

La responsabilidad contractual (Breves notas a una crítica)

Por LUIS HUMBERTO CLAVERIA GOSALBEZ

El origen de las líneas que siguen es el siguiente: en 1987 mi amigo y compañero de Departamento Francisco Jordano Fraga publica su libro *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas (en adelante, *Libro*). En el mismo año, en el fascículo IV de este *Anuario* (páginas 1283 y siguientes), publico yo una *Nota crítica* a dicha obra bajo el título *Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual* (en adelante, *Nota mía*); por último, en el fascículo III de 1988 de este mismo *Anuario*, bajo el título *La responsabilidad contractual (primer y último repaso)*, publica Jordano Fraga una vehemente contestación (en adelante, *Nota de Jordano*) a mi citada *Nota*. Si por su parte éste será el último repaso, por la mía pretendo que las líneas que siguen también lo sean. Y las escribo, usando y, tal vez, abusando de la amabilidad del «ADC», porque, a pesar de no reputar pertinente responder a censuras ajenas en el ámbito de las revistas especializadas, creo que este caso es diferente, dado que de la *Nota de Jordano* un lector poco informado puede extraer conclusiones que desapruébo por ser desacordes con la realidad. Un lector más informado, por el contrario, no extraerá tales conclusiones, pero lamentará este último trabajo del joven profesor de Sevilla porque perjudica a su *Libro*, cuyas deficiencias, que ya señalé, se hacen más patentes ahora; como sucedía con la rosa de Juan Ramón Jiménez, lo mejor que habría podido hacer Jordano Fraga es no tocar más su *Libro*, pues sin su *Nota* del «ADC», aquél parece más consistente. Por motivos obvios, voy a dedicar poquísimo espacio a contestar a mi compañero: el lector del «ADC» tiene cosas más importantes que hacer antes de disfrutar de esta pequeña polémica.

Francisco Jordano dedica nada menos que quince páginas (desde la 817 a la 831 de su *Nota*) a demostrar que él demostró en su *Libro* que el fundamento de la responsabilidad contractual es, en todo caso y solamente, el incumplimiento y que la culpa es siempre objetiva. Yo respondo que ni lo demostró en su *Libro* ni ahora. Pero además que, al intentar demostrar eso, demostró lo contrario. Vayamos por partes, como él dice:

1.º Según su construcción (la de lo que él denomina «primer objetivismo», y que no tengo inconveniente en compartir), el deudor responde cuándo y porqué incumple; para eludir tal responsabilidad (que llamamos incorrecta, pero operativamente «contractual») el deudor debe, según Jordano, probar el hecho exoneratorio-liberatorio, compuesto por dos elementos: la definitiva imposibilidad de cumplimiento y la inimputabilidad a él de dicha imposibilidad; ordinariamente (esto es, salvo en casos de responsabilidad por riesgo) esta inimputabilidad concu-

rre cuando el deudor demuestra la ausencia de su culpa en el acaecimiento del hecho productor de la mencionada imposibilidad, lo que conlleva la necesidad de probar cuál sea tal hecho productor. Admitamos (luego hablaré de ello) que esa culpa sea objetiva: da igual, si esa es la construcción de Jordano Fraga (y lo es, sin duda, como se infiere del *Libro, passim*, pero preferentemente páginas 100-105), sobra casi toda su *Nota* del «ADC», sencillamente porque reconoce que la culpa es fundamento de la responsabilidad contractual: sin culpa no hay incumplimiento, luego éste, al ser fundamento, arrastra inexorablemente a aquélla como fundamento; muy inteligentemente, el ya prestigioso investigador, tras decir, en página 821 de su *Nota*, que «...el incumplimiento (es) el *único* y general fundamento de la responsabilidad contractual» (el subrayado es mío), reconoce (en lastimosa contradicción) que «...la culpa es fundamento *indirecto* o *mediato* de la responsabilidad contractual...» (página 831, pero con precedentes en la 821) (ahora el subrayado es suyo). ¿Para qué tanto énfasis? ¿Merece tanto ardor una tesis que sólo difiere de la que yo mantengo en el lenguaje? La culpa es fundamento de la responsabilidad contractual; sin ella, ordinariamente, ésta no existe; lo que sucede es que sólo es planteable el tema en caso de incumplimiento, o, como lo llama Jordano, «incumplimiento material»; es más, negar que la culpa sea fundamento me parece error grave; denominarla «fundamento indirecto» me parece innecesario o inexacto. Ya sé que, según Jordano, el concepto de incumplimiento comprende (ordinariamente) la culpa, lo que le permite decir que el incumplimiento sea el *único* fundamento de la responsabilidad. Si quiere decir eso, valga, pero no se niegue el valor de fundamento de la culpa (que va dentro) ni se censure a quien lo señala.

