

“El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento”(*)

Por FRANCISCO JORDANO FRAGA

Profesor titular de Derecho civil
(Universidad de Sevilla)

SUMARIO: a) *Responsabilidad contractual y carga de la prueba.* 1) Las reglas generales de responsabilidad del Cc. y la regla general de la carga de la prueba. 2) La carga de la prueba del acreedor. 3) La carga de la prueba del deudor. 4) Obligaciones de medios y deberes de protección. 5) Implicaciones y fundamento de la distribución de la carga de la prueba asumida. 6) Responsabilidad contractual y extracontractual bajo el perfil de la carga de la prueba. 7) Crítica de la doctrina tradicional desde la perspectiva de la carga de la prueba. 8) El alcance efectivo de las conclusiones establecidas.—b) *Responsabilidad contractual y extracontractual: paralelismo de evolución desde el punto de vista del riesgo.*—c) *Valoración global de los medios de tutela del crédito y de los límites del esfuerzo deudor.*

A) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y CARGA DE LA PRUEBA

1) *Las reglas generales de responsabilidad del C. c. y la regla general de la carga de la prueba*

Como ya advertíamos al inicio de esta investigación, el ámbito de la carga de la prueba se ofrece como el más idóneo para determinar el efectivo alcance de las conclusiones establecidas, y para desentrañar los equívocos que arrastra la secular discusión doctrinal sobre el tema

(*) El presente estudio continúa y ahonda en el análisis de las reglas de la responsabilidad contractual tal y como se explicaron en «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Cc. español (A.D.C., 1985, pp. 275 y ss.)». Por ello se parte aquí de los resultados allí previamente alcanzados.

Las citas bibliográficas no desarrolladas se refieren al material allí manejado, mientras que los elementos bibliográficos nuevos aparecen con la referencia completa.

de la responsabilidad contractual. Es en el campo de la carga de la prueba donde, a través de la distribución del riesgo de la incerteza probatoria que ésta implica, se comprende el papel del límite y del fundamento de la responsabilidad, en la medida que la necesidad o certeza de su prueba aparecen funcionalizadas a las exigencias concretas de las partes. De este modo, a través de aquello que se ha de probar para la afirmación de la responsabilidad (interés del acreedor) o para la exoneración (interés del deudor), las normas de la responsabilidad-exoneración deben de resultar confirmadas sin más modificación que las derivantes de su instrumentalización probatoria.

Las reglas de la carga de la prueba operan, como se ha dicho, una distribución del riesgo de la incerteza o de la falta de la prueba entre las partes y en este sentido son normas procesales, en cuanto que desarrollan su eficacia en el proceso, en un litigio establecido —tratándose de responsabilidad contractual— entre acreedor y deudor (1). Su carácter procesal deriva de que la incerteza o la falta de prueba, en combinación con la norma que descarga este riesgo sobre una de las partes, ofrece al juez un criterio de decisión del litigio en forma de permitirle emitir en todo caso un pronunciamiento sobre el mérito evitando un *non liquet* (2). De modo que la carga de la prueba se conecta bajo este perfil no sólo con el principio dispositivo sino con el de la certeza del Derecho.

De hecho, la perspectiva ligada a la certeza del Derecho (distribución del riesgo de la incerteza o falta de la prueba) prevalece sobre aquélla conectada al principio dispositivo (aquél que alega un hecho como fundamento de su pretensión positiva —demanda— o negativa —excepción—, ha de probarlo). Y ello es así porque si bien la parte sobre la que pesa el riesgo de la incerteza o falta de la prueba, tiene interés en darla, de tal modo que no estando obligada a ello es interés suyo hacerlo para alcanzar su pretensión (3), ello no significa, como ha puesto de manifiesto Sacco (4), que de las normas de la carga de la prueba derive la necesidad de que la prueba la dé en todo caso el onerado. Sobre éste pesa la incerteza o la falta de la prueba, pero este riesgo deja de pesar sobre él desde el momento en que dicha prueba se dé y aparezca en modo cierto, no sólo por su actividad probatoria, sino también por la actividad (incauta) de la contraparte o

(1) Aunque esto no significa que su eficacia se desarrolle exclusivamente en el proceso. Las partes no lo afrontarán si no pueden asumir la carga de la prueba que respectivamente se les impone.

Para otras aplicaciones extrajudiciales de la carga de la prueba vid. SACCO, «Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova», en Riv. dir. civ., 1957, I, págs. 399 y ss., y allí pág. 421.

(2) Vid. MICHELI, «L'onere della prova (ristampa)», Padua, 1966, pág. 496, y GÓMEZ ORBANEJA, «Derecho Procesal civil», I, Madrid, 1976 (8.ª ed.), pág. 306, donde se cita la sentencia del T. S. de 19 de febrero de 1945 (R. A. n. 140) que —correctamente— dice: «la doctrina del *onus probandi*, no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba».

(3) Conforme a la definición tradicional de la carga (*onus*). Cfr. SANTORO-PASSARELLI, «Dottrine generali del Diritto civile», Napoli, 1980, pág. 74.

(4) Op. últ. cit., págs. 399 y ss., espec. pág. 402.

por la actividad de iniciativa admitida al juez en esta materia (art. 340 L.E.C.). Sobre el onerado pesa el riesgo de la ausencia o deficiencia de la prueba en general y no sólo —aunque sí fundamentalmente— de su propia actividad probatoria.

De este modo las normas de la carga de la prueba aparecen como criterios de decisión contra la parte a quien incumbe una determinada prueba, que la ley pone en manos del juez para el caso de que dicha prueba no resulte del proceso o sea incierta; o más exactamente, son criterios de decisión contra la parte a quien la ley adosa el riesgo de la ausencia o incerteza de una prueba, parte que tiene el interés y (normalmente) la posibilidad de suministrarla con su propia actividad probatoria.

A la hora de determinar estos criterios de decisión y de distribución del riesgo de la ausencia o incerteza de la prueba, es tradicional la referencia a la distinción establecida entre hechos constitutivos y hechos impositivos o extintivos. La parte que hace valer una pretensión, ha de probar los hechos (constitutivos) que le sirven de fundamento; la contraparte que se opone ha de probar los hechos impositivos o extintivos (constitutivos de su pretensión opositora) que hacen ineficaz la pretensión actora. Tal es la regla que se desprende del artículo 1.214 C. c., criterio general de la carga de la prueba (5).

Es decir, que la virtualidad misma del criterio de decisión judicial que las normas de la carga de la prueba suponen, se determina con referencia a una distinción de hechos que escapa al Derecho procesal y, en cambio, pertenece al ámbito del Derecho sustantivo. De forma que la norma general de la carga de la prueba no es por sí sola idónea para resolver en cada caso el problema de si un determinado hecho, integrado en el supuesto fáctico de una norma como presupuesto de un cierto efecto jurídico (objeto de la pretensión de la parte que lo alega), deba ser probado y por quién (6).

Así se ha podido decir exactamente por Micheli (7) que la norma general de la carga de la prueba contiene una norma procesal en cuanto ofrece al juez un criterio para decidir en el caso dudoso, repartiendo las consecuencias de la ausencia o defectuosidad de la prueba, pero tal repartición adquiere contenido concreto en cuanto se refiera a la relación jurídica que se hace valer en juicio. De forma que se produce la recepción por parte de la norma procesal de la calificación atribuida por el Derecho sustantivo a los elementos constitutivos de cada supuesto de hecho, adquiriendo por ello la norma procesal alcance sustantivo. Pues si bien el criterio de decisión que conlleva la distri-

(5) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.* en comentario al artículo 1.183, páginas 276-7; SOTO NIETO, *op. cit.*, págs. 127-8; GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, páginas 306-7.

En la jurisprudencia, entre otras muchas, vid. sentencias T. S. de 19 de enero de 1948 (R.A. 17), 23 de diciembre de 1954 (R.A. 3168), 10 de junio de 1959 (R.A. 2498), 20 de febrero de 1950 (R.A. 922) y 22 de febrero de 1963 (R.A. 827).

(6) Vid. SACCO, *ibidem*, pág. 420.

(7) Vid. MICHELI, *op. últ. cit.*, págs. 494 y ss., espec. págs. 498-9.

bución del riesgo probatorio se deduce de la norma procesal, este criterio no puede prescindir del Derecho sustantivo que determina el contenido de cada pretensión con arreglo a la naturaleza de la relación o norma invocada.

De forma que el contenido mismo de la norma procesal se determina en cada caso con arreglo a la relación jurídica controvertida y la pretensión hecha valer en juicio. Con lo que, en definitiva, es el Derecho sustantivo el que determina los hechos que han de ser probados en cada supuesto normativo.

Por lo que se refiere a la responsabilidad contractual sus normas generales, como es sabido, son las contenidas en los artículos 1.101, 1.105-1.182, 1.184 C. c. De dichas normas, como también sabemos ya, se desprende que el deudor responde del incumplimiento y que el límite de su responsabilidad viene dado por la imposibilidad sobrevinida de la prestación por causa a él no imputable.

Prescindiendo de los citados artículos, y asumido el incumplimiento como único fundamento de la responsabilidad contractual, de un entendimiento abstracto de las normas sobre la carga de la prueba derivaría que el acreedor que pretendiese el resarcimiento derivado del incumplimiento de una obligación, habría de probar, además de la cuantía del daño sufrido, el incumplimiento del deudor. Pero así como el incumplimiento se determina a partir del límite de la imposibilidad liberatoria (caso fortuito en sentido amplio, con sus dos elementos), de forma que concurriendo ésta no hay incumplimiento sino extinción de la obligación, el acreedor que hubiese de probar el incumplimiento no sólo tendría que probar la infracción de la obligación, sino que ésta no responde a imposibilidad liberatoria: es decir, tendría que probar o la posibilidad de la prestación o que su sobrevinida imposibilidad es imputable al deudor (8).

Frente a este entendimiento abstracto de las normas de la carga de la prueba, las normas generales del C. c. antes citadas establecen respecto del supuesto específico de la responsabilidad contractual un concreto entendimiento de lo que para el acreedor es el hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria (el hecho que debe por él ser probado, o mejor, del que asume el riesgo de la incerteza o falta de su prueba), y para el deudor es el hecho extintivo de la pretensión actora (constitutivo de su pretensión liberatoria y respecto del que asume el relativo riesgo probatorio).

Según el artículo 1.101 C. c. el hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor y respecto del que éste asume el riesgo de la incerteza o falta de su prueba es el incumplimiento.

Frente a dicha pretensión el deudor no cumplidor que pretenda eludirarla, ha de probar (y asume el correspondiente riesgo probatorio)

(8) En sentido análogo, sobre las consecuencias a que llevaría un entendimiento abstracto de la carga de la prueba del acreedor, aunque sobre la base de un entendimiento diverso de las reglas de responsabilidad, cfr. TRIMARCHI «Istituzioni...» cit., págs. 349-350 y ROPPO, «Il contratto» cit., página 260.

un hecho impeditivo complejo: la imposibilidad sobrevinida de la prestación derivante de causa a él no imputable (arts. 1.105-1.182, 1.184 Código civil).

Desde el momento en que sobre el deudor pesa la carga de la prueba de la imposibilidad liberatoria (art. 1.183 C. c. y 1.105-1.182 en relación con el art. 1.101), la prueba del incumplimiento a dar por el acreedor no se entiende en aquel sentido riguroso que se desprendería de una contemplación abstracta de la norma general de la carga de la prueba, sino en un sentido diverso. Al acreedor incumbe dar la prueba de la infracción de la obligación por el deudor (materialidad del incumplimiento, prueba inicial del incumplimiento), en tanto que al deudor incumbe la prueba liberatoria. Si el deudor no cumplidor consigue dar esta prueba, excluye la responsabilidad porque demuestra la extinción de la obligación y con ella la inexistencia de incumplimiento. Si por el contrario no alcanza a darla, la prueba inicial del incumplimiento (de la falta de total o de exacto cumplimiento) que incumbe al acreedor y que es presupuesto de toda cuestión de responsabilidad, se hace definitiva y la responsabilidad del deudor no cumplidor se afirma.

De modo que, permaneciendo firmemente asentado que el límite de la responsabilidad contractual es la imposibilidad liberatoria con sus dos elementos (arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c.) y que el incumplimiento (en sentido propio, definitivo, «imputable») se determina a partir de este límite, las reglas de la carga de la prueba que resultan de integrar la norma general que se desprende del art. 1.214 C. c. con las normas sustantivas de la responsabilidad contractual, hacen que la prueba de su concurrencia sea una carga para el deudor. De forma que si en el proceso no se establece la concurrencia de la imposibilidad liberatoria, el juez decide contra el deudor afirmando la responsabilidad, pues la ausencia o la incerteza de la prueba de la imposibilidad liberatoria (y para ello dado su carácter complejo, basta la de uno de sus elementos) es un riesgo para el deudor y el juez debe decidir sobre la base de que existe una infracción de la obligación (prueba del acreedor) no justificada (ausencia de prueba liberatoria del deudor), infracción de una obligación subsistente (incumplimiento) que es presupuesto de responsabilidad.

No es que el incumplimiento, fundamento de la responsabilidad, no se determine conforme o su límite, sino que esa determinación viene puesta a cargo del deudor por las reglas de la carga de la prueba. Es el deudor quien ha de probar que la infracción de la obligación (falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento) se ha producido más allá del límite de su responsabilidad, es decir, una vez extinguida la obligación, y que, como tal, no es incumplimiento.

Para designar este fenómeno se ha hablado de «inversión parcial de la carga de la prueba» (9). En realidad se trata de una aplicación normal de las reglas de la carga de la prueba, pues corresponde a la ley sustantiva designar cuáles son los hechos que corresponde probar

(9) ROPPO y TRIMARCHI, *opp. y locc. cit.*

y sobre quién recae el riesgo de la ausencia o incerteza de su prueba en relación a una determinada pretensión (10).

De esta forma al acreedor le basta probar la infracción de la obligación (la falta de total o exacto cumplimiento) y no necesita probar la subsistencia de ésta; en cambio el deudor no cumplidor que quiera excluir la responsabilidad ha de probar su límite (la extinción de la obligación). La determinación definitiva del incumplimiento —que presupone ciertamente la subsistencia de la obligación, fundamento último de la responsabilidad— es un riesgo para el deudor y no del acreedor con arreglo a la carga de la prueba que resulta de las reglas generales de responsabilidad contractual.

2) La carga de la prueba del acreedor

Al acreedor no se le adosa, como hemos visto, la prueba definitiva del incumplimiento (en sentido propio, «imputable»), sino que ha de probar solamente la infracción de la obligación (prueba inicial del incumplimiento, de la ausencia o inexactitud del cumplimiento), incumpliendo por el contrario al deudor excluir la relevancia de tal infracción con la prueba de la extinción de la obligación misma (prueba de la imposibilidad liberatoria-extintiva).

De este modo, la distribución de la carga de la prueba en tema de responsabilidad contractual se ha operado tradicionalmente con la distinción entre el plano de la materialidad del incumplimiento y el de la culpa (11). O, hablando con mayor propiedad, entre el plano de la infracción y el de su justificación (plano del juicio de responsabilidad, de la determinación definitiva del incumplimiento). En el primer plano el riesgo probatorio se adosa al acreedor, en el segundo al deudor. En concreto, el acreedor ha de probar la falta del resultado debido (ausencia total o inexactitud), que es presupuesto material de toda cuestión de responsabilidad (así, p. ej., el deterioro de las cosas depositadas, la no conformidad de la prestación profesional debida con los patrones técnicos del ramo profesional en cuestión, la no realización del transporte debido); mientras que el deudor no cumplidor si quiere verse liberado de la responsabilidad, ha de probar que la falta de aquel resultado obedeció a imposibilidad de la prestación a él no imputable.

Una gran parte de la doctrina (12) sobre la base del artículo 1.214

(10) Cfr. SACCO, *ibidem*, pág. 406; MICHELI, «In tema di onere della prova dell'inadempimento», en *Giur. it.*, I, 1, col. 1147 y ss., y allí, col. 1420: «Attraverso l'art. 2.697 Codice civile si verifica una semplificazione della fattispecie, addotta a fondamento della pretesa, nel senso che all'attore non è addossato l'onere della dimostrazione di tutti i fatti costitutivi della pretesa, nonché dell'inesistenza dei fatti impeditivi modificativi ed estintivi di essa».

(11) MENGONI «Obbligazioni...» cit. págs. 375-6; MAJELLO «Custodia e deposito» cit. pág. 165; CARNELUTTI «Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale» en *Riv. dir. comm.*, 1912, II, págs. 743 y ss., y allí pág. 748, habla gráficamente de «materialità (nuda) dell'inadempimento».

(12) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., págs. 279 y 283; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (recogiendo— sin excesivo entusiasmo— la doctrina común), op. cit., pág. 248;

Código civil, que establece que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone», ha sostenido la no necesidad de la prueba del incumplimiento (en su materialidad) por parte del acreedor que pretenda el resarcimiento. Pues de ese artículo se deduciría (13) que el cumplimiento es un tema fijo de prueba para el deudor; de forma que al acreedor le bastaría en todo caso probar la obligación, en tanto que al deudor incumbiría la prueba del cumplimiento (negación del incumplimiento). En modo que el artículo 1.214 C. c. (que tiene sus antecedentes directos en los arts. 1.315 del Código francés y 1.312 del italiano de 1865) consagraría una presunción de incumplimiento que dispensaría al acreedor de su prueba, y que tocaría al deudor vencer con la del cumplimiento u otra causa de extinción de la obligación (14). Al acreedor le bastaría probar la inexistencia de la obligación y *alegar* que no se ha cumplido, o no se ha hecho exactamente.

Otras veces se precisa que, como principio general, al acreedor-actor que alega el incumplimiento (en su materialidad, se insiste), le basta probar la existencia del vínculo obligatorio que considera incumplido, mientras que al acreedor sólo incumbiría, además, la prueba de la materialidad de la infracción, cuando se trate de una obligación cuyo contenido consista en un *pacti* (omisión), en una prestación de un *facere* medido en la diligencia (obligaciones de medios), o en general cuando se trate de supuestos de cumplimiento inexacto en que es el acreedor el que denuncia un hecho contrastante con las condiciones contractualmente puestas para el cumplimiento (15).

La tesis de que la carga de la prueba del acreedor que alega el incumplimiento no incluye la materialidad del mismo, fue ya criticada por Carnelutti (16) durante la vigencia del Código civil italiano de 1865. Ya entonces este autor puso de manifiesto la necesidad de distinguir entre el acreedor que insta el cumplimiento, al cual con arreglo

ALBALADEJO, op. cit., pág. 117, espec. nota 104; ESPÍN, op. cit., pág. 204; LACRUZ, op. cit., pág. 105 (sólo para las obligaciones de resultado).

(13) Cfr. MAJELLO, op. últ. cit., págs. 165 y ss.; MICHELI, «L'onere della prova», cit., págs. 438 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pág. 311.

(14) Cfr. TUNC, op. cit., págs. 133-4.

El artículo 1.312 del Cciv. it. de 1865, que era una traducción literal del 1315 del francés decía: «Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione». Por su parte, el texto del artículo 1.214 Cc. es el mismo del artículo 1.196 del Proy. de García Goyena.

(15) Para las obligaciones de medios y negativas, LACRUZ, op. cit., pág. 105. Para las negativas y toda clase de incumplimiento inexacto, GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., págs. 283 y 279. En este último caso, recogiendo —y acogiendo— la opinión de SANTAMARÍA, «Comentarios al Código civil», II, Madrid, 1958, pág. 22: «cuando se trate de simple incumplimiento por omisión de la prestación, le bastará al acreedor acreditar la obligación... cuando se trate, por el contrario, de un incumplimiento por deficiencia de la prestación o por actos de contravención de orden positivo, el actor deberá probar la realidad de estos hechos».

(16) Cfr. «Sulla distinzione...» cit., págs. 747-8 y «Appunti sulle obbligazioni», en *Riv. dir. comm.* 1915, I, págs. 617 y ss.

a los principios generales de la carga de la prueba, incumbe la prueba del fundamento de su pretensión, es decir, la obligación misma; y el acreedor que insta el resarcimiento de los daños derivantes del incumplimiento de la obligación, que, con arreglo a esos mismos principios, ha de probar la materialidad del incumplimiento, pues éste se incluye en el supuesto fáctico (*fattispecie*) constitutivo de la pretensión resarcitoria (17).

El artículo 1.312 Código civil italiano de 1865 era sólo una ejemplificación respecto de la pretensión de cumplimiento de la norma general de la carga de la prueba (que es que al actor incumbe la prueba de los hechos constitutivos del derecho que alega), norma general que aplicada al caso del incumplimiento llevaba a la necesidad de la prueba de su materialidad por el acreedor que pretende el resarcimiento. Lo que se aplicaba al incumplimiento era la norma general que estaba detrás de la formulación concreta del artículo 1.312, y no esa misma formulación que sólo valía para el caso de la pretensión de cumplimiento, en que, ciertamente, al acreedor le basta probar la existencia de la obligación.

De modo análogo hoy en España (18) sobre la base de los artículos 1.101 y 1.214 Código civil, es preciso concluir en la necesidad de que el acreedor que pretende el resarcimiento de una obligación incumplida, debe probar como fundamento de su pretensión la existencia de la obligación y la materialidad de su incumplimiento, en tanto que al acreedor que pretende el cumplimiento de la obligación, en aplicación de los mismos principios sobre la carga de la prueba, incumbe

(17) CARNELUTTI partía de la consideración de la prestación resarcitoria como objeto de una obligación nueva con relación a la incumplida, obligación nueva que surgiría, precisamente, del incumplimiento.

Con independencia de ello (que no afecta al fondo de lo que aquí se discute), CARNELUTTI pone magistralmente de relieve el diverso hecho constitutivo de la pretensión del acreedor que reclama el cumplimiento, del que pide el resarcimiento por el incumplimiento de la obligación, lo que se refleja por fuerza en la carga de la prueba de uno y otro. Así, cfr. op. últ. cit., pág. 622: «se l'artista di canto si è obbligato a cantare, non é tenuto che a cantare per il solo fatto del contratto; e perchè sia tenuto a pagare dei quattrini bisogna non solo che si sia obbligato a cantare, ma anche che non abbia cantato» (o que no lo haya hecho en las condiciones pactadas).

(18) En Italia los problemas de interpretación se han venido a facilitar con la fórmula del artículo 2.697 del actual Cciv., que ha venido a recoger aquel principio general de que el artículo 1.312 Cciv. de 1865 era aplicación. Sobre la base del artículo 1.218 Cciv. y la fórmula general de la carga de la prueba contenida en el artículo 2.697, conciben la carga de la prueba del acreedor en conformidad con lo que aquí se expone: MICHELI, «L'onere della prova» cit., páginas 366 y 437 y ss.; RAVAZZONI, «Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale», en «Studi in memoria de G. Donatuti», II, Milán, 1973, páginas 945 y ss., y allí, pág. 957 y ss.; MENGONI, op. últ. cit., págs. 317-8.

Para MAJELLO («Custodia e deposito» cit., págs. 167-8), en cambio, el acreedor habría de probar el incumplimiento en todo caso, sea para pedir el cumplimiento que para pedir el resarcimiento de los daños.

El artículo 2.697 Cciv. it. dice: «Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce chel il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

sólo la prueba de la obligación de la que deriva (sin más) su derecho al cumplimiento.

Este diverso contenido de la carga probatoria del acreedor no es más que una aplicación de los mismos principios (los que se deducen del artículo 1.214 C. c.) a dos pretensiones diversas.

Cuando el acreedor demanda el resarcimiento de los daños, no hace valer simplemente la obligación, sino la obligación en cuanto no cumplida o no exactamente cumplida; no basta, pues, la prueba de la obligación por su parte, sino que a ella debe añadirse la de su infracción. La mutación del contenido de la prestación originaria en prestación resarcitoria opera sobre el presupuesto (normativo, art. 1.101 Código civil) de la infracción de la obligación, presupuesto que, por tanto (art. 1.214 C. c.), ha de ser probado por el acreedor que pretende el resarcimiento.

Es decir, que sobre la base de la calificación operada por la ley sustantiva —art. 1.101 C. c.— de la infracción de la obligación (falta de total o exacto cumplimiento: «cualquier modo de contravención» de la obligación) como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor, opera el principio general de la carga de la prueba que se deduce —aunque en él no se enuncia— del artículo 1.214 (al actor incumbe la prueba de los hechos que fundan el derecho que hace valer) al hacer aplicación suya para la hipótesis de pretensión de cumplimiento (19).

