, página 447.

(206) Para MAJELLO: *Custodia e deposito*, cit., págs. 154 y sigs., se trataría de un supuesto de custodia indirecta, sin detentación material de las cosas que son

efectuada del interior de la caja, a través de la ruptura de su integridad y de la burla de los dispositivos de seguridad bancarios, vienen a determinar la falta del resultado debido (207). Ello no significa que, faltando dicho resultado, se determine sin más el incumplimiento y con él la responsabilidad. Como ya sabemos, obligación de resultado no significa existencia de una regla de responsabilidad distinta, sino de un contenido distinto de la prestación. En concreto, la falta del resultado debido no impide que el deudor dé la prueba liberatoria, prueba de que aquella falta ha venido determinada por imposibilidad sobrevenida de la prestación a él no imputable. Si el deudor da esta prueba, la obligación se ha extinguido; no hay, pues, incumplimiento (la falta de resultado se hace irrelevante, pues dejó de ser debido), y se excluye, por ende, la responsabilidad. Si el deudor, en cambio, no alcanza a dar esta prueba, la falta de resultado, prueba inicial del incumplimiento (en este caso, del daño en las cosas introducidas en la caja) que debe dar el acreedor, deviene incumplimiento (la prueba inicial se hace definitiva), y se afirma la responsabilidad.

De este modo, la entidad bancaria, a pesar de que no se le entregan las cosas, se hace responsable de los daños en las mismas que deriven del menoscabo de la integridad de la caja de seguridad o de la insuficiencia de las medidas de seguridad adoptadas. Es decir, responde de los daños en las cosas introducidas que sean consecuencia de la falta del resultado debido. Así se comprende fácilmente que la entidad bancaria no deba responder de los daños en las cosas que derivan de su propia naturaleza (208), y que el cliente que mantuvo su caja vacía no tenga derecho a indemnización en caso de violación de su integridad, pues, aunque aquí falte el resultado debido (y, por tanto, en defecto de prueba liberatoria, *hay* incumplimiento), no se da el presupuesto básico de aquella consecuencia del incumplimiento: la existencia del daño. En cambio, sí puede darse lugar a otras consecuencias que no presuponen necesariamente éste, en particular, la resolución del contrato (por incumplimiento) (209), que sí puede ser instada por el cliente.

su objeto, y que se justifica porque el contenido normal de la prestación bancaria supone que el cliente no puede desarrollar respecto de las cosas introducidas en la caja de seguridad una actividad de custodia que, en cambio, la banca sí está en condiciones de prestar.

(207) «En definitiva —dice GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., pág. 457—, el Banco custodia el continente, y al hacerlo, custodia también el contenido.»

(208) Cfr. MAJELLO, *op. ult. cit.*, págs. 156-7.

(209) Vid. MOLLE: *I contratti bancari*, cit., pág. 689; GIANNATTASIO, *op. ultimo cit.*, pág. 620; FERRI, *voz cit.*, pág. 460: «la banca risponde della integrità della cassetta in ogni caso, anche se questa sua responsabilità sarà destinata a rimanere priva di rilievo pratico, quando dalla effrazione della cassetta non sia derivato alcun danno all'utente o perché la cassetta era vuota o perché nulla è stato toc-

Configurado de este modo el contrato entre la entidad bancaria y el cliente, se comprende que la falta del resultado debido (ruptura de la integridad de la caja, burla de los dispositivos de seguridad) que vaya seguida de un daño en las cosas introducidas en la caja de seguridad determine una «presunción de responsabilidad» (210) contra la banca, en la medida que el incumplimiento inicial (falta del resultado debido) se transforma en definitivo y, por tanto, en responsabilidad, si el deudor (la entidad bancaria) no prueba que ha estado determinado por imposibilidad liberatoria (caso fortuito en sentido amplio, con todos sus tradicionales requisitos).

La prueba liberatoria es aquí la general (arts. 1.105-1.182, 1.184 CC); no basta al deudor no cumplidor probar que ha sido diligente, sino que ha de probar que la falta de resultado debido ha estado determinada por imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de una concreta causa (riesgo probatorio de las causas ignotas) a él no imputable. El comportamiento diligente es sólo uno de los elementos de la prueba liberatoria que sirve para establecer la no referibilidad causal del evento impeditivo al deudor (211).

cato». Esta falta de relieve, como se ha visto, no es absoluta (sí desde la perspectiva del resarcimiento, no desde la de la resolución).

(210) Así, RODIÈRE y RIVES-LANGE, *op. cit.*, pág. 447: «D'autre part, le banquier assume l'obligation d'assurer la sécurité du coffre et de son contenu. Cette obligation est une obligation de résultat. Du seul fait que les objets déposés dans le coffre ont été volés ou détériorés, le banquier est donc présumé en faute. Il ne peut s'exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable: force majeure, faute de la victime...»; VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, página 514: «... el banco asume una obligación de resultado... y se presume su culpa, salvo que pruebe la existencia de fuerza mayor o caso fortuito».

De presunción de responsabilidad en el artículo 1.839 del Código Civil italiano, habla la Sentencia de la Corte di Appello de Roma de 7 de octubre de 1980, en *Riv. Dir. Comm.*, 1982, II, págs. 203 y sigs., con nota de ANGELICI, y allí, página 207: «trattasi, com'è evidente, di responsabilità presunta a carico dell'istituto di credito che può essere vinta soltanto dalla prova positiva, posta a suo carico, del fortuito».

(211) Así, para GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., pág. 460 (cfr. también *Curso...*, cit., págs. 200-1), calificada la obligación del Banco como de resultado, «es claro que para liberarse de responsabilidad por incumplimiento de esa obligación es preciso que el Banco demuestre la intervención de fuerza mayor o de caso fortuito». Así, precisa GARRIGUES, lo establecen los formularios de condiciones generales de esta modalidad contractual, y así se desprende analógicamente del artículo 307, 2.º, del Código de Comercio, dado para el depósito cerrado, precedente de esta figura contractual. También para GARRIGUES nos hallamos ante la aplicación del «principio normal del Derecho de obligaciones», de las reglas generales de la responsabilidad contractual.

Análogamente, argumentando junto al artículo 307, 2.º, del Código de Comercio, con la norma civil del depósito cerrado (art. 1.769, 2.º, del Código Civil: «se presume la culpa en el depositario, salvo la prueba en contrario»), VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, págs. 513-4.

Cfr. MOLLE, voz cit., págs. 1158-9, y *Contratti bancari*, cit., págs. 683 y sigs....

Es, precisamente, en el plano de la imputación de la imposibilidad sobrevenida donde se ha puesto de manifiesto por la doctrina la incidencia, también aquí, de tendencias objetivistas, que arrancan de una valoración rigurosa (técnica) que de la diligencia como criterio general de tal imputación (arts. 1.105-1.182 CC) ha hecho la jurisprudencia. De este modo, a través de esa valoración rigurosa de la diligencia técnica de la entidad bancaria como criterio de imputación de la imposibilidad de prestar, se disminuye el ámbito del hecho liberatorio (pues aun habiendo imposibilidad, ésta, siendo imputable al deudor, no será liberatoria), y, viceversa, se ensancha el del incumplimiento y, con él, el de la responsabilidad.

Esta valoración técnica de la diligencia (212), que hace coincidir

Este autor insiste particularmente en el hecho de que la prueba liberatoria exige aquí (pero, como ya se ha visto, no sólo aquí) la identificación de la *concreta causa* (prueba *positiva*) que imposibilitó el cumplimiento (o el exacto cumplimiento). Es respecto de esta causa identificada que imposibilita (total, parcial o temporalmente) el cumplimiento, respecto de la que el deudor ha de probar, además, la no imputabilidad a él: que no es achacable a defecto de diligencia suya (aquí profesional: falta de instalaciones adecuadas, dispositivos de seguridad y cautelas oportunas, mecanismos de vigilancia, apertura, cierre, control de entradas, etc.) (artículos 1.104, 1.º; 1.105; 1.182, y 1.184, del Código Civil).

Este juicio de imputabilidad en términos de diligencia profesional es muy importante, pues no existen hechos *abstractamente exoneratorios* (inundación, saqueo, incendio, guerra o revolución, etc.), sino que lo son, en *concreto*, cuando el daño en las cosas se produjo no obstante haber adoptado todas las cautelas (profesionalmente) exigibles. Así, el incendio no es un hecho liberatorio, no sólo cuando obedece a negligencia de los empleados del Banco, sino cuando no se adoptaron las medidas técnicas exigibles (alarmas, dispositivos antiincendio, solidez de los materiales, etc.). Lo mismo vale para la inundación (instalaciones herméticas y de aislamiento, dispositivos de achique, etc.). Cfr. GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., páginas 462-3; MOLLE: *Contratti...*, cit., págs. 687-8, y voz cit., pág. 1159.

Como es obvio, la entidad bancaria no responde, con arreglo a los principios generales, si el daño en las cosas del cliente ha derivado de su propia conducta: así, cuando perdida la llave o título de legitimación para el acceso a la cámara acorazada, omite dar pronto aviso al Banco, o cuando derive de la conducta de uno de los cotitulares de una caja de titularidad solidaria en favor de varias personas (MOLLE, *loc. ult. cit.*).

(212) Que en Derecho español resulta de la aplicación del principio general del artículo 1.104, 1.º, del Código Civil, se constata fácilmente en la doctrina (*vid.* NATOLI, *op. cit.*, págs. 116-7; VISINTINI, *op. cit.*, págs. 235-6; GIANNATTASIO, *op. ult. cit.*, pág. 620) y jurisprudencia italianas. Dos ejemplos claros de esta última se ven en la Sentencia del Trib. Firenze de 24 de abril de 1970, en *Banca Bors. e Tit. Cred.*, 1971, II, págs. 267 y sigs., con nota de RESCIGNO, y allí, página 274, donde se dice que los *accorgimenti della banca* no pueden dejar de extenderse «ai rischi che obiettivamente sono assai piu gravi (de los normales), ma che restano pur sempre normali per la diligenza del buon banchiere (art. 1.176, comma 2.º, Cod. Civ.)», y la Sentencia del Trib. Firenze de 11 de marzo de 1971, en *For. Pad.*, 1972, I, cols. 232 y sigs., con nota de ALPA, y allí, col. 239: «(la banca) assume un obbligo di diligenza maggiore di quella dell'uomo medio, valutabile con riguardo alla sua acennata attività professionale (art. 1.176, comma secondo, Cod. Civ.) alla stregua di quella dell'accorto banchiere».

tendencialmente el área de responsabilidad de la banca con la del riesgo típico de la actividad bancaria, se acompaña de la referencia a la función típica inherente al contrato celebrado entre la entidad bancaria y el cliente, que supone que recaigan sobre la primera los riesgos que el segundo, a través de la prestación de seguridad y vigilancia de la banca, trata de evitar (213).

Estas tendencias evolutivas se hacen particularmente claras en el análisis de la jurisprudencia italiana. Por ello, y porque las necesidades a que responden se dan igualmente en nuestro ámbito, es por lo que se ha considerado ilustrativo recogerlas aquí (214).

En la no muy numerosa jurisprudencia italiana sobre el tema de la responsabilidad de la banca en el servicio de las cajas de seguridad se pueden distinguir tres etapas cronológicas (215). En los tiempos inmediatos a la guerra y en los años cincuenta se producen las decisiones sobre los casos en que las cajas de seguridad, especialmente de ciudadanos judíos, habían sido forzadas por orden de las tropas alemanas de ocupación o de las autoridades fascistas, o simplemente objeto de pillaje bélico. En estos casos, la irresponsabilidad de la entidad bancaria se afirma como regla, ante la presencia de la violencia o el ejercicio de la autoridad de hecho, que ponen en peligro la integridad personal del su-

(213) Así, dirá MOLLE, voz cit., pág. 1.159, y *Contratti...*, cit., pág. 688, comentando la jurisprudencia italiana, que «il furto, per contro, provenendo dall'opera dell'uomo, non ha carattere di caso fortuito, perchè proprio per sottrarre i valori ai pericoli di un tale evento, è destinata la cassetta di sicurezza».

Esta conexión con la función típica del contrato resulta especialmente clara en la Sentencia del *Trib. Firenze* de 20 de abril de 1970, cit., *loc. cit.*, pág. 270: «... (il caso fortuito) non potrà mai identificarsi in un evento che sia compreso tra quelli in ordine ai quali la banca presta il suo normale servizio di difesa, tra quelli, cioè, per evitare le conseguenze dannose dei quali é nato nella pratica bancaria il servizio in discorso. Sarebbe infatti intimamente contraddittorio che il servizio... fosse stato istituito per eliminare le conseguenze dannose di certi eventi pericolosi e che poi questi stessi eventi pericolosi possano essere qualificati come casi fortuiti, con esonero conseguente da responsabilità».

También se establece dicha conexión en la citada Sentencia *Trib. Firenze* de 11 de marzo de 1971, *loc. cit.*, col. 239: «... è, infatti, su questa diligenza (dell'accorto banchiere) che l'utente della cassetta deve poter contare, affidamento, implicito nello scopo dell'utente stesso e che concorre ad integrare quella funzione economico-sociale che caratterizza la causa vera e propria del rapporto in esame».

(214) A ello me estimula la lectura del siguiente párrafo de VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 514, «especial interés tiene en este tema de la responsabilidad del Banco (en el servicio de las cajas de seguridad) la reciente jurisprudencia y doctrina italiana».

Pues bien, la interesante evolución doctrinal y jurisprudencial italiana, debe ser especialmente de provechoso conocimiento en España, en un campo en el que no se conocen pronunciamientos jurisprudenciales significativos.

(215) Cfr. CASTRONOVO: «Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da casette di sicurezza», en *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978 (bajo la dirección de G. PORTALE), págs. 479 y sigs., y allí, pág. 480.

jeto deudor (el responsable de la oficina bancaria en cuestión) (216). Pero, aun en estos casos, la responsabilidad se establece cuando la imposibilidad de prestar es imputable a negligencia de la entidad bancaria (217).

Un segundo momento de pronunciamientos de la jurisprudencia italiana en materia de cajas de seguridad tuvo lugar como consecuencia de la riada de Florencia de 1966. En tanto que los tribunales inferiores afirmaron la responsabilidad de las entidades bancarias por haber dejado de adoptar las medidas técnicas exigibles de un banquero diligente y cuidadoso, y por la propia función del contrato (218), los tribunales superiores se mostraron mucho más reacios al establecimiento de la respon-

(216) Cfr. Sentencia de la *Corte di App.* de Torino de 4 de julio de 1951, en *Banca Bors. e Tit. Cred.*, 1951, II, págs. 388 y sigs., con nota de RESCIGNO. Otras citas, en GIANNATTASIO: *Rassegna giurisprudenziale*, cit., pág. 15, y *La responsabilità...*, cit., pág. 621, nota 26; VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., págs. 238 y sigs.

De la misma especie fueron, en España, los casos resueltos en la postguerra, a que se refiere GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., pág. 463: «expoliación en masa de las cajas de seguridad cometida por los elementos revolucionarios durante la guerra civil de 1936 a 1939. Este hecho de la expoliación del contenido de las cajas de seguridad se produjo en forma tan general y notoria, obedeciendo a un plan preconcebido y ante la pasividad de los agentes del Poder público llamados a evitarlo, que su calificación como hecho de fuerza mayor no ha ofrecido duda en ningún momento».

En Francia, se ha considerado asimismo que la orden de apertura de una caja de seguridad, dada por las autoridades de ocupación, constituye un caso de fuerza mayor (cfr. *apud* RODIÈRE y RIVES-LANGE, pág. 447, nota 2, y RIPERT, *op. cit.*, página 356).

(217) Así, se afirma la responsabilidad cuando, siguiendo instrucciones de las autoridades fascistas, la banca dio por error como perteneciente a persona de raza hebrea una caja que, no obstante el apellido (Levi) de su titular, pertenecía a «persona de raza aria». El Tribunal entendió que existió negligencia por parte del Banco, y que incluso hubiese cabido la rectificación posterior (cfr. GIANNATTASIO: *Rassegna*, cit., pág. 15, y VISINTINI, *op. y loc. cit.*). En otra sentencia, se hace aplicación de la diligencia técnica del banquero en contra de una entidad bancaria que habiendo previsto, ante el desenvolvimiento de la guerra, el traslado de su sede, no avisó siquiera de la inminencia del peligro a sus clientes (cfr. VISINTINI, *ibidem*).

(218) Así, el *Trib. Firenze*, Sentencia citada de 24 de abril de 1970, *loc. cit.*, consideró que no se habían adoptado las medidas exigibles para evitar la inundación de los sótanos del Banco en que se hallaban las cajas, ni para, una vez producida ésta, proceder a una rápida apertura de las cámaras acorazadas. Se recrimina a la entidad bancaria no haber tomado medidas menos costosas que las antirrobo para afrontar un peligro (inundación) que en las condiciones del contrato aparecía como cubierto. La sentencia invoca incluso (lo que escandaliza a su anotador, el profesor RESCIGNO) la técnica naval de construcción de compartimentos estancos, a la vez que se recuerda que incluso una inundación de menores proporciones habría causado los mismos daños. En términos análogos (deficiencia de las medidas adoptadas con arreglo a la diligencia técnica exigible y la función típica del contrato), afirma la responsabilidad de la banca la Sentencia citada, *loc. cit.*, *Trib. Firenze*, de 11 de marzo de 1971.

sabilidad de la entidad bancaria (219). En cambio, con posterioridad, la *Cassazione* ha estimado la insuficiencia de la mera concurrencia de un excepcional diluvio para producir la exoneración de la entidad bancaria, sino que es necesario, además, valorar la evitabilidad de sus consecuencias dañosas con arreglo a la diligencia (técnica) exigible de aquélla (220).

Como se ha puesto de relieve (221), detrás del diverso manejo de una misma noción jurisprudencial del caso fortuito asentada sobre las notas de la imprevisibilidad e inevitabilidad, o más exactamente, sobre la segunda, que, en definitiva, acaba por prevalecer sobre la primera (cfr. art. 1.105 CC), noción que conduce a afirmaciones diversas sobre los mismos casos según se valore la diligencia técnica en que se mide la inevitabilidad, se esconde, en realidad, una noción sustancialmente diversa del caso fortuito asentada sobre el riesgo, de modo que a la banca se le imputan todos aquellos eventos que, aun determinando la imposibilidad de cumplir (la falta del resultado debido), pertenecen a su esfera de riesgo, aunque se trate de eventos extraordinarios o excepcionales. Son este tipo de consideraciones las que pesan en la jurisprudencia que exaspera el carácter técnico de la diligencia bancaria, convirtiéndola en criterio automático de imputación de todo evento producido en el área de riesgo de la actividad bancaria. Como, asimismo, son estas considera-

(219) Así, la Sentencia citada del *Trib. Firenze* de 24 de abril de 1970, fue revocada por la *Corte di App.* de Firenze (Sentencia de 16 de noviembre de 1971, en *Giur. Mer.*, I, 1973, págs. 600 y sigs., con nota de ALPA), y esta revocación, confirmada por la *Cassazione* (*Cass.* de 27 de julio de 1976, núm. 2981, en *Banca Bors. e Tit. Cred.*, 1977, II, págs. 11 y sigs.), en base a la imprevisibilidad del evento y a su carácter típico en las ejemplificaciones del caso fortuito y la fuerza mayor. Señalándose, además, en lo que tal vez es el verdadero fondo de la decisión, que, de otro modo, se elevarían en exceso los costes de la actividad bancaria, convirtiéndose la diligencia técnica rígidamente entendida, en un criterio automático de afirmación de responsabilidad. Cfr. VISINTINI, págs. 240 y sigs., y DE LORENZI, *op. cit.*, págs. 121-2.

(220) *Cass.* de 29 de marzo de 1976, núm. 1129, en *Banca Bors. e Tit. Cred.*, 1976, II, págs. 173 y sigs., con nota de MOLLE.

De nuevo en esta sentencia (*loc. cit.*, pág. 180) se hace hincapié sobre la función típica del contrato y el carácter técnico de la diligencia del banquero: «...dallo scopo pratico e dalla regolamentazione giuridica del contratto, risulta che l'idoneità dei locali non deve essere riferita soltanto alla loro attitudine a resistere a manomissioni o ad attentati intenzionali, ma anche ad accadimenti meramente colposi, e perfino ad eventi naturali... La funzione típica del contratto, anzi, consiste... nel mettere a disposizione, una complessa struttura materiale, tecnica ed organizzativa che realzi condizioni di sicurezza superiori a quelle raggiungibili dal cliente nella propria abitazione. Ciò incide sull'entità, o ampiezza delle obbligazioni che la banca assume; mentre il fatto che il servizio delle cassette di sicurezza inerisca all'esercizio di un'attività professionale (art. 1.176, comma 2.º Cod. civ.)... (qualifica) l'intensità di tali obbligazioni».

En el caso (destrucción de una colección de sellos por inundación de los locales subterráneos en que se hallaba en el interior de una caja de seguridad) se afirma la responsabilidad de la entidad bancaria por falta de medidas adecuadas.

(221) *Vid.* CASTRONOVO, *op. cit.*, págs. 485 y sigs.

ciones las que llevan a resaltar el contenido y función típica del contrato de alquiler de las cajas de seguridad, como criterios delimitadores del área de riesgo cubierta por la banca, coincidente con la de su responsabilidad.

De modo que, también en este ámbito, se produce en las aplicaciones jurisprudenciales una sustitución de la diligencia como criterio general de imputación, en favor del riesgo de empresa. La diligencia se convierte así en una apelación *pro forma* en boca de los jueces (222).

Es a la luz de estos principios que se comprende la afirmación de la responsabilidad de la banca en el tercer momento, el actual, de los pronunciamientos jurisprudenciales italianos en temas de cajas de seguridad, con relación a los robos de «alta tecnología» (con lanceta térmica) aparecidos en los últimos tiempos (223). El robo, ni aun el especialmente diestro, no exonera nunca a la banca, como hecho típico que es, incluido en su esfera de riesgo (224). Basta su constatación para que la

(222) DE LORENZI, *op. cit.*, pág. 119, nota 26.

(223) Para las citas de jurisprudencia cfr. CASTRONOVO, *ibidem*, pág. 490, nota 40.

(224) Esta consideración prevalente de la esfera de riesgo de la actividad bancaria, encubierta bajo la apelación formal a la inevitabilidad del caso fortuito, medida en una diligencia técnica rigurosa exigida por la función típica del contrato, aparece con claridad en varios pasos de la sentencia citada, *loc. cit.*, de la Corte di App. de Roma de 7 de octubre de 1980, en un caso de robo con perforación de muro («butrón») y uso de lanceta térmica.