2.º La culpa entendida en sentido objetivo («culpa-infracción») *nunca* se presume, según *Nota de Jordano* (página 818). Yo dije en *Nota mía* (página 1285) que Jordano dice que va presunta y lo dice, aunque nunca expresamente. En efecto, si, según Jordano, para liberarse de responsabilidad, el deudor debe probar, además de la imposibilidad de cumplir, la inimputabilidad de la causa de dicha imposibilidad, consistiendo tal inimputabilidad ordinariamente en la ausencia de culpa, la culpa (todo lo objetiva que se quiera) está presumiéndose *iuris tantum*, es decir, se entiende que el incumplimiento material se debe a no observación por el deudor de una conducta diligente. Respeto que Jordano Fraga pretenda viajar de Sevilla a Córdoba pasando por Málaga (es más, ello tiene sus atractivos paisajísticos), pero ruego que no insista en que, al llegar a Córdoba, estamos en Granada, pues sé distinguir ambas ciudades, aceptando yo, por otra parte, gustosamente el rodeo playero propuesto por el autor comentado.

3.º Jordano dice que, para él, la culpa es siempre objetiva y que yo he dicho erróneamente que él la configura subjetivamente. En este punto he de reconocer que tiene razón, al menos en parte: él nunca dice textualmente en su *Libro* que la culpa deba entenderse subjetivamente: «...culpa es para mi, como para la mayor parte de la doctrina, lo contrario de diligencia» (páginas 817-818 de su *Nota*). Recordándole que Badosa piensa otra cosa (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia-Zaragoza, 1987, páginas 33 y siguientes, especialmente página 69, entre otras), acepto la observación de Jordano y le pido disculpas por mi error, que fue bienintencionado, pues el hecho de «encajarle» a veces la culpa intencional-subjetiva (según su expresión simpática e irónica de página 826 de su *Nota*) se debió a mi deseo de entender conforme a razón

algunas de sus formulaciones, pues, llevada hasta sus últimas consecuencias su concepción objetivista de la culpa, conduciría, respecto de las llamadas obligaciones de actividad o de medios, al siguiente resultado: dado que la culpa, en la concepción objetivista que Jordano defiende, consiste en la no ejecución de una conducta reclamada por el deber de diligencia, para liberarme de responsabilidad contractual en las obligaciones de medios deberé probar que la no ejecución de la conducta obligada (incumplimiento material) acaeció a pesar de que yo realicé la conducta obligada (necesaria para poder ejecutar la primera conducta obligada) (!): Kafka quedaría estupefacto. Si te «encajé», querido Francisco Jordano, en este caso, la culpa intencional (*rectius*, subjetiva o culpa de verdad) fue para liberarte de este aprieto, porque suponía que, al menos respecto de este supuesto, tú reconocerías que el hecho exoneratorio-liberatorio capaz de liberar al deudor de responsabilidad en las obligaciones de actividad tendría un ingrediente basado en la culpa subjetiva: el deudor no observó la debida diligencia (objetiva: admitámosla hipotéticamente), porque no pudo, demostrando que no fue subjetivamente culpable. Al no agradecerme Jordano el cable por mí arrojado, se estrella en el fondo del pozo. Pero además demuestra algo inesperado por él y casi por mí: éste puede ser el talón de Aquiles de la concepción objetivista de la culpa. Gracias, pues, Profesor Jordano Fraga. Por otra parte, ¿no resulta extraño que el dolo, hermano casi gemelo de la culpa, sea inequívocamente subjetivo, como todos mantenemos y el mismo Jordano tiene que reconocer? (páginas 238-239 del *Libro* y 830 de su *Nota*). Las palabras usadas en ésta [...fundamento... ciertamente subjetivo, base indiciaria (consistente en) el propio comportamiento del sujeto deudor] (*ibidem*), perfectamente aplicables por mí (obviamente no por él) a la culpa, me parecen deliciosas, provocando mi mayor entusiasmo la expresión, referida al dolo, «...único residuo... de la concepción delictual» (*ibidem*). Querido Francisco: ¿hacemos entrar ahora a los Burning?