(19) Que el artículo 1.214 Cc., al exigir del acreedor la sola prueba de la existencia de la obligación, sólo se refiera a la carga de la prueba para la pretensión de cumplimiento, no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia haya sabido extraer de él, el principio general de la carga de la prueba que a través suyo —y para la hipótesis del cumplimiento— recibe aplicación. Así es especialmente clara en este sentido la citada sent. T. S. de 19 de enero de 1948 (R.A. 17): «que conforme establece el artículo 1.214 del Código civil y ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, *desenvolviendo* la doctrina de la carga de la prueba, al demandante incumbe la de los hechos específicamente constitutivos de su derecho, o sea, los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos o los extintivos, así como los que forman el supuesto de sus excepciones».

También son muy significativas por la conexión establecida entre el artículo 1.214 Cc. (a través de su interpretación jurisprudencial) y el principio general de la carga de la prueba tal como queda arriba expuesto, las también ya citadas sentencias T. S. de 10 de junio de 1959 (R.A. 2498) y 23 de diciembre de 1954 (R.A. 3168, que justifica aquel principio general «a tenor de lo que previene el artículo 1.214 Cc. interpretado por la doctrina legal»).

Abundantes citas jurisprudenciales que corroboran el carácter unánime del principio general de la carga de la prueba inducido del artículo 1.214 Cc. pueden verse en la última sent. citada y en las, también citadas, de 22 de febrero de 1963 (R.A. 827) y 20 de febrero de 1960 (R.A. 922).

A la luz de esta doctrina jurisprudencial, se comprende que el acreedor que pretenda el resarcimiento por incumplimiento «ha de demostrar la existencia de la obligación y el hecho de su incumplimiento (conforme a las normas generales que rigen el *onus probandi* fundamentalmente contenidas en el artículo 1.214 del Código civil...)» (sent. T. S. 4 de octubre de 1935 R.A. 1809).

La invocación en esta última sentencia del artículo 1.214 Cc., lejos de resultar «inexplicable» (ALBALADEJO, op. cit., pág. 117, nota 104), se explica perfectamente:

A esta necesidad para el acreedor de dar la prueba de la materialidad del incumplimiento, tampoco hace excepción la resolución del contrato por incumplimiento, aunque pueda ser también demandada en juicio que haya sido promovido inicialmente para obtener el cumplimiento (art. 1.124-2.º) (20), puesto que nada impide que la diversidad del efecto jurídico pedido —diversidad, en suma, de pretensiones—, importe un diferente tema de prueba para el actor, y cuando se trata de la resolución (que junto con el resarcimiento que lleva aparejado —art. 1.124-2.º— es un efecto diverso del cumplimiento) exige la prueba de la materialidad del incumplimiento (falta de exacto cumplimiento, art. 1.124-1.º) (21).

se aplica el principio general de la carga de la prueba (del que el artículo 1.214 Cc. hace aplicación para el caso del cumplimiento) a una pretensión distinta a la por él contemplada, la del resarcimiento.

El propio ALBALADEJO, que con la doctrina común sostiene que al acreedor basta dar la prueba de la obligación y alegar que no se ha cumplido (o no exactamente), desmiente en la práctica sus afirmaciones cuando ejemplificando dice (*ibidem*, págs. 116-7), que en el caso del taxista que se comprometió a recogerlos y no lo hace por olvido, el acreedor ha de probar que el taxista no fue a recogerlos a casa. Esta prueba es, precisamente, la de la materialidad del incumplimiento (art. 1.101 Cc.) de la falta (en este caso total) del resultado debido.

En el sentido que en la carga de la prueba del acreedor que acciona por la responsabilidad se incluya la materialidad del incumplimiento, es aún más clara la sent. T. S. de 5 junio 1944 (R.A. 811): «Que quien como actor reclama indemnización de daños y perjuicios por negligencia en la gestión administrativa de una finca confiada a un tercero, se sitúa en posición procesal que le impone la carga probatoria de los elementos normalmente constitutivos del derecho que ejercita, esto es, la existencia de una acción u omisión culposa en el cumplimiento de los deberes propios del administrador, determinante del daño o perjuicio que habrá de ser indemnizado».

Las frases subrayadas, no son sino una descripción del hecho material del incumplimiento (la falta del exacto resultado debido) con arreglo al contenido propio de la prestación debida (prestación de medios, medida en la diligencia).

(20) Del artículo 1.124-2.º Cc. se desprende que habiendo optado el acreedor por la resolución o por el cumplimiento ya no puede variar su pretensión, salvo que habiendo optado por el cumplimiento éste resultara imposible, en cuyo caso se podrá optar ulteriormente por la resolución en vez de por el equivalente de la prestación devenida imposible (siendo la imposibilidad imputable al deudor) en uno y otro caso con el resarcimiento de los daños.

Con todo, es dudoso —cfr. LACRUZ, op. cit., pág. 123— que el artículo 1.124-2.º se refiera a una imposibilidad de la prestación en sentido técnico, de forma que sólo una imposibilidad de la prestación de los artículos 1.182 y ss. autorice al acreedor a variar su elección y pasar del cumplimiento a la resolución. Pues así como resulta claramente desleal pedir la resolución (con lo cual el deudor se desentiende legítimamente de la preparación del cumplimiento) y después pedir el cumplimiento, no se ve razón alguna para impedir que cuando el interés del acreedor en el cumplimiento (tardío) venga a faltar, cambie su elección e inste la resolución del contrato, pues ésta en definitiva tutela, este interés del acreedor y es el incumplimiento continuado del deudor el que determina su venida a menos.

Estos principios se recogen en el artículo 1.453-2.º Cciv. it.: «La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione».

(21) Vid. MICHELLI, op. últ. cit., pág. 440, nota 8, y «In tema...» cit., coll. 1.421-2; RAVAZZONI, op. cit., págs. 962-3.

Que el acreedor, cuando se trate de obligaciones negativas, deba probar el hecho positivo en que la violación de las mismas se concreta, o que, cuando se trate de prestaciones respecto de las cuales el acreedor lamenta su inexactitud, deba probar ésta, no son más que aplicaciones concretas del principio general de que al acreedor incumbe la prueba de la materialidad de la infracción deuditoria (22).

Cuando se trata de prestaciones positivas totalmente irrealizadas, la prueba de la materialidad del incumplimiento se hace, igualmente, por el acreedor y en la forma en que se dan las pruebas negativas, es decir, probando otros hechos que demuestren la no verificación puntual del cumplimiento (por ej., requerimiento notarial de pago y prueba testifical de la no comparecencia del vehículo que había de realizar el transporte para, respectivamente, la falta total de pago y del transporte) (23).

En contra, SACCO, op. ult. cit., pág. 406, nota 26.

En realidad, cuando se trata de pedir el cumplimiento tardío de la prestación, lo que en verdad sucede es que se acciona por el incumplimiento, incluyéndose la prestación tardía como elemento principal (*aestimatio rei*) del resarcimiento pedido por el incumplimiento (temporalmente inexacto). Por ello en este caso es evidente que la materialidad del incumplimiento ha de ser también probada (RAVAZZONI, op. y loc. ult. cit.).

(22) En la doctrina española próximo a las posiciones aquí defendidas, CASTÁN, op. cit., págs. 172-3, quien tras recoger escépticamente la doctrina común (al acreedor basta dar la prueba de la existencia de la obligación) añade: «Mas a pesar de ello, el juego de la regla general sobre carga de la prueba del artículo 1214 hará que normalmente el actor que alegue la responsabilidad contractual tenga que justificar, como fundamento de ella, el incumplimiento de la obligación».

Aún más nítidas son las opiniones recogidas por CASTÁN, de MORENO MACHOLÍ (*ibidem*, pág. 172, nota 1): la necesidad genérica de probar el fundamento del derecho alegado (art. 1.214), lleva en la responsabilidad contractual a la de que el acreedor deba probar el incumplimiento, y JOSSEAND (páginas 172-3): la responsabilidad contractual presupone el incumplimiento de la obligación cuya comprobación corresponderá, en principio, al acreedor demandante.

Sin embargo, CASTÁN, en su sincretismo doctrinal, parece inclinarse al final, siguiendo a COLIN Y CAPITANT (*ibidem*, pág. 173, nota 1) y sobre la base de la expresión «las cuales —normas generales de la carga de la prueba— no tendrán igual desenvolvimiento si se trata del incumplimiento de una obligación positiva o de una obligación negativa» (sent. cit. T.S. 4 octubre 1935, R.A. 1809), por una distinción en el contenido de la carga de la prueba del acreedor según la obligación sea positiva (en que bastaría la prueba de la obligación) o negativa (en que, además, habría que probar la materialidad de la infracción deuditoria).

En cambio, para mí no existen razones para tal distinción, y entiendo que el «distinto desenvolvimiento» de que habla la sent. citada se refiere no al contenido de la carga de la prueba, sino a la distinta mecánica probatoria (prueba positiva: de la inexactitud, prueba negativa: de la ausencia de cumplimiento) de ese contenido que es siempre el mismo: el hecho material del incumplimiento (total o inexacto) como presupuesto (hecho constitutivo) de la pretensión resarcitoria del acreedor.

(23) Se ha dicho (BIANCA, «Dell'inadempimento...» cit., pág. 175) que cuando se trata de créditos que han de ser satisfechos en un determinado plazo, de la prueba de la obligación por el acreedor y del artículo 1.214 (el deudor debe probar los hechos extintivos), del que derivaría una presunción

La prueba de la materialidad del incumplimiento por el acreedor puede revestir la forma de prueba de la imposibilidad de la prestación (que, precisamente, por el carácter complejo de la prueba liberatoria—límite de la responsabilidad, y por la necesidad de concurrencia de sus dos elementos, es —cuando resulta imputable al deudor— una forma de incumplimiento) (24), restando entonces a cargo del deudor la prueba de la no imputabilidad de la misma (art. 1.183 C. c.).

No pudiendo el acreedor asumir la carga de la prueba de la pretensión resarcitoria (obligación y materialidad de su infracción), deberá accionar, probando la existencia de la obligación (art. 1.214 C. c.), sólo por su cumplimiento (25).

Además de la prueba de la obligación y su falta de total o exacto cumplimiento, incumbe al acreedor que pretende el resarcimiento la prueba de la cuantía del daño y de su derivación (inmediata, efectiva, «normal», art. 1.107-1 C. c.) de la infracción debitoria (26).

de persistencia del crédito, resultaría, conjuntamente, una presunción de incumplimiento en favor del acreedor.

Lo que no es exacto, pues el acreedor que insta la responsabilidad (otra cosa es el que insta el cumplimiento) no debe probar la obligación, sino la obligación incumplida; y una cosa es que frente a la prueba de la falta de total o exacto cumplimiento (que incumbe al acreedor) el deudor pueda dar la contraprueba de la extinción de la obligación (el no cumplimiento obedece a imposibilidad sobrevenida de la prestación a él no imputable), y otra que se pretenda deducir de la posibilidad de tal contraprueba una vía para descargar al acreedor de la prueba que le incumbe. Prueba y contraprueba existen perfectamente y a cada parte le corresponde agotar su contenido con relación a sus respectivas pretensiones (responsabilidad y liberación).

(24) Ello no invierte la carga de la prueba con relación a la imposibilidad de la prestación como elemento de la prueba liberatoria, pues sobre el deudor pesa en todo caso el riesgo de la incerteza o ausencia de su prueba, aunque ello no significa que la prueba de la imposibilidad haya de resultar forzosamente de su propia actividad probatoria.

(25) Las eventuales dificultades de prueba del incumplimiento (cuando se trate de probar la falta de un positivo resultado debido) no bastan para invertir la carga de la prueba. Pues ésta deriva de la regulación sustantiva de la responsabilidad contractual —art. 1.101 Cc., que califica el incumplimiento (en su materialidad) como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor— y no de la mayor o menor facilidad probatoria de la parte acreedora (Cfr. MENGONI, *ibidem*, pág. 318, nota 66).

(26) El dolo como presupuesto del agravamiento de las consecuencias del incumplimiento (mayor amplitud del resarcimiento) también engrosa la carga de la prueba del acreedor. Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, pág. 283; LACRUZ, *op. cit.*, pág. 105; ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 117; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 248; RUGGIERO-MAROI, *op. cit.*, pág. 81; Díez-PICAZO, «Fundamentos...» *cit.*, pág. 716 (donde se precisa que al acreedor incumbe no tanto la prueba del dolo, cuanto de los hechos merecedores de tal calificación jurídica, que compete en todo caso al Tribunal).

En definitiva, el dolo es hecho constitutivo de una pretensión autónoma (agravación de responsabilidad) respecto de la del normal resarcimiento (artículo 1.107-2.º Cc.). Sobre la base de esta calificación de la ley sustantiva opera la regla general de la carga de la prueba (deducida del art. 1.214 Cc.), incumbiendo por tanto al acreedor la prueba del fundamento de su pretensión agravatoria.

3) La carga de la prueba del deudor

Así como frente al acreedor que exige el cumplimiento de una obligación (a quien incumbe la carga de su prueba), el deudor puede oponer la prueba del cumplimiento de la obligación o que ésta de cualquier otro modo se ha extinguido (art. 1.214 C. c.) o discutir su existencia (pues la incerteza de la existencia del vínculo obligatorio es un riesgo probatorio que pesa sobre el acreedor-actor, de modo que ante dicha incertidumbre el juez fallará contra la parte onerada y absolverá al deudor-demandado); cuando el acreedor pide la responsabilidad por incumplimiento, el deudor puede o bien discutir el hecho mismo del incumplimiento (la falta de total o exacto cumplimiento, cuya prueba incumbe al acreedor), o bien, admitido éste, dar la específica contraprueba de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil.

Si el deudor-demandado de responsabilidad opta por la primera vía (la discusión del hecho material del incumplimiento), o bien discutirá la existencia misma de la obligación, o bien admitiendo que ésta ha existido, discutirá la existencia de su violación (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento). Así, en el primer caso, el deudor deberá, por ejemplo, dar la prueba de que se trata de una obligación derivante de un contrato nulo, anulable o rescindible o de que no existe el hecho (por ej., contrato) que el acreedor alega como fundamento de la obligación (27). En el segundo caso el deudor deberá demostrar, en contra de la prueba dada por el acreedor, que ha prestado el resultado debido o que lo ha prestado exactamente. También aquí al deudor le basta con hacer incierto el hecho del incumplimiento, pues ante esta incertidumbre por la propia mecánica y función de las normas de la carga de la prueba, el juez fallará contra la parte (acreedor) que asume el riesgo probatorio de los elementos que con arreglo a la ley sustantiva (art. 1.101 C. c.) fundan su pretensión, y absolverá, por tanto, al deudor de responsabilidad.

Cuando se trata de contratos de prestaciones recíprocas, el deudor podrá justificar su propio incumplimiento probando que si bien él no ha ejecutado su prestación, tampoco lo ha hecho su acreedor con la prestación respecto de la cual el deudor resulta acreedor de su acreedor (*exceptio non adimpleti contractus*, art. 1.100 *in fine*, art. 1.466), o que las condiciones patrimoniales de éste, han cambiado de tal manera que ponen en peligro la consecución de la contraprestación (artículo 1.467 C. c.). Se trata de dos medidas propias de los contratos sinalagmáticos, puestas para tutelar la contraprestación del deudor; la primera opera en los casos de cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, la segunda en los casos de cumplimiento sucesivo (28). En ambos casos no se discute la prueba del incumplimiento (de la ausencia de total o exacto cumplimiento) dada por el acreedor, pero se alegan excepciones que tienen la virtualidad de oponer un

(27) Cfr. BARASSI, «Teoría generale...» cit., págs. 352 y ss.; ROPPO, op. últ. cit., pág. 245.

obstáculo temporal a la pretensión del mismo (29). Excepciones de las que, con arreglo al principio general de la carga de la prueba que se encierra en el artículo 1.214 Código civil, el deudor-demandado asume la carga probatoria de su contenido.

Pero la prueba que con carácter general establecen los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil respecto del deudor que no esté en condiciones de negar o discutir la prueba del acreedor (falta del resultado debido o inexactitud del mismo) es la prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. Esta es la prueba liberatoria por antonomasia, la prueba que en defecto del cumplimiento (o de su exactitud) ha de dar el deudor para quedar exento de responsabilidad.

Respecto de la prueba del incumplimiento como hecho material realizada por el acreedor-actor, la prueba de la imposibilidad liberatoria tiene el valor de contraprueba, ya que demuestra que los hechos fijados por el acreedor insatisfecho no tienen sustancia de incumplimiento: una vez verificada la extinción (imposibilidad liberatorio-extintiva) o la suspensión (imposibilidad temporal) de la obligación no se puede hablar ya de incumplimiento (30).

De este modo el reparto de la carga de la prueba se establece en materia de responsabilidad contractual en forma que, probado por el acreedor el incumplimiento (su materialidad, prueba inicial del incumplimiento), incumbe al deudor la prueba de la imposibilidad liberatoria que se comporta como hecho extintivo de la pretensión (de responsabilidad) actora (31), en tanto que es la única prueba que en defecto

(28) Claro que en los contratos sinalagmáticos con prestaciones diferidas en el tiempo «la excepción de incumplimiento contractual surtirá todos sus efectos si, una vez exigible la obligación posterior, ésta es reclamada sin haberse cumplido la obligación anterior» (DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., página 55).

En nuestro Derecho no existe un principio general —como el contenido en el artículo 1.461 Cciv. it. o en el párrafo 321 del B. G. B.— que establezca la resolución (su posibilidad) en los contratos sinalagmáticos con cumplimiento de sus prestaciones diferido en el tiempo cuando el deudor primeramente obligado vea comprometido el conseguimiento de su contraprestación por grave alteración de las condiciones patrimoniales de su deudor recíproco (Cfr. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*).

Pero tal regla general se deduce sin dificultad del artículo 1.467 Cc., sobre todo si se tiene presente que no existe obstáculo para su aplicación analógica, el carácter raquítico de la regulación de las obligaciones recíprocas en el Cc. (como lo demuestra la falta de regulación general de la propia excepción de incumplimiento contractual y la insuficiencia del artículo 1.124 para la resolución de los contratos sinalagmáticos), y el carácter arquetípico que el contrato de compraventa tiene en la regulación del Cc. no ya sólo como contrato (ej. en la determinación del objeto, las formas de tradición) sino (y con más razón) como contrato bilateral (cfr., también, art. 1.502 y comp. art. 1.129-1).

(29) En este sentido BARASSI —op. y loc. últ. cit.— las califica gráficamente como «excepciones dilatorias».

(30) Vid. MENGONI, op. últ. cit., pág. 318.

(31) Cfr. MENGONI, *ibidem*, pág. 379; OSTI, voz cit. pág. 298.

Configuración de la imposibilidad liberatoria como hecho extintivo (constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor) que ya aparecía claramente

de la del cumplimiento-excluida por la prueba del acreedor-extingue la obligación, y una vez extinguida ésta (o demostrada su suspensión por causa de imposibilidad temporal no imputable) no existe posibilidad de incumplimiento, ni por tanto de responsabilidad, perdiendo toda relevancia la prueba del acreedor, pues el resultado cuya falta

en POTHIER (op. cit., III, 6, n. 656) cuando decía que el deudor de cosa determinada que no ha asumido a su cargo los casos fortuitos, cuando alega que la cosa por él debida ha perecido o se ha perdido, a él incumbe la prueba de los casos fortuitos, pues «si un demandante está obligado a suministrar la prueba de lo que sirve de fundamento a su demanda, el que se defiende está obligado igualmente a suministrar la prueba de lo que sirve de fundamento a su defensa». Así, el deudor que alega estar libre de la deuda por la pérdida de la cosa debida a caso fortuito, ha de probar aquello que justifica su defensa.

Que la prueba del caso fortuito, entendido en sentido amplio como prueba de la imposibilidad liberatoria, incumbiese al deudor en sus dos elementos, objetivo (imposibilidad de la prestación) y subjetivo (ausencia de culpa del deudor respecto de la producción de la imposibilidad) fue ya sostenido en la época de los glosadores por BULGARO en polémica con MARTINO. Para el primero el deudor de la restitución de una cosa no sólo ha de dar la prueba de la destrucción de la misma, sino de que ésta no le es imputable, pues la primera no basta a liberar al deudor (no es caso fortuito en sentido amplio —prueba liberatoria—) en tanto puede derivar de cualquier causa, no necesariamente fortuita (caso fortuito en sentido estricto), y por tanto sobre el deudor grava la prueba de su ajenidad a la causación de la destrucción, pues en tanto esta prueba no se dé, no se completa la prueba liberatoria que incluye como uno de sus elementos, precisamente, la no referibilidad del evento impositivo al deudor (Cfr. MAFFEI, op. cit., pág. 143, y allí con relación al arrendamiento de un caballo: «*Bulgarus conductorem non tantum perdidisse, verum sine dolo et culpa perdidisse, probare dicit debet*»).

En cambio, los seguidores de MARTINO sostienen que al deudor de la cosa bastaba la prueba de su destrucción, incumbiendo al acreedor —para impedir la liberación de aquél— dar la prueba de la culpa o el dolo del deudor.

La opinión de MARTINO recogió mayor número de adhesiones en la época de los glosadores, incluso entre los propios discípulos de BULGARO. Sin embargo, la opinión de éste era la coherente con la noción subjetiva del caso fortuito asumida como predominante. Si el caso fortuito —prueba liberatoria— comprendía no sólo la prueba del evento impositivo del cumplimiento, sino también la no imputabilidad del mismo al deudor (el caso fortuito en sentido restringido), el deudor al dar dicha prueba liberatoria debía probar ambos elementos en ella comprendidos.

El éxito de la opinión contraria en la época de los glosadores (Vid. MAFFEI, op. cit., págs. 151 y ss.) se explica, de un lado por la interconexión existente entre tesis objetivas y subjetivas del caso fortuito (la tesis de MARTINO es fruto de un entendimiento objetivo del caso), y de otro, por la influencia de los principios probatorios de la responsabilidad aquiliana, que exigen del acreedor la prueba de la culpa. Influencia distorsionante, pues el acreedor en la responsabilidad contractual exige el resarcimiento no sobre el fundamento de la culpa —que crea en el caso de la responsabilidad extracontractual una obligación previamente inexistente—, sino sobre la base de una obligación (preexistente) insatisfecha, sobre la base en suma, del incumplimiento.

Estas consideraciones explican que en la edad de los comentaristas, la opinión de BULGARO sea la predominante, en tanto la de MARTINO se circunscribe a aquellos casos en que «*qui de facili et frequenter eveniunt sine culpa debitoris ut sunt vis hostium, impetus aquarum et similes*», es decir, los supuestos tradicionales de caso fortuito, en los que se aplicaba la técnica probatoria de la presunción simple de ausencia de culpa.

denuncia (y que es el contenido de su prueba) ya no es debido, o en el caso de la imposibilidad temporal no imputable, no lo es en tanto ésta dure.

Sobre la calificación que la ley sustantiva (arts. 1.105-1.182, 1.184 Código civil) hace de la imposibilidad liberatorio-extintiva (caso fortuito en sentido amplio) como hecho impeditivo o extintivo de la pretensión creditoria de responsabilidad, opera la regla general de la carga de la prueba (art. 1.214 C. c.), en modo que es al deudor demandado a quien incumbe probarla (32), o más exactamente, a quien se adosa el respectivo riesgo probatorio.

En sustancia, el reparto de la carga de la prueba adosa al deudor la definitiva determinación del incumplimiento (aquella que resulta de la consideración del límite de la responsabilidad contractual), en tanto que al acreedor basta una prueba inicial del mismo, la de su materialidad. Pero una cosa es la manera como se distribuye la carga de la prueba entre acreedor y deudor, y otra la determinación del incumplimiento en sí (como presupuesto idóneo de responsabilidad, «imputable»), que se hace, con arreglo a las normas generales de responsabilidad, a partir del límite de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil.

La prueba liberatoria del deudor que simultáneamente extingue la obligación (o la suspende en el caso de la imposibilidad temporal), es una prueba compleja: el deudor ha de probar la sobrevenida imposibilidad de la prestación y que esta imposibilidad deriva de causa a él no imputable. A veces la prueba de la imposibilidad puede ser facili-

(32) Pues como reiterada jurisprudencia del T.S. tiene establecido sobre la base del artículo 1.214 Cc., al demandado incumbe la prueba de los hechos que alega (hechos impeditivos o extintivos) para neutralizar la pretensión del actor.