En esta sentencia (*loc. cit.*, pág. 207) se define el caso fortuito a probar por la entidad bancaria «come un fatto avente i caratteri della imprevedibilità et irresistibilità, che va oltre la sfera d'influenza dell'agente in quanto fenomeno eccezionale, abnorme ed estremamente improbabile»; definición en la que resalta ante todo la ajenidad del evento que impide el cumplimiento a la esfera (típica) de riesgo de la actividad debitoria, junto al nexo causal de aquel evento con el incumplimiento: «si tratta quindi di vedere se il Monte dei Paschi di Siena (entidad bancaria) ha apprestato o meno... tute le cautele e tutti i mezzi idonei a ridurre al massimo i pericoli cui l'utente era esposto, avuto anche riguardo ai rischi propri dell'attività professionale del banchiere e alle esigenze delle tecniche più aggiornate nel settore in cui egli opera» (*loc. cit.*, pág. 208).

En el caso juzgado la responsabilidad de la entidad bancaria se afirma invocando formalmente la previsibilidad y la evitabilidad del evento impeditivo, no obstante el uso de una técnica de robo sofisticada (uso de lanceta térmica, que la sentencia calificará como «peraltro neppure assolutamente nuovo») y la huelga de los vigilantes urbanos nocturnos (la banca, dice la sentencia, debió tomar medidas de vigilancia aunque la huelga hubiese debido finalizar en el día del robo, pues también a ella incumbía la verificación de esta finalización).

En realidad, bajo la utilización de la idea de la diligencia técnica de la banca, exasperada hasta el extremo, subyace la consideración del robo como un riesgo típico de la actividad bancaria («Infatti —*ibidem*, pág. 209— il furto per se stesso non è un fatto eccezionale e anormale in senso assoluto —para la banca»).

En este mismo sentido recuérdese lo que antes (nota 213) transcribíamos de MOLLE.

En un orden parecido de ideas parece moverse GARRIGUES: *Contratos bancarios*, citado, pág. 463, cuando parte del carácter no exoneratorio del robo, «ya que justamente el servicio de vigilancia que el Banco ofrece y el sistema de seguridad del

responsabilidad de la entidad bancaria se afirme; no se analiza la insuficiencia de la organización una vez producido el robo, sino que de éste se deduce aquella insuficiencia. La apelación a la diligencia se convierte así en una justificación *a posteriori* de lo que previamente se ha descargado ya sobre la empresa bancaria como riesgo típico suyo.

Objetivación en la imputación del evento impeditivo del cumplimiento y de la noción de caso fortuito (aquí, en sentido estricto o restringido, como causa de la imposibilidad de prestar), que se incardina normalmente en las reglas generales de la responsabilidad contractual (artículos 1.105-1.182 CC), en virtud de la noción elástica acogida de la imputabilidad al deudor a que las mismas se refieren (225).

Como hemos visto anteriormente, la exigencia de la responsabilidad de la entidad bancaria por parte del cliente-acreedor comporta para éste el cumplimiento de una carga probatoria: la falta del resultado debido (ruptura, apertura de la caja, fallo de sus mecanismos de vigilancia, hermetismo, etc.) y el daño que ha derivado de ello en las cosas introdu-

cierre de la caja son los elementos que han fallado en este caso, siendo el Banco responsable de ese fallo. Para librarse de esa responsabilidad el Banco tendría que demostrar no sólo el hecho del robo, sino que éste no ha podido ser evitado a pesar del perfecto funcionamiento del servicio de vigilancia y del mecanismo de cierre de la caja». Y a esta prueba le da un carácter marcadamente excepcional, como lo demuestra el ejemplo puesto, el ya mencionado de los saqueos durante la guerra civil. Y de un modo más general, el propio GARRIGUES (*ibidem*, pág. 461, nota 27) advierte que sobre la base analógica del artículo 307, 2.º, del Código de Comercio, que habla de *fuerza mayor o caso fortuito insuperable*, hay apoyo normativo para deducir que sólo liberarían al Banco «aquellos casos fortuitos que excediesen visiblemente del círculo de las previsiones técnicas del Banco en un servicio de esta clase».

(225) En la jurisprudencia francesa las cosas funcionan en modo parecido. Así en un caso planteado con relación a los daños producidos en el contenido de una caja de seguridad por la inundación de los locales en que se hallaba, no habiendo funcionado las bombas extractoras de que estaba dotado el local por falta de fluido eléctrico, la Casación, como el Tribunal de Instancia, condena al Banco a la responsabilidad por considerar que la falta de fluido eléctrico era un hecho previsible, y que, por tanto, no se daban los presupuestos de la fuerza mayor. *Vid.* TUNC: «La nature juridique du contrat de coffre-fort et les obligations qui en naissent selon la jurisprudence et la doctrine françaises», en *Scritti giuridici in onore de F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, págs. 29 y sigs., y allí, pág. 36, y GARRIGUES: *Contratos bancarios*, cit., pág. 461, nota 26.

Y en este mismo orden de ideas advierten RODIÈRE y RIVES-LANGE, *op. cit.*, página 447, nota 2, que «la jurisprudence a dans ce domaine —cajas de seguridad— une conception restrictive de la force majeure».

TUNC —*op. cit.*, págs. 39 y 40— hace notar que en el caso citado la Casación rompe con la consideración abstracta de la fuerza mayor, en la que hasta ese momento parecía moverse, para dar relevancia en la valoración de la diligencia como criterio de imputación a las diversas circunstancias del deudor (en especial aquí su carácter de profesional), y así «l'obligation de sécurité due par la banque est donc d'un degré exceptionnellement élevé...» y «...l'obligation de la banque est donc très supérieure à l'obligation d'un dépositaire ordinaire».

cidas en la caja (226). El dar cumplimiento a este *onus probatorio*, especialmente por lo que se refiere a lo segundo, al valor del daño sufrido, podría colocar al cliente, dado que la introducción de las cosas en la caja se hace en la ignorancia de la banca acerca de su naturaleza y valor, ante dificultades insalvables que condujesen a la irresponsabilidad *de facto* de la entidad bancaria (hay incumplimiento, sí; pero no hay daño resarcible). Por ello, siempre que las cosas desaparezcan íntegramente, especialmente en el caso de robo, habrá que recurrir, como veíamos para la responsabilidad del hostelero, a la prueba por indicios, al manejo de presunciones simples, lo que exige, en todo caso, del cliente un principio de prueba (así, por ejemplo, que el robo ocurrió y que afectó a su caja) (227). En cambio, la prueba se facilita cuando se trata de simple deterioro de las cosas introducidas o cuando, una vez destruidas, han quedado residuos.

2) TRANSPORTE DE PERSONAS

Otro de los supuestos que ha planteado problemas de calificación y encuadramiento dentro del sistema general ha sido el de la responsabilidad del porteador en el transporte de personas. La parquedad normativa a nivel de leyes generales que, no obstante presuponer la existencia

(226) *Vid. GARRIGUES: Contratos bancarios*, cit., pág. 462 («el cliente... tendrá que demostrar la preexistencia de las cosas dentro de la caja si quiere poner en juego la responsabilidad del Banco»); VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 514 («naturalmente, será de cuenta del cliente probar los objetos que existían dentro de la caja y su valor con el fin de poder exigir con éxito la indemnización de los daños y perjuicios efectivamente producidos»); RIPERT, *op. cit.*, pág. 355 («mais pour établir l'existence du préjudice, le client est obligé d'établir l'existence des valeurs qui se trouvaient dans so coffre»); RODIÈRE y RIVES-LINGE, *op. cit.*, pág. 447.

(227) «Data la difficoltà della prova del contenuto della cassetta, si è giudicato che il giudice possa non esigere un mezzo di indagine diretto, ma possa valutare, nel suo giudizio discrezionale, l'ammontare del danno anche sulla base di semplici presunzioni» (MOLLE, *op. ult. cit.*, pág. 691, nota 93).

«Mais, étant donné le secret du dépôt, la preuve du préjudice est extrêmement difficile à établir. Seuls, en principe, les utilisateurs du coffre en connaissent son contenu. Si après un vol, une inondation ou un incendie, l'on ne retrouve rien dans le coffre, comment dans ces conditions faire la preuve que tels objets ont été dérobés ou détruits? On peut certes songer à déférer le serment supplétoire, mais le commencement de preuve exigé par les tribunaux fait souvent défaut. La victime doit notamment établir que le vol a été commis à l'intérieur du coffre ou dans les locaux de la banque» (RODIÈRE y RIVES-LANGE, *op. cit.*, pág. 477).

En nuestro Derecho debe tenerse en cuenta, como dato normativo claro sobre el entendimiento flexible de la carga de la prueba del cliente en estos casos, el artículo 1.769, 3.º, del Código Civil, que, refiriéndose al depósito cerrado, el antecedente de esta figura contractual, dice (nada menos que): «en cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza (el forzamiento del sello o cierre) sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario».

de este tipo de transporte (228), no le dedican apenas atención, ha motivado serias incertezas acerca de la naturaleza y régimen de la responsabilidad del transportista en estos casos.

El problema se planteó, ya desde antiguo, especialmente para el caso de la responsabilidad del porteador por los daños derivantes del transporte que afectan a la propia persona del viajero (lesiones y muerte). Junto a ella se sitúa la responsabilidad del transportista por los daños sufridos por el viajero en sus cosas no entregadas a aquél, en el equipaje de mano o no facturado, pues respecto del que sí lo ha sido no hay cuestión: se aplican las reglas propias del transporte de cosas (229).

La primera cuestión que había planteado la responsabilidad del transportista de personas así delimitada, como paso previo al esclarecimiento de su régimen jurídico, fue la de su naturaleza. Tradicionalmente se había discutido sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad del porteador por los daños sufridos en la persona del viajero y en las cosas que éste lleva consigo.

En España, aun en defecto de una norma general que resuelva en modo expreso la cuestión (230), doctrina (231) y jurisprudencia (232) se han orientado en modo coincidente hacia su naturaleza contractual.

(228) Así, la rúbrica general de los tres artículos que el Código Civil dedica a la materia (arts. 1.601-1.603, sección 3.ª del capítulo III del Título VI del Libro IV) lleva por título «de los transportes por agua y tierra, tanto de personas como de cosas»; y el artículo 352 del Código de Comercio se refiere a la carta de porte o billete en el transporte de personas.

(229) Cfr. ASQUINI, voz «Trasporto di persone (contratto di)», en *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, págs. 612 y sigs., y allí, pág. 616; MENÉNDEZ, «El contrato de pasaje marítimo», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección III, *Estudios Jurídicos Varios*, vol. IV, Madrid, 1963, págs. 227 y ss., y allí, págs. 321 y ss. Como pone de relieve este último autor para el Derecho español, con el artículo 703 del Código de Comercio —«el pasajero será reputado cargador en cuanto a los efectos que lleve a bordo y el Capitán no responderá de lo que aquél conserve bajo su inmediata y peculiar custodia, a no ser que el daño provenga del hecho del Capitán o de la tripulación»—, «siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos, nuestro Código de Comercio acepta, en efecto, con carácter general, el criterio de asimilación del transporte del equipaje (entregado o facturado, equipaje de bodega para el transporte marítimo) al transporte de mercancías (*loc. cit.*, página 322).

Tratándose de transporte marítimo de viajeros (pasaje), entiende MENÉNDEZ (*ibidem*) que, no obstante aplicarse en principio al equipaje de bodega las mismas normas que para el transporte marítimo de mercancías, no se le aplican las normas del Convenio de Bruselas y de la LTM que las introdujo en España, por no realizarse su transporte en régimen de conocimiento de embarque.

(230) Sí existen normas específicas para el transporte aéreo (arts. 115 y siguientes de la LNA), que contemplan la responsabilidad objetiva y limitada del transportista por los daños causados en la persona y equipaje, facturado o de mano, del viajero. Responsabilidad que se hace ilimitada cuando existe dolo o culpa grave del porteador o sus auxiliares (art. 121). Los topes legales de la responsabilidad del transportista (arts. 117 y 118) se han actualizado recientemente (Real Decreto 2333/1983, de 4 de agosto; BOE de 8 de septiembre). Aunque se

El carácter contractual de la responsabilidad del transportista por los daños causados al viajero a causa del transporte había sido en Italia ya temprana y autorizadamente sostenida por ASQUINI, antes de la vigencia del actual Código Civil italiano, que ha consagrado (art. 1.681

trata de una responsabilidad que deriva del contrato de transporte aéreo, existe una clara voluntad del legislador de no pronunciarse acerca de su naturaleza; así se regula junto a la responsabilidad extracontractual por los daños causados a personas y cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave (art. 119), y se les somete a ambas a un mismo régimen y a las mismas condiciones de prescripción (seis meses, art. 124), con lo que, a estos efectos, los más importantes, la cuestión de la calificación de la responsabilidad se hace irrelevante.

Otra norma específica de responsabilidad es la que se contiene en el citado artículo 703 del Código de Comercio para el equipaje que el viajero conserva consigo en el transporte marítimo (*equipaje de camarote*). De los daños que en él deriven del transporte marítimo sólo responde el transportista (el artículo se refiere al Capitán como auxiliar suyo) cuando obedecen a «hecho del Capitán o de la tripulación». Norma especial para el transporte marítimo de viajeros que, como se verá más adelante, no se aplica por su carácter excepcional más allá de su ámbito (cfr. MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 323 y sigs.).

En cambio, en el Derecho italiano sí existe una norma general (el art. 1.681 del Código Civil italiano) que resuelve a nivel legislativo la cuestión de la naturaleza de esta responsabilidad del transportista, que se planteaba igualmente en Italia con anterioridad al actual Código, ante el silencio del Código abrogado. La norma del artículo 1.681 del Código Civil italiano, consagrando el carácter contractual de tal responsabilidad, al disciplinarla en la sede del contrato de transporte, mantiene el mismo resultado a que doctrina y jurisprudencia habían llegado con anterioridad a su vigencia. Una amplia exposición de la situación doctrinal anterior al actual Código sobre el carácter de la responsabilidad del porteador por los accidentes que afectan a la persona del viajero, con examen de las diversas teorías, en ASQUINI: «La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore», en *Riv. dir. comm.*, 1919, II, págs. 350 y sigs.

(231) *Vid.* MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 280 y sigs.; GARRIGUES: *Curso*, cit., páginas 235 y 703; en cambio, cuando se trata de la responsabilidad del transportista ferroviario por el equipaje no facturado, dice GARRIGUES (*op. cit.*, pág. 244), inconsecuentemente a mi juicio, que se rige por los preceptos de la responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y sigs. del Código Civil), pues, dice, este equipaje no es objeto del contrato de transporte; URÍA, *op. cit.*, págs. 507 y 920; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, págs. 469 y 484; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 439 (quien también excluye el carácter contractual de la responsabilidad del porteador por los daños en el equipaje no facturado); BROSETA, *op. cit.*, pág. 415; GULLÓN, *Curso...*, cit., pág. 281; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., páginas 477-8.

(232) Para la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que inicialmente se había inclinado por la naturaleza extracontractual, *vid.* SÁNCHEZ GAMBORINO: «Responsabilidad del porteador por daños a los viajeros en sus personas», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1958, II, págs. 339 y sigs., y MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 284-5. La tesis contractualista aparece más claramente reflejada en algunas sentencias de Audiencias Territoriales (*vid.* SÁNCHEZ GAMBORINO, *loc. cit.*, páginas 340 y 341). Para MENÉNDEZ, en líneas generales, el Tribunal Supremo parece aceptar la posición contractualista en caso de lesiones y refleja una preferente inclinación hacia la idea de la responsabilidad extracontractual cuando se trata de muerte del pasajero.

Código Civil it.) dicho carácter. ASQUINI (233) se apoyaba en el hecho de que el deudor de una obligación principal está también obligado a todas las obligaciones accesorias cuyo cumplimiento es medio necesario para alcanzar el objetivo económico de la obligación principal. De este modo resulta que el transportista de personas no sólo se obliga a transportarlas de un lugar a otro, sino a que lleguen incólumes al lugar de destino. Esta obligación accesoria indispensable para que el *opus* debido alcance la utilidad (típica) querida por las partes, se aplicaría a todos los contratos de obras o servicios en que el resultado prometido consista en una modificación relativa a una persona humana (p.ej.: un corte de pelo).

Es decir, con otras palabras, el carácter contractual de esta responsabilidad deriva del propio contenido de la obligación del transportista, de lo que con arreglo al criterio integrativo de la buena fe (arts. 1.258 Código Civil, 57 CCom) constituye su prestación, lo debido (234).

Frente a quienes sitúan la responsabilidad (contractual) del transportista de personas en el ámbito del *interés de prestación*, aunque sea por vía instrumental o accesoria, se colocan quienes —siempre en el marco inequívoco de la responsabilidad contractual— la sitúan en el ámbito del *interés de protección* (235). La responsabilidad del transportista por

(233) *Op. ult. cit.*, págs. 359 y sigs.

(234) Por ello no resulta convincente la antes transcrita opinión de GARRIGUES (*retro*, nota 231) de negar carácter contractual a la responsabilidad del porteador referida al equipaje no facturado porque no ha sido objeto de contrato de transporte, porque, con independencia de que no haya habido estipulación sobre su transporte, no cabe duda de que éste se incluye en el contenido normal de la prestación que deriva del contrato.

(235) Tal es la opinión de MAJELLO: *Custodia e deposito*, cit., págs. 122 y siguientes, quien configura el artículo 1.681 del Código Civil italiano como una aplicación concreta del artículo 1.176 del Código Civil italiano, entendido éste como cláusula general de protección de la que derivaría la responsabilidad (contractual) por toda clase de daños causados por la actividad de cumplimiento en intereses distintos del de prestación.

En España parece moverse en esta dirección MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 286, quien asienta la responsabilidad del porteador «sobre la base de la *obligación de seguridad* dirigida a proteger la incolumidad del pasajero hasta el punto de destino». En este mismo sentido, URÍA, *op. cit.*, pág. 920. Para GARRIGUES, *op. cit.*, página 703, la responsabilidad del transportista marítimo por los daños en la persona del pasajero «deriva de la obligación del naviero de trasladar incólume al pasajero de un punto a otro». Responsabilidad, pues, contractual que surge de la infracción de una obligación preexistente que deriva del propio contrato, si bien GARRIGUES no se preocupa de calificarla como deber de protección o de prestación.

También moviéndose en la línea de los deberes de protección o seguridad está la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de octubre de 1953 (*apud*, SÁNCHEZ GAMBORINO, cit., págs. 340-1), que, con expreso reclamo de la doctrina y jurisprudencia francesas, habla de que «el contrato de transporte impone al porteador la obligación de conducir al viajero sano y salvo al punto de des-

los daños en la persona y equipaje de mano del viajero se derivaría de la infracción de un deber de protección o seguridad, deber accesorio a la prestación en sí (el transporte), y que hallaría su último fundamento directamente en la ley (caso del art. 1.681 CC it.), o, indirectamente, a través del papel integrativo que ésta reconoce a la buena fe (arts. 1.258 Código Civil, 57 CCom) (236). Objeto de este deber accesorio son la integridad física del viajero y la del equipaje que éste lleva consigo. Se trata, pues, de intereses diversos del de prestación (del transporte), pero cuya protección deriva de la propia relación contractual existente entre las partes, en la medida que el cumplimiento y utilidad de ésta presuponon necesariamente el debido respeto y cuidado de aquéllos. Por tanto, la infracción de este deber de protección accesorio, que deriva de la propia relación contractual, cuando va seguida de daño en la persona del viajero o sus cosas, da lugar a responsabilidad contractual. Se trata, en definitiva, de proteger intereses del acreedor, diversos del de prestación, que son puestos en peligro por la prestación misma; y ello en virtud de un deber accesorio que nace de la propia relación contractual a fin de evitar que de su cumplimiento derive menoscabo para aquellos intereses. Siendo, por otra parte, lógico que los daños ocasionados a consecuencia de una relación contractual se resarzan en fuerza a la relación misma que los ocasiona.

La configuración de la responsabilidad del transportista como derivante de la infracción de un deber de protección supone que toda violación del mismo que no vaya seguida de daño efectivo en la persona o

tino, obligación de seguridad que es también exigible dentro de nuestro régimen jurídico».

Sobre la obligación de seguridad (de resultado) del transportista, que fundamenta en Francia la responsabilidad de éste por los daños en la persona del viajero, y su evolución en la jurisprudencia francesa, *vid.* G. VINEY: «La responsabilité: conditions», en el *Traité de Droit civil*, dirigido por J. GESTIN: *Les obligations*, IV, París, 1982, págs. 656 y sigs.; PLANIOL-RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, IV, *Obligations*, 1.^a parte (a cargo de P. ESMEIN), París, 1952 (2.^a ed.), pág. 498; MARTY-RAYNAUD: *Droit civil*, II, 1, *Les obligations*, París, 1962, págs. 506-7; WEILL-TERRÉ: *Droit civil*, IV, *Les obligations*, París, 1980 (3.^a ed.), págs. 449 y sigs.; C. THOMAS: «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», en *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1937, págs. 636 y sigs., y allí, págs. 645 y sigs.

(236) Así, para MENÉNDEZ, *ibídem*, pág. 236, la particular obligación contractual de seguridad de que deriva la responsabilidad del porteador de personas «deriva de la misma naturaleza del contrato y produce, por tanto, sus efectos con independencia de que sea o no expresamente asumida en el momento de su celebración (art. 1.258 del Código Civil)».

Para la sentencia citada de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de octubre de 1953 (*loc. cit.*), «la naturaleza del contrato, la sistemática jurídica que regula el incumplimiento de las obligaciones y la buena fe que preside la ejecución de los contratos», son argumentos en favor del carácter contractual de esta responsabilidad.

cosas del viajero no produce derecho al resarcimiento —ni afecta al interés de prestación: cumplimiento de la obligación principal, del transporte—, aunque pueda dar lugar a medidas precautorias (p.ej.: resolución del contrato). A estos mismos resultados se llega, como veremos más adelante, por la vía de la responsabilidad contractual atinente a un interés de prestación, configurando la obligación correspondiente del transportista como de *resultado*.

