

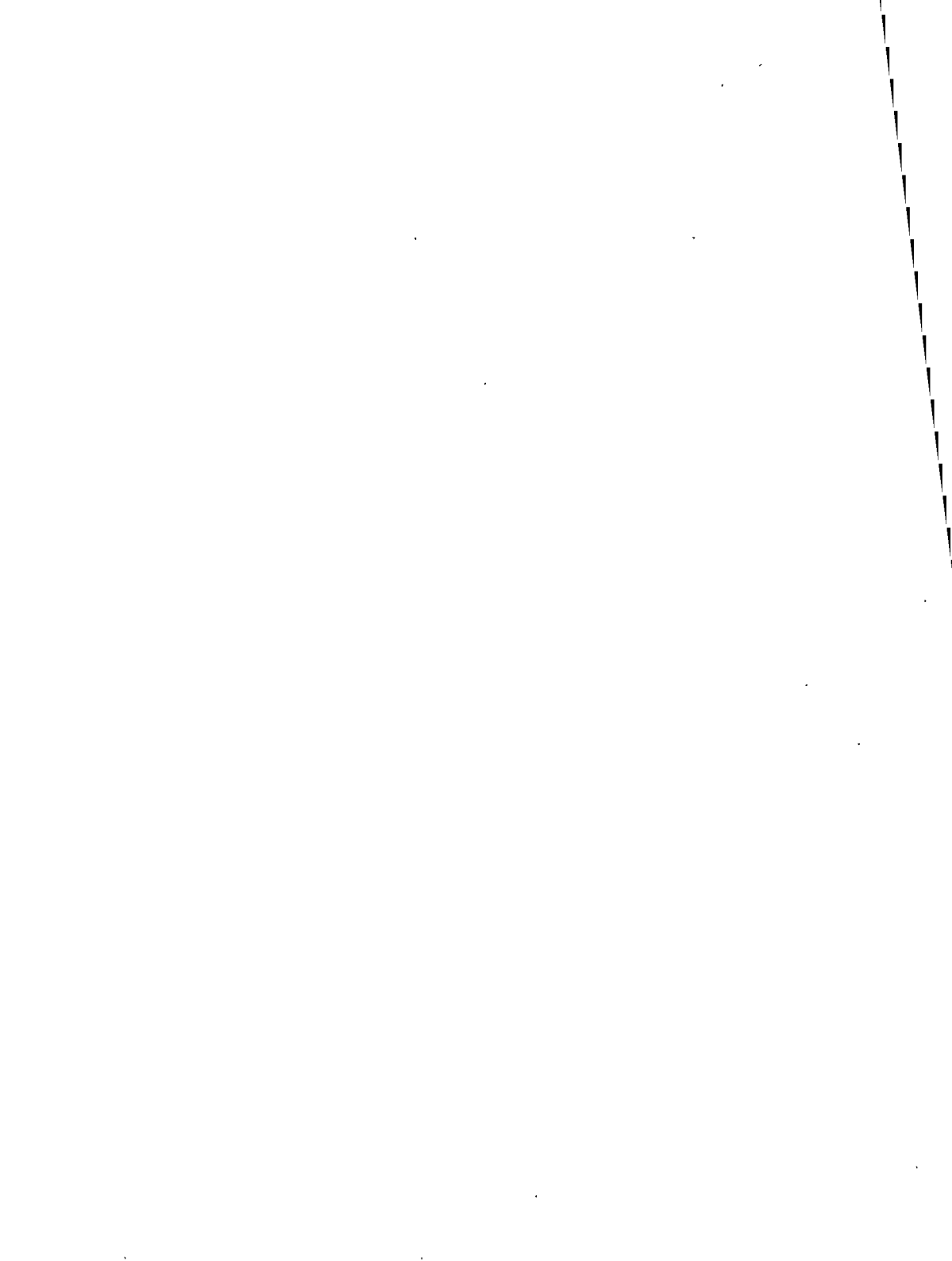
REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXI • Mayo-Junio 1985 o Núm. 568



CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pfo Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», por FRANCISCO JORDANO FRAGA 575
- «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de ganancias (Régimen y naturaleza)», por JOAQUÍN J. RAMS ALBESA. 727

JURISPRUDENCIA:

II. Jurisprudencia comentada:

- «Otra vez sobre el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por daños causados por empleados del contratista», por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ 839

ESTUDIOS

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 inculparable 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 DONELLO 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 dicitur 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 il 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 RUTZ, 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; 553-4 CCom) hace aplicación expresa del principio en materia de riesgos en el contrato de compraventa, 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 450-1; 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.: TRABUCCI: *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 si se han recogido directamente en el BGB alemán, en el que en su párrafo 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 párrafo (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, 1, 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).

Peró, 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.*; COMPTI: «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 *Temi*, 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 contrada 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 aquélla, 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.*, págs. 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 comisura 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 acciones 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 destruirere», 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, cuáles 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 recesso 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 imprejuzgada 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 accesoria) (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 accesoria), 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 accesoria 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—; secuestrario, 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 sobrevinida, 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: *Revisione...*, 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, redunda 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; COMPTON: *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), I, WLR, pág. 536 (cit., *apud* COLOMBATTO: «La legge inglese del 1977 sulle clause 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) Considéntaseme 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 rebasa 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 autaridad 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., páginas 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 subaffitto); 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, contraponen «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 PUTG 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 (baldas de algodón) es un caso fortuito, se dice que ésta es una «versión que denuncia 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. 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* existió 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 tuvieron».

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 hostelero, 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 relinquatur in domo alicuius; aliud enim est deponere; aliud custodiam committere».

(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 acceso-rio 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 clienté) 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 espliciti 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. FRAGALÍ, *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. ult. 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. ult. 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 dañado (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 ENNECERUS, *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 ENNECERUS, *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 *fuerza 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 sometiéndola 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 aviniesse, 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 fuerza de enemigos. Ca perdiéndose las cosas por alguna destas maneras sobredichas, que non aviniesse por engaño o por culpa dellos, estonce non serían tenudos de las pechar».

(157) Cfr. FRAGALÍ, *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 SERRRANO, *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 FRAGALI, *op. cit.*, pág. 989.

(168) Cfr. anotadores de ENNECCERUS, *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 ENNECERUS, *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 debitoria 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 (debitoria) 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 ENNECERUS, *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. GRI, *op. cit.*, págs. 211 y sigs.

(182) El concurso de las dos acciones tiene transcendencia 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 delictual 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.º, 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.º, 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 debitoria. 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 recae 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 recae 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 hostelera.

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 incentiación 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.

tículos 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 derivan 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 impositivo al deudor (211).

cato». Esta falta de relieve, como se ha visto, no es absoluta (sí desde la perspectiva del rescamiento, 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 CHULIÁ, *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 CHULIÁ, *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. 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 accennata 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 è 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 tipica del contratto, anzi, consiste... nel mettere a disposizione, una complessa struttura materiale, tecnica ed organizzativa che realizzi 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 irrisistibilità, 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 deuditoria, 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... tutte 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 discreitivo, 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, le 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) Si 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 incluyó 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. GESTHIN: *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. *ibidem*, 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 trascendencia 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 una *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, créo, 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, *ibidem*, 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, inexecución 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 inexecución total o parcial del transporte marítimo de personas, haciendo aplicación de los principios generales: si la inexecución (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. VINEY, *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.º 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.* MIQUEL: «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, supuesto mediano 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. 257).

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, GALGANO: *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 veri casi che sono connessi inseparabilmente coll'esercizio dell'azienda e che nessuna diligenza per quanto elevata riesce 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 de 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*, ínsita 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, revistendola 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 spesso 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? Perché 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 imputativo 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 LNAJ. 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 rapprochée 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 ínsita 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 suponien-

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).

cipal 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*), acogiéndose 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 BECQUÉ —*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. cit.*) 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 determinado 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., páginas 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.º 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.ª 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 1.185 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 emprestada 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 devia*». 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: «Eso mismo sería, si aquel que rescibiese la cosa prestada, se obligasse en tomándola, que si se perdiesse, 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 adquiría 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 sobrevinida 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 impeditivo 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 sinagmático 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).

Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales.

(Régimen y naturaleza)

Primera parte

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES: A. *Introducción*. B. *Breve referencia a la evolución del Derecho francés en materia de atribuciones preferentes*: a) La reforma francesa de 1938: a') El marco económico y social. b') El contenido jurídico de estas normas. b) La Ley francesa de 19 de diciembre de 1961: a') Cuestiones que se suscitan. b') Cuestiones de contenido. c) La introducción de la atribución preferente en el régimen económico-matrimonial de comunidad legal por Ley de 13 de julio de 1965. d) Últimas ampliaciones subjetivas en las atribuciones preferentes. C. *Breve referencia a las atribuciones preferentes en el Derecho belga*: a) El interés protegido por las atribuciones. b) El conflicto jurídico-material de las atribuciones preferentes belgas. D) *Referencia sucinta a las diferentes manifestaciones de las atribuciones preferentes en España*: a) La Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967. b) La primera Ley de Reforma del Derecho de Familia de 13 de mayo de 1981. c) Las atribuciones preferentes en el Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes de 24 de diciembre de 1981.—II. LOS SUJETOS EN LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES: A. *Aspectos generales*. B. *La condición de atributario*. C. *Pluralidad de atributarios sobre un mismo bien*: a) Situación de concurrencia excluyente. b) Situaciones de petición conjunta. D. *Personalismo en la posición del atributario*.—III. BIENES SUSCEPTIBLES DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE: CARACTERÍSTICAS Y TIPOS: A. *Aspectos generales*. B. *Los supuestos concretos del artículo 1.406 del Código Civil*: a) Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346: 1.ª La construcción residual del precepto. 2.ª El cambio de la referencia inicial del precepto. 3.ª La restricción interpretativa: a') Planteamiento general. b') Bienes gananciales de uso personal: su atribución: 1. Distinción entre bienes privativos y gananciales conforme al doble criterio económico y social. 2. Dificultades que plantea este criterio de valoración. c') Extensión de la atribución a los bienes cuasi-personales adquiridos como gananciales. d') Bienes de uso personal no incluidos en el artículo 1.346, 7.º, del Código Civil. b) La explota-

ción agrícola, comercial o industrial: a') Explotación. b') «Llevado con su trabajo». c') Los párrafos tercero y cuarto del artículo 832 del Código Civil francés. C. *La explotación agrícola*: a) Configuración de la explotación agrícola. b) Condiciones subjetivas de la atribución de una explotación agraria. D. *Las explotaciones comerciales e industriales*. E. *El local donde hubiere venido ejerciendo su profesión*: a) El local destinado. b) Local profesional arrendado. c) Instrumentos y otros bienes muebles destinados al ejercicio de la profesión u oficio. F. *La vivienda*.—IV. LA PETICIÓN DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE: FORMA Y TIEMPO: A. *Aspectos generales*. B. *La forma*. C. *Tiempo oportuno para formular la solicitud*: a) Petición anterior o coetánea a la formación del plan. b) Petición al tiempo de la partición. c) La solicitud extemporánea. D. *La renuncia al derecho de atribución y la renuncia a la atribución solicitada*.

I. EVOLUCION HISTORICA DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

A. Introducción

El estudio de las atribuciones preferentes, dentro del especial contexto del régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales surgido de la reforma del Derecho de familia de 1981, que me propongo acometer, requiere *velim nolim* de una indagación de los antecedentes históricos de esta figura en los ordenamientos en que nace y se desarrolla, pues es a todas luces patente que las atribuciones preferentes llegan a la reforma de nuestro ordenamiento como una figura ya acuñada tras una serie de vicisitudes. Bien es cierto que casi todas estas vicisitudes nos son en gran medida extrañas a nuestra peculiar problemática y bastante alejadas en el tiempo, pero no lo es menos que sólo a través de ellas podemos llegar al conocimiento de su estructura y naturaleza jurídicas, y, en definitiva, a tener noticia de su razón de ser, por lo que creo que no puede obviarse el tratamiento del Derecho comparado, aunque sea con la mayor brevedad y ahorrando el entrar, en la medida de lo posible, en las cuestiones de detalle, aunque éstas sean muchas veces muy aleccionadoras.

El estudio de estos antecedentes extranjeros se hace tanto más necesario cuanto nuestro sistema de atribuciones preferentes, importado sin duda, no se construye exclusivamente sobre un único modelo de los ofrecidos por el Derecho comparado, sino sobre los dos más acabados: el francés y el belga, y, además, se hace con sutiles variantes sobre estos modelos, con lo que sólo puede llegar a comprenderse el sistema (cuestión diferente resulta el llegar a convencerse de su utilidad y necesidad) estudiando ambos antecedentes y teniendo siempre muy presentes las especiales circunstancias sociopolíticas que se viven en nuestra transición

política al tiempo de la reforma y con el peso determinante de una Constitución recién aprobada.

Cabe, por último, interrogarse por qué se tarda prácticamente medio siglo en la recepción de la figura y por qué precisamente en sede de sociedad de gananciales y no en el área propia del Derecho de sucesiones.

La primera de las cuestiones creo que es fácil de contestar, poniendo de manifiesto que las atribuciones preferentes son un instrumento adecuado —no sin discusiones en este punto por parte de la doctrina francesa— para una política agraria fundamentalmente de conservación de las estructuras recibidas e impedir la fragmentación continuada que imponía el sistema hereditario del Código Napoleón, empeñado con éxito en la erradicación de las vinculaciones consideradas propias de un orden feudal, en tanto que las orientaciones de nuestra política agraria, en los años treinta e incluso en la actualidad, se dirigen, si de la derecha se trata, hacia la transformación de los tipos de cultivo y a la extensión a ultranza de los regadíos, y, si de la izquierda, hacia la reforma agraria que cambie unas veces a los titulares de las tierras, otras las formas jurídicas de tal tenencia; es decir, a nuestra sociedad, tal vez resulte más adecuado decir a nuestros dirigentes históricos y actuales, no les interesaba y no les interesa adoptar medidas jurídicas de conservación de las estructuras agrarias y, consecuentemente, no tenía sentido importar una institución jurídica que sólo podía ofrecer interés tras la colonización o la implantación de una reforma agraria y para las tierras en las que ya se hubiera efectuado.

La segunda de las cuestiones es mucho más difícil de contestar racionalmente, sobre todo ante la presencia de la Ley de 24 de diciembre de 1981, y sólo puede decirse aquí y ahora que nos encontramos ante una de las más acabadas muestras de descoordinación legislativa y ante una manifestación no menos esclarecedora de la falta de experiencia en las tareas legislativas de nuestro Parlamento en aquellas fechas, por lo que es un tema al que tendremos que volver a referirnos más adelante.

B. Breve referencia a la evolución del Derecho francés en materia de atribuciones preferentes

a) LA REFORMA FRANCESA DE 1938

a') El marco económico y social

A lo largo de todo el siglo XIX, sobre todo desde el proyecto de PEYRONNET de 1926, no dejaron de escucharse en Francia las más duras

críticas contra el sistema acogido por el Código Napoleón para la división de la comunidad hereditaria, y, en particular, cuando ésta tiene por objeto una propiedad agraria de carácter familiar, considerándose a estas normas que conducían, las más de las veces, a la división material de las propiedades de dimensión media, en frase de LE PLAY, «*une véritable machine à hacher le sol*». Pero estas críticas encontraron muy poco eco en las esferas detentadoras del poder político, por varios tipos de razones, entre las que caben destacar dos: una, el respeto que inspiraban a las comunidades intelectual, política y financiera francesas las ideas en que se asentaban las normas explícitas de su Código Civil de 1804, paradigma del programa político y cabal expresión del liberalismo social y económico que, junto a la esperanza puesta en un progreso económico indefinido, constituyen lo mejor del credo político y único vínculo de unión de las clases dominantes en Francia; y otra, en cierto modo correlativa de la anterior, el poco peso específico que en la sociedad francesa de la época tiene el campesinado, incluyendo en él a la gran masa de pequeños propietarios agrícolas, que aportan constantemente nuevas remesas de mano de obra barata a los complejos industriales que acaban de fundarse y nutren la emigración hacia los territorios franceses de África del Norte recién conquistados y con los que se sueña sean una prolongación de la Francia metropolitana, aspiración que parece imposible pueda ser llevada a cabo en los restantes dominios franceses del África negra, las pequeñas colonias americanas o en las de Asia y Oceanía. Así, en tanto disminuye la superpoblación del medio rural, se consolidan a un tiempo la joven industria y el nuevo Imperio colonial.

Esta situación se va modificando paulatinamente hacia los años fin de siglo, con un resurgimiento de las ideas familiaristas patentes en la literatura crítica de la época, y con la formación de una mala conciencia respecto del desarraigo que se provoca entre los inmigrantes que pueblan los nuevos distritos que empiezan a cercar las grandes ciudades francesas. A esta orientación meramente moralizante obedecen la Ley de 12 de abril de 1894, institucionalizadora de nuevo de los denominados «*biens de famille*», y la de 12 de julio de 1909, sobre «*habitations à bon marché*». Como pondrá de manifiesto CHEVALLIER (1): «Estos textos más deseosos de prevenir la dispersión de la familia a la muerte de su cabeza que de evitar la atomización de los bienes con vistas a salvaguardar su productividad, resultaron de poca aplicación»; con ellos, evidentemente, no se trataba de detener o aminorar el movimiento de la población a que hace referencia la exposición de motivos de la segunda

(1) J. CHEVALLIER: «La Loi du 19 décembre 1961 sur le maintien de l'indivision et l'attribution préférentielle», en *JCP*, 1962, I, 1687.

de las leyes citadas, sino que lo que se intentaba era tan sólo dulcificar lo pernicioso de sus efectos inmediatos.

La crisis económica general de los años treinta de este siglo y la crisis política y social de la III República francesa están muy presentes en la Ley de 7 de febrero de 1938 y en el Decreto-ley de 17 de junio de 1938. Si la Primera Guerra Mundial había traído a Francia, con la victoria, el desquite sobre Alemania, con la recuperación de Alsacia y Lorena, había traído también el paro en proporciones crecientes y un enfrentamiento social hasta entonces desconocido; la crisis financiera norteamericana del 28 incrementó tales problemas e hizo de la vida política centro de todas las contradicciones y desacuerdos de la vida nacional. El voto rural es ahora no sólo tenido en consideración, sino buscado con ahínco, y para ello se pretende que el marco rural y sus bases económicas no se degraden a la misma velocidad que lo ha hecho el complejo urbano-industrial-comercial; por ello la legislación de 1938 ya no tenía una orientación moralizante, sino una finalidad conservadora de los medios de producción agraria intactos, de forma tal que sirviese para que el número de los propietarios agrícolas se mantuviera y con ello decreciesen los movimientos de población en dirección hacia los suburbios urbanos.

b') *El contenido jurídico de estas normas*

La Ley de 7 de febrero de 1938, que fue juzgada muy severamente (2), introducía en Francia una relativa libertad de testar, para que con ello el padre de familia pudiera atribuir la explotación agraria familiar en favor de aquel de sus hijos que, a juicio del padre-testador, estuviese más capacitado para la continuación de la explotación. Esta ley venía propiciada por la buena acogida que tuvo entre gran parte de la doctrina francesa las disposiciones que en este sentido figuraban en los recientes Códigos Civiles alemán (parág. 1515) y suizo (art. 620) y por los comentarios a estos textos efectuados por BOUTANT (3) y SALEILLES (4), respectivamente.

La ley, como ya he dicho, fue recibida por la doctrina muy críticamente en dos aspectos; por una parte, se entendía que esta norma introducía elementos ajenos al sistema jurídico francés, sin tan siquiera acomodarlos, como ponía de manifiesto VOIRIN (5); de otra, manifes-

(2) P. VOIRIN: «Les lois nouvelles», en *RTCD*, 1938, 1, págs. 28 y sigs.

(3) BOUTANT: «Les domaines héréditaires en Allemagne», en *BSLC*, 1935.

(4) SALEILLES: «Le partage et la succession intégrale dans le Code Civil suisse», en *RTDC*, 1909, pág. 837.

(5) P. VOIRIN: *La transmission intégrale de l'exploitation familiale depuis la Loi du 7 février 1938 sur le partage d'ascendants*, Dalloz Hebdomadaire, 1938, chronique 29.

tando la insuficiencia del medio legislativo empleado para los fines económico-sociales enunciados, como destacara BOULANGER (6).

Estas críticas forzaron de alguna forma la ampliación de la ley antes citada por el Decreto-ley de 17 de junio de 1938. Esta última regulación permitía que se mantuviese la indivisión de la explotación agrícola a la muerte del ascendiente cuando su valor fuere inferior a 200.000 francos de la época e incluso con material, utillaje o capital hasta un límite total de 250.000 francos, siempre que se solicitase tal indivisión por el cónyuge superviviente, si era copropietario, o el cónyuge superviviente igualmente o cualquier heredero si el difunto dejaba hijos menores, con lo que quedaba modificado el artículo 815 del Código Civil francés. La modificación también alcanzó al artículo 832 del mismo texto legal, por el cual se introdujo la atribución preferente para los mismos sujetos, objeto y límite económico.

Es este último aspecto el que fue criticado inmediatamente por encontrarse en aquellos momentos Francia en plena dialéctica inflación-deflación, que produjo una grave inestabilidad a los ministerios que por aquellos años se formaron, por lo que VOIRIN estimaba que el límite económico debió haberse fijado en francos-oro y no con referencia a la moneda de curso legal. Es este aspecto el que se tomará en consideración en las diferentes reformas del artículo 832 del Código Civil francés por las Leyes de 20 de julio de 1940, 15 de enero de 1943 y 28 de octubre de 1955. De todas formas, como pone de manifiesto CHEVALLIER (7): «La institución, no obstante, daba lugar a un amplio contencioso. En el aspecto que le daba la jurisprudencia, un rasgo sobresalía siempre. Tal como se venía practicando, la atribución preferente estaba ordenada no con miras a reafirmar la cohesión de la familia rural, tampoco precisamente para evitar la fragmentación de la propiedad rústica, sino en el exclusivo interés del coparticipario llamado a aprovecharse. Se preocupaba de asegurar al que venía cultivando la tierra la estabilidad en su actividad profesional. El heredero cultivador del dominio indiviso tiene, en la conservación del mismo, un interés que los otros coparticiparios no tienen. La atribución del fundo le interesa de la misma manera que la renovación del arriendo interesa al arrendatario rústico o al comerciante. Se trata de preservar su instrumento de trabajo.»

Esta crítica de la atribución introducida en 1938 resulta, a mi personal juicio, excesivamente apasionada y poco concorde con la realidad agraria de la época y, sobre todo, con la estructura familiar dominante

(6) BOULANGER: *La réforme du partage d'ascendant par la Loi du 7 février 1938*, Dalloz Hebd., 1938, chronique 41.

(7) J. CHEVALLIER: *Partage*, en *J. Cl. Civil*, fasc. X, págs. 3 y 4.

en el medio rural de la primera mitad de este siglo en Francia, e incluso en toda Europa. No puede dudarse del éxito de la medida, al menos por cuanto hace referencia a la finalidad explícita de estabilizar la propiedad rústica en Francia y coadyuvar al mantenimiento de unas explotaciones agrarias con la extensión y rendimientos adecuados para el sostén económico de una familia, frutos éstos que ha cosechado el conjunto de la sociedad francesa, que ha venido gozando durante todo el siglo de una envidiable estabilidad, tan sólo perturbada por fenómenos prácticamente externos a la misma (Segunda Guerra Mundial y las dramáticas descolonizaciones de Indochina y Argelia, que tanto han influido en la vida política francesa), pero que hubiese conducido a una etapa revolucionaria si no hubiesen contado con el amortiguador de la Francia rural.

Es preciso reconocer, de todos modos, que CHEVALLIER tiene razón en lo que afirma, sobre todo si se toma como principal fuente de información la jurisprudencia generada por las reformas en la sucesión agraria de 1938 a que venimos refiriéndonos; en los hechos probados de casi todas las sentencias se constatan o traslucen graves tensiones y profundos desacuerdos familiares ante la atribución en favor de uno solo de los herederos o del cónyuge supérstite —el derecho a la legítima *in natura* había alcanzado carta de naturaleza en todos los estratos de la sociedad francesa, sin excluir al medio rural—. Al no combinarse esta reforma con un adecuado sistema de créditos oficiales con los que se pudiese abonar al contado los saldos a metálico que correspondiesen a los herederos no tributarios, se hizo de éstos, además de unos desposeídos de los bienes familiares, unos financiadores forzosos de una finalidad social que a ellos directamente en nada beneficiaba, más bien perjudicaba, y en un tiempo en que la inflación se asienta como permanente mal de las economías europeas.

Este defecto capital de las atribuciones preferentes de derecho agrícola en Francia ha tendido desgraciadamente a generalizarse. Repercutió, en primer lugar, en Suiza, donde la denominada *Ley de desendeudamiento de las propiedades agrícolas* de 12 de diciembre de 1940, con su reforma de los artículos 620 y siguientes de su Código Civil, si bien introdujo un sistema mucho más perfecto de aplazamiento del crédito resultante de la atribución con garantía real —*lettres de rente sucesorales*—, no por ello dejó de convertir a los herederos excluidos en banqueros obligados del tributario, con lo que el Estado cargaba sobre ellos funciones que debería, en todo caso, haber asumido él directamente. La repercusión en España ha supuesto la constatación de una flagrante contradicción legislativa: en tanto que los artículos 1.406 y 1.407 del Có-

digo Civil evitan cuidadosamente la posibilidad de aplazamiento, hasta el extremo de poder entorpecer el mecanismo de la propia atribución, en la Ley de 24 de diciembre de 1982, en materia agraria (arts. 27 y 29), se lleva este efecto al extremo contrario, introduciendo una atribución desmesurada en sus efectos económicos, como tendremos ocasión de ver más adelante.

No obstante, la constatación de esos defectos de carácter eminentemente económico, con connotaciones que hacen en alguna forma anti-social las atribuciones preferentes surgidas del Decreto-ley de 17 de junio de 1938, su modificación en Francia no ha seguido una vía consecuente respecto de estos planteamientos críticos, se ha dirigido más bien hacia una extensión objetiva del mecanismo en el que adquiere cada vez mayor relieve la cosa atribuible en relación con la posición profesional del atributario, y, consecuentemente, la dimensión económica de la atribución preferente se agranda en detrimento de los aspectos social y familiar que, indudablemente, eran los motores reales de su institucionalización, aunque siempre se hayan presentado con perfiles muy desdibujados en las normas positivas francesas.

b) LA LEY FRANCESA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1961

La Comisión de reforma del Código Civil destacó, en sus trabajos correspondientes al curso 1954-55 (8), que el interés en evitar la atomización de los patrimonios por la vía de la partición debería reconocerse como protegible en la sucesión en empresas industriales, comerciales o artesanales de carácter y dimensión familiar y para la propiedad o el arrendamiento del local que sirve de vivienda familiar, propugnando una extensión de la atribución preferente para este tipo de objetos.

Este proceso de objetivación finalística de la atribución preferente tiene su punto culminante, pese a que se ampliará posteriormente, en la Ley de 19 de diciembre de 1961, en la que esta institución se extiende a los objetos propuestos por la Comisión de reforma, a los instrumentos profesionales y al local en que se ejerce, y se amplía el ámbito de la atribución preferente agrícola a los inmuebles destinados a actividades complementarias (almacenaje, transformación, etc.) y a los arrendamientos rústicos.

(8) Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1954-55, páginas 264 y sigs.

a') *Cuestiones que se suscitan*

Dos concepciones de las atribuciones preferentes se han venido configurando en el seno de la doctrina francesa: la de los que propugnan que esta institución está primordialmente al servicio de la continuidad profesional del heredero atributario o del cónyuge y la de los que pretenden que sirva con preferencia al mantenimiento de la indivisión de unidades de producción que se consideran, por lo general, excesivamente exiguas y con poca capacidad de autofinanciación, por lo que anteponen los criterios de productividad al valor moral de los restantes intereses en liza. Las fricciones surgidas entre ambas tendencias han servido para que, por reacción contraria, sean más cada día los partidarios de un reforzamiento de los criterios de igualdad en la partición, si no en la forma originaria prevista en el Código de 1804, sí al menos por encima de los privilegios que se han generado en favor de los agricultores autónomos.

Esta confrontación de intereses, que ha desbordado el marco de lo puramente doctrinal, llevó a PATARIN a afirmar que «los fines de la Ley de 19 de diciembre de 1961 no son ni simples ni evidentes, pues ella misma presenta una completa ilustración de los conflictos de intereses, de los compromisos, de las contradicciones y de las ambivalencias que presiden de ordinario la elaboración de las leyes» (9). Todo ello se hace patente con el radicalmente desigual tratamiento de los diferentes tipos de atribución que se contemplan en el texto: se mantiene y amplía la atribución agrícola *de derecho*, en tanto que las de nueva creación —incluida aquí la agrícola por encima de los módulos de derecho— se construyen como *meramente facultativas*.

Esta diferenciación (derecho subjetivo-mera facultad) carece, en cuanto al fondo y a los fines, de justificación teórica y práctica. Como pondrá de manifiesto críticamente CHEVALIER (10), sólo una demagogia a medias conservadora puede explicar la consolidación de las situaciones adquiridas por los agricultores; la protección se dirige más directamente en favor del explotador que en pro de la continuidad de las explotaciones agrarias en sí mismas, porque ello no conduce normalmente a una mayor adecuación de éstas a las exigencias económicas de formación de capital y rentabilidad. Es evidente que en la Francia de 1961 los agricultores autónomos (pequeños y medios propietarios) han devenido en un importantísimo grupo de presión político-económico, que su voto resulta determinante en las elecciones —dado el gran número de distritos elec-

(9) J. PATARIN: «Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la Loi du 19 décembre 1961 sur le partage et la réduction», en *RTDC*, 1962, págs. 421 y sigs.

(10) J. CHEVALIER, *op. cit.*, nota 1, pár. 15.

torales en los que son mayoría— y, lo que es más importante, su voto no se encuentra cautivo respecto de una ideología claramente determinada o de un partido político; fluctúa conforme lo requieren sus propios intereses, y la ley a que nos venimos refiriendo traduce fielmente esta situación.

b') *Cuestiones de contenido*

La atribución de derecho, que se mantiene en la Ley de 1961, impide la valoración por el Juez de instancia del interés individual protegido por la norma dentro del contexto que le es más propio a la institución, cual es el interés general de la familia en función de su propia estructura funcional y social y el no menos importante de la composición del patrimonio familiar dividiendo y las ocupaciones profesionales de los llamados, ya que el derecho subjetivo del atributario de derecho no está condicionado; siempre que se cumplan en el titular los requisitos subjetivos y objetivos que se contemplan en el artículo 832 del Código Civil francés, tendrá derecho a la atribución y consecuentemente tendrá que ser protegido en el mismo con independencia de cualquier otro tipo de consideración de orden familiar o patrimonial que en los otros supuestos de atribución sí debe tener presente el Juez que conozca del asunto y debe resolver soberanamente. Es en esta línea, mucho más que desde la perspectiva que ofrece la quiebra del liberal principio de igualdad, donde tiene verdadero sentido el hablar de un deslizamiento de las bases sociales y teóricas del Derecho de sucesiones hacia nuevas concepciones, del empleo del mismo para fines de conformación o conservación de estructuras económicas que le son relativamente extrañas y para las que no es el más idóneo de los instrumentos jurídicos empleables, pues, pese a las tesis abusivamente denominadas objetivas de CHEVALIER y de un gran número de agraristas contemporáneos —para los que la propiedad agraria se sitúa por encima de las consideraciones familiares e individuales y que quieren hacer del agricultor un nuevo tipo de siervo de la gleba tan vinculado a la tierra como su antecesor histórico, si bien de un modo mucho más sutil, más formalmente libre—, la defensa de los criterios personalistas y familiaristas adquiere cada día nuevos partidarios que denuncian tales posicionamientos propiciados a la vez por los socializantes y los conservadores tecnócratas de formación dirigista y de cultura enteramente urbana.

Las nuevas proyecciones de las atribuciones preferentes (las de contenido no agrario) se configuran de forma más abierta que en 1938, como un sistema cuya finalidad es la de preservar la estructura económica y familiar de determinados bienes, tomando ambos elementos como expre-

sión de una relación compleja e interdependiente que se proyecta en el fenómeno sucesorio o más concretamente particional, y es por ello por lo que han sido objeto de muy diversas críticas, singularmente de aquellos que, como IRTI, propendían hacia un tratamiento del objeto atribuible como pura estructura organizativa que sirve de marco-referencia para el ejercicio de una determinada profesión (11).

La defensa de la introducción y ampliación de las atribuciones preferentes en el ordenamiento francés frente a los partidarios del mantenimiento de la igualdad cuantitativa y cualitativa en las particiones hereditaria y del consorcio conyugal se ha montado sobre una afirmación que, a mi personal juicio, resulta muchas veces falsa o simplemente banal, cual es la de considerar que es contrario al interés general y a la equidad atribuir una explotación agraria, mercantil, industrial o artesanal a un heredero menos cualificado profesionalmente para su gestión (OURLIAC, DE JUGLART, COSNARD, VITU, VOIRIN, etc.). Con ello, se manifiesta, como afirma PATARIN (12), «una tendencia a hacer predominar la finalidad de los derechos sobre su pertenencia», para concluir que «esta no es la primera vez que la propiedad es tratada como una función social y esta concepción amenaza con propagarse a los derechos hereditarios». En el fondo de todas las argumentaciones subyace un alto grado de incertidumbre sobre los diferentes papeles que deben desempeñar los pequeños y medianos propietarios, en general, las clases medias. La apelación a «lo social» y a «la equidad» tiene la misma función que el *Deus et machina* en el teatro anterior a la adopción de la preceptiva de BOILEAU; es el recurso a lo inapelable cuando falta el argumento racional, que como tal puede ser cierto o falso, pero, en todo caso, irremediable. Las clases medias tienen asignadas en esta época de posmodernidad dos funciones sociales: una, servir de contención a un proceso que se preveía acelerado de proletarización de la sociedad; y otra, nutrir por selección natural las vacantes que se produzcan en los cuadros aristocratizantes a los que se reservan las funciones directivas de esa sociedad. Las atribuciones preferentes en esa perspectiva no se diferencian mucho, por lo que a su fundamentación sociológica se refiere, a la de los abolidos mayorazgos, y la propiedad debe servir entonces al mantenimiento de una estructura de equilibrio social, al mantenimiento del *ordo societatis* y como primer basamento de una sociedad neomedieval que ya han intuido un gran número de escritores de ficción y a la que dedican su atención un importante número de sociólogos. La envoltura formal economicista

(11) N. IRTI: «Dal Diritto civile al Diritto agrario», en *RDDA*, 1961, págs. 227 y sigs.

(12) J. PATARIN, *op. et loc. cit.*, nota 9, pág. 425.

—mejora de la capitalización de las pequeñas y medianas explotaciones y mejora de la productividad—, por lo que a la agricultura se refiere, es evidentemente falsa, como lo demuestra la práctica de la agricultura norteamericana, y probablemente lo sea también para la industria y el comercio, y la persistencia de estas estructuras económicas es un factor más que coadyuva al constante encarecimiento de los bienes y servicios. Por el contrario, es también evidente que resisten mejor que las grandes corporaciones o las grandes explotaciones individuales a las crisis económicas y a las conmociones sociales y, por supuesto, a los grandes errores de las planificaciones estatales; sirven también en su aspecto económico de amortiguador de las crisis económicas, y de ahí el interés de los poderes fácticos en su conservación, aunque sean un lastre en las épocas de crecimiento y de aceleración económica. Son, en definitiva, un arma de perpetuación de lo pequeñoburgués y de su proyección conservadora del orden establecido en lo económico y lo social.

Estas funciones finalistas se cumplen de forma más equitativa, y por ello menos conflictiva, con las atribuciones de carácter facultativo, porque en ellas el más complejo interés de la familia —institucionalmente considerada— queda teórica y prácticamente bajo la protección y salvaguarda del Poder judicial, con lo que es posible su extensión objetiva a otras actividades profesionales distintas de la agrícola y ha propiciado su constante ampliación, como iremos viendo.

c) LA INTRODUCCIÓN DE LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE EN EL RÉGIMEN
ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE COMUNIDAD LEGAL
POR LEY DE 13 DE JULIO DE 1965

Desde su introducción en 1938, las atribuciones preferentes han estado presentes en la partición del consorcio conyugal, pero reservadas al supuesto único de disolución de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges, es decir, como derecho o facultad del cónyuge sobreviviente sobre los bienes comunes que a su vez tenían el carácter de una mera ampliación, conservando su naturaleza de instituto sucesorio. La disolución de la comunidad por divorcio o por cualquier otra causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges abría un procedimiento ordinario de partición sin especialidad alguna.

La Ley de 13 de julio de 1965, que no elabora un sistema de atribuciones preferentes propio de la partición consorcial y, en consecuencia, distinto del establecido en sede de partición hereditaria, hasta el punto que remite directamente a tales normas (art. 1.476, 1, CC francés), lo extiende a todo tipo de partición consorcial, cualquiera que sea la causa de la disolución de la comunidad.

No obstante, al extender este régimen a toda partición consorcial, se introducen por el legislador dos normas de eminente sentido cautelar: una, contenida en el artículo 1.476, 2, del Código Civil francés, por la que se matiza que las atribuciones preferentes en las particiones debidas a divorcio, separación de cuerpos o de bienes serán meramente facultativas, lo que se declara con singular contundencia verbal —«*n'est jamais de droit*»—, y, adicionalmente, se prevé que podrá ordenarse el pago al contado del saldo de diferencia que, en su caso, corresponda al cónyuge no atributario. Esta previsión ya se había introducido en la Ley de 1961 (art. 13), pero de forma claramente insuficiente.

La otra, a la que se refiere el artículo 1.471, 1, inciso segundo, del Código Civil francés, se orienta a la armonización de las atribuciones preferentes con la liquidación del consorcio, y para ello obliga al cónyuge que ejerza el derecho de predetracción (*prélèvements*) en cobro de sus créditos por recompensa sobre la masa común a respetar aquellos objetos sobre los que puede recaer la atribución preferente ejercida por el otro cónyuge —«*Il ne saurait, cependant, préjudicier par son choix aux droits que son conjoint peut tenir des articles 815. .*»—, sin que ello quiera decir que la atribución deba anteponerse al abono de los reintegros y reembolsos, sino simplemente que en la medida de lo posible el abono de éstos no debe perjudicar la atribución en favor del otro cónyuge.

No es éste el lugar ni momento oportunos para el estudio y análisis de estos preceptos, por cuanto tendrán que ser tratados reiteradamente a lo largo del estudio del objeto propio de este trabajo —los arts. 1.406 y 1.407 de nuestro CC—, pero sí cabe decir de ellos que obedecen a las necesidades de armonización que venía demandando la jurisprudencia en las atribuciones del cónyuge supérstite, y que en gran medida ya había elaborado ella misma; y a la igualmente necesaria neutralidad que debe de imponerse en los casos de divorcio y separación, en los que la atribución podría jugar un papel perturbador adicional al conflicto o fracaso matrimonial del que trae causa la disolución del consorcio.