Véase la jurisprudencia citada en la nota 5, en que se repite que «el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos, así como los que formen el supuesto de las excepciones». Es particularmente clara la sent. T. S. de 23 de diciembre de 1954 (R.A. 3168): «si bien es principio indiscutible en materia de regulación probatoria que quien en juicio pretende hacer valer sus derechos debe probar los hechos que constituyen su fundamento, también lo es que cuando el litigante demandado sin rechazar los hechos alegados de contrario, opone otros con los que intenta hacer ineficaz la acción ejercitada por el actor, debe probar la realidad de aquellos hechos impeditivos u obstructivos que dificultan que los fundamentos de la acción produzcan los efectos que le son propios, con lo cual queda repartida la carga de la prueba a tenor de lo que previene el artículo 1.214 del Código civil».

En la doctrina vid., SORO NIETO, op. cit. pág. 128: «La alegación de imposibilidad de cumplimiento originada por sucesos de la índole indicada (caso fortuito o fuerza mayor), va encaminada al logro de un pronunciamiento de exoneración por la producción de efectos extintivos, y es el artículo 1.214 del Código civil el que predica que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone». Es., pues, el deudor directamente afectado el que habrá de acreditar la originación del acaecer encajable en los conceptos indicados —caso fortuito y fuerza mayor—, con la consiguiente constatación de su total ausencia de culpa y los efectos obstructores que han supuesto para el cumplimiento de la obligación»; CASTÁN, op. cit., pág. 183; DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., pág. 716 (limitadamente a la responsabilidad por el *id quod interest*).

tada por el propio acreedor, pues del límite de responsabilidad acogido, deriva que la imposibilidad (imputable) de la prestación sea una forma de incumplimiento. Esto no contradice el dato de que la imposibilidad se integre en el riesgo probatorio del deudor en todo caso, pues de ello no deriva la necesidad que la prueba de la misma venga sólo de su actividad probatoria (33). Probada la imposibilidad —eventualmente por el acreedor— estará a cargo del deudor la prueba de la no imputabilidad a él de la causa que la ha originado (art. 1.183 C. c.).

Así como la prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no plantea problemas, éstos surgen cuando se trata de delimitar el contenido de la prueba liberatoria del deudor respecto del otro elemento constitutivo del hecho liberatorio: la no imputabilidad al deudor de la causa de la imposibilidad sobrevenida. Y los problemas se plantean en orden a si la prueba liberatoria exige la identificación o no de la concreta causa que ha generado la imposibilidad de la prestación (34). Así, se ha sostenido (35) que el deudor como norma no ha de identificar la concreta causa que ha creado la imposibilidad de cumplir, sino que le basta demostrar su comportamiento diligente en orden a la evitación de la misma, mientras que la necesidad de identificación de la específica causa de la imposibilidad sería una peculiaridad de los supuestos del *receptum*, concebidos como de agravación respecto de la regla general.

En realidad, la aplicación normal de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil exige en todo caso la prueba de la específica causa de la imposibilidad, pues sólo puede determinarse la no imputabilidad al deudor de la imposibilidad sobrevenida, una vez que aquélla ha sido identificada (36).

La imputabilidad o no al deudor de la imposibilidad sobrevenida significa en términos de imputación según diligencia (criterio general *ex arts.* 1.182 y 1.103-1.104 C. c.) que el deudor se ha comportado o no con la diligencia del buen padre de familia o con la diligencia (técnica o no) exigible en orden a evitar la imposibilidad de cumplir.

(33) Como el propio T.S. ha tenido ocasión de señalar: «No puede darse a la distribución del *onus probandi* una aplicación tan rígida que obstaculice el ámbito propio de la apreciación judicial de la prueba, impidiendo al Tribunal tener por existentes aquellas circunstancias que por sí mismas excluyen la acción, cuando resulten acreditadas por los documentos o pruebas aportados por cualquiera de los contendientes» (sent. 14 febrero 1949, RA. 103).

(34) Sobre la cuestión, vid. BIANCA, «Dell'inadempimento...» cit., págs. 170 y ss.; COTTINO, «L'impossibilità...» cit., págs. 211-2; OSTI, voz cit., págs. 298-9; MAJELLO, «Custodia e deposito» cit., págs. 230 y ss.; DISTASO, op. cit., pág. 235; GIORGIANNI, «L'inadempimento» cit., págs. 24-4.

En Italia es instrumento para la discusión, el texto de la Relazione al Libro IV del Codice civile (n. 37): «La prova della causa non imputabile non dovrà sempre condurre alla diretta e positiva identificazione dell'evento incolpevole che ha prodotto l'impossibilità. Potrà alle volte ricavarci da elementi presuntivi, tra i quali notevole rilevanza può avere la dimostrazione della condotta diligente del debitore; dimostrazione che in qualche caso potrà essere di per sé sufficiente».

(35) MESSINEO, op. cit., pág. 238.

(36) Cfr. MAJELLO y COTTINO, opp. y locc. últ. citt.

En términos de imputación objetiva significa que la causa de la imposibilidad se sitúa o no fuera de la esfera de riesgo de la que el deudor debe responder (37). Con arreglo a uno u otro criterio de imputación, el deudor ha de probar la causa específica de la imposibilidad, pues sólo con la relación a la misma se puede medir el comportamiento idóneo o no para evitarla según la diligencia exigible en el caso, y sólo una vez identificada dicha causa se puede saber si se comprende o no en la esfera de riesgo de la que el deudor responde.

En realidad la doctrina que ve en la necesidad de identificación de la causa específica de la imposibilidad un agravamiento de la regla general de responsabilidad (y por tanto del contenido normal de la prueba liberatoria), no repara en que para el deudor la prueba de la no imputabilidad es siempre más difícil que la identificación de la concreta causa de la imposibilidad (38). Al deudor le es fácil demostrar que la imposibilidad de cumplir (o de hacerlo exactamente) se debe a un saqueo o a una huelga de transportes. La dificultad radica en la prueba de haber tomado frente a tales eventos las medidas idóneas (traslado de las cosas depositadas, previsión de un medio de transporte alternativo) para evitar la destrucción de las cosas debidas o el retraso en el transporte cuando aquellas medidas eran exigibles (39).

(37) Por ello en los casos de imputación objetiva, la prueba de la ausencia de culpa del deudor respecto de la causa que origina la imposibilidad de cumplir no basta para liberar al deudor.

Tal es el sentido de la remisión que se contiene en el artículo 1.183 Cc. al artículo 1.096 del mismo Código (la imposibilidad sobrevenida es imputable al deudor no obstante su ausencia de culpa) (cfr. GONZÁLEZ PORRAS op. cit., páginas 282-3).

(38) Cfr. OSTI, op. y loc. últ. cit.

(39) Y lo mismo se diga para otros supuestos como el robo o el «*factum principis*», la dificultad no estriba tanto en su identificación como en la prueba de que la imposibilidad de ellos derivante se ha producido no obstante el empleo de todas las medidas del deudor exigibles (mecanismos de seguridad, recursos contra el acto administrativo) con arreglo a la diligencia debida. Respecto de la resistencia frente al «*factum principis*» (ej. expropiación, acto administrativo que prohíbe la circulación comercial de un producto) como necesaria para la no imputabilidad al deudor de la imposibilidad de él derivante (que, en definitiva, significa la no automatización liberatoria de la sobrevenida actuación administrativa), cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *ibidem*, páginas 261-2 y 289-90. Esta necesidad ha sido especialmente puesta de relieve en la doctrina y jurisprudencia italianas (vid. BIANCA, op. últ. cit., págs. 110 y ss., y VEIRANA, «Factum principis e impossibilità sopravvenuta della prestazione», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, I, págs. 915 y ss., con abundantes aplicaciones jurisprudenciales).

Tampoco esta exigencia es ajena a la jurisprudencia española. Emblemático a este respecto, es el caso resuelto por le sent. T. S. d 18 junio 1951 (R. A. 1880). Una sociedad hidráulica es demandada por incumplimiento contractual al haber realizado una derivación o toma de aguas en lugar y condiciones (presión del agua) distintas de las pactadas. El Tribunal *a quo* y la Audiencia estimaron que la inexactitud del resultado debido obedecía a fuerza mayor (*factum principis*), en tanto que derivada de una decisión de la autoridad, y, por tanto, el deudor no respondía.

Sin embargo, el Supremo, tras precisar que la decisión administrativa procedía de una autoridad (Dirección de Caminos) no competente y que no era una orden, sino un *ruego*, añade: «aun en el supuesto de no haber sido así, *pudo*

La responsabilidad del deudor no cumplidor por imposibilidad sobrevinida de la prestación derivante de causas ignotas, no es sino una consecuencia normal de la distribución de la carga de la prueba, como resulta de los artículos 1.101 y 1.105-1.182, 1.184 C. c.; pues en tanto que del proceso no resulte la concreta causa que generó la imposibilidad, no se completa el hecho liberatorio-extintivo con sus dos elementos (caso fortuito en sentido amplio), al no poderse establecer la imputabilidad al deudor del evento impositivo del cumplimiento. La incertidumbre de uno de los elementos del hecho liberatorio basta para que con arreglo a las normas de la carga de la prueba (art. 1.214 C. c.)—al demandado incumbe la prueba de los hechos impositivos de la pretensión actora— el juez falle contra la parte (deudor) sobre la que la ley descarga este riesgo probatorio: no resultando de la prueba efectuada la verificación del hecho liberatorio (con sus dos elementos concurrentes), la obligación subsiste y subsiste insatisfecha (con arreglo a la prueba del acreedor) y, por tanto, la responsabilidad del deudor se afirma (40).

También para la doctrina de la culpa el deudor que (no obstante su diligencia) no alcance a probar la ausencia de aquélla, responde con arreglo a la distribución asumida de la carga de la prueba. Es, en suma, conforme a las reglas de la carga de la prueba que el riesgo de la incerteza probatoria del hecho extintivo de la pretensión creditoria pese sobre el deudor y no sobre el acreedor.

y *debió* la Hidráulica utilizar los recursos legales antes de dar cumplimiento a dicha orden, sin que la existencia de la misma signifique (por sí sola, añadido) un caso de fuerza mayor que exima de responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones a la mencionada entidad». De modo que al «no poner objeción ni reparo» a la decisión administrativa, la sociedad hidráulica «no obró con la debida diligencia» (esta diligencia debida, se refiere por el Alto Tribunal al cumplimiento, pero es obvio que —sin dejar de ser debida— se refiere a la actividad del deudor para preservar la posibilidad del cumplimiento. Precisión ésta de carácter estrictamente dogmático, que no afecta —claro es— a la justicia de la decisión, que es, en definitiva, lo que interesa al Juez).

(40) Esta responsabilidad por las causas desconocidas resulta con claridad de la jurisprudencia del T.S. Así se dice en la sent de 30 de junio de 1952 (R.A. 1535), para el caso de un incendio de una partida de tejidos: «que para eximirse el señor E. de la obligación contractual de devolver la cosa siniestrada en su poder, o de resarcir el daño derivado de tal pérdida, sería preciso que hubiera justificado que ésta fue debida a caso fortuito, lo que, según también asevera la Sala, ni siquiera se alegó; y siendo doctrina de este Tribunal —sentencias de 7 de octubre de 1899 y 26 de marzo de 1928, entre otras— que no todo incendio es debido a caso fortuito, y que no basta a estimar que tenga tal carácter el siniestro producido por causas desconocidas», se afirma la responsabilidad del deudor.

En el fragmento transcrito, dicho sea incidentalmente, se contiene, además de la responsabilidad por las causas ignotas, un significativo e implícito reconocimiento jurisprudencial de la mayor dificultad de la prueba de la no imputabilidad respecto de la identificación de la concreta causa de la imposibilidad («no todo incendio es debido a caso fortuito»).

Cfr. también, CASTÁN (op. cit., pág. 183): «al no aparecer demostrada la causa productora de un siniestro, no puede el Tribunal considerar el accidente como caso fortuito» (vid. allí citas de jurisprudencia).

Por ello la defensa del acreedor frente a la pretensión liberatoria del deudor (contraria a la suya resarcitoria) consiste en discutir los elementos de la prueba liberatoria: la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la identificación de la causa de la misma y la no imputabilidad —con arreglo a la diligencia debida, o eventualmente objetiva— al deudor de la causa identificada.

4) *Obligaciones de medios y deberes de protección*

La aplicación de los principios generales de la carga de la prueba hasta aquí expuestos, ha planteado alguna dificultad en los casos de las obligaciones de medios y de los llamados deberes de protección (41).

En relación a las primeras se ha sostenido, sobre todo en la doctrina francesa (42), que la principal virtualidad de la distinción de las obli-

(41) Cfr. GIORGIANNI, «L'inadempimento» cit., págs. 298-9; BIANCA, op. últ. cit., págs. 168 y ss.

(42) Vid. TUNC, op. cit., págs. 132 y ss.; MENGONI, op. últ. cit., págs. 313 y ss. y 366 y ss.; MAJELLO, op. últ. cit., págs. 194 y ss.

Una completa panorámica de la doctrina francesa en la materia, puede verse en H. y L. MAZEAUD-A. TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (traducción de la 5.ª ed. francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, I, vol. 1, 1961, n. 103-2 y ss., págs. 126 y ss., y I, vol. 2, 1962, n. 692 y ss., págs. 398 y ss.; y G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en el tratado dirigido por J. Ghestin, Par.:s. 1982 págs. 628 y ss.

En la doctrina y jurisprudencia francesas actuales, la distinción entre obligaciones de medios y de resultado ha adquirido un carácter de *summa divisio* y de instrumento explicativo clave de la responsabilidad contractual en general y de la materia de la carga de la prueba en particular.

Así, las obligaciones de actividad o de medios se hayan presididas por las normas de la diligencia (art. 1.137 Ccf. y normas concordantes) y es al acreedor-actor que pretende la responsabilidad, a quien incumbe la carga de la prueba de la culpa (*faute prouvée*) del deudor-demandado. En cambio, las obligaciones de resultado se enmarcan en las normas del caso fortuito, la fuerza mayor y la «causa extraña no imputable» (arts. 1.147, 1.148 Ccf. y normas concordantes), en ellas el deudor no cumplidor (que no ha obtenido el resultado debido, cuya falta incumbe probar al acreedor) se presume en culpa (*faute présumée*), y es a este deudor a quien incumbe eludir su responsabilidad con la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la concreta «causa extraña a él no imputable» que le imposibilitó de cumplir (mientras al deudor de una obligación de medios le basta para eludir su responsabilidad probar que ha sido diligente).

Cfr. R. DEMOGUE (iniciador de la distinción en Francia), *Traité des obligations en général*, tomo V, París, 1925, n. 1237 págs. 536 y ss.; H. MAZEAUD (que altera la terminología), «Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence», en R.T.D.C. 1936, págs. 1 y ss., y allí, páginas 5 y 22 y ss, espec. págs. 52 y ss.; C. THOMAS, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», en *Rev. crit. de législ. et de jurisprud.*, 1937, págs. 636 y ss., y allí, págs. 640 y ss.; CARBONNIER J., *Théorie des obligations*, París, 1963, págs. 271 y ss.; MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico y prácticos. Théorie générale*, París, 1969 (4 ed. rev. por M. de Juglart), págs. 14 y ss. *Théorie générale*, París, 1969 (4 ed. rev. por M. de Juglart), págs. 14 y ss. y 315 y ss.; A. PLANQUEEL, «Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge

gaciones en de medios y de resultado estaría en la inversión de la carga de la prueba que se introduciría en las primeras respecto de las segundas.

Así se ha sostenido (43) que la regla probatoria del artículo 1.315 del Código civil francés sólo se aplicaría a las obligaciones de resultado. Sólo en éstas con arreglo a criterios de idoneidad para la prueba es justo que el incumplimiento se presuma, de modo que al acreedor basta dar la prueba de la obligación para exigir la responsabilidad por incumplimiento, incumbiendo por el contrario dar al deudor o bien la prueba del cumplimiento (que se concibe como tema fijo de prueba del deudor) o la del caso fortuito.

En cambio, las obligaciones de medios se sustraerían a la regla del artículo 1.315, y en ellas sería el acreedor el que habría de probar la culpa del deudor. Ello se justifica, igualmente, con arreglo a criterios de idoneidad de prueba, derivados del propio contenido de tales obligaciones que hace que en ellas lo normal sea el cumplimiento (44).

A ello se ha replicado en primer término (45) que el artículo 1.315 no es más que la aplicación para el caso de la pretensión de cumplimiento de la regla general de la carga de la prueba, pero no es esta

de la preuve en cas d'inexécution», en R.T.D.C., 1972, págs. 334 y ss.; SAVATIER, R. *La théorie des obligations en droit privé économique*, París, 1979, 4 ed., págs. 188 y ss., y pág. 286; WEILL-TERRÉ, *Droit civil, IV, Les obligations*, París, 1980 (3 ed.), págs. 3 y ss., y 441 y ss.; G. VINEY, op. y loc. cit.

Los autores más recientes —vid. espec. WEILL-TERRÉ y VINEY— introducen matizaciones en el funcionamiento puramente esquemático de los dos principios de responsabilidad contrarios, siguiendo en esto, fundamentalmente, apreciaciones de ESMEIN, «Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle», en R.T.D.C., 1933, págs. 627 y ss., espec. páginas 642 y ss.; L'obligation et la responsabilité contractuelles», en *Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à G. Ripert*, II, París, 1950, págs. 101 y ss., y allí, págs. 107 y ss.; y en el tratado PLANIOL-RIPERT, tomo VI, *Obligations* (1.^a parte), París, 1952 (2.^a ed.), págs. 490 y ss. Vid., también, MARTY-RAYNAUD, *Droit civil, II,1, Les obligations*, París, 1962, págs. 502 y ss., espec. págs. 510 y ss., y FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, 1965, págs. 95 y ss.

La obra de TUNC, repetidamente citada, se maneja aquí en su versión en italiano («Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza», publicada en la *Nuova Riv. dir. comm.*, 1947-8, I, págs. 126 y ss. La versión original francesa se halla en *Sem. Jur.* (J.C.P.), 1945, I, págs. 449 y ss. («La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence»).

(43) TUNC, op. y loc. cit.

(44) En España, en este mismo sentido, LACRUZ (op. cit., pág. 105): «En las obligaciones de resultado la culpa se presume a partir del incumplimiento (cfr. art. 1.183): al acreedor le bastará demostrar la obligación y afirmar la inejecución para que sea el deudor quien haya de hacer patente su diligencia.

En las obligaciones de medios ninguna presunción ayuda al acreedor, quien habrá de probar que el deudor se comportó con negligencia o (en la culpa profesional) faltó a las reglas técnicas».

La razón de ser de esta discriminación no se explica debidamente por LACRUZ, pues del mismo modo que el artículo 1.183 no ofrece base para la distinción a efectos de la carga de la prueba entre los diversos elementos del resarcimiento (cfr. *ibidem*), tampoco la ofrece para operarla entre las dos mencionadas categorías de obligaciones.

(45) MENGONI, *ibidem*, págs. 317-8.

misma. Con arreglo a dicha regla general —el actor ha de probar el hecho constitutivo de su pretensión— al acreedor que acciona por la responsabilidad incumbe la prueba del incumplimiento (de su materialidad) que alega, no bastando la de la mera existencia de la obligación.

Además, y sobre todo, se ha puesto de manifiesto (46) como la doctrina francesa confunde los planos de la materialidad del incumplimiento (prueba inicial del mismo dada por el acreedor) con el de su justificación (prueba liberatoria del deudor).

La diferencia entre obligaciones de medios y de resultado opera en el primer plano, es decir, en el de la prueba por el acreedor de la ausencia del exacto resultado debido. Prueba que cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios respecto de las cuales se denuncie su inexactitud, consiste en la prueba de la falta de la diligencia debida, prueba de la culpa entendida como violación de la norma de conducta (técnica o no) exigible. En cambio, cuando se trata de obligaciones de resultado, dicha prueba se concreta en la de la falta o defectuosidad del *opus* debido, de la alteración de la realidad física en que el resultado debido consiste.

Pero tanto en una como en otra clase de obligaciones y sea para el incumplimiento total como para el inexacto, al deudor le es dado excluir el incumplimiento probado inicialmente por el acreedor a través de la prueba liberatoria. Mediante ésta, en definitiva, el deudor prueba que la infracción de la obligación que el acreedor ha demostrado se ha producido más allá del límite en que resulta relevante para determinar su responsabilidad.

Pues bien, la prueba de la culpa que el acreedor ha de suministrar en las obligaciones de medios se refiere no ya al plano de la liberación-responsabilidad del deudor, sino al de la prueba de la materialidad del incumplimiento (inexacto), de la falta del exacto resultado debido con arreglo al contenido propio de tal clase de obligaciones.

Admitir lo contrario, es decir, sostener una auténtica inversión probatoria a cargo del acreedor, supondría adosar a éste la prueba de la ausencia de un hecho impeditivo de su pretensión (47) en contraste con la distribución de la carga de la prueba operada en modo general por la ley (y no modificada en este caso expresamente) que pone el riesgo de la incerteza o ausencia de la prueba liberatoria (hecho impeditivo de la pretensión creditoria y constitutivo de la liberatoria del deudor) a cargo del demandado (deudor).

Por otra parte, dicha inversión probatoria no se admite desde el momento en que se dice que también el deudor incumplidor (o mejor

(46) Vid. MENGONI, *ibidem*, págs. 376 y ss.; MAJELLO, *ibidem*, págs. 197-8; BIANCA, *ibidem*, págs. 168-9; MICHELI, «L'onere...» cit., págs. 446 y 448, nota 31; OSTI, voz cit., pág. 298; MANCINI, op. cit., págs. 46-7; TRIMARCHI, «Istituzioni...» cit., pág. 350.

(47) Pues se adosaría al acreedor, no ya la prueba del incumplimiento en su materialidad, sino de la culpa como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida, probada la cual se excluye la concurrencia del hecho liberatorio, uno de cuyos elementos es la no imputabilidad de la imposibilidad (en su causación) al deudor.

aún, no cumplidor) de una obligación de medios puede dar la prueba liberatoria (48).

En definitiva, las obligaciones de medios no son excepción al reparto ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual. La distinción entre la esfera de la prueba inicial del incumplimiento (de su materialidad, de la falta del exacto resultado debido) y la de la responsabilidad-liberación (la consideración del límite de la

(48) El propio TUNC (op. cit., pág. 137) descarta que la distinción entre ambas categorías de obligaciones estribe en la aplicación de dos reglas de responsabilidad distintas. El artículo 1.147 del Cc. francés se aplica a las obligaciones de medios y a las de resultado.

Desde el momento en que la regla de responsabilidad es sólo una, la prueba liberatoria es, también, sólo una y la carga de la prueba es la misma. En realidad, admitido que al deudor no cumplidor cabe siempre la prueba liberatoria (la misma), resulta implícitamente que la prueba de la culpa a dar por el acreedor en las obligaciones de medios, se refiere al incumplimiento en su materialidad fáctica y no al plano de la liberación-responsabilidad. En verdad la doctrina de la inversión de la carga de la prueba en TUNC, parte del defectuoso entendimiento del artículo 1.315 Cc. francés, erróneamente interpretado en el sentido de que normalmente al acreedor no incumbe la prueba del incumplimiento (de su materialidad), sino sólo de la obligación, y, en cambio, cuando se trata de obligaciones de medios sí ha de probarlo (culpa como sinónimo de falta de —exacto— resultado debido).

No es que el acreedor deba probar la ausencia del hecho impeditivo de su pretensión (culpa como criterio de responsabilidad), sino que ha de dar la prueba de la infracción de la obligación (culpa como prestación defectuosa) que es hecho constitutivo de su pretensión resarcitoria. Prueba ésta de la materialidad del incumplimiento que incumbe al acreedor en toda suerte de obligaciones y que en el caso de las de medios consiste en la culpa (tratándose de incumplimiento inexacto) como defectuosa realización de la diligencia debida.

Es decir que las obligaciones de medios en orden a la prueba del acreedor, no presentan otra particularidad que la del contenido propio de la prueba de su infracción, que no es más, a su vez, que una consecuencia del contenido propio de la prestación que constituye su objeto.

Sin embargo, no ha faltado en la doctrina francesa la confusión entre uno y otro ámbito de la culpa (materialidad del incumplimiento y su prueba inicial por una parte y liberación-responsabilidad por otra), de modo que se ha llegado a sostener que probada la culpa del deudor por el acreedor en las obligaciones de medios a aquél no le cabe ya dar la prueba liberatoria (Cfr. para las referencias, MENGONI, *ibidem*, págs. 19-320). A los mismos resultados debería conducir el planteamiento de LACRUZ, antes transcrito, pues se habla de «culpa» no ya en el plano de la materialidad del incumplimiento sino de la responsabilidad-liberación («imputabilidad» del incumplimiento), y se concibe la culpa como fundamento y límite (ausencia de culpa, diligencia) de responsabilidad. Probada la culpa por el acreedor, al deudor ya no le cabría exonerarse, pues el límite de la responsabilidad (ausencia de culpa, única prueba que libera al deudor en ausencia del exacto cumplimiento) se excluye por la prueba del acreedor.