En realidad, más que situar la responsabilidad del transportista de personas en el campo de la prestación o en el de un deber de protección a ella accesorio —lo indiscutible, en uno y otro caso, es que se trata de una responsabilidad contractual, y que sólo con el respeto a la incolumidad de la persona y cosas del viajero se realiza la función y finalidad del contrato—, aquello que interesa saber es qué consecuencias efectivas se derivan, en su caso, de uno u otro encuadramiento, del mismo modo que cuando se planteaba tradicionalmente la cuestión de la naturaleza extracontractual o contractual de la responsabilidad del porteador, la doctrina buscaba la efectiva transcendencia de una y otra calificación en su régimen jurídico (237).

Pues bien, situada la responsabilidad del transportista de personas por los daños en la integridad física y equipaje de mano del viajero en el ámbito contractual, deben aplicarse, allí donde no existan normas especiales (238), las normas generales de la responsabilidad contractual (artículos 1.101 ss., 1.182 ss. CC). Esto mismo vale, claro está, para los demás aspectos que pueda suscitar la responsabilidad del transportista no cumplidor, en particular el retraso en el transporte y la inejecución total o parcial del mismo (239).

Las reglas de la responsabilidad contractual valen también para el

(237) Vid. ASQUINI: «La responsabilità...», cit., pág. 365.

De hecho, las vacilaciones del Tribunal Supremo en la calificación de la responsabilidad del transportista, aun en época reciente, «se explican en gran medida por el buen propósito de llegar a soluciones equitativas en cada caso concreto» (MENÉNDEZ, *ibidem*, pág. 285).

Como es natural, cuando, como es normal, concurren simultáneamente los presupuestos de las dos formas de responsabilidad, se dará un concurso de acciones de responsabilidad en favor del viajero, con el alcance y efectos que ya se ha visto (*retro*, nota 182).

Este concurso se hace intrascendente en el caso del transporte aéreo, en el que se ha regulado específicamente la responsabilidad del transportista en modo uniforme (reglas de imputación, plazos de prescripción), haciendo irrelevante la cuestión de su calificación.

(238) Son normas especiales las ya mencionadas de la LNA y el artículo 703 del Código de Comercio.

(239) También aquí existen normas especiales, así para el retraso inicial (en la salida del transporte), las que, para el pasaje marítimo, se contemplan en el Código de Comercio (art. 698, 2.º). Cfr. MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 320, y BROSETA, *op. cit.*, pág. 778.

transporte gratuito, mientras que no son aplicables al realizado por amistad o cortesía, en el que se aplican los principios de la responsabilidad extracontractual (240). En el primer caso hay contrato, obligaciones que derivan de la relación existente entre las partes; en el segundo, rigen, en ausencia de obligación *previa*, los principios generales del *neminem laedere*.

Sobre esta aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual existe acuerdo doctrinal (241), y, sin embargo, a la hora de extraer las debidas consecuencias, se producen vacilaciones como resultado de una incorrecta interpretación de las propias normas generales de la responsabilidad contractual. Para mí, la cuestión es clara: producido el daño, la inejecución o el retraso, el transportista responde como incumplidor (art. 1.101 CC), a no ser que dé la prueba liberatoria (artículos 1.105-1.182 ss. CC), prueba de que la inexactitud o falta total o parcial de lo debido ha obedecido a imposibilidad total, parcial o temporal de la prestación derivante de una concreta causa a él no imputable. Prueba liberatoria que, al ser simultáneamente extintiva de la obligación del porteador (suspensiva, en el caso del retraso no imputable), excluye el incumplimiento (que presupone que la obligación que se vulnera subsista), y con él, que es su fundamento, la responsabilidad. En cambio, en defecto de prueba liberatoria, hay una obligación que subsiste y subsiste insatisfecha; hay incumplimiento de la obligación, y con él responsabilidad.

En la medida en que ya se ha visto que no se considera a las reglas del transporte de cosas como excepcionales o especiales, sino aplicación de las normas generales, no veo inconveniente alguno en decir que las reglas de responsabilidad son las mismas para una y otra clase de transporte (siempre, claro, en defecto de normas específicas) (242).

En cambio, las cosas se explican de otra manera desde la óptica de la teoría tradicional de la culpa. Para ésta el criterio de la diligencia (artículo 1.104 CC) se constituye simultáneamente en criterio de cumplimiento y de responsabilidad. Si en general del deudor incumplidor se exige para exonerarle de responsabilidad que pruebe la ausencia de culpa

(240) Cfr. ASQUINI, voz cit., págs. 616-17; SCOGNAMIGLIO, voz «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, págs. 670 y sigs., y allí, págs. 676 y sigs.

(241) Cfr. URÍA, *op. cit.*, pág. 507; GARRIGUES: *Curso...*, cit., pág. 235; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 469; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 437; BROSETA, *op. cit.*, pág. 415.

(242) La citada sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de octubre de 1953 (*loc. cit.*, pág. 340), por las razones antes transcritas, establece la aplicabilidad de los artículos 1.602 del Código Civil y 361 del Código de Comercio al transporte (terrestre) de viajeros.

suya, el transportista de personas ante el hecho del daño al viajero habría de probar que adoptó para evitarlo todas las medidas de él exigibles con arreglo a la diligencia debida (diligencia técnica *ex art.* 1.104, 1, CC, que tenga en cuenta los reglamentos y técnicas de seguridad del sector transportes). De modo que aquí nos encontraríamos ante una aplicación de los principios generales (ausencia de culpa como prueba liberatoria), sin más particularidad que la consideración técnica de la diligencia que, a su vez, viene consentida e impuesta por aquellos principios generales (243).

Como consecuencia de los errores de fondo de la doctrina tradicional de la culpa, básicamente reconducibles a la confusión de la esfera del cumplimiento con la de la responsabilidad del deudor, con la consiguiente absorción de los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil en el artículo 1.104 al quedar constituida la ausencia de culpa en prueba general liberatoria, se produce una mala interpretación de la responsabilidad del transportista. No se trata de sentar a través de la diligencia debida una regla de cumplimiento, pues el porteador cumple cuando, adoptando o no las medidas necesarias para preservar la inte-

(243) Así se explica por parte de la doctrina italiana el mencionado artículo 1.681 del Código Civil italiano («Salva la responsabilità per il ritardo e per l'inadempimento nell'esecuzione del trasporto, il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sè, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»).

Para NATOLI (*op. cit.*, págs. 107 y sigs.) el artículo 1.681 del Código Civil italiano se referiría a la diligencia específica (técnica) del transportista en relación a su propia actividad (*ex art.* 1.176, 2.º, del Código Civil italiano). Individualizado así un criterio de cumplimiento que es normal aplicación de los principios generales, la prueba liberatoria que a él se conecta es asimismo normal: el transportista de personas al probar que ha adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño, no estaría probando otra cosa que su diligencia, su ausencia de culpa con arreglo a los principios generales, pues la naturaleza de la prestación hace que en este caso la diligencia consista, precisamente, en la adopción de todas las medidas idóneas para evitar el daño.

Posición análoga es la de GIORGIANNI: *L'inadempimento*, cit., pág. 267, y voz citada, pág. 879, quien sitúa el artículo 1.681 del Código Civil italiano, con arreglo a su conocido desdoblamiento del sistema de la responsabilidad contractual, en el ámbito de las relaciones cuya norma básica de responsabilidad es preferentemente la del artículo 1.176 del Código Civil italiano. El mencionado artículo 1.681 del Código Civil italiano consagraría, en concreto, un nivel de diligencia cualificado o más acentuado que el ordinario del buen padre de familia. Que el artículo 1.681 del Código Civil italiano sea una aplicación normal del artículo 1.176 del Código Civil italiano como criterio de responsabilidad general —no de un grupo de relaciones, como en GIORGIANNI— es también la opinión de BIANCA: *Dell'inadempimento...*, cit., págs. 152 y sigs.

En este mismo orden de ideas parece moverse GARRIGUES: *Curso...*, cit., página 235, cuando dice que no aplicándose las normas del transporte de cosas, «se aplicarán los preceptos civiles sobre responsabilidad contractual por culpa, tanto en el caso de muerte como en el de retraso».

gridad del viajero y sus cosas, realiza la prestación de transporte incólume. Lo que se plantea es indagar en qué condiciones responde el transportista (y cuándo, por el contrario, resulta exonerado) *una vez que se ha producido el daño* en la persona o en las cosas del viajero. Lo que, como se ha visto, está en función de que, con arreglo a los principios generales, alcance a dar o no la prueba liberatoria.

La cuestión de la diligencia del transportista no se plantea, pues, desde la perspectiva del cumplimiento, de lo que por él es debido, ni tampoco agota por sí sola el problema de su responsabilidad-exoneración, pues la ausencia de culpa no es la prueba general liberatoria (como tampoco la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual). La diligencia entra, ciertamente, en cuestión, pero sólo indirectamente, en la medida en que la diligencia actúa como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida de cumplir en el seno de la (verdadera) prueba liberatoria general (arts. 1.105, 1.182 CC). Aquí sí se considera la diligencia del porteador, las medidas exigibles con arreglo al carácter profesional de la prestación y las efectivamente adoptadas para evitar el daño. Pero cuestión distinta es que de los daños causados por el transporte a la persona o cosas del viajero responda el porteador si no prueba que derivan de un evento a él no imputable con arreglo a la diligencia exigible, de que el transportista responda (incumpla) en todo caso si no adopta tales medidas aun no habiendo daños.

Pues bien, sobre la base de estas consideraciones, el régimen de la responsabilidad contractual del transportista por los daños en la persona y equipaje de mano del viajero, puede ser explicado como lo hace MENGONI. Este autor (244) califica el deber del transportista de velar por la integridad personal del viajero y por la de sus cosas, como un *deber de protección de resultado* (245). Aquello que es debido por el deudor-

(244) «Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi», cit., págs. 380-1.

(245) En cambio, ASQUINI —«La responsabilità...», cit., págs. 362 y siguientes—, rechazando la asimilación del transporte de personas al de cosas (*receptum*), había configurado el primero como una prestación de un *facere técnico* (obligación de medios), de modo que en él no se debe un resultado en cuanto posible, sino un cierto grado de diligencia en orden a la obtención de un determinado resultado útil.

La diferencia de régimen se explicaría por el hecho de que el transporte de cosas implica que éstas quedan fuera del control del cargador y del destinatario, se comprende entonces que la ley haga responsable al porteador por la falta del resultado debido (entrega), a menos que éste pruebe su imposibilidad por razón de un caso fortuito concretamente establecido. En cambio, tratándose de transporte de personas, seres dotados de inteligencia y voluntad, la medida de la responsabilidad del deudor-porteador, siguiendo en esto la doctrina de la culpa, vendría dada por la diligencia (técnica) necesaria para el cumplimiento de la obligación accesoria de velar por la incolumidad del viajero. De este modo se evitaría que el transportista respondiese por daños en la persona del viajero derivantes de

porteador es el *resultado* constituido por la conservación durante el transporte de la integridad del viajero-acreedor y de sus cosas. La verificación del daño en una u otras determina el incumplimiento del deber de protección (falta del resultado debido), y con él la responsabilidad del transportista, a menos que éste no dé la prueba liberatoria de que el cumplimiento se ha visto imposibilitado por una causa a él no imputable. Esta no imputabilidad se mide con arreglo al criterio general de la diligencia, que por la índole de la prestación asume aquí carácter técnico. En concreto, dicha diligencia se sustancia, con arreglo al criterio del legislador italiano, en haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño.

La cuestión más problemática que plantea la prueba liberatoria del porteador, sentado pacíficamente el carácter técnico de la diligencia que actúa como criterio de imputación en su seno (246), se refiere a la necesidad o no de que aquél individualice la concreta causa a él no imputable (inimputabilidad deducible de haber adoptado todas las medidas idóneas de prevención) que ha producido el daño al viajero.

Parte de la doctrina ha deducido la no necesidad de esta individualización de una suerte de compensación que se operaría entre el particular rigor exigido en la prevención y evitación del evento dañoso (en donde, por la naturaleza de los bienes implicados, se exige la adopción de *todas* las medidas posibles con arreglo a la técnica del transporte), y aquella no necesidad, de modo que aquel rigor exigido del porteador se «compensaría» con la atenuación que deriva en su beneficio del hecho de no tener que soportar el riesgo de las causas ignotas: la responsabi-

causas ignotas o no reconducibles al caso fortuito, no obstante la ausencia de culpa del porteador (como sería normal, en cambio, en los casos del *receptum*).

De esta forma, la responsabilidad del transportista por infortunios en la persona del viajero se situaba por ASQUINI en el ámbito de la norma de la diligencia (art. 1.224 del Código Civil italiano de 1865).

La consecuencia lógica a que llevaba la tesis de ASQUINI —es el acreedor-viajero quien ha de probar la falta de diligencia del porteador, su culpa como falta de lo debido, para fundar su pretensión de responsabilidad— se obviaba por éste sobre la base de afirmar la presunción de culpa como principio general de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual (*op. cit.*, página 368).

La tesis de ASQUINI tenía el mérito de reconducir claramente, en un momento en que ello se discutía, la responsabilidad del porteador por daños a la persona del viajero al ámbito de la responsabilidad contractual, y de hacerlo en el modo más ventajoso para éste, pero estaba afectada por los equívocos y artificios de la doctrina de la culpa (dos pruebas liberatorias y dos reglas de responsabilidad, presunción de culpa...). Hoy, como ya se ha explicado, la diligencia del porteador no puede ser entendida como un criterio de cumplimiento.

(246) *Vid.*, por ejemplo, MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 289.

lidad por los daños que durante el transporte deriven a la persona o cosas del viajero por causas desconocidas (247).

También excluyen, claro es, la necesidad de individualización a que nos referimos quienes parten de que se trata de característica propia del régimen excepcional del *receptum*, que no puede ser extendida análogicamente más allá de su ámbito propio, siendo así, además, que las diferencias entre transporte de cosas y de personas justifican (por la diversa naturaleza de lo transportado) la diferencia de régimen (248).

En cambio, a mí me parece que, en defecto de normas específicas, y sentado que la necesidad de aquella individualización deriva de las normas generales (*no* es una norma especial para el *receptum*), son éstas las que deben aplicarse, no pudiendo el intérprete por razones arbitrarias (mientras no existan normas que las acojan) dejar de aplicarlas, y mucho menos, creo, en perjuicio del viajero.

Por tanto, el transportista, para exonerarse de su responsabilidad por el daño sufrido por el viajero durante el transporte, ha de identificar la *concreta* causa a él no imputable de la que el daño ha derivado, restando a su cargo las causas desconocidas. En realidad, obsérvese, la identificación de la causa del daño es presupuesto necesario de la normal aplicación de las normas generales (arts. 1.105-1.182 ss. CC), pues sólo sabiéndose la causa del daño podrá saberse si se adoptaron o no todas las medidas idóneas para prevenirlo y evitarlo.

Sostener otra cosa es derogar injustificadamente las normas generales, y hacerlo, además, en modo lesivo para el viajero, pues éste debería soportar una tan amplia posibilidad de perjuicio como es la que deriva en el transporte de las causas desconocidas.

(247) Cfr. COTTINO: *L'impossibilità...*, cit., pág. 335, y voz cit., pág. 387; ASQUINI, voz cit., pág. 615.

(248) Así dice GARRIGUES: *Curso...*, cit., págs. 234-5: «Destaca aquí (en la responsabilidad del porteador de personas) singularmente la diferencia con el transporte de cosas. A las peculiaridades técnicas del transporte de personas derivadas del hecho de transportarse un ser viviente, que vigila y colabora en el transporte, se corresponden especiales formas de responsabilidad por incumplimiento del transporte. La muerte o el daño sufridos por la persona del viajero no pueden ser equiparados a la pérdida o a la avería de una mercancía. Son, por tanto, inaplicables las disposiciones de los artículos 363, 368 y 371 del Código de Comercio. En su lugar se aplicarán los preceptos civiles sobre responsabilidad contractual por culpa, tanto en el caso de muerte o accidente como en el de retraso». Excluyen, asimismo, la aplicación del régimen de responsabilidad del transporte de cosas, concebido como excepcional, y reenvían a los principios de la culpa (ausencia de culpa concebida como prueba general liberatoria): URÍA, *op. cit.*, pág. 507, y VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 437; implícitamente, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 469, y BROSETA, *op. cit.*, pág. 415.

Ciertamente el carácter de lo transportado, seres inteligentes dotados de libertad y voluntad, cuya conducta durante el transporte y ante el siniestro no es irrelevante, no deja de tener trascendencia a los efectos de la aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual, pero ello es una cosa, y otra que éstas arbitrariamente se modifiquen. En particular, aquellas peculiaridades harán que la conducta del viajero, como típico evento no imputable al porteador, sea un característico supuesto exoneratorio para éste, cuando haya sido el determinante del daño producido en la persona de aquél (o en sus cosas). Lo que, precisamente, es fruto de la aplicación de las reglas generales y que, por ello, con arreglo a las mismas, incumbe probar al deudor-porteador (249).

También las peculiaridades del transporte de personas son relevantes a efectos de la aplicación de las reglas generales de la determinación del daño resarcible. En este campo encontrará frecuente aplicación el principio del «concurso de culpas»: el deudor-porteador sólo responde del daño que a él le es imputable, que deriva del transporte, no aquel otro ulterior que tenga su causa en el propio comportamiento (activo u omisivo) del viajero (250).

La prueba a dar por el acreedor-viajero dañado para la exigencia de la responsabilidad del porteador se limita, como consecuencia de la configuración que se ha dado a la obligación (de resultado) del transportista, a la del contrato de transporte y de la verificación del daño durante el mismo. No se exige la prueba de una «anomalía del servicio», ni tampoco de la derivación causal del daño del transporte, sino que basta a los efectos de probar la falta del resultado debido, la prueba del daño y su producción durante el transporte. Con estos elementos queda ya demostrada la infracción de la obligación en los términos en los que se la ha definido: falta de la conservación de la integridad del viajero y sus cosas = falta del resultado debido. Dada esta prueba por el viajero, co-

(249) En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha establecido reiteradamente que exonera de responsabilidad al porteador, desde luego, la imprudencia del propio viajero. Referencias en SÁNCHEZ GAMBORINO, *loc. cit.*, pág. 344. Ejemplo allí citado: lesión sufrida por consecuencia de sacar el brazo fuera de la ventanilla (Sentencias de 27 de diciembre de 1928 y 4 de mayo de 1950).

(250) Cfr. MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 312.

Los Tribunales, al amparo del artículo 1.103 del Código Civil, realizan una actividad de dilucidación sobre las causas del daño producido, y atribuyen al deudor-porteador responsable sólo aquellos daños que se deriven en modo *necesario, suficiente, adecuado o patente* de su incumplimiento (del deber de protección accesorio). *Vid.*, para la jurisprudencia, SÁNCHEZ GAMBORINO, *loc. cit.*, páginas 344 y sigs.

responderá al porteador darle réplica, a su vez, con la prueba liberatoria general (251) (252).

Recapitulando: la producción del daño en la persona o equipaje de mano del viajero durante el transporte (falta del resultado debido, cual-

(251) La necesidad del acreedor-viajero de probar junto al daño sufrido el nexo causal de éste con la actividad del transporte a efectos de identificar el incumplimiento del deber accesorio del transportista (MENGONI, *op. ult. cit.*, página 380), choca con la configuración que se le ha dado a la mencionada obligación (su incumplimiento queda ya probado sin necesidad de aquella prueba) y con el favor procesal que se pretende para el viajero (al que, naturalmente, corresponde la susodicha configuración).

El problema de la causa del daño no atiene, pues, a la prueba del acreedor-viajero (prueba del hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad), sino a la prueba exoneratoria del porteador; es éste quien ha de probar que el daño del viajero deriva de una causa ajena al transporte. Prueba que no tiene por qué ser necesariamente difícil (ejemplo, la conducta del viajero). Cfr. ASQUINI, voz citada, pág. 615, y GALGANO: *Diritto privato*, cit., pág. 528.

(252) En cambio, desde la perspectiva tradicional de la doctrina de la culpa, concibiendo la diligencia como regla simultánea de cumplimiento y responsabilidad, y la obligación del transportista, por tanto, como una obligación de medios, se llega al resultado insatisfactorio de que haya de ser el viajero quien deba probar para exigir la responsabilidad del porteador la culpa de éste. A ello conduce el planteamiento antes transcrito de GARRIGUES (*retro*, nota 247), y así lo establece, siguiéndolo, VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pág. 437.

Una exposición muy ponderada y completa de las repercusiones de las diversas concepciones sobre el plano probatorio, con valoración de los distintos intereses en juego, puede verse en MENÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 286 y sigs. Este autor —*loc. cit.*, págs. 294-5— acaba por inclinarse por la consideración de la obligación del transportista como una obligación de medios, en virtud del papel activo que el viajero tiene normalmente ante el evento causante del daño (*vid.* ya páginas 290-1). Sin embargo, consciente de los inconvenientes que ello ocasiona al viajero desde la perspectiva de su carga probatoria, aúna esta afirmación, como vimos hacia ASQUINI, con la necesidad de mantener la *presunción de responsabilidad* del transportista como principio general.

Estas afirmaciones no son coherentes con el carácter (de medios) propugnado para la obligación, ni se incardinan, desde mi punto de vista, en una correcta interpretación de las reglas generales de la responsabilidad contractual, pero conducen, sobre el plano probatorio, a soluciones satisfactorias y coincidentes con las aquí defendidas (por otra vía explicativa que se pretende más coherente).

La tesis de la aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual al transporte de personas y, en general, siempre que se trate de la violación de un deber de protección, ha sido criticada en Italia por MAJELLO (*op. cit.*, páginas 109 y sigs., y 204 y sigs.), el cual entiende que la prueba liberatoria del artículo 1.681 del Código Civil italiano atiene a la inevitabilidad del daño, a la ausencia de culpa que debe demostrar el deudor-transportista, en tanto que incumbe al acreedor-viajero la prueba del daño y de su derivación causal del transporte. Esto último, por tratarse de una forma de responsabilidad por causas internas a la esfera del deudor que produzcan daño al acreedor con ocasión del cumplimiento.

Si bien es cierto que respecto de la adopción de todas las medidas idóneas a que se refiere el artículo 1.681 del Código Civil italiano, no cabe dar la prueba liberatoria del artículo 1.218 del Código Civil italiano, ello no deriva de que el primero consagre un deber de protección, sino de que, con independencia de que se refiera a un deber accesorio de protección o de prestación (de resultado), lo

quiera que sea el fundamento que quiera dársele al deber en cuestión), es suficiente para generar la responsabilidad del deudor-porteador, a menos que éste dé la prueba liberatoria general, que constituye, simultáneamente, el límite extintivo del deber accesorio del transportista: prueba de que el resultado debido —la preservación de la integridad de la persona y cosas del viajero— ha sido imposibilitado por una concreta causa a él no imputable, no imputabilidad que se desprende de haber adoptado todas las medidas exigibles para evitar el daño con arreglo a la técnica del transporte de personas (arts. 1.101, 1.105, 1.182, 1.183, 1.214, 1.104 CC) (253).