La introducción de las atribuciones preferentes en sede de partición del consorcio conyugal no hubiera suscitado críticas por parte de la doctrina si se hubiese limitado a lo hasta aquí expuesto, pero la moda de permanente extensión de esta institución ha llevado al legislador a concebir un nuevo supuesto, cual es el de la atribuibilidad de un inmueble ganancial anejo o contiguo de otro privativo del atributario, sin descender la norma (art. 1.475, 2, CC francés) a mayores precisiones, lo que se ha juzgado por la doctrina unánimemente como un factor perturbador

de la gestión constante la comunidad y un ejemplo de desigualación injustificada en la partición del consorcio (13).

Para PATARIN y MORIN (14) la interpretación correcta de este artículo 1.475, 2, consistiría en exigir que para que el inmueble sea atribuible se dé la doble circunstancia objetiva de ser contiguo a otro privativo y complementario funcional o económicamente de éste, y no atribuible cuando se dé una sola de las condiciones referidas, en especial, la de ser colindantes; tal y como afirmara con anterioridad a la reforma que nos ocupa el TC de Amiens, en su Sentencia de 9 de febrero de 1960 (15). No obstante la racionalidad del argumento, parece evidente que conforme a la letra del precepto, y como apuntó la generalidad de la doctrina, pese a mostrarse sumamente crítica con el precepto, es suficiente para ser objeto de atribución preferente que en el inmueble se dé una de las dos circunstancias.

d) ULTIMAS AMPLIACIONES SUBJETIVAS EN LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

La cerrada defensa de la interpretación restrictiva de las normas introductoras de las atribuciones preferentes que venía realizando la *Court de Cassation* (16), manteniéndose fiel a su doctrina de considerar como principio general la igualdad cuantitativa y cualitativa de las particiones y como excepción, cuando no como privilegio, la desigualación cualitativa por atribución preferente, y reprochándosele «que se mostraba excesivamente atado a la regla de la igualdad en las particiones y de desconocer el interés económico de la atribución preferente» (17), por lo que los grupos de presión agrarios forzaron una iniciativa parlamentaria (Proposición de Ley 67/70), que se convirtió en Ley de 23 de diciembre de 1970.

(13) P. RAYNAUD: *Les régimes matrimoniaux*, pág. 304; PONSARD, en AUBRY y RAU, *op. cit.*, t. VIII, págs. 488 y sigs.; CORNU, *op. cit.*, pág. 517, entre muchos otros.

(14) PATARIN y MORIN: *Le réforme des régimes matrimoniaux*, vol. 1, núm. 333.

(15) Rep. Not. Defrénois, 1961, art. 28.019.

(16) Cass. civil 30 abril 1965, D. 1965, pág. 817; 13 enero 1969, *Journal des Notaires et des Avocats*, nota de J. VIATTE, entre otras, casi todas anotadas por J. VIATTE.

(17) J. VIATTE: «Nouvelles extensions de l'attribution préférentielle», en *JNA*, 1979, art. 49.939, págs. 302 y sigs. Cuando VIATTE se refiere a la crítica de la doctrina por esta postura de la *Court de Cassation*, debe entenderse que primordialmente se refiere a sí mismo, que es el mayor impulsor entre los publicistas franceses de la extensión subjetiva y objetiva de las atribuciones preferentes, como lo prueban sus artículos «L'attribution du domicile conjugal», en *RGLJ*, 1970, páginas 74 y sigs., y «Le droit à bail et le régime de communauté», *Gaz. Pal.*, 1975, D. 721.

Fundamentalmente la Ley de 23 de diciembre de 1970, introduciendo el nuevo artículo 832, 3, del Código Civil francés, amplía el derecho o facultad de atribución a los nudos propietarios y a los legatarios a título universal. Esta ampliación aparentemente carece de importancia, pero no es así si se desciende a su íntima significación: de una parte, dando acceso a los nudos propietarios a la atribución preferente, el nuevo artículo 832, 3, del Código Civil francés rompe el necesario nexo funcional —profesional o finalístico entre la cosa atribuible y la persona del atributario—; de otra, con la ampliación a los legatarios a título universal en virtud de testamento o por institución contractual «se retira a la institución su fundamento familiar, considerado hasta este momento como preponderante» (18).

Este triunfo del interés económico sobre los de tipo y caracterización personal y familiar sí resulta una verdadera amenaza para la integridad del sistema sucesorio francés y sus más importantes fundamentos sociales y consagra la atribución preferente como un instrumento en manos del legislador para una demagógica utilización de los mecanismos sucesorios, sirviéndose de ellos para configurar subrepticamente y por medios indirectos la sociedad francesa. Las atribuciones preferentes se manifiestan así como un peligro larvado, pero presente para las más importantes conquistas del Derecho como instrumento de libertad y convertirlo en una forma de vinculación de la que el Código Napoleón fue instrumento precioso de superación.

C. Breve referencia a las atribuciones preferentes en el Derecho belga

a) EL INTERÉS PROTEGIDO POR LAS ATRIBUCIONES

Aunque Bélgica haya sido, en el plano puramente formal y estrictamente cronológico, la nación pionera en materia de atribuciones preferentes, ya que su introducción data de la Ley de 16 de mayo de 1900 (19), por la que se establecen modificaciones al régimen sucesorio de las pequeñas herencias (20), la doctrina y los legisladores de este país han entendido siempre que la técnica de las atribuciones preferentes tan sólo resulta eficaz socialmente para impedir la licitación y partición material

(18) J. VIATTE: *Nouvelle...*, pág. 305.

(19) *Moniteur*, 21 y 22 de mayo de 1900.

(20) El límite máximo de atribuibilidad de un inmueble se sitúa en la fijación de una renta catastral de 24.000 francos belgas anuales, según la última actualización por Real Decreto de 21 de agosto de 1962.

de las pequeñas, mejor diríamos, pequeñísimas, propiedades inmuebles, y que no es el instrumento adecuado para influir indirectamente sobre la configuración estructural de la propiedad belga, sus rendimientos económicos y su función social (21).

El profundo y severo análisis que sobre las atribuciones preferentes se llevó a cabo por la Subcomisión parlamentaria encargada de la reforma del Derecho de familia (22), dentro del contexto del régimen económico-matrimonial legal belga, condujo a la conclusión, no exenta de dudas, de que no resultaría prudente adoptar formalmente el ámbito material señalado para las atribuciones preferentes en Francia, pues entendían que éste era excesivo, «desmesurado», y conducía a una compleja casuística no siempre justificada, sobre todo en razón del sinnúmero de problemas y conflictos familiares que se generaban, a todas luces desproporcionados, respecto de los resultados sociales cosechados. Por ello, en Bélgica con las atribuciones preferentes los legisladores pretendían alcanzar objetivos mucho más concretos y menos ambiciosos que los explicitados por sus homólogos franceses, y, sobre todo, estos objetivos tuvieron una marcada significación familiar, concretando su ámbito formal a la partición del consorcio conyugal, porque entendían que es en esta *sedes materiae* donde alcanza su expresión de forma más práctica y patente el sentido teleológico que se considera propio de las atribuciones preferentes, ya que sirven directamente para garantizar la forma de vida del cónyuge sobreviviente frente a los herederos del otro fallecido o para mantener la estabilidad profesional, al menos de uno de ellos, ante el fracaso y quiebra del matrimonio.

b) EL CONFLICTO JURÍDICO-MATERIAL DE LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES BELGAS

Los artículos 1.446 y 1.447 del Código Civil belga, introducidos por la reforma de 14 de julio de 1976, estructuran las atribuciones preferentes como una operación particional del consorcio conyugal a la extinción del mismo con suma sencillez y concisión.

Se ordenan en dos caracterizaciones jurídicas netamente diferenciadas, una como derecho subjetivo del que sólo puede ser titular el cónyuge supérstite, es decir, requiere que el consorcio concluya por muerte de uno de los cónyuges (art. 1.446), y otra, como mera facultad, en vir-

(21) Rapport HAMBYE: *Documents parlementaires Sénat*, núm. 683 (SE 1974), número 2, 25 noviembre 1975.

(22) Annexe au rapport fait au nom de la Sous-Commission de la Justice, par MM BAERT, CALEWAERT, HAMBYE et VAN LAEYS: *Doc. parl. Sénat*, núm. 683 (SE 1974), núm. 2 annexe, 25 noviembre 1975.

tud de la cual puede pretender, por vía judicial, la atribución cualquier cónyuge en los demás supuestos ordinarios de conclusión de la sociedad legal (art. 1.447).

Se señalan como objetos de la atribución preferente, para ambos supuestos, una de las viviendas destinadas al alojamiento familiar y los inmuebles que sirvan para el ejercicio de la profesión del atributario; no se hace especificación aquí sobre la naturaleza del inmueble, con lo que las distintas posibilidades no son objeto de tratamiento, diferencia u ostensiblemente privilegiado, como es el caso del patrimonio agrícola en Francia, ni se hace hincapié en el necesario nexo de unión entre cosa atribuible y función profesional desempeñada por el atributario en él, por entender que este extremo era obvio y consustancial con el diseño de la propia norma, era un presupuesto absolutamente necesario (23).

Se admite, por último, como consecuencia potencialmente lógica, la posibilidad de abono en metálico del saldo de diferencia a que puede dar lugar el ejercicio del derecho o de la facultad de atribución preferente, para mantener ésta al tiempo que se respeta el equilibrio cuantitativo en la partición.

La atribución confiere al atributario siempre la plena propiedad de la cosa atribuible, pues el legislador decidió, tras larga y compleja deliberación, con valoración de los efectos producidos por la atribución en usufructo regulado por el artículo 767, II, 6, del Código Civil belga, que esta última presentaba en la práctica más inconvenientes que ventajas (24), pero que, en todo caso, el derecho reconocido al cónyuge supérstite por el citado artículo 1.446 debe armonizarse con los derechos reconocidos al mismo por el artículo 766 y siguientes del Código Civil belga, y con las previsiones de la Ley de las pequeñas herencias de 16 de mayo de 1900, con sus posteriores reformas de 23 de abril de 1935, 20 de diciembre de 1961 y 21 de agosto de 1962.

Pese a lo equilibrado del criterio sobre el que se han construido las atribuciones preferentes en Bélgica, el propio legislador ha anunciado que estas normas serán objeto de nuevo estudio y, eventualmente, de revisión, tras la valoración que periódicamente efectuará la Comisión de Justicia del Senado belga sobre su efectividad, problemática y aceptación social (25).

En dos aspectos, aparentemente secundarios, se hace patente el buen sentido y la atención que ha prestado el legislador belga en la institucionalización de las atribuciones preferentes. Por el primero de ellos, re-

(23) Rapport HAMBYE, pág. 76.

(24) CASMAN, HÉLÈNE y VAN LOOK, MONI: *Régimes matrimoniaux*, 111/20, 4, partage.

(25) Rapport HAMBYE, pág. 76.

cogido en el artículo 1.442, 2, del Código Civil belga, las atribuciones preferentes se armonizan y se imbrican con las predetracciones *in natura* que puede ejercer el cónyuge acreedor de recompensas, de forma tal que éstas, que tienen una función puramente extintiva de un crédito, no pueden, en principio, imposibilitar el ejercicio de la atribución por el otro, por tener ésta un marcado carácter finalístico social y familiar. El segundo aspecto a considerar tiene un extraordinario valor orientador, por cuanto a mí se me alcanza, de toda la disciplina de las atribuciones preferentes, no sólo para el Derecho belga, en el que es norma, sino para la comprensión institucional de todo el *iter* particional observado desde la perspectiva propia de la atribución preferente, obstáculo claro para una división radicalmente igualitaria; al respecto dispone el artículo 1.447, 2, del Código Civil belga, que como sabemos ya se refiere de forma específica a la atribución facultativa, «*el Tribunal la acordará en consideración a los intereses sociales y familiares del caso y de los derechos de recompensa o de crédito que correspondan al otro cónyuge*». Es, pues, evidente que fuera de estos parámetros las atribuciones preferentes pueden constituir, constituyen en muchos casos, un privilegio insuficientemente fundado en cuanto al interés económico general que, se dice, protegen, frente al criterio y principio de la igualdad cuantitativa y cualitativa en la partición consorcial, que preside y fundamenta cualquiera de los regímenes económicos matrimoniales comunitarios establecidos hasta el momento presente.

D. Referencia sucinta a las diferentes manifestaciones de las atribuciones preferentes en España

a) LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN DE 1967

Los redactores de la Compilación aragonesa fueron los primeros en introducir en nuestra Patria la institución de las atribuciones preferentes, y lo hicieron en sede de liquidación y división del régimen económico matrimonial legal, disponiendo al respecto el artículo 58, 2, de la misma que «*el cónyuge sobreviviente podrá hacer incluir en su lote los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al consorcio. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan*».

El sistema aragonés de atribuciones preferentes se caracteriza, en primer lugar, por ser un modo de partición del consorcio conyugal a la disolución de éste por muerte de uno de los cónyuges, excluyendo corre-

lativamente toda otra causa de disolución de la comunidad; en segundo lugar, por explicitar una finalidad netamente de protección de la continuidad profesional del cónyuge supérstite, debe tenerse en cuenta que la finalidad de orden de intimidad personal y familiar quedan protegidas en el Derecho aragonés tradicional y actual por otras instituciones de gran arraigo; en tercer lugar, y según entiendo personalmente, por su perfecta adaptación al régimen económico-matrimonial en que se inscriben las atribuciones preferentes funcionalmente, que se pone de manifiesto en su proyección hacia una comunidad de muebles no declarados expresamente privativos en el artículo 38 de la Compilación y en la previsión del inciso último del número 3.º del artículo 56 del mismo texto, por el que en la liquidación del consorcio se obliga a respetar este derecho de atribución preferente, pero sin mengua de la primacía que debe acordarse en favor de la reconstrucción del equilibrio entre las masas patrimoniales y el pago a los acreedores del consorcio por deudas vencidas y aseguramiento de las pendientes; y, en cuarto y último lugar, por ser siempre las atribuciones dentro del marco objetivo y subjetivo fijado por el citado artículo 58, 2, *de derecho*, y dar lugar si procede a compensación, sin prejuzgar si ésta debe ser necesariamente en metálico, por entrega de otros bienes en dación en pago, al contado o como operación de crédito, con lo que se respeta al máximo la libertad de los partíciparios según sea la composición material del patrimonio dividendo.

Inspirada sin duda en los antecedentes del Derecho francés en la materia, los simplifica y los supera y ofrece un régimen de las atribuciones coherente y ajustado a la finalidad, de forma muy parecida a la que ofrecería la reforma belga del régimen económico-matrimonial legal de 1976. Ello hasta tal punto que puede pensarse que influyó en aquella reforma, aunque no haya constancia alguna para poder sostener tal afirmación en la documentación parlamentaria belga examinada. La orientación aragonesa dada a las atribuciones preferentes, que merece ser preservada en la proyectada reforma de la Compilación, a pesar de carecer de antecedentes propios en el Derecho aragonés histórico, tiene como máxima virtud la de no aparecer como un añadido, como una novedad normativa, porque su proyección eminentemente práctica se ajusta a las orientaciones sociales, personales y familiares que inspiran el propio régimen económico-matrimonial en el que se inserta, sin necesidad además de ser extendida al régimen sucesorio, porque en él la unidad patrimonial, la libertad de testar y el usufructo viudal juegan un papel social y económico mucho más eficaz y por tradicional menos traumático que el que supondría la introducción en el mismo de las atribuciones preferentes.

b) LA PRIMERA LEY DE REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA
DE 13 DE MAYO DE 1981

La Constitución española de 1978 imponía una reforma profunda en la disciplina jurídica del matrimonio y, en menor medida, en el régimen matrimonial legal, en el que había que equiparar con plenitud de derecho a marido y mujer. La reforma adoptada por Ley de 13 de mayo de 1981 ha sido muy positiva en materia de regímenes económicos-matrimoniales, si bien de laboriosa elaboración y de un *iter* parlamentario sumamente complejo y abierto a la intervención de un excesivo número de participantes no especialistas en la materia (lo que se deja sentir en los aspectos más técnicos de la ley, aunque la valoración del título III del libro IV del Código Civil, dedicado a los regímenes económicos matrimoniales, puede considerarse en términos muy positivos). De todos modos, las enmiendas introducidas por las Cortes Generales al texto de la Comisión de Codificación no sirvieron para mejorarlo en ningún caso.

Es en este contexto en el que, por iniciativa de la Comisión de Codificación y para el régimen de sociedad de gananciales, se introducen las atribuciones preferentes, dedicando a su regulación los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, que, por ser objeto específico de este estudio, entiendo no deben tratarse en estas líneas dedicadas al origen y la evolución de las atribuciones preferentes.

c) LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES EN EL ESTATUTO
DE LA EXPLOTACIÓN FAMILIAR AGRARIA Y DE LOS AGRICULTORES
JÓVENES DE 24 DE DICIEMBRE DE 1981

Cuantas veces concluyo la lectura de la Ley de 24 de diciembre de 1981 tengo la impresión de encontrarme con un texto que se refiere a una realidad agrícola muy diferente de las nuestras (nuestra peculiar geografía nos depara un número de agriculturas —objetivamente consideradas— mayor al de Comunidades Autónomas) y que se trata más bien de un ensayo legislativo sin vocación de norma positiva. Estas ideas se han visto confirmadas por las opiniones que en diversas ocasiones han expresado los profesores DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, cuya reputación como los mejores especialistas en Derecho agrario no ofrece la menor sombra de duda, y para estos profesores la ley, como mínimo, es una precipitación legislativa.

La ley se caracteriza, querámoslo o no, por sus aspectos claramente negativos: no objetiva en modo alguno qué deba entenderse por «explotación familiar», pues el contenido material de su artículo 2.º es clara-

mente contradictorio; las explotaciones familiares se encuentran en la realidad muy distantes de ser concebidas como «el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado», y el elemento subjetivo tomado como pauta para la dimensión —«qué los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas»— es sinceramente sorprendente, pues para una misma área geográfica puede ser una finca de 200 Ha., en virtud de la composición familiar y del grado de mecanización, explotación familiar, y no serlo para otra familia una de 50 Ha.; describe en el artículo 3.º una forma de vida agrícola —vivienda e inmuebles destinados contruidos sobre la propia explotación— cercana a la aspiración francesa y propia de la realidad de los Estados Unidos, pero no de nuestra agricultura no latifundista, es decir, de más de dos tercios del país; desconoce ampliamente la realidad fáctica y la jurídica de los regímenes económico-matrimoniales del Código Civil, pese a su coetaneidad y los de los Derechos forales, desconociendo la autónoma administración y gestión de los bienes privativos; choca frontalmente con el Código Civil, introduciendo derechos de usufructo vidual sobre la totalidad del patrimonio, pactos sucesorios, contratos sobre la herencia futura, testamento mancomunado y otros elementos ajenos a la mayor parte de los Derechos civiles españoles, y trastoca indebidamente a aquellos otros que conocen tales instituciones; atenta contra la seguridad jurídica, dando acceso al Registro de la Propiedad a actos administrativos del Ministerio de Agricultura, vinculando tierras como si se tratase de la investidura sobre nuevos feudos, siendo el otorgante el Ministerio citado; por último, intenta administrativizar la actividad agrícola sin más dispendio por parte de la Administración que el de recibir «las ayudas y exenciones que reglamentariamente se establezcan».

En este contexto, a mi personal juicio, claramente negativo, se pretende institucionalizar una atribución preferente de derecho para la explotación agrícola familiar en los siguientes términos: artículo 27. 1.º: *«A falta de pacto sucesorio o de disposición testamentaria al respecto, la explotación familiar agraria se atribuirá íntegramente al heredero legítimo más próximo que ostente la cualidad de colaborador de la misma. Concurriendo tales circunstancias en varios herederos, la explotación se atribuirá al que hubiera permanecido más tiempo colaborando en la explotación.»* 2.º *«De no existir herederos legítimos que sean colaboradores en la explotación, sucederá en la titularidad de la misma el heredero legítimo que se comprometa a continuarla, y en caso de ser varios, se*

estará al acuerdo de la mayoría. De no existir ninguno que se comprometa a continuarla o de no llegarse a un acuerdo en el plazo de tres meses desde que se abra la sucesión, se entenderá que desean anular las obligaciones impuestas por esta ley.» Es decir, otorga una clara preferencia sucesoria en favor del legitimario colaborador (la referencia al heredero legítimo muestra una desviación terminológica que hace a esta ley poco concorde con la reforma del Derecho de familia promulgada el mismo año 1981) sobre los demás e incluso discrimina entre los colaboradores para primar al más antiguo. En este segundo supuesto la ley sitúa como interés social superior la unidad de la explotación por encima de la continuidad profesional de los restantes legitimarios agricultores, a los que condena a la situación de empleados, pues se quedarán sin tierras propias, al menos, provenientes de la herencia de sus padres, y por supuesto, pues esto es propio de la atribución preferente, muy por encima del interés de antiguo objeto de protección que se encierra en la integridad cualitativa de la legítima.

Por si esto no fuera ya suficiente, además, en atentado directo a la integridad cuantitativa de la legítima, se dispone en el artículo 29, 1.º: *«El sucesor en la titularidad de la explotación deberá efectuar el pago del haber hereditario correspondiente a los demás coherederos en la explotación, en el plazo máximo de diez años, contados desde la apertura de la sucesión, debiendo abonar, al menos, el sesenta por ciento del haber durante los primeros cinco años. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal.»* Es decir, los legitimarios no atributarios preferentes en la mente del legislador debían ser expoliados en beneficio del atributario, pues recibirán en dinero su legítima a lo largo de diez años, recibiendo como compensación de este préstamo forzoso —que no realiza el órgano administrativo inspirador y administrador de la ley— el interés legal, fijado en el momento de promulgación de la ley en el 6 por 100 (26), cuando la inflación en la misma fecha era de más del 16 por 100. Por ello podemos afirmar que nos encontramos ante un supuesto de privación de bienes que puede ser contrario a lo dispuesto en el artículo 33, 2, de la Constitución, y sin que en la ley se establezcan las razones de utilidad pública o interés social en que puedan fundarse tales limitaciones al derecho que le asiste al legitimario respecto de la integridad, como mínimo, cuantitativa de su legítima, y sin que pueda hablarse de limitaciones inspiradas en la función social de la propiedad, ya que desconoce el derecho de quienes son agricultores colaboradores en la hacienda de

(26) La nueva fijación del tipo de interés legal por Ley de 29 de junio de 1984 aminora estos efectos, pero todavía el interés legal es mucho menor que la inflación que padecemos.

su padre a seguir siéndolo en favor de uno de ellos. Además, la división no necesariamente tiene el inconveniente de fomentar el minifundismo, pues puede ser explotación familiar un latifundio siempre que los brazos familiares más baratos o sin retribución presten más jornadas que los asalariados no familiares a lo largo de un año.

El sentido común de los agricultores, cautos con aquellas medidas extremas que puedan romper la unidad y convivencia familiares, hacen que estas utopías, a medias importadas, a medias pseudoforalistas, sólo aparezcan en el *Boletín Oficial del Estado*; la realidad marcha por otros cauces muy distintos, para bien de las familias e incluso de los patrimonios agrícolas. Por los datos que he podido recabar sobre la aplicación de la ley, ésta es ampliamente desconocida por el mundo agrario.

Esta crítica acerba no quiere decir que yo desconozca el interés social que puede desarrollarse por medio de la atribución preferente; todo lo contrario, como pondré de manifiesto en los capítulos que siguen, la crítica nace aquí del desprecio a las instituciones civiles y a la desproporción empleada entre medios y fines que entiendo proceden del procedimiento seguido: una ley cuyo contenido es eminentemente de Derecho civil fue tramitada por el Ministerio de Agricultura y Comisiones de Agricultura del Congreso de los Diputados y del Senado, sin que la conociesen la Comisión de Codificación y las Comisiones de Justicia de las Cámaras y tramitada cuando los parlamentarios se dedicaban preferentemente al examen y discusión de los Presupuestos Generales del Estado.

II. LOS SUJETOS EN LAS ATRIBUCIONES PREFERENTES

A. Aspectos generales

La determinación de quién pueda ser atributario preferente de bienes gananciales presenta una serie de problemas, de los cuales la mayor parte se encuentran más estrechamente ligados con la novedad y la falta de tradición de la institución que con las propias y específicas particularidades de la misma.

También influye en la problemática el hecho de que en España esta institución se haya introducido específicamente y con entidad propia en sede de partición de la masa consorcial en los regímenes matrimoniales de signo comunitario (régimen legal aragonés y nueva sociedad de gananciales), pues dota al aspecto de la determinación del atributario de unos específicos perfiles familiares que entiendo afectan al conjunto de la institución. Bien es cierto, no obstante, que la referencia a la familia no

sirve hoy precisamente para acantonar un concreto problema, pues el concepto «familia» es objeto en sí mismo de viva discusión, y puede decirse que se ha convertido en un concepto jurídico indeterminado, al confluir sobre él una realidad social en la que conviven varias y muy diferentes concepciones de familia que van desde la celular hasta la patriarcal, sin que pueda, con propiedad, decirse que una es propia del medio urbano y la otra se corresponda con el medio rural, ya que se encuentran indistintamente en ambos medios.

El primer interrogante es más de signo sociológico que jurídico, si bien con importantes repercusiones en este campo. Consiste en aclarar si la institución tiene en su fundamentación el servir a un interés personal o familiar. O trasladado el problema a otros términos, si el interés social jurídicamente protegido con las atribuciones preferentes puede realizarse atendiendo a las necesidades de uno de los miembros —el cónyuge— frente a los del otro o sus herederos y ha sido introducida sólo a este propósito, o si, por su dimensión familiar, el interés se realiza o puede realizarse en cualquiera de los interesados en tanto que miembros del núcleo familiar (27).

La solución al problema es tan compleja que basta decir al respecto que en Francia y Bélgica su planteamiento, sumamente realista, ha dado lugar a concebir las atribuciones preferentes unas veces como auténtico derecho subjetivo de un miembro del grupo familiar frente al resto y otras como mera facultad, en las que, en caso de discrepancia, resuelve el Juez, valorando las distintas circunstancias y el interés familiar; además, se otorga un tratamiento diferente según sea el objeto atribuible. Para nosotros los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil nos sitúan, creo que aparentemente, fuera de esta dialéctica formal al referirse expresamente a «cada cónyuge», pero como veremos más adelante no se ha simplificado el tratamiento subjetivo con la pura determinación literal del precepto.

Juegan aquí, como casi siempre, un papel importante, los orígenes de los que tan difícil es desprenderse y la evolución histórica de la institución. La atribución preferente nace en Francia frente al principio no menos francés de «integridad cualitativa de la legítima», para posibilitar la idea que podemos calificar de contrarrevolucionaria de mantener la unidad del patrimonio agrícola familiar, finalidad ésta mucho más rica en matices y consecuencias que la puramente economicista de servir de instrumento de lucha contra el minifundismo. La presencia, con carácter

(27) Sobre la problemática del interés familiar en general es ilustrativo el artículo de MAX HENRY: *L'intérêt réduit à l'intérêt des époux*, Recueil Dalloz-Sirey, 1979, chronique XXX, págs. 179 y sigs.

necesario, de la vivienda familiar, como ya sabemos, en la configuración de la inicial atribución preferente de inmuebles rústicos, en el Decreto-ley francés de 1958, nos da la dimensión germinal de la institución: que el patrimonio cumpla en una sola mano la misma función a la que servía antes de acaecer el evento que debería producir la partición y la división material. La *casa*, concepto caro a quienes somos sujetos de Derecho foral y desde luego no ajeno a quienes sin serlo tienen en la base de su personalidad una vinculación con el mundo rural, supone una concepción de la familia, si no patriarcal, sí al menos amplia y en la que el interés de la familia sólo muy excepcionalmente puede entenderse reducido al interés de los cónyuges o de uno de ellos, y, de suyo, nunca con dimensión individualista, nos encontramos en las antípodas del Derecho de obligaciones, pues aquí sobre el equilibrio de derecho *versus* deber prevalece la idea de continuidad, de estabilidad y de proyección del pasado sobre un conjunto socialmente organizado y no como suma de personas individuales.

La evolución de la atribución preferente en Francia, que, como sabemos, no ha desmentido en ningún momento su origen; su ampliación a otros objetos y con ella a otros medios sociales distintos del rural, es decir, más urbanos, no tiene, en el fondo, otro contexto que el de fomentar la colaboración familiar y, en último extremo, impedir unas veces, paliar otras, los efectos disolventes que en la familia, vista desde el ángulo patrimonial, proyectan las separaciones y los divorcios, cuanto más defender frente al egoísmo de los hijos —supuesto nada infrecuente— la continuidad de la forma de vida del cónyuge superviviente. Todos los demás efectos, que los hay, tienen ante éstos un claro aspecto secundario.

El segundo interrogante de puro signo jurídico gira en torno al alcance excepcional u ordinario que deba dársele a la desigualación cualitativa que en principio y de ordinario produce la atribución preferente.

En este punto es obligado reflexionar sobre un aspecto poco frecuente en el Derecho moderno, cual es el de las desventajas de la igualdad en el tratamiento jurídico de los problemas familiares y sucesorios, porque la realidad no conoce de una familia arquetípica ni de unos descendientes iguales. Sin embargo, desde la Revolución francesa, la legislación positiva vive de ordinario bajo la obsesión no sólo de la igualdad, sino en la actualidad bajo la presión del igualitarismo, olvidando la verdad que encierra la paradoja que propone frecuentemente LACRUZ, al decir que en el Derecho de familia «unos son más iguales que otros».

Debe entonces tenerse muy en cuenta que la institucionalización y posterior generalización de las atribuciones preferentes suponen una re-

visión respecto de la acostumbrada evolución del Derecho nacido bajo las ideas de igualdad propias de la Revolución francesa, y es obvio que no podrá entenderse y admitirse el fenómeno social que subyace en la institucionalización de la atribución preferente si no se es capaz de aceptar que la igualdad impuesta, en el seno del Derecho de familia y en el de sucesiones, ha llegado a dar lugar a situaciones claramente regresivas; es más, puede decirse que en esta materia el igualitarismo es una tendencia socialmente peligrosa, cuando no regresiva.

Por ello, hacer constante hincapié en la defensa de la igualdad cualitativa en la partición o de la reconstrucción de la misma equivale a reducir y condenar *a priori* a la atribución preferente a ser una institución marginal, de carácter siempre excepcional, destinada a tener una importancia relativa: de alguna utilidad para los patrimonios saneados y, en último término, a acomodar una institución que debería servir a los intereses de la familia al interés exclusivo de uno solo de sus componentes: el cónyuge atributario.

El alcance ordinario o extraordinario, es decir, la derogación o la excepción al principio de igualdad cualitativa que encierra toda atribución preferente, conduce y obliga a adoptar bien una interpretación amplia en su alcance y previsiones, o bien otra necesariamente estricta y fielmente apegada a la letra y a las exigencias formales de la ley. En mi personal opinión este planteamiento disyuntivo peca por exceso de formalismo, pues hace de la interpretación una especie más del ritualismo esencialmente nocivo para el Derecho, y conduce al asentamiento y construcción de la institución sobre unos cimientos insuficientes, amén de falsos.

Hay que admitir de grado que, de forma general, en toda partición —hereditaria o del consorcio conyugal— se debe propiciar la presencia en todas sus operaciones de la doble igualdad: cuantitativa y cualitativa. Y que sólo en determinados supuestos es admisible la presencia de una potencial desigualación cualitativa, siempre finalista, en la que el interés que se quiere proteger ha merecido el reconocimiento de la norma. Tal es el caso de las atribuciones preferentes.

Ahora bien, la excepcionalidad que se admite en esta última proposición no tiene por qué conducir, de forma necesaria, al entendimiento de que en la interpretación de tales normas, por su contenido formalmente exorbitante, debe imponerse el criterio de aplicación restrictiva en todas y cada una de sus manifestaciones y en todos los puntos que se someten al análisis jurídico. Es decir, no creo que el rigor que precisan consista en impedir toda ampliación sistemática referida a las personas y al objeto del derecho, acantonándolo, en su consecuencia, a la propia expresión literal del precepto en que se contenga.

Creo más bien, y trataré de demostrarlo, que el rigor restrictivo, que desde luego procede, no puede ni debe aplicarse ni a las personas reconocidas como potencialmente atributarias —salvo en muy determinados casos—, ni a las cosas señaladas por la norma como atribuibles; la rigidez debe operar en otro campo más determinante de la finalidad de la institución, cual es la necesidad de un nexo de afección entre atributario y objeto atribuible.

La propia funcionalidad de la institución de la atribución preferente demanda, siempre en mi personal opinión, de una parte, que pueda reconocerse la cualidad de atributarios a los herederos del cónyuge premuerto, en las condiciones y con las limitaciones que explicitaré más adelante, a pesar de que en la expresión formal del artículo 1.406 se predique tal cualidad sólo de «cada cónyuge»; de otra, que los bienes atribuibles no sólo sean los específicamente previstos con carácter general en los apartados 1.º a 4.º del citado artículo, sino también aquellos otros que por su naturaleza o por su función juegan el mismo papel que los enumerados taxativamente en el desarrollo de la personalidad en sus dimensiones de intimidad y de proyección profesional amenazadas en su continuidad por la partición del consorcio conyugal.

La excepcionalidad propia de la misma institución demanda igualmente que el rigor restrictivo en la interpretación opere en la exigencia de la necesaria existencia de un nexo entre atributario y cosa atribuible anterior y coetáneo a la partición, nexo que trasciende el aspecto puramente patrimonial en que la partición consiste y que supone la demostración de que se dan cada una de las exigencias implícitas en el artículo 1.406 del Código Civil, y que, en los supuestos de aplicación, de ellas depende la estabilidad del atributario, cumpliendo la finalidad institucional, sin daño ni mengua de la igualdad cuantitativa; sin la existencia de tal nexo debe negarse la atribución por ser atentatoria contra la igualdad y constituir una auténtica desviación del derecho a la desigualdad que tan sólo con tal fin se reconoce (28).

B. La condición de atributario

En el artículo 1.406 del Código Civil, como hemos advertido repetidamente, tan sólo se hace referencia a los cónyuges como potenciales titulares del derecho de atribución preferente, pero ¿ello quiere decir que este derecho tan sólo puede ser reconocido en favor de uno de ellos o de ambos con exclusión radical de cualquier otro partícipante?

(28) Ver, por lo que a la relación entre cosa y atributario, la exposición sobre N. J. de los derechos de atribución preferente, en *DE LOS MOZOS: Comentarios...*, págs. 507 y sigs.

Para la generalidad de la doctrina española la respuesta al interrogante planteado es decididamente afirmativa, pues en el planteamiento mismo de la institución se la contempla bien como «un derecho, que se atribuye al cónyuge y, por consiguiente, una *prerrogativa* frente a la igualdad» —como dirá Díez-PICAZO (29)—, bien como «una proyección de los derechos de la personalidad, por razones muy humanas o para mejor satisfacer las necesidades básicas del cónyuge» —como apunta GARCÍA-CANTERO (30)—, lo que quiere decir que es preciso sustentar en la aplicación del artículo 1.406 del Código Civil una interpretación restrictiva en cuanto a quién pueda ser titular del derecho de atribución, por ser la propia figura institucional un claro privilegio concedido por la norma a un cónyuge frente a otro o frente a los herederos del otro.

Esta posición doctrinal dominante, en mi personal opinión, parte de una posición teórica poco sólida: valora más allá de lo estrictamente necesario el denominado principio de igualdad cualitativa en las particiones, y, consecuentemente, con esta valoración, hace de lo que entiendo es una derogación parcial del artículo 1.061 del Código Civil una verdadera situación de privilegio en favor del cónyuge particionario.

El propio Díez-PICAZO, para quien, como hemos visto, la atribución preferente es una *prerrogativa*, afirma igualmente que «la figura de la atribución preferente tiene por finalidad satisfacer intereses personales o de afección que el ordenamiento jurídico considere dignos de tutela y que podrían verse gravemente lesionados con una partición que fuera formalmente igualitaria» (31), lo que nos sitúa en la línea argumental que me parece más correcta. La atribución preferente no tiene por qué ser necesariamente un instrumento de desigualdad, sino mucho más un instrumento legal de mantenimiento de la igualdad, respetando y tomando en consideración las lógicas y omnipresentes desigualdades personales.

La partición hasta ahora tenida por tradicional, nacida de la concepción propia de la igualdad política de la Revolución francesa, plasmada en el Código Napoleón y de éste transferida a nuestro Código Civil, presupone el hacer abstracción de las circunstancias personales de los sujetos, y así en la formación de lotes se procura «guardar la posible igualdad» cualitativa, pues es evidente que para alcanzarlo plenamente se requiere homogeneidad en las cosas en cantidad múltiplo del número de sujetos llamados a repartirlas, con atribución de bienes en razón de su naturaleza, calidad o especie, y, por último, como principio de justicia

(29) Díez-PICAZO, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, pág. 1801. El subrayado es mío.

(30) G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil español...*, t. 5.º, vol. 1.º, página 475.

(31) Díez-PICAZO, *op. y loc. cit.*, nota 3.

se acude a que elija primero quien no confecciona o se pone esta justicia en manos del azar y se sortea. Pero con ello es evidente que no se logra la igualdad cualitativa, sino que se procura; y ello, al precio de que pueda corresponder la bicicleta al particionario cojo y la máquina de escribir al manco.

La atribución preterente supone una nueva forma, más bien habría que decir una forma diferente, de encarar el problema de la formación de lotes en la partición, tomando en consideración dos elementos básicos, que no tienen que suponer necesariamente derogación privilegiada del artículo 1.061 del Código Civil, sino subsunción de los principios de este precepto a las siempre especiales circunstancias del caso. El primer elemento consiste en incorporar a la partición a un sujeto de la vida real, no a un ser numérico ideal, del que cuentan su profesión habitual y circunstancias personales, si bien medidas a través de su relación con los bienes del consorcio conyugal a cuyo equitativo reparto debe procederse. El segundo elemento es de contenido puramente económico y tiene por fin evitar la fragmentación de los bienes y la división de las explotaciones (32), pero ello como efecto de una preocupación social de mayor alcance, aunque con enfoques muy discutibles, la de evitar el desarraigo del mundo rural, en un principio, y la de fomentar la cooperación familiar actualmente.

Se trata, pues, de la introducción, al menos como hipótesis, de un nuevo procedimiento formal y material de partición, en el que las circunstancias personales que se consideran de interés digno de tutela por la norma pasan a primer plano cuando guardan un verdadero nexo de dependencia con bienes que se encuentran en el consorcio de cuya división se trate, y ello sin desconocer o mermar el aspecto cuantitativo de la partición y evitando la desigualación cualitativa que sigue siendo el ideal inspirador de la partición, pues entiendo con LACRUZ que «en tanto sea posible se habrán de asignar al otro cónyuge o sus herederos bienes de semejante naturaleza o, en todo caso, bienes valorados con el mismo criterio» (33).

No creo, en modo alguno, que sea ajustado con el alcance formal y material de la atribución preferente el otorgarle el carácter de privilegio en favor de un sujeto particionario frente a otro, con las consecuencias jurídicas que se derivan de tal calificación, y, en su consecuencia, entiendo que la lectura e interpretación del 1.406 del Código Civil deben ha-

(32) Este segundo elemento se ha incorporado en Francia al Derecho positivo por el Decreto-ley de 17 de junio de 1938, que modificó, entre otros, el artículo 832, párrafo primero, de su Código Civil.

(33) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

cerse conforme a la finalidad del precepto y con las ampliaciones subjetivas y objetivas que demanden la situación familiar protegible.