De este modo, como dice MENGONI, la doctrina francesa a que se alude, no ha comprendido las implicaciones sustantivas de las reglas de la carga de la prueba, pues una tal inversión probatoria significa, simultáneamente, una alteración de las reglas de la responsabilidad, significa constituir la culpa en límite y fundamento de la responsabilidad. De modo que se coloca al acreedor insatisfecho en la alternativa de, o dar la prueba de la culpa (en cuyo caso al deudor no cabe dar prueba liberatoria contraria) o de no poder hacer efectiva la responsabilidad contra el deudor.

responsabilidad), la primera presupuesto lógico de la segunda, se mantiene también en las obligaciones de medios. Al primer ámbito pertenece la prueba de la culpa (como prueba de la inexactitud de la prestación, art. 1.101 C. c.) del deudor dada por el acreedor. Al segundo ámbito, la prueba liberatoria de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil que ha de dar el deudor si quiere excluir el incumplimiento (y por ende, la responsabilidad); prueba liberatoria en que la ausencia de culpa del deudor es sólo uno de sus elementos.

Ha sido la teoría tradicional de la culpa la que ha favorecido la confusión de ambos planos al concebir a la culpa como fundamento y límite de la responsabilidad contractual, de forma que la prueba de la culpa del deudor (confundiendo aquí la culpa-incumplimiento material, infracción contractual, con la culpa-criterio de responsabilidad-liberación) dada por el acreedor, agotaría el juicio de responsabilidad, no cabiendo ya prueba contraria por parte del deudor.

Por lo que se refiere a los deberes de protección, se ha sostenido en la doctrina alemana (49) que en la responsabilidad dimanante de su infracción, de forma análoga que en la responsabilidad extracontractual y en modo contrario a lo que sucede con la responsabilidad contractual derivante de la infracción del deber de prestación, incumbe al acreedor dar la prueba de la culpa del deudor y no a éste dar la prueba de su ausencia.

También aquí se confunde la culpa con la materialidad de la infracción (prueba inicial del incumplimiento a dar por el acreedor). Siempre que se esté en el ámbito de la responsabilidad contractual, es decir, en el ámbito de la violación de obligaciones específicas preconstituidas por ley o derivantes de la buena fe como fuente integrativa del contrato, se está en el ámbito del artículo 1.214 en conexión con los artículos 1.101 y 1.105-1.182, 1.184 Código civil.

Es decir, en tanto que al acreedor (dañado en un interés de protección) incumbe la prueba de la materialidad de la infracción del deber invocado (prueba del daño y de su derivación en modo esencial, no ocasional de la actividad de cumplimiento de una relación obligatoria); al deudor (dañante) incumbe la prueba de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil, válida para todo el ámbito de la responsabilidad contractual (50) (51).

(49) Vid. MAJELLO, op. últ. cit., pág. 200 y ss.; MICHELI, «L'onere...» cit., página 441, nota 10; GIORGIANNI, op. últ. cit., págs. 298-9; BIANCA, op. últ. cit., pág. 169; MENGONI, op. últ. cit., pág. 374.

En la literatura alemana: LEONHARD, «Allgemeines Schuldrecht des B. G. B.», Munich y Leipzig, 1929; STOLL, «Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung», en *Arch. civ. Praxis*, 136 (1932) y RAAPE, «Die Beweislast bei positiven Vertragsverletzungen», en *Arch. civ. Praxis*, 147 (1941), este último en contra de la doctrina de la inversión.

(50) Una aplicación de la regla general de la responsabilidad contractual a los deberes de comunicación o aviso en el Derecho italiano, puede verse en MENGONI, *ibidem*, pág. 382.

(51) De este modo se acepta la tesis de MAJELLO (op. y loc. últ. cit. y «L'onere della prova nell'accertamento della responsabilità del depositario», en *Banca, bors. e tit. cred.*, 1960, II, págs. 325 y ss.) sólo en la parte de que la

En suma, sobre el acreedor-actor grava en todo caso —también cuando se trata de obligaciones de medios o de deberes de protección— la prueba del hecho de la infracción debitoria que constituye el fundamento de su pretensión resarcitoria.

Esta prueba, cuando se trata de obligaciones de medios de cuya realización se denuncia su defectuosidad, reviste, por el propio contenido de la prestación, la forma de la prueba de la falta de la diligencia debida (culpa).

Sobre el deudor-demandado grava —también en todo caso— la responsabilidad por infracción de un deber de protección no implica una inversión de la carga de la prueba liberatoria, que incumbe, siempre que se trate de responsabilidad contractual, al deudor. Pero se rechaza, por el contrario, cuando afirma que el contenido de la prueba del acreedor es distinto según se trate de responsabilidad por custodia o por imposibilidad sobrevenida (MAJELLO califica como deberes de protección el deber de custodia y el de preservar la posibilidad de la prestación), o de cualquier otro deber de protección, que tendría su entronque en la fórmula genérica del artículo 1.176 Cciv. it. En el primer caso el acreedor no habría de probar la causa del daño sufrido y su reconducción al *factum debitoris*, en tanto que en el segundo sí, pues, según MAJELLO, las dos primeras son formas de responsabilidad por las causas extrañas, en tanto que la segunda es una forma de responsabilidad por causas internas a la esfera del deudor que produzcan daño al acreedor con ocasión del cumplimiento.

La distinción entre causas internas y extrañas es arbitraria, pues todas las causas que inciden dañosamente en el acreedor a través de los medios del cumplimiento acaban por ser consideradas —mediatamente— por MAJELLO internas al deudor («Custodia e deposito», cit., págs. 142-3, 206, 211 y ss.).

Asimismo se rechaza que la prueba liberatoria a dar por el deudor en los casos de deberes de protección sea distinta de la general de la imposibilidad liberatoria con sus dos elementos (caso fortuito en su acepción amplia), y se circunscriba a a ausencia de culpa («Custodia e deposito» cit., págs. 107 y ss., 163 y 219-220, y «L'onere...» cit., págs. 329 y ss.). Pues no es lícito argumentar de la diligencia-criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida y de la custodia tras el vencimiento de la obligación principal de entrega (que se confunde con ella), para concluir que tratándose de deberes de protección la prueba de la imposibilidad no tiene sentido. Pues si la prueba de la imposibilidad no tiene sentido respecto de la diligencia a emplear para evitar la imposibilidad sobrevenida de la prestación, ello se debe a que funciona como criterio de imputación, como elemento del hecho liberatorio complejo que integra la regla de responsabilidad-liberación de los artículos 1.105-1.182 y 1.184 CC, regla que se aplica en el ámbito de la responsabilidad contractual, pero que es absurdo aplicar en el interior de ella misma segregando uno de sus elementos.

No existe más que una regla de responsabilidad contractual y (consiguientemente) una sola prueba liberatoria, la de los mencionados artículos del Cc. El concebir la diligencia como regla de responsabilidad contractual (con fundamento en la culpa y límite en la ausencia de culpa) no puede ser sino productor de equívocos, y choca con el propio contenido de la diligencia como criterio de cumplimiento.

La no aplicabilidad de los artículos 1.105-1.182 y 1.184 Cc. a la diligencia como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida (que, caso de admitirse, supondría que el deudor podría dispensarse de su negligencia causante de la imposibilidad, por imposibilidad a él imputable de prestar la debida diligencia, prueba alargable hasta el infinito), es una consecuencia derivada de su propio carácter de elemento *a se* integrado en la regla de responsabilidad-liberación de dichos artículos, y no de su (eventual) naturaleza de deber de protección.

prueba de la imposibilidad liberatoria-extintiva (caso fortuito en su acepción amplia) como hecho extintivo de la pretensión creditoria y constitutivo de la liberatoria del deudor, merced a su carácter de límite de la responsabilidad contractual, más allá del cual desaparece el fundamento último (el vínculo obligatorio) de ésta.

5) *Implicaciones y fundamento de la distribución de la carga de la prueba asumida*

La forma en que en el Código civil se distribuye la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual, hace que al acreedor, como regla general, baste la prueba inicial del incumplimiento, la de la insatisfacción de su derecho («cualquier modo de contravención» de la obligación, dice el artículo 1.101 C. c.) para que la responsabilidad del deudor no cumplidor venga afirmada (52). Es el deudor que pretende liberarse de la responsabilidad, quien ha de excluir la relevancia de la prueba del acreedor, demostrando que la falta del resultado que éste prueba, es irrelevante porque, dada la prueba liberatoria, deja de ser un resultado debido, ya que, extinguida la obligación (o, en el caso de la imposibilidad temporal no imputable, mientras se suspenda su eficacia) no cabe ni incumplimiento, ni, por tanto, responsabilidad.

La manera en que se distribuye la carga de la prueba pone, en suma, a cargo del deudor la determinación definitiva del incumplimiento, de modo que la responsabilidad del deudor puede venir afirmada sobre la base de la prueba inicial del acreedor, siempre que el deudor no alcance a demostrar el hecho liberatorio complejo en cada uno de sus elementos (imposibilidad sobrevenida de la prestación, individualización de la causa de la misma y no imputabilidad de ésta al deudor). El carácter complejo del hecho liberatorio determina que el deudor responderá, no obstante su ausencia de culpa o la idoneidad de sus medidas, cuando de su prueba no resulte la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

En la base de esta distribución de la carga de la prueba, como de la formulación misma del límite de la responsabilidad contractual, está la exigencia de la tutela del crédito (53). Lo que significa que se tutela la posición creditoria en abstracto (cualquiera puede asumir esa posición, y ser sucesivamente deudor y acreedor), de forma que, a través de esa tutela, se favorece la certeza y la seguridad de las transacciones, y al aumentar el porcentaje de obligaciones cumplidas (pues al deudor se exige el máximo de esfuerzo en el cumplimiento) se favorece el desarrollo del entero sistema económico.

(52) Cfr. MAJELLO «Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana» en «Fondamento e funzione della responsabilità civile», Nápoles, 1975, bajo la dirección de V. BUONOCIORE y U. MAJELLO, págs. 7 y ss., y allí, pág. 13; GALGANO, «Diritto privato» cit., pág. 198.

(53) Vid. GALGANO, op. y loc. cit.; BARASSI, «Teoria generale...» cit., páginas 350 y 354.

Que la prueba de la insatisfacción del acreedor sea bastante para la afirmación de la responsabilidad, y que sea el deudor quien tenga que excluir su relevancia (excluyendo el incumplimiento mismo con la prueba de la extinción de la obligación) no es más que la plasmación en términos jurídicos de exigencias económicas que están en la base del Derecho de obligaciones como Derecho del intercambio.

La consideración de estas exigencias, ha permitido a Trimarchi (54) poner de relieve una serie de aspectos que configurarían la justificación «económica» (o economicista) de la distribución de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual. Así, en primer término, será el deudor normalmente la persona más idónea para adoptar las medidas necesarias para evitar el daño, y ello porque es el deudor el que dirige y controla la ejecución de la prestación. En segundo lugar, las medidas adoptables por el acreedor para reducir la cuantía del daño, son casi siempre también adoptables por el deudor y a un menor costo (p. ej., control de los defectos de fabricación). En tercer lugar, las medidas que el deudor adopta para prevenir el daño son más eficaces que las del acreedor, pues en tanto las de éste cubren normalmente sólo las consecuencias dañosas que el sistema de la responsabilidad deja a su cargo (el daño no indemnizable), las adoptadas por el deudor cubren generalmente todas las consecuencias dañosas del incumplimiento. Por tanto, a igualdad de gasto, es preferible que provea el deudor. Finalmente, cuando se trata de imputación objetiva, el deudor responde del incumplimiento causado por un evento que se incluya en su esfera de riesgo, aunque en el estado actual de desarrollo tecnológico no existan técnicas para evitarlo, de modo que la imputación positiva a pesar de ello, tiene la virtualidad de impulsar el progreso tecnológico.

La manera en que se configura el sistema de la responsabilidad contractual, pues, hace, dada la distribución de la carga de la prueba y el carácter riguroso del límite de la responsabilidad contractual (y consiguientemente, la dificultad de la prueba liberatoria), que el acreedor insatisfecho normalmente actúe su pretensión resarcitoria una vez dada la prueba de su insatisfacción. La afirmación de la responsabilidad es lo normal y la liberación del deudor no cumplidor lo excepcional.

De este modo la responsabilidad funciona, coherentemente con la estructura de la obligación, como consecuencia normal de la obligación insatisfecha (no cumplida), mientras el deudor que pretenda liberarse una vez probada por el acreedor su insatisfacción, ha de excluir el fundamento último del que deriva la responsabilidad: la obligación misma (55).

Si algún sentido hay que dar a la doctrina y jurisprudencia que frecuentemente sobre la base de los artículos 1.101 y 1.183 Código

(54) «Sul significato...» cit., págs. 522-3.

(55) Comp. SCOGNAMIGLIO, voz cit., pág. 673: «Invero il debitore come tale, è tenuto in ogni caso ad adempiere, o a prestare in linea surrogatoria il risarcimento, cossichè, e coerentemente, può esonerarsi da responsabilità solo se prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

civil hablan de una «presunción de culpa» por el hecho del incumplimiento (de su materialidad, de la falta o defectuosidad del resultado debido) (56), es el de que una vez dada por el acreedor la prueba de su insatisfacción (de la materialidad del incumplimiento, art. 1.101 Código civil), la responsabilidad del deudor no cumplidor es lo normal («se presume»), y sólo si el deudor alcanza a dar la (no fácil) prueba liberatoria, se producirá la liberación que, coherentemente con las exigencias de tutela del crédito, de fomento del desarrollo del tráfico a través de su seguridad, es lo anómalo.

6) *Responsabilidad contractual y extracontractual bajo el perfil de la carga de la prueba*

Es afirmación corriente en la doctrina y jurisprudencia (57), que la regulación de la carga de la prueba en materia contractual produce una inversión de su distribución con arreglo a los principios generales. Inversión de la carga de la prueba, que junto a la distinta medida del resarcimiento (que en la responsabilidad aquiliana es siempre total) y el diferente plazo de prescripción de las respectivas acciones, sería uno de los elementos de distinción a nivel normativo entre ambas formas

(56) Vid. SANTAMARÍA, op. cit., pág. 21; ESPÍN, op. cit., pág. 204; GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., pág. 278; ALBALADEJO, op. cit., pág. 117; SOTO NIERO, op. cit., página 128; LACRUZ, op. cit., pág. 105 (que restringe el ámbito de la presunción a las obligaciones de resultado); recogen la doctrina común, también con reservas o criticándola: CASTÁN op. cit., pág. 172; DÍEZ-PICAZO-GULLÓN, op. cit., página 248, y DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» cit., pág. 715.

Ejemplo jurisprudencial, entre muchos otros, es la sent. T.S. de 30 abril de 1959 (R.A. 1981): «Que al existir, en efecto, un contrato celebrado entre el actor y la empresa de transporte... es en razón a su incumplimiento, al producirse el daño, cuando surge la obligación de indemnizar los perjuicios que se ocasionan al viajero, de los que debe responder con arreglo al principio fundamental de derecho de que no hay responsabilidad sin culpa, aquel que es origen de ésta, culpa que se presume en todo incumplimiento de contrato».

(57) Cfr ESPÍN, op. cit., págs. 204 (espec. nota 11) y 473; LACRUZ, op. cit., página 211; GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., pág. 312; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., página 609 *sub b*) (críticamente); CASTÁN, op. cit., pág. 172; GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., páginas 278-279; BETTI, op. cit., págs. 148-9; GALGANO, «Diritto privato» cit., pág. 339; RUGGIERO-MAROI, op. cit., pág. 90; TRABUCCHI, op. cit., págs. 212 y 560; SCOGNAMIGLIO, voz cit., pág. 673.

En la jurisprudencia es significativa, entre otras, la sent. T. S. de 4 de octubre de 1935 (R.A. 1809), ya citada: «Que aun siendo marcadamente diferente el régimen de la prueba en la teoría de la responsabilidad contractual, o sea la derivada de la violación de las obligaciones contractuales, a la que hace referencia nuestro Código civil en sus artículos 1.101 y siguientes, y en el cuadro de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, emanada de los hechos ilícitos y que reglamentan los artículos 1.902 y sucesivos del propio cuerpo legal, es obvio que ambas especies jurídicas presuponen, para su reconocimiento y efectividad judicial, la actividad probatoria del demandante, que en la primera ha de demostrar la existencia de la obligación y el hecho de su incumplimiento ... y en la segunda ha de acreditar cumplidamente, no sólo que existe el daño, sino que este daño procede de culpa atribuible al demandado».

de responsabilidad. De modo que mientras en la responsabilidad extracontractual incumbe al acreedor (dañado) la prueba de la culpa del deudor (dañante), por el contrario en la responsabilidad contractual es el deudor quien ha de dar la prueba de la ausencia de culpa suya.

Esta contraposición del régimen de la carga de la prueba en ambas formas de responsabilidad ha sido negada, en primer término, por quienes entienden, que la prueba de la ausencia de culpa ha de darse por el deudor tanto en el caso de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual. Tal fue la tesis sostenida por Carnelutti (58) a principios de siglo, y en tiempos más recientes retomada por Majello (59).

Carnelutti (60) partía de una correcta interpretación del artículo 1.312 Código civil italiano de 1865 (equivalente a nuestro artículo 1.214 Código civil), en el sentido de que era una aplicación para el supuesto de la pretensión de cumplimiento del principio general de la carga de la prueba, principio que se expresaba en términos de que quien pretende el reconocimiento judicial de un derecho, debe probar el hecho o serie de hechos que lo constituyen (hecho constitutivo), y el que se le opondrá, debe probar, a su vez, el hecho o la serie de hechos que lo extinguen (hecho impeditivo o extintivo). Es este principio general de la carga de la prueba, el que se ha recogido en el nuevo Código civil italiano en su artículo 2.697.

La norma general que Carnelutti inducía del artículo 1.312 Código civil italiano de 1865, era, asimismo correctamente, calificada como norma procesal, en el sentido de que la consideración en cada caso de los hechos como constitutivos o extintivos a los efectos de la distribución de la carga de su prueba, era algo que se determinaba por la norma de Derecho sustantivo de cuya aplicación se tratase.

Pues bien, en el caso del incumplimiento, con arreglo a los principios generales, el acreedor que pretendiese el resarcimiento, habría de probar, no sólo la existencia de la obligación, sino el *hecho* del incumplimiento (su materialidad) que es también presupuesto, elemento constitutivo de la pretensión resarcitoria. En cambio, de la existencia de la norma del artículo 1.225 del Código civil italiano de 1865 (equivalente a nuestro art. 1.105 C. c.), Carnelutti deducía la no necesidad de la prueba de la culpa del deudor por el acreedor. Y ello, porque la carga de la prueba con arreglo al principio general inducido del artículo 1.312 del Código civil italiano derogado, se determinaba una vez calificados por el Derecho sustantivo los hechos a probar como extintivos o constitutivos con relación al contenido de cada pretensión.

(58) Vid. «Sulla distinzione...» cit., págs. 747-8 y «Appunti...» cit., páginas 620 y ss.

(59) Vid. «Custodia e deposito» cit., págs. 170 y ss. y «L'onere della prova...» cit., págs. 325-6.

En cambio, con posterioridad, MAJELLO parece haber acogido la tradicional distinción en cuanto a la carga de la prueba entre ambas formas de responsabilidad (Vid. «Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana» cit., pág. 13).

(60) Cfr. «Appunti...» cit. págs. 620-1.

Pues bien, el citado artículo 1.225 calificaba la culpa (su ausencia, como hecho impeditivo de la pretensión creditoria, y, por tanto, su prueba incumbía al deudor y no al acreedor (61). Conclusión también aquí exacta, con la salvedad de que la prueba liberatoria a dar por el deudor no se agota en la ausencia de culpa —como sostenía Carnelutti bajo el influjo de la teoría tradicional de la culpa— sino que consiste en la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor.

Esta atribución de la carga de la prueba de la culpa (de su ausencia) al deudor se pretendió trasplantar por Carnelutti también al ámbito de la responsabilidad extracontractual, mientras que al acreedor (dañado) correspondería sólo la carga de la prueba del daño injusto. La extensión de la solución acogida en sede de responsabilidad contractual, al ámbito de la responsabilidad extracontractual, se hace por Carnelutti sobre la base (cierta) del carácter neutro de la norma general de la carga de la prueba, que se llena de contenido en función de la calificación que reciban los hechos (como constitutivos o extintivos) por el Derecho sustantivo con relación a cada pretensión en el seno de la relación jurídica de que se trate. Pero junto a esta base cierta, existía en la argumentación del insigne jurista una premisa errónea, que era el presunto silencio del artículo 1.151 del Código italiano derogado (actual 2.043 y equivalente a nuestro art. 1.902 C. c.) sobre la calificación de la culpa en la responsabilidad aquiliana como hecho constitutivo o extintivo de la pretensión reparadora. Sobre esta premisa errónea (62) junto a consideraciones de orden práctico (63), Carnelutti sostuvo la aplicación analógica del artículo 1.225 del Código derogado a la responsabilidad extracontractual, de forma que también en ésta no correspondería al acreedor la prueba de la culpa del deudor, sino a éste dar la prueba de su ausencia.

Igualmente Majello (64) ha sostenido que también en la responsabilidad extracontractual incumbe al deudor (dañante) probar la ausencia de su culpa, y no al acreedor (dañado) su presencia. La afirmación tradicional contraria, según Majello, confunde culpa con comportamiento del deudor, de forma que lo que el acreedor-dañado tiene que probar no es la falta de diligencia del dañante (que para Majello sería una prueba imposible de dar por el dañado), sino la relación causal del daño sufrido con la conducta del deudor-dañante o con las cosas o animales de éste (65).

Ya desde antiguo, la doctrina (66) ha puesto de manifiesto cómo

(61) Cfr. «Appunti...» cit., pág. 622 y «Sulla distinzione», cit., págs. 748.

(62) Vid. «Appunti...» cit., pág. 623.

(63) Cfr. «Sulla distinzione...» cit., pág. 748: «Secondo me, non v'è una ragione al mondo perchè chi chiede risarcimento per la lesione di un diritto obbligatorio debba provar solo le lesione materiale, e chi lo chiede per la lesione di un diritto reale debba dimostrare anche la lesione colposa».

(64) Opp. y locc. citt.

(65) Vid. «Custodia e deposito» cit., págs. 173-5 y 193.

(66) Vid. ASQUINI, «La responsabilità del vettore...» cit., págs. 366 y ss.; MICHELI, «L'onere della prova» cit., págs. 447 y ss.; SCHLESINGER, *recensión cit.*, pág. 408; GÓMEZ ORBANEJA, *op. y loc. últ. cit.*

la analogía entre responsabilidad contractual y extracontractual en el ámbito de la carga de la prueba no es posible, ya que, en tanto la culpa es elemento constitutivo de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 C. c.) (67), es elemento impeditivo (su ausencia, junto con la imposibilidad sobrevenida de la prestación) en la responsabilidad contractual (arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c.).

Si bien es cierto que la norma general de la carga de la prueba (inducible del art. 1.214 C. c.) es una norma neutra, no lo son ni el artículo 1.902, ni los artículos 1.105-1.182, 1.184 del Código. En el primero la culpa se integra en el presupuesto normativo de la responsabilidad (daño injusto *culpable*), en los segundos la culpa (su ausencia) es elemento del hecho liberatorio complejo, y como tal, sólo presupuesto mediato o indirecto de responsabilidad. Por consiguiente, la calificación que el Derecho sustantivo hace de la culpa en relación a la pretensión del acreedor, calificación que da contenido a la norma procesal implícita en el artículo 1.214 del Código civil, es en uno y otro caso inversa.

De forma que mientras en la responsabilidad aquiliana la culpa es hecho constitutivo de la pretensión del acreedor (a quien en aplicación de la norma general contenida en el artículo 1.214 Código civil, incumbe la carga de su prueba), en cambio, en la responsabilidad contractual es, junto a la imposibilidad sobrevenida, hecho impeditivo de la pretensión del acreedor (constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor, a quien en aplicación de la referida norma general incumbe la carga de su prueba).

Sobre estas bases puede ser criticada la «inversión de la carga de la prueba» de que habla la doctrina común como criterio de distinción entre ambas formas de responsabilidad.