Estos mismos principios se aplican en los casos de inejecución, total o parcial, o retraso en el transporte. El deudor-porteador responde, a menos que no dé la prueba de una concreta causa a él no imputable que

que el artículo 1.681 del Código Civil italiano consagra es un criterio de responsabilidad (no de cumplimiento) con relación al mismo. No es la naturaleza del deber, sino la de la norma, la que excluye la aplicación del artículo 1.218 respecto de la adopción de las medidas del artículo 1.681, lo que, ciertamente, sería tan absurdo como admitir la prueba liberatoria del artículo 1.218 del Código Civil italiano respecto del comportamiento del deudor tendente a evitar la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Por este carácter mismo de la norma, el artículo 1.681 no es base suficiente para establecer respecto de los deberes de protección una regla probatoria diferente a la del artículo 1.218, en el sentido de que la prueba liberatoria del deudor estaría constituida por la ausencia de culpa.

Por lo que se refiere a la distinción que hace MAJELLO entre causas extrañas e intrínsecas a la actividad del deudor, a los efectos de establecer en el seno de los deberes de protección diferencias en la carga de la prueba del acreedor, según que el daño derive de unas o de otras, es del todo arbitraria; pues la ulterior referencia de que a través de los medios de transporte (causa inmediata) las causas extrañas se hacen internas, priva de toda eficacia a la distinción (cfr. *op. cit.*, páginas 143, 206 y 211).

La tesis de MAJELLO sobre la carga de la prueba del viajero, que ha de probar la derivación causal del daño del transporte, lleva al resultado inaceptable (*op. cit.*, página 209) de la absoluta indefensión del viajero dañado en el transporte que por causa de viajar dormido ignorase la causa de su daño (entonces, ¿cómo conseguir hacer responder al transportista en el caso de coches-cama?).

(253) En la jurisprudencia, en este sentido, se ha establecido: «no puede ser dudoso afirmar que la compañía demandada está obligada al resarcimiento de daños y perjuicios, ya que el señor X, que ocupaba una plaza como viajero en el tren siniestrado, pereció en la catástrofe ferroviaria, y la referida compañía no ha probado que ésta fuera producida por causas a ella no imputables» (Sentencia citada de la Audiencia Territorial de Oviedo de 29 de octubre de 1953, *apud* SÁNCHEZ GAMBORINO, *loc. cit.*, pág. 341); «a las empresas incumbe probar que los siniestros ocurren por causas que no les son imputables, quedando mientras tanto subsistente la obligación a que el Código de Comercio se refiere» (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1876, *ibídem*, pág. 343).

Sobre el rigor mostrado por el Tribunal Supremo en la apreciación de la diligencia necesaria para evitar el daño por el transportista, *vid.* SÁNCHEZ GAMBORINO, *loc. cit.*, pág. 348.

le imposibilitó de cumplir (total, parcial o puntualmente) (254). Una vez dada la prueba liberatoria (que es extintiva de la obligación del porteador, o suspensiva en el caso de la imposibilidad temporal no imputable justificativa del retraso), se excluye el incumplimiento mismo (que presupone la subsistencia de la obligación, y subsistencia en defecto de exacto cumplimiento), y con él, la responsabilidad.

En este orden de ideas, en la medida en que si, ante la prueba del acreedor-viajero (de la infracción de la obligación: daños, inejecución total o parcial, retraso), no se da la prueba liberatoria, la responsabilidad del porteador se afirma, puede hablarse (impropia, pero gráficamente) de que hay una «presunción de responsabilidad» («presunción de culpa» para la doctrina tradicional y alguna jurisprudencia) (255).

(254) Para la responsabilidad por el retraso, MENÉNDEZ parece propender por una plena asimilación con el transporte de cosas, a la que, en cambio, tratándose de daños en la persona o cosas del viajero, no se había decidido por mor del papel activo de éste, normalmente, frente al daño: «pero no parece arriesgado afirmar que en orden al régimen de la culpa y a su prueba, debe estimarse aquí el régimen del *receptum* que en cierta medida, como hemos tenido ocasión de señalar y se percibe en la misma regulación del contrato de pasaje, ha terminado por generalizarse a los distintos supuestos de incumplimiento en el contrato de transporte. Por eso se puede afirmar con fundamento, a nuestro juicio, que dentro del sistema del Código de Comercio el porteador quedará sometido a la responsabilidad por retraso si, frente a la pretensión del pasajero, no presenta la contraprueba liberatoria, consistente en la existencia de un suceso fortuito o de fuerza mayor determinante de dicho retraso» (*op. cit.*, pág. 321).

Los artículos 697 y 698 del Código de Comercio contemplan casos de inejecución total o parcial del transporte marítimo de personas, haciendo aplicación de los principios generales: si la inejecución (total o parcial) obedece a caso fortuito, no hay responsabilidad, pero se resuelve (*ipso iure*) el contrato (total o parcialmente). En cambio, si hay incumplimiento del transportista (a través de sus auxiliares, Capitán y tripulación), junto a la resolución (facultativa) concurrirá la obligación de indemnizar.

Por contra, si es norma especial (excepcional) la ya mencionada del artículo 703 del Código de Comercio que contempla, igualmente en el pasaje marítimo, los daños sufridos en el equipaje de mano (*de camarote*) del viajero. De sus términos se deduce que es el pasajero quien ha de probar la culpa del Capitán o la tripulación, y ello porque la ley excepcionalmente la convierte en *hecho constitutivo* de su responsabilidad, que incumbe probar, por tanto, a quien la pretende (cfr. MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 425). En cambio, normalmente, como es sabido, es al deudor a quien incumbe la prueba de la ausencia de culpa como uno de los elementos de la prueba liberatoria (*hecho extintivo* de la pretensión creditoria de responsabilidad).

(255) «Pero considerada como contractual la responsabilidad, será el porteador quien haya de probar su irresponsabilidad frente a la presunción legal, nacida de la obligación de conducir sano y salvo al viajero» (SÁNCHEZ GAMBORINO, *loc. cit.*, pág. 343).

De «presunción de responsabilidad del porteador» habla reiteradamente MENÉNDEZ (cfr. *op. cit.*, págs. 292, 293, 294 y 299).

En la jurisprudencia, la Sentencia de 24 de marzo de 1953 (*apud* SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 348): «la jurisprudencia viene imponiendo a la responsabilidad civil cierto matiz objetivista en el sentido de exigir una vigorosa prueba de la

Si algún sentido hay que dar a la rigurosa valoración que hace la jurisprudencia de la diligencia del transportista como criterio de imputación del daño padecido por el viajero a causa del transporte (256), es la tendencia, también aquí, a objetivar, siquiera sea encubiertamente, la liberación de aquél; y, por tanto, *a contrario* su responsabilidad, situándola propiamente al margen de la diligencia y de la valoración de la conducta del sujeto-deudor (257).

Por esta vía, que coincide con la fórmula utilizada por la Convención de Varsovia para el transporte aéreo (258), se pretende descargar sobre el transportista todos los riesgos inherentes a su actividad, convirtiendo tendencialmente el criterio de responsabilidad-exoneración en algo intrínseco a la propia naturaleza de la actividad transportista, separado de toda consideración de la conducta del sujeto deudor (o de sus auxiliares) (259).

diligencia desplegada por el empresario en cada caso concreto para desvirtuar la *presunción de culpabilidad*».

(256) Así, en la citada Sentencia de 24 de marzo de 1953 (*loc. cit.*, pág. 348) se habla de «cierto matiz objetivista» que la jurisprudencia viene imponiendo a la responsabilidad por la vía del rigor en la apreciación de las precauciones y cautelas que impone tomar la diligencia exigible, «sin que a tal fin sea eficaz el mero cumplimiento formulario de preceptos reglamentarios que tiendan a prevenir los siniestros, y en esta tendencia jurisprudencial es preciso insistir por razones de convivencia social que imponen la rigurosa aplicación del principio *neminem laedere* y su obligada consecuencia de reparar el daño causado».

(257) Tendencia que en Italia se hace evidente en el paralelismo de la fórmula del artículo 1.681 del Código Civil italiano con la relativa a las actividades peligrosas en sede de responsabilidad extracontractual (art. 2.050 del Código Civil italiano), paralelismo puesto de manifiesto por la propia *Relazione del Guardasigilli* (n. 571), y por la generalidad de la doctrina (cfr. COTTINO, *op. ult. cit.*, página 332; NATOLI, *op. cit.*, pág. 108; TRIMARCHI: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, págs. 339 y sigs.; VISINTINI: *La responsabilità...*, cit., págs. 306-7).

(258) Artículo 20 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 (ratificado por España el 31 de enero de 1930; *Gaceta*, 21 de agosto de 1931): «el porteador no será responsable si prueba que él y sus comisionados han tomado *todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible tomarlas*».

Cfr. MENÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 299, nota 89.

(259) Así, en la jurisprudencia italiana —cfr. VISINTINI, *ibidem*, págs. 300 y sigs., y DE LORENZI, *op. cit.*, págs. 122 y sigs.— se ha detectado cómo ésta, aun conservando la apelación formal a la diligencia técnica (distorsionada por su coincidencia con la esfera de riesgo típica de la actividad del transporte), identifica como *típicos* eventos exoneratorios la conducta del viajero o de un tercero que hayan causado el daño. Pero, aun en este último caso, se admite, a veces, una indemnización al viajero a cargo del transportista en aplicación de la norma del estado de necesidad (art. 2.045 del Código Civil italiano; en España, artículo 20, regla segunda, del Código Penal).

Debe tenerse en cuenta a efectos de la tendencia objetivadora (pues es tradicional la relación responsabilidad objetiva-seguro obligatorio de responsabilidad), la existencia en España del seguro obligatorio de viajeros (cfr. MENÉNDEZ, *op. cit.*, páginas 317 y ss.; SÁNCHEZ GAMBORINO, *op. cit.*, págs. 353 y sigs.; GARRIGUES:

3) LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SUS AUXILIARES

Del más alto interés en el sistema de la responsabilidad contractual es el *principio general* que hace responsable al deudor-principal (personalmente inculpable) del incumplimiento de sus auxiliares, de las personas (*terceros* frente al acreedor) de quienes se sirve en la actividad de cumplimiento.

La coherente explicación de este principio general de responsabilidad ha colocado a la doctrina tradicional de la culpa en una radical incomodidad dogmática que, ante las exigencias de la práctica, desemboca en construcciones artificiosas o insatisfactorias.

Precisamente por la importancia, teórica y práctica, de este principio general se procederá a su análisis, delimitando primero en general, para evitar equívocos, en qué consiste y cómo funciona (o funcionaría), para, posteriormente, plantearnos, sobre la base de su delimitación previa, la cuestión de su acogida en nuestro Derecho positivo. Cuestión esta última que ya, desde ahora, se anticipa que será resuelta en sentido afirmativo.

3-1) *Significado, fundamento y presupuestos del principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares*

En sustancia tal principio consiste en que la utilización por el deudor de un *tercero* en la actividad de cumplimiento de su obligación no supone, a no ser que el acreedor así lo acepte, una sustitución del sujeto responsable; de modo que se respeta y protege la confianza del acreedor en la responsabilidad del deudor «originario», del *único* deudor existente, pues el auxiliar, por definición, no es deudor; es un tercero respecto del acreedor. Y esto es así, precisamente, porque el deudor, que nunca deja de serlo, utiliza los auxiliares a su propio riesgo y conveniencia; éstos no tienen obligación alguna frente al acreedor (son extraños al vínculo obligatorio subsistente que [sólo] une acreedor y deudor), y, por tanto, de lo debido, a pesar de la intervención de auxiliares, sólo responde (contractualmente) el (único) deudor. La responsabilidad

Curso..., cit., pág. 703; URÍA, *op. cit.*, pág. 920; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, página 437).

Por su parte, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pág. 584, hablando del pasaje marítimo, observa: «(la) responsabilidad contractual del porteador por los daños producidos por la muerte o lesiones del pasajero, carece de una oportuna regulación dentro de nuestro ordenamiento, que creemos ha de orientarse hacia un régimen imperativo, que no pueda ser eliminado por las cláusulas de exoneración de responsabilidad, y hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva del porteador, con ligeras excepciones, si bien ha de admitirse la posibilidad de fijar una limitación a su deuda».

mantenida del deudor es, pues, lógica consecuencia de que es él (y no sus auxiliares) quien está obligado, quien debe. La utilización de los auxiliares (a discreción y beneficio del deudor) no afecta a este dato básico: el acreedor es ajeno a dicha intervención y no ha perdido su derecho (a exigir la prestación y, en su defecto, la responsabilidad sustitutiva) frente a su deudor (el único respecto de él) (260).

Presupuesto de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares es, por una parte, la utilización del tercero *en el cumplimiento* de una obligación. Fuera de este ámbito, la conducta de encargados y dependientes también da origen a la responsabilidad del principal frente al dañado, pero se trata de responsabilidad extracontractual (art. 1.903 CC) (261).

Es, asimismo, presupuesto de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, como ya se ha repetido, que el tercero designado por el deudor, utilizado *a iniciativa suya* (262) para intervenir en el cumplimiento

(260) Cfr. TORRALBA: «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», en *Anuario de Derecho Civil*, 1971, págs. 1143 y sigs., y allí, pág. 1161: «el deudor no responde por otro, aun en el supuesto de que el incumplimiento lo haya originado un auxiliar, ya que la razón de su responsabilidad se encuentra en su condición de deudor y en el hecho de que los medios que ha utilizado para cumplir, entre ellos los auxiliares, no han sido apropiados; por lo cual es lógico que responda, aunque haya sido diligente, ya que de no ser así se perjudicaría al acreedor que nada tiene que ver con los auxiliares»; LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 1, pág. 104; BIANCA: *Dell'inadempimento...*, cit., pág. 451.

Sobre la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, en general, *vid.* VISINTINI: *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965; FERRARA (sr.): «Responsabilità contrattuale per fatto altrui», en *Arch. giur.*, 1903, LXX, páginas 401 y sigs. (y en *Scritti giuridici*, II, Milano, 1954); BECQUÉ: «De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (contribution à l'étude du Droit comparé des obligations)», en *RTDC*, 1914, págs. 251 y sigs.; LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, cit., págs. 274 y sigs.; G. VINET, *op. cit.*, págs. 906 y sigs.

(261) Cfr. BIANCA, *op. cit.*, págs. 454 y sigs.; COTTINO: *L'impossibilità...*, cit., pág. 327.

(262) También esta intervención del tercero *por voluntad o iniciativa* del deudor es presupuesto de la conceptualización de aquél como auxiliar y, por tanto, de la responsabilidad de éste por él. Cuando el incumplimiento de la obligación obedezca al hecho de un tercero que no es utilizado voluntariamente por el deudor, nos hallamos ante un supuesto distinto: la responsabilidad extracontractual del tercero frente al acreedor (tutela aquiliana del derecho de crédito) y la liberación del deudor de su responsabilidad (contractual) frente a su acreedor, siempre que no haya dejado de adoptar las medidas exigibles para evitar el daño del tercero que le imposibilita de cumplir o de hacerlo exactamente (arts. 1.105, 1.182 y sigs. del Código Civil); y el deudor, caso de no dar la prueba liberatoria, responde (contractualmente) no por hecho ajeno, sino *suyo* (no haber preservado la integridad del cumplimiento). Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, pág. 1.157; FERRARA, *op. cit.* (en *Arch. giur.*, al que se referirán en adelante las citas), págs. 510 y siguientes; MAZEAUD-TUNC: *Traité...*, cit., I, 6.ª ed., París, 1965, págs. 1037-8 (número 975).

de la obligación, permanezca como un *extraño* a la misma (263). Desde el momento en que el tercero-auxiliar asume una obligación frente al acreedor, deja de ser tal y se convierte él mismo en deudor, respondiendo como tal según las normas generales. Aquí, obsérvese, el principio de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares carece de sentido (al no haber auxiliares); pues si el sentido de tal principio es el de mantener la responsabilidad del deudor, no obstante la utilización por éste de otra persona, en forma que la responsabilidad originaria en que el acreedor había confiado no cambie por la sola voluntad del sujeto responsable, tal sentido viene a menos cuando la sustitución del sujeto responsable se opera por voluntad del propio acreedor, lo que sucede desde el momento en que el tercero asume una obligación directa frente a éste en descargo del deudor originario, o cuando lo hace cumulativamente (conjunta, parciaria o solidariamente) con él.

La ajenidad del auxiliar a la relación obligatoria que une a deudor y acreedor, y en cuyo cumplimiento interviene, no excluye su responsabilidad *extracontractual* (directa) frente al acreedor por el daño causado, produciéndose así en favor del acreedor un concurso de acciones de responsabilidad, contractual frente al deudor (por lo hecho por su auxiliar), y de responsabilidad *extracontractual* frente al propio auxiliar (264). Como queda ya dicho, desde el momento en que el auxiliar deja de ser tal y se convierte en deudor, se le aplican, sin más, las reglas generales de la responsabilidad contractual en sus relaciones con el acreedor.

A los efectos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares se consideran como tales no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino cualquier persona (incluidos empresarios autónomos) de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento, no como simple presupuesto fáctico del mismo, sino funcionalizándola al cumplimiento de una concreta obligación respecto del cual aquella actividad

(263) Cfr. TORALBA, *op. cit.*, págs. 1156 y sigs., y 1166; BIANCA, *op. cit.*, páginas 465 y sigs.; COTTINO, *op. cit.*, pág. 317; BARASSI, *op. cit.*, págs. 325 y 328.

(264) Cfr. artículos 1.722 y 1.890 del Código Civil.

Se trata de una aplicación de la responsabilidad de un tercero en la infracción de la obligación, de la tutela aquiliana (frente a terceros) del derecho de crédito.

Como es natural, las dos acciones han de ser ejercitadas alternativa o subsidiariamente para obtener una sola vez el importe del daño sufrido. Un ejercicio sucesivo de ambas acciones sólo es pensable cuando habiéndose ejercitado primero la contractual, y no habiéndose resarcido todo el daño sufrido por aplicación del artículo 1.107, 1.º, del Código Civil, se ejerza posteriormente la *extracontractual* por los daños no cubiertos por la vía contractual (siempre, claro es, que se entienda que la limitación del artículo 1.107, 1.º, del Código Civil no se aplica a la responsabilidad *extracontractual*).

Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, págs. 1162-3; BIANCA, *op. cit.*, pág. 466; MAZEAUD-TUNC, *op. cit.*, págs. 1063-4 (n. 1005-2).

es instrumental. Lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar (que puede ser o no de dependencia), sino que aquél utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria (265).

Sentados el fundamento y los presupuestos de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, veamos ahora cómo funciona.

El principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares significa que, una vez afirmada la responsabilidad del auxiliar en la lesión del derecho del acreedor con arreglo a los principios generales, dicha responsabilidad se «translada» al deudor. O, por ser más precisos, puesto que el auxiliar es siempre ajeno a la relación obligatoria y el deudor nunca deja de serlo, el mencionado principio general se ocupa de establecer la responsabilidad del deudor, con arreglo a las normas generales (arts. 1.105, 1.182 ss. CC), *a través de la conducta de su auxiliar*.

Es decir, que, en otras palabras, el deudor responde del incumplimiento de su auxiliar (266). Incumplimiento del auxiliar que se determina con arreglo a las normas generales (arts. 1.101 ss., 1.182 ss. CC); o sea: es incumplimiento toda infracción que realice el auxiliar del deber de prestación (retardo, inexactitud, falta total de cumplimiento) que no esté determinada por imposibilidad sobrevenida (temporal, parcial, total) de la prestación (del exacto cumplimiento) no imputable al auxiliar; y la carga de la prueba liberatoria incumbe al deudor (arts. 1.183 y 1.214 CC).

El dolo y la culpa del auxiliar desempeñan *para el deudor* el mismo papel que los suyos propios con arreglo a los principios generales. El

(265) Así son auxiliares del cumplimiento las entidades bancarias o empresas de transporte que se utilizan para realizar el pago. Como ejemplo de actividad de un tercero que es *simple presupuesto* del propio cumplimiento (y no es, por tanto, auxiliar), valga el siguiente de COTTINO: el suministro de un tercero (productor, mayorista) respecto de la obligación de entregar una mercancía por el comerciante al por menor a su cliente. Cfr. COTTINO, *ibidem*, págs. 308 y siguientes; BIANCA, *op. cit.*, págs. 459 y sigs.; TORRALBA, *op. cit.*, págs. 1157 y sigs.; VISINTINI: *La responsabilità per il fatto degli ausiliari*, cit., págs. 63 y sigs., especialmente 69 y sigs.

De esta concepción amplia del auxiliar deriva —cfr. TORRALBA, *op. cit.*, páginas 1160 y sigs.— que el ámbito de la responsabilidad contractual por el auxiliar sea más amplio que el de la responsabilidad extracontractual por dependientes y subordinados (art. 1.903 del Código Civil), pues esta última sí presupone institucionalmente la existencia de una relación de dependencia (lo que no obsta a que se pueda responder extracontractualmente por lo hecho por un contratante no dependiente, cuando se haya infringido el deber de control y vigilancia sobre el mismo en la medida en que exista; pero aquí se trata más bien de una responsabilidad por *hecho propio ex artículo 1.902 del Código Civil*. Sobre ello vid. MIOQUEL: «Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente», en *Anuario de Derecho Civil*, 1983, páginas 1052 y sigs.).

(266) Vid. BIANCA, *ibidem*, pág. 457.

dolo del auxiliar es así un criterio de agravación de las consecuencias del incumplimiento para el deudor (art. 1.107, 2.º, extensión del ámbito del daño resarcible) (267). La culpa del auxiliar (arts. 1.103-4 CC) es un criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida de cumplir (o de hacerlo exactamente) (arts. 1.105, 1.182 CC), elemento negativo (ausencia de culpa) del hecho liberatorio (caso fortuito en sentido amplio, con sus tradicionales requisitos) y, por ello, presupuesto mediató o indirecto de responsabilidad: su presencia, al excluir la liberación —por ser el evento impeditivo del exacto cumplimiento imputable al auxiliar—, determina el incumplimiento, y con él, que es su fundamento, la responsabilidad. Además, en las obligaciones de hacer cuyo contenido consista en un dado *facere* diligente, técnico o no (obligaciones de actividad o de medios), la diligencia es criterio del exacto cumplimiento (art. 1.101 Código Civil). La valoración, en uno y otro caso, de la culpa-diligencia del auxiliar se hace con arreglo a la diligencia exigible del deudor, precisamente por serlo, porque es él quien debe (268).