En la determinación de los sujetos atributarios, dadas las especiales circunstancias de la normativa española, no creo que podamos valernos de la experiencia francesa en la materia en toda su extensión, pues el tratamiento francés de los sujetos es puramente sucesorio, y trasladado desde esta sede a la partición del consorcio conyugal, por lo que los herederos del cónyuge premuerto, en su caso, pueden ser sujetos del derecho de atribución preferente a título propio de herederos, en absoluta igualdad de condiciones con la titularidad que puede ostentar el supérstite a título de cónyuge. No es este el caso del que parte nuestro Derecho positivo, excepción hecha de los específicos y un tanto surrealistas supuestos de la atribución agrícola de la Ley de 24 de diciembre de 1981, prácticamente desconocida en nuestra realista práctica rural, creo que afortunadamente para la paz social. No obstante, la experiencia francesa sí nos sirve para poner de manifiesto que en la atribución preferente el aspecto subjetivo no cobra un especialísimo relieve autónomo sino cuando el supuesto se construye como un claro y verdadero privilegio, como ocurre entre nosotros con la opción que se concede en el artículo 1.407 del Código Civil.

La construcción formal del artículo 1.406 del Código Civil no me parece, consecuentemente con todo lo anterior, un obstáculo para que en nuestro ordenamiento pueda llegarse al reconocimiento de atributario preferente al heredero o herederos del cónyuge premuerto frente al supérstite en los supuestos del 1.406, 2.º y 3.º, y análogos, cuando el nexo entre persona atributaria y cosa atribuible se configure conforme a las exigencias de coherencia y finalidad que en la norma están implícitas (34), y cuyo tratamiento, más propio del estudio del objeto, no puede ser aquí totalmente obviado.

Podrían ser, pues, en mi personal opinión, atributarios preferentes los cónyuges, por designación expresa de la norma, y los herederos del premuerto en los supuestos de ámbito puramente profesional que se contienen en los apartados 2.º y 3.º del 1.406, ya que el 1.º y 4.º tienen una proyección personalista que tan sólo pueden reunir quienes fueron partícipes del consorcio, asunto obvio por lo que hace a la atribución de bienes de uso personal que debieron ser ordinariamente privativos y para el caso de la vivienda de la que se hace reserva expresa en favor exclusivo del cónyuge supérstite. Pero ¿cuándo y cómo podrían llegar a ser atributarios los herederos?

Debemos dejar bien sentado, como cuestión previa, que entendemos

(34) R. BOUR: *Les bénéficiaires de l'attribution préférentielle*, París, 1967.

la atribución preferente como una pura operación particional y que en el mecanismo particional sólo cuentan y pueden ser sujetos de derechos los propios partíciparios y no los simplemente interesados en tales operaciones; así, si los que parten son ambos cónyuges o ex cónyuges en nada intervienen ni pueden intervenir los hijos, sean éstos comunes o de sólo uno de ellos, y sus intereses e incluso sus posiciones personales respecto de los bienes de la partición —resultan irrelevantes en términos de derechos— el que un hijo sea gestor de la empresa familiar. El nexo, al que repetidamente venimos refiriéndonos, que debe mediar entre atributivo y el objeto de atribución se requiere en cabeza de un partícipario a título propio, pues se trata de una situación de hecho con proyección vital y profesional que desencadena el nacimiento del derecho de atribución en el momento mismo de la partición y para el partícipario, cuya estabilidad se trata de proteger por la norma, y no encarna, en modo alguno, la proyección protectora de una situación de *iura in re aliena* o en la dotación de título a una situación previa de precario en la que se encuentre alguno de los hijos.

Por ello, parece que los hijos y familiares sólo podrían llegar a ser titulares de un derecho de atribución preferente en el caso y en la medida en que ellos mismos fueran partíciparios, es decir, únicamente cuando la disolución de la sociedad de gananciales se hubiera producido por muerte de uno de los cónyuges y concurriesen a la liquidación y partición del consorcio a título de herederos del cónyuge premuerto.

Esta única y exclusiva forma de concurrencia a título de partícipario y la exigencia de que para que nazca el derecho de atribución preferente se requiere de igual forma la existencia de la relación de índole personal entre atributivo y cosa atribuible anterior y coetánea al tiempo de las operaciones que se siguen a la extinción de la sociedad, excluye radicalmente la concepción de la atribución preferente como proyección de futuro, como sistema de planificación del futuro profesional de un hijo, y se materializa tan sólo como consolidación de una situación ya dada, lo que obliga a entender la pretendida posición del heredero atributivo como una especie de representación atípica en la partición del consorcio.

El heredero partícipario, en nuestro Derecho, y en clara divergencia con lo que ocurre en el Derecho francés, no podría llegar a consolidar por el mecanismo de la atribución preferente una posición puramente personal con independencia y sin el concurso de la posición que tuviera el cónyuge a quien representa en la partición, ya que la atribución preferente no se concibe en absoluto como una institución sucesoria, sino tan sólo como mecanismo particional referido exclusivamente al consor-

cio conyugal; es decir, en el terreno de los puros principios puede rechazarse la pretensión de atribución por un heredero sobre un inmueble consorcial en el que viene ejerciendo la profesión y del que es arrendatario o titular de un derecho real limitado de uso, y su continuidad a la división del consorcio depende de la consistencia de estos derechos después de ejecutarse la partición; su posición respecto al inmueble no tiene que ver con la que se protege por medio de la atribución preferente, ya que su posesión lo es a título distinto a la derivada de formar parte el bien de la sociedad de gananciales y estar destinado al ejercicio profesional.

Del espíritu, de la finalidad e incluso, en último término, de la misma concepción formal de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, puede llegar a deducirse que el reconocimiento de la cualidad de atributario en la personal del heredero del cónyuge premuerto y en cuanto tal peticionario sólo podría llegar a darse en las siguientes circunstancias:

1. Cuando ha venido colaborando con el premuerto exclusivamente, es decir, sin colaboración con el supérstite, en la explotación y gestión de la explotación agrícola, comercial o industrial. 2. Cuando ha compartido con el premuerto el ejercicio de la profesión u oficio en inmueble ganancial; y 3. Cuando ha venido llevando la gestión autónoma de la empresa ganancial, pero en nombre y por cuenta del consorcio en el seno de una empresa o explotación familiar, es decir, sin tener la condición de asalariado o de titular de un derecho sobre cosa ajena, o lo que es lo mismo, ostentando la condición de colaborador, figura no bien delimitada jurídicamente, pero omnipresente en la realidad económica de la pequeña y mediana empresa agrícola, comercial o industrial.

La negación de la cualidad de atributario preferente a los herederos del cónyuge premuerto, cualesquiera que sean las circunstancias, por el mero hecho de que no se menciona tal posibilidad en el artículo 1.406 del Código Civil, norma a la que se suele calificar de excepcional, a mi juicio, con excesiva facilidad, conduce evidentemente a resultados poco concordes con el origen de la institución, de la que sabemos nació para posibilitar el mantenimiento de la función aglutinante de la familia, que, sin duda, tiene el patrimonio agrícola cuando alcanza y mantiene una dimensión verdaderamente familiar, y para favorecer la colaboración de los hijos mayores en el negocio o la hacienda consorcial; además, conduce también a situaciones aberrantes por lo radicalmente injustas: un sistema que no despliega sus reales potencialidades por temor a ir demasiado lejos en la lesión de la igualdad cualitativa; puede admitir, por una mera cuestión técnica, el que un particionario sea radicalmente distinto de otro, aunque cumpla cada uno de los requisitos que se exigen

al otro para ser titular del derecho, lo que es tanto como admitir que gracias a la interpretación restrictiva: una situación privilegiada queda corregida con una clara injusticia, con lo que el promedio queda a salvo.

La ampliación indiscriminada de la cualidad de atributario a todos los herederos, cualquiera que sea el nexo que los una a los bienes atribuibles, cuya atribución preferente reclamasen, desborda ampliamente el marco actual de la partición circumsrita en la sociedad de gananciales, y tal pretensión, que entiendo sería positiva, requeriría una reforma en tal sentido del Derecho de sucesiones.

Ahora bien, la referencia a «cada cónyuge» del artículo 1.406 del Código Civil no puede ignorarse sin más y arbitrariamente, pues nos encontramos en sede de partición del consorcio conyugal, y la posición de los herederos en ella viene así a desembocar en una especie de derecho de representación atípico e integral de su causante y no sólo por la cuota material que les corresponda, sino también como expresión que es de una institución familiar, y la actuación última deberá ser de interés de ésta y no en el exclusivo de uno de los cónyuges el que prevalezca, pues no se está disolviendo una sociedad nacida de un contrato, sino un consorcio que quiere ser expresión patrimonial de una *communio omnis vitae* que se ha extinguido. en el caso que nos ocupa, por muerte de uno de sus miembros.

C. Pluralidad de atributarios sobre un mismo bien

La doctrina mayoritaria española ha zanjado acertadamente el problema de la concurrencia de solicitudes de atribución preferente sobre un mismo bien cuando los solicitantes son los dos cónyuges, negando la propia existencia de un derecho de atribución preferente sobre el correspondiente bien, argumentando que las posiciones de relación idéntica se excluyen entre sí. Con referencia específica al 1.406, 2.º, Díez-PICAZO afirma que el «llevado con su trabajo» supone el excluir «las empresas que hubieran sido llevadas conjuntamente por los dos esposos», y aplica el mismo razonamiento para la concurrencia profesional en el supuesto del 1.406, 3.º, del Código Civil (35).

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de atribución en favor de los herederos del cónyuge premuerto, en las condiciones antes apuntadas, abre la posibilidad de que varios de ellos, o uno de ellos y el cónyuge supérstite, soliciten la atribución del mismo bien, creándose con ello distintas situaciones de las que no se ha hecho eco la doctrina patria y que creo conveniente sistematizar y analizar.

(35) Díez-PICAZO, *op. cit.*, vol. II, pág. 1802.

a) SITUACIÓN DE CONCURRENCIA EXCLUYENTE

1. Solicitud de atribución de un heredero y el cónyuge supérstite sobre el mismo bien.

En esta circunstancia, y sobre el plano puramente teórico, entiendo son posibles tres soluciones: primera, aplicación extensiva a esta concurrencia de la doctrina sentada y pacífica para la concurrencia entre cónyuges y denegar para ambos solicitantes la atribución; segunda, reconocerla en favor de quien tenga mayores aptitudes para su gestión en el supuesto concreto del 1.406, 2.º, y para el más antiguo en la ocupación para el 1.406, 3.º; y tercera, preferir el derecho del cónyuge respecto del heredero.

Las opciones primera y segunda no parecen adecuadas para el posicionamiento de que parte nuestro propio ordenamiento. Puesto que su propio planteamiento supone que en la gestión anterior a la disolución del consorcio ocupaban los coparticionarios un plano de igualdad absoluta respecto de los bienes consorciales que sólo puede darse entre los cónyuges, cuando la relación del hijo en la gestión de un bien ganancial, o bien es delegada, o bien subordinada, y en este caso tiene que ser necesariamente subordinada, pues sólo el cónyuge es titular respecto de la masa ganancial. La posición de los artículos 832, 7; 832, 1, 1.º, y 832, 2, 4.º, del Código Civil francés, que reconocen a los Jueces la potestad de elegir entre los diferentes peticionarios, teniendo en cuenta la especial aptitud del que se declara atributario para mantener y gestionar la empresa familiar atribuible, no es extensible al supuesto del artículo 1.406, pues en aquél sólo se contempla una concurrencia de coherederos en la herencia de un mismo causante, y entiendo es sumamente difícil trasladar el supuesto a la partición de la masa consorcial; la estabilidad de la economía familiar y de la familia misma que la doctrina francesa —PONSARD, CORNU, DE JOUGLART, etc— entiende es la base de esta ampliación de los poderes discrecionales de los Jueces en la materia, introducida por la Ley de 19 de diciembre de 1961, no es aplicable al consorcio conyugal, en el que el plano de igualdad no se alcanza sino entre los cónyuges.

Es la tercera posibilidad la que resulta más adecuada a la letra y el espíritu del artículo 1.406 del Código Civil, pues parece evidente que la norma persigue en primer lugar el garantizar la estabilidad de los cónyuges, y aunque entendamos que llegado el caso tal estabilidad podría extenderse a los herederos del otro, ello no quiere decir que la norma postule una general igualdad de tratamiento, sino tan sólo que en deter-

minadas circunstancias su literalidad no debe ser un obstáculo para impedir determinadas atribuciones preferentes en favor de los herederos.

2. Solicitudes concurrentes de los herederos sobre un mismo bien.

Cuando varios coherederos pretenden ejercer la atribución preferente sobre un mismo bien de forma excluyente unos a otros, entiendo que entre nosotros en defecto de norma no puede recurrirse a un poder arbitral del Juez que no se le reconoce en este campo, aunque entiendo que ello sería muy conveniente para la estabilidad de los patrimonios familiares, por lo que aquí es preciso reconocer que deberá aplicarse la misma doctrina sentada para la concurrencia de cónyuges y no reconocer para ninguno de ellos el derecho de atribución.

b) SITUACIONES DE PETICIÓN CONJUNTA

La admisión de tal posibilidad tuvo dividida a una parte de la doctrina y la jurisprudencia francesas, pues en tanto la primera minoritaria, encabezada por R. SAVATIER, sostenía que parece deseable dar satisfacción a la demanda conjunta de atribución de una explotación agrícola, comercial, industrial o artesanal, sobre todo cuando la explotación constituye una parte considerable del activo y su atribución, en tales condiciones el único medio de conservarla en el seno de la familia (36); la segunda, y la doctrina mayoritaria —PLIN, BARTIN, etc.—, han rechazado tal posibilidad por entender que la atribución preferente es una modalidad de la partición, y la finalidad de ésta es poner fin a la indivisión. La Corte de casación declaró, en Sentencia de 18 de enero de 1954 (37), que «permitir a varios tener conjuntamente la atribución preferente de una explotación conducía, de hecho, a que la indivisión sucesoria fuera sustituida por una nueva indivisión, de carácter esencialmente precario, pudiendo poner fin a tal situación en todo momento y a petición de uno solo de los indivisarios; por lo que tal tipo de solución es incompatible con la finalidad perseguida por el legislador». No obstante, la discusión ha sido cerrada en favor de la primera tesis minoritaria por la Ley de 19 de diciembre de 1961, pues en la redacción del artículo 832, 6.º, del Código Civil, debida a esta reforma, se dispone: «La atribución preferente puede ser pedida conjuntamente por varios sucesores.»

En nuestro ordenamiento nada impide el admitir una solución semejante a la del artículo 832, 6.º, del Código Civil francés, sobre todo si entendemos que la atribución preferente no es sólo una forma de protección

(36) R. SAVATIER: «Comentarios jurisprudenciales», en *RTDC*, 1954, pág. 334.

(37) Dalloz, 1954, 325, con comentario en contra de su doctrina por PONSARD; JCP, 1854, II, 7962, con comentario favorable a la tesis mantenida por PLIN.

de los intereses de los cónyuges amenazados por una partición de la masa consorcial, sino que también debe proyectarse en interés de la familia a los efectos de impedir soluciones siempre parciales y por ello frecuentemente contrarias a los intereses comunes del grupo familiar.

D. Personalismo en la posición del atributario

Parece claro que en la fundamentación originaria de la atribución preferente la preservación de la unidad de determinados conjuntos patrimoniales —inicialmente el patrimonio agrícola (38)— se orienta mucho más hacia el aspecto de preservación de la identidad familiar, en vías de desintegración por la acumulación de divisiones, que al puro efecto económico que tal medida produce. Se intenta mantener intacto el marco económico que permite a la familia rural proyectarse como tal y no como candidata a la absorción por el medio urbano. Ello hasta tal punto que la introducción de la atribución preferente en Francia en 1938 no es sino consecuencia de un proceso que se inicia con el reconocimiento para ciertos bienes del *status* de bien de familia, por Ley de 12 de julio de 1909; y se cierra con la introducción de la atribución preferente en la disolución de la sociedad conyugal en 1965 (39). En todas sus fases es fácil advertir que el interés protegido es el reforzamiento de la familia como núcleo, más que el de evitar un fraccionamiento de los medios de producción explotados bajo regímenes de economía familiar. Es por ello por lo que la condición de atributario tan sólo se reconoce en quienes se dan las condiciones de ostentar la cualidad de partionario a título personal, de una parte, y de otra, la de tener una efectiva vinculación vital o profesional para con el bien del que se predica la condición de atribuible.

El derecho de atribución, en estas circunstancias y por su origen, no puede ser objeto de tráfico: así, si un partionario potencial atributario preferente cede a un tercero su cuota en la masa dividenda a título oneroso no podrá entenderse, en modo alguno, que en la mencionada cuota que se transmite va incluida la posición de atributario, aunque para el bien de que se trate el cesionario pudiera demostrar cumplidamente que se dan en él las notas requeridas de afección que se piden para los cónyuges, no podrá solicitar atribución alguna, ni podrá oponerse, porque

(38) Al sistema particional del Código Civil francés de 1804 —en lo esencial idéntico al nuestro— lo denominó LE PLAY: «La máquina de astillar el suelo».

(39) Ver el estudio del 68.º Congreso del Notariado Francés sobre «la atribución preferente», en el contexto de la ponencia *De certaines difficultés du partage successoral*, 1971, vol. 4.º, págs. 13 y sigs.

ello sea contrario a sus intereses, a las atribuciones de las que sean titulares otros coparticionarios que lo sean a título originario.

No cabe, pues, desconocer que lo que se protege es un interés moral y familiar que no puede darse en la persona del cesionario de cuota y que tal interés dota al ejercicio de la atribución preferente de un acusado personalismo.

Este último aspecto ha sido tratado por la jurisprudencia francesa, si bien de modo sumamente tangencial, aunque no por ello de forma menos incuestionable, en cuanto ha reconocido tal derecho en favor de un comerciante, en situación concursal y sometido a administración judicial, a ejercerlo sin la asistencia y la autorización del administrador judicial y aun en contra de su criterio —STC Rouen, 26 de enero de 1968.(40).

De igual forma, los acreedores del potencial atributario no tienen título suficiente ni para obligarle a ejercer su derecho, ni para impedirsele, ni mucho menos para ejercerlo ellos mismos, subrogándose en la posición de su deudor; su derecho de intervención se limita a velar por el mantenimiento de la integridad cuantitativa del lote de su deudor, y sólo con la mira puesta en esta dimensión puramente material de la partición pueden oponerse al ejercicio del derecho de atribución por un particionario, sea su deudor u otro, cuando puedan alegar y probar que la valoración del bien atribuible se ha efectuado con daño para sus intereses o que el desplazamiento patrimonial en que la atribución se materializa tiene como finalidad inmediata el convertir el lote de su deudor en irrealizable en el mercado, con daño evidente para su posición acreedora.

De cara a esta visión personalista de la atribución preferente se echa en falta en la regulación de su ejercicio la exigencia de que los bienes obtenidos por este medio especial de partición deban permanecer en el patrimonio del atributario durante un tiempo prudencial, pero suficientemente dilatado, de forma que cumpla la función social que se le atribuye por el ordenamiento, durante el cual los otros particionarios podrían ser titulares de un derecho de tanteo y retracto, siempre que en ellos se cumpliese la finalidad predicada.

De todos modos parece obligado reconocer que la regulación que ofrece el artículo 1.406 del Código Civil resulta claramente insuficiente como para ser la única referencia normativa de una institución que nos presenta perfiles sociales, económicos y, sobre todo, jurídicos tan complejos y tan delicados, siempre en la línea que separa lo conveniente de lo puramente arbitrario, y que la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales tampoco favorece la construcción desde el ámbito puramente doc-

(40) Dalloz, 1968, 520, nota R. SAVATIER.

trinal de los datos y elementos que no pueden encontrarse en la norma. Por lo que cualquier pronunciamiento que tenga como resultado el propugnar una ampliación subjetiva u objetiva del esquemático artículo 1.406 del Código Civil no puede tomarse como doctrina segura.

III. BIENES SUSCEPTIBLES DE ATRIBUCION PREFERENTE: CARACTERISTICAS Y TIPOS

A. Aspectos generales

Las atribuciones preferentes se configuran, en su aspecto formal y material, como contenido de un derecho *excepcional* frente a la regla de igualdad absoluta entre los cónyuges en la división de la masa común o ganancial; es decir, se construyen como un privilegio cuyo ejercicio altera por sí mismo la igualdad cualitativa de los lotes en que debe dividirse la masa ganancial neta que, en principio, deberían estar constituidos por elementos individuales de la misma naturaleza, calidad y especie. Si bien el ejercicio de tal derecho privilegiado no puede alterar, en modo alguno, la igualdad cuantitativa de los mencionados lotes en valor, pues ése es el contenido esencial inderogable de los artículos 1.344 y 1.405 del Código Civil (41). Por ello, parece *prima facie* obligado sustentar que en la aplicación material de este derecho ha de mantenerse un criterio de interpretación restrictivo en cuanto se refiere a qué clase de bienes pueden ser objeto de atribución preferente.

Cabría, pues, entender que sólo puede ejercerse el derecho de atribución preferente por uno de los cónyuges cuando en la masa ganancial neta se encuentren bienes que responden a los supuestos específicos contemplados expresamente en los apartados 1.º a 4.º del artículo 1.406 del Código Civil, con exclusión absoluta de cualquier otro. Esta línea rígida de las manifestaciones del pensamiento se encuentra subyacente en todas y cada una de las manifestaciones del pensamiento jurídico francés en la materia, pues, como expondrá PATARIN, comentando la evolución francesa desde el Decreto-ley de 17 de junio de 1938 hasta la Lcy de 19 de diciembre de 1961, «la atribución preferente desencadena una lucha dialéctica entre dos tendencias opuestas: una lleva al legislador a sacrificar la igualdad entre los herederos y la reserva y a multiplicar las situaciones de atribución preferente por razones de política económica y social, en

(41) Ver, en este punto, la opinión de Díez-PICAZO en su comentario al artículo 1.406, en *Comentarios a las reformas...*, vol. II, pág. 1801, en el que se sostiene que la atribución constituye una excepción también a la regla de la igualdad cuantitativa.

tanto que la otra incita a la jurisprudencia a restablecer en valor la igualdad así comprometida y a guardarse de una interpretación demasiado extensiva de las disposiciones legales» (42).

Este criterio analítico del fondo del sistema expuesto por PATARIN, a la vista de las importantes ampliaciones que del objeto de este derecho efectúa la Ley de 19 de diciembre de 1961, resulta sumamente esclarecedor de la construcción y evolución en el seno del Derecho francés de las atribuciones preferentes, ya sean éstas configuradas como derecho subjetivo o como mera facultad. Resalta en ellas que su origen, desenvolvimiento y regulación es la propia de una institución entroncada en el Derecho sucesorio, y aun cuando se extiende a la partición de la masa consorcial, en el régimen económico matrimonial legal, mantiene sus específicas y propias características, pues, como se prevé en el artículo 1.471 del Código Civil francés, se remite su disciplina a la del Derecho de sucesiones. Ello quiere decir que, con las ineludibles matizaciones que le presta el marco institucional, los fundamentos y objetivos sociales que sirvieron para la introducción de la atribución preferente en la sucesión sobre determinados objetos —impedir fraccionamientos de haciendas familiares, mantenimiento de la unidad productiva y subsistencia de determinadas empresas— siguen siendo los que justifican al legislador para introducirla en la disolución y partición de la comunidad económico-matrimonial legal.

Sin embargo, para el análisis de la institución en el Derecho español, tan sólo presente en el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, el valor de la dialéctica presentada por PATARIN no va más allá de ser el marco de referencia de donde se recibe la institución, pues falta el correlativo sucesorio, y el fundamento finalístico de la institución surgida en la reforma del Derecho de familia de 1981 es indudablemente de dimensión más personal que material. Sin duda, también aquí interesa facilitar la continuación económica de determinados elementos productivos, pero como objetivo secundario; el fin principal es de puro carácter personal.

Nuestro sistema de atribuciones preferentes no sólo no tiene un origen sucesorio, sino que nace en, por y para el régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y en el contexto de una reforma del Derecho de familia que introduce el divorcio y facilita la separación. Es desde otra perspectiva y desde su propia motivación finalística como entiendo deben someterse a análisis los posibles supuestos de atribución preferente que pueden darse bajo nuestro ordenamiento, y no desde la

(42) J. PATARIN: «Egalité, finalité économique et finalité sociale dans la Loi du 19 décembre 1961 sur le partage et la réduction», en *RTDC*, 1962, pág. 27.

óptica que ofrecen los preceptos del Código Civil francés, destinados a este mismo objeto, pues si bien es patente la influencia del artículo 832 de aquel cuerpo legal sobre nuestros artículos 1.406 y 1.407, ya hemos hecho mérito de su distinta finalidad que trasciende la mera letra de los preceptos. Si allí estuvieron presentes como hemos visto las ideas tecnocráticas y tuitivas sobre la conservación de esa idea negativamente urbana de lo que se denomina «la Francia rural», mimetizadas entre nosotros por la Ley de título equívoco y contenido poco riguroso de 24 de diciembre de 1981, ya analizada en los aspectos que en este trabajo interesan, aquí la idea motriz de la introducción de la atribución preferente es la de preservación de la intimidad personal y la independencia y continuidad profesional de los cónyuges amenazadas en toda partición de la masa común, mucho más cuando se deriva de una separación o divorcio.

El examen de la doctrina y jurisprudencia francesas sobre atribuciones preferentes permite llegar a la conclusión de que el elemento determinante para el nacimiento del derecho subjetivo o de la mera facultad de atribución lo constituye la presencia de determinados bienes: los enumerados en el artículo 832 del Código Civil francés en la masa partible, pues es precisamente la función socioeconómica de estos bienes la que marca el interés que el legislador considera como digno de protección por la norma. En tanto que entre nosotros el aspecto determinante no es un puro contenido patrimonial, sino la proyección de éste sobre unas necesidades personales —salvaguarda de la intimidad y continuidad de la profesión—, las que dan lugar al nacimiento y reconocimiento de tal derecho subjetivo.

Aunque estas afirmaciones diferenciales pueden parecer un tanto retóricas e incluso poco prácticas, entiendo constituyen el único punto de partida posible para poder llegar a dilucidar, en el contexto de nuestra sociedad de ganancias, si debe entenderse que el artículo 1.406 del Código Civil establece unas posibilidades de atribución preferente absolutamente limitadas a los objetos señalados taxativamente por el legislador, en atención a su excepcionalidad y al carácter privilegiado del derecho que se reconoce, o si, por el contrario, se trata de un repertorio de casos: los más importantes y frecuentes, citados *ad exemplum*, que pueden ser ampliados siempre que la atribución preferente guarde una relación directa con el interés personal con significación social que se trata de proteger. O, a mayor abundamiento, así nos encontramos con una serie de supuestos para los que el legislador atribuye un verdadero derecho subjetivo de atribución preferente con limitación de *numerus clausus*, pero sin cerrar el camino a la existencia de otras posibilidades.

de atribución preferente para las que sólo cabría reconocer la existencia de una mera facultad.

A la admisión de estas dos últimas posibilidades coadyuva el hecho de que en la redacción del artículo 1.406 del Código Civil se obvia toda referencia a la magnitud económica del bien o conjunto de bienes atribuibles preferentemente, a la estructura individual o social de la empresa o explotación y, por último, a la gradación entre derecho o mera facultad con la que se delimitan los supuestos sucesorios o que tienen por causa la muerte de uno de los cónyuges, de los derivados de separación y divorcio, matices todos ellos que configuran en gran modo la disciplina de las atribuciones preferentes en Francia y Bélgica.

La inexistencia de tales tipos de limitaciones en el sistema español de atribuciones preferentes no quiere decir que nos encontremos en presencia de un sistema sin restricción alguna para los supuestos 1.º a 4.º del artículo 1.406, sino más bien pone de manifiesto que la disciplina normativa de la atribución preferente no tiene origen sucesorio y no se orienta a la pervivencia de la unidad económica atribuible, sino que, casi a la inversa, la atribución responde a necesidades sociopersonales. No obstante, la indeterminación que tal construcción puede suponer obliga, en cierta forma, a no perder de vista el aspecto puramente material de la atribución, y si bien es cierto que la enumeración del 1.406 puede resultar claramente insuficiente en determinados supuestos, no se puede pasar por alto que es en ese tipo de relación *persona-cosa atribuible* la que debe estar siempre presente cuando se trate de ampliar el ámbito material de las atribuciones preferentes, condicionado, claro está, al mantenimiento del equilibrio económico de la partición y de los lotes que deberán formarse con exclusión del objeto de la atribución y de su correspondiente contraprestación monetaria.

A pesar de que nuestro sistema de atribución preferente se construye con una gran parquedad formal en torno al artículo 1.406 del Código Civil, con una ampliación muy circunstanciada en el artículo 1.407, la *ratio* del mismo nos pone de manifiesto que su funcionalidad virtual requiere el no quedar circunscrita a ese estrecho catálogo de supuestos y, además, que tampoco puede quedar reducida a la consideración de una pura y mera operación particional. Parece claro que su función sólo puede alcanzarse si su marco objetivo se extiende, amén de a los contenidos expresamente en la norma, a aquellos otros bienes que en las previsiones del artículo 1.346 hubieran debido entrar en una de las masas privativas de mediar en su adquisición una explicitación suficiente de voluntad; parecidamente sobre aquellos gananciales que lo son por pura determinación de la voluntad o sobre aquellos otros a los que es

factible una extensión analógica del artículo 1.406, siempre que entre el bien objeto potencial de atribución y el sujeto atribuyente se dé alguna de las circunstancias de orden personal que sirven de fundamento para la institucionalización de la atribución preferente.

De igual modo, y como trataremos de poner de manifiesto en el apartado correspondiente de este estudio, la limitación de la atribución preferente a una pura operación particional frustra, para la mayoría de las actuales economías familiares, su propia finalidad socio-económica, por lo que entiendo que puede o debe considerarse como una institución propia no sólo de la partición, sino inserta en el complejo íntegro de las operaciones liquidatorias de la masa común. Ello amplía considerablemente sus potencialidades fácticas, que no pueden estar reñidas con una interpretación rigurosa de los supuestos en que esta institución excepcional pueda tener perfecta cabida.

La novedad, entre nosotros, de la figura objeto de estudio, y su desvinculación, en cuanto al nacimiento, del contexto del Derecho sucesorio, nos imponen el deber de efectuar un tratamiento minucioso y tal vez excesivamente analítico de los bienes que son susceptibles de atribución preferente, tanto considerados en sí mismos, cuanto por la función económica que prestan en la economía familiar y en el entorno personal y familiar del cónyuge peticionario de la atribución preferente, para lo que será preciso estudiar, en primer lugar, los que se consideran atribuibles por el artículo 1.406, para a continuación extenderse a aquellos otros que podrían ser tomados, según hemos apuntado antes, como potencialmente atribuibles, valorando siempre la excepcionalidad de la institución en aquellos justos términos que imponen la dialéctica existente entre favorecimiento del mantenimiento de la personalidad, intimidad y desarrollo personal y profesional del atribuyente, de una parte, y la igualdad y vocación de reparto por mitad de los gananciales que son esenciales a este particular régimen económico-matrimonial, cuya distorsión individualista, primando la subjetividad por encima de la idea de comunidad, supondría la derogación del mismo por la vía inadecuada y parcial de la excepción.

B. Los supuestos concretos del artículo 1.406 del Código Civil

a) LOS BIENES DE USO PERSONAL NO INCLUIDOS EN EL NÚMERO 7 DEL ARTÍCULO 1.346

El apartado 1.º del artículo 1.406 nos presenta, a mi modo de ver, tres considerables dificultades de muy distinto orden y magnitud, para su

aplicación pacífica en la práctica, a saber: 1.^a, la derivada de la construcción en forma residual del precepto; 2.^a, el cambio del ámbito material del precepto al que se hacía la referencia en el proceso inicial de su elaboración, y, por último, 3.^a, las propias de la restricción interpretativa que corresponde a una norma excepcional y de privilegio, por lo que, a falta de las siempre importantes referencias jurisprudenciales, es necesario analizar separada y coordinadamente estas dificultades para poder aproximarnos al conocimiento del posible ámbito material de aplicación del precepto en su expresión legal actual.

1.^a *La construcción residual del precepto*

No es infrecuente que el ámbito material o formal de un precepto se establezca por referencia a lo no comprendido en otro u otros preceptos, y de igual manera es habitual que la doctrina critique tal *modus operandi* legislativo. Ahora bien, en la norma que nos ocupa, su construcción por la vía de la afirmación de un derecho de atribución preferente para aquellos bienes que, a pesar de tener una vinculación destinada al servicio de la persona de uno de los cónyuges, no reunían las condiciones exigidas para ser inicialmente privativos, sólo era posible haciendo que la atribución versase precisamente sobre los que, a pesar de su función, eran gananciales.

El apartado 1.º del artículo 1.406, que en su versión de Proyecto hacía referencia genérica a «los bienes de uso personal», fue restringido por la ponencia en el Congreso de los Diputados al adicionar «... no incluidos en el número 7 del artículo 1.346», y sin añadir con ello una referencia necesaria (43) —pues era evidente que la atribución preferente por definición sólo es ejercitada sobre bienes gananciales— forzó una orientación, en principio, restrictiva sobre qué deba entenderse por *uso personal*, que, como veremos más adelante, perturba la interpretación lógico-sistemática del precepto, añadiendo, además, una negación a otra negación.

La relación de ambas construcciones normativas en forma negativa confiere al Juez un amplísimo margen de discrecionalidad difícilmente controlable, no sólo por tratar de cuestiones de hecho que deben quedar fijadas por el órgano jurisdiccional de instancia, sino también porque la indagación del contenido material de ambas normas queda, en todo caso, circunscrito por parámetros de tiempo y lugar para la concreción de las normas sociales de valoración, que son en este caso determinantes, y por el más concreto de la economía familiar al que pertenece el bien, del

(43) Opinión contraria en Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 1802.

que se trata de fijar, en primer lugar, si es privativo o ganancial, para decidir, en segundo lugar, en caso de que resultare ganancial, si puede ser o no objeto de atribución preferente. Es decir, nos encontramos ante el ámbito material de un derecho que debe construirse sobre la base de otro que por estar construido con referencia a términos de valor económico según una escala de aplicación puramente social y de situación socio-económica, es esencialmente mudable en el tiempo, en el espacio y según las circunstancias particulares de los propios sujetos, por lo que sólo pueden aportarse en este supuesto medidas generales de orientación sobre cuáles sean los objetos de uso personal que a la postre podrán ser atribuidos preferentemente a un cónyuge.

2.^a *El cambio de la referencia inicial del precepto*

Para tener una comprensión plena de esta dificultad es necesario dar noticia de la evolución de los textos legales en el contexto del proceso legislativo de la reforma del Derecho de familia. Así, cuando se redacta el apartado primero del actual artículo 1.406 que nos ocupa, el proyectado artículo 1.346 se expresaba con los siguientes términos: «Son privativos de cada uno de los cónyuges: ... 7.º Las ropas y vestidos de uso personal y los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio...», es decir, el ámbito propio del derecho de atribución preferente sobre los bienes de uso personal abarcaba a todos aquellos bienes personales que no estaban comprendidos en la tradicional expresión capitular francesa, hoy elevada a norma, de *les vêtements et linges* —artículo 1.404 del Código Civil francés— y a todos aquellos instrumentos profesionales que teniendo la consideración de convenientes no llegaban a alcanzar la de necesarios.

La separación en categorías de bienes personales y de bienes profesionales operada en el artículo 1.346, y la matización de versar el 1.406, 1.º, sobre los no incluidos precisamente en el artículo 1.346, 7.º, nos sitúa en una posición fuertemente dubitativa a la hora de intentar precisar el alcance de la atribución preferente sobre esta tipología de bienes. Duda de especial importancia por cuanto puede conducir a un vaciamiento parcial de los intereses sociales que la introducción de este singular derecho en nuestro ordenamiento trataba de proteger, y que deberá despejarse en la integración del precepto, que trataremos de realizar más adelante.

3.^a *La restricción interpretativa*

a') *Planteamiento general*

La concreción de la referencia hecha en el artículo 1.406, 1.º, respecto del artículo 1.346, 7.º, multiplica sus efectos restrictivos por ser el derecho de atribución preferente un claro privilegio del cónyuge atributario y una excepción a la regla de partición del caudal común. Un derecho que, en principio, sólo puede ejercitarse dentro de los límites estrictos que la norma determina.

Ahora bien, sin discutir estas reglas de principio, cabe preguntarse acerca de si la exclusión por concreción de aquellos instrumentos profesionales que no quepan en la limitación de «necesarios» del artículo 1.346, 8.º, reza exclusivamente para el apartado 1.º del artículo 1.406 o para todo el precepto. La solución a este interrogante admite en pura lógica jurídica dos soluciones diametralmente opuestas: una, la de su exclusión radical, por entender que el derecho de atribución sólo nace para aquellos gananciales que reúnen los requisitos exigidos por el artículo 1.406, y otra, la de entender que la atribución preferente es un derecho conferido a uno de los cónyuges con la finalidad de que la disolución y liquidación de la masa conyugal lesione en la menor forma posible sus vidas en sus dimensiones personal y profesional, por lo que la limitación no versa sobre tipos concretos de bienes, sino que se orienta sobre aquellos que tienen relación directa con la finalidad que se trata de salvaguardar.

Las dos soluciones parecen excesivas en cuanto a sus consecuencias, por restrictiva, la primera, y por laxa, la segunda, pues entiendo que la finalidad de la norma debe estar siempre presente en toda atribución, sin que sea suficiente que el bien cuya atribución se pretende responda a las características del artículo 1.406, ni la exclusión por silencio respecto de otro debe impedir la aplicación de la analogía, conforme al artículo 3.º, 4.º, es decir, siempre que se aprecie por el Juez la identidad de razón con los supuestos específicos del artículo 1.406.

Estas creo eran las prevenciones que llevaron a los legisladores francés y belga, países con tradición divorcista, a puntualizar que la atribución preferente en los casos de separación y divorcio no era de derecho. Así conferían al Juez, en una materia cuya estructura técnica era de carácter sucesorio, un amplísimo margen de discrecionalidad no orientado, como a primera vista parece, a preservar la igualdad en la partición entre los ex cónyuges, sino para evitar que la atribución preferente se emplee como un elemento más en la manifiesta desavenencia conyugal o como medio de extorsión.

b') *Bienes gananciales de uso personal: su atribución*

Si la atribución preferente, como es lógico y necesario, tan sólo puede recaer sobre aquellos bienes de uso personal que en el momento de la disolución son gananciales, es preciso dejar bien sentado, aunque sea sumariamente, qué bienes de uso personal son originariamente privativos, pues en función de lo previsto en el artículo 1.346, 7.º, del Código Civil, la ganancialidad debe ser una excepción a la regla general de privatividad. Ello, claro está, partiendo de la idea de entender como bienes de «uso personal» a aquellos que tienen una inherencia a la persona de forma tal que procuran satisfacción a sus necesidades vitales, pero valorando también, y a su vez, el término *necesidad*, conforme no a la medida de la subsistencia pura y simple, sino conforme a las ideas contemporáneas de comodidad, ocio y desarrollo de la personalidad que adicionadas a la esencial de subsistencia configuran el marco de lo personal, es decir, aquellos bienes para los que el común de las gentes atribuye carácter de personales, y por ello entiende que no pueden ser usados por otro miembro de la familia sin el asentimiento, al menos, del usuario principal.