No es que los principios de la carga de la prueba se alteren según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tratán-

(67) Lo que no se contesta diciendo (MAJELLO op. últ. cit. págs. 170-1) que también es hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria en la responsabilidad contractual la ausencia de imposibilidad liberatoria, y, sin embargo, no se exige del acreedor la prueba de la posibilidad de la prestación, o de la imputabilidad de la imposibilidad al deudor, en su caso. Porque si no se exigen del acreedor tales pruebas es, precisamente, porque la norma de Derecho sustantivo en la materia, la única que puede hacerlo, opera la calificación de la imposibilidad liberatoria como hecho impeditivo con relación a la pretensión del acreedor. De forma que la norma contenida en el artículo 1.214 Cc., actuando sobre la calificación previa que realizan los artículos 1.105-1.182, 1.184 Cc., atribuye la carga de la prueba de la imposibilidad liberatoria —en la que se incluye como una de sus elementos la ausencia de culpa— al deudor.

En cambio, en el artículo 1.902 Cc., falta cualquier referencia a la culpa como hecho impeditivo de la pretensión resarcitoria. Frente a esto, no basta decir que la prueba de la culpa es imposible para el dañado (es, en suma la prueba de la no conformidad de la conducta del dañante a un modelo de comportamiento diligente), pues es el legislador el que libremente opera la distribución de la carga probatoria, a través de como se califican los hechos por la norma sustantiva (art. 1.902 Cc.), y hay que estar a esta calificación y no a afirmaciones apriorísticas (Cfr. SCHLESINGER, op. y loc. últ. citt.).

dose de dos formas de responsabilidad estructuralmente diversas, la aplicación del mismo principio general de la carga de la prueba conduce a resultados diferentes (68). En ambos casos el acreedor ha de dar la prueba del hecho constitutivo de la responsabilidad, lo que ocurre es que según sea la forma de responsabilidad, éste viene definido por las normas sustantivas (arts. 1.101 y 1.902 C. c.) o por la infracción de una obligación preexistente o bien por la comisión de un daño injusto y culpable que tiene el efecto de constituir una obligación previamente inexistente, que tiene por contenido, precisamente, el resarcimiento del daño causado. Por tanto, no existen dos reglas sobre la carga de la prueba según se trate de una u otra clase de responsabilidad, sino que siendo única la regla, es diversa su actuación en una y otra forma de responsabilidad por las diversas características de cada una de ellas, características que derivan de su configuración estructural por las normas de Derecho sustantivo que dan concreto contenido a la norma genérica procesal implícita en el artículo 1.214 Código civil.

Sin embargo, hay que añadir de inmediato que las consideraciones de orden práctico que estaban en la base de la doctrina que sostuvo la aplicación analógica de los principios de la carga de la prueba de la responsabilidad contractual en el ámbito de la responsabilidad aquiliana —consideraciones genialmente intuidas por Carnelutti, que se reducen básicamente a la mayor tutela del dañado a través del aligeramiento de su carga probatoria (69)— han encontrado eco en la moderna regulación de la responsabilidad extracontractual.

(68) Cfr. RAVAZZONI, op. cit., pág. 957 y NATOLI, op. cit., págs. 84-5.

Con gran claridad, en este mismo sentido, GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., página 312: El hecho de que en la responsabilidad extracontractual sea el actor quien haya de probar la culpa del deudor, y en la contractual el deudor quien haya de probar su ausencia «no depende de la existencia de una presunción general de culpa en el incumplimiento de las obligaciones contractuales. Tal presunción no existe de ningún modo. Depende de que las normas de la responsabilidad contractual, como se ve contrastando el artículo 1.101 del Cc. con el 1.105, no hacen propiamente de la culpa un elemento constitutivo, sino de la no-culpa (lo «imprevisible», lo «inevitable», la fuerza mayor, el caso fortuito) un elemento impeditivo (de la responsabilidad). No se insinúa, pues, con esto, de ningún modo, que la culpa, *per se*, sea algo distinto en un campo que en el otro (es siempre, añadido, la del artículo 1.104 Cc.). Lo diverso es la configuración de las normas mismas y, consecuentemente, el entrecruce y juego de norma y contranorma. Y esto, en definitiva, es lo que condiciona la regulación de la carga de la prueba en el proceso civil».

(69) Es precisamente esta tendencia equitativa, de mayor tutela del dañado a través del aligeramiento de su carga probatoria, la que explica la evolución jurisprudencial del T. S. en materia de carga de la prueba de la culpa extracontractual (Cfr. PUIG BRUTAU, op. cit., II-2, págs. 681-3; LACRUZ, op. cit., págs. 193-4 y 211-2; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., págs. 606-7; ESPÍN, op. cit., pág. 474).

Dicha evolución ha producido el paso desde la posición «ortodoxa» (al actor incumbe la prueba de la culpa del dañante como elemento constitutivo de la responsabilidad), hasta una sustancial inversión de la carga de la prueba de la culpa (es el demandado-dañante quien ha de probar su diligencia, su ausencia de culpa). Esta inversión es fruto del uso intensivo de la técnica de la presunción simple (*praesumptio hominis*) como medio de prueba: los hechos probados permiten inferir la existencia de otro hecho que se

De hecho, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana se opera un constante retroceso de la responsabilidad basada sobre la culpa en favor de formas de responsabilidad objetiva que prescindan de ella, y que se reconducen genéricamente a la idea del riesgo. En estos casos la responsabilidad del dañante viene afirmada a través de la simple prueba por el dañado del daño injusto, en tanto que al primero incumbe la prueba de la ajenedad del evento dañoso a su esfera de control.

indaga; así, la culpa (hecho incierto) se induce de la forma en que se ha producido el daño (hecho cierto, probado por el actor), forma en que es *normal* que existiese culpa del demandado (*res ipsa loquitur*). A éste incumbirá dar la prueba de su diligencia para vencer la presunción a él contraria. De esta forma el actor es aliviado de la carga de la prueba de la culpa, que pasa al demandado.

Como hitos de esta evolución jurisprudencial, cabe señalar: la sentencia de 10 de julio de 1943 (R.A. 856): «Que si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causados por automóviles, no está consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí sólo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción»; sentencias de 30 junio 1959 (R.A. 294) y 5 abril 1963 (R.A. 1956): «que si bien nuestra legislación no tiene admitido en modo expreso el sistema objetivista no es menos cierto que el sistema subjetivista viene evolucionando en la doctrina y en la jurisprudencia, unas veces invirtiendo la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que obró con toda la prudencia y la diligencia precisas para evitarlo». Esta diligencia se entiende, además, de alto nivel y «especializada» según el tipo de actividad de que se trate: «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales, para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido resultado positivo, revela le insuficiencia de las mismas y que faltaba algo que prevenir, no hallándose completa la diligencia», consecuencia ésta de la aplicación del artículo 1.104 Cc., que exige no una «diligencia simple, sino la que deriva de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar». Y todo ello —como confiesa la segunda de las sentencias citadas— de acuerdo con la tendencia doctrinal y jurisprudencial que ante los progresos del mundo moderno «suaviza la rigurosa exigencia de una prueba completa de los hechos» y afronta «la dificultad de la prueba, que coloca en situación de inferioridad al demandante, contradiciendo los principios de equidad que deben presidir la realización de la justicia, todo lo cual aconseja dar cabida al principio de expansión en la apreciación de la prueba en beneficio del más débil»; con las sentencias de 11 marzo 1971 (R.A. 1234) y 29 diciembre 1975 (R.A. 4842), la inversión de la carga de la prueba de la culpa aparece ya consolidada. Y ello, por razón —dice la primera sentencia— «de conseguir mayor elasticidad en la aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 Cc., y atemperar en lo posible su contenido a las orientaciones científicas más modernas». Así se establece en ambas: «que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que dichos preceptos se refieren, se presume siempre culposa a no ser que su autor acredite en debida forma, haber actuado con el cuidado y diligencia que requerían las circunstancias de lugar y tiempo concurrentes en el caso concreto de que se trata, sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, más o menos ineficaces».

En España, ALBALADEJO (op. cit., II, 2, págs. 426 y ss.) ha sostenido —como en su día CARNELUTTI— el trasplante de los principios de la carga de la prueba de la responsabilidad contractual a la extracontractual, sobre la base de la aplicación analógica y de la facilitación de la tutela resarcitoria. Ya hemos visto que la primera no cabe por la diversa configuración estruc-

Tampoco aquí se produce una inversión de la carga de la prueba, sino que lo que ocurre es que el presupuesto de la responsabilidad se configura de otro modo. No es el daño injusto culpable el hecho constitutivo generador de la responsabilidad, sino simplemente el evento dañoso, en tanto que el hecho impeditivo se configura como la prueba por el dañante de la ajenidad del mismo a su esfera de actividad típica.

La regla general de la carga de la prueba es siempre la misma (la contenida en la norma del art. 1.214 C. c.), pero asume contenidos diversos en la medida en que los presupuestos de la responsabilidad se configuran en modo distinto por el Derecho sustantivo. Al acreedor incumbirá siempre la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión reparadora, y al deudor la de los extintivos de la misma, pero la norma que determina en cada caso cuáles son unos y otros, es la norma sustantiva que regula los presupuestos de la responsabilidad, norma que da contenido a la norma procesal del artículo 1.214 Código civil.

He aquí, pues, una ulterior confirmación, por un lado, de la estrecha correlación existente entre normas sustantivas y normas de la carga de la prueba y, por otro, de la evolución de los criterios de responsabilidad hacia la objetivación de ésta, que está invirtiendo la relación regla (responsabilidad culposa art. 1.902 C. c.) excepción (responsabilidad objetiva) en el ámbito de la responsabilidad civil.

7) *Crítica de la doctrina tradicional desde la perspectiva de la carga de la prueba*

La doctrina tradicional de la culpa asume como principio básico de la responsabilidad contractual, el de que no basta a generarla la mera infracción de la obligación por el deudor, sino que se requiere, además, que esta infracción sea culpable, en conformidad con el axioma de «ninguna responsabilidad sin culpa», que sería un principio general aplicable a toda clase de responsabilidad. Y, sin embargo, esta misma doctrina a la hora de llevar a la práctica efectiva aquellas afirmaciones de principio, sostiene que al acreedor le basta dar la prueba de la materialidad del incumplimiento, de la falta del resultado debido, no debiendo probar, en cambio, la culpa del deudor, pues ésta de acuerdo con la ley se presume (70). Presunción de la culpa del deudor *iuris*

tural de las dos clases de responsabilidad, y que las consideraciones de orden práctico, aun respondiendo a innegables exigencias de mayor tutela, no bastan para invertir la carga de la prueba, que es fruto de aquella configuración.

La jurisprudencia tratando de compaginar las exigencias de equidad con el rigor dogmático, llega a los mismos resultados que ALBALADEJO por el camino indirecto de la presunción simple.

(70) Vid. doctrina española citada en la nota 56.

Para la doctrina italiana cfr. BIANCA, «Dell'inadempimento...» cit. págs. 166 y ss.; RUGGIERO-MAROT, op. cit., pág. 90; ASQUINI, «La responsabilità del vettore...» cit., pg. 368; MESSINEO, op. cit., § 114, n. 4, págs. 237 y ss.; TRABUCCHI, op. cit., págs. 212 y 560; DISTASO, op. cit., págs. 391 y ss.; MACCARONE, op. cit., pág. 53; BETTI, op. cit., págs. 148-9.

tantum, pues éste, una vez probado el incumplimiento por el acreedor, puede excluir la responsabilidad, venciendo la presunción a él desfavorable con la prueba contraria de la ausencia de culpa.

De esta manera se opera en el plano de la carga de la prueba una genuina contradicción, pues al acreedor se le dispensa de la prueba de un hecho (la culpa), que se asume como elemento constitutivo de su pretensión resarcitoria (71). En vez de tener que probar el acreedor un hecho constitutivo de su pretensión, es el deudor el que tiene que probar su ausencia. O más exactamente, el riesgo de la ausencia o incerteza probatoria de un hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria, se desplaza del actor (acreedor) al demandado (deudor).

La doctrina de la culpa que, coherentemente con el asumido carácter constitutivo de la misma para la pretensión resarcitoria, ha impuesto la carga de la prueba de aquélla al acreedor, ha sido francamente minoritaria (72).

Esta contradicción de que de la prueba de un elemento constitutivo de su pretensión venga dispensando el acreedor y onerado el deudor, ha pretendido ser explicada con criterios de normalidad (73). La presunción de culpa que se desprendería del artículo 1.183 Código civil, se justifica porque la ley recoge en su fórmula un criterio de normalidad, en base al cual quien prueba un hecho debe probar también las circunstancias que a ese hecho acompañan en vía excepcional o anormal, pero no aquellas otras que lo acompañan natural o normalmente. De modo que el acreedor que prueba el incumplimiento, viene dispensado de la prueba de la culpa porque ésta es normalmente inherente al hecho del incumplimiento contractual. De forma que, manteniéndose la distinción entre la esfera de la infracción (o materialidad del incumplimiento) y la de la imputabilidad de la infracción (culpa), la ley en la fórmula del artículo 1.183 Código civil acogería con carácter general un juicio positivo de imputabilidad de la infracción derivante de la sola prueba de la misma. El juez con la sola prueba de la infracción ha de pronunciarse por la responsabilidad, salvo que el deudor dé la prueba de la ausencia de culpa. Y ello, porque es normal

(71) Ello es evidente, desde el momento que la presunción legal, no es más que, sustancialmente, una distribución del riesgo de la ausencia o incerteza de la prueba, que, por tanto, se equipara a la carga de la prueba. Vid. SACCO, «Presunzione...» cit., *passim*, espec. págs. 407 y ss.

No debe confundirse la presunción legal (*iuris tantum, relativa*), regla probatoria, con la presunción simple como medio de prueba. La identidad de denominación procede —SACCO, *ibidem*, págs. 407-8— de una concepción arcaica, que concibe a la presunción legal como un tipo de ilación o juicio lógico, formulado por el legislador sobre la base de un cálculo de probabilidades. Para esta concepción, que impregna nuestro Código civil, cfr., artículos 1.249 y ss., la presunción legal relativa es un verdadero medio de prueba. En cambio, la presunción legal no sirve para persuadir al juez, sino que determina un deber de comportamiento de éste (fallo contra la parte onerada), para el supuesto de incerteza o ausencia de la prueba de que se trate.

(72) Cfr., como un caso aislado, MAIORCA, voz cit., págs. 582 y ss., *sub* n. 42.

(73) Cfr. BIANCA, ASQUINI y BETTI, *opp. y locc. citt.*

o es una máxima de experiencia que al incumplimiento se acompañe la culpa. Este criterio de normalidad o experiencia es el que adoptaría forma legal en el artículo 1.183 Código civil.

En cambio en el ámbito de la responsabilidad extracontractual culposa (art. 1.902 C. c.), la máxima de experiencia sería la contraria. La culpa se consideraría como una circunstancia excepcional, de forma que el acreedor-actor que para ser resarcido alega el hecho dañoso culpable, ha de probarla. En vez de una presunción de culpa, existiría una presunción de ausencia de culpa (74).

A través de esta interpretación se desfiguran las normas sobre la carga de la prueba, pues se confunden con normas —que vinculan al juez— sobre la valoración (legal) de la prueba del incumplimiento dada por el acreedor (75). Además, se falsea la justificación de las diferencias existentes en la carga de la prueba entre responsabilidad contractual y extrancontractual. Tales diferencias obedecen, como ya se ha visto, a la distinta configuración de los supuestos de la responsabilidad en uno y otro caso. La culpa se integra en el hecho constitutivo de la responsabilidad extracontractual culposa (art. 1.902 C. c.), en tanto que su ausencia se integra en el hecho impeditivo de la pretensión resarcitoria en la responsabilidad contractual (arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c.). Por eso en el primer caso su prueba incumbe al acreedor-actor, y en el segundo su ausencia al deudor-demandado. Las normas de la carga de la prueba no valoran las pruebas dadas por las partes, sino que se limitan a distribuir entre las mismas el riesgo de su incerteza o ausencia, en función que el hecho a probar se considere por el Derecho sustantivo como constitutivo o extintivo con relación a una determinada pretensión. En concreto, con relación a la pretensión resarcitoria del acreedor, dicha calificación de la ley sustantiva por lo que se refiere a la culpa del deudor es inversa en una y otra forma de responsabilidad; por ello, las mismas normas de la carga de la prueba, llevan a resultados diversos en uno y otro caso.

(74) Cfr. ASQUINI, op. y loc. últ. citt.

(75) Cfr. MICHELI, «L'onere...» cit., pág. 366.

Problemas de la carga de la prueba y de la valoración de ésta, que han sido distinguidos por la jurisprudencia. Cfr. sent. T.S. 24 abril 1941 (R.A. 509): «... artículos 1.214 y 1.218 del Código civil, que se aducen en los motivos cuarto y quinto, ya que el primero de esos preceptos, según reiteradamente tiene declarado esta Sala, no se refiere a la apreciación de la prueba, ni se propone regular el valor y eficacia de cada uno de sus elementos»; sentencia 3 mayo 1944 (R.A. 659): «... porque el artículo 1.214 del Código civil, regula el problema del *onus probandi*, y no el de la valoración de la prueba»; sent. 24 marzo 1954 (R.A. 1003): (el art. 1.214) «es sólo expositivo del principio relativo a quién incumbe la prueba de las obligaciones y carece de utilidad en casación para impugnar la apreciación por el Tribunal *a quo* de la practicada en juicio», pues no hace referencia a la eficacia de la misma (sent. 18 noviembre 1954, R.A. 3180).

Recientemente, la sent. T.S. 6 noviembre 1982: «El artículo 1.214 del Código civil no contiene norma alguna valorativa de prueba, sino el establecimiento del principio que gobierna su carga; no cabe, por tanto, su alegación para fundar en él, aisladamente, la casación cuando el juzgador da por probados los hechos constitutivos del derecho reclamado por el actor» (A.D.C., 1983, pág. 656).

Si acaso, aquellas consideraciones de normalidad o máximas de experiencia están, como criterios de política legislativa, en la *ratio* de las normas sustantivas que operan la calificación de los hechos a los efectos de distribuir la carga de su prueba (76).

Hablar de presunción de culpa en sede de distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual, o es contradictorio o es superfluo, en función de la noción de culpa que se maneje.

Se puede hablar de culpa, en primer lugar, para indicar la no conformidad de la actividad del deudor al modelo de conducta debido en las prestaciones de actividad. Se trata aquí de una noción de culpa manejada como sinónimo de falta del resultado debido, como infracción del contenido de la obligación (que consiste, precisamente, en la prestación de una actividad diligente, técnica o no). Se trata, pues, de algo que constituye objeto de la prueba inicial del incumplimiento a dar por el acreedor, o lo que es lo mismo, objeto de la prueba de la materialidad del mismo.

Hablar en este ámbito de presunción de culpa es contradictorio, pues supondría dispensar al acreedor de aquella prueba que, de acuerdo con el artículo 1.101 C. c., le corresponde. La presunción de culpa (que es una regla de la carga de la prueba de la misma) aquí no tiene sentido. El acreedor en todo caso ha de probar el hecho constitutivo de su pretensión que, conforme al citado artículo 1.101, es la materialidad del incumplimiento, presupuesto de toda cuestión de responsabilidad. Prueba que, cuando se trata de obligaciones de actividad, se traduce, para el incumplimiento inexacto, en la diformidad de la conducta del deudor respecto del modelo debido (culpa en sentido objetivo). Presumir esta culpa, sería invertir sobre el deudor la prueba de la ausencia de un hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria, de cuya prueba se dispensaría al acreedor, lo que, evidentemente, carece de sentido.

Se puede hablar de la culpa en otro sentido, como elemento integrante del hecho complejo liberatorio. En este ámbito, integrándose la culpa junto con la imposibilidad sobrevenida de la prestación (artículos 1.105-1.182 C. c.) en el seno de la prueba liberatoria, no cabe duda de su carácter impeditivo de la pretensión creditoria y constitutivo de la pretensión liberatoria del deudor. Por ello, así como Carnelutti situaba la ausencia de culpa en el ámbito de la carga de la prueba del deudor, así ha de situarse hoy, superados los equívocos sobre el papel de la culpa en la determinación de la responsabilidad-liberación, con arreglo al artículo 1.214 Código civil, la prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable en el mismo ámbito.

Hablar de presunción de culpa en este ámbito no quiere decir más que la prueba de la culpa (de su ausencia), como criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, así como la prueba de la imposibilidad misma, incumbe en todo caso al deudor. En este ámbito, pues, hablar de presunción de culpa es superfluo, pues la fórmula de

(76) Comp. MICHELI, op. últ. cit., pág. 367.

la presunción es redundante respecto a la de la carga de la prueba, y no hace sino repetir con otras palabras que el acreedor está dispensado de probar la culpa del deudor, o cualquier otro elemento del hecho impeditivo de su pretensión, cuya prueba incumbe, por el contrario, al deudor (arts. 1.105-1.182 y 1.214 C. c.).

Tal es el sentido de la fórmula del artículo 1.183 del Código civil, que con su «presunción de culpa del deudor», sienta una genuina regla de carga probatoria: al deudor incumbe la prueba de la ausencia de culpa suya, como elemento de la prueba liberatoria. Se trata de una regla general para toda clase de incumplimiento, puesto que general es también el límite de la responsabilidad contractual que, por ser tal, se constituye en prueba liberatoria: la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. Y por ser general, se aplica también a la particular forma de incumplimiento constituida por la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor. Será el deudor que pretenda liberarse, aun constando la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el que deba dar la prueba de su inculpabilidad, de que no le es imputable, pues, en tanto no la dé, la prueba liberatoria no se ha completado en todos sus elementos.

Hablándose en la responsabilidad contractual de la culpa en dos ámbitos, en el de la prueba inicial del incumplimiento y en el de la prueba liberatoria (donde la culpa es utilizada como criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida), vienen decididamente rechazados los intentos de confusión entre ambos que se han operado en el seno de la doctrina de la culpa. Del hecho que la diligencia se utilice como criterio del exacto cumplimiento en las prestaciones de actividad, no se deduce que la culpa sea el criterio general de la responsabilidad contractual y que la fórmula de la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable, sea una fórmula resumidora de causas de exoneración que bajo uno u otro aspecto implican una afirmación de la ausencia de culpa (77).

De modo que, o bien la imposibilidad liberatoria sería una causa de liberación que, por el reenvío a la no imputabilidad, es sólo una de las formas de probar la ausencia de culpa del deudor en el incumplimiento (la no imputabilidad de éste), o bien, sin más, se opera una indiscriminada identificación de la prueba liberatoria (arts. 1.105-1.182 y ss. del C. c.) con la prueba de la ausencia de culpa (78).

Aquí se empiezan a producir confusiones. Por un lado, la ausencia de culpa, la inimputabilidad, no se refiere al incumplimiento sino a la causa que ha originado el impedimento que imposibilita el exacto cumplimiento (arts. 1.105-1.182 C. c.). Por otra parte, los artículos citados no establecen *una* prueba liberatoria, sino *la* prueba liberatoria que ha de dar el deudor no cumplidor en todo caso, para exonerarse frente a la pretensión resarcitoria del acreedor insatisfecho.

(77) Vid. NATOLI, op. cit., págs. 53 y ss.

(78) Vid. BIANCA, op. últ. cit., pág. 166; ALBALADEJO, op. cit., págs. 114 y 117; LACRUZ, op. cit., págs. 107 y 116.

No existe más que una regla de responsabilidad y, consiguientemente, no existe más que una prueba liberatoria. En uno y otro caso, las contenidas en los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil. No comprenderlo así significa descoordinar las dos funciones de la imposibilidad liberatoria íntimamente unidas: la de ser límite de la responsabilidad contractual y causa de extinción (o suspensión) de la obligación, simultáneamente.

La doctrina de la culpa no advierte, que por la vía de la admisión de la ausencia de culpa como límite de la responsabilidad contractual, se introduce, subrepticamente, una causa de extinción de la obligación no prevista por el ordenamiento. Elevar el artículo 1.104 Código civil al rango de norma general de la responsabilidad contractual, significa constituir la culpa en fundamento de la responsabilidad e, inexorablemente, la ausencia de culpa en límite de la misma y, por tanto, causa de extinción de la obligación.

Nueva contradicción de la teoría de la culpa, porque aquello que no se admite en sede de extinción de las obligaciones (que la ausencia de culpa del deudor no cumplidor baste para extinguirlas), se admite, en cambio, en sede de responsabilidad: al deudor no cumplidor, para exonerarse, le basta probar la ausencia de culpa suya, sin advertir la conexión inescindible que existe entre el límite de la responsabilidad y la extinción de la obligación. En tanto la obligación subsiste, cualquier infracción de la misma es incumplimiento y genera responsabilidad. Si la ausencia de culpa no basta para extinguir la obligación, la insatisfacción del acreedor por la falta de exacto cumplimiento es incumplimiento (pues subsiste la obligación), y el deudor no cumplidor responde no obstante su ausencia de culpa. Afirmar lo contrario, presupone reconocer eficacia extintiva de la obligación a la ausencia de culpa (¿pues cómo explicar si no, la irresponsabilidad del deudor en defecto del cumplimiento y persistiendo el vínculo obligatorio?).