Pero el deudor no sólo responde del incumplimiento del deber de prestación causado por su auxiliar, sino que, además, responde (contractualmente) de las infracciones de éste que, sin afectar a la prestación, lesionen otros intereses distintos del acreedor en virtud de la proximidad de esferas jurídicas que la actividad de cumplimiento determina (responsabilidad contractual derivada de la lesión de un interés de protección). Es, precisamente, esta estrecha, íntima conexión con la actividad de cumplimiento, la que determina el carácter contractual de la responsabilidad del auxiliar y su consiguiente transferencia al deudor (269).

(267) Vid. FERRARA, *op. cit.*, pág. 525; VISINTINI: *La responsabilità contrattuale per fatto...*, cit., págs. 127-8. Sobre ello, LACRUZ —*op. cit.*, pág. 104— se muestra vacilante.

(268) Cfr. COTTINO, *ibidem*, pág. 307; TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., pág. 349.

(269) Cfr. BIANCA, *ibidem*, págs. 457 y 464; TORRALBA, *op. cit.*, págs. 1164-5; LARENZ, *op. cit.*, págs. 278-9.

Para que se trate de responsabilidad contractual del auxiliar y, por tanto, del deudor, habrá de tratarse de la infracción de deberes de protección estrechamente conectados a la prestación y que nacen de la relación contractual misma según buena fe (art. 1.258 del Código Civil) para evitar que de su cumplimiento resulte daño para el acreedor en intereses diversos del de prestación. Ejemplo de LARENZ: rotura de la luna de un espejo por el auxiliar de un pintor al manipular negligentemente la escalera en el domicilio del cliente. Aquí se viola un deber accesorio de cuidado o protección que nace, con arreglo a buena fe, de la relación obligatoria principal (contrato de obra). En cambio, no genera responsabilidad contractual, sino extracontractual del auxiliar, el daño causado por éste al acreedor en relación puramente *ocasional* o incidental con el cumplimiento; así, dice LARENZ cuando, en el mismo ejemplo, el empleado del pintor comete un robo aprovechando su introducción en el domicilio del acreedor. Aquí, dice LARENZ, no existe infracción de un deber específico que derive, siquiera sea accesoriamente con arreglo a buena fe, de la relación obligatoria, sino que existe un deber general al que se está sujeto en todo caso (con independencia de la relación obligatoria). También da lugar a

Por tanto, cuando se habla de responsabilidad del deudor por sus auxiliares, hay que distinguir dos ámbitos: uno, la determinación del incumplimiento con relación a la conducta del auxiliar y según las normas generales; y otro, la referibilidad de ese incumplimiento así determinado al único sujeto responsable, es decir, al deudor.

El principio general de que se habla sirve para hacer del deudor el incumplimiento (del deber de prestación o, en su caso, de protección) de su auxiliar; pero, es obvio, no sirve para exonerar al deudor de su propio (*rectius*, personal) incumplimiento; de modo que cuando el auxiliar se encuentra ante la imposibilidad de cumplir por causa a él no imputable, pero que sí lo es al deudor, estamos fuera del campo de la responsabilidad por sus auxiliares, y el deudor responde con arreglo a las normas generales (arts. 1.101 ss., 1.182 ss.) *por hecho propio* (270). En definitiva, el principio de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares extiende la esfera de responsabilidad del deudor a lo actuado por sus auxiliares (a él es imputable lo que es imputable al auxiliar), pero no limita los efectos de su propia conducta.

El principio de responsabilidad del deudor por sus auxiliares se extiende por las mismas razones también a los auxiliares de sus auxiliares (el deudor también responde de ellos) (271) y deja a salvo la *repetición* del principal frente a su auxiliar (272).

En sustancia, si la regla general (arts. 1.101, 1.105-1.182, 1.184 CC) es que el deudor responde por el incumplimiento, la virtualidad del principio que hace responder al deudor por sus auxiliares consiste en establecer que cuando ese incumplimiento se determina por la intervención de un auxiliar, ese incumplimiento es del deudor (como si fuera personal suyo) y no de su auxiliar. Es decir, determinado el incumplimiento con relación a la conducta del auxiliar conforme a los principios generales (artículos 1.101 ss., 1.182 ss CC), el principio en cuestión pone ese incumplimiento a cargo del (único) deudor (273).

responsabilidad extracontractual del auxiliar el daño causado por éste en la actividad de cumplimiento, pero a persona distinta del acreedor (así, si el auxiliar del pintor vierte un bote de pintura sobre un transeúnte) (LARENZ, *ibidem*).

En todos los casos en que el auxiliar responde extracontractualmente, puede responder también el principal, si se dan los presupuestos del artículo 1.903 del Código Civil.

(270) Cfr. COTTINO, *ibidem*, pág. 306; BIANCA, *op. cit.*, pág. 458.

(271) Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, pág. 1159; COTTINO, *ibidem*, pág. 319.

(272) Pues, de lo contrario, los auxiliares quedarían exentos de su propia responsabilidad. Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, pág. 1164 (*vid.* también pág. 1159); MAZEAUD-TUNC, *op. cit.*, pág. 1063 (n. 1005); FERRARA, *op. cit.*, pág. 525; MESSINEO, *op. cit.*, § 114, n. 3 bis, pág. 237.

La acción de repetición contra el auxiliar será contractual, nacida de la relación obligatoria que le une a su principal.

(273) Este poner a cargo del deudor el incumplimiento del auxiliar (*rectius*,

Por tanto, el principio general de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares no deroga a las normas generales de la responsabilidad contractual en la determinación del incumplimiento del auxiliar, sino que se limita a decir que ese incumplimiento es en realidad del deudor; ni tampoco impide que, no obstante la inexistencia de incumplimiento en el auxiliar, el deudor responda, con arreglo también a las normas generales, de su propio incumplimiento, determinado al margen de la utilización del auxiliar (caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al auxiliar pero sí al principal).

Es decir, lo que el mencionado principio general produce es una ampliación de la regla de responsabilidad-exoneración general (arts. 1.105-1.182, 1.184 CC), que además de comprender lo actuado por el propio deudor, comprende lo actuado por sus auxiliares, de forma que el deudor que no cumple o no lo hace exactamente no puede liberarse sino por imposibilidad sobrevenida de la prestación que no sea imputable ni a él ni a sus auxiliares (274); o lo que es lo mismo, la imputabilidad positiva del evento impeditivo del (exacto) cumplimiento comprende no sólo la conducta personal del deudor, sino también la de sus auxiliares. Este ensanchamiento del área de la imputabilidad del deudor produce una reducción del ámbito de la exoneración (que presupone que el evento impeditivo no sea imputable al deudor) y, a *sensu contrario*, un ensanchamiento del área del incumplimiento del deudor (el incumplimiento del auxiliar es incumplimiento suyo).

La doctrina de la culpa se ha visto tradicionalmente imposibilitada para justificar este ensanchamiento de la imputabilidad del deudor, y con ella, de su responsabilidad contractual. La doctrina tradicional había

determinado por su conducta) opera sin menoscabo de las reglas generales de responsabilidad que se aplican normalmente en su determinación. La virtualidad del principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares es, simplemente, la puesta a cargo del deudor del incumplimiento así determinado, de la misma manera que conforme al principio de la representación el incumplimiento (normalmente determinado) del representante, con arreglo a los poderes recibidos y las instrucciones de su representado, es incumplimiento de éste. Sin embargo, la eficacia del repetido principio es más amplia que la de la representación, porque ésta es sólo una de las posibles relaciones entre auxiliar y deudor que no se da necesariamente, y, además, cuando el auxiliar-representante actúa fuera de los poderes de representación, el incumplimiento es igualmente del deudor, no por aplicación de las normas de la representación, sino del principio de responsabilidad del deudor por sus auxiliares (*vid.* BIANCA, *ibidem*, págs. 454 y 461; COTTINO, *ibidem*, págs. 320 y sigs.; MESSINEO, *op. cit.*, pág. 237).

En cualquier caso, tanto el supuesto de la representación como el de utilización de auxiliares obedecen a un mismo principio inspirador o *ultima ratio*: quien se sirve de la actividad de un tercero en una relación a la que éste permanece ajeno, debe asumir los resultados negativos, tanto como los positivos, de su actividad (BIANCA, *op. cit.*, pág. 454).

(274) Así, GALGANOS, *Diritto privato*, cit., pág. 194.

justificado la responsabilidad del deudor por lo actuado por sus auxiliares sobre la base de que en el deudor era detectable una culpa (que así permanecía también aquí como fundamento de la responsabilidad contractual): la culpa inherente al haber elegido mal sus auxiliares (*culpa in eligendo*) o al haberlos controlado o dirigido deficientemente (*culpa in vigilando*) (275). Pero de este modo lo único que se nos dice es que el deudor responde de su *propio incumplimiento*, no que el incumplimiento de sus auxiliares sigue siendo suyo (aun en ausencia de culpa por su parte), con lo que en sustancia se niega el principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares.

Admitido el principio general de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, ello supone, por definición, que el deudor responde aunque no exista culpa por su parte; el incumplimiento de los auxiliares es un incumplimiento del deudor, con independencia de si el deudor los eligió bien o mal o si los controló adecuadamente o no (276).

En otras palabras, la propia sustancia e identidad del principio de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, una vez admitido éste (si no se le quiere convertir en simple trasunto o aspecto de la responsabilidad *personal* del deudor), es incompatible con su fundamentación en la idea de la culpa (*in vigilando* o *in eligendo*). Se trata, precisamente, de responder por la conducta de otros, no de la propia.

Lo cual, además, tiene su justificación en la realidad, pues la labor de selección del personal auxiliar, por muy diligente que sea, no excluye la imprevisibilidad de la conducta humana, y, por otra parte, la labor de control sobre el mismo no siempre es posible, bien por la naturaleza técnica de la prestación auxiliar (ajena a la cualificación del deudor) o simplemente por exigencias económicas derivadas de la necesidad de la división del trabajo (¿cómo controlar, por ejemplo, la infinidad de auxiliares de una gran empresa?) (277).

En realidad, la extensión de la imputabilidad del deudor que supone la responsabilidad de éste por sus auxiliares tiene su explicación en la objetivación que se opera progresivamente en este ámbito (278), de la

(275) Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, págs. 1144-5; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, citado, pág. 724.

(276) Cfr. BARASSI, *op. cit.*, pág. 327.

(277) Cfr. FERRARA, *op. cit.*, págs. 485 y sigs.; TRIMARCHI: *Istituzioni...*, citado, pág. 348; BIANCA, *ibidem*, pág. 451, y ESSER, *apud* TORRALBA, *loc. cit.*, página 1146.

(278) «Las exigencias modernas desbordan, en el campo concreto de la responsabilidad contractual por los auxiliares, la tesis subjetiva, y muestran que el deudor ha de ser responsable del incumplimiento aun en el supuesto que él personalmente no hubiera incurrido en culpa, *in eligendo* o *in vigilando*. Por ello, no es extraño que la doctrina extranjera se haya preocupado, desde hace ya bastante tiempo..., de encontrar una justificación a la responsabilidad del deudor

que constituye uno de sus más claros exponentes. Del incumplimiento de su auxiliar responde el deudor porque la utilización de terceros en la ejecución de la relación obligatoria es un *riesgo* suyo; y ello porque dicha utilización es algo discrecional del deudor en función de sus propios intereses y conveniencias organizativas: valiéndose de auxiliares el deu-

por sus auxiliares más allá de los estrechos límites de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* (TORRALBA, *ibidem*, pág. 1145).

«La objetivación de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares constituye una exigencia económica y jurídica. Esta exigencia encuentra su fundamento no sólo en el empeoramiento de la situación del acreedor que se produce aplicando los principios de la responsabilidad extracontractual o de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*...» (DÍEZ-PICAZO, *op. y loc. ult. cit.*); cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, págs. 280-1.

«En el § 278 se hace responder al deudor por la negligencia de aquellas personas 'de las que se sirve para el cumplimiento de su obligación', se saca así consecuencia de que es el deudor quien se halla obligado y que, por tanto, sobre su esfera patrimonial deben recaer también, cuando se produzcan, las consecuencias negativas de la división del trabajo que él promueve y aprovecha. Dogmáticamente se trata aquí no de que el presupuesto de la responsabilidad sea una propia infracción del deudor, sino de un *caso especial de imputación en términos de riesgo*. La responsabilidad del deudor descansa aquí sobre una suerte de garantía por el correcto comportamiento de las personas introducidas por él en el programa de cumplimiento» (ESSER-SCHMIDT: *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, citado, pág. 390).

Por su parte, LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts, I, cit.*, pág. 274: «Con la utilización de auxiliares amplía él (el deudor) su ámbito de actividad, y, con él, sus posibilidades de ganancia. Si con ellas no se ampliara correlativamente su responsabilidad, ello significaría un considerable empeoramiento de la posición del acreedor». Y más adelante (pág. 275): «El fundamento de la responsabilidad por los auxiliares descansa, pues, en la ampliación de la esfera de actividad del deudor que supone su utilización, y, con ella, *de su esfera de riesgo*. El deudor debe soportar el riesgo de un defectuoso comportamiento de su auxiliar. Con arreglo a lo dicho, el fundamento de la responsabilidad *no puede hallarse en una propia culpa del deudor*, ni aun ligera, que se haya dado en la elección, dirección, instrucciones o vigilancia del auxiliar».

«Piuttosto si ha da fare (en la responsabilidad del deudor por su auxiliar) con verí casi che sono connessi inseparabilmente coll'esercizio dell'azienda e che nessuna diligenza per quanto elevata riesca ad evitare. Il principio della colpa non basta a colmare questa lacuna: esso diventa un concetto sempre più sfumato e lontano, che ricorda altri tempi d'organizzazione individualistica, ma che nell'organizzazione moderna é insufficiente a regolare i rapporti.

La dottrina dominante perciò e la giurisprudenza che la segue camminano su un terreno finto, essi parlano di colpa, dove colpa non c'è, e si lusingano con questo nome di supplire alla vuotezza del contenuto. Noi dobbiamo lealmente confessare che a voler applicare rigorosamente il principio della colpa la responsabilità del debitore per gli ausiliari sfuma e che le decisioni che la vogliono sanzionare, sebbene ispirate a motivi d'opportunità, cadono nell'arbitrario» (FERRARA, *op. cit.*, págs. 488-9).

«Il a été dit déjà que le débiteur est responsable de l'inexécution et des dommages provenant du fait de ceux par qui il s'est fait assister ou remplacer. Il en est ainsi alors même qu'il n'a commis aucune faute dans le choix ou la surveillance de ces personnes. C'est encore un cas de responsabilité sans faute, comme il en est de la responsabilité des commetants en matière délictuelle» (ESMEIN: *Traité...*, cit., pág. 526).

dor amplía su esfera de actividad y de beneficios, por ello los riesgos inherentes a tal utilización deben recaer sobre la persona que de ella saca provecho y no sobre el acreedor, que siendo ajeno a la decisión sobre su empleo y a los beneficios que de él derivan, debe permanecer también ajeno a sus riesgos (279). Desde este punto de vista el susodicho principio general de responsabilidad tiene su último fundamento en el *cuius commoda eius incommoda* (280).

Los autores que ante la presión de la realidad tratan de superar la radical insuficiencia de los principios de la culpa sobre la base de una presunción de culpa del deudor-principal o de una culpa *in re ipsa*, insita en la mera utilización del auxiliar, no hacen sino confirmar con su (bienintencionado) artificio —en realidad, lo que hay es una ficción de culpa a efectos de hacer responsable en todo caso al deudor— que el fundamento de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares es objetivo (281), pues no se tiene en cuenta *para cada caso concreto* de uti-

(279) Cfr. TRIMARCHI, *ibidem*, pág. 349; ROPPO: *Il contratto*, cit., páginas 257-8.

De esta forma el deudor no se desvincula de la responsabilidad contractual frente a su acreedor, no obstante la utilización de auxiliares. De otro modo, el tercero auxiliar, ajeno a la relación obligatoria, no respondería contractualmente frente al acreedor; tampoco el deudor inculpable que lo emplea, quedando sólo la responsabilidad extracontractual del auxiliar (el principal sólo respondería por él cuando se diesen los presupuestos del art. 1.903 del Código Civil), basada, al menos en principio, sobre la culpa (art. 1.902 del Código Civil).

En cambio, con el principio de responsabilidad del deudor por sus auxiliares se obtiene un concurso de acciones que permite al acreedor una tutela más plena: accionando en vía contractual contra el principal (que en caso de empleados y dependientes es más solvente), o, extracontractualmente, contra el auxiliar (que puede ser una gran empresa), según las posibilidades de obtener efectivo resarcimiento de uno u otro.

(280) La doctrina y jurisprudencia italianas han puesto repetidamente en conexión dicho aforismo con el artículo 1.228 del Código Civil italiano, la norma que con carácter general consagra en Italia la responsabilidad del deudor por sus auxiliares: cfr. MESSINEO, *op. cit.*, pág. 236; BIANCA, *op. cit.*, pág. 451, nota 1; COTTINO, *op. cit.*, pág. 301; BARASSI, *op. cit.*, págs. 333-4, y II, págs. 498-9.

(281) *Vid.* BARASSI, *op. cit.*, págs. 332 y 333: «... (questa dottrina)... si serve di una finzione per ribadire e render più accettabile —esattamente la ragione storica delle finzioni— la nuova regola, rivestendola in qualche modo con la vecchia e tradizionale (perciò da tutti percepibile) norma della responsabilità del debitore per colpa propria»... «no si può ritenere che vi sia *culpa in re ipsa* del debitore (che in fondo non è se non un rivestimento della teoria oggettiva con il vecchio abito della colpa)»; y, con no menor clarividencia, ARANGIO-RUIZ: *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*, Napoli, 1958 (reimp. de la 2.ª edición), pág. 114: «Il criterio (della *culpa in eligendo*) si riduce in realtà, ad una finzione di colpa: finzione che non ha altro senso se non di volere ad ogni costo considerare sotto specie soggettiva la responsabilità che le esigenze della vita giuridico-sociale impongono come vere e proprie assunzioni di rischio». Por su parte, FERRARA, criticando las tesis de la *culpa in eligendo* e *in vigilando*, decía: «noi dobbiamo vedere anche qui quanto vi è di finto e di falso, come questa colpa spesse volte non esiste e si crea per fondare l'obbligo di risarci-

lización de auxiliares la conducta del deudor respecto de los mismos (como lo exigiría una verdadera valoración de la diligencia del deudor), sino que de la *abstracta* posibilidad de su utilización se deduce *sin más* una genérica afirmación de responsabilidad del deudor (282).

Esta *objetivación* en la imputabilidad al deudor de los eventos impositivos del cumplimiento (o exacto cumplimiento) no se contesta diciendo que en la determinación del incumplimiento del auxiliar son tenidos en cuenta el dolo o la culpa de éste (283), pues lo que se discute no es la determinación del incumplimiento del auxiliar, que, como se ha visto, el principio de responsabilidad del deudor por sus auxiliares *presupone* determinado con arreglo a las normas generales de la responsabilidad contractual, *sino* que ese incumplimiento se considere *del deudor* que lo utiliza (o lo que es lo mismo, que lo actuado por el auxiliar sea causa imputable al deudor a efectos de su no liberación, de su responsabilidad). Es *aquí* donde se prescinde de la culpa del (único) deudor.

Supuesto este de objetivación tanto más importante cuanto se piense en la normal e intensiva utilización en el tráfico de los auxiliares en el cumplimiento de la mayor parte de las obligaciones.

mento. Noi dobbiamo demolire tutto questo artificio e mettere a nudo la verità...». «...Si avvera oggi un fenomeno analogo a quello che avveniva nella giurisprudenza romana, di desumere la colpa dal risultato e dare questo finto presupposto a base della responsabilità...». «Ma non siamo qui nel terreno della finzione? Non é piuttosto che questa responsabilità e così potentemente sentita da noi e così conforme alla nostra coscienza giuridica che sorvoliamo e ci contentiamo facilmente de la ragione giustificativa, pur di ammetterla rigorosamente in principio?...» (*op. cit.*, págs. 485, 486 y 487).

(282) Cfr. COTTINO, *ibidem*, págs. 302-3.

Como decía FERRARA, *op. cit.*, págs. 480-1, con relación a la responsabilidad extracontractual de patronos y empresarios por sus dependientes (art. 1.153 del Código Civil italiano de 1865), de la que argumenta para demostrar que la responsabilidad objetiva —como en el caso de los auxiliares— no era desconocida en el ordenamiento: «Ora io vorrei sapere che cosa è questa colpa presunta, *iuris et de iure* (explicación usual en la doctrina de aquella norma), che quindi esclude ogni prova contraria e rende sempre responsabile, se non una finzione di colpa, un orpello dottrinale messo là per salvare un principio teorico che nella sconfinata latitudine in cui si accetta, non esiste? Perchè non dire più lealmente e più sinceramente, che la legge in questo caso indipendentemente da ogni colpa per ragione d'interesse generale impone una responsabilità incondizionata?» Lo mismo lo extiende FERRARA a la responsabilidad extracontractual del dueño de animales por los daños causados por éstos (art. 1.154 del Código Civil italiano de 1865).

(283) Como hace MESSINEO, *op. cit.*, § 114, n. 4 bis, pág. 240.

3-2) *La responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el Derecho español*

Bien, ya hemos visto cómo funciona la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, o por mejor decir, cómo funcionaría si se admitiese como principio general en nuestro Derecho. Porque, como es sabido, en nuestro Derecho, al igual que en el francés, y a diferencia del italiano (art. 1.228 CC it.) (284) o alemán (§ 278 BGB) (285), no existe una norma expresa que con carácter general sancione la responsabilidad del deudor por sus auxiliares.

La explicación previa realizada tiene el sentido de saber ahora, cuando se habla de la admisibilidad a nivel preceptivo de aquel principio general en nuestro Derecho, si su funcionamiento es o no asumible por el sistema de la responsabilidad contractual de nuestro Código Civil; saber, en definitiva, hasta dónde llega la normalidad y hasta dónde la excepcionalidad de esta responsabilidad en el marco general vigente de la responsabilidad contractual.