1. *Distinción entre bienes privativos y gananciales conforme al doble criterio económico y social*

Nuestra nueva regulación de la sociedad de gananciales hace depender la privatividad o ganancialidad de los bienes de uso personal del valor de los mismos, según puedan evaluarse como de ordinario valor o de extraordinario valor, respectivamente, con lo que nuestra norma se ha distanciado del antecedente francés (art. 1.404 del Código Civil francés) para inspirarse, en cierto modo, en el antecedente italiano del artículo 179, 1.º, de su Código Civil, es decir, nuestro sistema sigue el tortuoso camino de restringir la esfera de privatividad en los bienes de uso personal, atribuyendo correlativamente al cónyuge usuario un derecho de atribución preferente a ejercitar en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad.

La evaluación económica que hace nuestra norma viene inspirada por los trabajos de la doctrina italiana, que al valorar jurídicamente los términos *bienes de uso estrictamente personal* de su artículo 179, 1.º, han sobrepasado las connotaciones de exclusividad que tal adverbio podría suponer, para orientarse en puros términos de valoración económica, que presupone la necesidad de una interpretación rigurosamente restrictiva del precepto.

Dos tendencias formalmente contrapuestas se han desarrollado en torno a este punto: una, encabezada por SCHLESINGER, preconiza que

el término *estrictamente* sea valorado conforme a una apreciación social común, en cuanto requiere que el objeto de que se trate sea tenido por el conjunto de la sociedad italiana como estrictamente personal y no por un grupo más o menos amplio de familias; esta razonamiento de carácter eminentemente social es apoyado argumentalmente por SCHLESINGER, en la ausencia del correspondiente deber de desembolso que suponen tales adquisiciones y la ocasión que ello ofrece para un enriquecimiento unilateral injustificado, cuando no injusto, y en las posibilidades que ofrece el párrafo segundo del citado artículo 179 para la adquisición de bienes privativos por la declaración de tal privatividad con participación del otro cónyuge en el acto de la adquisición (44). La otra, personificada por CORSI, entiende que el ámbito material del artículo 179, 1.º, del Código Civil italiano, necesariamente restrictivo, debe tener una valoración esencialmente familiar y tomar en consideración el nivel económico y social de la familia de que se trate, sirviendo la apreciación social de mera referencia, pudiéndose incluir en este elenco de privativos algunas joyas, abrigos de pieles, etc. (45).

La interpretación más correcta de nuestro artículo 1.346, 7.º, enriquecido por la experiencia previa italiana, tiene que girar en torno a qué deba entenderse por *no sean de extraordinario valor*, dando por sobreentendida, como es lógico, la frontera de separación entre el uso personal y el uso común.

La pura expresión formal del precepto inclina a pensar, teniendo en cuenta que la ponencia del Congreso varió la fórmula de «no sean especialmente valiosas» a la definitiva de «no sean de extraordinario valor», que entre nosotros ha primado, en cierto modo, la tesis sostenida en Italia por SCHLESINGER de la valoración por relación con el conjunto de la sociedad española; a la comparación suelen responder los términos «ordinario» y «extraordinario», en tanto que con el adverbio «especialmente» podría entenderse que la referencia estaba hecha a la mayor o menor onerosidad que suponía la economía familiar de que se trate. No obstante, la mejor doctrina patria sigue entendiendo que es el nivel de la economía familiar el que señala cuándo un objeto de uso personal por el desembolso efectuado debe reputarse privativo o ganancial, conforme a la tradición marcada por el hoy derogado artículo 1.420 del Código Civil, por

(44) SCHLESINGER: *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, dirigido por CARRARO, OPPO y TRABUCHI, comentario al artículo 179, t. I, págs. 398 y sigs.

(45) F. CORSI: *Il regime patrimoniale della famiglia*, Cicu-Messineo, vol. VI, página 106.

el que se entregan al cónyuge supérstite, sin incluirlos en el inventario, «las ropas y vestidos de uso ordinario» (46).

Ambos puntos de referencia son absolutamente necesarios para poder afirmar cuándo un bien de uso personal es privativo o ganancial.

La valoración social sirve con preferencia para discriminar objetos, en un sentido o en otro; así, entre nosotros no puede incluirse como privativo: el automóvil —cuestión que se ha planteado problemáticamente la doctrina italiana—, pues hoy por hoy la valoración social lo atribuye o bien al uso familiar o bien al uso profesional; es aquí y en esta acepción donde el adjetivo «extraordinario» resulta mucho más adecuado que el adverbio «especialmente» proyectado, presentándose esta acepción enteramente concordante con el artículo 1.321, 1.º, del Código Civil, que excluye del concepto «ajuar» a «las alhajas, objetos artísticos y otros de extraordinario valor». Es decir, marca la frontera de aquello que debe entenderse como de «uso personal», en el sentido estricto del artículo 1.346, 7.º, del Código Civil.

La valoración conforme al nivel económico y social de la familia de que se trate sirve más precisa y directamente para incluir el bien de uso personal en la masa privativa del usuario o en la ganancial, para ser, en este último caso, objeto del derecho de atribución preferente. Esta valoración presupone que un mismo objeto concreto puede ser para unas familias privativo, en tanto que para otras será ganancial, e incluso para una misma familia puede variar el criterio según el *status* económico que ostenten al tiempo de su adquisición. Para la valoración de estos bienes como privativos creo, con mi maestro LACRUZ, que deben excluirse aquellas adquisiciones que se entiende forman parte del propio mantenimiento de la familia, como un acto debido de la comunidad para con un cónyuge: como parte del deber de alimentos o como una forma de satisfacer las cargas usufructuarias (47).

2 *Dificultades que plantea este criterio de valoración*

Los dos términos de la comparación permiten, en los supuestos de controversia, establecer un sólido criterio de interpretación, conforme a las pautas fijadas por el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil, y determinar, conforme al criterio social, qué bienes sean de uso personal, para decidir después, conforme al nivel económico de la familia en el momento de la adquisición, si tales bienes afectos al uso personal son privativos desde su origen sin necesidad de reembolso alguno en favor de la masa ganancial.

(46) Ver, entre otros, LACRUZ: *Elementos...*, IV, págs. 412 y sigs.; TORRALBA SORIANO: *Comentarios a las reformas...*, págs. 1598 y sigs.

(47) LACRUZ, *op. y loc. cit.*, pág. 412.

cial o si, por el contrario, son gananciales y en cuanto tales susceptibles de que sobre ellos se ejerza el derecho de atribución preferente. Quiere ello decir que resulta prácticamente imposible decidir *a priori* y en abstracto qué bienes de uso personal son privativos y cuáles son gananciales, pues ello queda sujeto y depende directa y efectivamente de los criterios sociales vigentes en el momento de la adquisición y de la situación económica de la familia, no al tiempo de la disolución de la sociedad ganancial, sino al tiempo de la adquisición, lo que aporta dificultades adicionales en el momento de la liquidación.

Estas dificultades han sido puestas de manifiesto por CARBONNIER (48) con ocasión de su estudio sobre las joyas, para un sistema como el francés, mucho menos restrictivo que el nuestro, pues admite, por su artículo 1.404 del Código Civil, como privativos «todos aquellos bienes que tienen carácter personal», cuyo empleo por uno u otro cónyuge en función de su diseño y de las convenciones sociales no son determinantes para su calificación como de «uso personal», ya que muchas veces la misma voluntad de adquisición viene determinada en función de que a través de tal adquisición lo que se realiza es una verdadera operación de inversión invisible a los ojos omnipresentes del fisco. Entiende entonces CARBONNIER, y con él la generalidad de la doctrina francesa, que estas adquisiciones, que, en principio, pueden tener un carácter mixto, deben considerarse a todos los efectos como hechas para la masa ganancial y no para una de las privativas, cuando tienen cierto carácter de inversión: es decir, tan sólo se reputarán privativas las joyas cuando la relación valor de adquisición-posición económica familiar las haga susceptibles de ser de verdadero uso personal, lo que quiere decir tanto como que tengan un valor no extraordinario.

La limitación de orden social no puede, en la sociedad contemporánea, servir tajantemente para deslindar la calificación de «uso personal»; la denominada socialmente «cultura del ocio» nos está conduciendo a determinadas situaciones de hecho en las que no es posible medir algunos objetos desde una perspectiva impersonal: una colección de relojes o de sellos, un equipo fotográfico sofisticado, un ordenador personal destinado a fines no profesionales, un telescopio y un sinnúmero de objetos de alto precio no pueden, en determinadas circunstancias, dejar de reputarse como bienes de uso personal, pero no por ello, pese a que su adquisición normalmente se corresponda con economías familiares desahogadas o incluso pudientes, puedan calificarse como privativos. Estamos en presencia de

(48) J. CARBONNIER: «Le statut des bijoux dans le droit matrimonial», en *Rep. Prat. Not.*, 1950, págs. 305 y sigs.

bienes gananciales de uso privativo de uno de los cónyuges y, por tanto, a los que les es aplicable el derecho de atribución preferente.

De igual modo, este derecho es aplicable a aquellos bienes que, atendidas las circunstancias económicas familiares, rebasan la medida que les sería apropiada, aunque en este campo la apreciación objetiva resultará siempre más problemática: cuándo un abrigo de pieles resulta proporcionado o desproporcionado, o lo que es lo mismo, cuándo es originariamente privativo y cuándo ganancial atribuible preferentemente a su usuario.

El problema más arduo, con todo, se planteará en los casos de liquidación no pacífica de la sociedad de gananciales, en los que el Juez deberá decidir tomando en consideración los ingresos netos familiares al tiempo de la adquisición del bien que se discuta.

c') *Extensión de la atribución a los bienes cuasi-personales adquiridos como gananciales*

La excesiva concreción con que se ha construido el artículo 1.406, 1.º, del Código Civil, y la falta de correspondencia con los sistemas extranjeros que tienen introducida la figura de la atribución preferente en sus regímenes económico-matrimoniales comunitarios, como es el caso de Francia y de Bélgica, en los que no se reconoce tal derecho para los bienes de uso personal, nos pone en la duda de si es posible la extensión analógica de tal derecho a aquellos bienes que no siendo de uso personal, se adquieren por motivaciones estrictamente personales —origen familiar cuasi vinculado— con dineros inequívocamente gananciales.

La cuestión se planteó con cierta notoriedad en Francia, si bien circunscrita a un supuesto claramente sucesorio, con ocasión de la atribución preferente del archivo familiar y condecoraciones ligadas a la baronía napoleónica de Méneral en favor del heredero del título conforme a la legislación nobiliaria monárquica, por entender el Tribunal de Casación que «los recuerdos de familia escapan a las reglas sucesorias de partición establecidas en el Código Civil y pueden ser confiados a aquel de los miembros de la familia que los Tribunales estimen más cualificado...» (49). Este supuesto tipo entiendo que no puede, entre nosotros, subsumirse en la disciplina de las atribuciones preferentes por faltarle *ab initio* la nota esencial de ser gananciales. Las joyas, archivos de familia e incluso los bienes adquiridos por el denominado en el Derecho francés *arrangement de famille*, aunque adquiridos con dineros gananciales,

(49) Cass. civ. 1, 21 febrero 1978, *JCP*, Jurisprudenciel 18.836/1978, conclusiones de GULPHE, avocat général.

ciales, son bienes privativos por su inherencia a la persona, aunque sujetos al debido reembolso, como declara expresamente el artículo 39, 5.º, de la Compilación aragonesa, mucho más cuidadosa que el Código Civil para con el concepto histórico y tradicional de familia.

No obstante lo anterior, puede plantearse el problema de que en la adquisición onerosa, además de adquirirse con dineros expresa o presuntamente gananciales, conste documentalmente que tal adquisición se hace para la sociedad conyugal, ya por ser tal la voluntad de los cónyuges o cónyuge adquirentes, ya por figurar así por pura fórmula notarial que los otorgantes consienten y no matizan; en este caso, el reconocimiento de un derecho de atribución preferente podría ayudar a resolver situaciones de muy compleja y difícil solución, dados los términos de nuestro Derecho positivo, pero tal solución, en esta línea, sería tan excepcional como la del supuesto francés antes citado y contraria a la idea de familia celular que inspira toda la reforma de nuestro Derecho de familia. Desde luego, creo que no puede atribuirse a uno de los cónyuges un propio derecho subjetivo de atribución preferente en las especiales circunstancias en que hemos situado el caso; pero, como veremos más adelante, en ciertos supuestos de ejercicio del derecho de tanteo y retracto por compra del bien retraíble, creo que es oportuno y congruente con el sistema el reconocimiento en estos casos de una mera facultad de atribución preferente por la que el Juez, valorando el conjunto de los intereses presentes en la partición de la masa ganancial neta, atribuya el bien en el que concurran las circunstancias de pertenencia histórica a la familia del cónyuge petionario de la atribución y se lo adjudique siempre que sea sin perjuicio económico del otro cónyuge o sus herederos.

Pese a la similitud que ofrecen los bienes gananciales de destino profesional con los de uso personal, también gananciales por no poderse reputar como necesarios, entiendo que no deben ser tratados aquí, sino que, por identidad de *ratio*, deben estudiarse como extensión del artículo 1.406, 3.º, por el que es objeto de atribución preferente el local en el que se ejerce la profesión u oficio.

d') *Bienes de uso personal no incluidos en el artículo 1.346, 7.º, del Código Civil*

El reconocimiento por el legislador español de un derecho de atribución preferente para los bienes gananciales de uso personal no incluidos en el número 7.º del artículo 1.346, en clara divergencia con los Derechos francés (art. 1.471, por remisión a los arts. 815; 832, 1.º, y 832, 2.º) y belga (arts. 1.446 y 1.447), en los que, sin duda, se ha inspirado, constituye, como trataremos de demostrar a continuación, un verdadero error

técnico, mucho más cuando en nuestro sistema no se distingue y matiza entre derecho subjetivo de atribución preferente y mera facultad con idéntico fin.

El ejercicio del derecho de atribución preferente para un conjunto tan heterogéneo como el de los bienes de uso personal en la civilización moderna, resulta sencillamente imposible de reducir a hipótesis realistas, sobre todo cuando se construye sobre bienes cuyo punto de referencia lo constituye el que sean de extraordinario valor en el momento de su adquisición, en tanto que la atribución para uno de los cónyuges se efectúa en el momento de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal. Pues en tanto unos se deprecian hasta llegar a carecer de valor efectivo en el mercado por obsolescencia —v. gr., un ordenador personal—, por lo que lo económicamente prudente es el no ejercicio del derecho, con lo que la masa consorcial habrá financiado una afición privativa de uno de los cónyuges; otros se revalorizarán constantemente —v. gr., una colección de relojes—, con lo que la pura afición de uno de los cónyuges habrá enriquecido considerablemente la misma masa consorcial por accesión económica, pues el ejercicio del derecho de atribución preferente sólo se puede llevar a cabo por la contraprestación del valor actual al tiempo de la liquidación. Ello supone la existencia posible de dos resultados diametralmente opuestos para el ejercicio de un mismo derecho con idéntica finalidad.

No es desdeñable, desde otro ángulo de visión, la carga social negativa que supone para aquellas liquidaciones no pacíficas las grandes posibilidades de desacuerdo que tal sistema presenta, lo que ha llevado a las legislaciones de países con tradición divorcista no sólo a obviar este sistema de atribución de bienes de uso personal, sino a negar en los casos de separación y divorcio que la atribución preferente alcance la categoría de derecho subjetivo: artículo 1.476, 2.º, del Código Civil francés, y artículo 1.447, 2.º, del Código Civil belga.

Todo ello aconseja la adopción de un criterio sumamente restrictivo para la aplicación práctica del artículo 1.406, 1.º, en tanto se mantenga la actual solución, para en un futuro modificar tal régimen, pues, no me cabe duda, proporcionará múltiples problemas judiciales de muy difícil solución.

Me atrevo a pensar que hubiera sido, con mucho, más acertado, manteniendo el doble parámetro de medida que debe entenderse implícito en la expresión «de extraordinario valor» del artículo 1.346, 7.º, que la línea divisoria no se hubiera establecido entre bienes privativos y bienes gananciales todos ellos de uso personal, sino que admitiéndose para todos ellos el carácter de privativos desde su origen, se emplease la misma línea

divisoria para sujetarlos o no a la obligación de reembolso en favor de la masa ganancial cuya adquisición sufragó. Pues ello es más coherente con el conjunto del sistema que la atribución preferente establecida en el artículo 1.406, 1.º; además, en esta última, el cómputo de su valor se efectúa por el valor venal que tengan en el momento de la partición, en tanto que con el sistema de reembolso se debe hacer por su precio originario actualizado al tiempo de la liquidación, lo que favorecerá normalmente al cónyuge que ejerza la atribución preferente; es más, nada le obliga a tal ejercicio del derecho, por lo que si el objeto se ha deteriorado o resulta inútil quedará en la masa ganancial, con lo que ésta puede financiar auténticos caprichos sin contrapartida alguna.

Esta auténtica desviación respecto de los criterios de la Comisión de codificación es fruto del hecho de que este concreto aspecto de la atribución preferente estaba pensado y guardaba perfecta correlación con la regulación, en un mismo apartado, de la adquisición de bienes privativos de uso personal y de uso profesional, y sin prever para ninguna de las dos categorías de bienes que su adquisición diera lugar a un derecho de reembolso en favor de la comunidad, cuando ésta sufragase tales adquisiciones. Por ello, el cambio del ámbito de aplicación del texto de referencia —artículo 1.346, 7.º y 8.º, e inciso final—, sin variar sustancialmente el texto del propio artículo 1.406, 1.º o lo que es peor, efectuando un ajuste más restrictivo sin medir claramente sus inmediatas consecuencias, como lo hizo la ponencia del Congreso, ha resultado determinante para que en esta materia se observen los desajustes sistemáticos a los que hemos venido haciendo referencia.

b) LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA, COMERCIAL O INDUSTRIAL

Nuestro sistema de atribución preferente, en claro contraste con el francés, en el que se inspira, no establece limitación objetiva para el ejercicio del derecho, sin duda porque su fundamento y su finalidad difieren sustancialmente de los tomados en consideración en el vecino país, como ya hemos expuesto. Pero ello no quiere decir que los aspectos objetivos no tengan entre nosotros relevancia, sino tan sólo que en nuestro sistema las condiciones subjetivas priman sobre las objetivas, sin ocultar con ello que al legislador español, en este punto, le ha faltado una adecuada perspectiva del problema y, como queda demostrado a lo largo y ancho de la Ley de 24 de diciembre de 1981, carecía de una visión clara de los objetivos sociales a los que debe servir la atribución preferente.

La continuidad en el ejercicio de la profesión, la defensa de la inti-

midad y la estabilidad personal podían garantizarse sin recurrir a figuras jurídicas de importación, mucho menos cuando ésta es parcial y sin sujeción a lo más característico y válido del modelo; para ello, entiendo, bastaba con una prudente extensión a los mismos objetos a que hace referencia el artículo 1.406 del usufructo viudal propio de Aragón y de Navarra, para el que además contábamos con suficiente experiencia propia.

El artículo 1.406, 2.º, del Código Civil reconoce el derecho de atribución preferente sobre «la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo». Para su correcta interpretación, por lo que al puro ámbito material del precepto se refiere, es preciso analizar sistemáticamente los elementos que lo componen, incluso en el aspecto del valor jurídico-semántico de tales elementos. «Explotación» situada en el más puro sentido estrictamente material, y «llevado con su trabajo», en el que la importantísima acepción puramente subjetiva es trascendida para incidir, a su vez, sobre la configuración material de la propia explotación, aportando a ésta unos caracteres específicos y unas notas claramente diferenciales.

a') *Explotación*

El artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, muy directamente inspirado en el artículo 832 del Código Civil francés, en el que el término «explotación» se emplea profusamente con idéntica finalidad, tiene el inconveniente, por lo que a la descripción del ámbito puramente material se refiere, de no guardar un perfecto paralelismo terminológico con los artículos 1.346, 8.º, y 1.347, 5.º, dedicados a la configuración de las masas privativa y ganancial en materia de empresa. En el primero, el término que aquí se pretende matizar va acompañado de la voz «establecimiento»; en el segundo, con el que parece debería guardar el más perfecto paralelismo, el término «explotación» ni tan siquiera aparece, quedando la referencia a lo ganancial encomendada a las voces «empresa» y «establecimiento», lo que conduce a tener que cuestionarse acerca de si tales términos, por lo que se refiere al contexto de la sociedad de gananciales, deben tener valor riguroso de sinónimos o si son simplemente términos complementarios.

El análisis del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil, capital en este punto, pone de manifiesto que el vocablo «empresa», tal vez el más distorsionante para la correcta integración del ámbito material del artículo 1.406, 2.º, no ha sido empleado, en ninguna de las diferentes versiones que ha tenido en su largo *iter* legislativo el artículo 1.347, 5.º, en

su significado más técnico, sino en la acepción que los mercantilistas han venido denominando como intuitiva o vulgar.

Hay que tener en cuenta que la noción de empresa sigue siendo en sus rasgos fundamentales económica, sin un claro concepto jurídico correlativo, o mejor, por estar correspondida con un concepto jurídico claramente indeterminado. En la doctrina mercantil conviven precariamente dos acepciones de empresa, una en la que se trata la empresa en «sentido objetivo» y otra en la que se estudia como «organización».

El denominado «sentido objetivo» se emplea, en unas ocasiones, para designar el conjunto patrimonial que forma, a su vez, el elemento organizativo como algo que da sentido y unidad de fin a todos esos valores patrimoniales, es decir, todo aquello que no es el elemento personal de la empresa. Otras, hace referencia a la «organización» como elemento esencial que define la empresa misma, integrando tanto elementos personales como patrimoniales, y que subsiste cuando faltan éstos —así ocurre con aquellas empresas dedicadas a actividades de pura gestión o asesoramiento—.

Cualquiera de estas acepciones procedentes del Derecho mercantil han sido rechazadas con muy distintos argumentos por los más recientes estudios sobre la materia (50), sin que con ello quiera decirse que nos encontremos ante un contenido comúnmente admitido por la doctrina para las voces «empresa» y «establecimiento», entendiendo la referencia a cualquier conglomerado de bienes dotado de la más elemental unidad interna marcada por su destino, que sirve a una determinada producción económica, y que esa elemental organización que le da unidad económica sea tal que pueda llegar a ser diferenciada del resto del patrimonio personal de los cónyuges si es privativa, o dentro de la masa ganancial si ésta es su titularidad.

Esta acepción vulgar, también jurídicamente indeterminada, pues sus notas tan sólo aportan los signos que permiten designar a una unidad de producción diferenciada del contexto patrimonial al que pertenece su titularidad, hace a la «empresa» o «establecimiento» términos equivalentes, ya que no sinónimos, respecto del de «explotación» del artículo 1.346. 8.º, y sobre todo del empleado en el artículo 1.406. 2.º, que es el que aquí interesa, y nos acerca, en cierta forma, a las acepciones con que se viene empleando el término «explotación» en los diferentes apartados y supuestos del artículo 832 del Código Civil francés y del bastante más preciso artículo 39, 1.º, de la Compilación aragonesa.

(50) M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ: «La empresa mercantil y la sociedad de ganancias tras la Ley de 13 de mayo de 1981», en *R. J. Cataluña*, 1981, págs. 585 y sigs.; TORRALBA SORIANO, *op. y loc. cit.*, pág. 1609.

La idea de explotación del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, es decir, el conjunto de bienes que con tal denominación constituye el objeto material del derecho de atribución preferente que en el mismo se reconoce, requiere, en primer lugar, que su finalidad de creación y de configuración sea puramente productiva. La actividad agrícola, comercial o industrial que en ella y con ella se ejerce tiene como objetivo la obtención de unos bienes o la prestación de unos servicios, y con ellos, de unos beneficios económicos. La ausencia de finalidad principalmente lucrativa, aunque no afectase a la posible configuración de los bienes como unidad organizada y, por tanto, pudiera referirse a ella, aunque impropriamente, como explotación, haría al conjunto insusceptible del derecho de atribución preferente, pues éste recae sobre los medios que prestan, a quien los gestiona, el marco de una actividad económica y, por tanto, puramente lucrativa.

Este preciso sentido ha sido acogido por la jurisprudencia francesa con fallos enteramente aplicables a nuestra legislación y ha precisado, por ejemplo, en Montpellier, 14 de octubre de 1940 (51), que no puede ser objeto de atribución preferente un predio rústico con vivienda cuyo destino principal es el de servir de residencia campestre familiar, pues no se dan en este destino las especificaciones que la ley exige para la atribución preferente.

En segundo lugar, la idea de explotación sugiere que ésta debe constituir una unidad económica autónoma, es decir, y como ya se ha apuntado, diferenciada del resto del patrimonio consorcial; no, claro está, en el sentido de su titularidad, pues debe ser ganancial para poder ser objeto de atribución preferente, sino en el más práctico de ser gestionado separadamente como conjunto, bastando, entiendo, para ello con que sea objeto de una contabilidad separada, con que las pérdidas o ganancias se considere se producen en la explotación de que se trate y no en el conjunto de la masa ganancial, y diferenciable en cuanto se considera como una *universitas* (52), como si de un patrimonio separado se tratase, de forma tal que se entiende integrada por todos aquellos «elementos que le están afectos» (art. 39, 1.º, de la Compilación de Derecho civil de Aragón) y no forman parte de ella aquellos otros que no obedecen a la misma destinación económica.

En este sentido, la jurisprudencia francesa ha entendido separables las instalaciones mineras o una vivienda residencial que no formaban parte integrada de explotaciones rústicas, por tener su propia y diferenciable

(51) *JCP*, 1941, II, 1599.

(52) Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*. IV, pág. 280; Díez-PICAZO: *Comentarios a las reformas ...*, vol. II, pág. 1802.

identidad como bienes (Montpellier, 19 de noviembre de 1947, y Casación Civil de 28 de mayo de 1975, respectivamente) (53). Este es un aspecto que viene exigido para el Derecho francés por el artículo 832 de su Código Civil y unánimemente por la jurisprudencia francesa, y que aunque no se exige de modo expreso en el Derecho español, hay que entenderlo implícito en la idea misma de explotación, si bien debe adelantarse aquí y ahora que esta unidad económica no tiene por qué ser correspondiente con una unidad de titularidad en todos y cada uno de los casos, aunque casi siempre se corresponda en la práctica.

El Derecho positivo francés exige también para que una explotación pueda ser atribuida preferentemente, que ésta «no sea explotada bajo forma social» (art. 832 del Código Civil francés), exigencia ésta que no se contempla en nuestra regulación positiva, pero respecto de la cual cabe preguntarse si debe interpretarse también así en nuestro ordenamiento.

La cuestión hay que referirla en función de lo que se entienda por «hubiera llevado con su trabajo», requisito general que estudiaremos en el apartado siguiente: por ello baste aquí apuntar que tal requisito negativo no tiene por qué afectar, en principio, a la atribuibilidad preferente de una determinada explotación, no sólo porque tal exigencia no se encuentra presente en el artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, sino más bien porque tal estructura social formal no impide su titularidad plenamente ganancial, ni tan siquiera una gestión enteramente personal por uno de los cónyuges.

La indiferenciación normativa que se efectúa en el artículo 1.406, 2.º, entre explotaciones agrícolas, comerciales e industriales, separándose con ello del modelo francés, que matiza y caracteriza cada uno de los tipos, **no quiere decir** en modo alguno que no existan entre nosotros tales diferencias de hecho, aunque no alcancen a ser de derecho, por lo que no puede pasarse por alto el tratamiento específico de las mismas. Es más, la existencia de una Ley como la de 24 de diciembre de 1981, obliga a estudiar separadamente cuanto hace referencia a la explotación agrícola. No obstante, debe destacarse que el legislador español ha pretendido, como mínimo, obviar en materia de atribución preferente las diferencias de tratamiento entre los diversos tipos de explotación, por lo que deberán tratarse los distintos supuestos del modo más homogéneo posible, reduciendo las diferencias a tan sólo aquellas que se derivan de la propia naturaleza de la explotación y no, como acontece en Francia, a las que dimanen del hecho de tener distintos objetivos sociales para cada tipo

(53) Ver Dalloz 1948/82, para la primera, y JCP. 1975, IV, 233, para la segunda.

de bien objeto de atribución preferentes —pero sí puede decirse que ambos se corresponden con sus propios orígenes—. En Francia, la diferencia tiene su causa en el origen sucesorio de la institución que nos ocupa, por lo que se orienta hacia la continuidad de la explotación considerada en sí misma; entre nosotros, al traer prácticamente su origen en la propia sociedad de gananciales, no es la continuidad de la explotación la que ocupa el primer plano, sino la continuidad profesional de uno de los cónyuges lo que se intenta proteger con ella. Casi podríamos decir que en Francia la atribución preferente es un fin en sí misma, por ello se regula cuidadosamente con lujo de detalles; en nuestro Código Civil, por el contrario, es un simple medio excepcional con el que se corresponde la parquedad en su regulación positiva.

b³) «Llevado con su trabajo»

La dimensión subjetiva del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, plasmada en la frase «que hubiera llevado con su trabajo», es de capital importancia para poder dilucidar si el cónyuge reclamante para sí de la atribución preferente de una explotación ganancial es o no verdadero titular del correspondiente derecho de atribución preferente.

Importancia ésta que se une a la dificultad técnica de discernir el grado de relación existente entre la cosa atribuible y el pretendido titular del derecho de atribución, pues debe tenerse en cuenta que el verbo «llevar», en lengua castellana, puede ser referido a un gran número de acciones, lo que supone una indeterminación excesiva para una norma de perfiles potencialmente conflictivos, tanto más cuanto la institución de la atribución preferente no tiene en nuestro ordenamiento un marco referencial propio que permita medir asépticamente y en abstracto la intensidad de la relación que se demanda. «Llevar con su trabajo», analizando las diferentes acepciones usuales que del verbo «llevar» nos propone el *Diccionario de la Real Academia*, vale tanto como «dirigir personalmente», «proseguir una actividad», «ocuparse en/de la explotación», «tener en arrendamiento o aparcería» —de esta acepción surge el sustantivo «llevaranza»—, de entre otras muchas posibles. Ello quiere decir que el contenido subjetivo del derecho de atribución, a que se refiere el artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, demanda, aun desde el punto de vista puramente doctrinal, un esfuerzo de concreción.

Para Díez-PICAZO este condicionamiento subjetivo de la norma tiene un doble valor, «pues, de una parte, excluye las empresas que hubieran sido llevadas conjuntamente por los esposos, y de otra, hace que no sea suficiente la incorporación del trabajo a la explotación, sino que impone

la 'llevanza', lo que es lo mismo la condición de empresario» (54). La primera de las conclusiones parece absolutamente clara, toda vez que la efectiva cogestión impide la atribución por razón de exclusividad en la «llevanza» —en la acepción del término en la que lo usa Díez-Picazo—, y en este entendimiento coincide la generalidad de la doctrina —LACRUZ, GARCÍA CANTERO (55)— y discrepa DE LOS MOZOS (56). Ambas posiciones, la más generalmente admitida y la de DE LOS MOZOS, en su argumentación ponen de manifiesto la indeterminación y la vaguedad habidas en la construcción gramatical de la norma; las que niegan el derecho de atribución para las explotaciones cogestionadas, apuntan al derecho que ambos cónyuges tienen a la continuidad en su actividad tras la división de la masa común y presentan como *ratio* la disolución por separación o divorcio, en tanto que la de DE LOS MOZOS tiene como *ratio* la disolución *post mortem* de la sociedad de gananciales, con apelación a las soluciones más frecuentes en el Derecho comparado. La negación, en este caso, de la atribución parece más acorde con el texto de la norma y con el contexto de las reglas de administración de la masa común, sin que quepa distinguir, entiendo que desgraciadamente, según sea la causa que provoca la disolución de la sociedad de gananciales. La referencia a «llevarlo con su trabajo» creo, con la doctrina mayoritaria, profundiza el grado de inmediatidad exigible entre la actividad desplegada por el cónyuge reclamante de la atribución y la explotación de que se trate. Los bienes atribuibles preferentemente, al menos los de los tres primeros números del artículo 1.406, como pone de manifiesto el propio DE LOS MOZOS (57), tienen, con independencia de ser gananciales, «una vinculación previa y un estado posesorio o cuasiposesorio» respecto del cónyuge al que se reconoce tal derecho, lo que quiere decir tanto como que deben excluirse aquellos en los que la gestión de los mismos se realiza dualmente.

No parece, sin embargo, que la segunda conclusión de Díez-Picazo, la de que el cónyuge atributario tenga la condición de empresario, sea tan admisible. El concepto de empresario está contagiado de la misma indeterminación jurídica que padece el de empresa, y en el contexto de la regulación de la sociedad de gananciales tanto más, cuanto que la reforma parlamentaria sobre el texto proyectado por el Gobierno como artículo 1.347, 5.º, permite la existencia de «empresas» de capital mixto, situación que queda obviada en el Proyecto al adjudicar la titularidad pri-

(54) Díez-Picazo: *Comentarios a las reformas...*, II, pág. 1802.

(55) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, IV, pág. 493; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, t. V, pág. 476.

(56) J. L. DE LOS MOZOS: *Comentarios al Código Civil...*, t. XVIII, pág. 512.

(57) MOZOS: *Comentarios...*, t. XVIII, pág. 505.

vativa o ganancial según fuere de uno u otro signo la titularidad de la mayoría del capital fundacional.

El ser empresario no presupone, en los términos empleados por Díez-PICAZO, una demostración de esa «llevarza» con su trabajo y a la inversa, pues puede un cónyuge llevar la explotación o establecimiento abierto a nombre del otro, siendo además ganancial. Bien sabido es que nada suele probar el dato de a nombre de quién se extiende la correspondiente licencia fiscal, cuando ésta se requiere, respecto de quien ejerce personalmente la dirección de la empresa o explotación. No creo sea necesario ejemplificar las posibles combinaciones que en la materia pueden darse para entender que tan insuficiente es, a los efectos de la atribución, la mera incorporación del trabajo personal a la explotación, como apunta Díez-PICAZO, cuando éste está privado del elemento fundamental de dirección y gestión, como la cualidad de empresario cuando ésta no abarca la dedicación personal a la explotación.

El atributivo, para serlo, debe estar dedicado profesional y personalmente a la gestión de la explotación; este supuesto de hecho es el que, a mi juicio, hace nacer en su favor el derecho de atribución preferente. Si falta uno de los dos datos, no puede haber atribución frente a la oposición del otro cónyuge o sus herederos.

En el Derecho francés se viene exigiendo de modo general, para ser beneficiario de una atribución preferente, tres condiciones: las dos primeras, «ser cónyuge supérstite o heredero» y «ser copropietario del bien atribuible», carecen aquí de especialidad y de relevancia propia: la tercera, la de «participar o haber participado en la puesta en valor o incremento del mismo en la explotación de que se trate». sí tiene aquí un interés específico, pues viene a subrayar la necesidad de una dedicación personal, en grado variable, por supuesto, del atributivo a la creación, mantenimiento o mejora del bien cuya atribución se pretende, pues si la atribución preferente desiguala *in natura* a los que deberían, en principio, ser iguales en todo, sólo puede admitirse para aquella explotación en la que la atención y el trabajo ha sido, vigente la sociedad, precisamente desigual.

El Derecho positivo francés ha venido experimentando al respecto una evolución marcada por una constante apertura de criterio, pues en tanto el Decreto-ley de 17 de junio de 1938 exigía la reunión de dos condiciones: habitar en la finca atribuible y participar efectiva y personalmente en su explotación, la Ley de 15 de enero de 1943 prescindió del primer condicionamiento para seguir exigiendo que la cultivase o participase en su cultivo, para pasar en la última reforma, por Ley de 19 de septiembre de 1961, a exigir, en materia agrícola y en los nuevos tipos de atribución

preferente que se introducen —explotaciones industriales, comerciales o artesanales—, participar o haber participado efectivamente en la puesta en valor o incremento de la misma, que a juicio de los más acreditados juristas tiene idéntico valor que la formulación de 1943, pero de forma tal que fuera extensible a los otros tipos de explotación que se introducían en el dominio de la atribución preferente (58).

La jurisprudencia francesa ha venido considerando de forma constante que la condición de participación en la «puesta en valor» de la explotación como pura apreciación de hecho corresponde exclusivamente al poder soberano de los Jueces de instancia (59), pero en ningún caso se ha aceptado como suficiente una colaboración accidental, esporádica o auxiliar, y aunque muchas veces se ha considerado que el ejercicio de otra actividad no constituía razón suficiente para excluir a un beneficiario de la atribución preferente —cuando la combinación de trabajos es habitual en una zona agrícola o necesaria para la obtención de ingresos suficientes (60)—, sí se ha establecido desde la STCC de 22 de diciembre de 1959 que la participación efectiva queda excluida cuando se ejerce otra profesión a título regular y como ocupación principal (61).

Por último, la jurisprudencia francesa se ha ocupado, desde su perspectiva fundamentalmente sucesoria y desde su finalidad conservadora para el futuro de las explotaciones que se estudian, de las condiciones personales del atributario para gestionar debidamente la explotación, y ha declarado improcedente la atribución cuando el pretendido atributario ha mostrado su negligencia en la administración y explotación, cuando la ha hecho desmerecer de valor o cuando, a juicio de peritos y del Tribunal, carecía de la cualificación y condiciones personales para poder gestionarla autónomamente (62).

Estas puntualizaciones jurisprudenciales francesas pueden ilustrar nuestra interpretación del artículo 1.406, 2.º, y servir de pauta a nuestros Tribunales, pero, como es lógico, requieren una matización para nuestra atribución preferente dadas las diferencias de amplitud de la institución y las de finalidad con que se acoge.

Entiendo que puede recibirse sin excesivas cautelas la experiencia práctica francesa, por cuanto hace referencia a la calificación del tipo de dedicación exigido, y entender que la condición «llevado con su tra-

(58) R. SAVATIER, *RTDC*, 1966, 113, «Comentario a la S. Poitiers 8 junio 1965»; A. BRETON, *RTDC*, 1969, 597, «Comentario a la S. cass. civ. 16 diciembre 1968».

(59) Ss. cass. civ.: 30 mayo 1961, 16 junio 1970, 8 marzo 1977.

(60) Ss. cass. civ.: 30 mayo 1961; Marmers, 8 diciembre 1955; St. Jean de Marianne, 5 marzo 1942.

(61) Dalloz, 1960, 416.

(62) Ss. cass. civ.: 6 mayo 1964, 1 diciembre 1964, 15 marzo 1965.

bajo» puede caracterizarse por ser la ocupación profesional principal del cónyuge atributario, dejando marginadas aquellas actividades que se prestan en la explotación, pero a mero título de colaboración, y sobre todo las accidentales o esporádicas.