Si el límite de la responsabilidad contractual se constituye en el Código civil (arts. 1.105 y 1.182, 1.184 C. c.) por la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causa no imputable al deudor, ello no es casual. Es el fruto de la coherencia asumida por el legislador, de que el deudor responde en tanto la obligación subsista y el acreedor permanezca insatisfecho, y que deja de responder cuando la obligación se extinga. Extinción y liberación son inseparables; he aquí porque el límite de la responsabilidad es, simultáneamente, causa extintiva de la obligación (a estos efectos, es en verdad significativo, el «también quedará liberado» del art. 1.184 C. c., en sede de extinción de las obligaciones).

La diligencia del artículo 1.104 Código civil es, por una parte, criterio del exacto cumplimiento en las obligaciones de actividad; su aplicación aquí es presupuesto de la de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil y no los excluye, pues verificada la insatisfacción del acreedor, quedará por saber si la obligación subsiste o no (en el primer caso habrá incumplimiento y responsabilidad, en el segundo extinción-liberación). Además, la diligencia (en defecto de otros) es criterio

general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, y, por tanto, elemento del hecho liberatorio-extintivo. La culpa determina la responsabilidad contractual sólo mediatamente, en la medida que excluyendo la liberación-extinción, la obligación subsiste, y al subsistir insatisfecha, se determina el incumplimiento, y, con él, la responsabilidad.

La prueba de la imposibilidad liberatoria como hecho extintivo de la pretensión resarcitoria del acreedor y constitutivo de la liberatoria del deudor, incumbe a éste (arts. 1.105-1.182, 1.184 y 1.214 C. c.). A través de dicha prueba, al extinguirse (o suspenderse) la obligación, se excluye el incumplimiento y la relevancia de la prueba de la infracción o insatisfacción dada por el acreedor. En la medida en que se excluye el presupuesto al que la ley (art. 1.101 C. c.) vincula la responsabilidad (incumplimiento), y que esta es la única vía del deudor para eludir la responsabilidad, se trata de una responsabilidad objetiva (ligada al hecho objetivo del incumplimiento). No lo es, en cambio, en el sentido que en el interior del hecho liberatorio, la imputación de la imposibilidad se hace —en defecto de otro criterio— con arreglo a un canon objetivo de conducta, que presupone una valoración del comportamiento del deudor.

Por el propio carácter general de la regla de responsabilidad, su ámbito, y, por consiguiente, el de su prueba liberatoria, abarca a todas las obligaciones cualquiera que sea su fuente (79).

Las conclusiones hasta aquí establecidas, permiten desvelar ulteriores equívocos producidos en el seno de la teoría de la culpa. Una

(79) En particular, se rechaza la tesis de GIORGIANNI («L'inadempimento» cit., págs. 289 y ss., y voz cit., págs. 883 y ss.), según la cual, la norma de la diligencia (art. 1.176 Cciv. it., art. 1.104 Cc.) y la de la imposibilidad liberatoria (art. 1.218 Cciv. it., arts. 1.105-1.182, 1.184 Cc.), serían dos reglas de responsabilidad con sus respectivas pruebas liberatorias, repartiéndose su ámbito de aplicación, en función del interés prevalente del acreedor (la conservación de la posibilidad de la prestación o un interés distinto). Esta concepción de las reglas de responsabilidad, lleva a GIORGIANNI, a situar en ámbitos diferentes la responsabilidad derivante del retardo en la entrega de la cosa debida (a la que se aplicaría la norma de la diligencia) y la derivante de su destrucción o deterioro (a la que se aplicaría la norma de la imposibilidad liberatoria); la responsabilidad por la ejecución del transporte (norma de la diligencia) y la derivante de los daños en las cosas transportadas (norma de la imposibilidad liberatoria).

El propio GIORGIANNI (loc. cit., págs. 296-7 y 883, respectivamente), se da cuenta que el régimen de la carga de la prueba, contradice su construcción de que tanto en el artículo 1.176 Cciv. it. como en el artículo 1.218 Cciv. it., el fundamento de la responsabilidad estriba en la violación de una norma de conducta diligente (pues en tal caso, al acreedor incumbiría la prueba de la culpa del deudor).

En cambio, a GIORGIANNI (*ibidem*, págs. 293 y ss y 883) le va reconocido el mérito de haber sostenido la comunicabilidad (el mismo grado de diligencia) de ambas normas de conducta (diligencia como criterio de cumplimiento y como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida), y el haber compensado la tácita conversión de la ausencia de culpa (para los casos regulados por la norma de la diligencia) en causa de extinción de la obligación, con una concepción particularmente rigurosa de la diligencia, conmensurada, además, normalmente al concreto esfuerzo necesario para la satisfacción del interés del acreedor.

vez que se admite, que el límite de la responsabilidad contractual viene dado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor o caso fortuito en sentido amplio (en el que junto a la ausencia de culpa se incluye la imposibilidad de la prestación), seguir hablando del incumplimiento imputable o culpable como fundamento de la responsabilidad, determinado sobre la base de una presunción de culpa vencible con la prueba liberatoria de los artículos 1.105-1.182, 1.184 (80), o hablar de incumplimiento culpable *in re ipsa*, es hablar de la culpa como presupuesto de la responsabilidad contractual en términos ficticios. Porque, asumido como límite de la responsabilidad el de los mencionados artículos, el deudor responde por el solo hecho del incumplimiento. En los artículos 1.105-1.182, 1.184 no existe una alternativa entre incumplimiento imputable o culpable e incumplimiento no culpable, sino que la alternativa que en los mismos se establece es entre incumplimiento (a secas) y extinción de la obligación. El deudor responde (incumple) en tanto que la obligación subsista y subsista insatisfecha, con independencia de que se halle o no en culpa, y deja de responder cuando la obligación se extinga (para lo cual es presupuesto necesario, pero no suficiente, la ausencia de culpa, en tanto que la diligencia funciona como criterio general de imputación de la imposibilidad de la prestación en el seno del hecho extintivo-liberatorio; mientras que, por el carácter cumulativo de los elementos de la prueba liberatoria, la culpa —en defecto de otro criterio de imputación— es suficiente para excluir la exoneración, y determinar el incumplimiento —la responsabilidad—).

Afirmado como límite de la responsabilidad el de la imposibilidad liberatoria-extintiva, la calificación de «imputable» o «culpable» del incumplimiento, se convierte en una repetición de la noción misma de incumplimiento, y se habla de «culpa» o «imputabilidad» como sinónimos de la responsabilidad (81).

Hablar de la culpa o la imputabilidad como calificaciones del incumplimiento determinado sobre los artículos 1.105-1.182, 1.184, desvela el propio artificio, porque se trata de sendas ficciones, que oscurecen la realidad de que para fundar la responsabilidad basta el incumplimiento *tout court*, sin necesidad de calificaciones subjetivas. Tales calificaciones no hacen sino demostrar que por la vía de la ficción se subsana la ausencia de un presupuesto (culpa, imputabilidad) de la responsabilidad arbitrariamente introducido. Más coherente parece prescindir del presupuesto subjetivo arbitrario y de las ficciones que lo acompañan. El acreedor no tiene que probar la culpa del deudor, no porque ésta se presuma, *rectius* se finja, sino porque la culpa no es presupuesto de la responsabilidad de aquél. El deudor, por su parte, no sólo tiene que probar la ausencia de culpa —como criterio general de imputación de la imposibilidad—, sino también el otro elemento

(80) Cfr. ESPÍN, op. cit., págs. 190-1 y 204; CASTÁN, op. cit., págs. 161 y 176-7; SOTO NIETO, op. cit., págs. 31 y ss. y 128; MESSINEO, op. cit., § 114, n. 4, página 238; BETTI, op. cit., págs. 111 y 131; RUGIERO-MAROI, op. cit., págs. 92-93

(81) Cfr. MENGONI, «Obbligazioni...» cit., pág. 300.

(imposibilidad sobrevenida de la prestación) del hecho liberatorio-extintivo, a partir del cual se determina el incumplimiento como fundamento único de la responsabilidad contractual. La necesidad para el deudor de probar su ausencia de culpa, no deriva, pues, de una hipotética presunción contraria —que dispensaría al acreedor de la prueba del presunto fundamento (hecho constitutivo, culpa) de su pretensión resarcitoria—, sino de ser uno de los elementos de la prueba liberatoria en orden a excluir aquel único fundamento de la responsabilidad contractual.

De este modo se comprende que al deudor corresponda, con la prueba del hecho impeditivo de la pretensión del acreedor, la exclusión del fundamento último al que estructuralmente la responsabilidad aparece ligada como consecuencia normal y lógica de la falta de exacto cumplimiento, es decir, la exclusión de la obligación misma (82).

8) *El alcance efectivo de las conclusiones establecidas*

A la doctrina de la culpa le viene reconocido un fondo de verdad, que subyace en la distinción entre incumplimiento objetivo (materialidad del incumplimiento) e incumplimiento imputable o culpable. Y es que la carga de la prueba del acreedor se agota en la prueba de la materialidad de la infracción deuditoria, de la falta del resultado debido. Pero ello es así, no porque la culpa del deudor se presume, de modo que se confiesa la artificiosidad de asumir la culpa como elemento constitutivo de la responsabilidad, al dispensar al acreedor de su prueba. Sino que al acreedor le basta la prueba de su material insatisfacción, porque los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil califican a los efectos de la carga de la prueba, el límite de la responsabilidad como hecho impeditivo de la pretensión resarcitoria, de modo que su prueba incumbe al deudor y no al acreedor.

Desde el punto de vista de la carga de la prueba todo cuanto se ha dicho, se traduce en que al acreedor le basta dar, para la afirmación de la responsabilidad del deudor, la prueba de la insatisfacción de su derecho (carga de la prueba de la materialidad del incumplimiento, de la falta o inexactitud del resultado debido), en tanto que al deudor le incumbe dar la prueba de que ese resultado ya no es debido, de que la obligación se ha extinguido, y, por tanto, no cabe ni incumplimiento, ni, por ende, responsabilidad.

De forma que si el deudor responde del incumplimiento, y éste sólo se determina en modo definitivo a partir del límite de la responsabilidad contractual, la determinación definitiva del incumplimiento es puesta por la ley a cargo del deudor, al poner a su cargo la prueba

(82) Cfr. MENGONI, *ibidem*, págs. 300-1, y PUIG BRUTAU, op. cit., págs. 427, 438 y 446.

La carga de la prueba del deudor, es así congruente consecuencia del asumir que el deudor responde porque debe, y deja de responder en cuanto deja de deber (extinción de la obligación en virtud de la prueba liberatoria-extintiva que, como tal, a él toca suministrar).

liberatoria-extintiva, que es simultáneamente límite de la responsabilidad contractual.

Ello es así, porque la calificación de los hechos como extintivos o constitutivos a efectos de la carga de su prueba en relación con una determinada pretensión, se hace por la ley sustantiva; y, en concreto, el artículo 1.101 Código civil con relación a la pretensión resarcitoria del acreedor, califica como hecho constitutivo (carga de su prueba sobre el acreedor) el incumplimiento en su materialidad (como hecho), y los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil la imposibilidad liberatoria como su hecho extintivo (carga de su prueba sobre el deudor). Sobre estas calificaciones, opera la regla general de la carga de la prueba, contenida en el artículo 1.214 Código civil.

El deudor responde del incumplimiento determinado en modo definitivo, pues no basta para hacerlo responder la mera falta del cumplimiento; se requiere, además, que dicha falta no esté justificada (el primero es el plano de la materialidad del incumplimiento; el segundo el de su «imputabilidad», el del juicio de responsabilidad). En otras palabras: el deudor responde hasta el límite de la responsabilidad contractual; más allá de éste la falta de resultado que el acreedor denuncia es irrelevante, pues no hay obligación, ni, por consiguiente, puede haber incumplimiento.

Pero la ley descarga sobre el deudor la consideración del límite de la responsabilidad contractual, de forma que aquél responde de toda falta de exacto cumplimiento (materialidad del incumplimiento) no justificada por la prueba liberatoria que a él mismo incumbe dar. De modo que la determinación definitiva del incumplimiento es un riesgo probatorio puesto a cargo del deudor: éste responde en tanto la obligación subsista (faltando el debido cumplimiento —contenido de la prueba del acreedor—), y subsiste en tanto no dé la prueba de su extinción (el contenido de tal prueba es, no en vano, el límite de la responsabilidad).

Por tanto, sobre el acreedor no pesa la carga de la prueba de la definitiva determinación del incumplimiento (que exigiría la prueba de la posibilidad de la prestación, o de la culpa del deudor si ésta ha devenido imposible), sino sólo la de su materialidad (falta o inexactitud del resultado debido). En cambio, es al deudor a quien incumbe excluir la existencia definitiva del incumplimiento, con la prueba de la extinción de la obligación que excluye la relevancia de la prueba inicial del acreedor.

Se trata de un normal efecto de la distribución de la carga de la prueba, que no afecta al modo cómo se determina el incumplimiento (y con él la responsabilidad), sino a la designación de la parte sobre quien recae la incerteza de tal determinación definitiva con arreglo a las normas generales de responsabilidad.

Asumido coherentemente el límite de la responsabilidad contractual como la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor, que es, simultáneamente, causa de extinción de la obligación y, precisamente por ello, causa de exoneración

de la responsabilidad, los equívocos terminológicos de la teoría de la culpa se deshacen.

El área de responsabilidad del deudor que la doctrina tradicional define, no se ensancha con lo aquí sostenido; simplemente se explica más coherentemente: el deudor responde del incumplimiento, y deja de responder cuando la obligación se extingue. Aquello que para la doctrina de la culpa es el incumplimiento culpable o imputable, es el simple incumplimiento, siendo las calificaciones subjetivas superfluas y repetitivas de la idea misma del incumplimiento. El incumplimiento inculpable o no imputable, es simplemente no-incumplimiento, extinción de la obligación. En el primer caso, el deudor responde porque incumple, no porque incurra en culpa; en el segundo no responde porque la obligación se extingue (y por tanto no incumple), no porque no haya incurrido en culpa. Pero, en una y otra forma de explicación, siempre asumiendo el límite de la responsabilidad de la imposibilidad liberatoria, del caso fortuito en su acepción amplia, los supuestos de responsabilidad e irresponsabilidad son idénticos, varía simplemente su fórmula descriptiva, siendo más coherente hablar de incumplimiento y extinción que de culpas fingidas.

La «modestia» del resultado de la crítica respecto de la doctrina de la culpa que, por feliz incoherencia, admite la prueba liberatoria de la imposibilidad sobrevenida no imputable (83), viene dada por el propio carácter terminológico, estrictamente verbal, que la culpa asume en la misma como fundamento de la responsabilidad.

En cambio, se rechaza decididamente la doctrina de la culpa que, más coherentemente con sus presupuestos, pretende sustituir la prueba liberatoria de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil, por la de la ausencia de culpa, vaciando de contenido la regla de responsabilidad contenida (*a contrario*) en dichos artículos, que se subsumen en el artículo 1.104 Código civil, arbitrariamente erigido en regla general de responsabilidad. Además, no se advierte, como se ha visto, la correlación extinción-liberación, y se convierte a la ausencia de culpa en sede de responsabilidad, en causa extintiva, lo que no se admite en sede de las causas de extinción de las obligaciones.

También aquí, con mucha frecuencia, las diferencias son más terminológicas que reales, y los casos de responsabilidad e irresponsabilidad son los mismos aunque diferentemente descritos. Y es que por la vía de la afirmación de una diligencia tendencialmente confundida

(83) Incoherencia que deriva del hecho de que si la culpa del deudor es el fundamento de su responsabilidad, éste debería venir exonerado con la prueba de la negación del tal presunto fundamento (prueba de la diligencia, de la ausencia de culpa).

En cambio, la doctrina de la culpa de que aquí se habla, introduce en la prueba liberatoria, junto a la ausencia de culpa (caso fortuito en sentido estricto), el dato de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, o la equipara al caso fortuito (en sentido amplio), en el que, como requisitos de su virtualidad exoneratoria, se incluyen, también, ambos elementos. A los mismos resultados se llega por la vía de la equiparación de las nociones positiva (art. 1.105 Cc.) y negativa (arts. 1.182, 1.184 Cc.) del caso.

con la posibilidad de la prestación, se afirma la responsabilidad en términos de culpa, en casos en que la correcta aplicación de los artículos 1.105-1.182, 1.184 Código civil lleva a excluir la liberación porque, siendo posible la prestación, no puede darse su extinción, y subsistiendo la obligación en defecto del cumplimiento, subsiste el incumplimiento (la responsabilidad).

Se trata de un manejo abusivo de la noción de diligencia, que lleva a afirmar la culpabilidad del deudor mientras la prestación es posible, para sostener una responsabilidad que se explica más coherentemente por la subsistencia de la obligación en defecto del hecho extintivo, que por una culpa fingida. Subsistiendo, en cambio, la obligación, y subsistiendo insatisfecha, también aquí el incumplimiento funda la responsabilidad.

La fidelidad (verbal o terminológica) de una gran parte de la doctrina a la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, tiene una justificación estrictamente histórica (84), que se manifiesta, por una parte, en haber privilegiado el elemento subjetivo del hecho liberatorio. O dicho en otros términos, en haber manejado dos nociones de caso fortuito, una amplia (comprensiva de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y de la ausencia de culpa), y otra estricta (referida exclusivamente a la causación de la imposibilidad y equivalente a la ausencia de culpa, *casus-non culpa*), y haberlas confundido posteriormente, equiparando la prueba liberatoria a la del caso fortuito restringido, que es sólo uno de sus elementos.

Por otra parte, la permanencia terminológica de la culpa en el fundamento de la responsabilidad contractual, halla también justificación histórica en el hecho de que la culpa identifica el inexacto cumplimiento (falta del resultado debido) en el ámbito de las obligaciones de actividad o de medios.

El análisis efectuado, permite mantener a la culpa en sus tradicionales ámbitos de relevancia: la determinación material del incumplimiento inexacto en las prestaciones de actividad (que es un *prius* del juicio de responsabilidad, pero no éste mismo), y la imputación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Este segundo ámbito de relevancia de la culpa, sí es el del juicio de responsabilidad, pero éste no se agota en aquélla. En este campo, la culpa resulta aplicable a todas las obligaciones como elemento integrante, en defecto de otro criterio de imputación, junto con la imposibilidad sobrevenida, del hecho liberatorio-extintivo, y en cuanto tal, es sólo presupuesto mediato de la responsabilidad, pues la presencia de la culpa excluye la liberación: determina, pues, el incumplimiento, y éste, que permanece siempre como único fundamento de la misma, la responsabilidad contractual.

(84) Que a veces pretende enmascararse detrás de consideraciones de cariz difuso, como el «carácter humano» del principio de la culpa (Cfr. BARRASSI, «Teoria generale...» cit., pág. 307).

B) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL: PARALELISMO DE EVOLUCION DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL RIESGO

La responsabilidad contractual aparece, pues, como una responsabilidad en cierto sentido objetiva, en cuanto que su actuación se da si se verifica el presupuesto (incumplimiento) al que aparece siempre conectada. Resta un ámbito en que, constatada la insatisfacción del acreedor, es relevante la consideración de la conducta del deudor y, por tanto, la culpa-diligencia como modelo objetivo de comportamiento deudor; el de la determinación negativa del incumplimiento, a través del papel que la diligencia juega como criterio general de imputación de la responsabilidad sobrevenida en el seno del hecho liberatorio.

Pero, también en este ámbito, se ha operado una progresiva objetivación, apareciendo en la ley y en las aplicaciones jurisprudenciales criterios de imputación diversos, especialmente por cuanto se refiere a las actividades empresariales, que prescinden de la concreta valoración de la conducta del sujeto deudor y que genéricamente se reconducen a la idea del riesgo.

Llegados a este punto, el intérprete no puede dejar de poner de manifiesto el paralelismo de evolución que, desde el punto de vista del riesgo, se produce en el seno de la responsabilidad, contractual y extracontractual.

Si bien la fórmula genérica de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 Código civil contiene un específico reenvío a la idea de la culpa («interviniendo culpa o negligencia»), y la califica como elemento constitutivo de la misma, la doctrina ha puesto de manifiesto la existencia en el mismo Código de supuestos de responsabilidad objetiva, que prescinden por completo de la culpa. Supuestos cada vez más numerosos e importantes, de tal modo que el ámbito de la responsabilidad aquiliana culposa se reduce progresivamente.

La doctrina tradicional aferrada al dogma de la culpa, ha pretendido explicar estos supuestos, por la vía de encubrir el cambio operado en los criterios de responsabilidad a través del recurso a los elementos tradicionales, distorsionándolos (85). Tales son las técnicas de las ficciones de culpa; de la inversión de la carga de la prueba y de la extraordinaria elevación del grado de diligencia exigido (86). Estas téc-

(85) Cfr. TRIMARCHI, «Rischio e responsabilità oggettiva» cit., págs. 21 y ss.; ALPA-BESSONE, «La responsabilità del produttore», cit., págs. 82 y ss.

(86) De inversión de la carga de la prueba y elevación del grado de diligencia, hablan en Italia, DE CUPIS, «Il danno», Milán, 1979, I, págs. 206 y ss., y CIAN, op. cit., pág. 23.

En España cfr. LACRUZ, op. cit., págs. 193 y ss.; PUIG BRUTAU, op. cit., II-2, páginas 682-3; Díez-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., págs. 606-7.

Por su parte, la jurisprudencia más reciente, al hacer aplicación de la norma general del artículo 1.902 Cc., persiste en el camino ya hace tiempo emprendido de la inversión de la carga de la prueba. Así se dice en la sent. T.S. 10 de mayo de 1982 (A.D.C., 1983, pág. 329) que «no es necesario justificar la existencia de culpa imputable al dueño del predio de

nicas no son sino el producto de una actitud conservadora de los instrumentos y categorías antiguos, que prefiere transplantarlos (desfigurándolos) a los nuevos fenómenos, antes que reconocer la necesidad de nuevos instrumentos y categorías de explicación. En realidad por estas vías indirectas, especialmente la inversión de la carga de la prueba, lo que se hace, es una sustancial afirmación de responsabilidad objetiva, en tanto que la referencia a la culpa no deja de ser un puro obsequio formal a la misma, al objeto de mantener, siquiera sea nominalmente, el artículo 1.902 Código civil como norma general de la responsabilidad extracontractual a la que se reconducen todos los supuestos de la misma.

que proceden las aguas —el caso versaba del deterioro de un chalet por obras en un predio superior—, por ser corriente doctrina de esta Sala la de que el autor de los daños que se acreditan es quien, por una inversión de la carga de la prueba, viene obligado, a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, la justificación cumplida de que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia precisas para evitar tales daños».

Tal inversión se justifica «en una moderada recepción del principio de la responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume *iuris tantum*, y hasta tanto no se demuestre por el autor de los daños que él obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda la prudencia y la diligencia precisas para evitarlos, entendiéndose que si lo contrario a la ley es lícito, debe ir acompañado de la diligencia como elemento esencial para exonerar de responsabilidad».

En este último inciso se recogen otras de las vías indirectas para la objetivación de la responsabilidad civil, el «agotamiento de la diligencia», la elevación extraordinaria de su nivel de exigencia para el sujeto agente. Por esta vía indirecta de la creación de una diligencia de alto nivel y adecuada a las exigencias propias de cada sector de actividad («especializada», artículo 1.104-1 Cc.) se produce, en conformidad con los principios del riesgo, una tendencial coincidencia del área de responsabilidad del sujeto agente con la del riesgo típico de su actividad. En este sentido, es reveladora la citada sent. de 5 de abril 1963 (R.A. 1956) que consagra así la exigencia del «agotamiento de la diligencia»: «quien explota en su beneficio un bien, cualquiera que sea su naturaleza, viene obligado a emplear *todos los medios* a su alcance para prevenir daños a tercero, exigiéndolo así la conveniencia social de acuerdo con la Moral y el Derecho» (De esta sentencia, debe verse el jugoso comentario de Díez-Picazo, en «Estudios sobre la jurisprudencia civil», I, Madrid, 1973, págs. 276-7).