Veamos, pues, qué hay *de nuevo* en que el deudor responda por sus auxiliares. Pero antes convendrá dejar fuera de discusión aquellos casos en que, aun interviniendo auxiliares, existe una *responsabilidad personal* del deudor. Supuestos que, por ello, no plantean ninguna especial dificultad de encaje en las reglas generales de la responsabilidad contractual. A este propósito ya hemos visto anteriormente que, aun admitiéndose el principio general que hace al deudor responsable por sus auxiliares, ello deja inalterada la propia, mejor, la *personal* responsabilidad del deudor (pues la responsabilidad por sus auxiliares también es *propia*).

En concreto, el deudor responde por *hecho propio* cuando utiliza los auxiliares para el cumplimiento de obligaciones que, con arreglo a su naturaleza, al propósito implícito de las partes o por existir pacto al respecto, excluyen dicha intervención auxiliar (arts. 1.161, 1.595, 1.721 *a contrario*, todos ellos del CC). Aquí la utilización del auxiliar constituye por sí misma incumplimiento (286), y en la medida en que por definición obedece a la voluntad del deudor, no hay para éste evento libera-

(284) Artículo 1.228 del Código Civil italiano: «Salva diversa volontà delle parti il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi e colposi di costoro».

(285) § 278 B.G.B. (en la traducción de MELÓN INFANTE, Barcelona, 1955): «El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de su representante legal y de la de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación. No se aplica el parágrafo 276, párrafo 2.º».

(286) Cfr., en igual sentido, MORENO QUESADA: «Problemática de las obligaciones de hacer», cit., pág. 492.

torio posible (arts. 1.105, 1.182 ss CC); el deudor, pues, responde en todo caso. Aquí la obligación, o se cumple personalmente, o no se cumple (en cuyo caso se responde, salvo que dicha falta de cumplimiento obedezca a imposibilidad liberatoria). Pero el cumplimiento por un auxiliar (por otro), si el acreedor legítimamente lo rechaza, es incumplimiento del deudor y genera su responsabilidad por su propia conducta (a él es imputable la no realización de lo debido).

También responde, como se ha visto, el deudor por hecho propio cuando utilizando auxiliares y *pudiendo hacerlo*, la falta de cumplimiento (total, parcial, exacto, puntual) derive de un evento a él imputable aunque no lo sea a su auxiliar. Responde aquí, pues, el deudor con arreglo a los principios generales (arts. 1.101 ss., 1.182 ss. CC): frente a la prueba (del acreedor) de la infracción de la obligación, él no puede alcanzar a dar la de un evento sobrevenido que imposibilite el exacto cumplimiento por una causa *a él no imputable*, y, por tanto, responde.

Sobre esta base es posible ir más lejos; también responde el deudor por *hecho propio* en los casos de la *culpa in eligendo* (cfr. art. 1.721, 2.º, CC) o *in vigilando* (en aquellos casos en que *efectivamente* se dé); tampoco aquí la infracción de la obligación obedece a un evento impositivo que no le sea imputable (*ex* arts. 1.105 y 1.182); también aquí, pues, responde el deudor del hecho propio (la falta del auxiliar no es sino la consecuencia de una previa o simultánea infracción del deudor, que es la causa efectiva de la falta —total, parcial, exacta— del resultado debido).

Luego el problema está en cuando el deudor utiliza auxiliares pudiendo hacerlo y la infracción de la obligación se produce por los auxiliares *sin culpa del deudor*. Es este el campo propio, institucional, de la responsabilidad por los auxiliares, por la conducta de terceros. Es aquí donde quiebra la culpa (*in eligendo, in vigilando*), que sólo puede cubrir este área de responsabilidad sobre la base de ficciones distorsionantes (o lo que es peor, sobre la base de la irresponsabilidad del deudor).

Veamos ahora, pues, lo que hay *de nuevo* en la afirmación de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares.

En realidad, como ya se ha visto, que la infracción del auxiliar se considere incumplimiento *del deudor* es una consecuencia lógica de que éste no deja nunca de serlo y de que el auxiliar es un tercero frente al acreedor (287).

(287) Pero una cosa es decir que el deudor, que no deja ciertamente de serlo, es quien debe responder, y otra, que deba responder aun en ausencia de culpa. Esta segunda cuestión no se resuelve por el mero hecho de que el deudor, en cuanto tal, sea quien debe responder, pues aun reconociendo esto, en aplicación de las reglas generales de la responsabilidad contractual —que se aplican a

El que la responsabilidad del deudor opere con independencia de su culpa tampoco es una novedad en el contexto de una correcta interpretación de las reglas generales de la responsabilidad contractual (288); si el deudor no cumplidor (o no exactamente cumplidor) responde frente a su acreedor de la falta del exacto resultado debido en defecto de prueba liberatoria, y ésta (arts. 1.105, 1.182 CC) es la de la imposibilidad sobrevenida (total, parcial, temporal) del cumplimiento, de la prestación por causa a él no imputable (caso fortuito con sus tradicionales requisitos), de ello se sigue que, con *carácter general*, el deudor no cumplidor, aun diligente (*sin su culpa*), responde de la falta (total, parcial, puntual) de cumplimiento en tanto la prestación sea posible.

¿Dónde está, pues, la *novedad* del principio general que hace responder al deudor por sus auxiliares? Lo hemos visto antes: en la consideración de la *imputabilidad* al deudor del evento que le impide cumplir o hacerlo exactamente, como elemento negativo (no imputabilidad) que se incluye en el hecho liberatorio. Se trata, pues, de saber si a efectos de la responsabilidad del deudor no cumplidor éste puede considerar la conducta de sus auxiliares como un evento a él no imputable, como un hecho liberatorio que lo exonera de responsabilidad; o si, por el contrario, la conducta de sus auxiliares como evento causante de la infracción de la obligación le es imputable, y, por tanto, debe responder.

Se trata, pues, de dos aspectos estrechamente coordinados en el seno del juicio de responsabilidad: si el evento impeditivo del cumplimiento (o exacto cumplimiento) es imputable al deudor no hay liberación (no concurren todos sus requisitos y, por tanto, hay incumplimiento (obligación que subsiste y subsiste insatisfecha), y con él responsabilidad; si, por el contrario, aquel evento impeditivo no es imputable al deudor, la obligación se extingue (total o parcialmente) o se suspende (caso de impedimento temporal), no hay incumplimiento (que presupone necesariamente la subsistencia del vínculo obligatorio) y el deudor, consiguientemente, no responde.

Aquí está precisamente la novedad que introduce el principio general de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares: la imputabilidad que como elemento negativo (no imputabilidad) se incluye en el hecho liberatorio (y que, como tal, es elemento indirecto de determinación de la responsabilidad, en la medida en que determina o no el incumplimiento, que es su fundamento) funciona respecto del deudor con relación a lo

quien sea deudor—, no siempre respondería. La cuestión, pues, está en explicar un funcionamiento propio o peculiar de las reglas de responsabilidad de ese deudor que no deja de serlo.

(288) Cfr. VISINTINI: *La responsabilità contrattuale per fatto...*, cit., páginas 11 y sigs., y 23 y sigs.

actuado por sus auxiliares al margen del criterio general de la diligencia (artículos 1.103, 1.104, 1.105, 1.182, 1.183 CC), es decir, *a pesar de la diligencia (ausencia de culpa) del deudor*: éste no puede liberarse alegando que el (exacto) cumplimiento se frustró por sus auxiliares, porque lo realizado por éstos le es imputable, no constituye evento liberatorio para él aun en defecto de culpa suya.

Puesto que es esto lo que hay de específico y nuevo en la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, ¿existe base para ampararlo en nuestro Derecho positivo?

El problema se resuelve claramente en sentido afirmativo en aquellos países en que una norma general expresa ha venido a consagrar el principio, también general, de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares.

En cambio en aquellos otros ordenamientos, como el español, en que una tal norma falta se plantea la cuestión de si, junto a la diligencia como criterio general de imputación de los eventos obstativos del cumplimiento (o exacto cumplimiento), son admisibles otros que determinen la imputabilidad al deudor de tales eventos sobre una base diversa, que permita, en concreto, establecer el carácter no liberatorio de la conducta de los auxiliares respecto del deudor que no cumple o no lo hace exactamente por su causa.

La respuesta, aun en defecto de una norma general expresa, debe ser afirmativa. Y ello por las siguientes razones:

1) Porque aunque no existe en nuestro Derecho aquella norma general expresa, si es posible inducir en él un *principio general (implícito)* de responsabilidad del deudor por sus auxiliares, del que se encuentran múltiples aplicaciones en concretas relaciones obligatorias [artículos 498, 1.550, 1.564 (289), 1.596, 1.601, 1.721 (290), 1.784, 1.890 CC;

(289) Estos tres primeros artículos citados (498, 1.550 y 1.564 del Código Civil) exigen alguna matización. Puesto que en ellos el usufructuario y el arrendatario de cosas responden frente al propietario de los daños en la cosa derivantes de haber consentido su uso o aprovechamiento a terceras personas. Pero aquí se trata de una hipótesis peculiar, pues no se trata de *auxiliares* instrumentalizados al cumplimiento de la obligación del deudor, sino de personas ajenas a dicho cumplimiento (*terceros sí, pero no auxiliares*, o, al menos, no necesariamente ni fundamentalmente auxiliares).

Principio de responsabilidad por terceros del (deudor)-poseedor frente al (acreedor)-propietario, que parece extensible a todos los casos de cesión de uso y disfrute sobre una cosa ajena (cfr. BIANCA, *ibidem*, pág. 467), y que, en cualquier caso, sirve de base para inducir y apoyar la responsabilidad del deudor por sus auxiliares (puesto que se trata siempre de una responsabilidad de un sujeto con independencia de su culpa por el hecho de terceros que, además, eventualmente pueden ser auxiliares —se piensa en el art. 1.564 del Código Civil—).

(290) A diferencia de TORRALBA (cfr. *op. cit.*, págs. 1153 y 1160, nota 49),

355, 379, 618 CCom; art. 121 LNA]. No se trata aquí de normas excepcionales, en la *ratio* de estas normas singulares no existe un interés o fundamento específico que se limite a la relación particular contemplada, sino que es extensible a cualquier supuesto de intervención de auxiliares: dicha intervención no debe suponer un descargo para la persona que se aprovecha de la misma, ni debe consentir la elusión de su responsabilidad frente a quien en ella confió y permanece extraño a dicha intervención.

¿Qué razón existe, en efecto, para hacer responsable por sus auxiliares al arrendatario de cosas y no al comodatario, al contratista de obras o al transportista y no al prestador de servicios? «El concepto directivo de estas normas —decía FERRARA para las equivalentes del Código Civil italiano de 1865— es único: aquí vemos una aplicación, pero ello no debe atar las manos del intérprete, de modo que estudiando su fundamento no pueda extenderlo a otros casos» (a todos los demás casos) (291).

O sea, en los casos no previstos expresamente, existiendo similitud (semejanza de supuesto) con los que sí lo están, y una misma *ratio decidendi*, la solución ha de ser la misma (art. 4.º, 1, CC, *analogia legis*) o se procede a aplicar el principio general inducido (art. 1.º, 4, CC, *analogia iuris*).

entiendo que el *sustituto* a que se refiere el artículo 1.721 del Código Civil es un *auxiliar* del mandatario, siempre que *sin estar prohibido* su nombramiento, *tampoco se le diese facultad al mandatario para nombrarlo* (art. 1.721, 1.º), en cuyo caso, como dice el propio texto legal, se da el efecto típico de la responsabilidad del deudor por su auxiliar («responde —el mandatario— de la gestión del sustituto»).

En cambio, si se nombra auxiliar (sustituto) estando prohibido, hay incumplimiento (*personal*) del deudor, y también cuando se designa persona «notoriamente incapaz o insolvente» (*culpa in eligendo*, art. 1.721, 2.º).

El efecto sustitutivo (desvinculación del mandatario y ocupación de su lugar en la relación con el mandante por el sustituto), que para TORRALBA se produce siempre que se designa al sustituto (salvo en los casos mencionados en los números 1 y 2 del art. 1.721), para mí sólo se produce cuando esa designación *ha sido autorizada por el acreedor* (arts. 1.721 y 1.205 del Código Civil), en cuyo caso, obsérvese, si nos hayamos, por definición, fuera del terreno de los auxiliares que son *terceros*, y no lo es quien es *aceptado*, preventivamente o posteriormente a su designación, por el acreedor).

(291) Vid. FERRARA, *op. cit.*, págs. 501 y sigs. (el texto transcrito en página 502). Cfr., también, MAZEAUD-TUNC, *op. cit.*, págs. 1044 y sigs. (n. 990) (como corolario del examen de las normas singulares del Código Civil francés: «Ainsi l'on peut dire que, sous réserve de rares exceptions légales ou conventionnelles, un débiteur est responsable de tous ceux qu'il introduit dans l'exécution du contrat» —pág. 1046—), y ESMEIN: «Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle», en *RTDC*, 1933, págs. 627 y siguientes, y allí, pág. 674: «Il n'est pas mis en doute qu'elle (la responsabilité du fait d'autrui) constitue une règle générale, bien que le Code n'en fasse mention que dans des textes semi-généraux ou particuliers».

2) Porque con carácter *general y expreso* existe recogido en el Código Civil un principio de responsabilidad por el hecho del tercero que se utiliza en propio provecho (art. 1.903, 4°); cierto, muy cierto, que dicho principio se refiere a la responsabilidad *extracontractual* y que su ámbito, al presuponer la relación de dependencia o subordinación, es más limitado que el de la utilización de auxiliares (que pueden ser autónomos) (292), pero ello no empece a que la *ratio* última de dicha norma general (expresa) sea la misma que la de la (implícita) que hace responsable al deudor de lo actuado por sus auxiliares: en ambos casos se trata de adosar al sujeto que utiliza terceras personas en su provecho, y por iniciativa propia, las consecuencias negativas que pueden derivar de dicha utilización y que son contrapartida necesaria (riesgo) del consiguiente beneficio (ampliación del área de su actividad empresarial) que de la misma deriva (292 bis).

(292) Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, págs. 1161-2.

(292 bis) Parto aquí, obviamente, de que el artículo 1.903, 4.º, del Código Civil consagra una responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de otro y no una responsabilidad culposa por hecho propio (culpa *in vigilando* o *in eligendo*). En este mismo sentido, cfr. LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 1, págs. 242-3, y Díez-PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973 (2.ª edición), pág. 304. Así, dice este último autor: «Es evidente que desde un punto de vista de una interpretación literal, el párrafo final del artículo 1.903 admite que la presunción de culpa *in vigilando* se destruye con una prueba de la diligencia en todos los supuestos que el artículo contempla. Una interpretación teleológica y evolutiva tal vez debiera llevarnos a consecuencias distintas. Pues lo cierto es que si bien la responsabilidad de los padres, tutores, maestros, etc., parece limitada en la idea del deber de vigilancia, la responsabilidad del empresario escapa a esta idea y pertenece más al terreno de la responsabilidad por riesgo. Pues ¿qué culpa *in vigilando* puede seriamente imputarse al empresario cuando su dependiente está actuando con propia iniciativa y fuera del posible círculo de la vigilancia, como en nuestro caso (el de la sentencia comentada por el autor), en que conducía un camión? ¿Qué tipo de diligencia debe el empresario emplear para vigilar cómo son conducidos todos sus camiones? ¿No es, evidentemente, ficticio hablar de culpa *in vigilando*? Y añade LACRUZ: «Por lo demás, igualmente sencillo resulta hacer la crítica de la culpa *in eligendo*: si el dependiente había sido admitido con buenos informes y su conducta hasta el momento de realizar el hecho dañoso había sido intachable, no se ve qué clase de culpa real puede atribuirse al empresario».

Consecuentemente con este fundamento objetivo de la responsabilidad del empresario *ex* artículo 1.903, 4.º, en la idea del riesgo, no cabe en este caso dar la contraprueba de la diligencia a que se refiere el artículo 1.903 del Código Civil *in fine* (*vid.* LACRUZ, cit., págs. 244-5 y 246-7). Que esto sea en el fondo lo que quiso decir el legislador se desprende del artículo 1.904 del Código Civil, que concede el derecho de repetición *siempre y precisamente* al empresario (con lo que presupone que *él* no es *personalmente* responsable).

En realidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo llega a resultados sustancialmente idénticos, pues la «presunción de culpa» del empresario que estaría insita en el artículo 1.903, 4.º, es, en la práctica, imposible de vencer con la contraprueba del inciso final del mismo artículo, dado el rigor con que se valora la diligencia exigible del empresario (cfr., en este sentido, por ejemplo, la Sen-

No reconocerlo así es abrir paso al absurdo: si un dependiente o empleado por su negligencia daña un objeto del acreedor el principal se libera; si en cambio daña la cosa de un tercero el principal responde: «Si nuestra ley ha procedido en modo riguroso a proteger a los terceros del daño causado por empleados y dependientes, ¿cómo es suponi-

tencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1953 (R. A. 913), citada por Díez-PICAZO, que vincula dicho rigor a «razones de convivencia social»).

Especialmente significativa es la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo que ha venido interpretando reiteradamente la norma del artículo 22 del Código Penal como sancionadora de una responsabilidad civil objetiva de carácter subsidiario para los empresarios y titulares de cualquier género de industria por los daños derivantes de los delitos o faltas que cometieren sus dependientes en el ejercicio de sus funciones.

Transcribo, por su interés, fragmentos de dos ejemplos de dicha jurisprudencia, citados por LACRUZ.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) de 23 de noviembre de 1967 (R. A. 5155): «ha de examinarse el origen, fundamento y naturaleza de la responsabilidad civil subsidiaria que establece el legislador para cubrir la insolvencia del responsable directo, en el presupuesto que abarca el artículo 22 del Código Penal, que es el que nos ocupa, y es indudable que se trata de una responsabilidad puramente objetiva, en la que sólo se atiende a la que nace de los delitos o faltas cometidos en el desempeño de sus obligaciones o servicios por los dependientes..., es decir, que se apoya esta responsabilidad civil subsidiaria en la objetividad de la infracción cometida y en la relación de dependencia que une al responsable principal con el que ha de suplir la carencia de bienes, con el fin de que no se queden sin cobrar los perjudicados por el delito o falta, todo ello inspirado en la doctrina de la compensación de beneficios y riesgos que sirve de fundamento a las figuras de responsabilidad sin culpa; y, por tanto, no puede extenderse esta especial obligación a personas distintas de las que se les atribuyen los posibles beneficios de toda índole, con la consiguiente eventualidad de correr los riesgos».

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) de 6 de marzo de 1975 (R. A. 863): «Que en la interpretación del artículo 22 del Código Penal viene distinguiendo y sentando esta Sala: 1.º Como fundamento del precepto, una presunción legal de una responsabilidad sin culpas, con la tendencia del delincuente subordinado a un principal a actuar en su beneficio, provecho o utilidad, tendencia de la cual se deriva un principio de responsabilidad para que se sufraguen por la persona en cuyo beneficio se actúa y en cuya actividad se cometió el delito, las consecuencias civiles del mismo, conforme al principio *cuius commoda, eius incommoda* —Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 2.^a) de 3 de marzo de 1972 (R. A. 966) y 28 de abril de 1972 (R. A. 1935)—».

Y, tras enumerar los presupuestos de aplicación del artículo 22 del Código Penal, concluye esta sentencia: «todo lo anterior excluye el fundamento, arrumbado por tal doctrina (del riesgo), de la culpa basada en presunciones *in eligendo* o *in vigilando*, puesto que no es el acierto en la elección de la persona lo que juega como entraña de la responsabilidad civil subsidiaria, sino la utilidad potencial a favor del *dominus* de la actividad del sujeto que luego cometió el delito —Sentencias de 4 de mayo de 1970 (R. A. 2085), 28 de abril de 1972 (R. A. 1935), 7 de diciembre de 1972 (R. A. 5291), 17 de abril de 1973 (R. A. 1766), 26 de diciembre de 1973 (R. A. 5098) y 6 de febrero de 1974 (R. A. 505), entre otras—».

Pues bien, el mismo fundamento objetivo que tiene la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código Penal, es el que tiene, por las mismas razones (una más intensa protección del dañado), la responsabilidad civil prin-

ble que después haya querido dejar indefensos a los acreedores, que a todas luces tienen mejor título que un tercero para invocar la protección legal?» (293).

3) Finalmente, se argumenta sobre la propia noción de la prueba liberatoria del caso fortuito en sentido estricto: si la falta de total o exacto cumplimiento ha de provenir de caso fortuito para que el deudor no responda, no puede considerarse como tal a la conducta de los auxiliares, que constituye un evento que deriva de la propia esfera organizativa y de control del deudor (su esfera *interna*), quien, en último extremo, al emplear los auxiliares por iniciativa suya (por *hecho propio*) es el causante (causa determinante) de la infracción obligatoria (294).

cial del artículo 1.903, 4.º, del Código Civil. Y es este mismo fundamento objetivo el que también es común, como *ultima ratio*, a la responsabilidad contractual por los auxiliares (la idea del riesgo, del *cuius commoda, eius incommoda*), acogándose aquí como el más adecuado para la protección del interés y confianza del acreedor. En todos estos casos la acogida de la responsabilidad objetiva se hace por la ley, por el ordenamiento, como consecuencia de la valoración discrecional de las razones que así lo aconsejan.

(293) FERRARA, *op. cit.*, pág. 504.

(294) Cfr. TORRALBA, *op. cit.*, págs. 1155 y 1156; Díez-PICAZO, *op. cit.*, página 724; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 279; GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, págs. 281-2; MORENO QUESADA, *op. cit.*, págs. 493-4 (sólo para las obligaciones de resultado).

En realidad, esta argumentación sobre la propia noción del caso fortuito tiene su origen en FERRARA (*op. cit.*, págs. 489 y sigs.), que la utilizó en Italia bajo la vigencia del Código Civil italiano de 1865, con anterioridad, pues, a la existencia de una norma general que consagrara la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. En defecto de dicha norma, FERRARA deducía el carácter general de la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares de la configuración (general, asimismo) que el Código mencionado daba al caso fortuito. De conformidad con el artículo 1.225 del Código Civil italiano de 1865 el deudor no cumplidor para liberarse había de probar que el incumplimiento derivaba de una «causa extraña a él no imputable». Pues bien, de este requisito de la «ajenidad» o «exterioridad» al deudor de la causa que frustra (total, parcial o temporalmente) el cumplimiento, deducía FERRARA que el caso fortuito, en general, no podía simplemente identificarse como evento inculpable causante de la imposibilidad de cumplir (o de hacerlo exactamente), sino que, además, había de ser *exterior* o *ajeno* al deudor. El deudor respondería, pues, de aquellos eventos inculpables que frustrando el cumplimiento se producen por *hecho propio*, en su esfera (*interna*) de actividad. Y, en aplicación de estos *principios generales*, no podía considerarse como exterior al deudor la conducta de sus auxiliares cuya intervención en el cumplimiento obedece, precisamente, al hecho propio del deudor.