Por el contrario, creo que deben quedar excluidos en la atribución aquellos juicios de valor que versan sobre la capacidad personal para gestionar fructíferamente la explotación de cuya atribución preferente se trate, pues siendo el bien ganancial, la gestión correspondía legalmente a ambos cónyuges (art. 1.375), y debe entenderse que esta deficiente e incluso mala gestión ha sido consentida por el otro cónyuge, por lo que no puede ser opuesta *a posteriori*, es decir, al tiempo de la partición de la masa común de la que forma parte la explotación. Esta afirmación debe matizarse para aquellos supuestos en los que la inadecuada gestión se acompaña con el incumplimiento del deber de información sobre la situación y rendimientos económicos, que se instituye en el artículo 1.383 del Código Civil para las actividades privativas; con mayor razón habrá de darse en las actividades que, correspondiendo conjuntamente a marido y mujer, ejercita uno de ellos en nombre del consorcio por delegación expresa o tácita. Pero esta matización difícilmente puede teorizarse, pues aquí el resultado, entiendo, depende de la valoración de los Jueces sopesando todos los elementos en juego. Donde no me cabe duda que tal valoración negativa de la gestión debe impedir la atribución preferente es en los casos de fraude, dolo o peligro para los derechos del otro cónyuge, conforme a lo previsto en el artículo 1.393, 2.º, del Código Civil, y no sólo cuando esta irregular o dolosa conducta dé lugar a la disolución judicial de la sociedad de gananciales a petición del cónyuge no gestor, sino también cuando se alegue y pruebe en juicio por los herederos del cónyuge inocente *post mortem*.

En resumen, creo que la condición «llevado con su trabajo» de la explotación objeto de la atribución preferente debe entenderse como ejercicio de la actividad profesional u ocupación principal del cónyuge atributario y no a simple título de gestor e incluso de empresario nominal y formal —mero titular de la licencia fiscal—, pues la atribución preferente entre nosotros no se orienta hacia la conservación de la explotación, sino principalmente a la continuidad del trabajo del cónyuge atributario que con la división o realización de la explotación se vería privado de un medio de continuación de su profesión u ocupación y de subsistencia económica, y sólo tangencialmente a la conservación de la explotación en sí misma considerada.

c') *Los párrafos tercero y cuarto del artículo 832 del Código Civil francés*

Exigen, respectivamente, para la explotación agrícola y para las empresas industrial, comercial o artesanal, para su atribución preferente, que no sean «explotadas bajo forma social», es decir, que deben ser objeto de una titularidad y de una explotación individuales. La doctrina no ha analizado en absoluto esta proposición negativa, y no tengo referencia de que se haya suscitado controversia alguna sobre este concreto punto ante los órganos jurisdiccionales franceses. No obstante, las Leyes de 8 de agosto de 1962 y 31 de diciembre de 1970, ambas sobre distintos tipos de agrupaciones agrícolas de explotación y comercialización, permiten la atribución preferente de las explotaciones agrícolas aportadas en varios supuestos, entre ellos en la partición de la comunidad conyugal, lo que resulta bastante esclarecedor respecto del alcance de esta condición legal negativa y sobre la finalidad claramente económica de la atribución preferente. Cuando con la interposición de una sociedad mercantil entre las personas físicas y las explotaciones quede garantizada la subsistencia de la explotación en el futuro, no ha lugar a la atribución; cuando, por el contrario, el personalismo desempeña un papel más activo que el de la sociedad interpuesta y ésta no basta para garantizar la subsistencia, se posibilita la atribución frente a la prohibición concebida en términos excesivamente generales.

La ausencia de esta condición limitativa en nuestro ordenamiento no puede eximirnos de analizar este concreto punto, para cuestionarnos en la valoración de hasta qué medida la creación de una sociedad a la que se aporta la explotación pretendidamente atribuible imposibilita o no la condición legal de que sea «llevada» con el trabajo del atributario, e incluso si la creación de una sociedad rompe la relación personal para con la cosa que creemos exige la norma, para hacer a ésta insusceptible de atribución preferente.

En principio, parece que podría afirmarse de forma general que las explotaciones agrícolas, industriales o comerciales explotadas bajo forma social no forman parte de la sociedad de gananciales directamente, sino, en todo caso, a través de la persona jurídica mercantil que las detenta, dado que, conforme al artículo 116, 2.º, del Código Civil, estos entes colectivos mercantiles tienen personalidad jurídica propia. Por lo que al no ser la explotación ganancial en sentido estricto, y poderse afirmar que el cónyuge que haya llevado con su trabajo la explotación, lo que llevaba a cabo era la gestión de un ente colectivo o participaba en esa gestión, puede concluirse que, pese al silencio de la norma, no puede predicarse

en estos casos la existencia de un derecho de atribución preferente en favor del cónyuge gestor de la sociedad.

No obstante la validez de principio que tiene la anterior afirmación, como el fenómeno asociativo mercantil presenta naturalezas jurídicas muy diversas y matices diferenciadores muy acusados, así como grandes contrastes entre el modelo teórico que ofrecen las sociedades y la realidad económica que bajo ellas puede presentarse, entiendo que no puede afirmarse tajantemente que la presencia de un ente mercantil concebido para la gestión de una explotación agrícola, industrial o comercial impida, en todo caso, el nacimiento de un derecho de atribución preferente sobre estas explotaciones. Más bien creo que el reconocimiento o negación de tal derecho depende más de la realidad económica subyacente tras la forma social, que de la interposición o no de esa misma sociedad.

A este respecto, resulta necesario apuntar, aunque sea sumariamente y sin descender a cuestiones de detalle, que para afirmar o negar el derecho de atribución se requiere examinar el grado de subjetivación que aporta cada tipo de personalidad jurídica a la sociedad —pese a la generalidad con que se concibe el artículo 116 del Código de Comercio—; la transpersonalidad que aporta el conocimiento del objeto social, el régimen jurídico bajo el que se realizan las aportaciones; la propia forma de la sociedad de que se trate y su particular régimen jurídico, y muy especialmente, el aparato estructural-organizativo de que se sirve para el gobierno de la propia sociedad (63).

La postura doctrinal nacida bajo el proceso codificador del siglo XIX tendía a ver en cada sociedad que se creaba una persona independiente y, por ende, distinta de los miembros que la integraban: por el contrario, la doctrina moderna, de modo casi general, mantiene una concepción más realista y estrictamente técnica de la personalidad jurídica, es decir, como un procedimiento técnico del que se sirven los juristas para agrupar y resolver ciertas necesidades que se les imponen. Por ello, de igual manera que en el siglo pasado se resaltaba la personalidad moral de la sociedad y se tendía a ignorar a las personas físicas interesadas en ella, las tendencias modernas más radicales propenden, a través de lo que se ha denominado «desestimación de la personalidad jurídica», a ignorar de hecho la organización jurídica, para ir a buscar a las personas que se encuentran tras el aparato organizativo-formal de aquella. Lo extremo de ambas posiciones hace que deban ser desechadas, pero tras servir para poner de manifiesto la necesidad de adoptar en la materia un criterio

(63) A este respecto resulta de gran utilidad la monografía del profesor GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, por su importante dimensión crítica del fenómeno asociativo.

realista de análisis del fenómeno de la personificación moral de los entes colectivos que relativiza lo que tiene de dogmático, para medir en cada caso, y no de forma generalizante y abstracta, lo que GIRÓN TENA denomina con acierto «grado de subjetivación» (64).

Ello quiere decir que la personalidad jurídica de las sociedades no es siempre un concepto oponible y diverso al de las personas físicas que las integran, por lo que a los efectos de la atribución preferente, sobre todo de empresas comerciales e industriales, las que más frecuentemente adoptan formas sociales de explotación, para pronunciarse en forma positiva o negativa habrá que estar al *grado de subjetivación* que la sociedad presenta en cada caso, aunque será más fácil pronunciarse positivamente para las *sociedades de personas*, pues «su personalidad se anuda a la de los socios», «se les responsabiliza personalmente» y «la consecución del fin social se entiende ligada al esfuerzo personal de los socios» —sociedades colectiva y comanditaria—, que para las *sociedades de capitales*, en las que no suelen interesar sus titulares, sino la impersonalidad del capital a través de participaciones libremente transferibles. No obstante, para estas últimas puede darse el contrasentido formal de que en la sociedad de responsabilidad limitada —la más personalista de las denominadas de capital—, el juego de los artículos 20 y siguientes de su Ley de Régimen Jurídico de 17 de julio de 1953, en relación con los Estatutos de la sociedad de que se trate, puede impedir la atribución preferente que nos ocupa por ser de mejor derecho el de tanteo y retracto de los consocios, en tanto que las sociedades anónimas —la más clara de las de capital— cuando su estructura es *familiar* o están constituidas por un único socio (la masa ganancial), no hay razón de principio que impida la atribución, a falta, claro está, de prohibición estatutaria expresa.

Como hemos apuntado, la posibilidad de admisión de la atribución preferente en los casos de existencia de una sociedad interpuesta entre la sociedad de gananciales y la explotación cuya atribución se discute, depende en gran medida del régimen jurídico bajo el que se efectuó la aportación de la explotación a la sociedad. Los títulos de la aportación de bienes por los socios a las sociedades se han venido clasificando: *sólo quod ad dominium* —transmisión a la sociedad, pero reservándose el socio la devolución de la cosa a la terminación de aquella—; *quod ad dominium et quo ad sortem* —no reservándose aquella devolución—; *quo ad sortem* —transmisión a la sociedad del derecho de disposición sobre la cosa—; *quo ad usum* —sólo se transfiere a la sociedad el uso de la cosa—; *quo ad usum et ad sortem* —transmisión del uso y del

(64) GIRÓN TENA, *op. y loc. cit.*, págs. 159 y sigs.

derecho de disposición— (65). Parece evidente que puede predicarse como hipótesis más plausible de atribución preferente aquella en que la aportación se efectúa *ad dominium* o *ad usum*, y que, por el contrario, no procede en los restantes casos referidos en la clasificación.

La afirmación o denegación del derecho de atribución puede deducirse del propio objeto social, efectivamente perseguido por la sociedad y no meramente descrito y enunciado por sus Estatutos, en relación con la forma de la sociedad y la efectiva estructura organizativa de que se le ha dotado para la ejecución de su objeto social, pues estos datos suelen dar la medida de la transpersonalización de la sociedad y de la posición del socio en el seno de la misma.

La existencia de una sociedad interpuesta debe impedir, en principio, como hemos apuntado, la atribución preferente, por lo que para que se dé tal atribución, como excepción, es preciso que sigan existiendo las condiciones de pertenencia de la explotación o empresa a la masa ganancial y que el cónyuge arbitrario haya llevado la explotación con su trabajo. O sea, que la presencia de la sociedad no altere el conjunto de requisitos materiales que se exigen en el artículo 1.406 del Código Civil. Para que se dé el primer requisito es preciso tan sólo, tras el examen del negocio jurídico de aportación, que sea posible predicar para la explotación o empresa la aplicación del principio de subrogación real, es decir, que la aportación y la consiguiente devolución que hace posible la atribución no altere el *status* dominical de la explotación en la masa ganancial. Y ello aunque los derechos políticos del socio en la sociedad se hayan ejercido por uno de los cónyuges a título personal y no en nombre de la sociedad conyugal. Para que se dé el segundo requisito, si se requiere que la sociedad sea tan sólo una especie de *veste* que recubre una realidad económica concreta: la de la gestión fructífera de la explotación sola o en conjunto con otras, y que les presta funciones accesorias a ella: limitación de la responsabilidad, facilidades de crédito, mayor o mejor posición comercial como oferentes o como adquirentes, etc., pues si la sociedad tiene una estructura organizativa más compleja que la que requiere este fin limitado, la gestión de la explotación es una parte pequeña en el volumen de las operaciones o las finalidades efectivamente perseguidas superan el estrecho margen que ofrece la explotación, habrá que negar de plano el derecho de atribución.

El Derecho de sociedades en su dimensión más abstracta, nos hace propender a la visión teórica de los entes colectivos como valladar casi insuperable para el derecho de atribución, pues sus modelos económicos van mucho más allá de las, en todo caso, tan sólo relativamente impor-

(65) GIRÓN TENA, *op. y loc. cit.*, págs. 217 y 218.

tantes dimensiones personales o familiares. Este es también el modelo presente en el artículo 1.352 del Código Civil, por el que se establece, en la sociedad de gananciales, el régimen de titularidad de las acciones, títulos o participaciones sociales; pero en su dimensión concreta, del análisis del hecho societario en nuestro país, la conclusión que se deduce es la contraria.

La gestión de la explotación agrícola, comercial o industrial de dimensión familiar, es decir, de tamaño y magnitud económica media o pequeña, es en más del noventa por ciento de los casos el fin primero y último del hecho asociativo mercantil, que se refugia así, unas veces, de los efectos potencialmente ruinosos que lleva consigo en estos tiempos de crisis la responsabilidad patrimonial universal, acantonándola por la interposición de una sociedad anónima o limitada a la explotación de que se trate; otras, evitando que los rendimientos del negocio familiar se sumen sin más a los profesionales obtenidos por uno o ambos cónyuges y alcancen un montante tal que los agresivos tipos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dejen a la explotación falta de los recursos y reservas que su continuidad y buena marcha requiere. Negar, en estos abundantes supuestos, el derecho de atribución en favor del cónyuge gestor, por una interpretación mimética respecto de Francia del precepto, sería tanto como otorgar el derecho a los gastores poco avisados, cuando no necios, y negarlo para los prudentes, para aquellos que se sirven de las armas que les presta el ordenamiento jurídico para la más conveniente defensa de sus intereses.

Si bien es verdad que entre nosotros no es finalidad primera del derecho de atribución la preservación de la explotación unida y evitar con ello atomizaciones y minifundismos, no lo es menos que, procurando la continuidad profesional u ocupacional del cónyuge gestor, se obtiene adicionalmente esa finalidad que no se ha tomado como objetivo social directo de la norma. Esa finalidad más personalista se rompe con la negación de la atribución de determinadas explotaciones gestionadas mediante entes personificados mercantiles, pero es que además no se garantiza con ello la continuidad de la sociedad, pues su dimensión familiar y su falta de estructuras formales independientes y diferentes de las personas físicas que, en definitiva, la forman impide de hecho su continuidad económica también. Negar, pues, la atribución es negar en la práctica su utilidad social.

C. La explotación agrícola

a) CONFIGURACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA

No es ocioso recordar que bajo el término *agrícola*, tradicionalmente, en nuestro idioma se suelen entender incluidas todas aquellas actividades que tienen como finalidad la explotación directa o indirecta del suelo rústico. Así, junto a la actividad agrícola propiamente dicha, es decir, la actividad de cultivo, deben considerarse aquí incluidas, como explotaciones agrícolas, todas las relacionadas con la selvicultura; las ganaderas—incluso cuando éstas se desarrollan en un marco industrial, como ocurre con muchas de las modernas instalaciones pecuarias—; la cinegética, no en su versión deportiva, sino en su acepción de explotación intensiva de cotos de caza, criaderos y piscifactorías; la apicultura estable o trashumante; la sericultura; los cultivos hidropónicos, y un amplísimo y creciente etcétera de nuevas formas de producción análogas. Todas estas actividades y naturalmente las mixtas o combinadas estacional o permanentemente en cuanto son susceptibles de dar lugar a la creación de una unidad patrimonial denominable empresa, establecimiento o explotación, en sus acepciones técnicas o en su versión intuitiva o vulgar, pueden ser, en cuanto sean diferenciables, objeto del derecho de atribución preferente.

La legislación francesa, desde la introducción de la institución jurídica que nos ocupa, ha venido distinguiendo, incluso en materia agraria, fuente generativa del derecho de atribución, una atribución preferente de derecho, de otra puramente facultativa en función de puros datos objetivos. Para esta última, los requisitos objetivos se circunscriben, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 832 del Código Civil francés, a la existencia, en el patrimonio partible, de una explotación agrícola, cualquiera que sea su extensión superficial o su valor venal, y que esté configurada como una unidad económica no explotada en forma de sociedad. En cambio, para que la atribución sea de derecho se requiere, conforme al texto del artículo 832 del mismo Código, que la explotación no sobrepase una determinada superficie o que valorados los elementos muebles e inmuebles que la componen su valor en venta no suponga una determinada cifra; la concreción de ambas variables corresponde al Consejo de Estado, que las fija mediante Decreto.

Estas determinaciones han experimentado una evolución constantemente ampliativa: por Decreto de 27 de agosto de 1970, el valor en venta máximo para esta atribución de derecho quedó fijado en 400.000 francos, en tanto que para las superficies máximas se concretaron por

Departamentos y Regiones, teniendo en cuenta la rentabilidad media de los cultivos más frecuentes en cada una de aquellas divisiones administrativas; el *arrêté* de 22 de agosto de 1975 elevó al duplo los límites de valor y extensión ya fijados, y, finalmente, la Ley de 4 de julio de 1980 ha suprimido, por considerarlo disfuncional, el dato objetivo del valor en venta máximo y ha mantenido como criterio único el límite de extensión superficial sin modificarlo (66).

El artículo 1.406, 2.º, del Código Civil, en claro contraste con los antecedentes en que se inspira, no incluye, como ya sabemos, la distinción capital entre atribución de derecho y la facultativa, ni instituye límites ni elementos determinantes que den lugar a la inclusión o exclusión de un predio rústico o análogo como objeto del derecho de atribución preferente. ¿Quiere ello decir que ninguna de las reglas de determinación objetiva elaboradas en otros ordenamientos puede ser exigible en nuestra regulación de la atribución preferente en sede de gananciales? La respuesta a este interrogante tendrá que ser, en todo caso, muy matizada y deberá ser, en definitiva, fruto de una elaboración doctrinal y contrastada en su día por la jurisprudencia.

La elemental y sumaria unidad que se requiere para la existencia de una explotación, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente, debe exigirse igualmente para la actividad agrícola, aunque este campo específico de la actividad productiva en nuestro país presenta unas características de diversidad en materia agrícola harto problemática, a los efectos de la aplicación del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil.

Entiendo que para ser objeto de este derecho, la explotación agrícola ha de reunir la característica esencial de ser tal, es decir, un conjunto de bienes dedicados a la producción agraria formando una unidad económica coherentemente identificable, bien sea porque la explotación está constituida como tal en el seno de la masa ganancial, como finca única o grupo de fincas con sus propios medios de laboreo, bien porque tal unidad se logra por la adición de fincas y medios muebles gananciales a otros medios y fincas privativos del cónyuge bajo cuyo cuidado y gestión se explotan, el cual podrá, en su caso, pedir la atribución precisamente de aquellos gananciales que contribuyen para alcanzar tal unidad. No procede así cuando la idea elemental, intuitiva o vulgar de explotación agrícola tan sólo se puede lograr por la adición de los bienes rústicos del cónyuge que no está dedicado a la actividad agrícola, a los gananciales de este tipo o por la agrupación de éstos a los aportados por las masas privativas de ambos cónyuges, pues en estos dos últimos supuestos la presencia de privativos del otro cónyuge en la explotación impide formal

(66) MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, 4.ª ed., por A. BRETON, t. IV, pág. 933.

y materialmente el nacimiento del derecho de atribución por inidoneidad del objeto.

Esta conclusión me parece mucho más evidente por cuanto en nuestro ordenamiento la atribución preferente es siempre de derecho y en ningún caso puramente facultativa, por lo que los Tribunales no pueden influir arbitrariamente en la configuración de la partición de la masa ganancial. Soy plenamente consciente de que, si se exige la unidad de explotación configurada de acuerdo con las dos primeras posibilidades de las enumeradas, esta figura jurídica resultará muy pocas veces utilizable en las amplísimas áreas agrícolas, donde, siendo de aplicación el Código Civil, predomina la propiedad minifundista, pero debe afirmarse que no es menos cierto que la institución de la atribución preferente en sede de sociedad de gananciales no es precisamente el instrumento idóneo para combatir el minifundismo, problema ajeno a su temática propia, ni para impedir la división de unidades agrícolas creadas por medio de este régimen económico matrimonial.

No es en absoluto relevante para predicar la atribuibilidad de una explotación agrícola o para negar tal derecho que la extensión superficial o el valor venal de la misma sean grandes, pequeños o medios, pues en las previsiones del artículo 1.406 el derecho de atribución nace con independencia de tales parámetros objetivos; la única referencia de magnitud se encuentra representada por la limitación intrínseca al propio derecho del «*hasta donde su haber alcance*» a que se refiere el párrafo inicial del citado artículo como exigencia general de cualquier atribución; éste, como puede apreciarse, es un dato totalmente extrínseco a la idea de explotación agrícola y no sirve aquí la medida indirecta que aporta el artículo 2.º, b), de la Ley de 24 de diciembre de 1981, al situar el límite de lo que deba entenderse por explotación agrícola familiar tomando como parámetro el trabajo al decir «que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia, sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas». No es este tipo de explotación la contemplada por el artículo 1.406, sino cualquier explotación gestionada por el atributario, separándose con ello nuestro ordenamiento del antecedente francés en el que se inspiró.

En la explotación agrícola atribuible deben entenderse comprendidos como elementos inseparables de la misma, además de los inmuebles de naturaleza rústica propiamente dichos, las edificaciones que la integren con idéntica finalidad económica, incluida, en su caso, la vivienda, y

desde luego los muebles instrumentales y los ganados pertenecientes a la misma (67).

La vivienda familiar enclavada en una explotación agraria puede dar lugar al planteamiento de supuestos problemáticos, sobre todo en los casos en que la disolución y partición de la sociedad conyugal obedece a la ruptura del matrimonio por separación o divorcio, en los que el uso de la vivienda será frecuentemente reconocido en favor de la mujer a la que no suele corresponder, en función de los requisitos subjetivos exigibles, el derecho de atribución preferente del dominio de la explotación agrícola.

Este reconocimiento del derecho de uso sobre la vivienda entiendo que tiene que impedir, en principio y de forma general, el ejercicio por el otro cónyuge del derecho de atribución preferente sobre todo el conjunto agrícola, del que la vivienda forma parte integrante, a no ser que la diferenciación entre los usos pueda ser de tal importancia que rompa el concepto mismo de explotación, situación que no será demasiado infrecuente. Ahora bien, la destinación de la vivienda al uso por el cónyuge no atributario y los hijos no impide lógicamente el que aquellas partes de la vivienda que estaban directamente vinculadas a la actividad agrícola sigan siendo empleadas para tal finalidad por el cónyuge atributario.

La vivienda y los inmuebles enclavados en la explotación agrícola atribuible deben tener también finalidad y destinación agrícola, compartida con la explotación y formando una unidad no sólo física, sino también económica; deben ser partes integrantes de la misma y no elementos comunes con otras explotaciones agrícolas no atribuibles o de otro tipo de actividades, ni perfectamente separables de ella —segregables— con valor económico y finalidad desgajados del resto de la explotación en la que físicamente se encuentran enclavados, pues parece evidente que en estos concretos casos no tiene razón de ser el mantenimiento del derecho de atribución preferente por el todo. La unidad formal no está en la esencia y naturaleza del derecho de atribución; su raíz hay que encontrarla en la unidad material por destinación de las cosas a una concreta actividad cuya contemplación por la norma da lugar al nacimiento del derecho.

La preocupación por evitar el fraccionamiento de las explotaciones agrarias es una constante de este siglo para las normas sucesorias francesas, con proyección hacia cualquier tipo de división contemplada en el ordenamiento. Puede decirse que el legislador francés del siglo xx tiene una decidida vocación de indivisión, por reacción frente a la obse-

(67) C. francés, artículo 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1981.

sión antivinculatoria de la burguesía del vecino país en los dos siglos precedentes. Tal preocupación no puede, en rigor, decirse que haya alcanzado al legislador español, al menos por lo que a las atribuciones preferentes de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil se refiere.

Las atribuciones preferentes del artículo 1.406, 2.º, pese a su clara condición de institución importada de Francia, no constituyen auténticos medios directos de contención del fraccionamiento de las explotaciones, aunque sí indirectos, naturalmente. A nuestra atribución le falta para cumplir tal función el entronque directo con normas que aseguren tal finalidad en sede de partición hereditaria, pues no es, a diferencia de Francia, una prolongación de estas normas. En nuestra perspectiva la indivisión es un efecto secundario de un fin: la estabilidad profesional y económica de uno de los cónyuges allí, el fin es la indivisión, y la estabilidad posparticional, un efecto de ella. La partición en Francia está presidida por el artículo 832, 2.º, del Código Civil francés, que recomienda evitar el fraccionamiento de los bienes; aquí, por el 1.061 del Código Civil, que fomenta la igualdad cualitativa y cuantitativa de los partícipes; por ello, entre nosotros la atribución preferente es doblemente excepcional, y para que haya lugar se requieren las condiciones objetivas y subjetivas del artículo 1.406 y las finalísticas: si la división no guarda relación con la actividad profesional del cónyuge y su estabilidad, no hay razón alguna para que se desequilibren cualitativamente los lotes, pues la atribución debe ser tratada como una excepción a la regla general y como un medio jurídico instrumental y no como un fin en sí misma.

Algo parecido ocurre, por lo que a la argumentación jurídica se refiere, con los instrumentos agrícolas. Como instrumentos profesionales que son deberían reputarse como bienes privativos del cónyuge agricultor, sujetos, claro está, a reintegro si se adquirieron con caudales comunes (art. 1.346, 8.º, e inciso final), y sólo cuando son parte integrante o pertenencia de una explotación agrícola deben seguir la suerte de ésta. Ahora bien, los nuevos instrumentos agrícolas —tractores, cosechadoras, empacadoras, etc.—, tanto por su movilidad cuanto por su capacidad de laboreo, requieren, para poder ser considerados como partes de una explotación agrícola, que ésta tenga una considerable extensión superficial, por lo que sólo en contadas ocasiones alcanzan tal consideración pero, no puede esgrimirse como argumento contra su atribución con la finca el que sean ocasionalmente empleados en el laboreo de otros predios rústicos. El dato de la pertenencia debe venir dado exclusivamente por su destinación y vinculación económica para con la explotación agrícola

de la que se predica; es decir, la medida de la pertenencia viene dada por su efección habitual y no por su permanencia en la explotación.

Las actividades ganaderas presentan peculiaridades propias muy variadas de difícil concreción. Pueden constituir una actividad complementaria de la actividad agrícola principal y seguir entonces las vicisitudes particionales de la explotación o servir de base de una actividad económica diferenciada, teniendo la explotación agrícola simplemente como redil, pastando en otros pagos propios o ajenos o en espacios comunales, y entonces no puede ser considerado el rebaño como pertenencia de la explotación; pero como *universitas* puede ser objeto de un derecho de atribución diferente del que se pueda ejercer o no sobre la explotación o puede pertenecer a titular distinto. Nuestro minifundismo ganadero da lugar a situaciones intermedias entre las señaladas, de casuismo infinito y muy poco ilustrativo al propósito que nos ocupa.

b) CONDICIONES SUBJETIVAS DE LA ATRIBUCIÓN DE UNA EXPLOTACIÓN AGRARIA

Las condiciones subjetivas que se requieren para ser «beneficiario» de la atribución preferente de una explotación agrícola han experimentado en Francia una evolución que resulta sumamente esclarecedora para la correcta interpretación de estos perfiles subjetivos del atributario, que en nuestro ordenamiento deben entenderse contenidos en el «llevado con su trabajo» del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil.

El primer reconocimiento legal que se efectuó en Francia en materia de atribución preferente de este tipo de explotación (Decreto-ley de 17 de junio y Ley de 15 de enero de 1943) y tuvo como sujeto atributario a un cultivador directo y personal, pues se requería «que la haya cultivado o haya participado efectivamente en el cultivo». Si bien siempre ha ofrecido duda a los órganos jurisdiccionales cuál deba ser el grado de dedicación exigible, no se ha planteado problema alguno sobre la naturaleza de la ocupación material del atributario; se ha aceptado tanto la aplicación del trabajo físico a la explotación como el de pura dirección, aunque una y otra tarea consideradas separadamente tan sólo han sido objeto de fallos judiciales muy aislados; lo más frecuente es que la atribución se otorgue judicialmente en favor de personas que ejercen conjuntamente ambas actividades, es decir, el atributario suele ser un agricultor directo y personal (68).

La Ley de 19 de diciembre de 1961, al modificar esta condición subjetiva y sustituirla por la «participación en la puesta en valor de la

(68) AUBRY y RAU, *op. cit.*, vol. X, parágrafo 624.

explotación», ha perseguido un doble objetivo: de una parte, igualar las condiciones exigibles en la atribución de la explotación agrícola a las de industria, comercio o actividad artesanal que se introducían por esa misma ley, y, de otra, posibilitar una apreciación menos legalista de las condiciones subjetivas por parte de los Jueces, pues la fórmula permite valorar más libremente la dedicación a la actividad agrícola en cada caso. Pero al mismo tiempo ha permitido negar la atribución cuando la dedicación del peticionario ha sido valorada negativamente en sus efectos económicos, bien sea por negligencia, por incapacidad, bien por una mala administración de la explotación (69).

La amplitud del «llevado con su trabajo» del artículo 1.406. 2.º, del Código Civil, como ya he venido apuntando, no presenta connotaciones específicas en materia agrícola. La condición subjetiva exigible a mi juicio no es otra que la de ser agricultor, y sólo desde esta dimensión, a pesar de lo escueto de la fórmula legal, tiene sentido la excepción a la igualdad en la partición que supone el reconocimiento de un derecho de atribución preferente.

Si bien creo que no es aquí aplicable la condición de «que constituya el medio de vida principal» del cónyuge atributario —como apunta, más que exige, el artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1981—, la amplitud de la fórmula «llevado con su trabajo» no puede servir fuera del marco de la continuidad en el ejercicio de la profesión, pues, además de la excepcionalidad reiteradamente aludida, es necesario recordar que nuestro sistema de atribución es de derecho y no meramente facultativo, por lo que la actividad del Juez, declarativa y no constitutiva, no puede gozar del poder arbitral que en estas materias goza en Francia, en donde puede entrar a valorar no sólo todo aquello que sea mejor para cada uno de los cónyuges o uno de éstos y los herederos del otro, sino también qué solicitante de la atribución de la explotación será más adecuado para la continuidad y mejora de la misma. Entre nosotros no caben tales valoraciones, excepción hecha de la prevista en el artículo 1.393. 2.º, del Código Civil, y ello por ser motivo suficiente para dar lugar a la disolución de la sociedad de gananciales. Sólo es posible reconocer o negar la titularidad del derecho de atribución, y por ello el criterio legal debe ser doblemente restrictivo, en cuanto a la cosa en sí y en cuanto a la reunión de las condiciones personales objetivizadas reunidas en la cabeza del cónyuge atributario. La distinción de dos regímenes, el de derecho y el meramente facultativo, entiendo hubiera permitido una mayor facili-

(69) Ss. cass. civ.: 6 mayo 1964, 1 diciembre 1964 y 15 marzo 1965.

dad para una construcción jurisprudencial de la institución, pero ello tan sólo puede constituir una aspiración; en modo alguno una posibilidad abierta por la norma.

D. Las explotaciones comerciales e industriales

El silencio en cuanto a los datos objetivos de la atribución preferente de una explotación comercial o industrial puede intentarse colmar a través del análisis de la norma francesa inspiradora de nuestro artículo 1.406, 2.º, del Código Civil. Al respecto, el artículo 832, párrafo 4.º, del Código Civil francés dispone que «las mismas reglas —las de atribución de la explotación agrícola— son aplicables en lo que le concierne a toda empresa comercial, industrial o artesanal, no explotada bajo forma social, cuya importancia no excluya el carácter familiar». Es decir, en Derecho francés la atribuibilidad de la explotación comercial, industrial o artesanal es más restrictiva que la de la explotación agrícola, pues, además de los caracteres de unidad económica, expresada aquí con el vocablo empresa, y de no tener una organización formal societaria, que también se predicen para la atribución de explotación agraria, se requiere que su dimensión económica no sobrepase lo que se denomina «carácter familiar», lo que no se exige ya a la explotación agraria, en manifiesto y claro contrasentido.

La indeterminada dimensión económica que se encuentra tras la expresión «carácter de familia», que puede tener alguna justificación para la empresa o explotación agrícola, carece de sentido en lo que concierne al ámbito industrial o comercial: no así a la actividad artesanal. Pues el carácter familiar de una explotación no se ha medido nunca en unidades monetarias, sino en unidades de trabajo: es *familiar* la explotación en la que la suma de las jornadas de trabajo prestadas por los miembros de la unidad familiar conviviente igualan o superan a las aportadas por personal asalariado. Como puede colegirse sin esfuerzo, esta medida, que ya es arbitraria en la actividad agrícola, lo es mucho más en el ejercicio de la industria o del comercio, pues el número de personas empleadas no se traduce en una proporción directa respecto de la importancia del capital necesario para su fundación o de su rentabilidad o de su valor venal. Una industria de componentes electrónicos, un servicio de aerotaxis, una joyería, un laboratorio o un centro de cálculo informático no son actividades que requieren para generar importantes ingresos una plantilla elevada en cuanto al número de personal, pero indudablemente requieren una gran inversión por puesto de trabajo, situación que no se da en otras ramas de la actividad industrial o comercial. Parece poco

justificado que una mercería o tienda de ultramarinos que emplee al doble de personal asalariado que el de miembros de la unidad familiar no sea, en Francia, objeto de atribución preferente por superar la dimensión familiar, y lo sea un centro de cálculo informático.

Afortunadamente en nuestro ordenamiento no sólo no hay señalada en la norma diferencia alguna entre los requisitos objetivos que deban tener unos y otros tipos de explotación, sino que deben darse los mismos requisitos objetivos y subjetivos para una y otras. Por lo que, salvadas las particularidades propias de creación y composición, son aplicables a las explotaciones comerciales e industriales los mismos requisitos y condicionamientos de que se ha hecho mención al hablar de la explotación agraria.

Los Tribunales franceses han conocido algunos casos de interés en materia de atribución preferente de explotaciones comerciales, que en rigor pueden extenderse sin excesivos problemas a la de explotaciones industriales, cuales son los de atribución de un negocio abierto en inmueble propiedad privativa del cónyuge no dedicado a la actividad comercial y, en su consecuencia, no atributivo del mismo, y el fundado sobre local arrendado, de cuyo derecho de arrendamiento pertenecía con anterioridad a la fundación del negocio y al inicio de la comunidad conyugal al cónyuge que no viene ejerciendo la actividad comercial.

En el primer caso los Tribunales franceses no han dudado en atribuir el fondo de comercio al cónyuge que venía ejerciendo tal actividad, pero han impuesto la obligación de cumplimiento inmediato de dejar libre el inmueble, pues sobre el mismo no puede presumirse la existencia de un arrendamiento ni de un derecho real limitado, sino un simple uso de la comunidad tolerado por el cónyuge titular privativo, por lo que debe dejarse libre, pues la atribución no puede generar una relación arrendaticia, ni el derecho de atribución puede afectar a otra masa que no sea la ganancial (70).

Ello supone que en aquellos casos en que el inmueble es un elemento esencial para la propia existencia de la empresa, la diversidad de titularidades, privativa una y comunitaria la otra, constituye un impedimento para el nacimiento del derecho de atribución en cabeza de un cónyuge en el que no se den la titularidad del bien privativo y la cualidad personal de comerciante o industrial (71). Para el segundo caso también se ha mantenido el principio de incomunicación de las masas, por lo que la privaticidad de la titularidad del arrendamiento ha prevalecido

(70) S. cass. civ.: 11 junio 1978.

(71) S. cass. civ.: 8 diciembre 1974.

sobre el derecho de atribución cuando sede y fondo de comercio se han considerado económicamente inseparables.

Esta casuística puede presentarse perfectamente bajo la disciplina del artículo 1.406, 2.º, del Código Civil: lo que es más dudoso es que los resultados deban ser iguales a los ofrecidos por la jurisprudencia francesa.

Como regla de principio la esencia de los fallos judiciales franceses es perfectamente aplicable a nuestra disciplina de las atribuciones preferentes: sólo es posible la atribución dentro de la masa ganancial, y la atribución no puede invadir el patrimonio privativo de un cónyuge. Ahora bien, ¿qué sucede cuando se dan supuestos de indivisión entre la sociedad de gananciales y el cónyuge no atributario, supuesto típico al que se refiere el artículo 1.347, 5.º, inciso segundo, del Código Civil, en el que a la empresa en cuya fundación concurren capital privativo y capital común se le aplica la regla de indivisión del artículo 1.354?

La solución francesa expuesta para estos supuestos concretos me parece claramente regresiva y antieconómica cuando la relación entre inmueble y fondo de comercio o industria son consustanciales para la existencia y subsistencia de la empresa. En la disciplina española, y a la vista del texto aprobado por el Congreso del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil —mucho más claro en el texto del proyecto para el mismo artículo—, las aportaciones lo son para la formación del capital de la empresa, y a su vez la indivisión del artículo 1.354 del Código Civil lo es del capital, por lo que entiendo que no puede hablarse de un inmueble privativo o de un arrendamiento de titularidad privativa y de un fondo de comercio o industria gananciales instalados sobre el primero, sino de una empresa fundada con capital mixto.

Esta indivisión no tiene por qué cesar con la disolución de la empresa al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales. Más bien creo que le es de plena aplicación, como ha entendido Díez-PICAZO para la comunidad (72), el artículo 1.705 del Código Civil para la disolución de la sociedad por voluntad o renuncia de uno de los socios, es decir, debe de ser hecha de buena fe y en tiempo oportuno. Es más: cuando el capital procede de la sociedad de gananciales mayoritariamente, a pesar de la declaración del artículo 1.347, 5.º, del Código Civil, no nos encontramos ante un verdadero supuesto de indivisión, sino con un auténtico caso de sociedad civil, por no decir de empresa ganancial, en la que se da una participación minoritaria privativa de uno de los partícipes y cuya disolución y posterior adjudicación son diferentes de las de la propia sociedad de gananciales.

(72) Díez-PICAZO: *Comentarios...*, vol. II, pág. 1802.

La modificación del artículo 1.347, 5.º, efectuada por la Ponencia del Congreso, ha servido para embarullar un tema de difícil tratamiento, pero no para hacerle perder su verdadera identidad. Creo que nos encontramos ante un claro supuesto de reembolso en favor del aportante minoritario privativo, cuyo montante debe ser valorado al tiempo de la disolución conforme a las reglas del artículo 1.360, es decir, por su verdadero valor al tiempo de la liquidación y no por la vía ordinaria del artículo 1.358.

No obstante, las dificultades formales para el nacimiento del derecho de atribución preferente se mantienen, pues, al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales; la empresa no es ganancial plenamente, y éste es un elemento básico para el derecho de atribución. El cónyuge gestor no está provisto de un derecho adicional de expropiación forzosa respecto del otro y sus herederos, y si bien podrá combatir la mala fe o la inoportunidad de una disolución extemporánea de la empresa —argumento analógico *ex* artículo 1.705 del Código Civil—, no podrá ejercer un derecho que no ha nacido para él y se impondrá, en definitiva, la liquidación y partición ordinaria por etapas o la atribución preferente del fondo de comercio.

Con la liquidación de la empresa de esta forma lo que sí puede entenderse es que cesa la afectación de los instrumentos profesionales a la explotación como partes integrantes o pertenencias a las que se hace referencia en el artículo 1.346, 8.º, del Código Civil, y en su consecuencia puede haber lugar a la atribución preferente de los mismos en favor del cónyuge profesional o empresario que los estuviere utilizando por sí o mediante personal asalariado bajo su dependencia; es decir, nos encontramos ante una ampliación por interpretación sistemática del artículo 1.406, 1.º, y no ante una atribución propia del apartado 2.º del mismo artículo.

E. El local donde hubiere venido ejerciendo su profesión

Es éste el supuesto objetivo de atribución preferente de los previstos por la norma —art. 1.406, 3.º, CC— que presenta, por lo que al plano teórico se refiere, menos problemas o en el que éstos se encuentran más delimitados, ya que toda la posible casuística se encuentra enmarcada y canalizada por un elemento objetivo: el destino del inmueble al ejercicio de la profesión.