La evolución de la jurisprudencia del T. S., y su postura actual se reflejan con gran claridad en la reciente sentencia de 20 de diciembre de 1982 (R.A. 7698). Allí se nos dice que si bien la responsabilidad extracontractual se basa en la culpa, «ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral y psicológico (?) y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones *cuasi objetivas*, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y al principio (*riesgo*) de que ha de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa». Principio que el Supremo apoya en el artículo 3-1 Cc. cuando se refiere (criterio sociológico) a la consideración para la interpretación de las normas de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. «Por ello —se nos dice— esta Sala ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, *ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga de la prueba*, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable a no ser que el

Estas construcciones no llegan a encubrir, que aquello que en verdad se ha producido, es un cambio en los presupuestos mismos de la responsabilidad (87), de forma que así como en la responsabilidad contractual basta a generarla el mero hecho del incumplimiento, cuando se trata de responsabilidad extracontractual objetiva basta el daño injusto, el hecho dañoso, como elemento, también aquí, puramente objetivo.

La justificación de este desplazamiento en los presupuestos de la responsabilidad extracontractual, viene dada por la idea del riesgo. En general para el surgimiento de la obligación de resarcir el daño causado, no basta el hecho estricto de haberlo producido, no basta, en suma, la estricta subsistencia de un nexo causal entre el sujeto dañante y el daño originado. La obligación de resarcir requiere, además de ese nexo causal, una justificación. Puesto que el daño ha de ser en todo caso sufrido por alguien en la sociedad (por quien lo padece y no se ve resarcido, o por quien debe indemnizarlo), el ordenamiento, al establecer los criterios de responsabilidad, justifica la traslación del daño a uno u otro sujeto en función de la consecución de un resultado útil (88).

agente demuestre haber procedido con la diligencia debida según las circunstancias del lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de las disposiciones reglamentarias —y se cita en la sentencia abundante jurisprudencia en esta dirección—, *ora exigiendo una diligencia específica más alta* que la administrativamente reglamentada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia al fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado» (con nuevas citas de jurisprudencia en este sentido).

Las líneas de evolución jurisprudencial «hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva», han sido recientemente sintetizadas por la sent. T. S. 27 mayo 1982 (A.D.C., 1983, pág. 666). Así, la responsabilidad objetiva se introduce «bien imponiéndola como contrapartida de la actividad provechosa, pero generadora de riesgo para los demás (*ubi emolumentum, ibi onus*), ora acudiendo a la inversión o atenuación de la carga de la prueba, o a la elevación del nivel de cuidado exigible, que ha permitido hablar de «agotamiento de la diligencia».

Ultimamente se han producido algunas sentencias —como la última citada y la de 4 de octubre de 1982— que parecen significar un retroceso en la evolución señalada y una vuelta a los estrictos presupuestos de la culpa. Pero se trata de un retroceso sólo aparente, pues la afirmación del principio de la culpa se hace a los efectos de excluir la responsabilidad en casos en que el daño se ha producido por negligencia o imprudencia del dañado. En estos casos lo que en realidad falta es la relación causal eficiente entre el sujeto agente y el perjuicio del dañado. El daño es fruto de la conducta de éste y no de la actividad de aquél. Faltando esa relación que es presupuesto mínimo (por sí, no suficiente) de toda cuestión de responsabilidad civil, ésta no puede afirmarse. Las afirmaciones de la jurisprudencia en este contexto deben entenderse, pues, como *obiter dicta*, meras proclamaciones doctrinales *pro forma* (Cfr., análogamente, nota de GARCÍA CANTERO, *ibidem*).

(87) Cfr. CARNELUTTI, «Appunti...» cit., pág. 619; MAJELLO, «Responsabilità contrattuale...» cit., pág. 14.

(88) Vid. CARNELUTTI, *ibidem*, págs. 624-5; TRIMARCHI, «La responsabilità civile», en «Il diritto privato nella società moderna», bajo la dirección de S. RODOTÀ, Bolonia, 1971, págs. 463 y ss, y allí, pág. 472.

Esta justificación se establecía tradicionalmente en la culpa o el dolo del dañante, que actuaban, por esto, como criterios de atribución del daño.

Cuando se trata de supuestos de responsabilidad objetiva, esta justificación del resarcimiento, que se añade al mero nexo causal, también existe, y se encuentra en la asunción del riesgo como justificante de la responsabilidad y, por consiguiente, como criterio de atribución del daño.

La idea del riesgo supone que aquél que ejerce una actividad que necesariamente lleva aparejada como consecuencia inevitable la eventualidad de que se produzca un daño para otras personas, responda de los daños derivados del ejercicio de tal actividad, con independencia de que exista o no culpa por su parte (89). Se opera así una conexión entre el ámbito de la responsabilidad y el del riesgo típico de la actividad de que se trate. El titular de ésta responde porque tiene el poder de control sobre la misma, porque está en condiciones de asegurarse frente a sus consecuencias dañosas, y porque de la misma manera que el ejercicio de la actividad que genera el riesgo (no necesariamente una actividad peligrosa) le reporta la obtención de los beneficios a ella aparejados, deben pesar también sobre él las consecuencias dañosas de la misma, y no sobre un tercero ajeno a tales beneficios y al control mismo de la susodicha actividad (*qui sentit commodum, sentire debet incommodum*). De esta manera se establece una precisa conexión entre el área de responsabilidad-riesgo típico de la actividad en cuestión, y el beneficio o provecho que el titular extrae de la misma. El daño originado por los eventos que la actividad riesgosa crea (aquellos cuya producción es estadísticamente determinable) es un costo de la misma, que de no ser asumido por su titular, consentiría la subsistencia de empresas contablemente en activo para sus titulares, sobre la base de transferir una porción del coste de su actividad (el daño causado no indemnizado) al público; en forma de poder llegar a ser socialmente nocivas (generadoras de pérdidas), cuando destruyan una cantidad de valor mayor del que producen (90).

El costo de los daños causados por la actividad de que se trate es susceptible de aseguración, y el precio de ésta (primas) se transfiere a los consumidores por la vía de la repercusión de su importe en el del bien o servicio correspondiente (91).

De este modo, con la responsabilidad objetiva, se produce una mayor protección del dañado, en la medida que la responsabilidad del causante del daño viene afirmada en una serie de casos (dependientes, causas desconocidas, no identificabilidad de la culpa en una organiza-

(89) Cfr. CARNELUTTI, *ibidem*, pág. 625; TRIMARCHI, op. últ. cit., págs. 472 y ss, y «Rischio e responsabilità oggettiva» cit., págs. 11 y ss.; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., pág. 607; LACRUZ, op. cit., págs. 190-1.

(90) Cfr. TRIMARCHI, «La responsabilità civile» cit., pág. 473.

(91) Vid. TRIMARCHI, «Rischio e responsabilità oggettiva» cit., pág. 14.

ción compleja) en que con arreglo al principio de la culpa no podría serlo (92).

Las reglas generales de la carga de la prueba operan sobre una nueva configuración del hecho constitutivo de la responsabilidad (hecho dañoso) y del extintivo de la misma (prueba de la ajenidad del evento dañoso a la esfera típica de la actividad considerada).

La responsabilidad extracontractual objetiva viene a ser así expresión de un principio solidario, en el sentido de asegurar la más amplia protección posible del particular frente a las múltiples posibilidades de daño derivantes de una sociedad industrial desarrollada (93).

A esta evolución en los criterios de responsabilidad se ha llegado a través de un sustancial cambio en las técnicas normativas (94). De la técnica de la prohibición, que conlleva la ilicitud de la actividad contraria y, como consecuencia de ello, la sanción, a la técnica de la autorización-permisión. El Derecho no considera ilícito el ejercicio de actividades de las cuales se sabe estadísticamente que producen una cierta cantidad de eventos dañosos. Es la utilidad social de las mismas y la consideración de los gastos de remoción necesarios para evitar el daño, la que produce la justificación de la actividad de que se trate, aunque exista una cierta probabilidad de daño efectivo. En la medida en que son mayores la utilidad social de una actividad y los costes de remoción del daño por ella producidos, tanto más grande es el riesgo justificado (95).

Se trata aquí de un juicio de utilidad social que el ordenamiento realiza por sectores típicos de actividad, que explica el carácter lícito de ciertas actividades peligrosas, pues la probabilidad de daño que llevan aparejadas, se justifica y compensa con la utilidad que socialmente reportan.

La contrapartida de este sistema autorizativo es que el criterio de responsabilidad deviene automático, no se trata ya de ilicitud de la con-

(92) Vid. TRIMARCHI, «Istituzioni...» cit., pág. 148.

Sobre el paso de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva como uno de los rasgos de la evolución en curso en el seno de la responsabilidad civil, vid. DÍEZ-PICAZO, «La responsabilidad civil hoy», en A.D.C., 1979, págs. 727 y ss., y allí, págs. 733-4.

(93) La insuficiencia de la culpa como criterio de responsabilidad, para hacer frente a las múltiples posibilidades de daño que derivan del actual desarrollo tecnológico (en el que frecuentemente el daño es inculpable, y, aún más frecuentemente, de culpabilidad indemostrable), es una constatación que se ha hecho común en la doctrina, vid. DÍEZ-PICAZO, op. últ. cit., página 732, y LACRUZ, op. cit., pág. 190. La transformación verificada en el seno de la responsabilidad civil por el peso de aquellas exigencias de solidaridad, ha sido gráficamente descrita por DÍEZ-PICAZO (*ibidem*, págs. 732 y 734, y «Estudios...» cit., pág. 276) como la vigencia de un principio *pro damnato*: como regla general todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona, deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado sólo frente al daño, en forma que deba soportarlo.

(94) Vid. DI MAJO, «Obbligazioni...» cit., págs. 83 y ss.; TRIMARCHI, «La responsabilità civile» cit., pág. 473.

(95) TRIMARCHI, «Rischio e responsabilità oggettiva» cit., págs. 19-20. Cfr., también, PUIG BRUTAU, op. cit., II-2, págs. 679, nota 18.

ducta (pues la actividad es permitida), sino de que sobre el titular de la actividad recaen las consecuencias dañosas derivadas de la misma. Así se impulsa la racionalización de la producción al descargar sobre la empresa los riesgos a ella inherentes, en forma que o bien ésta adoptará medidas de control tendentes a reducir al máximo las probabilidades del daño que de aquéllos derivan, o bien desaparecerá si su mal funcionamiento no le permite afrontar los costes derivados de su actividad (en los que se incluyen la indemnización de los daños causados en el ejercicio de la misma) (96).

Por eso se ha podido concluir, analizando los nuevos datos emergentes en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (97), que la culpa es sólo uno de los criterios de responsabilidad, pero no el único ni el prevalente, pues junto a la culpa se pueden identificar en el Código, y más aún en las leyes especiales, otros criterios de imputación genéricamente referibles a la idea del riesgo (98).

La culpa aparece como un criterio de responsabilidad no funcional a las exigencias de una sociedad moderna en la que se hace sentir la exigencia de tutela efectiva y generalizada de sus miembros y, simultáneamente, de racionalizar la actividad productiva. En este nuevo panorama, la referencia a la culpa aparece frecuentemente como el fruto de un apego nominal a la categoría históricamente dominante en el ámbito del ilícito, en el contexto de construcciones artificiosas que conllevan sustanciales afirmaciones de responsabilidad objetiva.

(96) TRIMARCHI, «La responsabilità civile» cit., pág. 473.

La sustitución del perfil sancionatorio —prohibitivo por el autorizativo— permisivo ha producido consecuencias no irrelevantes en el plano general de las connotaciones del sistema de la responsabilidad y de sus relaciones con la actividad productiva (Cfr. DI MAJO op. ult. cit., págs. 87-88).

Un sistema objetivo de responsabilidad elimina la posibilidad de un control judicial sobre las medidas adoptadas por las empresas. Se produce una «monetarización» del daño (se transforma en un costo de la empresa) con tal de no sufrir ingerencias en la esfera de organización de la misma. En este sentido se ha observado, que el sistema de la responsabilidad objetiva responde a los intereses de las empresas (especialmente las grandes), sobre todo si se tiene en cuenta que el previsible final de la tendencia objetivante, será un sistema generalizado de aseguración obligatoria de los productores, que tendrá como efecto la total «desresponsabilización» de los mismos y una general distribución a nivel social de los daños producidos por la actividad industrial (lo que se ha llamado la «socialización del daño» por vía asegurativa, vid. DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, págs. 736 y ss., y LACRUZ, op. cit., pág. 191).

(97) Vid. ALPA-BESSONE, «La responsabilità del produttore» cit., pág. 127.

(98) De pluralidad de criterios de imputación para atribuir el daño en el seno de la responsabilidad civil, habla también LACRUZ, op. cit., págs. 190-1, discerniéndose la aplicación de uno u otro (culpa o riesgo) por una suerte de «moralidad de situación» que exige el análisis previo de las circunstancias del caso (en especial, el tipo de actividad de que se trate).

De modo análogo, DÍEZ-PICAZO (*ibidem*, pág. 738) señala la existencia de dos zonas dentro del Derecho de daños: una, en la que se aplican los principios de la responsabilidad objetiva (y que abarcaría los daños producidos en personas y cosas como consecuencia de grandes estragos, del maquinismo y la tecnología) y otra (los demás casos), en la que se aplican los principios tradicionales de la culpa.

La aparición de un ámbito creciente de la responsabilidad extracontractual en que opera la responsabilidad objetiva y la técnica normativa de la autorización-permisión, ha producido como ulterior consecuencia una mayor convergencia entre la responsabilidad contractual y la aquiliana (99). Esta asume en el ámbito de la responsabilidad objetiva el carácter de garantía de un resultado (la no producción de un daño) y, contextualmente, el resarcimiento pierde su carácter sancionatorio, convirtiéndose en un costo de la actividad productiva. Como resultado de ello, la tendencia de fondo del sistema de la responsabilidad civil es el asumir el carácter de disciplina interna de la actividad productiva, con lo que el paralelismo con la responsabilidad contractual y la idea de obligación se hace todavía más evidente.

Aquella distinción que Osti (100) había trazado entre la responsabilidad contractual y la aquiliana en orden al fundamento de una y otra, se difumina progresivamente. Osti había distinguido el caso de la responsabilidad contractual, en que por existir una obligación y la consiguiente subordinación del interés del deudor al del acreedor, basta a generarla el simple incumplimiento, del caso de la responsabilidad extracontractual, en que siendo un ámbito de libertad de la persona, para que la obligación de resarcir surja, se requiere la culpa del dañante.

Pues bien, esta distinción, en la medida que las exigencias de solidaridad y aseguración colectiva se hacen efectivas, pierde razón de ser. La responsabilidad objetiva se aproxima a los esquemas de la violación de una obligación (el daño es la falta del resultado debido), cuya simple infracción (incumplimiento) genera consecuencias resarcitorias.

Cada vez más, la doctrina es consciente que en la base de la evolución de los criterios de imputación en tema de responsabilidad (contractual y extracontractual) sobre los principios del riesgo, están unas mismas necesidades y razones de fondo, que hacen que el estudio de la responsabilidad no pueda hacerse hoy separándola en dos campos radicalmente desconectados (101).

(99) Vid. DI MAJO, *ibidem*, págs. 85 y ss.

(100) Cfr. «Deviazioni dottrinali...» cit., págs. 614-5.

(101) Cfr. SBISA, op. cit., págs. 725 y ss. que pone de manifiesto, cómo las posibilidades de aseguración, a las que se suelen acompañar afirmaciones de responsabilidad objetiva, se dan en uno y otro campo. Del mismo modo, es común a los dos campos, la necesidad de racionalizar la producción y de objetivar la responsabilidad empresarial, en forma de realizar una óptima distribución de los recursos. Las mismas exigencias sociales se dan, además, respecto de ambas formas de responsabilidad, lo que se confirma con la frecuente indiferencia respecto de ciertas infracciones, de la utilización de uno u otro esquema de garantía.

En el ámbito contractual, ha sido AULETTA (recensión cit., pág. 1.066), quien ha puesto de manifiesto como datos a tener en cuenta a la hora de estudiar la responsabilidad contractual, la prevalencia de exigencias económicas sobre exigencias éticas y la necesidad de que a la ilimitada capacidad de beneficio reconocida a las empresas, se acompañe de la no limitación de la responsabilidad por los riesgos inherentes a su actividad. Pues es, precisamente, la ilimitación del riesgo la que justifica la ilimitación del beneficio.

Es básicamente contradictorio dar cabida, como es hoy frecuente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual a criterios de responsabilidad objetivos en atención a nuevas exigencias y realidades, y, simultáneamente, aferrarse en el ámbito contractual, donde están presentes esas mismas exigencias y realidades, a principios tradicionales que, por lo demás, no responden a la realidad normativa actual y que son, en buena medida, fruto de equívocos terminológicos perpetuados por la tradición.

Al final de este proceso evolutivo en el ámbito de la responsabilidad, tal vez se vuelva a hablar de responsabilidad contractual como la derivante del contrato, y de responsabilidad extracontractual como responsabilidad derivante de la ley (102).

C) VALORACION GLOBAL DE LOS MEDIOS DE TUTELA DEL CREDITO Y DE LOS LIMITES DEL ESFUERZO DEBITORIO

El enfoque dado a la cuestión de la responsabilidad contractual, permite una más coherente explicación del conjunto de medidas y remedios que el sistema ofrece, por un lado, para tutela del crédito, y, por otro, en favor de la limitación del esfuerzo del deudor más allá de lo racionalmente exigible. Se trata de dos aspectos íntimamente unidos, de forma que el uno es el exacto reverso del otro: la tutela del crédito llega hasta donde llega el esfuerzo exigible al deudor, y los confines de lo inexigible empiezan donde acaba la tutela del crédito.

La doctrina que en el ámbito de la responsabilidad contractual permanece aferrada al principio de la culpa, se ha visto obligada a reconocer la existencia de una serie de medidas contra el deudor no cumplidor que presuponen el mero *hecho* del incumplimiento (su materialidad) y que prescinden de la culpa de aquél (103). Tal es el caso de la ejecución específica de la prestación, de la excepción de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos, y de la específica tutela del acreedor frente al cumplimiento inexacto, en el que éste puede rechazar la prestación, devolverla, pedir una reducción de la contraprestación, y, en algunos casos, pedir un nuevo y exacto cumplimiento o la eliminación de la diformidad o el vicio (arts. 1.166, 1.169, 1.486, 1.498 C. c., caso de la venta con garantía, art. 336 C. com.).

Esta no relevancia de la culpa como presupuesto de tales medidas, y la consiguiente relevancia del incumplimiento en sentido objetivo

(102) Como intuyó la genialidad de CARNELUTTI, «Sulla distinzione...», cit., página 749.

(103) Vid. GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., págs. 312 y ss., y voz cit., págs. 886 y ss.; BIANCA, «Dell'inadempimento...» cit., págs. 162 y ss.

En la doctrina española, también Díez-PICAZO («Fundamentos...» cit., páginas 704-5) establece una distinción entre las distintas consecuencias del incumplimiento en orden a sus presupuestos.

(inculpable o no imputable), ha pretendido ser explicada (104) a través de una distinción de esferas en el ámbito del incumplimiento. Existen una serie de medidas que tienen por fundamento la tutela del interés del acreedor y que, por ello, prescinden de la existencia de la culpa del deudor, en tanto que otras —para Giorgianni sólo el resarcimiento del daño— se justifican como sanciones a la violación del vínculo obligatorio que la conducta del deudor no cumplidor implica. Sólo estas últimas requieren, como presupuesto necesario para su actuación, la imputabilidad del incumplimiento, la culpa del deudor. El ámbito del incumplimiento imputable es, señaladamente, aquél de la responsabilidad del deudor, que se concibe como una típica sanción civil, y que, juntamente con el artículo 1.902 Código civil, se sitúa en el campo de la teoría del ilícito (civil).

A esta doctrina le es reconocido el mérito de haberse separado de aquella otra más antigua, que sostenía la necesidad de la culpa del deudor como presupuesto de cualquier medida contra la falta de exacto cumplimiento. Pero desde el momento en que se ha demostrado que fundamento de la responsabilidad contractual es el hecho estricto del incumplimiento, se comprende que el retroceso de la culpa como presupuesto de medidas contra el defecto de cumplimiento, no se detiene frente al resarcimiento del daño. Es el hecho objetivo del incumplimiento en todo caso el fundamento de las medidas de tutela represiva del derecho del acreedor (105).

De este modo, se acaba con la consideración de excepcionalidad que acompañaba tradicionalmente a las medidas contra el incumplimiento que prescindían de la culpa del deudor, o con la distinción entre ámbitos del incumplimiento según que la culpa sea o no relevante en ellos. Caído el último reducto a que el análisis de Giorgianni (106) había reducido la relevancia de la culpa, se produce una homogénea convergencia de las diversas medidas represivas puestas para la tutela del crédito sobre el único presupuesto del hecho objetivo del incumplimiento.

Esta homogeneización sobre el presupuesto del hecho objetivo del incumplimiento es, en particular, también válida para la resolución del contrato por incumplimiento, donde, no obstante, la jurisprudencia persiste en la afirmación de la culpa como presupuesto de la misma (107).

(104) Cfr. GIORGIANNI y BIANCA, *opp. y locc. últ. citt.*

(105) Se habla aquí de tutela represiva del crédito, que se actúa una vez frustrado el derecho del acreedor por la falta de cumplimiento, como contraposición a la tutela preventiva del mismo (Cfr. Díez-PICAZO, «Fundamentos...» cit., págs. 730-1; GALGANO, «Diritto privato» cit., págs. 359-60), es decir, el conjunto de medidas de que el acreedor dispone con anterioridad al cumplimiento, ante la eventualidad de que el deudor no pueda cumplir o hacer frente a su responsabilidad, llegado el momento del mismo (ej., pérdida del beneficio del plazo, acciones revocatoria y subrogatoria, etc.).

(106) Vid. «L'inadempimento», cit., pág. 323, y voz cit., pág. 888.

(107) Cfr. LACRUZ, *op. cit.*, pág. 122; ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 69-70, espec. nota 111 bis; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 160; Díez-PICAZO, «Fundamentos...» cit., págs. 848 y ss., «El retardo, la mora y la resolución de los con-

La recta interpretación de las reglas generales de responsabilidad permite afirmar que éstas no establecen una alternativa entre incumplimiento culpable e incumplimiento inculpable, sino entre incumplimiento (sin más) y no-incumplimiento (extinción de la obligación).

En estas condiciones se comprende que la exigencia de la culpa es superflua a los efectos de la resolución, pues si la culpa tuviese alguna razón de ser, sería la de operar una discriminación entre los incumplimientos a fin de establecer cuáles son relevantes para dar lugar a resolución y cuáles no. Pero desde el momento que se instaura como límite de la responsabilidad contractual la extinción de la obligación por imposibilidad liberatoria, la culpa no es un criterio hábil de discriminación, pues o bien se comprende que no hay ningún incumplimiento culpable (o hay incumplimiento *tout court*, o no lo hay y hay

tratos sinalagmáticos», en A.D.C., 1969, págs. 383 y ss., y allí, espec., págs. 389 y ss., y «Estudios sobre la jurisprudencia civil» cit., págs. 532 y ss.; y vid. la jurisprudencia allí citada.

La jurisprudencia española viene exigiendo para la resolución del contrato *ex* artículo 1.124, bien la existencia de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento».

Por tanto, en esta doble justificación de la resolución (incumplimiento e imposibilidad sobrevenida que constituyen, separadamente, dos justas causas para la misma se circunscribe la relevancia del elemento subjetivo —que la doctrina ha identificado, sin más, con la culpa en sentido amplio— a la primera de ellas. De forma que la culpa discriminaría el incumplimiento relevante a fines de la resolución («incumplimiento resolutorio» en gráfica expresión de DÍEZ-PICAZO, mientras que la imposibilidad sobrevenida operaría como justa causa resolutoria objetivamente, prescindiendo de calificaciones subjetivas. En otras palabras, la relevancia del elemento subjetivo se circunscribiría a las situaciones de falta de cumplimiento producidas en tanto la prestación permanece como posible (ALBALADEJO, *ibídem*, pág. 70, nota 111 bis; DÍEZ-PICAZO, «El retardo...» cit., pág. 393).

En mi opinión, y como consecuencia del examen de las reglas generales de responsabilidad realizado, la culpa ni aun en este ámbito reducido es presupuesto directo de la resolución. Y ello, creo, se confirma con el análisis de las propias decisiones jurisprudenciales más allá de sus genéricas proclamaciones de principio.

En modo similar, DE LORENZI (op. cit., págs. 133 y ss.) ha creído ver en el manejo de la culpa como presupuesto de la resolución en la jurisprudencia italiana, una noción diversa de la manejada a efectos de la afirmación de la responsabilidad. En modo que, mientras esta segunda culpa conduce a la condena del deudor al cumplimiento (tardío) con indemnización de los daños, puede darse, simultáneamente, una ausencia de aquella primera culpa a efectos de negar al acreedor el derecho a la resolución del contrato. La «diligencia» que discrimina a fines de resolución, no es la misma que discrimina a efectos de la responsabilidad.