4.º Sobre la carga de la prueba (páginas 831 y siguientes de la *Nota de Jordano*), me acusa mi querido amigo de arbitrariedad; no hay tal, sino sentido común. Repito lo que dije en *Nota mía*, páginas 1295 y 1296: «...en la inmensa mayoría de los casos es infinitamente más factible demostrar el acaecimiento de un hecho que su no acaecimiento» (página 1296); esto es, parece más razonable que competa al deudor probar que cumplió que al acreedor probar el incumplimiento (aunque esto último —decía yo— no sea inútil y, a veces, fácil) (*ibidem*). La opinión no es sólo mía, sino también de algunos relevantes autores (por ejemplo, Albaladejo, *Derecho civil*, tomo II, volumen I, Barcelona, 1970, páginas 118 y siguientes, preferentemente página 121), que Jordano Fraga podría dignarse a considerar. Por cierto, el mismo autor distingue (*ob. cit.*, páginas 99 y 117) entre caso fortuito y fuerza mayor, y no con argumentos desdeñables. Jordano Fraga (*Nota*, página 834), aludiendo a «cualquier estudio histórico serio», defiende la tesis opuesta, lo que es obviamente legítimo, pero necesitado de mayor tratamiento; de todos modos, el género literario empleado respecto de este punto le exime de ello.

5.º Sobre la causa (página 835 de la *Nota de Jordano*), dada la obligada brevedad de este escrito y dada la índole de la figura, no deseo extenderme. Me reitero en las afirmaciones hechas en *Nota mía* (página 1297) y remito a ulteriores posibles trabajos sobre el tema (además de a mi ya publicado *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1985*, «Cuadernos

Civitas de Jurisprudencia Civil», enero-marzo, 1986, tomo X, páginas 3387 y siguientes). Sí existe género literario, querido Jordano, que me permita hacer esto, así como hacer lo que hice respecto de la por ti llamada culpa intencional: tu hallazgo inconsciente, detectado por mí respecto de las obligaciones de medios, avala lo dicho (cfr. *Nota de Jordano*, página 828); por no hablar de tu aludida concepción «subjetivo-residual» del dolo (página 830). A mayor abundamiento, recuérdense mis cautelas de página 1295 de *Nota mía*, que, creo, me eximen de censuras excesivamente acres: tengo por costumbre no comprometerme nada más que hasta donde yo mismo declaro. Respecto del ejemplo que propone Jordano (página 835 de su *Nota*) relativo a que se deduciría de mi construcción de la causa que «...la presencia de al menos dos partes en un contrato es sólo un requisito del momento de su celebración y que la muerte posterior de una de ellas no afecta... a la eficacia...», le indico que la causa es requisito de validez y que sus vicisitudes posteriores a la celebración del contrato afectarían a la eficacia de éste, no a su validez. Por eso acepto —esto sí— lo que dice sobre el sinalagma genético en el párrafo 2.º del número 3 de la citada página 835 de su *Nota*. Me parece que en este punto las diferencias entre Jordano y yo casi no existen: a pesar de las apariencias, estamos, creo, de acuerdo: la causa, al contratar, es requisito de validez; pero tal vez siga, tras la celebración del contrato, influyendo en su eficacia o ineficacia; lo que yo reputo peligroso es involucrar una cosa en la otra. No insinué que De Castro se equivocase, sino que señalé peligros en la interpretación de sus textos.

6.º Sobre los demás puntos de discrepancia, acepto totalmente las tres líneas finales de la *Nota de Jordano*, agradeciéndoselas emocionadamente: no era necesario ser tan amable.

7.º No interpreto malintencionadamente las expresiones «divergencia... escandalosa» y desastroso... entendimiento» (páginas 823 y 825, respectivamente, de la *Nota de Jordano*), porque pueden interpretarse benévolamente, tan benévolamente como él debió interpretar mis alusiones al escamoteo y a la prestidigitación, expresiones que sigo manteniendo y prácticas que él sigue realizando, lo que no le impide ser un buen jurista y que su *Libro* continúe mereciendo las alabanzas que le apliqué en 1987; no le sobran tantas páginas como parece que le sobran: el hecho de decir lo que se ha dicho antes, pero con más fundamento e información (y formulándolo mejor), me parece una tarea respetable y encomiable: nada desastrosa ni escandalosa.

Para terminar, como hizo Jordano Fraga con un precioso texto francés de Marton (*Nota de Jordano*, páginas 829-830), no me resisto yo a recordar otro italiano de Messineo, atinente a mi querido y admirado director de tesis Profesor Franco Carresi, a quien acusaba, no sé si justificadamente o no, de interpretarle defectuosamente: «...Meglio farà il Carresi, un'altra volta, se leggerà attentamente la prosa altrui e se sceglierà con maggiore avvedutezza la sostanza dei suoi argomenti» (Messineo, *Il contratto in genere*, «Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo», tomo I, Milano, 1968, página 90. «Meglio farà il Jordano Fraga —añado yo— se leggerà attentamente la prosa altrui e se non ucciderà il messaggero, soprattutto perchè le notizie non sono davvero cattive: Jordano, col suo libro, ha vinto nella guerra della ricerca scientifica».