El precepto español, separándose de los antecedentes franceses (artículo 832 CC) y belga (arts. 1.446 y 1.447 CC), no hace referencia a los bienes muebles igualmente destinados y al supuesto de arrendamiento

del local, aspectos éstos que deberemos examinar en este apartado a los efectos de dilucidar si deben entenderse incluidos o excluidos en el ejercicio del derecho de atribución preferente

a) EL LOCAL DESTINADO

De ordinario, bajo esta modalidad el objeto de la atribución preferente lo constituye un local ganancial que se halla destinado exclusiva o preferentemente al ejercicio en el mismo de una profesión u oficio, por uno sólo de los cónyuges. Por ello no puede ejercerse, o mejor, no nace el derecho de atribución preferente para uno de los cónyuges sobre el local en el que ambos vienen ejerciendo su respectiva profesión, ya sea ésta la misma o diferente. Como pone de manifiesto Díez-PICAZO (73), la *ratio* de esta exclusión, evidente en los casos de liquidación y partición de la masa común, cuando la extinción de la sociedad de gananciales se debe a nulidad, separación, divorcio, cambio de régimen económico familiar o decisión judicial, deja de serlo e incluso es contraria a la finalidad de la norma cuando la extinción de la sociedad se produce por muerte de uno de los cónyuges, y en su consecuencia creo que en este concreto supuesto debe admitirse el derecho a la atribución preferente del supérstite, porque este derecho se construye de ordinario anteponiendo el interés profesional del cónyuge atributario a los concretos intereses de los herederos del cónyuge premuerto, y aunque puede oponerse a este argumento, con razón, que tal premisa puede faltar cuando uno de los herederos colaboraba profesionalmente con el premuerto, sí puede argumentarse que la liquidación para este tipo de atribución se encuentra en el interés profesional de la otra parte en la partición, y que cuando éste falta no hay o no debe haber razón para negar la atribución por el hecho anterior de la cotitularización, mucho más cuando esta limitación es fruto del análisis doctrinal y jurisprudencial franceses, pero no proviene ni de la letra ni del espíritu del precepto mismo.

De parecida forma suscita fuertes dudas el derecho de atribución preferente del local destinado al uso profesional cuando éste verse no sobre un local en su integridad, sino sobre parte indivisa del inmueble destinado a vivienda, y ésta ha sido adjudicada al otro cónyuge. En la práctica francesa ha venido entendiéndose que la protección al ejercicio profesional debe ceder ante la defensa que se atribuye a la intimidad personal que se presupone en la adjudicación de la vivienda. Ahora bien, esta afirmación, que entiendo válida como cuestión de principio y como gradación abstracta de valores protegidos, no parece absolutamente se-

(73) Díez-PICAZO: *Comentarios...*, vol. II, pág. 1801.

gura en la dimensión inevitable de la práctica. Parece evidente que en muy circunstanciados casos el Juez podrá apreciar analógicamente a la práctica profesional «la necesidad» a que hace referencia el artículo 87 del Código Civil, pues de la continuidad de la actividad profesional de uno de los cónyuges, en casos de separación y divorcio, puede y suele depender no sólo la propia subsistencia económica del cónyuge profesional, sino también la del cónyuge separado o ex cónyuge y la prole de ambos; la permanencia en el lugar en el que se ejercía la profesión puede ser determinante para el mantenimiento de una determinada clientela, supuesto no infrecuente en las profesiones liberales y que ya ha apreciado positivamente la jurisprudencia francesa, si bien haciendo notar la excepcionalidad del fallo (74). Aquí chocan más las convicciones personales, las costumbres, hábitos sociales y, si se quiere, los prejuicios educativos que los evidentes intereses sociales a los que la norma viene a prestar auténtica protección, y en tanto la incompatibilidad entre ellos no se manifieste no hay razón para discriminar un derecho para proteger el otro; hay que tener en cuenta que muy probablemente la vivienda con parte destinada al ejercicio de una profesión, comúnmente liberal, fue buscada y adquirida por los cónyuges porque sus dimensiones permitirían, con cierta comodidad, compartir el doble destino a que se dedicaba antes de la separación o el divorcio. o, más corrientemente todavía, fue el emplazamiento del local —v.gr.: farmacia— el que da lugar a la adquisición con doble finalidad.

Como ha precisado Díez-PICAZO (75), no es óbice para que se produzca la atribución preferente en favor del cónyuge que venga ejerciendo su profesión en el local atribuido el que el otro, a su vez, realice en el mismo local funciones profesionales con carácter ocasional o auxiliar. Ni aun siquiera, entiendo por mi parte, el que este cónyuge lo utilice parcialmente o en los tiempos en que no se ejerce la profesión para el descanso, el desarrollo de aficiones u otras actividades marginales, lo que presupone *a contrario* que el ejercicio de estas actividades no da lugar en modo alguno al nacimiento de un derecho de atribución preferente ni aun en el caso de que la disolución se deba a la muerte del cónyuge titular del ejercicio profesional.

Ni del texto legal, por su parquedad, ni de los textos antecedentes franceses y belgas y de las escasas precisiones jurisprudenciales que han producido puede deducirse con relativa exactitud que el local profesional atribuible preferentemente al cónyuge profesional deba requerir la nota de encontrarse abierto al público. Aunque ésta sería motivo suficiente

(74) S. Trib. Gran. Inst. Nantes, 30 abril 1963, Dalloz-Sirey, 1963, 2, 262.

(75) Díez-PICAZO: *Comentarios...*, vol. II, pág. 1802.

para negar la atribuibilidad preferente a un taller de escultor, un estudio de pintor o un apartamento-biblioteca de un escritor o estudioso, a pesar de que sus relaciones con los clientes se efectúen en otro lugar o la profesión no precise de clientela directa, por lo que según los casos y circunstancias, en principio, parece que también sobre estos locales deberá nacer el derecho a la atribución.

La redacción de la norma en pasado: «hubiese venido ejerciendo su profesión», requerirá la matización y puntualización de la *prudencia iuris*. No parece que con tal expresión en pasado se quiera hacer referencia a que el atribuyente venga necesariamente ejerciendo precisamente en ella su profesión por un tiempo no determinado —en todo caso, por un período dilatado—; creo que este derecho nace efectivamente aunque el tiempo de ejercicio en el local de que se trate sea mínimo, bien por ser reciente el establecimiento como profesional, bien por ejercer anteriormente en local arrendado o compartido y haber adquirido el ahora destinado a tal fin recientemente, bien por compartir anteriormente las funciones de vivienda y ejercicio profesional en un mismo local, trasladando una de estas funciones a otro. Hay que entender, según pienso, que lo que quiere evitar la norma adoptando tal redacción, aunque resulte poco afortunada, es el que un cónyuge se sirva de la atribución preferente para establecerse profesionalmente o para abrir un nuevo establecimiento profesional, es decir, se requiere, para que nazca el derecho, que al tiempo de la disolución de la comunidad se venga dedicando efectivamente el local, cualquiera que sea la anterioridad, exclusiva o preferentemente al ejercicio de la profesión u oficio.

Este *dedicando «efectivamente»* a que hace referencia y que se explicita en el párrafo 7.º del artículo 832 del Código Civil francés viene a poner de manifiesto que resultan insuficientes para el nacimiento del derecho aquellas adquisiciones que se proyectan con tal finalidad para un futuro, aunque éste sea próximo. No es susceptible de atribución preferente el inmueble destinado a domicilio actual en el que no se ejerce la profesión, pero que se proyectaba destinar a tal fin cuando se concluyese la nueva vivienda familiar que se encuentra en fase de construcción o el local comprado para este fin, pero todavía no ocupado, u otras situaciones similares.

La situación protegida por la atribución preferente es de hecho y no de voluntad, aunque ésta sea compartida por ambos cónyuges; se requiere en todo caso que se esté ejerciendo efectivamente la profesión u oficio en el local atribuible en momento inmediato anterior al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales; y aún más, entiendo que se siga ejerciendo en ese preciso momento, pues la interrupción defini-

tiva en el ejercicio impide el nacimiento del derecho, que no está concebido como una expectativa de derecho materializable en el momento de la disolución, como ocurre con la viudedad foral aragonesa en el caso de muerte de uno de los cónyuges, sino que se trata de un derecho que nace coetáneamente con la disolución de la sociedad de gananciales, y se extingue una vez consentida o firme la partición.

b) LOCAL PROFESIONAL ARRENDADO

A pesar de la poca utilidad práctica que entre nosotros tiene hoy el plantearse si debe o no considerarse como atribuible preferentemente la titularidad del arrendamiento del local profesional, dado que al respecto, y aunque fuere arrendataria la sociedad de gananciales, la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos ya viene concediendo un derecho sucesorio en el mismo con igual o superior eficacia, entiendo conveniente, desde el punto de vista teórico, plantearse tal hipótesis de trabajo, pues aunque la política coyuntural a que obedece la LAU tiene visos de eternidad, no deja de ser precisamente coyuntural, y por tanto susceptible de que se disminuyan en un momento, dado los privilegios de que gozan no muy justificadamente los arrendatarios, de un lado, y de otro, permite en este análisis medir la amplitud con que se concibe este derecho de atribución preferente, es decir, circunscribir sus límites materiales. Amén de que puede tratarse de un arrendamiento de industria excluido del ámbito de la LAU por el artículo 3.º de la misma.

En el Derecho francés se explicita que el derecho de atribución preferente en materia de locales destinados al ejercicio profesional se extiende tanto a la propiedad como al arrendamiento, pero la jurisprudencia ha dejado bien sentado que no se extiende a ningún otro tipo de derecho que proporcione el legítimo uso del local, ni a las situaciones de hecho o posesorias a otros títulos distintos a los previstos en el artículo 832, 7.º, del Código Civil (76), lo que quiere decir tanto como que el derecho de atribución preferente, por su naturaleza, debe en este caso interpretarse restrictivamente.

Igual conclusión, entiendo, debe aceptarse para el 1.406, 3.º, del Código Civil; el que en él no se especifique el título al que se tiene el local profesional no quiere decir que la atribución se efectuará en favor del cónyuge usuario a cualquier título por el que se use, sino precisamente dando tan sólo cabida al derecho de propiedad. No obstante, siendo como soy consciente de la debilidad del argumento, no sería de extrañar

(76) S. Trib. Gran. Inst. Seine, 15 octubre 1962, D-S, 1963, 2, 161; S. cass. civ., 10 mayo 1966, D-S, 1966, 2, 467.

que la jurisprudencia en su día, alegando precisamente la indeterminación formal del precepto, se declarase en favor de este tipo de atribución cuando el derecho al uso del que es titular la sociedad conyugal no viniese condicionado en su duración y eficacia a la existencia y permanencia de la misma sociedad de gananciales, pues no hay inconveniente formal o material alguno para concluir que la interpretación restringida a lo que se refiere es a la creación de nuevos objetos de atribución, a extenderse a nuevos campos distintos a los previstos en la norma, pero no a que la norma desarrolle todas aquellas virtualidades que no han sido negadas en la misma.

No obstante, creo que el legislador español pensó en la atribución de la propiedad plena, teniendo precisamente *in mente* que la legislación arrendaticia española cubría con mayor amplitud que el derecho de atribución preferente que se creaba la finalidad de la continuación del ejercicio profesional.

c) INSTRUMENTOS Y OTROS BIENES DESTINADOS AL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN U OFICIO

El profesor Díez-Picazo, en su comentario al artículo 1.406 del Código Civil, afirma que en «el caso del número tercero el Código es más parco, discriminando de algún modo las empresas y las profesiones y atribuyendo a éstas únicamente el espacio de su localización, sin mencionar los instrumentos y los útiles en el caso de que éstos sean gananciales y no privativos» (77). Entiende, pues, el eminente profesor que en la atribución del local destinado al ejercicio profesional no deben incluirse los instrumentos o muebles gananciales destinados al mismo fin.

No nos explica Díez-Picazo los elementos jurídicos de que se ha servido en su análisis para llegar a una conclusión tan sumamente restrictiva, salvo la letra del propio artículo 1.406, 3.º, y el criterio hermenéutico ordinariamente restrictivo con que deben aplicarse aquellas normas que desequilibren una partición, favoreciendo a una de las partes, aunque este trato legal de favor no sea puramente económico o en valor al materializarse la partición, que en todo caso tiene el límite de «hasta donde su haber alcance». Por mi parte, no comparto tal conclusión, que, como se deduce de la letra, aunque sí creo que puede y debe afirmarse que el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil resulta en su redacción poco afortunado, raquítico sería más exacto, y discordante no sólo con su propia finalidad, sino también respecto del artículo 1.346, 8.º, del Código

(77) Díez-Picazo, *op. y loc. cit.*, pág. 1802.

Civil, lo que induce a pensar que no debe estarse escuetamente a su letra.

Como apunté en el apartado dedicado a los objetos de uso personal, las discordancias, e incluso las incoherencias, que se producen en los artículos 1.346 y 1.347 respecto del artículo 1.406 se deben fundamentalmente a los cambios operados en los dos primeros a lo largo del proceso legislativo, sin que tales cambios se hayan visto reflejados, como era obligado, en el régimen específico de las atribuciones preferentes y, en general, en las normas dedicadas a la liquidación de la sociedad de gananciales. Sobre todo si tenemos en cuenta que, en nuestra reforma de 1981, el sistema de privatividad de los bienes de uso personal y de los profesionales ha ido sufriendo recortes progresivos, para bascular desde una posición muy próxima a la amplísima de la comunidad francesa de 1965 o de la propia del régimen legal aragonés hacia otra mucho más restrictiva inspirada en la reforma italiana de 1975.

Es así como el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil, que no ha sufrido modificación alguna desde su primera redacción, y que estaba y está concebido para una sociedad de gananciales en la que los instrumentos y los muebles adscritos al ejercicio de la profesión u oficio eran privativos, sin tan siquiera dar lugar a reembolso en favor de la comunidad si ésta los había costado, ahora, sin variación alguna en su expresión formal externa, tiene que ser aplicado con «la discriminación» a que se refiere Díez-Picazo; más bien parece que debiera procederse a una integración del precepto conforme al nuevo espíritu que dio lugar a su inclusión en el régimen de la nueva sociedad de gananciales y en plena coordinación respecto del artículo 1.346, 8.º, del Código Civil, para admitir un derecho de atribución preferente respecto de los instrumentos profesionales y establecer, en su caso, su contenido y sus límites.

La extensión de la cualidad de preferentemente atribuibles a los instrumentos profesionales de titularidad ganancial no debería, en principio, plantear dificultad teórica alguna, una vez puesto de manifiesto el equívoco técnico-legislativo del que se deriva su no explicitación en el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil; pero no resulta ocioso intentar razonar tal extensión por la vía deductiva, partiendo de los postulados del propio articulado del Código, de su finalidad y del criterio económico que en él late.

El artículo 1.346, 8.º, del Código Civil, frente a la ganancialidad de los instrumentos profesionales como regla general, señala dos excepciones basadas en criterios muy distintos: el que sean «necesarios para el ejercicio», de una parte, y el que no tengan la cualidad de parte integrante o pertenencia de un establecimiento o explotación de carácter

común, de otra. Es esta última la que nos interesa analizar aquí. Los instrumentos, en tal hipótesis, se encuentran incorporados al establecimiento o explotación, bien de tal forma que su separación daría lugar a la negación esencial del carácter mismo de establecimiento o explotación, por lo que se consideran *partes integrantes* del mismo, bien porque el bien mueble independiente —*pertenencia*— y, por tanto, separable, sin que ni éste ni el establecimiento o explotación pierdan su integridad, encuentra su máxima utilidad en el contexto de la finalidad económica que cumplen por destinación.

En esta situación de hecho la profesión se entiende ejercida a través del establecimiento u explotación, como una prestación de ésta, y, el profesional, o mejor sus servicios, se incorporan al aspecto organizativo del ente, de tal forma que constituyen en lo económico una unidad. La declaración de privatividad que sería irracional para las partes integrantes, pues su separación daría lugar a la negación del concepto de establecimiento o explotación, resultaría antieconómica si se predicase de las pertenencias, por lo que todo ello se valora en su conjunto, evitando el empobrecimiento que su disgregación supondría para la masa ganancial o común, pero sin desconocer los intereses profesionales del cónyuge que presta sus servicios profesionales por medio de este ente organizativo, pues, como sabemos, puede serle atribuido preferentemente (artículo 1.406. 2.º, CC).

De igual forma, la idea de local profesional, pese a la pobreza de expresión del artículo 1.406, 3.º, del Código Civil, no hay razón para que quede constreñida a su acepción de un inmueble o parte de él «donde se viene ejerciendo», pues aunque en muchos casos esta limitada acepción agote completamente su contenido económicamente valorable, las más de las veces la idea de local va unida a la de las instalaciones que lo hacen idóneo o simplemente más agradable o atractivo, así como a las de clientela y otras afines. es decir, son posibles dos acepciones en abstracto: como mero espacio físico donde puede ejercerse una profesión y como complemento adecuado al ejercicio profesional. Si es esta última la que se valoraría en un traspaso o en caso de venta, es la que deberá por idéntica razón tomarse en cuenta para decidir cuál es el contenido de lo atribuible preferentemente al cónyuge profesional; bien es verdad que en todo caso deberá analizarse qué deba entenderse además y complementariamente por instrumentos necesarios.

Si, como parece razonable, la finalidad de la atribución del local profesional se corresponde con una materialización más, ahora en sede de gananciales, del derecho al trabajo, como derecho constitucional y derecho de la personalidad, evitando que con la disolución de la sociedad

conyugal el trabajo quede temporalmente interrumpido, se preste inadecuadamente o con mayor dificultad, o se desconecte al profesional de su habitual clientela, sería no sólo ilógico, sino carente de todo fundamento, el no admitir respecto del local atribuible los mismos efectos prácticos para con los instrumentos profesionales gananciales que sean calificables de partes integrantes o pertenencias del mismo. La discriminación entre objetos de atribución a que hace referencia Díez-PICAZO no puede admitirse por ser contraria, pues, al propio sistema modular de normas que rigen la sociedad de gananciales tomado en su conjunto, y por lesionar, sin proteger otro interés más digno de protección, los derechos del cónyuge profesional, significando también esta arbitraria restricción una pérdida económica para la masa común.

Parece evidente que, como mínimo, aquellos instrumentos profesionales gananciales —conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 1.346, 8.º, CC— que deban calificarse como parte integrante del local profesional, es decir, aquellos de cuya incorporación a un espacio físico depende la calificación del local como profesional, deben entenderse lógicamente incluidos en el derecho de atribución preferente, tanto por su inseparabilidad de la cosa objeto principal del derecho cuanto por el absurdo económico que supondría la postura contraria, pues ésta conduciría a un empobrecimiento injustificado del objeto atribuible y, por tanto, de la masa ganancial.

Por parecidas razones debe afirmarse lo mismo respecto de aquellos muebles o instrumentos profesionales también gananciales que deben ser calificados como pertenencias, como prevé expresamente el inciso último del artículo 1.446 del Código Civil belga. Pues si bien éstas son separables sin que ontológicamente se opere una transformación en la calificación y utilidad del inmueble al que están económicamente afectas, ni en ellas mismas, debe tenerse en cuenta si la utilidad profesional que tal destinación comporta es mayor o menor a la que supondría su atribución a la masa común, para decidir en consecuencia en favor de los intereses del consorcio, límite económico éste que entiendo no puede traspasarse en ningún caso. En este apartado de las pertenencias hay que incluir ordinariamente los muebles de amueblamiento y los muebles de ornato que guarnecen el establecimiento, para lo que no puede darse una regla fija y general, pero sí una pauta de criterio en el sentido de que la idea de pertenencia se ajuste a la vinculación económica en razón del servicio que preste al conjunto, o como dice CLAVERÍA, «que los bienes de que se trata concurren a satisfacer *directamente* las necesidades de la cosa

principal y no las del propietario», aquí traducido por el profesional que en el local ejerce (78).

Si entiendo de esta forma que el cónyuge titular del derecho de atribución preferente sobre el local profesional puede ejercer tal derecho sobre los también bienes gananciales que respondan a la clasificación de partes integrantes o pertenencias *strictu sensu*, entiendo igualmente que el otro cónyuge, en su propio interés, a través de la defensa de los intereses de la masa común, puede obligar al atribuyente a que el derecho se ejerza sobre todo el conjunto considerado «local profesional», pues la restricción no puede llegar a servir para todo lo contrario y dar al atributario la posibilidad de remodelar, modernizar o decorar el local, haciendo que los bienes muebles gananciales que quiera reponer se excluyan de la atribución y se carguen en la masa común y así aminorar el valor del local profesional sobre el que ejercita su derecho.

Pero con todo lo dicho no queda resuelto el problema de la atribución preferente sobre los instrumentos profesionales y muebles de amueblamiento destinados al ejercicio profesional, pues nos resta dilucidar cuándo éstos son gananciales, es decir, susceptibles potencialmente de esa atribución, lo que pasa por el examen y valoración de lo que deba entenderse como «instrumentos necesarios» en el contexto del artículo 1.346, 8.º, del Código Civil.

La expresión «instrumentos» del citado artículo requiere una previa aclaración, cual es la de que en ella deben entenderse comprendidos no sólo aquellos muebles específicos de la profesión de que se trate, es decir, los que responden plenamente a la primera acepción que al respecto da el Diccionario de la Real Academia: «Conjunto de diversas piezas combinadas adecuadamente para que sirva con determinado objeto en el ejercicio de las artes y oficios», sino también en el más amplio de bienes muebles destinados al uso profesional, tal como prevé, a este mismo propósito, en el artículo 1.446 del Código Civil belga o en el párrafo séptimo del artículo 832 del Código Civil francés, sin que deba distinguirse, a los efectos de predicar su privatividad o su ganancialidad, esa *diferencial* especificidad, sino tan sólo su destinación. Bien es verdad que para los propiamente denominados instrumentos puede presuponerse su adquisición destinada, en tanto que para los segundos deberá, en caso de conflicto, probarse que se adquirieron para tan específico fin y que además pueden tener varios usos, por lo que de coincidir los usos profesional y común prevalecerá éste, conforme al espíritu mismo de la sociedad de gananciales.

(78) CLAVERÍA GONZÁLEZ: «Las pertenencias en Derecho privado español», página 9, en *Anuario Derecho Civil*, 1976, 1.

Con todo, el dato que verdaderamente marca la pauta divisoria aquí entre lo privativo y lo ganancial es el de que el instrumento sea o no necesario. La necesidad, como concepto jurídico indeterminado, resulta siempre un término difícil de cuantificar, mucho más cuando viene a calificar algo tan personalísimo como la profesión; cuando no se discrimina qué instrumentos deben ser proporcionados por la comunidad y a su costa como imprescindibles para la obtención de la primera fuente de ingresos para la masa común y cuáles otros deberían dar lugar a reembolso, y cuando la privatividad o la ganancialidad, es decir, su necesidad o su mera conveniencia, debe quedar fijada en el momento mismo de su adquisición y no al tiempo de la liquidación de la comunidad. Estas dificultades pueden servir para afirmar que la redacción del número 8.º y del inciso final del artículo 1.346 es no ya desafortunada, sino que está de espaldas a la realidad, pues para un profesional liberal, para un artesano, para un artista o para quien ejerce libremente un oficio la tendencia estará siempre dirigida a la adquisición del mejor instrumental y la mejor instalación que le sea posible.

Lo importante, cuando el problema se plantea en forma litigiosa, es llegar a saber si «necesario» en el contexto del artículo 1.346, 8.º, es o no sinónimo de *imprescindible*, es decir, de aquello sin lo cual es imposible de ordinario ejercer la profesión de que se trate, o, en otro supuesto analítico, si es o no antónimo de *superfluo*. Ambas acepciones, bien diferentes, por cierto, están constantemente presentes en el uso del término, tanto en el lenguaje puramente coloquial cuanto en el discurso técnico. En mi personal opinión creo que los Tribunales, llegado el caso de decidir sobre la privatividad o ganancialidad de un mueble de destino profesional, tendrán muy poco presentes las diversas acepciones posibles del término «necesario», ni siquiera forzando la significación cuando con él pueda entenderse como «*conveniente*»; más bien se inclinarán por investigar y valorar la prueba que se les proponga sobre si tal adquisición del instrumento o mueble guardaba o no relación directa con la finalidad puramente profesional y si el desembolso efectuado por la sociedad conyugal para su adquisición era o no proporcionado con el nivel de ejercicio profesional y con las posibilidades económicas de la pareja.

Este criterio interpretativo, aunque evidentemente fuerza la letra del precepto, tiene la ventaja de aportar un aceptable grado de coherencia a la norma, pues homogeneiza los criterios que sirven para determinar la privatividad de los instrumentos profesionales con el mismo criterio con el que se miden las adquisiciones de bienes privativos, *ratio* que ya apun-

tó LACRUZ para el proyecto del Gobierno (79), si bien en aquel texto, como sabemos, no se preveía reembolso alguno por parte del cónyuge atributivo, lo que podría dar lugar a enriquecimientos injustificados en favor del cónyuge profesional.

Con un criterio poco comprensible, el Código concibe aquí la ganancialidad del instrumento o medio profesional como una especie de sanción cuando se rebasan ciertos límites de proporcionalidad, pero entiendo, en todo caso, que estos límites no pueden ser siempre estáticos, pues mediando el acuerdo de los cónyuges no podrían operar. Ellos son, en definitiva, quienes deben, en primer lugar, situar el verdadero grado de necesidad a la vista de las diferentes circunstancias que concurren en la adquisición, primando, claro está, las específicamente familiares sobre las profesionales. Por ejemplo, un modesto viajante de comercio puede ciertamente argumentar que la adquisición de un automóvil sólido, pero caro, abaratará a medio y a largo plazo sus costes de transporte, el gasto más importante en el ejercicio de su profesión: mas su cónyuge puede oponer razonablemente a tal adquisición proyectada las dificultades económicas inmediatas que provocará en la economía familiar su adquisición, y es esta última posición la que, a mi juicio, debería prosperar. No obstante, no es fácil alcanzar la razón del porqué, si éste se efectúa a pesar de todo, el bien así adquirido deba ser ganancial o privativo, ya que estas adquisiciones dan lugar, en todo caso, a reembolso.

El deficiente tratamiento que el Código da a los bienes de destino profesional, separándose de los modelos francés, belga o italiano, entiendo que no puede ni debe llevarse a sus últimas consecuencias, sino graduarse conforme a la naturaleza de las cosas.

En el Derecho francés y belga parece claro que la atribución preferente no alcanza a los instrumentos o útiles profesionales porque éstos, sin limitación económica, son privativos del cónyuge profesional, si bien sometidos a reembolso, y alcanza plenamente a los muebles que sin el carácter específico de instrumentos se encuentran destinados al uso profesional —mesas, sillas, cuadros, etc.—. Entre nosotros, aunque nada diga al respecto el artículo 1.406, 3.º, del Código Civil, entiendo que son objeto de atribución preferente, en todo caso, los instrumentos profesionales que no sean originariamente privativos, pueda o no ejercerse tal derecho sobre el local profesional, y los muebles de amueblamiento en tanto sean estrictamente necesarios o en cuanto separados de su destino habitual desmerezcan de valor resultando innecesariamente gravosos para la masa común a la que se encuentran incorporados, si bien en estos

(79) LACRUZ y otros: *La reforma del Derecho de familia del Código Civil*, fascículo I, pág. 40, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1979.

últimos casos sólo serán atribuibles preferentemente si lo es el local profesional, considerándose a tal efecto como pertenencias.

Estas conclusiones ampliativas de la letra de la norma no pueden entenderse como una corrección con cierto carácter privilegiado, sino como consecuencia natural de la misma, ya que su negación, como hemos visto, perjudica de ordinario a todos los intereses legítimos puestos en juego, lo que resulta gratuitamente negativo. Por ello, como ha puesto de manifiesto, en un contexto legal muy diferente, la mejor doctrina italiana —DE PAOLA, MACRI, SCHLESINGER, CORSI (80)—, los elementos ornamentales *especialmente* valiosos de un local profesional son, en todo caso, de titularidad común; creo que el argumento de la doctrina italiana es perfectamente válido para nuestro régimen de gananciales, toda vez que se trataría de aplicar, al que podríamos denominar, con cierta libertad de expresión, ajuar profesional, la regla que para el doméstico se contiene en el artículo 1.321, 2.º, del Código Civil, es decir, no podrían ser objeto del derecho de atribución preferente «los objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor» que alhajan o adornan el local profesional objeto de tal derecho. Aquí entiendo deben considerarse incluidos también aquellos instrumentos profesionales cuyo valor no sea el de uso como tales, sino como elementos de adorno o colección, que serán también gananciales. Además, estos bienes no podrían tener la condición de pertenencias del local profesional, porque no hay una vinculación económica entre ellos y la cosa principal; el local profesional, parafraseando a CLAVERÍA, satisface al propietario y no a las necesidades del ejercicio profesional, por lo que su destinación no opera una vinculación o es jurídicamente irrelevante.

F. La vivienda

La determinación de cuál deba ser el objeto del derecho de atribución preferente en materia de vivienda —artículo 1.406, 4.º, del Código Civil— no debería, en principio, presentar dificultad alguna. Ahora bien, al referirse el precepto citado a «la vivienda donde tuviese —el cónyuge supérstite— la residencia habitual» pueden presentarse supuestos circunstanciados en los que haya duda racional, tanto en materia de atribuidibilidad preferente propiamente dicha cuanto en dilucidar cuál sea, de entre varias, la vivienda que reúne los requisitos objetivos de la norma.

Con el adjetivo «habitual» —que creo debía haberse evitado en la

(80) V. DE PAOLA y A. MACRI: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, páginas 128 y 129, Giuffrè, Milán, 1978; SCHLESINGER, *op. cit.*, pág. 399; F. CORSI, *op. cit.*, pág. 106 y nota 93.

norma para calificar a la vivienda, dadas las grandes posibilidades de equívoco a que suelen dar lugar las sinonimias que desde sus mismos orígenes latinos presentan en materia de vivienda los derivados de los verbos *habito* y *habeo*, respectivamente— entiendo que se pretendía poner de manifiesto la exclusión de aquellos usos que por ser limitados en el tiempo no debían dar lugar al nacimiento del derecho. Es decir, se quería excluir aquellas viviendas a las que les cuadrara el adjetivo «ocasional» o el de «temporal». Por lo que por «residencia habitual» —con el mismo sentido que su antecedente francés: artículo 832, párrafo quinto, que habla de «... *le local que le sert effectivement d'habitation*»— habrá de entenderse la casa-habitación en la que el cónyuge superviviente tenía y tiene fijado su domicilio permanente u ordinario, y éste será, en principio, el objeto estricto del derecho de atribución preferente, tal y como lo configura el artículo 1.406, 4.º, del Código Civil en materia de vivienda.

Ello presupone que, en el contexto de nuestra nueva ordenación de la sociedad de gananciales, el derecho de atribución no llega a nacer para aquellas viviendas que se conocen con la denominación usual de «segunda casa», aunque en ella conviva la familia una buena parte del tiempo, y mucho menos para aquellas otras que no tienen otra finalidad que el descanso de los fines de semana o la práctica de determinados deportes que requieren un espacio natural *ad hoc* —montaña o náutica—, en la misma línea argumental que la sostenida invariablemente por la jurisprudencia y doctrina francesas desde 1961 (81).

El sistema francés de atribución preferente en materia de vivienda, a diferencia del nuestro, no distingue, como sabemos, para el nacimiento del derecho entre la muerte y las otras causas de disolución de su comunidad legal, si bien esta atribución no es ningún caso de derecho, y a ello se debe el que la interpretación del artículo 832, 5.º, del Código Civil francés haya sido siempre restrictiva, mucho más cuando el adverbio *effectivement* la impone literalmente, es decir, la restricción viene impuesta por la letra y por el sentido finalista de la norma. Por ello, y según los términos de la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Nevers de 16 de abril de 1975, la condición legal de «que le sirva efectivamente de habitación» sólo puede ser cumplida por aquella vivienda de entre las varias que se tiene como residencia principal, y sólo para ésta se reconoce la facultad de pedir su atribución.

En su comentario a otra Sentencia del mismo Tribunal de Nevers, la de 15 de octubre de 1975, con idéntico fallo a la ya citada, PATARIN

(81) DAGOT: Nota a la S. Trib. Gran. Inst. Nevers, 16 abril 1975, en *JCP*, 1975, II, 18192.

hacía resaltar, no como crítica del fallo judicial en sí mismo, sino de la propia concepción de la norma, que «es preciso reconocer que el rigor de la condición de habitar efectivamente la vivienda el día de la demanda... se armoniza mal con el nuevo Derecho, que es tan favorable a las consideraciones sociales y humanitarias vigentes en materia de atribución del local de habitación» (82), y ello a pesar de las correcciones dulcificadoras de la regla introducidas por la jurisprudencia francesa en materia de tiempo de uso de la vivienda en relación con las diferentes situaciones de hecho que con singular frecuencia se vienen dando en los casos de separación y divorcio, pues aquí se retrotrae el citado uso al tiempo anterior al momento del desalojo de uno de los cónyuges de la vivienda, sin tener en cuenta el momento de la presentación de la demanda.

Mas los argumentos discordantes no han podido alterar la aplicación restrictiva por los órganos jurisdiccionales, por venir ésta impuesta, como hemos dicho, por los propios términos del artículo 832, 5.º, del Código Civil francés. Y ello es enteramente lógico, puesto que el texto está pensado y situado en sede de sucesiones, lo que quiere decir que su aplicación debe ser conforme al sistema mucho más abierto que rige en sede de Derecho de familia, en el que el interés familiar sirve al Juez para moderar el rigor que puede seguirse de la literalidad de una norma.

En la partición de los gananciales, bajo todo un entramado de intereses económicos antagónicos, latén situaciones personales y familiares que pueden y deben dar lugar a una atenuación del rigor que debe presidir lo puramente económico, porque, como gusta decir el profesor LACRUZ, en materia de familia «hay unos que son más iguales que otros».

Es más que probable que los problemas que la jurisprudencia francesa ha dejado necesariamente irresueltos por la necesaria interpretación restrictiva de la norma, estuvieran muy presentes en el ánimo y la mente de los legisladores belgas de la reforma de 1875 para tratar de evitarlos. Para ello, en el artículo 1.446 de su Código Civil, declararon de derecho la atribución de la vivienda en el caso de disolución de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges, y reconocieron en favor del supérstite un derecho adicional de opción sobre *uno de los inmuebles que sirven de alojamiento a la familia*. Este distanciamiento del modelo francés para encarar directamente los problemas supone que la distinción entre derecho y facultad se articula, además de sobre el objeto, sobre la causa de la disolución de la comunidad, lo que conduce a evitar litigios que más que con las cosas atribuibles tienen que ver con el ambiente conflictivo de carácter personal propio de la separación y el divorcio.

(82) JCP, 1976, II, 18428.

El reconocimiento de la opción adicional, a que hemos hecho referencia, permite, en claro contraste con el Derecho francés, que se orienta tan sólo a propiciar la estabilidad del ocupante de la vivienda, tanto en sucesiones como en la liquidación de la comunidad, que el cónyuge viudo pueda, sin mengua de la estabilidad, reorganizar su vida futura conforme a las perspectivas económicas, laborales y familiares que se derivan directamente del estado de viudez. Podrá, por tanto, optar por la vivienda más reducida si ha quedado solo, por la situada más cerca de su trabajo o en donde el clima es más favorable a su salud, por la que vienen ocupando los hijos cursando estudios o trabajando en otra localidad, etc., sin que la presencia de tal opción ampliativa de un derecho de por sí privilegiado tenga por qué dañar los intereses y aspiraciones de los herederos del cónyuge premuerto en mayor grado en que lo puede hacer el propio derecho de atribución preferente; muy al contrario, entiendo que con ello puede favorecerse la armonización de los intereses encontrados en juego.

El texto de nuestro artículo 1.406, 4.º, entiendo que no propicia una interpretación que pueda en cierta forma acercarlo a la solución amplia del artículo 1.446 del Código Civil belga, lo que resultaría, en mi personal opinión, muy conveniente y poco perturbador, teniendo en cuenta que entre nosotros el derecho de atribución preferente en materia de vivienda sólo se reconoce para el caso de disolución de la comunidad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, aspecto éste inspirado en la norma belga, y es a todas luces evidente que la viudez condiciona de forma muy específica la continuidad de la vida familiar, bien sea por la soledad que de ordinario acarrea, bien por el mayor peso que adquieren las cargas familiares para el sobreviviente.

Tampoco parece que deba deducirse para el artículo 1.406, 4.º, del Código Civil, por su similitud en la condición con el artículo 832, 5.º, del Código Civil francés, un significado y valor práctico equivalente al que para este último han venido acordándole la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria francesas, pues debe tenerse en cuenta que en nuestra regulación positiva no se dan ni la acumulación de previsiones de aplicación que confluyen sobre el precepto francés, ni contamos, afortunadamente, con la presencia de adverbio alguno que, como el *effectivement* del artículo 832, 5.º, del Código Civil francés, refuerce considerablemente la acción del verbo definidor del precepto.

Una interpretación del artículo 1.406, 4.º, destinada a delimitar cuál sea el objeto del derecho de atribución preferente que en él se reconoce, no puede, en mi personal opinión, fundamentarse exclusivamente sobre la literalidad escueta del texto; más bien debe enmarcarse en el contexto

social que lo dota de fundamento, y habrá de tener en cuenta, además, que, pese a que el derecho de atribución ha sido concebido para proteger intereses individuales de uno de los cónyuges, aquí el supérstite, la atribución no es una pura operación patrimonial aislada, sino que es también un negocio jurídico familiar.

Para el sobreviviente, el derecho de atribución que se le otorga sobre la vivienda no está en absoluto desligado de sus deberes familiares y de sus funciones como *pater familiae*, si tiene hijos menores a su cuidado. El que la norma aquí no preste atención a estas situaciones, en la misma medida en que se diseña la atribución del uso de la vivienda en los casos de separación y divorcio, no quiere decir, en modo alguno, que tales intereses no se encuentren presentes y con igual protección cuando tales circunstancias concurren. Aunque es evidente que la hipótesis tomada en consideración por el legislador es la protección de la intimidad a través de mantener al sobreviviente en la vivienda familiar frente a los herederos del otro cónyuge, sean éstos o no hijos o parientes sólo de éste, o hijos o descendientes comunes de ambos, no quiere decir ello que tal derecho, en su aspecto puramente objetivo, no pueda sufrir una modificación ampliativa cuando el interés protegido deba ser necesariamente más amplio.

La referencia del artículo 1.406, 4.º, a *la residencia habitual* parece que reduce el derecho de atribución preferente a aquella vivienda familiar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil y por empleo de los mismos términos de residencia habitual, da lugar a la determinación jurídica de domicilio, pero no hay que entender que esta determinación agote las posibilidades de configuración del objeto de este derecho; cabría pensar más bien que la referencia debe entenderse de forma congruente con lo que en el artículo 1.320 del Código Civil, para el régimen denominado *primario*, se denomina «vivienda habitual», y como ha puesto de manifiesto LACRUZ: «No cabe excluir, en algunos casos, la existencia de varias viviendas *habituales*, como si los padres viven en la población donde el marido ejerce su función, profesión o comercio, y algunos hijos ocupan un piso en la ciudad donde cursan sus estudios» (82). Es sobre esta posible gama de viviendas habituales sobre las que podrá ejercerse el derecho de atribución preferente.