Esta misma argumentación fue posteriormente trasplantada a Francia por BECOUÉ —*op. cit.*, págs. 284-287— sobre la base del artículo 1.147 del Código Civil francés, del que el mencionado artículo 1.225 del Código Civil italiano de 1865 era traducción literal («cause étrangère qui ne peut lui être imputée»). En Francia, donde, como en España, aún no existe una fórmula legal general que consagre la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, esta argumentación persiste en un sector de la doctrina (cfr. autores citados en VISINTINI: *La responsabilità contrattuale per fatto...*, cit., págs. 4-5, nota 5, y CARBONNIER: *Théorie*

En estas apreciaciones existe indudablemente un fondo de verdad: la imputabilidad al deudor del evento que le impide cumplir es un *concepto jurídico* (y evolutivo); junto al criterio general de la diligencia nada impide la coexistencia en el ordenamiento de criterios distintos de carácter objetivo (arts. 1.096, 1.185 CC, 120 LNA, los supuestos de responsabilidad extracontractual objetiva); y en las propias aplicaciones prácticas existe una tendencia jurisprudencial que en el ámbito de ciertos contratos de empresa realiza sustancialmente imputaciones de carácter objetivo, aunque encubiertas en valoraciones rigurosas de la diligencia.

Todo ello contribuye a que en línea de principio un criterio objetivo de imputación en materia de responsabilidad del deudor por sus auxiliares fuese admisible. No existiendo una norma general expresa que lo consagre y buscando un apoyo normativo que justifique su utilización en lugar del criterio común (la diligencia), no bastando por sí misma una preconcepción puramente doctrinal del caso, entiendo que éste se encuentra en el principio general que se induce de las normas singulares existentes y en la identidad de *ratio* con el supuesto legalmente contemplado en la sede de la responsabilidad extracontractual. De modo que aquella noción amplia de la imputabilidad está implícita en el propio ordenamiento (así como en las aplicaciones prácticas) y no se la trata de imponer por vía doctrinal (295).

des obligations, París, 1963, pág. 272: «Il convient de lui assimiler le fait du créancier ou le fait d'un tiers-mais non pas le fait d'un préposé du débiteur, car ce n'est pas une cause qui soit *étrangère* à celui-ci; en ce sens, il existe de plein droit une *responsabilité contractuelle du fait d'autrui*—»).

A mi modo de ver, en esta argumentación existe un fondo de verdad que responde a un exacto planteamiento de la cuestión: no puede ser considerado como no imputable al deudor el evento impeditivo del cumplimiento que deriva, como es el caso de la intervención de sus auxiliares, de su propia iniciativa y que responde a su (único) interés; pero esto, *de por sí sólo*, no es suficiente, puesto que por esta vía se podría caer fácilmente, al menos por lo que respecta al Derecho positivo español, en una petición de principio (dar por sentado lo que se discute): se pretende argumentar sobre un preconcepto *doctrinal* de caso fortuito basado en la exterioridad al deudor del evento liberatorio, cuando lo que se discute, precisamente, es si resulta admisible asentar la no imputabilidad al deudor del evento impeditivo del exacto cumplimiento sobre una base distinta del criterio legal-general de la diligencia. En este sentido las maniobras interpretativas al respecto se ven dificultadas en España, porque, a diferencia que en Italia antes del actual Código o en Francia con el actual, el requisito de la exterioridad o ajenidad no comparece en la sede de las normas generales de la responsabilidad contractual.

(295) En este sentido la existencia de una norma general, como la del artículo 1.228 del Código Civil italiano, que consagre la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, no puede decirse que sea superflua. Pues su presencia viene a resolver en modo terminante la cuestión de la interpretación más o menos extensiva de la imputabilidad al deudor del evento liberatorio, que, en otro caso,

A ello debe añadirse (296) que en la mayoría de las prestaciones que se desarrollan de cara al público, la intervención de auxiliares del deudor se contempla por las partes del contrato como contenido normal *de la obligación del deudor*, bien sea expresamente, bien sea, sobre todo, implícitamente con arreglo a la naturaleza de la prestación o al sistema de organización de la actividad de cumplimiento predispuesto por el deudor: en el primer caso es la buena fe la que integra el contenido de lo debido, de la prestación del deudor con la actividad de sus auxiliares; en el segundo son, junto a ella, los usos (art. 1.258 CC) (297).

3-3) *¿Responsabilidad del deudor inculpable aun en ausencia de culpa de su auxiliar?*

El principio general enunciado significa, como se ha visto, que el deudor responde de la falta de total, parcial, exacto o puntual cumplimiento debida a sus auxiliares en las mismas condiciones que si se debiera a su propia conducta.

Ello permite resolver satisfactoriamente —es decir, sobre una base firme— la tradicional cuestión de si presupuesto necesario de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares es la culpa *de éstos*. A esto, con arreglo a lo dicho, se responde que la culpa de los auxiliares respecto de la responsabilidad del deudor por ellos cumple el mismo papel que la de éste respecto de su responsabilidad personal. Y la culpa del deudor no es *nunca* fundamento de la responsabilidad contractual (como, consecuentemente, tampoco la ausencia de culpa basta por sí sola para liberar al deudor no cumplidor), sino que como elemento **negativo de la prueba liberatoria** es simplemente presupuesto mediato o indirecto de la responsabilidad contractual. Si hay culpa en el deudor el evento que le impide cumplir no es liberatorio, hay incumplimiento y, por tanto, responsabilidad (que se fundamenta en todo caso en éste). Pero si, no habiendo culpa, la prestación, el cumplimiento es posible, tampoco hay liberación, también hay incumplimiento (la obligación en defecto de imposibilidad liberatoria subsiste, y subsiste insatisfecha) y responsabilidad. Del mis-

se plantea en términos de trabajosa reconstrucción sobre si en la imputabilidad al deudor se incluye lo actuado por sus auxiliares en ausencia de culpa de aquél.

(296) Cfr. Díez-PICAZO, *op. cit.*, págs. 724-5; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 279.

(297) Piénsese como ejemplo, el puesto por Díez-PICAZO (*opp. y locc. ult. citt.*) de la reparación de un vehículo en un taller mecánico: el que lleva a reparar su automóvil al taller y el principal (deudor) o quien lo representa convienen en modo implícito que será reparado por los operarios de dicho taller (lo que resulta del propio modo en que la actividad de cumplimiento se organiza por el deudor).

mo modo, el deudor (inculpable) responde por sus auxiliares cuando la frustración del cumplimiento obedece a culpa de los mismos, pero también cuando no habiendo culpa de éstos la prestación es todavía posible (298).

Sobre esta misma base es posible afirmar que allí donde la responsabilidad contractual personal del deudor funcione en modo objetivo (es decir, prescindiendo de la valoración diligente de su conducta a efectos de la imputabilidad del evento que le impide cumplir), también funcionará de este modo la responsabilidad del deudor por sus auxiliares; es decir, se prescinde en la determinación del incumplimiento de los auxiliares de la valoración de la diligencia de éstos: de modo que el deudor inculpable responde de los hechos que objetivamente se le imputen a sus auxiliares (299), en el mismo modo en que se le imputarían objetivamente a él si hubiese actuado personalmente. Esto ocurre siempre que nos hallemos ante fórmulas legales que consagren una responsabilidad contractual objetiva, y lo que es más importante, siempre que, con independencia de ellas, nos encontremos ante aplicaciones prácticas jurisprudenciales objetivantes: la misma medida de la responsabilidad personal del deudor es la que se aplica a sus auxiliares (o por mejor decir, es la que se aplica al mismo deudor cuando en vez de intervenir él, intervienen auxiliares suyos; se piense, por ejemplo, en materia de transporte, cajas de seguridad, establecimientos hosteleros).

4) EL COMODATO Y OTROS SUPUESTOS CALIFICADOS COMO DE GARANTÍA

La responsabilidad contractual del comodatario, tal y como se regula en el Código Civil, ha planteado tradicionalmente algún problema en or-

(298) En sentido diverso, distinguiendo según se trate de *id quod interest* o daños ulteriores, cfr. TORRALBA, *op. cit.*, págs. 1163-4, y DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, página 726. Para estos autores, el primero funciona objetivamente, es decir, salvo la prueba del fortuito (luego, digo yo, aquí la culpa también se considera, negativamente, como elemento —ausencia de culpa— que, junto a la imposibilidad de la prestación, se integra en el caso fortuito); en cambio, los segundos presuponen necesariamente la culpa del auxiliar. Es decir, que estos autores, en realidad, respecto del *id quod interest* llegan a la misma solución aquí defendida: la culpa del auxiliar es presupuesto (sólo) indirecto de la responsabilidad del deudor.

En cambio, no comparto la distinción entre el fundamento del *id quod interest*, por una parte, y los daños ulteriores, por otra (sobre ello, *vid.* «Las reglas generales de la responsabilidad contractual...», *cit.*).

(299) Así se justifica, por cierto, la responsabilidad del deudor (inculpable) por el auxiliar del auxiliar. El auxiliar responde por su auxiliar objetivamente (como el deudor), pero este incumplimiento del auxiliar objetivamente determina es, en realidad, del deudor con arreglo al principio general que lo hace responsable por sus auxiliares.

den a su encuadramiento en el marco de las reglas generales de responsabilidad de dicho texto legal.

No existe problema alguno por lo que se refiere a la que podemos considerar la norma general que se ocupa de la responsabilidad del comodatario en la custodia de la cosa prestada; así, cuando el artículo 1.746 del Código Civil nos dice que el comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan en la cosa prestada por el solo efecto de su uso (el *pactado* expresa o implícitamente) y sin su culpa, no nos está diciendo cosa distinta de lo que se desprende de los artículos 1.182 ó 1.105 del Código Civil: el deudor de la entrega (aquí restitución) no responde de su falta —pérdida de la cosa, material o jurídica (300)— o de su inexactitud —deterioro— cuando éstas obedecen a una concreta causa a él no imputable: imputabilidad que se establece como norma general sobre la base de haber observado o no la diligencia exigible en la custodia con arreglo a las circunstancias del caso (arts. 1.182, 1.105, 1.103, 1.104, 1.094 CC). Por ello responde también el comodatario de la falta o inexactitud de la entrega que obedezca a no haber realizado los gastos necesarios para conservar la cosa prestada tanto materialmente cuanto en el estado que permita su normal utilización (*ex art.* 1.743 CC), puesto que la obligación de realizar estos gastos no es sino una concreta plasmación de la obligación principal de custodia (301).

Mayor dificultad han planteado las normas específicas contenidas en los artículos 1.744 y 1.745 del Código Civil, sobre la base de los cuales es frecuente afirmar el carácter agravado de la responsabilidad del comodatario (302).

El primero de ellos establece: «Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida aunque ésta sobrevenga por caso fortuito».

En sustancia, lo que se nos dice en el artículo transcrito, es que la des-

(300) Señala con razón MARTÍN RETORTILLO (Cirilo): «El comodato en nuestros días», en *Anuario de Derecho Civil*, 1953, págs. 839 y sigs., y allí, pág. 847, que la imposibilidad de restituir la cosa por el comodatario no tiene por qué obedecer necesariamente a su pérdida o destrucción físicas; ejemplo, imposibilidad de restituir un camión prestado por haber sido incautado o confiscado por razones fiscales o penales.

(301) Cfr. CARRESI: *Il comodato. Il mutuo*, Torino, 1957 (reimp. de la 2.^a edición), pág. 65.

(302) Cfr. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 710-711; GULLÓN: *Curso...*, citado, págs. 240-1; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., págs. 487-8; LACRUZ: *Elementos...*, cit., II, 3, pág. 176; ALBALADEJO: *Derecho civil*, cit., II, 2, cit., págs. 342 y sigs.; PUIG BRUTAU: *Fundamentos...*, cit., II, 2, págs. 363-4; ESPÍN, *op. cit.*, págs. 620-1; CASTÁN, *op. cit.*, págs. 436-7; MARTÍN RETORTILLO: «El comodato en nuestros días», en *Anuario de Derecho Civil*, cit., y allí, págs. 846 y siguientes.

trucción o deterioro de la cosa sin culpa del deudor-comodatario no es liberatoria o liberatorio para éste cuando ha sido *precedida* de incumplimiento por su parte: retraso en la restitución o uso de la cosa prestada en modo distinto del convenido (303). En otras palabras, lo que el artículo 1.744 del Código Civil establece es una regla de imputabilidad al deudor del evento que le impide cumplir-restituir (total o exactamente) sobre una base diversa del criterio general de la culpa-diligencia. Pero no puede decirse que se trate de una regla particular del comodato, ya que esta misma imputación se hace en las propias reglas generales (arts. 1.182 y 1.096, 3.º): la imposibilidad sobrevenida de la prestación para ser liberatoria no sólo ha de ser inculpable, sino además anterior a la constitución en mora del deudor. Si acaso, la especialidad está, no en cuanto al efecto (*perpetuatio obligationis*) de la mora, sino en cuanto al modo en que ésta se produce: aquí para constituir al comodatario-deudor de la restitución en mora no se requiere, como es la regla, la intimación; la mora se constituye automáticamente (art. 1.100, 1, CC) desde que llegada la fecha de la entrega —si se fijó, si no hay que reclamarla, art. 1.750 del Código Civil— ésta no se produjo; efecto automático que se deriva implícitamente de la ley, que al señalar la consecuencia más característica de la mora desde ese momento, la presupone sin más a partir del mismo (304).

Norma, pues, que se inscribe en la tradición del *casus culpa determinatus*, en la medida en que no puede ser liberatorio un caso fortuito que frustra el cumplimiento cuando esa frustración se ha producido a causa de un (concurrente) *incumplimiento previo*; en otras palabras, sin ese incumplimiento previo (que es «imputable» al deudor) aquel evento inculpable posterior no habría frustrado el (exacto) cumplimiento.

Se comprende que de estos planteamientos derivan dos consecuencias:

1) Que con arreglo a las normas generales de la responsabilidad contractual tiene que hacer un *incumplimiento* previo del deudor o, con la terminología usual, a él imputable. Así, por lo que se refiere al retraso

(303) Se trata de una norma que recoge una larga tradición histórica: D. 13.6.5; Partidas, ley 3, II, V; art. 1.635 Proyecto de 1851.

(304) Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, págs. 184-5; LACRUZ, *op. cit.*, II, 1, página 108; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 487.

A ello no es obstáculo el que el artículo 1.100, 1.º, vincule la automaticidad de la mora a una «declaración expresa» de la ley o la voluntad particular, pues, como dice ALBALADEJO, *loc. cit.*, «el espíritu del precepto no es de exigir una declaración *expresamente* encaminada a disponer que se incurra automáticamente en mora, sino el de excluir tal automatismo cuando no haya sido *efectivamente* establecido (de forma explícita o implícita)».

en la restitución, no hay incumplimiento (no hay mora) cuando aquel retraso obedece a imposibilidad (temporal) sobrevenida de la prestación que frustra el (puntual) cumplimiento por una causa no imputable al deudor (artículos 1.105 y 1.182 CC): prueba liberatoria que incumbe dar al deudor no (puntualmente) cumplidor *ex* artículos 1.183 y 1.214 del Código Civil. Aquí la obligación queda (temporalmente) suspendida y por tanto no hay incumplimiento (falta del exacto resultado debido, *subsistiendo* el vínculo obligatorio), sino exoneración. Al no haber mora tampoco hay *perpetuatio obligationis* ni responsabilidad (objetiva) de ella derivante.

2) Que ese *incumplimiento previo* sea la *causa* (última) de la frustración del (exacto) cumplimiento, que sin él esta frustración no se hubiese producido, significa tanto como que *en la medida* en que esto no sea así tampoco habrá responsabilidad, tampoco habrá *perpetuatio obligationis*. Así, por lo que se refiere al retraso, la norma del artículo 1.744, como las más generales de los artículos 1.182 y 1.096, 3.º, recogen la tradición romanística del *casus propter moram*; por esto no excluyen la posibilidad de que el deudor (aquí el comodatario) dé la prueba (carga de la prueba a él adosada) de que la cosa hubiese perecido igualmente (o se habría deteriorado) en manos del acreedor si hubiese cumplido (restituido) puntualmente. Ello, aunque no se acoge con carácter general en las citadas normas, es lo conforme con nuestra tradición histórica, con la virtualidad causativa del retraso respecto del incumplimiento final, que es presupuesto (necesario) de la responsabilidad del deudor y, además, se desprende del artículo 1.896, 2.º, del Código Civil a mayor abundamiento (pues esta norma se refiere a un deudor de restitución que es de mala fe) (305).

(305) Así en las Partidas, ley 3. II. V. cit., recogiendo la doctrina del Digesto (13.6.5.7), dice que si perece por caso fortuito («*ocasión*») la cosa comodada que se destina a usos distintos de los convenidos («si —el comodatario— demandasse vasos de plata prestados, con que bebiesse en su casa, e los levasse sobre mar, o en algund camino, e los perdiesse allá, o si pidiesse alguna bestia prestada para una jornada e la levasse más lueñe, e se muriesse, o se perdiesse allá»), «en tales casos como estos, o en otros semejantes dellos, tenuto sería —el comodatario— de pechar lo que rescibiesse prestado, maguer la cosa se perdiesse por ocasión, porque él dio carrera por do acaesció aquella ocasión, usando della en otra manera que non devía». Aquí, como se ve, se recoge la tradición del *casus propter moram*: el deudor moroso responde de la pérdida inculpable de la cosa *en la medida* en que sin el retraso no se habría producido, y, del mismo modo, la diversidad de uso genera la responsabilidad *en la medida* en que sin ese incumplimiento previo el cumplimiento no se habría frustrado.

Moviéndose en esta misma tradición el artículo 1.160, 4.º, del Proyecto de 1851, establecía con carácter general para eludir el efecto de la *perpetuatio obligationis* la posibilidad de contraprueba por el deudor de que la cosa hubiera igualmente perecido de haber hecho puntualmente la entrega (se excluía excepcionalmente de esta posibilidad el caso de la doble obligación de entrega sobre la misma cosa).

Estas consideraciones generales que hasta ahora se han desarrollado fundamentalmente para el retraso valen igualmente para el caso de uso diverso del pactado. Pero aquí, por definición, existe, a diferencia que en el retraso, *siempre* un incumplimiento previo (no hay, pues, posibilidad de prueba liberatoria contraria) en la medida que el diverso uso responde en todo caso a la voluntad del propio deudor-comodatario, y ese diverso uso es, obviamente, contrario al contenido de las facultades del comodatario que resultaban del contrato, en modo que puede justamente decirse que el comodatario está obligado a dar a la cosa que recibe en préstamo el uso convenido (306).

Consecuentemente con lo antes dicho, el deudor-comodatario que destinó la cosa a un uso diverso del pactado, responde también del caso fortuito *en la medida* en que ese *incumplimiento previo* ha sido determinante (concurriendo con el caso fortuito) del incumplimiento final: falta total o parcial de la entrega. Por ello también aquí el deudor puede ofrecer la contraprueba que lo libere de la responsabilidad, demostrando que la cosa hubiera perecido o se habría deteriorado igualmente aun respetando el uso convenido. Esto es lo coherente con la tradición histórica del *casus culpa determinatus* y el *casus propter moram*: se responde en presencia del caso fortuito porque no está en él la verdadera eficacia frustrante del cumplimiento o exacto cumplimiento, sino que ésta se halla en un incumplimiento *previo, sin el cual* el exacto cumplimiento se habría dado, no obstante el caso fortuito ulterior (307).

En el mismo sentido del aquí defendido, tanto en general como, en particular, para el comodato, cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 1, págs. 188-9, y II, 2, página 342, nota 2, y LACRUZ, *op. cit.*, II, 1, pág. 108, y II, 3, pág. 176.

En otras palabras, se trata de una aplicación de los principios generales de la *perpetuatio obligationis*, tal y como se regula por nuestro ordenamiento en sede de las reglas generales de la responsabilidad contractual. (Desde esta perspectiva general, en conformidad con lo aquí sostenido en particular, *vid.* mis «Reglas generales...», *cit.*, a las que, nuevamente, me debo remitir.)

Para GARCÍA GOYENA la norma del Proyecto de 1851 equivalente a la del actual artículo 1.744 (el art. 1.635 del Proyecto), era hasta tal punto aplicación de las normas generales, que decía en su comentario que por el artículo 1.160, 4.º, del Proyecto (equivalente del actual 1.182) podrían igualmente decidirse los casos de aquella norma.

(306) Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 2, pág. 342; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 621.

(307) Recuérdese a este respecto el fragmento de las Partidas referido, precisamente, al diverso uso.

Esta implicación necesaria, causal entre el incumplimiento previo y el final, resultaba con claridad del texto del artículo 1.635 del Proyecto de GARCÍA GOYENA: «El comodatario responde de la pérdida de la cosa prestada, acaecida por caso fortuito, si éste acontece por haberla destinado para un uso, o haber usado de ella por un tiempo que no debía».

Creo que es a la luz de esta tradición, que es la que en general ha recogido nuestro ordenamiento, a la que debe interpretarse la norma del artículo 1.744.

Esta interpretación referida al diverso uso, sin embargo, no es reconocida en

Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de ver al analizar en general el problema de la custodia, el acreedor de la entrega, ante el diverso uso que a la cosa prestada da el comodatario, no está desprovisto de otros remedios frente a una conducta del deudor-poseedor que es ya incumplimiento; no tiene, pues, que aguardar a la efectiva producción del daño en la cosa: puede instar desde entonces la resolución del contrato, con indemnización, en su caso, de los daños sufridos (308).

Por lo que se refiere al artículo 1.745 del Código Civil, establece lo siguiente: «Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad» (309).