Este desdoblamiento de significados de la culpa-diligencia demostraría que los términos «culpa» y «diligencia» carecen de un valor preciso, y que remiten a otras categorías implícitas en el ordenamiento.

En ambos casos la ausencia de culpa del deudor, según DE LORENZI, se deduciría por la jurisprudencia de la ausencia de hechos típicos exoneratorios, siendo diversos para una y otra acepción de la culpa los hechos que excluyen. En el caso de la resolución la culpa vendría excluida, por ejemplo, por el error de derecho o de hecho (en especial, por tolerancia del acreedor). En el de la responsabilidad por el *factum principis*, catástrofes naturales *factum creditoris*, etc.

extinción), o bien, si se prefiere hablar en términos ficticios, todos los incumplimientos son culpables (en el sentido de que se convierte a la culpa en una repetición del mismo incumplimiento y se la confunde con la responsabilidad).

En el primer caso claramente la culpa no puede discriminar entre incumplimientos, porque no hay *ningún* incumplimiento culpable. En el segundo, tampoco se puede discriminar entre incumplimientos (*todos* serían culpables).

Si acaso se puede distinguir entre incumplimiento culpable (todo incumplimiento) y no culpable (extinción), es en forma de trasponer una terminología diversa a la distinción incumplimiento-extinción de la obligación, pero no se puede distinguir en el interior de la categoría misma del incumplimiento.

Por esto es por lo que la discriminación entre incumplimientos a efectos de la resolución, se opera con un criterio diverso al de la culpa, y que se deduce —en el silencio del art. 1.124 C. c.— del ordenamiento. De forma que la relevancia o no del incumplimiento a los efectos de la resolución viene dada por la importancia o gravedad del mismo.

Es realmente curioso que la doctrina de la culpa haya llevado su arbitrariedad hasta el extremo de introducir un falso presupuesto de la resolución (la culpa) —a ser coherentes, puramente terminológico— que en la ley no consta en modo alguno (108) (109).

(108) Como ha puesto de manifiesto GIORGIANNI («L'inadempimento» cit., página 320, y voz cit., págs. 887-8), existe una contradicción entre afirmar la necesidad de la culpa a los efectos de la resolución por incumplimiento, y dispensarla a los de la excepción de incumplimiento, puesto que «la rescisión del vínculo en la forma de la resolución del contrato, en la mayor parte de los casos, es necesaria sólo para consentir a la parte cumplidora la repetición de la prestación ya efectuada. Cuando por el contrario la parte no haya cumplido todavía, puede ser suficiente la *exceptio inadimpleti contractus*. En modo que la diversa disciplina de las dos hipótesis, desde la perspectiva de la culpa, no se justifica en modo alguno».

(109) Podría pensarse que el criterio de la gravedad o importancia del incumplimiento, en la medida en que no se contiene en el artículo 1.124 Cc., es también arbitrario. Pero sentado que el artículo 1.124 no consagra ningún criterio discriminador entre incumplimientos a efectos de la resolución, habría que concluir pensando de ese modo, que cualquier otro criterio —y por supuesto también el jurisprudencial de la «voluntad rebelde»— sería arbitrario.

Mas, pues se admite que a pesar de tal omisión, ese criterio discriminador existe —como el propio artículo 1.124-3 deja traslucir al indicar que en determinados casos, y a pesar de la existencia del incumplimiento, no se da la resolución—, debe contenerse, ya que no en el propio artículo 1.124, en el sistema. Y tal ocurre con el criterio de la gravedad, y no con el de la «voluntad rebelde». Pues el primero no es más que el resultado de funcionalizar con arreglo a las exigencias generales de la buena fe (arts. 7-1, 1258 Cc.), la facultad de desvincularse del contrato que se concede a la parte cumplidora. Es en este sentido, en el que debe entenderse la constante jurisprudencia que hace uso de los principios de la conservación del contrato y de la buena fe en esta sede, a modo de contrapeso o filtro de una indiscriminada utilización de la facultad resolutoria («La razón de por qué la leve entidad del incumplimiento preclude la resolución, reside, al mismo tiempo, en el

La valoración de la importancia del incumplimiento es una valoración objetiva, con relación a sus circunstancias y al equilibrio económico de las prestaciones. En dicha valoración emerge el recurso a la buena fe en sentido objetivo (norma de conducta, arts. 1.258, 7-1 C. c.) como técnica de valoración referida al comportamiento del acreedor que insta la resolución (110).

principio de permanencia de las relaciones lícitas y válidamente constituidas, y en el principio de la buena fe contractual», JORDANO BAREA, «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita» en A.D.C., 1951, págs. 303 y ss., y allí, pág. 307).

En realidad, si se observa detenidamente la jurisprudencia que en la resolución por incumplimiento exige el requisito de la «voluntad rebelde», se verifica que ésta es sólo una pura proclamación doctrinal, ya que bajo esa terminología, lo que en realidad se valora es la gravedad o importancia del incumplimiento.

La «voluntad rebelde» no sólo es un requisito (verdaderamente) arbitrario, sino, además, inaprensible; su comprobación exigiría una suerte de jueces-psicólogos. Por ello, este requisito se objetiva en la valoración de la infracción misma del deudor y su incidencia sobre el interés del acreedor según buena fe. La «voluntad rebelde» no es, pues, en la jurisprudencia sino una cobertura nominal del juicio de buena fe sobre la importancia del incumplimiento.

La «voluntad rebelde» es así en manos de la jurisprudencia una flexible cláusula general que, dando cabida a las exigencias de buena fe, funcionaliza la facultad resolutoria e impide su utilización (abusiva) fuera de los casos en que no existe un verdadero y propio interés en la resolución por parte del acreedor (emblemático, el ejemplo puesto por Díez-PICAZO de un demandante que pretende recuperar un terreno vendido y pagado casi en su totalidad, para aprovecharse de una revalorización que ha experimentado).

En suma, la «voluntad rebelde», tomando exactas palabras de este último autor, no enuncia para la jurisprudencia una exigencia positiva (un presupuesto de la resolución), sino que se trata de formular o englobar (con expresión inadecuada, fruto de toda una tradición subjetivista), los casos en que la acción resolutoria debe ser desestimada (por no existir un interés tutelable del actor en la resolución, precisamente aquél interés típico que está en la base de la facultad que la ley confiere, y que configura los límites —institucionales— de su ejercicio legítimo).

Desde esta perspectiva, que permite vislumbrar por encima de su diversidad la línea directriz que subyace en ellos, se comprenden los fallos jurisprudenciales que deniegan la resolución por incumplimiento cuando se trata de obligaciones accesorias, cuando ha existido tolerancia por parte del acreedor frente a la infracción del deudor o resistencia frente a su cumplimiento; o que acogen con cautela la resolución en los casos del retardo o del cumplimiento parcial, negándola en el caso de «infracciones contractuales mínimas y poco significativas»; sentencias que, en definitiva, establecen que el incumplimiento resolutorio, ha de ser «esencial», «grave», «sustancial», «verdadero y propio incumplimiento».

(110) Vid. VISINTINI, «*Impossibilità...*» cit., págs. 28 y ss., y «La responsabilità contrattuale» cit., págs. 105 y ss. Esta autora ha puesto, también, de manifiesto, cómo, bajo la formal referencia a la ausencia de culpa del deudor no cumplidor, la jurisprudencia italiana realiza en realidad valoraciones en términos de buena fe que excluyen la relevancia del incumplimiento a efectos de la resolución por la existencia de comportamientos del acreedor previos a la demanda de la misma, que demostraban la escasa importancia para éste del incumplimiento, y que hacen incorrecta su pretensión de, posteriormente, desligarse del contrato. Se trata, en suma, de un control sobre la legitimidad de la desvinculación del acreedor y no sobre la imputabilidad o no del in-

La subordinación de la resolución por incumplimiento a la sola y estricta importancia del mismo, es coherente con su naturaleza de instrumento derivado de la propia funcionalidad del contrato con prestaciones recíprocas. La resolución no tiene carácter sancionatorio, sino que corresponde a una exacta tutela del contrayente cumplidor o dispuesto al cumplimiento, el cual no sólo tiene derecho a recuperar la prestación ya realizada, sino que debe tener también la facultad de liberarse de un vínculo contractual que no le asegura ya la satisfacción del interés perseguido (111).

Como consecuencia de la recta interpretación de las reglas generales de responsabilidad, aparece asimismo claro que el ámbito de la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación, es exclusivamente el de la imposibilidad liberatoria (112), pues la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivada de causa imputable al deudor, es una forma de incumplimiento como consecuencia del límite de la responsabilidad contractual que con carácter general establece el Código civil (arts. 1.105-1.182, 1.184), y, por tanto, encuentra su sede en la resolución por incumplimiento (art. 1.124 C. c.).

Cuando la obligación se extingue, el problema de la resolución se plantea en sus términos puros: verificado que la obligación del deudor se ha extinguido por imposibilidad liberatoria (arts. 1.105, 1.182, 1.184 C. c.), y que, por tanto, se exonera de toda responsabilidad, resta el problema, dado que se trata de un contrato sinalagmático, de saber si el deudor liberado (que es, a su vez, acreedor de su acreedor), tiene o no derecho a la contraprestación de su deudor recíproco, respecto del cual se plantea, si habiendo perdido la prestación a la que como acreedor tenía derecho, ha de realizar aquélla que, como deudor de su deudor, por su parte debía.

En suma, el problema que se plantea aquí es estrictamente (excluido el de la responsabilidad), el de la distribución del riesgo de la

cumplimiento del deudor (ejs.: cambio de domicilio del acreedor sin la oportuna notificación, escaso interés precedente manifestado en el cumplimiento de una obligación accesoria).

Ya con anterioridad, GIORGIANNI («L'inadempimento» cit., pág. 319, y voz cit., pág. 887), había sostenido que la referencia del artículo 1.455 Cciv. it. al interés del acreedor agota el problema de la importancia del incumplimiento y de la discriminación entre incumplimientos a los efectos de la resolución. Y había añadido que «cuando el juez —por seguir la tesis doctrinal— efectúa la valoración de la situación bajo el aspecto de la «culpa» del deudor, realiza en efecto en la mayoría de los casos una valoración en términos de «interés» del acreedor».

El artículo 1.455 Cciv. it. establece lo siguiente: «Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra».

(111) Vid. GIORGIANNI, «L'inadempimento» cit., pág. 323, y voz cit., páginas 888-889.

(112) Y no como pretende BIANCA (*ibidem*, pág. 164) el del incumplimiento inculpable; a no ser, que se hable en términos puramente ficticios, y se designe con la ausencia de culpa la no responsabilidad (no-incumplimiento, extinción de la obligación).

contraprestación (de la prestación extinguida por sobrevenida imposibilidad) (113).

Problema que se resuelve con la resolución *ipso iure* del contrato sinalagmático en cuestión (arg. *ex* arts. 1.274-5 y 1.460 C. c., con las particularidades propias, para los contratos traslativos, introducidas por el artículo 1.452 y las «reglas del riesgo» (114).

(113) En cambio, cuando se trata de resolución por incumplimiento, los problemas de la responsabilidad y la resolución se superponen, aunque no se confunden. Pues además de si la parte incumplidora pierde su derecho a la contraprestación por el hecho del incumplimiento no irrelevante (riesgo de la contraprestación), se plantea el problema de sobre quién inciden las consecuencias dañosas de tal incumplimiento (riesgo del incumplimiento). El primer problema es el de la resolución (art. 1.124), que presupone verificado en sentido positivo el incumplimiento con arreglo a las normas de los artículos 1.101 y ss. y sus concordantes (1.182-4) (problema de la responsabilidad), en forma que el acreedor accione por la resolución o por el cumplimiento —en cuyo caso, la prestación tardía es un elemento de la indemnización: *aestimatio rei*— tiene derecho a la indemnización de los daños (art. 1.124-2.º).

El sentido del resarcimiento a que se refiere el artículo 1.124 es distinto según se trate de la resolución o del cumplimiento tardío.

En el primer caso se trata de una medida distinta de la resolución, pero concurrente con ella, que actúa sobre su mismo presupuesto (incumplimiento); su extensión —como se deduce *a contrario* de la disyuntiva que el artículo 1.124-2 establece y de la propia finalidad institucional de la resolución— viene dada por los daños no prestaciones (posteriores respecto de la prestación o su valor) derivantes del incumplimiento del contrato.

En el segundo caso, el resarcimiento que se coloca junto al cumplimiento tardío se refiere, también, a los daños posteriores respecto de la prestación debida o su valor equivalente (*aestimatio rei*). Pero, en la medida en que la prestación o su valor, se comprende en la globalidad del resarcimiento, ese «resarcimiento» que el artículo 1.124 añade al cumplimiento tardío, no es como en el caso de la resolución, una consecuencia diversa del global resarcimiento, sino que se trata de dos elementos o ámbitos distintos de una misma consecuencia (el resarcimiento).

En otras palabras, el resarcimiento como consecuencia del incumplimiento cuando acompaña a la resolución, por el propio carácter de ésta, reduce el ámbito del daño resarcible, mientras que cuando funciona aisladamente de aquélla, incluye junto a los daños posteriores (ámbito común con el primer caso), la prestación debida o su valor equivalente (ámbito propio).

(114) Tal criterio ha sido sostenido por alguna jurisprudencia (cfr. la sentencia T.S. 10 diciembre 1963, R.A. 5220, y la jurisprudencia anterior en ella recogida). En cambio, para otra línea jurisprudencial que parece prevalente, esta justa causa de resolución —descrita como «hecho obstativo que en modo absoluto impida el cumplimiento»— se subsumiría en el propio artículo 1.124, con el consiguiente efecto de que sólo operaría a instancia de parte interesada.

Es cierto que por una u otra vía se admite en todo caso el que la imposibilidad liberatoria opera como justa causa de la resolución, pero las diferencias entre las dos posturas, más allá del mero dato normativo, son relevantes.

El carácter automático (no facultativo) de la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación, pone de manifiesto el distinto fundamento que está en la base de la misma y en el de la resolución por incumplimiento. Mientras en el primer caso la extinción de una de las obligaciones del contrato sinalagmático afecta a su esencia causal (art. 1.274), en forma que

En conclusión, puede afirmarse que la disyuntiva de las reglas generales de responsabilidad entre incumplimiento y extinción (no-incumplimiento) es absoluta. De forma que no existe un área intermedia de incumplimientos inculpables que no darían lugar ni a resolución por incumplimiento, ni a resolución por imposibilidad liberatoria sobrevenida (115). El incumplimiento como supuesto de hecho normativo es único, y abarca todos los casos, sin distinción, de no liberación del deudor. La discriminación a los efectos de la resolución entre dichos supuestos, se hace exclusivamente por el criterio de la importancia según el interés de la contraparte, valoración objetiva en la que tiene un papel fundamental la buena fe.

viene a faltar posteriormente, un elemento que es esencial para su nacimiento (la causa, sinalagma genético art. 1.275); en el segundo caso el incumplimiento de una de las obligaciones recíprocas, afecta simplemente al normal funcionamiento del contrato sinalagmático (sinalagma funcional), pues el incumplimiento no obsta a la subsistencia de la obligación incumplida y, con ella, del contrato bilateral (precisamente, al ser la persistencia de la obligación en defecto de su cumplimiento el fundamento de la responsabilidad contractual, se explica que el resarcimiento se añada tanto a la resolución como al cumplimiento tardío).

Por eso sobre esta diferencia constructiva, se perfila una diferencia de mecánica: en el primer caso el contrato se entiende resuelto de derecho una vez extinguida una de sus obligaciones, mientras que en el segundo se concede por la ley (art. 1.124) al acreedor cumplidor la posibilidad de resolver un contrato que no satisface ya su interés (y en la medida en que no lo satisfaga efectivamente).

Por eso en el primer caso (resolución por imposibilidad sobrevenida) no existe posibilidad de elegir entre el cumplimiento tardío o la resolución, aquí sólo procede la resolución, pues el cumplimiento resulta ya imposible, sea en vía originaria (existe imposibilidad de la prestación), sea en forma sustitutiva o por equivalente (el deudor no es responsable; la sobrevenida imposibilidad es liberatoria, a él no imputable, y la obligación, por tanto, se ha extinguido).

Tal régimen se confirma con el artículo 1.460-1 Cc., que si bien textualmente se refiere a la imposibilidad originaria es igualmente aplicable a la sobrevenida y el artículo 1.295-1 Cc. en tanto que la parte liberada por la extinción de su obligación y que recibe la contraprestación de la misma se enriquece injustamente (sin causa).

En este último sentido es en verdad significativo el artículo 1.463 Ccv. it. y su referencia final a las normas del pago de lo indebido: «*Nei contratti con prestazioni corrispettive la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*».

Del texto de la norma italiana también resulta con claridad la referencia de la justa causa de resolución constituida por la imposibilidad sobrevenida de la prestación sólo y exclusivamente a la imposibilidad liberatoria (pues la liberación de la parte a que se refiere el texto transcrito, sólo se produce cuando, por no ser imputable al deudor la sobrevenida imposibilidad de la prestación, se ha extinguido la obligación de la que constituía su objeto).

(115) La culpa se revela así tan falso presupuesto de la resolución por incumplimiento como de la responsabilidad contractual misma.

Cfr. VISINTINI, «Impossibilità...» cit., pág. 34, y «La responsabilità contrattuale» cit., pág. 111.

En el conjunto de medidas que el sistema ofrece para limitar el sacrificio del deudor, hay que considerar, también, la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida de una de sus prestaciones, remedio que si bien no se contempla expresamente en nuestro ordenamiento, se extrae sin dificultad como consecuencia de la vigencia indiscutida dentro del mismo del principio de la buena fe (arts. 7-1 y 1.258 C. c.) (116). La excesiva onerosidad se ofrece así como un instrumento que permite a la parte onerada desligarse del contrato, cuando las condiciones que determinaban la economía interna del contrato vengan sustancialmente alteradas por acontecimientos extraños al *alea* normal del mismo, de forma que la contraprestación inicialmente pactada no sea ya remuneratoria del esfuerzo que el deudor tendría que realizar para cumplir. Al acreedor se le ofrece en estos casos la posibilidad de mantener en vida el contrato pagando una contraprestación reconducida según equidad a las nuevas circunstancias sobrevenidas.

En tanto la excesiva onerosidad se coloca en el plano de la tutela del mantenimiento de la normalidad de las condiciones sobre las que se apoya la obligación, en forma de consentir al deudor desvincularse cuando su alteración por eventos imprevisibles lo coloque en una posición desventajosa, el impedimento que conlleva la imposibilidad sobrevenida de la prestación (si originado en causa no imputable al deudor), provoca la extinción de la obligación, y su relevancia se coloca en el plano de la responsabilidad, de la justificación del deudor frente al acreedor insatisfecho.

Esta diferencia de naturaleza se vislumbra en la posibilidad de mantener en la excesiva onerosidad el vínculo por parte del acreedor, posibilidad que tiene su límite —que es criterio de distinción entre uno y otro ámbito— «allí donde la mayor onerosidad es tal de desnaturalizar la prestación, transformándola en una prestación diversa y extraña a la normal actividad del deudor» (117).

(116) Conexión con la buena fe que, junto con la idea de la base del negocio, resulta especialmente evidente en la sent. T.S. 23 noviembre 1962 (R.A.5006): «Que así alterada la base del negocio, el propio artículo 1.258 del Código civil, que se cita como infringido por la parte recurrente, viene en apoyo de la accionante, en cuanto establece que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, pues es justa consecuencia de buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones para el mejor cumplimiento de una finalidad legal conforme a la causa motivadora del contrato, cuando median las excepcionales circunstancias que en el caso presente concurren» (cfr., ésta y otras sentencias que conforman la posición jurisprudencial en la materia, en DÍEZ-PICAZO, «Estudios...» cit., págs. 556 y ss. Sobre la resolución por excesiva onerosidad en general. Vid. del mismo autor, «Fundamentos...» cit., espec. págs. 872 y ss.

(117) TRIMARCHI, «Sull significato...» cit., pág. 531.

Ejemplo de TRIMARCHI: Si las comunicaciones por tierra entre dos países quedasen bloqueadas, ello significaría la liberación de una empresa de transporte por carretera, no pudiéndosele exigir ejecutar el transporte por vía aérea (ni aun con pago de sobreprecio), siendo ésta una prestación

La frontera entre imposibilidad y excesiva onerosidad viene dada, pues, porque los medios necesarios para cumplir ante el impedimento sobrevenido sean anormales o extraños al contenido de la prestación, o, por el contrario, sean los normales pero encarecidos (excesivamente) en su costo (118). En tanto la imposibilidad liberatoria supone la extinción de la obligación, la resolución por excesiva onerosidad presupone su subsistencia, ofreciendo, precisamente por ello, el remedio de la resolución (a instancia del deudor, no automáticamente), resolución que puede ser evitada con la equitativa modificación de las condiciones del contrato ofrecida por el acreedor.

También en el conjunto de medidas para tutela del crédito y de definición del límite del esfuerzo debitorio, se sitúa el papel que en este ámbito la buena fe juega. La buena fe, por una parte, es un instrumento de interdicción de exigencias abusivas del acreedor a través de figuras como la inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) o el abuso del derecho, que ensanchan el tendencialmente estrecho campo de la imposibilidad. Pero la buena fe actúa, además, extendiendo el ámbito de relevancia de las conductas lesivas del deudor más allá del interés de prestación, en forma de la integración del contrato con deberes de

extraña a su actividad normal. En cambio, si se trata de una empresa de transportes por tierra y aire la ejecución del transporte aéreo podrá venir impuesta con el pago del correspondiente sobreprecio.

El mismo impedimento, por el diverso carácter de la actividad empresarial, viene calificado como excesiva onerosidad, en el segundo caso, e imposibilidad sobrevenida, en el primero.

(118) Vid. BIANCA, *ibidem*, págs. 144-5.

Nota final: Al culminar con este trabajo el programa de investigación trazado sobre el tema de la responsabilidad contractual, quiero expresar, ante todo, al A.D.C. mi más vivo agradecimiento por su generosa disposición y paciencia para conmigo (a la que ha sido para mí su cabeza visible, profesor Morales Moreno, y también a las «invisibles»).

Asimismo, dada la estrecha interrelación de los distintos trabajos, aparecidos en distintas revistas, y el inevitable retraso que ha producido acumular tres de ellos en una misma, he considerado oportuno finalizar con una cronología de todos ellos y sus lugares de publicación. En este *Anuario* se han publicado las tres primeras entregas, cuya elaboración definitiva se data, en el mismo orden de su publicación, entre julio de 1983 y febrero de 1984: «Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español» (A.D.C., enero-marzo 1984); «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español» (A.D.C., mayo-agosto 1985); y el que ahora se publica. Posteriores en su elaboración, aunque hayan aparecido antes que alguno de los anteriores, son: «Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», finalizado en septiembre de 1984 (R.D.M., septiembre-diciembre 1984) y «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», finalizado en marzo de 1985 (R.C.D.I., mayo-junio 1985). Fuera del programa inicialmente concebido (diseñado en el primer trabajo aparecido), pero con reflexiones generales sobre la responsabilidad contractual (y aun extracontractual) e incorporando un análisis detallado de la doctrina francesa, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», acabado en junio de 1985 (R.G.L.J., enero 1985).

Finalmente, me permito indicar el texto correcto de la línea 17, p. 319, de «Las reglas generales...», cit., inadvertidamente interlineado: «acreedor (cfr. art. 306-2.º C. com.), que evita así ulteriores perjuicios».

seguridad o protección (que también protegen la esfera debitaria de ingerencias dañosas del acreedor), la violación de los cuales ensancha el campo de la responsabilidad contractual.

Finalmente, tampoco se olvidan, una vez superadas restricciones arbitrarias acerca del ámbito de la responsabilidad extracontractual, la tutela aquiliana del crédito como instrumento para su defensa contra lesiones del mismo provenientes de personas diversas del deudor, y las amplias posibilidades de concurso de acciones de responsabilidad aquiliana y contractual, que operan un reforzamiento de la tutela creditoria.

De esta forma la extensión de la defensa del crédito y el grado de esfuerzo requerido del deudor, vienen a ser el producto de una situación global del ordenamiento, de una integración armónica de instituciones diversas, en modo que solamente la contemplación de todas ellas determina la manera en que el interés por la actuación del crédito, y el antagónico de limitar el esfuerzo debido, se compatibilizan.