Con todo, la ampliación objetiva del marco material de ejercicio del derecho de atribución preferente no puede entenderse que queda a la disposición plena del atributario cuando existen en la masa común varias viviendas, como ocurre en el Derecho belga. Tan sólo quiero señalar que el artículo 1.406, 4.º, del Código Civil no contiene una determinación

(83) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, IV, pág. 300.

única o invariable del objeto atribuible, fuera del cual no ha lugar al ejercicio del derecho de atribución preferente en materia de vivienda. En la inmensa mayoría de los casos, además, será así, pues sólo podrá pre-detraerse aquella vivienda en la que habitaban los cónyuges; pero ello no quiere decir que sólo ésta sea susceptible de hacer nacer el derecho, pues éste puede recaer también sobre aquella otra que reúna los requisitos esenciales para ser vivienda familiar y sirva a la finalidad propia de la norma, valorada más por significación familiar que por su evidente e innegable contenido personalista, cuando estos dos elementos coincidan sobre otra vivienda-habitación distinta de la que podríamos denominar domicilio conyugal común. No hay para mí duda de que el derecho de atribución preferente puede recaer sobre cualquiera de ambas, según manifieste su voluntad el atributario. Pero en ningún caso sobre ambas, no sólo porque la configuración privilegiada de la norma requiere una interpretación restrictiva, sino porque la atribución preferente, desequilibradora, en principio, de la igualdad en especie y naturaleza de los lotes particionales, tan sólo fuerza tal desequilibrio cuando la protección de la finalidad misma del derecho lo requiere y no en los demás posibles supuestos, en los que la igualdad debe ser naturalmente, si se puede, restablecida. Pues el derecho a la desigualación no puede entenderse como derecho a la desigualdad.

Resulta evidente, con todo, que la reforma del Derecho de familia de 1981 en materia de vivienda familiar es casuística en exceso, lo que favorece la existencia de importantísimas lagunas en la materia —verbi-gracia, destino de la misma en los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial, previstos en el artículo 1.393 del Código Civil— o de indeterminaciones, por lo que el arbitrio judicial en esta capital materia deberá ejercerse con profusión, e igualmente evidencia la necesidad de un tratamiento lo más abierto posible, pues la letra de la ley frustrará muchas veces la finalidad precisamente pretendida.

IV. LA PETICION DE ATRIBUCION PREFERENTE: FORMA Y TIEMPO

A. Aspectos generales

La atribución preferente, al no poderse calificar como un mecanismo ordinario de la partición, debe ser considerada más bien como un modo específico de partir, o si se quiere, como apuntan la doctrina y la jurisprudencia francesas, como una forma específica de partición (86). Por

(84) AUBRY y RAU, por PONSARD, t. X, párrafos 624 y 624 bis.

ello, y para que despliegue sus peculiares efectos, requiere de la manifestación expresa del peticionario que pretenda ser atributivo preferente frente a los restantes coparticionarios, lo que supone que la referida petición en tal sentido debe ser formulada en tiempo y forma idóneos para alcanzar su fin.

El silencio de la norma en la materia y la falta de experiencia judicial, y probablemente notarial, hacen que, una vez más, nos movamos en el terreno de la inducción de los requisitos y en el de la deducción de consecuencias, sin posibilidad de contrastar los resultados de nuestra personal indagación. Para llenar este vacío tampoco podemos servirnos adecuadamente de la experiencia francesa acumulada desde 1938, pues ésta va inseparablemente unida al tratamiento de un fenómeno para ellos típicamente sucesorio y tan sólo en fechas recientes trasvasado plenamente sobre la comunidad matrimonial legal (1961 y 1965), pero sin consistencia propia, es decir, por remisión a la normativa sucesoria. En tanto que entre nosotros, la institución de la atribución preferente es exclusiva de la partición del consorcio conyugal, sin correspondencia ni entronque directo con las normas propias de la partición hereditaria; más bien formulada como una excepción o derogación del principio de doble igualdad: cuantitativa y cualitativa, del artículo 1.061, y sin encuadre idóneo, salvo para los supuestos excepcionales del artículo 1.407 del Código Civil, con la regla excepcional del artículo 1.062, 1.º, del Código Civil.

Además, si tenemos en cuenta que la atribución preferente es mucho más un modo de confeccionar los lotes que una forma específica de partición, nos tendremos que rendir a la evidencia de que ante el silencio en materia procedimental de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, silencio absolutamente lógico para un cuerpo de legislación material, y la inadecuación para la atribución preferente del denominado «Juicio de testamentaria», los requisitos adjetivos de esta petición deberán ser llenados por las conclusiones a las que en su día llegue la doctrina científica y, sobre todo, la práctica notarial. De todos modos, creo que debe hacerse la advertencia de que este vacío difícil de colmar que muestra nuestro ordenamiento en este punto es preocupante, sobre todo unido a la falta de especificación formal de qué atribuciones deben entenderse como de derecho y al patente arcaísmo de las normas liquidatorias de la sociedad conyugal, pues avocan fácilmente a un juicio declarativo que rara vez será de menor cuantía por lo que la atribución preferente, cuando se solicite en una disolución conflictiva —lo que ocurrirá con frecuencia—, dará lugar a un procedimiento costoso y lento, y lo que es peor, inadecuado.

cuado para la naturaleza y entidad del problema, lo que puede ser fácilmente calificado de imprevisión legislativa.

Volviendo al núcleo de la cuestión que nos ocupa, debemos poner de manifiesto que si bien los problemas de forma y tiempo, en sí mismos, tienen una importancia claramente secundaria y adjetiva, su posición respecto del núcleo de problemas más conflictivos de la disciplina de las atribuciones preferentes —el de su relevancia o irrelevancia en las operaciones liquidatorias del consorcio— adquiere una singular trascendencia, al menos, tal y como entendemos el respeto que los restantes coparticiparios deben a la posición del titular del derecho de atribución preferente, a los efectos de no frustrarlo antes que se abra formalmente la fase de partición propiamente dicha.

Es en este contexto del *iter* liquidatorio-particional donde el análisis de la forma y del tiempo de la solicitud tiene, a mi modo de ver, una importancia intrínseca que trasciende su contenido meramente adjetivo y procedimental, que merece ser examinado.

B. La forma

Es opinión común que la solicitud de atribución no está sujeta a forma especial, haciendo con ello la doctrina eco del silencio que al respecto guardan todos los ordenamientos que acogen tal institución. LACRUZ dice al respecto que la atribución «se actúa mediante una declaración unilateral, recepticia, irrevocable, dirigida a la otra parte» (85), posición que comparto siempre que, como trataré más adelante, tal declaración se produzca por un cónyuge frente al otro o los herederos de éste y al tiempo de abrirse la fase de división propiamente dicha, admitiendo variantes en los demás casos.

De todos modos, dado que la atribución preferente viene siendo considerada como una excepción a la forma ordinaria de partir, prevista en el artículo 1.061 del Código Civil, el coparticipario que la haga valer deberá pedirla expresamente y como tal será siempre, cualquiera que sea el peticionario, cónyuge o heredero, una declaración receptiva dirigida a los restantes coparticiparios.

Como entiendo que varios de los herederos podrían ser atributarios conjuntamente, esta petición puede ser singular o plural, aunque siempre unilateral, pues, en principio, no se trata más que de poner en marcha un mecanismo de actuación de un derecho que por su esencia sólo puede ser titular uno de los coparticiparios, no cabe que sean atributarios va-

(85) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 493.

rios sobre una misma cosa atribuible y a diferente título, es decir, no pueden pedir conjuntamente una atribución sobre una misma cosa el cónyuge supérstite y uno de los herederos del otro, por ser ello contrario a la regla de dividir por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos, conforme dispone el artículo 1.404 del Código Civil, y es de regla en el régimen de sociedad de gananciales (art. 1.344 del Código Civil). Los herederos, aislada o conjuntamente, son coparticionarios, en tanto que llamados a la partición en representación del cónyuge premuerto, y sólo pueden actuar por la mitad que le correspondería al cónyuge que representan. El ejercicio de su derecho, de reconocérsele éste, lo que propugno, pese a la letra de los preceptos que nos ocupan, tiene que quedar constreñido a la mitad que les corresponda; lo contrario estaría en contradicción con la significación misma de la partición en sede de gananciales, pues la posibilidad de abono del saldo de diferencia a metálico parece que hay que entenderla limitada al cónyuge atributario y no a los herederos.

Nada impide que la solicitud sea verbal, pero dado que se trata de una declaración unilateral recepticia parece que lo más prudente será su formulación por escrito y empleando los medios necesarios habituales para que quede constancia de su recepción por los copartícipes, de forma tal que pueda constar en el documento público en el que usualmente se efectúa la partición, aunque ésta, como la hereditaria, puede ser verbal o contar en documento privado solamente.

No obstante, dado que las atribuciones preferentes más problemáticas se darán en las disoluciones debidas a separación o divorcio o en aquellas en que el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto tienen conflictos de intereses o de otro tipo, no sólo resulta conveniente la forma escrita, sino que, además, se debe hacer constar con detalle y en especial: los bienes gananciales sobre los que se intenta hacer valer e incluso el orden de preferencia en que éstos se pretenden, si son varios, y, en su caso, pudieren llegar a sobrepasar el haber neto que corresponde al atributario solicitante; asimismo, parece oportuno que se haga constar en la solicitud de atribución, al menos, un principio de prueba referente a que se da en el peticionario de la atribución el nexo de afección requerido para la atribución de cada uno de los tipos de bienes gananciales que se prevén como atribuibles, sobre todo cuando se trate de aquellos a los que se refieren los apartados 2.º y 3.º del artículo 1.406 del Código Civil. Debe tenerse en cuenta, al respecto, que siempre compete al atributario la prueba de la existencia y consistencia del nexo de afección, a que venimos haciendo alusión repetidamente, y a través del cual entendemos se justifica en última instancia la atribución preferente.

No debería requerirse esta prueba, por el contrario, en el supuesto específico contemplado en el artículo 1.406, 1.º, del Código Civil, pues cuando se trate de bienes de uso personal que los coparticionarios entienden son de extraordinario valor, la prueba de tal extremo deberá recaer sobre quienes afirmen tal extremo, y en su consecuencia, nieguen la pertenencia privativa al cónyuge que venga siendo usuario de los mismos, pues éstos, en tanto no se pruebe lo contrario, deben presumirse privativos por principio, conforme a lo dispuesto en los apartados 7.º y 8.º del artículo 1.346. Por lo que tan sólo será oportuna y prudente la petición de atribución por parte del cónyuge usuario cuando la otra parte pruebe cumplidamente o cuando el potencial atributario acepte la naturaleza ganancial de los mismos.

En los casos en que la atribución preferente sea solicitada por el cónyuge supérstite y éste concurra a las operaciones liquidatorio-particionales con los herederos del otro cónyuge, siendo éstos menores o incapaces y correspondiendo al cónyuge atributario la patria potestad de los mismos, la solicitud de atribución entiendo deberá constar necesariamente por escrito, pues dado el carácter normalmente desigualatorio que la atribución preferente presenta y la consecuente excepcionalidad respecto del principio de absoluta igualdad, que encarna el artículo 1.061 del Código Civil, debe entenderse cautelarmente que nos encontramos ante uno de los posibles conflictos de intereses a que se refiere el artículo 1.057 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, deberían observarse las garantías formales y materiales que en el mismo se prevén, nombrándose el curador especial *ad hoc* y con intervención del Ministerio Fiscal.

En mi opinión, este formalismo debería observarse, como mínimo, en todos aquellos supuestos en que la conclusión de la sociedad de gananciales obedece a separación o divorcio y cuando sea judicialmente decretada por cualquiera de las causas previstas en el artículo 1.393 del Código Civil, pero ante el silencio de la norma entiendo que tal formalidad deberá quedar limitada a cuando la separación se deba a perturbación mental del otro cónyuge (art. 82, 4.ª, del Código Civil) y a todos los supuestos previstos en el citado artículo 1.393 del Código Civil. Parece que ésta es una exigencia mínima de garantía jurídica, pues lo que entiendo debería ser realmente procedente sería la judicialización de la atribución preferente para todos los supuestos, declarándose a tal efecto por la norma como *facultativa*, siguiendo con ello el ejemplo francés de la Ley de 19 de diciembre de 1961 y lo dispuesto en el artículo 1.476, 2.º, de su Código Civil, reformado en 1965, y en el artículo 1.447 del Código Civil belga, pues así lo venían aconsejando las experiencias que nos ofrecían

éstos dos ordenamientos, tanto en materia de separación y divorcio, cuanto por lo que se refiere específicamente a la regulación y tratamiento de las atribuciones preferentes.

C. Tiempo oportuno para formular la solicitud

Parece lógico que el potencial atributario puede solicitar se le incluya preferentemente en su haber un bien ganancial, reuniendo los requisitos subjetivos y objetivos exigibles según el tipo de bien de que se trate, en cualquier tiempo anterior al de la conformación de lotes particionales propiamente dichos; es decir, se deberá considerar que la petición se ha formulado en tiempo oportuno: uno, en momento coetáneo al de la petición que ponga fin a la situación de indivisión que se sigue a la conclusión de la sociedad de gananciales; dos, inmediatamente después de formado inventario y antes de proceder a la configuración del plan liquidatorio, y tres, y por último, al tiempo de confeccionar los correspondientes lotes o hijuelas.

Entiendo que también, y de forma extraordinaria, después de estos momentos puede efectuarse la petición de atribución preferente, si bien en vía judicial, cuando el atributario no ha sido citado o tenido en cuenta en las operaciones liquidatorias correspondientes o en la formación de lotes, e incluso cuando un coparticionario impugna las operaciones liquidatorio-particionales; es decir, creo que puede entenderse procedente la petición en la demanda por la que se promueve el inicio del procedimiento denominado «juicio de testamentaría», aplicable a la partición del consorcio conyugal o en reconvencción ante la demanda formulada por la otra parte (86). Ahora bien, si la controversia entre las partes versa sobre los pretendidos derechos de atribución preferente que se niegan por algún coparticionario, el reconocimiento judicial de los mismos no puede obtenerse por medio de este procedimiento especial, sino que debe promoverse el juicio declarativo ordinario que corresponda conforme a la cuantía, pues no se trataría aquí de una disparidad de criterio sobre la partición propiamente dicha, sino sobre la posición que ostenta el atributario en la misma, lo que vendría a ser equivalente, en cierto modo, a la discusión sobre el derecho a la herencia que la constante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido excluyendo del ámbito propio del «juicio de testamentaría». De cualquier forma, la petición debe constar como anterior a la configuración de los lotes en vía judicial, si bien hay que dejar constancia aquí de la insuficiencia procesal por exceso en un

(86) En términos similares se ha pronunciado la Corte de casación francesa en Sentencia de 5 de julio de 1967, *Dalloz*, 1968, 638, y comentario de R. SAVATIER, favorable a tal tesis, en *RTDC*, 1968, 176.

caso, o por defecto en otro. que se constata en materia de partición del consorcio conyugal.

El tiempo en que se formule la petición «ordinaria», no judicial, de atribución preferente da lugar a diferentes consecuencias de orden jurídico, tanto en la «defensa» por el atributario de su propio derecho, cuanto en la respuesta de la otra parte en el ejercicio de sus derechos y prerrogativas respecto de la liquidación a acreedores terceros respecto del consorcio y en el abono de reintegros y reembolsos, por lo que parece resulta conveniente estudiar, bien sea que someramente, los efectos que deben seguirse de la petición según el momento del procedimiento en que ésta se formule.

a) PETICIÓN ANTERIOR O COETÁNEA A LA FORMACIÓN DEL PLAN

El que pueda producirse idóneamente la petición de atribución preferente al tiempo de solicitar, a su vez, la división del consorcio conyugal, no quiere ello decir que éste sea el momento procedimental más adecuado ni, como ya sabemos, el único posible.

La petición al tiempo del inventario y avalúo sólo acarrea inconvenientes para el atributario, pues, de un lado, incitará a la otra parte, y en su exclusivo beneficio, a forzar la valoración al alza de aquellos bienes respecto de los cuales se manifiesta el propósito de detraer preferentemente, intentando sobrecargar al valor real del bien, único que debe ser de cargo del atributario, el innegable valor que aporta al atributario la utilidad propia de la atribución y en la que consiste la verdadera *ventaja* que supone el reconocimiento de tal derecho; de otro lado, el atributario, sin una constancia fiel y real (su conocimiento sólo puede ser aproximado) de los valores y del estado de la masa consorcial, formularía la petición sin la suficiente maduración de su propósito, que sólo se alcanzará, en principio, al cierre de la fase de inventario y avalúo de conformidad por ambas partes.

Como consecuencia de lo anterior podemos afirmar que el momento de petición de división y liquidación del consorcio no sólo no es el tiempo más adecuado, por sus aspectos puramente prácticos, para manifestar el propósito de solicitar la atribución preferente, sino que no puede entenderse, por la otra parte, que sea entonces cuando deba manifestarse la intención del potencial atributario. No hay necesidad alguna de conocer tal intención en la fase de inventario y avalúo, ya que de lo que se trata en ese momento es de fijar el activo y el pasivo del consorcio con la mayor neutralidad posible, y para ello es evidente que no es preciso tener noticia anticipada de la intención de ejercitar, para en su mo-

mento, el derecho de atribución preferente sobre determinados gananciales.

De suyo y para la mayor parte de los casos, ya sean pacíficos y amistosos, ya conflictivos e incluso predestinados al pleito, la intención, o más bien el propósito de ejercitar tal derecho, será normalmente conocido por la otra parte, y ello da lugar a dificultades internas típicas del instituto que deberían haberse obviado por el legislador, o más bien, paliado, por la vía de otorgar un mayor protagonismo al Juez en aquellas particiones que presentan, por las circunstancias que las rodean, perfiles claramente conflictivos y a los que el Derecho comparado somete la propia posibilidad de ejercer la atribución al análisis y decisión del Juez competente, el cual deberá resolver y pronunciarse sobre la adecuación entre el interés particular, que el pretendido atributario intenta satisfacer por el mecanismo particional de la atribución preferente, y el más amplio y general interés de la familia en su conjunto. Es evidente que el protagonismo judicial, en un tiempo en que en la sociedad conviven o mal conviven diferentes y opuestas concepciones sobre qué deba entenderse por «familia», puede resultar perturbador para los propósitos de los propios particionarios, pero no lo es menos que el conflicto de intereses que puede plantearse con la atribución preferente, singularmente en los casos de separación y divorcio, no debería quedar en manos de los coparticionarios desde el inicio mismo, pues puede frustrarse la posibilidad de atribución en cualquier momento del *iter* liquidatorio-particional sin que alcance a resolverlo la intervención judicial *a posteriori*.

La fase del *iter* liquidatorio-particional que se muestra más adecuada para que en ella se produzca la manifestación de voluntad de solicitar la atribución preferente sobre concretos bienes gananciales, se sitúa inmediatamente después de tener todas las partes implicadas conocimiento de los datos que revela el inventario y antes de proceder los particionarios o los partidores a la confección del plan liquidatorio del consorcio. La concurrencia de ambos conocimientos permitirá, en palabras de LACRUZ, «planear la extinción de las relaciones y deudas, la indemnización por bienes perdidos o deteriorados y la distribución de las ganancias reales, proyectando las predetracciones y atribuciones preferentes» (87).

Las ventajas que se pueden apreciar para la solicitud efectuada en este momento no se constriñen al elemento de puro orden procedimental: la importantísima en la práctica de facilitar la ordenada marcha del conjunto del proceso particional, a que hace referencia mi maestro, sino también a las más trascendentes, si cabe, que se derivan directamente de la elección de este tiempo precisamente y del que se deducen para el

(87) LACRUZ: *Elementos...*, IV, pág. 491.

potencial atributario evidentes ventajas de puro orden jurídico que pueden llevar a garantizar la efectividad final de la atribución, que, de otra manera, podrían frustrarse al llevar a la práctica las ineludibles operaciones liquidatorias del consorcio.

Llegado el momento del pago de las deudas del consorcio, si los coparticionarios no tienen noticias de la pretensión de ejercicio del derecho de atribución preferente, por manifestación expresa del propio atributario, nada les impide desconocer de plano tal situación personal de la otra parte, que no es, en teoría, sino una posibilidad hipotética, pues el derecho a la procedencia no puede presumirse y debe ser siempre hecho valer por quien lo pretende. Ahora bien, el silencio en este momento del *iter* liquidatorio-particional no puede ser valorado como una renuncia al derecho, pues podrá ser notificado y ejercido después, al tiempo de la partición, naturalmente si para entonces quedan en el haber neto de la sociedad bienes atribuibles.

Correlativamente con lo anterior, no podrá argüir el atributario sin la correspondiente notificación que el coparticionario o coparticionarios tenían conocimiento de su interés en la atribución porque se podía deducir tal posición de su conducta, pues en esta materia se requiere una declaración recepticia, y ésta no puede ser suplida por actos indiciarios o por conductas que la hagan presumir, pues éstas no tienen, en ningún caso, el valor técnico de una declaración formal comunicada a la otra parte. Las pretensiones excepcionales se hacen valer o no, pero quien tiene la carga de soportarlas no tiene que deducirlas de la conducta de su posible titular.

Así, pues, el particionario no atributario, sin el conocimiento que se produce por la manifestación de la intención expresamente comunicada, no estará obligado a respetar, en cuanto sea posible —como dice el artículo 56 de la Compilación aragonesa—, los bienes sobre los que objetivamente la otra parte podría, llegado el caso, ejercer el derecho de atribución previsto por la ley, ni podrá el atributario alegar mala fe si se fuerza la liquidación de las empresas o establecimientos gananciales, ni abuso de derecho en la puesta en licitación de bienes para la obtención del numerario necesario para pagar, o simplemente haciendo valer la disconformidad en el precio de valoración que arroja el inventario y a falta de otro acuerdo; el ejercicio de todas y cada una de las facultades que se derivan de los artículos 1.400 y 1.403 del Código Civil por el no atributario carecerán así de trascendencia respecto de una atribución que en este momento del procedimiento liquidatorio, y a falta de notificación, no pasa de ser una posibilidad legal que se ofrece, ni tan siquiera

una expectativa de derecho, y en modo alguno, un derecho cuya presencia se manifiesta y se hace valer *per se*.

La manifestación de la intención de solicitar la atribución al tiempo de la formación del plan liquidatorio es necesaria para que la protección de tal derecho, al menos como expectativa, tenga alguna eficacia defensiva en la fase inmediata de liquidación, pues sin ella sólo puede ser considerada como una posibilidad legal, y como tal, ignorada olímpicamente por la otra parte. Es evidente que la cuestión se ha planteado mal por parte de nuestros legisladores y deberá ser rectificada en un inmediato futuro si se desea realmente que la atribución preferente llegue a ser algo más que una simple recomendación legal sujeta, en cuanto a su efectividad, a la buena voluntad de la parte no atributaria cuando el consorcio tenga deudas y falta de la suficiente liquidez, o un derecho eficaz, pero tan sólo para los patrimonios considerablemente saneados. lo que viene a desmentir, en parte, la función social que de ordinario se predica para la atribución preferente.

Bajo esta perspectiva, tan tímidamente favorable a la protección de la atribución preferente, parece que para alcanzar este limitado respeto resulta indiferente, en la fase de liquidación, que la comunicación contenga una mera manifestación de intención de pedir la atribución a la apertura de la fase de partición propiamente dicha o se materialice ya formalmente como solicitud de atribución. Pues de la segunda posición no se deriva una mejor y más amplia protección que poniendo en práctica la primera, excepción hecha de aquellas atribuciones en las que, en virtud del derecho explicitado en el artículo 1.407, se posibilita el abono en metálico del saldo de diferencia por parte del atributario, que, a mi juicio, es posible adelantar en base de liquidación, sin necesidad de tener que esperar a la propia partición, como parece sugiere la letra del precepto.

En este momento del *iter* liquidatorio-particional del consorcio, la más eficiente protección de la atribución de la vivienda habitual para el cónyuge supérstite o del inmueble en que se viene ejerciendo la profesión, no se deriva de la configuración de estas atribuciones en la norma como auténticos derechos subjetivos, y en los demás casos y supuestos, como mera facultad, como parecería lógico, ni del derecho de opción que se crea para estas mismas atribuciones en el artículo 1.407 del Código Civil, sino de la diferenciación arbitraria y discriminadora, a mi personal juicio, de que en éstas se permite abonar en dinero el exceso del valor sobre el haber neto que le corresponda al atributario, lo que se niega en los demás casos. Por lo que en esta fase es conveniente, pero no

necesario, explicitar a cuál de las dos opciones previstas en el artículo 1.407 del Código Civil se acoge el atributario.

Dada la tan sólo relativa protección que se ofrece a la atribución y la consiguiente incertidumbre que supone para el atributario la liquidación del consorcio, entiendo que no tiene razón de ser el exigir que quede obligado a comprometerse en la materialización de la atribución en este tiempo anticipado, por lo que parece será suficiente con la manifestación de intención de atribuirse el bien de que se trate, pero sin obligarse a ello de forma irrevocable.

Ahora bien, esta posición, que parece razonable para el atributario sumido en la incertidumbre de si el bien quedará o no en la masa dividenda neta, puede no serlo en absoluto para la otra parte cuando ésta obre de buena fe y, consecuentemente, coopere a la preservación dentro del consorcio del bien atribuible, poniendo sus esperanzas, a su vez, en obtener ella otro bien equivalente, con lo que al no ejercer el hipotético atributario su derecho —no se había obligado a ello—, frustra las expectativas del coparticionario.

Aquí de nuevo nos encontramos ante el supuesto en el que hay que dilucidar si hay mala fe, ahora en la persona del atributario, o si, por el contrario, estamos ante un caso normal de aplicación de la tradicional máxima *qui iure suo utitur, nemine laedit*. La respuesta no puede ser, en modo alguno, tajante y clara.

El no ejercicio de la atribución en el momento de la partición por parte de quien hizo manifestación de mera intención de solicitar en su momento la atribución, no supone un caso de *venire contra factum proprium*, pues, siguiendo aquí el pensamiento de Díez-Picazo (88), el atributario potencial efectuó, en su momento, una manifestación relevante, pero no eficaz ni vinculante, por lo que, en principio, en su definitiva no solicitud del ejercicio, no se da la incoherencia en el ejercicio del derecho que la otra parte podría hacer valer como base de la defraudación de su confianza, ya que, en todo caso, la ha puesto en una manifestación que en nada definitivo se obligaba el manifestante. Cuestión distinta es que de los actos del atributario coetáneos y posteriores a la manifestación deba deducirse otra cosa, pues dan este caso a la notificación receptiva, si bien sólo de intención han seguido actuaciones conducentes a posibilitar el ejercicio del derecho en tiempo oportuno, por lo que los Tribunales podrían apreciar que el atributario renunciante obró

(88) Díez-Picazo: «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», en *Información Jurídica*, 1974, pág. 203.

con mala fe e intención de perjudicar a la parte no atributaria, abusando de la colaboración torticeramente obtenida.

b) PETICIÓN AL TIEMPO DE LA PARTICIÓN

En el tratamiento que nuestro ordenamiento hace de las atribuciones preferentes, el tiempo ordinario de solicitud de la atribución es precisamente éste, es decir, una vez que se ha obtenido el remanente neto del consorcio, por liquidación de las deudas y abono de reintegros y reembolsos, y se ha fijado el *quantum* a que asciende el haber neto correspondiente a cada uno de los partíciparios en función de su cuota de participación, pues es a la vista de su haber y del valor específico admitido por las partes para el conjunto de bienes, y específicamente para los susceptibles de atribución preferente, cuando y como podrá el atributario formular su petición formal de atribución o renunciar al ejercicio de tal derecho, con valor de declaración irrevocable.

Además de los problemas que el sistema normativo adoptado introduce en materia de liquidación del consorcio frente a la atribución, de los que ya hemos tratado, la previsión de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil presupone que los bienes de uso personal y las explotaciones agrícolas, comerciales o industriales deben caber, en cuanto a su valor en venta se refiere, dentro del haber del atributario, lo que dará lugar a una serie de dificultades y problemas que trataremos de estudiar y aclarar, en la medida de lo posible, en el apartado de este trabajo dedicado a los efectos de la atribución preferente en la partición propiamente dicha.

En tanto no se sobrepase el haber del atributario, la petición de atribución puede extenderse simultáneamente sobre cualesquiera bienes a los que se refieren los distintos apartados del artículo 1.406 del Código Civil y a aquellos otros a los que hemos entendido es extensible por analogía el precepto, pues aquí la limitación que la norma impone es puramente económica, y sin más finalidad, en cuanto se me alcanza, que la de impedir que vayan a parar a una sola mano la mayor parte con el percibo de su haber en dinero metálico, es decir, la limitación impone para la atribución ordinaria del artículo 1.406 del Código Civil que las hijuelas estén formadas por bienes gananciales *in natura*, como veremos con algún detalle más adelante.

Es también éste el momento adecuado para que el atributario se pronuncie sobre una de las dos modalidades de atribución que se explicitan en el artículo 1.407 del Código Civil, y el de ofrecer el abono de saldo de diferencia por exceso si ha lugar a tal liquidación en dinero.

Al respecto, parece evidente que las operaciones particionales propiamente dichas no pueden iniciarse sin que todos los coparticionarios o los partidores tengan conocimiento acerca de si serán ejercidos o no los derechos de atribución preferente reconocidos, pues ello obliga a situar los bienes atribuibles encabezando el respectivo lote o hijuela y en función de su presencia dividir la ganancia neta efectuando las operaciones de compensación *in natura* o dineraria que procedan, con reconstrucción, en la medida que la configuración de la masa dividenda lo permita, de la tradicional aspiración del ordenamiento de alcanzar la igualdad cualitativa, a la que no se renuncia a pesar de la introducción de esta institución típicamente desigualadora.

Por todo ello entiendo que el interés de este epígrafe aisladamente considerado es mínimo, pues su auténtica materia problemática desborda el puro plano formal y temporal en que éste si sitúa, para proyectarse y transferirse al tratamiento de los efectos de la atribución en la partición propiamente dicha, a la que dedicamos el capítulo siguiente.

c) LA SOLICITUD EXTEMPORÁNEA

Parece evidente que un derecho cuya virtualidad reside precisamente en condicionar la formación de los lotes, de forma tal que los bienes de cuya atribución se trate se incluyan antes que ningún otro en la hijuela del atributario, afectando, consecuentemente, el contenido de la del otro u otros particionarios, según se trate del cónyuge o de los herederos de éste, no puede ejercitarse en un momento posterior a la apertura de la fase de partición propiamente dicha. Intentar el ejercicio de la atribución después de tal momento carecería de sentido, pues la hipotética atribución habrá perdido su propia razón de ser, ya que el atributario, por el derecho del que es titular, no tiene un derecho de naturaleza real sobre la cosa atribuible, sino un derecho circunscrito «a que se le incluyan preferentemente en su haber» determinados bienes, a petición suya y haciendo valer su derecho en el momento oportuno y no en otro. Por ello, la solicitud extemporánea no produce efectos, es inidónea para provocar la modalidad particional que en ella se demanda.

Este acabarse el tiempo propicio es consustancial a la naturaleza del derecho de atribución y no una privación de efectos operada por caducidad, ya que no, desde luego, por prescripción, y por ello entiendo que podrá ejercitarse por medio de otrosí en demanda de nulidad de la partición o de las operaciones liquidatorias antecedentes, o por medio de reconvencción en la contestación a la demanda de nulidad o de rescisión interpuesta por la otra parte, porque en el supuesto de progresar la acción,

se reabrirá dentro del procedimiento un nuevo período o fase particional, y en ella, el derecho de atribución vuelve a estar, por así decirlo, a disposición y al servicio de los intereses legítimos del atributario, a los que presta su especial protección el ordenamiento.

D. La renuncia del derecho de atribución y la renuncia a la atribución solicitada

Como manifiesta Díez-PICAZO: «La adjudicación preferencial es un derecho que se atribuye al cónyuge y, por consiguiente, una prerrogativa frente a la igualdad, a la que puede renunciarse expresa o tácitamente. Se renuncia expresamente cuando se declara una voluntad en este sentido, y se renuncia tácitamente cuando se aceptan lotes de otro tipo» (89). Esta afirmación es absolutamente clara e indiscutible, salvo en un pequeño matiz: para que se produzca la renuncia tácita no creo sea preciso esperar a la propia aceptación del lote, confeccionado conforme a la práctica prevista en el artículo 1.061 del Código Civil, que le corresponda a quien pudiera haber sido atributario, salvo, claro está, haya sido confeccionado por la otra parte o encomendado a un tercero partidor sin la participación del potencial atributario en las operaciones o en la designación; creo más bien que debe entenderse efectuada tácitamente la renuncia cuando se abre la fase de partición con participación del titular y éste no hace declaración alguna en tal sentido.

La renuncia expresa o tácita abre el camino a una partición ordinaria, es decir, equivalente a la de la comunidad hereditaria, en la que, en principio, salvo pacto de las partes, conforme a lo previsto en el artículo 1.058 del Código Civil, por el que puede dividirse la masa consorcial como tengan por conveniente, se estará a las reglas generales previstas en el artículo 1.061, con igualdad cualitativa y cuantitativa entre las hijuelas. Lo que no supone sino una vuelta al punto de partida.

Mayor dificultad presenta el estudio de la posibilidad de admisión de la renuncia a la atribución solicitada. Para la mayor parte de la doctrina europea, la manifestación de voluntad de atribuir un determinado bien es vinculante para quien la emite y, por tanto, irrevocable, y ello parece adecuado a la disciplina que la atribución preferente presenta en materia sucesoria en Alemania, Suiza y Francia, e incluso para el ordenamiento belga, para la comunidad matrimonial legal, pero creo que debe meditarse

(89) Díez-PICAZO: *Comentarios* ., t. II, pág. 801.

en el caso español antes de admitirse como regla ordinaria de la manifestación de voluntad de atribuir.

En primer lugar, hay que tener presente que la pretendida irrevocabilidad en los citados ordenamientos de la declaración de voluntad sólo se admite para las atribuciones de derecho y no para las de carácter facultativo, en las que el atributario solicitante puede desistir de su petición en cualquier momento del procedimiento seguido al efecto.

En segundo lugar, las atribuciones de derecho en estos ordenamientos suponen no sólo la posibilidad de abonar en dinero el saldo excedente del haber del atributario, sino también hacerlo cómodamente a plazos —como, por ejemplo, establece el artículo 832, 1.º, párrafo 2, del Código Civil francés—.

En tercer lugar, en defensa de la atribución preferente se establecen ventajas en favor del atributario en la liquidación de recompensas y no puede provocarse la licitación sobre bien atribuible sin la correspondiente aprobación judicial.

Ninguno de estos elementos se dan en la estrecha y pobre regulación de nuestra atribución preferente, regulada en los artículos 1.406 y 140 del Código Civil, por lo que entiendo que trasladar a su régimen la nota de irrevocabilidad de la declaración en todos los casos y sin excepción puede resultar muy perjudicial para el atributario e incluso sumamente injusto. Piénsese, por ejemplo, en el cónyuge supérstite que solicita la atribución preferente, al tiempo de la formación del plan liquidatorio, sobre la vivienda y su gabinete profesional, situados en el mismo inmueble, pero constituyendo fincas independientes, o uno cercano al otro en diferentes inmuebles. Por circunstancias de la liquidación, se tiene que poner en venta uno de ellos, y ésta se consuma sobre el gabinete. ¿Sería lógico impedir la renuncia a la atribución de una vivienda que sólo le reportará incomodidades? Esto sin interferencia alguna de la otra parte, sin maniobras encaminadas a impedir o a dificultar la atribución o a provocar que ésta se lleve a efecto en las más adversas circunstancias para el atributario. Los casos podrían multiplicarse hasta el infinito dada no la estructura de la atribución, sino precisamente la carencia de la misma.

Por ello entiendo que la irrevocabilidad de la declaración en nuestro sistema sólo puede acogerse para cuando ésta se formule al tiempo de proceder a la partición propiamente dicha, con conocimiento exacto del montante a que asciende el haber atributario y del valor fijado para el bien atribuible, pues aquí la irrevocabilidad constituiría una admisión de la posibilidad del *venire contra factum proprium* poniendo a la otra parte en permanente e injustificada inseguridad.

Con mucha más razón no puede admitirse la renuncia a la atribución concedida, salvo que ésta suponga una renuncia a la sociedad de ganancias, aunque en la nueva regulación del régimen económico matrimonial esta renuncia de raigambre clásica no supone que el renunciante o sus causahabientes queden exonerados de las deudas consorciales, efecto históricamente emparejado a esta figura (90).

(Continuará.)

JOAQUÍN J. RAMS ALBESA

(90) Sobre este punto, ver, por todos, DE LOS MOZOS: *Comentarios...*, volumen XVIII, 2, págs. 467 y 468.

JURISPRUDENCIA

II. Jurisprudencia comentada

OTRA VEZ SOBRE EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD O IRRESPONSABILIDAD DEL COMITENTE POR DAÑOS CAUSADOS POR EMPLEADOS DEL CONTRATISTA

(Antecedentes y comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1984)

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión y el problema acerca del alcance de la enumeración del artículo 1.903 del Código Civil. Examen de la Sentencia de 23 de febrero de 1976.—2. Daños causados por el contratista y responsabilidad o irresponsabilidad del comitente. Sentencia de 9 de febrero de 1976.—3. Sentencias de 18 de junio y de 5 de julio de 1979.—4. Una orientación aparentemente distinta: la Sentencia de 24 de noviembre de 1980.—5. La última decisión jurisprudencial en la materia: la Sentencia de 31 de octubre de 1984.

1. En *Estudios de Deusto* (vol. XXVIII/2, julio-diciembre de 1980, páginas 255-272) publiqué un artículo titulado «De nuevo sobre el problema de la aplicabilidad del artículo 1.903 del Código Civil a las relaciones entre comitente y contratista». En él trataba una cuestión que siempre ha atraído mi atención y que ya había estudiado en trabajos anteriores (*Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, págs. 69-71, y «La responsabilidad civil por explotaciones industriales», en el libro colectivo *Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil*, Bilbao, 1979, págs. 94-97, en lo que a este punto se refiere).

El problema a que aludo es el de si en el contrato de obra el comitente responde o no de los daños que ocasione el contratista a terceros, bien por sí, bien por la acción de sus empleados o dependientes.

En mi artículo de 1980, que acabo de citar, planteaba la cuestión a la luz de dos preguntas que a mi juicio es preciso contestar para resolver adecuadamente el problema.

La primera de ellas es si la enumeración de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1.903 es exhaustiva o, por el contrario, apta para una interpretación extensiva o aplicación analógica. En mi estu-

dio ponía de relieve que la doctrina es prácticamente unánime, afirmando que los supuestos que menciona el artículo 1.903 son taxativos y no admiten ningún tipo de ampliación. Criterio que por cierto también domina entre los autores franceses con motivo de la interpretación del artículo 1.384 de su Código Civil.

No oculté entonces la existencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1976, en que parece seguirse la tesis contraria al condenar a la dueña de un automóvil a reparar los daños que su novio, a quien había prestado el vehículo, causó a terceros al colisionar el suyo con otro automóvil.

Me permito reproducir lo que a mi juicio interesa de dicha sentencia y del comentario que le dediqué.