También aquí parecemos hallarnos ante una norma excepcional, ante un caso de responsabilidad a pesar del caso fortuito, de forma que más que de un supuesto de responsabilidad contractual, se trataría de una *garantía*, una suerte de «aseguración» del acreedor (310), pues el caso fortuito, en virtud de su doble eficacia liberatorio-extintiva, es incompatible con la idea de obligación, y sin obligación no puede hablarse de responsabilidad contractual (311).

En cualquier caso, lo que está claro es que la existencia de la tasación o estimación de la cosa comodada produce un efecto característico: el

la doctrina, ni siquiera —poco consecuentemente— por aquélla que admite los principios del *casus propter moram*, haciendo, por ello, injustificadamente, de mejor condición al comodatario moroso que al que realiza un uso diverso de la cosa. La rechaza expresamente Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 710: «asunción del riesgo derivado del caso fortuito por la variación del destino de la cosa, aun cuando la pérdida o el daño no provengan causalmente de dicha variación», y cfr. también Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema...*, cit., pág. 487.

(308) No se trata propiamente, como también se vio (*retro*, notas 37 y 53), de una facultad resolutoria (*ex art.* 1.124 del Código Civil), pues el comodato es un contrato esencialmente gratuito, sino una facultad unilateral de desestimiento o denuncia, justificada (en las relaciones obligatorias de plazo determinado) en una infracción de la otra parte, que, por otro lado, significa una grave quiebra de la relación de confianza (arts. 1.258, 7, 1.º, del Código Civil) que preside este contrato. Cuando la duración de la relación obligatoria es indeterminada —cfr. art. 1.750 del Código Civil— el desestimiento o denuncia es *ad nutum*.

Defienden también la vía resolutoria (*lato sensu*) como medida cautelar, GULLÓN, *op. cit.*, pág. 241, y LACRUZ, *op. cit.*, II, 3, pág. 176 (que aplica *a fortiori* el art. 1.124 del Código Civil).

(309) También esta norma obedece a una larga tradición histórica: D. 13,6, 5,3 y 19,3,1; y, como antecedente inmediato, el artículo 1.636 del Proyecto de 1851.

En las Partidas (ley 3, II, V) se recogía simplemente la posibilidad de asunción convencional del caso fortuito por el comodatario, pero no se la hacía derivar de la estimación: «Esso mismo sería, si aquel que rescibiese la cosa prestada, se obligasse en tomándola, que si se perudiesse, o se muriesse, o se empeorasse por algunas destas cosas que diximos, que fuesse el peligro dél».

(310) LACRUZ, *op. y loc. ult. cit.*

(311) Cfr. MENGONI: «Obbligazioni...», cit., pág. 202.

deudor que no cumple totalmente por razón de caso fortuito, en vez de exonerarse de responsabilidad (como sería lo normal), viene obligado a entregar el valor de la tasación o estimación (y cabe pensar que si la cosa no se ha perdido íntegramente, la parte proporcional de la estimación correspondiente al deterioro de la cosa).

¿Cómo se explica esta desviación de los principios generales? En realidad, lo que ocurre es que de la existencia de la tasación la ley presume (*iuris tantum*) la existencia de un pacto de asunción del fortuito por parte del deudor-comodatario (ex art. 1.105 CC) (312). De esta forma, sobre la base de la estipulación privada, se produce *ex lege* (salvo que *claramente* se desprenda ser otra la voluntad de las partes), una modificación del objeto de la obligación del deudor: el comodatario debe, en primer lugar, la restitución de la cosa, y si ésta perece sin su culpa, *subsidiariamente*, el valor de la estimación o tasación (o la parte proporcional del valor de la cosa disminuido por razón del caso fortuito) (313).

Por tanto, la especialidad radica aquí, no ya en que el deudor asuma voluntariamente el riesgo del caso fortuito (cosa que es admisible con arreglo a las normas generales, arts. 1.105, 1.255 CC), sino en que esa voluntad se *deduzca legalmente* de un pacto que no necesariamente contempla este efecto asuntivo.

Basta, pues, que, con arreglo a lo dicho, del contrato resulte clara, inequívocamente, que no fue la voluntad de las partes que concertaron la tasación o estimación adosar al deudor el caso fortuito, para que dicho efecto asuntivo no se produzca; en cambio, no constando claramente aquella voluntad contraria, la ley deduce el efecto asuntivo de la *mera existencia* del pacto estimatorio (314).

(312) En este mismo sentido, cfr. LACRUZ, *ibidem*; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 487; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 621; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 437.

(313) En cambio, si la cosa perece por culpa del deudor o por causa a él imputable —que, como vamos sabiendo, aunque generalmente es lo mismo, no siempre: arts. 1.096, 1.182, auxiliares—, no se deberá la prestación subsidiaria —sustitutiva— (el importe de la estimación), sino la prestación originaria, que se transforma por el incumplimiento del deudor en exigencia de responsabilidad: el equivalente pecuniario de dicha prestación (valor de la cosa en el momento de la liquidación del daño, al no ser posible, por hipótesis, el cumplimiento coactivo *in natura*), y la indemnización de los demás daños que del incumplimiento se deriven con arreglo a los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil.

Exactamente sobre el carácter subsidiario del pago de la estimación, *vid.* GULLÓN, *op. cit.*, pág. 241: «Hay que advertir que la tasación no exime al comodatario de restituir la misma cosa prestada entregando la estimación. Si se entrega previamente tasada, lo único que pretende el comodante es asegurarse su restitución cuando se pierda» (sin responsabilidad del comodatario, añadido).

(314) La razón de ser de este efecto legal parece hallarse en la tradición que, sobre la base de la especial naturaleza de este contrato, entendió que la entrega desinteresada del comodante exigía como compensación equitativa el que se garantizase al máximo la recuperación, bien de la cosa, bien de su valor. Así

De este modo, operando como regla al efecto asuntivo, la pérdida inculpable de la cosa comodada actúa sobre la prestación principal (la extingue total o parcialmente y libera al deudor de la responsabilidad derivante de la falta total o parcial de la entrega), pero es el *presupuesto* de la prestación accesoria (pago de la estimación o de parte proporcional de ella) (315). Y la prestación accesoria está sujeta a su vez al régimen gene-

decía GARCÍA GOYENA en el comentario del artículo (1.636) correspondiente del Proyecto de 1851: «Seguramente la estimación no causa aquí venta, pero debe presumirse que el comodante ha tomado esta precaución para asegurarse de la restitución de la cosa o de su precio; y en caso de duda es tan natural como justo decidir a favor del comodante».

Una disposición parecida a ésta y por la misma razón, dice GARCÍA GOYENA, es el artículo 1.581 del Proyecto (el actual 1.687, 2.º, del Código Civil).

Con relación a la exclusión del efecto legal de la asunción por el deudor del caso fortuito, hemos repetido que basta con que *claramente* se desprenda del contrato que, a pesar de la estimación, no era ésa la finalidad de las partes; ello parece chocar con el texto del artículo 1.745, que dice literalmente: «a no haber pacto en que expresamente se le exima (al deudor) de responsabilidad». Sin embargo, la propia finalidad de la norma hace que este «expresamente» no deba entenderse literalmente (habría de pactarse, entonces, siempre que hubiera estimación que «el deudor no responde del caso fortuito»), sino que basta con que inequívocamente, y sin necesidad de decirlo con esas palabras, resulte del contrato que las partes no pretendieron adosar el caso fortuito al deudor, en cuyo caso la presunción que establece la norma no entra en juego, pues ésta presupone incertidumbre en cuanto al fin que se propusieron las partes con la estimación (si las partes quisieron que el deudor asumiera el caso fortuito, de su convención deriva el efecto agravatorio (art. 1.105 del Código Civil); y si no lo quisieron, también de su voluntad la no asunción del caso fortuito; pero, si pactando la estimación o tasación, no se pronunciaron claramente, el efecto asuntivo deriva de la *ley*).

Así, en la jurisprudencia se ha establecido que la presunción legal no entra en juego cuando se establece la tasación de un animal para el caso de que muera por abuso o mal uso de él (cfr. MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, págs. 849-850). Aquí resulta evidente que no se ha pretendido adosar al deudor el caso fortuito, sino que, dejando inalteradas las reglas de responsabilidad-exoneración (y, por tanto, la liberación del deudor por caso fortuito), se fija preventivamente el importe del daño resarcible *para el caso de incumplimiento*, para cuando el deudor, con arreglo a las normas generales cuyo funcionamiento normal *presupone* el pacto, resulte responsable.

Esta es precisamente la función que cumple la estimación o tasación cuando de la voluntad de las partes resulta claramente que no pretendieron agravar la responsabilidad del deudor: la de ser liquidación preventiva del daño resarcible para el caso en que el deudor resulte responsable. Es decir, una cláusula penal *ex* artículo 1.152 y sigs. del Código Civil (cfr. CARRESI, *op. cit.*, págs. 50 y siguientes; TAMBURRINO, voz «Comodato (dir. civ.)», en *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, pág. 1003).

Claro que, en uso de su autonomía privada, las partes pueden configurar el pago de la estimación como una obligación alternativa a la restitución de la cosa, o como una facultad alternativa o de cumplimiento para el deudor (art. 1.153, 1.º).

(315) De modo que no es que no se apliquen las reglas de la responsabilidad contractual a la prestación principal, sino que la extinción de ésta por caso fortuito no agota el contenido de la obligación del deudor: entonces debe la prestación accesoria.

ral de la responsabilidad contractual con las particularidades propias de su objeto (pecuniario), lo que obviamente se traduce —en igualdad de régimen jurídico de responsabilidad, pero referido a diverso contenido obligacional— en un (muy sustancial) agravamiento de la posición del deudor y un notable reforzamiento, por tanto, de la posición del acreedor (teóricamente, dejando al margen la cuestión de la solvencia) (316).

En cambio, como se ha visto, el incumplimiento («imputable») de la prestación originaria genera la responsabilidad del deudor respecto de ésta y no da paso a la obligación subsidiaria (precisamente porque las reglas generales de la responsabilidad contractual se siguen aplicando a la prestación principal).

(316) No ha pasado, en cambio, a nuestro Código Civil la norma que en la tradición romanista (D. 13,6,5,4) hacía responsable al comodatario de la pérdida de la cosa prestada destruida por caso fortuito, cuando, pudiendo sustraerla a dicha destrucción fortuita, ha preferido salvar una cosa propia. Norma que, por el contrario, sí ha pasado a otros códigos del área latina (art. 1.882 del Código Civil francés; art. 1.805 del Código Civil italiano).

La razón de ser de esta norma tradicional parece hallarse en el deber de reconocimiento y gratitud del comodatario hacia el comodante, deber que de este modo adquiriría significado preceptivo (la anteposición en el salvamento de las cosas propias generaba responsabilidad).

Ya esta norma había parecido excesiva a GARCÍA GOYENA y dirá (*sub* comentario al art. 1.635 del Proyecto): «Se ha dicho en apoyo de esta disposición romana y francesa que el comodatario debe este sacrificio al hombre generoso que le ha hecho un favor, pero es preciso convenir en que la tal disposición absoluta e inflexible encierra algo de heroico y novelesco».

Por eso, apoyándose en el Fuero Juzgo, propuso GARCÍA GOYENA a la Comisión redactora, como más equitativo, el siguiente texto (art. 1.635, 2.º, del Proyecto): «Aun fuera de este caso si el comodatario salvó todas las cosas de su propiedad, y se perdió sólo la prestada, pagará ésta por entero; si únicamente salvó parte de sus cosas se deducirá a prorrata el daño, y esto mismo se observará si salvó la cosa prestada y perecieron las suyas propias en todo o en parte».

El Anteproyecto del actual Código Civil (1882-1888) volvió a la tradición romano-francesa (art. 6.º de la 2.ª sección dedicada al comodato), pero, sin embargo, en el momento de la redacción definitiva del Código el legislador prescinde tanto de aquella tradición (que, posiblemente, consideró, igualmente, muy rigurosa), cuanto de la fórmula más equilibrada de GARCÍA GOYENA.

En realidad, lo que contienen las vigentes normas extranjeras que siguen la tradición romanista es un juicio (positivo) de imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida de prestar, de forma que el comodatario no se libera (incumple) cuando la imposibilidad de restituir la cosa (pérdida, destrucción) deriva de haber antepuesto la salvación de una cosa propia a la de la cosa debida. Es la tradición histórica, por las razones antes apuntadas, la que ha permitido que este juicio sobre la conducta del deudor en orden a evitar la imposibilidad de la prestación se *tipifique* en una norma, consagrando en una fórmula legal un juicio positivo de imputación que, de otro modo, habría que establecer (en uno u otro sentido, positiva o negativamente) caso por caso. Las normas como las citadas de los Códigos Civiles francés e italiano señalan, pues, un mínimo de imputabilidad al deudor de la imposibilidad que le impide cumplir, y sitúan la pérdida de la cosa debida acaecida por debajo de tal límite dentro de la tradición del *casus culpa* (vel *dolus*) *determinatus*.

En ordenamientos como el español, donde tales normas faltan, la solución del supuesto que aquellas normas contemplan, ha de establecerse, pues, caso por caso con arreglo a los criterios generales: así ha de establecerse si de aquel concreto

Consideraciones análogas valen para el mutuo (arts. 312 CCom, y confróntense 1.754, 1.º, y 482 CC) y el depósito irregular (arts. 1.768 CC y 309 CCom), en los que ha de abonarse el valor de las cosas prestadas o depositadas cuando la restitución del *tantumdem* se haga imposible por caso fortuito.

Se trata de casos en que el contenido de la prestación del deudor se extiende por la ley (*espec.* art. 312 CCom) en defecto del *tantumdem*, devenido imposible por evento no imputable al deudor, al pago del valor de las cosas prestadas o depositadas, pues dado el carácter (unilateral, no sinalagmático) de los respectivos contratos, la posición del acreedor de la restitución no resulta protegida si ésta se hace imposible *in natura* por caso fortuito por las normas de la resolución (arts. 1.124, 1.274, 1.275 del Código Civil), de forma que el equilibrio contractual sólo puede ser respetado incluyendo en el contenido de la obligación del deudor, una vez hecho imposible sin su culpa el pago del *tantumdem*, la prestación con carácter subsidiario del valor de las cosas (317).

deudor y en aquellas concretas circunstancias era exigible o no que salvase anticipadamente la cosa del comodatario (*juicio normal*, con arreglo a la diligencia exigible ex arts. 1.182, 1.105, 1.104 del Código Civil). En el primer caso la imposibilidad le es imputable, hay incumplimiento por su parte y responde; y en el segundo, la imposibilidad es liberatoria, la obligación se extingue y hay exoneración.

Por tanto, la ausencia de norma *ad hoc* que, con arreglo a la tradición, haga al deudor *siempre* responsable, no significa que éste si antepone el salvamento de sus cosas a la comodada sea *incondicionalmente* liberado por el caso fortuito, sino que, simplemente, esto se decide en cada caso con arreglo a los *criterios generales* de responsabilidad contractual (valoración de la diligencia como criterio de imputación del evento impositivo del cumplimiento).

(317) Sobre ello *vid.*, especialmente, con lujosa y completa argumentación, CAFFARENA: «Genus nunquam perit», en *Anuario de Derecho Civil*, cit., y allí, páginas 310 y sigs. *Vid.*, también, GIORGIANNI: *L'inadempimento*, cit., págs. 303-4, y cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, II, 2, pág. 346.

Que ello es así resulta, como queda dicho, en modo especial del artículo 312 *in fine* («o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida») del Código de Comercio, que ha de ser puesto en conexión con una serie de antecedentes históricos reveladores (art. 1.647 del Proyecto de 1851, art. 1.342 del Proyecto de 1836 y varios fragmentos de las Partidas), y con las normas de los artículos 1.754, 1.º (por su remisión al art. 1.170 del Código Civil), y 482 del Código Civil (cfr. CAFFARENA, *ibidem*).

El fundamento de esta obligación subsidiaria, extinguida por caso fortuito la principal (el pago del *tantumdem*), se halla en que el contrato de préstamo (o depósito irregular) ha operado la transmisión de las cosas prestadas a cambio de la restitución de otro tanto de la misma especie y calidad. Nos hallamos, pues, ante un contrato en el que existe una relación de conmutatividad entre entrega y restitución: si la restitución *in natura* se hace imposible sin culpa del deudor-prestatario (caso fortuito), la obligación principal se extingue (no se cumple sin responsabilidad del deudor); pero ello deja en pie un problema de justicia: el prestatario se enriquecería al haber recibido un valor que la propia causa del contrato (*credendi*) exige devolver; por ello, al haber quedado sobrevenidamente

Se trata también aquí de una peculiaridad del objeto de la obligación legalmente establecida por exigencias derivantes de la propia naturaleza del contrato (en último extremo, el evitar el enriquecimiento injusto del prestatario o depositario).

La imposibilidad no imputable de la prestación principal, el caso fortuito en sentido amplio con todos sus requisitos, libera al deudor, con arreglo a los principios generales, de la responsabilidad por la no realización de la misma (pago del *tantumdem*) y extingue el deber a ella referente, pero es a su vez el *presupuesto* que desata la prestación accesoria (el pago del valor pecuniario de lo prestado) (318). Respecto de esta prestación pecuniaria subsidiaria, juegan *también* las reglas generales de la responsabilidad contractual, con las conocidas consecuencias que derivan de su objeto pecuniario.

RECAPITULACION

Del análisis de las reglas particulares de responsabilidad se desprende una sustancial confirmación de las reglas generales (arts. 1.101 ss., 1.182 siguientes CC).

El incumplimiento de la obligación, en cualquiera de sus manifesta-

sin causa la atribución patrimonial (entrega) del prestatario, éste ha de devolver la medida de su enriquecimiento: el valor de las cosas recibidas. El fundamento de esta restitución es el mismo que el de la resolución (*ipso iure*) del contrato sinaglamático por imposibilidad sobrevenida liberatoria de una de las prestaciones, sólo que aquí no es propiamente un contrato sinalagmático, por ello, o bien está inmediatamente en la ley (art. 312 del Código de Comercio), bien en la idea del enriquecimiento injusto (que es, a su vez, el fundamento último, en todo caso, de aquella disposición legal como, por otra parte, de la propia resolución *ipso iure* por imposibilidad sobrevenida liberatoria en los contratos sinalagmáticos).

En este sentido son más claras, en comparación con nuestro Derecho, las normas de los artículos 1.903 del Código Civil francés y 1.818 del Código Civil italiano.

(318) En cambio, cuando dicha imposibilidad es *imputable* al deudor, no se extingue la obligación principal y se desata la obligación accesoria, sino que se sigue debiendo la principal, transformada ahora por el incumplimiento del deudor en exigencia de responsabilidad: el valor de la prestación (pues el cumplimiento *in natura* se ha hecho imposible) *más* (pues hay incumplimiento) la indemnización de todos los demás daños que se deriven de la infracción del deudor (*ex art. 1.106 y sigs. del Código Civil*).

En cuanto al momento en que han de ser valoradas las cosas prestadas cuya restitución *in natura* se ha hecho imposible por caso fortuito, valoración necesaria para determinar el contenido de la prestación accesoria pecuniaria, ha de entenderse que es el momento en que han de ser restituidas, pues hasta ese momento el prestatario, propietario de las cosas prestadas, no está obligado y asume, por tanto, el riesgo de las oscilaciones de su precio (art. 1.754, 2.º, del Código Civil). En este mismo sentido los artículos 1.903 del Código Civil francés, 1.818 del Código Civil italiano y 1.647 del Proyecto de 1851.

ciones posibles, aparece como (único) fundamento de la responsabilidad contractual; y se determina a partir del límite de la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor (caso fortuito en sentido amplio, con sus tradicionales requisitos).

La imposibilidad sobrevenida de la prestación, como elemento del hecho liberatorio-límite de la responsabilidad, se conmisura, por definición, a las características de cada prestación y se determina al margen de la diligencia. Ésta en cambio aparece, en primer lugar, como un criterio de cumplimiento en las obligaciones de actividad o de medios.

La imputabilidad como elemento negativo del hecho liberatorio (y en cuanto tal, presupuesto mediato o indirecto de responsabilidad) aparece como una noción legal, en la que junto al criterio general de la diligencia —aquí válido para todas las obligaciones— se incluyen, cada vez en mayor medida, otros criterios reconducibles a la idea del riesgo y que prescinden de toda valoración de la conducta del deudor. Nuevos criterios que se consagran en fórmulas legales contenidas en las reglas particulares y, sobre todo, en las aplicaciones jurisprudenciales (aunque de modo encubierto). En este sentido (coexistencia de criterios de imputación, conmisuración de la imposibilidad a la naturaleza de cada prestación), las reglas generales de la responsabilidad contractual aparecen como una fórmula elástica que permite explicar sin forzamiento todo supuesto particular de dicha responsabilidad.

Al final de este análisis se constata que la diligencia cumple en el sistema de la responsabilidad contractual una doble función: como criterio de cumplimiento en las obligaciones de actividad y como criterio general de imputación en el seno del hecho liberatorio para todas las obligaciones. En una y otra función se trata de un criterio que se adecúa a la naturaleza y circunstancias de cada obligación, siendo capaz por ello de asumir carácter técnico. Lo que obviamente redundará, por lo que se refiere a la diligencia como criterio general de imputación, en la aludida flexibilidad de las reglas generales de responsabilidad (319).

FRANCISCO JORDANO FRAGA
Profesor contratado de Derecho civil.
Universidad de Sevilla

(319) La noción de *garantía*, que a veces se elabora por la doctrina para explicar determinados supuestos de responsabilidad, aparece, a la luz de estos principios, como la confesión encubierta de la insuficiencia de la idea tradicional de la culpa para explicar todos los supuestos de responsabilidad contractual: el concepto de garantía nace ante la impotencia de encuadrar en una noción de responsabilidad previa y arbitrariamente restringida, supuestos que normalmente caben en una concepción más abierta de la misma.

Piénsese en casos tales como la evicción o los vicios ocultos (arts. 1.475 y 1.485 del Código Civil), en los que se prescinde por completo de la valoración

de la conducta del sujeto responsable (de su buena fe) para desencadenar sus efectos (sin perjuicio de que la mala fe agrave la posición del sujeto responsable). Hablar aquí de culpa presunta es una pura ficción (pues la ley presupone su inexistencia); y decir que no es una responsabilidad, sino una garantía, es un simple cambio de etiqueta terminológica que no afecta al fondo de la cuestión (se responde sobre la base de presupuestos ajenos a la culpa).

Las consecuencias específicas de la mala fe (arts. 1.486 y sigs.) del vendedor son, en realidad, aplicación de la idea general de la responsabilidad precontractual (indemnización del interés contractual negativo).