El Tribunal Supremo, haciendo suyos los razonamientos de la resolución recurrida, y desestimando, por tanto, el recurso de casación interpuesto, dice en uno de los considerandos de su sentencia:

«Que conjugadas sistemáticamente las normas contenidas en los artículos 1.902, 1.903 y 1.908, párrafo primero, e interpretadas en consideración al presente momento y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas como se establece en el artículo 3.º, 1, del Código Civil y haciendo uso de la analogía —que de manera expresa el art. 4.º de dicho texto legal (*sic*)— *se pueden entender incluidos en el artículo 1.903 otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación jurídica distinta de las que el precepto contempla 'ad exemplum'*, como pueden ser las del comodato, originado por la cesión gratuita y temporal que el propietario de un automóvil asegurado hace a otra persona a la que ligan los lazos familiares o cuasifamiliares, o de gran afecto, cuya relación crea deberes recíprocos; y que hay que seguir estos criterios evolutivos porque, como claramente dispone el artículo 3.º, 1, del Código Civil en su actual redacción, la exégesis de las normas debe hacerse en atención a diferentes factores, uno de los cuales es 'realidad del tiempo en que han de ser aplicadas', con lo cual se consigue que las normas estáticas de un cuerpo legal tradicional puedan ser aplicables en todo momento sin necesidad de una previa adaptación para cada caso'»

Mas no se conforma el Tribunal Supremo con esta argumentación, sino que el considerando siguiente adopta un peculiar criterio de estimación de la culpa, en este caso de la de la dueña del vehículo prestado. Estas son sus palabras:

«Que, a mayor abundamiento, aunque hubiere que estimar que el artículo 1.903 del Código Civil había sido indebidamente aplicado al caso controvertido —*por no darse en él ninguna de las relaciones jurídicas que dicho precepto contempla, ni la vinculación de dependencia que en él se exige*—, aun en este supuesto, ninguno de los dos motivos del presente recurso podría acarrear la casación de la sentencia impugnada, porque ésta no se basa exclusivamente en el mencionado precepto, sino que se apoya también en el contenido del artículo 1.902, que igualmente se invocaba en la demanda; y, además, en el caso resuelto por la sentencia que ahora se examina, concurren los supuestos de hecho que esta última norma exige para ser actuada, y tales hechos fueron oportunamente alegados por los actores y su realidad fluye de las afirmaciones fácticas admitidas por los juzgadores de instancia, que

reflejan una conducta ciertamente negligente en doña Amelia A. M., que no cuidó de elegir una persona que tuviera la necesaria prudencia para conducir un vehículo sin originar daños.»

Esta sentencia, que creo verdaderamente singular, no puede menos que merecer un severo juicio.

En primer lugar, es llamativo que en el primero de los considerandos transcritos —el que más nos interesa ahora— se traiga a colación el párrafo primero del artículo 1.908, que —se dice— es objeto de conjugación sistemática con los artículos 1.902 y 1.903. Si una eventual interpretación extensiva o aplicación analógica del supuesto contemplado literalmente en el mentado párrafo primero del artículo 1.908 («explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia» o «inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado») hubiera sido la *ratio decidendi* del fallo, no había por qué haber distorsionado como el Tribunal Supremo lo hace el incuestionable fundamento lógico de los casos de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1.903; y aquella «conjugación sistemática» de que la sentencia habla no vendría a cuento. Si, por el contrario, fuese la simple aplicación extensiva del artículo 1.903 (hay que suponer que en su párrafo segundo) la que hubiera determinado la solución del Alto Tribunal, es inevitable poner en entredicho la generosa ecuación de la Sala al equiparar la explosión de máquinas o la inflamación de sustancias explosivas (acontecimientos verdaderamente excepcionales) a fenómenos tan frecuentes como la producción de daños por la utilización de vehículos de motor, dotados además de una regulación legal específica; de otra parte, la invocación del mentado párrafo primero del artículo 1.908 para deducir la responsabilidad de la dueña del vehículo de autos (como si de la propietaria de una «máquina» o de una «sustancia explosiva» se tratara, que ya es largueza interpretativa) encuentra la objeción de que en aquel precepto se sigue un criterio de responsabilidad por *culpa* (no haber cuidado las máquinas *con la debida diligencia* o no haber colocado las sustancias explosivas *en lugar seguro y adecuado*), lo que implicaba, en el asunto que el Tribunal Supremo estaba enjuiciando, la previa declaración de que doña Amelia A. M. había incurrido en negligencia. Y si bien es cierto que en el segundo de los *considerandos* reproducidos el Tribunal recurre a mayor abundamiento a la tesis de que doña Amelia había sido descuidada al prestar su automóvil a quien carecía de la diligencia necesaria para utilizarlo (lo que conduce a una declaración de responsabilidad *ex art.* 1.902), no vemos tampoco aquí la necesidad de forzar la interpretación del artículo 1.903 hasta hacerlo irreconocible desde una perspectiva de elemental exégesis finalista, histórica y gramatical.

En segundo término, cabe reprochar a la sentencia la *ambigüedad técnica consistente en invocar de forma conjunta* —como si de una misma cosa se tratara— la *interpretación extensiva* (en base a la contemplación de la «realidad del tiempo» en que han de ser aplicadas las normas, y con cita expresa del art. 5.º, 1, del Código Civil) y la *analogía* (fundada en el art. 4.º). Uno u otro mecanismo técnico pudieron ser los determinantes del fallo, pero resulta difícil entender la cita conjunta de los dos.

En tercer lugar —y éste es sin duda el extremo capital—, opino que el Tribunal Supremo se extralimitó al ampliar (en este caso concreto, al menos) el radio de acción del artículo 1.903 del Código Civil. Podría admitirse que por vía de interpretación extensiva, o aun de analogía (aunque esto último resulta muy difícil de aceptar, tratándose de un

precepto sancionador), se diera entrada jurisprudencial a casos de responsabilidad por hecho ajeno distintos de los contemplados en el artículo 1.903, pero lo que en modo alguno considero de recibo es la consagración como tales de supuestos en que falta lo que a todas luces constituye la médula lógica del mentado precepto; a saber: la existencia de una relación jurídica por virtud de la cual una persona ostenta sobre otra alguna autoridad, algún poder de decisión o cualquier forma de superioridad que justifique consecuencia tan exorbitante cual es la de que un sujeto responda de los actos de otro.

De ahí que cause sorpresa la alusión específica a la figura del comodato —que era la del caso de autos—, porque ni el comodante ostenta poder de dirección sobre la conducta del comodatario en el uso de la cosa prestada, ni parece conciliarse con la esencia de esta relación contractual —cesión gratuita— un efecto tan desproporcionado, incluso desde una contemplación del supuesto en un plano estrictamente sociológico, como es el de que el comodante responda de la actividad del comodatario. Tesis que, de extenderse, constituiría una verdadera conmoción de los criterios tradicionales y una inadmisible desfiguración del contenido del contrato de comodato.

El Tribunal Supremo, en su sentencia, parece percatarse de este propósito y se apresura a advertir que su razonamiento se refiere al concreto caso del comodato de autos, intentando justificar su conclusión en base a «lazos familiares o cuasifamiliares, o de gran afecto» entre comodante y comodatario. Pero tampoco esta precisión convence, en cuanto que tales vínculos, por sí solos, no implican una generalizada relación de dependencia que explique por qué una persona responde del comportamiento de otra. Sirve la alusión a la relación familiar o cuasifamiliar para los casos concretos que con toda justificación contemplan los párrafos segundo y tercero del artículo 1.903 (padre o madre y tutor, respectivamente), porque en ambos existe una situación institucional de dependencia y correlativos poder de dirección o deber de vigilancia, pero no se encuentra fácil explicación a la extensión al caso del noviazgo; que del mismo modo que ni siquiera se encontraría al supuesto evidentemente más sólido del matrimonio, esto es, a la hipótesis de que doña Amelia A. M. y el conductor causante del daño fueran esposa y esposo.

La propia Sala incurre en evidente contradicción cuando en el segundo de los *considerandos* que hemos reproducido acude a una argumentación a *mayor abundamiento*, declarando que procedería establecer la responsabilidad de doña Amelia A. M. «aunque hubiere que estimar que el artículo 1.903 del Código Civil había sido indebidamente aplicado al caso controvertido por no darse en él ninguna de las relaciones jurídicas que dicho precepto contempla, ni la vinculación de dependencia que en él se exige». Está claro que el Tribunal Supremo acepta el principio de que la responsabilidad por hecho ajeno presupone dependencia del agente respecto al responsable; obsérvese que la sentencia habla de la dependencia que *se exige* (en el art. 1.903), sin paliativo alguno. Sobre esta base resulta extraño que la Sala estimara existir dependencia en las relaciones entre la propietaria del automóvil y su novio conductor del mismo.

En definitiva, entiendo que sólo la razón invocada por el Tribunal «a mayor abundamiento» podría justificar la desestimación del recurso. Y eso en el caso —que por desgracia queda velado en la resolución del Supremo— de que el novio conductor del automóvil se hubiera acreditado con anterioridad como inexperto o irresponsable en el manejo de vehículos, pues de no ser así —es decir, si la falta de necesaria

prudencia en el conductor, a que alude el segundo de los *considerandos* reproducidos como reveladora de la conducta «ciertamente negligente» de doña Amelia A. M. al prestarle el automóvil hubiese sido la que determinó la producción del accidente del caso, sin precedente de imprudencia alguna en el comodatario del vehículo— tampoco encontraría yo explicación al pronunciamiento del Supremo. cuya generalización en la mentada hipótesis constituiría un peligrosísimo precedente jurisprudencial.

Pero de lo que en definitiva se trata es de juzgar la no menos arriesgada ampliación del ámbito del artículo 1.903 practicada por el Tribunal Supremo en esta sentencia aislada, ampliación a mi modesto entender inaceptable, por muy laxos que quieran hacerse los criterios de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, pues lo que en todo caso debe preservarse en ellas en su razón de ser, que en el artículo 1.903 del Código Civil —según doctrina común que comparto— no es otra que la ya apuntada con anterioridad: esto es, *la concurrencia de una situación que permita a una persona, siquiera en grado mínimo, gobernar, conducir u orientar sobre los comportamientos de otra*. Circunstancia que, a mi juicio, difícilmente puede hallarse en los antecedentes de la sentencia que acabo de comentar.

2. La segunda pregunta que debe plantearse, a mi juicio, en relación con el problema que da lugar a este trabajo, es la de si es preciso que entre el causante directo del daño y la persona llamada a responder de él exista una relación, siquiera mínima, de dependencia en el desarrollo de la actividad dañosa.

Tras el razonamiento que juzgué oportuno, en el citado trabajo de 1980 vine a reiterar mi opinión favorable a la contestación afirmativa a la pregunta planteada, por lo que concluí en la tesis de que *el comitente no responde de los daños producidos por culpa o negligencia de los empleados del contratista, o lo que es igual, de este último*. Y ello en base a que el contrato de obra no existe —en el supuesto típico— relación jurídica alguna entre el comitente y los trabajadores del contratista, no siendo propio de dicha figura que el contratista desarrolle su actividad bajo la dependencia del comitente.

Refiriéndome a la jurisprudencia existente al respecto, citaba en mi trabajo de entonces la Sentencia de 9 de febrero de 1976 (accidente sufrido por un trabajador en la construcción de un hotel), resolución que, si no es examinada con detenimiento, da la sensación de que impone responsabilidad al comitente por daño ocasionado por el contratista. La comitente era «Semíramis, S. A.» (dueña del hotel), siendo *aparente contratista* (lo subrayo) don Juan R. P.

«Semíramis, S. A.», interpuso recurso de casación invocando, entre otros motivos, el de que el obrero fallecido trabajaba por cuenta de la empresa de que era titular don Juan R. P., contratista. Dicho de otro modo, la entidad dueña de la obra alegaba que el trabajador no pertenecía a la plantilla de la sociedad, y que, por otra parte, al ser don Juan R. P. un contratista, no un empleado o dependiente de «Semíramis, S. A.», no existía entre él y ésta la relación de sometimiento o dependencia que justifica la norma contenida en el párrafo cuarto del artículo 1.903.

El Tribunal Supremo, declarando no haber lugar al recurso, estimó, como lo había hecho la Audiencia, que «Semíramis, S. A.», era también responsable solidaria en aplicación del citado párrafo cuarto del artículo

lo 1.903. Dice el Tribunal Supremo que «si el acto productor del daño lo fue, indudablemente, en el servicio de la empresa demandada (se refiere a 'Semíramis, S. A.', como es obvio) y con ocasión de sus funciones, no cabe duda de que aquella responsabilidad (la del art. 1.903) le alcanza plenamente».

Este razonamiento es el que da origen al equívoco, porque entendido en términos absolutos podría inducir a la falsa creencia de que en todo contrato de obra responde el comitente de los daños ocasionados por negligencia del contratista, o lo que es lo mismo, a equiparar en todo caso la relación comitente-contratista con la de empresario-empleado a que se refiere el tan mencionado párrafo cuarto del artículo 1.903.

Pero lo que en verdad motivó el fallo del Tribunal Supremo —a mi juicio acertadísimo— fue la observación (desde luego no descrita con estas palabras en la sentencia) de que don Juan R. P., aunque era formalmente un contratista, desarrollaba sus trabajos bajo la dependencia de «Semíramis, S. A.», lo que le convertía de hecho en un simple destajista. Se declara en la resolución que esta última empresa había acudido al expediente de dividir la obra en varios «ejes o sectores», cada uno de los cuales se adjudicaba a un llamado contratista, que en realidad era un trabajador más de la empresa dueña de la obra, de la que incluso cobraba un jornal y recibía instrucciones.

En la sentencia se cita también, aunque de soslayo, una circunstancia relacionada con las anteriores pero de significado jurídico diferente, que habría bastado por sí sola para fundamentar la conclusión del Tribunal Supremo. Me refiero al hecho de que, según dice la resolución, la intervención del señor R. P. en la obra «era para evitar tener que formar comisión de seguridad mediante el expediente de dividir el número de obreros (superior a cincuenta) entre varios destajistas». En una palabra, se intuye que lo que el Tribunal Supremo entiende es que la aparente existencia de un «contratista» (el señor R. P.) era un mero montaje artificial y falso, con el que se pretendía encubrir la realidad de que todos los obreros empleados en la obra dependían de «Semíramis, S. A.», realidad que por motivos laborales convenía a esta última sociedad tener oculta. Una situación, en suma, en que la doctrina de la simulación habría permitido al juzgador, sin necesidad de más razones, acordar la responsabilidad de «Semíramis, Sociedad Anónima», a tenor del artículo 1.902 del Código Civil.

Por todo ello concluía entonces que el Tribunal Supremo llegó a una correcta interpretación del caso, pero sin deformar el alcance del artículo 1.903 del Código Civil y por el camino de unos razonamientos que, siendo perfectamente admisibles, no permiten convertir en categoría o principio la idea de que el comitente responde de los daños producidos por el contratista.

3. En apoyo de esta idea aduje las Sentencias (entonces recientes) de 18 de junio y 5 de julio de 1979, cuyo comentario constituía la justificación de mi trabajo de 1980 en *Estudios de Deusto*, al que vengo refiriéndome.

En la primera de las resoluciones citadas la *species facti* era ésta: cuando se descargaban en el puerto de Barcelona dos máquinas carretillas elevadoras propiedad de «Finanzauto, S. A.», éstas sufrieron daños por defecto de los cables empleados en el amarre y descarga por impericia de los obreros empleados en tal menester por «Estibadores Reunidos, S. A.».

«Finanzauto, S. A.», formuló demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra «Sociedad Anónima Española de Empresas Marítimas» (SAEMAR, S. A.) —empresa consignataria—, contra «Estibadores de Barcelona Reunidos, S. A.», y contra «El Fénix Latino, S. A.», sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la demanda, condenó a las compañías demandadas «Saemar, S. A. Española de Empresas Marítimas», «Estibadores de Barcelona Reunidos, S. A.», y «El Fenix Latino, S. A.», solidariamente entre sí a las dos primeras demandadas y entre sí a la segunda y tercera, esta última hasta el límite de su garantía, al pago de la suma reclamada de 1.401.632 pesetas, sin especial condena en costas.

Apelada la sentencia por las entidades demandadas, la Audiencia la revocó en parte y estimó la demanda tan sólo en el sentido de que procedía condenar al pago de la cantidad reclamada, solidariamente entre sí, a las demandadas «Estibadores de Barcelona Reunidos, S. A.», y «El Fénix Latino, S. A.», esta última hasta el límite de sus garantías, como entidad aseguradora de la primera, absolviendo de la demanda a «Saemar, S. A. Española de Empresas Marítimas», manteniendo el resto de los pronunciamientos sin expresa condena en costas.

La representación de «Finanzauto, S. A.», y de «Estibadores Reunidos, Sociedad Anónima», interpusieron sendos recursos de casación por infracción de ley. Evidentemente, la finalidad del recurso era extender los efectos de la responsabilidad extracontractual a la empresa «Saemar, S. A.», consignataria representante de la naviera y porteadora, y la cual había contratado con «Estibadores Reunidos, S. A.», la descarga de los bultos desde el barco al puerto.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, siendo de destacar uno de los considerandos de su sentencia, que transcribo a seguido:

«Que ante la absolución acordada por la Sala de instancia respecto a la consignataria dicha, 'Saemar', al interponer por 'Finanzauto', actora y hoy recurrente, así como por 'Ersa' ('Estibadores Reunidos, S. A.'), demandada y asimismo recurrente, sendos recursos por infracción de ley y doctrina legal, en los que en el formulado por la primera se acusa interpretación errónea de los artículos 1.956, 1.902 y 1.903 del Código Civil en el motivo primero y violación de los mismos preceptos en el motivo segundo, los cuales, examinados conjuntamente por su íntima trabazón e interdependencia, no merecen ser estimados, porque si se examinan sus argumentos, bien a las claras resulta de ellos que sobre la base de admitirse que la acción ejercitada por 'Finanzauto, S. A.', es la aquiliana o extracontractual, lo que se acusa como infracciones cometidas es no haberse aplicado —deducida esta aplicación de su interpretación y alcance— los artículos 1.902 y 1.903, en relación con el 1.956 del Código Civil, a la consignataria 'Saemar', que contrató la descarga con 'Ersa'; infracciones que evidentemente no existen, ya que así como la Sala de instancia aplica correctamente el contenido y efectos del artículo 1.903 del Código Civil, que regula la responsabilidad de los dueños de una empresa por los perjuicios causados por sus dependientes en el círculo de sus propios servicios o con ocasión de éstos, en cuyo sentido condena a 'Ersa' por el daño a las máquinas que sus empleados causaron al descargarlas, también deja correctamente de aplicar dicha

norma a la empresa 'Saemar', porque ligada ésta con un contrato de empresa a empresa con 'Ersa', van a constituir una relación jurídica contractual no integrada por relaciones de subordinación ni dependencia entre ellas, que es la esencia y fundamento del artículo 1.903 del Código Civil, puesto que por lo general no puede decirse que quien encarga cierta obra o trabajo a una empresa, autónoma en su organización y medios y con asunción de sus propios riesgos, deba responder in vigilando o in eligendo de los daños causados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos, extremo que ni siquiera se alegó como posible fundamento de responsabilidad».

Entiendo que estas palabras no requieren especial comentario, pero acaso sea oportuno recalcar:

a) Que queda perfectamente perfilada la figura del contrato de obra al subrayarse la autonomía del contratista en su organización y medios y en la asunción de sus propios riesgos.

b) Que el contrato de obra no engendra relación de subordinación ni dependencia.

c) Que estas subordinación y dependencia son la esencia y fundamento del artículo 1.903 del Código Civil.

d) Que, como sostuve casi con las mismas palabras en los trabajos antes citados, el Tribunal Supremo se pronuncia por la inaplicabilidad del citado artículo a la relación comitente-contratista.

e) Que, como también expresé en su día, se excluye el supuesto en que el comitente se hubiese reservado la vigilancia o participación en los trabajos del contratista. Vigilancia o participación que estimo deben contar al menos con una pequeña dosis de decisión o dirección de aquél en la actividad de éste.

La segunda de las sentencias que citaba (la de 5 de julio de 1979) no era de menor interés.

En aquel caso se trataba de la reclamación interpuesta por «Norwich Union Fire Insurance, S. L.», contra tres personas físicas, contra «Melca, Sociedad Limitada», y contra «Puba, S. A.». Se acreditó que los tres primeros demandados, trabajando por cuenta y orden de «Melca, S. L.», a su vez subarrendataria de «Puba, S. A.», en la modificación de velocidades de elevación de tres grúas-puentes en el puerto de Barcelona utilizaban soldaduras eléctricas de las que se desprendían abundantes chispas, sin que se hubiese adoptado ninguna medida de seguridad a pesar de estar operando sobre unas mercancías de copra, caucho y látex, lo que motivó que se incendiaran tales materiales, con daños que al efecto se acreditaron.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda sin imposición de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó esencialmente, rectificándola tan sólo en el sentido de puntualizar la suma a que quedaban condenados solidariamente los demandados.

La representación de «Puba, S. A.», interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, y dejando sin efecto la resolución de la Audiencia, dictó segunda sentencia que difiere de la recurrida en que desestima la demanda en cuanto ha sido formulada contra «Puba, S. A.», a la cual se absuelve de la misma.

Dice el Tribunal Supremo, entre otros extremos:

«...y siendo así que la sentencia recurrida no contiene declaración alguna de la que pudiera inferirse que los tres operarios agentes causantes del daño estuvieran de algún modo sometidos a la autoridad o dependencia de la sociedad demandada y hoy recurrente 'Puba, S. A.', y antes, por el contrario, sienta la afirmación terminante de que el incendio de autos se produjo cuando dichos operarios estaban trabajando por cuenta y orden de la entidad también demandada y hoy recurrida 'Melca, S. A.', que actuaba a su vez como subcontratista de 'Puba, S. A.', y es precisamente en razón de aquella dependencia laboral por la que considera responsable a la primera de estas dos últimas sociedades, es visto que no es legalmente posible extender tal responsabilidad a 'Puba, S. A.', porque conforme al texto claro del artículo 1.903, párrafos 1.º y 4.º, del Código Civil, la responsabilidad por hechos ajenos únicamente es exigible a los dueños o directores de un establecimiento o empresa cuando el daño o perjuicio ha sido causado por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados o con ocasión de sus funciones...».

Más arriba la Sala Primera había razonado que la responsabilidad dimanante del párrafo cuarto del artículo 1.903 obedece a la presunción *iuris tantum* de culpa *in eligendo* o *in vigilando* por parte del que tiene *bajo su autoridad o dependencia al autor material del daño*.

Se observará que el Tribunal Supremo es terminante sobre la inaplicabilidad del artículo 1.903 al supuesto del contrato de obra y también, aunque de forma indirecta, que la Sala se inclina a una interpretación literal y restrictiva del citado precepto, interpretación que en este caso estimo muy atinada.

En la misma línea citaba otra sentencia, ésta de Audiencia Territorial. Se trataba de la de Burgos de 16 de febrero de 1977, que dio lugar a la del Supremo de 22 de marzo de 1979, pero sin que en casación se discutiese el concreto extremo a que alude este trabajo.

Se referían aquellos autos a la demanda formulada por el padre de un joven, empleado de una empresa de limpieza, que había fallecido al caer cuando limpiaba la lucera del tejado de la fábrica «Nueva Montaña Quijano, S. A.». La sentencia del Juzgado de Torrelavega había condenado a la empresa de limpieza, al encargado de la misma que dirigía las operaciones del muchacho fallecido y a «Nueva Montaña Quijano, S. A.». Sin embargo, la Audiencia absolvió a esta última empresa «porque en forma alguna, ni por acción ni por omisión, pueden estimarse culpables de falta alguna con relación a los hechos de autos, ya que al tener contratada con otra empresa la limpieza del local no tenía participación alguna en la forma de organizarse los trabajos ni en la vigilancia sobre la ejecución de los mismos, actuando la empresa 'Crisol' —la contratista— con total independencia de la citada 'Nueva Montaña Quijano, S. A.'».

Repárese en que, como parece lógico, también esta última resolución pone el acento en el dato constituido por la independencia funcional del contratista respecto al comitente, motivo determinante de que este último no responda de los daños ocasionados por aquél o sus empleados.

4. Después de haber redactado el artículo a que vengo refiriéndome, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia de 24 de noviembre de 1980, que significaba la adopción de una línea distinta en el problema que nos ocupa.

De ahí que la traiga ahora a colación precisamente para establecer el adecuado contraste con la más reciente de 31 de octubre de 1984, motivo inmediato del presente comentario.

En la de 24 de noviembre se trataba del siguiente asunto: el propietario de una casa contrató a diversos profesionales para que procediesen a su demolición y a la construcción de una nueva. A consecuencia de esta obra, en la casa colindante se produjeron grandes desperfectos. Los propietarios de ésta ejercitaron acción basada en la culpa extracontractual, con apoyo en los artículos 1.901 y 1.903 del Código Civil y exclusivamente contra el propietario de la casa que se hallaba en demolición. El Juzgado estimó la demanda, condenando al demandado a indemnizar los daños. La Audiencia confirmó este fallo.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Jaime Santos Briz, declaró no haber lugar al recurso.

De entre los *considerandos* de la sentencia reproduzco el que más interesa a nuestros efectos:

Considerando que en el motivo primero del recurso, con el mismo amparo procesal que el tercero examinado, se acusa la infracción por interpretación errónea de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, describiendo el recurrente en su desarrollo la culpa *in eligendo* e *in vigilando* en que el mismo incurrió al contratar, según alega, técnicos o empresas que fueron los causantes de los daños reclamados, y olvidando que el artículo 1.903 citado contiene un párrafo primero, donde, de una forma general, declara la responsabilidad no por los actos propios, a que se refiere el artículo 1.902, sino por lo de «aquellas personas de quienes se debe responder»; refiriéndose los cinco primeros párrafos siguientes a casos particulares de responsabilidad por hechos ajenos y sin impedir que el principio general contenido en el párrafo primero se incluyan supuestos como el recogido por la sentencia recurrida, relativo a la responsabilidad del recurrente por los actos de las empresas o técnicos a quienes encargó la realización material de la obra, respecto de los cuales no se probó, ni intentó probar en la instancia, haber empleado toda la diligencia que para prevenir el daño le exige quedar exento de responsabilidad el párrafo último del tan citado artículo 1.903; que es, como ya queda indicado, una responsabilidad directa consecuencia de no haber empleado la debida cautela en la elección de quienes trabajaron por su cuenta; todo ello consecuencia con la moderna tendencia doctrinal y jurisprudencial (Sentencias, entre otras, de 30 de abril de 1971 y 17 de mayo de 1977), que se encamina a imponer a quienes deben responder de los actos de otro más que presunciones de culpa, nunca desvirtuadas, declaraciones de responsabilidad, sí no plenamente objetiva, sí, al menos, atenuadas, en atención sobre todo de deberes de conciencia social y de prevenir los riesgos que determinadas actividades traen consigo para otras personas y bienes jurídicamente protegidos.

La sentencia que acabo de citar fue comentada en el *Anuario de Derecho civil* (vol. XXXIV, 3, 1981, págs. 914-916) por Antonio Cabanillas Sánchez, que puso de relieve cómo su doctrina sobre la interpretación del artículo 1.903 difiere de la sostenida por los autores españoles (citándose al efecto, con suma e innecesaria deferencia, mi libro *Lecciones sobre res-*

ponsabilidad civil en el pasaje correspondiente), excepción hecha de Santos Briz, ponente, como queda dicho, de la resolución a que me refiero.

El comentarista del *Anuario* dedica al problema unas palabras que merecen ser transcritas.

Al entender, de acuerdo con los argumentos expuestos, que el artículo 1.903 establece una enumeración taxativa de los supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, no podemos aplicarlo para solucionar el problema, porque el caso planteado no encaja en ninguno de los supuestos mencionados en el citado precepto. Tampoco podemos aplicar el artículo 1.907, porque el caso planteado no es contemplado por el mismo. Pensamos, por tanto, que el propietario sólo responderá frente a los terceros perjudicados por los daños derivados de la obra de demolición encargada al contratista si se cumplen las condiciones del artículo 1.902. Esta solución se infiere de numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 22 de junio de 1974, 13 de marzo de 1976 y de 26 de diciembre de 1978), que, en aplicación del artículo 1.902 condenan al propietario a indemnizar a los propietarios de los edificios colindantes y, en general, a los terceros por los daños que éstos sufren a consecuencia de las obras de demolición o excavación de terrenos. Esta solución es correcta. Si los daños que sufren los edificios colindantes no sólo se deben a la conducta negligente del arquitecto o del contratista que han realizado las obras de demolición o excavación, sino también a la propia negligencia del propietario comitente, éste responde igualmente frente a los terceros perjudicados. De igual manera, si el propietario comitente no incurre en responsabilidad ex artículo 1.902, los terceros perjudicados sólo tienen acción contra el arquitecto o contratista que ha actuado negligentemente, en virtud de los artículos 1.902 y 1.909. En este sentido, el texto del artículo 1.909 es sumamente significativo: «Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufre sólo podrá repetir contra el arquitecto o, en su caso, el constructor, dentro del tiempo legal». Su sentido, que se infiere claramente de su texto, es señalado con notable claridad por GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, IV, pág. 257) al comentar el artículo 1.903 del Proyecto de 1851: «Nuestro artículo es en su segundo párrafo más justo y humano que el francés y demás extranjeros. ¿Por qué se ha de añadir más aflicción al afligido? ¿No basta que el propietario inculpable pierda su casa por la impericia del arquitecto? ¿No responde éste de la solidez de la obra durante diez años, según el artículo 1.532? Acuda el vecino dañado contra el solo culpable; si resultare insolvente, no perderá en ello menos el otro propietario: siempre he buscado, y siempre en vano, una razón, o socolor de ella, para excusar la dureza e inconsecuencia de los artículos franceses 1.972 y 1.836».

En efecto, de la sentencia que nos ocupa no se desprende que hubiera habido culpa alguna del dueño de la obra en la ejecución defectuosa de los trabajos que llevaron a los desperfectos de la casa colindante, sin que nos convenza la alusión al último párrafo del artículo 1.903, precisamente porque creemos que la falta de dependencia funcional que en la figura típica de contrato de obra existe entre comitente y contratista excluye la invocación de tal precepto.

Quiero creer que la *ratio decidendi* del fallo de esta sentencia fue, más que la doctrina que acabo de reproducir (que personalmente no me convence), otro dato que se recoge en el primer *considerando*, cual es el he-

cho de que mediante dos documentos privados el dueño de la obra se había obligado frente a los demandantes a hacer o sufragar las obras oportunas de reparación que con motivo de los trabajos en su casa se produjesen en la colindante. Es posible que este dato jugara en la mente de la Sala en el sentido de entender que había en dichos documentos un reconocimiento implícito de culpabilidad por parte del dueño de la obra, que por otro lado se identifica en el encabezamiento de la sentencia como de profesión «constructor de obras». Porque, desde luego, no hay que descartar que en un concreto contrato de obra el contratista actuó bajo dependencia e instrucciones del comitente, en cuyo caso sí responderá éste de los daños causados por aquél en ejecución de esas directrices. Pero lo que procede señalar es que esa circunstancia no se manifiesta como probada en la sentencia que ahora comento, por lo que mi sugerencia es más una intuición que un dato utilizable.

5. Recientemente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre el problema con una resolución que estimo irreprochable.

Se trata de la Sentencia de 31 de octubre de 1984, cuyos hechos eran éstos:

La Compañía Telefónica Nacional de España entabló demanda contra don S. S. A., declarado rebelde en autos, «E., S. A.», «E. y F., S. A.», y la Jefatura Provincial de Carreteras de Guadalajara en reclamación de 694.884 pesetas e intereses de esta suma, desde la representación de la demanda, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados en el cable coaxial Madrid-Barcelona, en el término municipal de Guadalajara, así como de los perjuicios inferidos (sic) en su patrimonio.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimando parcialmente la demanda condenó solidariamente a «E. y F., S. A.», «E., Sociedad Anónima», y a la Jefatura Provincial a abonar a la actora la suma de 680.245 pesetas, correspondiendo 504.521 pesetas a los daños producidos en el cable y 176.124 pesetas por lucro cesante, no habiendo lugar al pago de los intereses.

Apelada la sentencia por «E., S. A.», y la Jefatura Provincial de Carreteras, la Audiencia dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por ambos apelantes y confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado.

«E., S. A.», y la Jefatura Provincial interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de «E., Sociedad Anónima», y haber lugar al de la Jefatura Provincial.

En su segunda sentencia el Supremo revocó y confirmó en parte la del Juzgado de Primera Instancia condenando a «E., S. A.», y «E. y F., S. A.», a abonar a la actora la suma de 680.245 pesetas, sin pago de intereses, y absolviendo de la demanda a don S. S. A. y a la Jefatura Provincial de Carreteras.

En el *considerando* que interesa de esta sentencia, cuyo ponente fue don Antonio Rodríguez, se dice:

Considerando que, por el contrario, procede acoger los motivos segundo, tercero y cuarto, fundamentadores, con amparo los tres en el número primero del artículo 1.692 de la invocada Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente, en violación del artículo 1.137 del Código Civil y del artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado

de 25 de noviembre de 1975, interpretación errónea del artículo 1.903 del Código Civil y aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.903 del mismo Cuerpo legal sustantivo, porque al establecerse en la sentencia recurrida la responsabilidad de la Jefatura Provincial de Carreteras de Guadalajara por la que dicho Abogado actúa, con base en ser el Estado dueño de la obra realizada y haber participado directamente en la elaboración del proyecto y el replanteo del mismo, en conjunción con la empresa «Asfaltos y Construcciones Elsan, S. A.», no es suficiente para generar en su contra responsabilidad solidaria con dicha entidad que con el ente público con aquella empresa contratista, porque, bajo un aspecto, la mera intervención de un ente correspondiente al Estado, como es la Jefatura Provincial de Carreteras de Guadalajara, en una contrata de obra con una entidad particular, no es suficiente por sí solo para responsabilizar al ente público otorgante de la contrata por consecuencia de la ejecución de las obras contratadas, ya que la atribución de dominio que corresponda al Estado de la obra realizada no supone que tenga que hacerse también responsable de las consecuencias dañosas a terceros resultantes del obrar culposo o negligente del contratista, lo que tampoco cabe deducir de participar directamente en la elaboración del proyecto y del replanteo del mismo, puesto que esto lo único que significa es participar en establecer las características de la obra a realizar, pero no en el desarrollo, conforme a lo proyectado y replanteado, de la ejecución material de dicha obra, ya que esto es de la exclusiva incumbencia del mencionado contratista, como lo está claramente poniendo de manifiesto el artículo 134 del Reglamento General de la Contratación Administrativa al prevenir que serán de cuenta del contratista el indemnizar todos los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requieren la ejecución de las obras, y mayormente en cuanto que establecido en el acta de comprobación del replanteo de las obras en cuestión, de fecha 7 de julio de 1975, a que se alude en el octavo de los considerandos de la sentencia recurrida que resultaba todo conforme con el proyecto que sirvió de base a la subasta de tales obras, con el asentimiento al inicio de los mismos, reconocido por la entidad recurrente «Asfaltos y Construcciones Elsan, Sociedad Anónima», que en proyecto en que se consignaban las obras a realizar estaba previsto que la profundidad de la excavación a ejecutar habría de serlo a sesenta y cinco centímetros como máximo (párrafo quinto del hecho tercero del escrito de contestación a la demanda formulada por la mencionada entidad recurrente), y relacionado todo ello que el expresado cable coaxial se encontrase situado a una profundidad superior a la que se dice establecida en el precitado proyecto afectado por el meritado replanteo a un metro aproximadamente según indicó el vigilante o celador de la «Compañía Telefónica Nacional de España» y exactamente a unos ochenta centímetros en constatación efectuada ante la fe notarial, en acta de requerimiento practicada, con el número 1.166, de fecha 30 de junio de 1975, del protocolo del Notario de Guadalajara don RAMÓN AROCA GARCÍA (documento obrante a los folios tres a cinco de los autos), evidencia que se hacía innecesario consignar en el referido replanteo la situación del cable coaxial tantas veces mencionado por parte de la Administración, puesto que, aparte de revelarse su constancia al contratista por la existencia de pozo registro cubierto con tapa metálica con el nombre de la expresada Compañía Telefónica, de guardarse acomodo en la excavación requerida por la realización de la obra en cuestión, sin exceder de la profundidad de sesenta y cinco centímetros proyectada, no resultaría alcanzado al repetido cable coaxial enclavado a profundidad superior y, por tanto, no

afectado por el proyecto de obra en cuestión; y bajo otro aspecto, debido a que los defectos de la contrata concertada entre la Jefatura Provincial de Carreteras de Guadalajara y la empresa «Asfaltos y Construcciones Elsan, S. A.», lo que determina con relación a aquélla, y en consecuencia al Estado, es simplemente la que emane de este vínculo contractual, en su proyección estricta a sus términos y alcance, pero no a la actividad culposa o negligente que provenga de la realización material de la obra por dicha entidad contratista o de la entidad «Explicaciones y Firmes, S. A.», con la que aquélla subcontrató, puesto que a ese actuar material es ajena la Jefatura Provincial de Carreteras de Guadalajara, y en consecuencia el Estado, privando con relación a estos entes públicos la proyección del alcance y efectos de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, al faltar el nexo de causalidad preciso entre el actuar y el resultado, esencial para la aplicación de ambos preceptos, y concretamente el aspecto de responsabilidad que por otros sanciona el citado artículo 1.903; y mucho más en cuanto que esa falta de nexo causal, en orden a la Junta Provincial de Carreteras de Guadalajara se corrobora y confirma por el hecho, reconocido en la sentencia y no desvirtuado, de que el vigilante o celador de la «Compañía Telefónica Nacional de España» en la zona en que las obras de excavación se estaban realizando advirtió a los ejecutores materiales de la existencia en dicha zona del cable coaxial a que se viene haciendo referencia, y de la precisión de actuar con cuidado y a mano, no con máquina, que dificultaba el guardar un exacto campo de maniobra en la excavación guardando en aquella zona de emplazamiento del indicado cable la profundidad de sesenta y cinco centímetros fijada en el correspondiente proyecto, evitando alcanzarlo y en consecuencia dañarlo, lo que al no ser atendido determinó su rotura, que, por tanto, sólo cabe atribuir a los que materialmente realizaron dichas obras y a las entidades contratistas por las que en esa ejecución material actuaban, y que al rebasar de los módulos de profundidad proyectados no pueden alcanzar su secuencia responsabilizadora a la Jefatura Provincial de Carreteras de Guadalajara, y en su virtud al Estado, dado que, una vez más se ha dicho, son ajenos al comportamiento culposos en la ejecución material por los contratistas y sus empleados solamente a ellos atribuible.

Como decía antes, estimo que el razonamiento es perfecto. Los pasajes subrayados por mí ponen de relieve la importancia que la Sala asigna, con razón, al hecho de que la obra se realizara con absoluta independencia técnica respecto de la entidad comitente, la Jefatura Provincial de Carreteras de Guadalajara.

Me ha parecido que, dada una cierta vacilación jurisprudencial observada en la materia, procedía destacar esta reciente sentencia del Tribunal Supremo.

RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ

Profesor de Derecho civil de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Deusto

