

LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA Y LA *STRICT LIABILITY**

Bruno Rodríguez-Rosado

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESUMEN: Uno de los elementos que, aparentemente, más diferencian a los sistemas jurídicos continentales de los de la órbita del *common law* es que los primeros parten de un sistema de responsabilidad contractual basado en la culpa mientras que los segundos lo hacen de uno de responsabilidad objetiva (*strict liability*). En realidad, a lo largo de los últimos ciento cincuenta años se ha producido un progresivo acercamiento entre ambos sistemas: el Derecho anglosajón ha ido admitiendo causas de exoneración del deber de indemnizar cada vez con más amplitud, y los derechos continentales han ido hacia una objetivización del concepto de culpa y a la admisión de amplios campos de responsabilidad contractual objetiva. Con todo, siguen existiendo diferencias prácticas, precisamente porque la inversa construcción del supuesto de hecho y de sus excepciones traslada sus efectos a las decisiones de los tribunales. En la búsqueda del criterio legislativamente más adecuado, una perspectiva ética parece atribuir la primacía al régimen basado en la culpa, por más que modulando el estándar de culpa en función del tipo contractual y compatibilizando el sistema con elementos objetivos. En esa tarea, el camino más correcto puede ser el recurso al principio de utilidad de los contratantes, presente en toda la historia del Derecho continental.

ABSTRACT: *One of the places where the continental legal systems seem to differ clearly from that of the common law is that in the former the action for contractual damages is based on fault, while in the latter contract liability is strict i.e. with no reference to fault. However, over the last one hundred and fifty years there has been a gradual convergence between the two systems: the common law has been accepting more and more that the debtor's non performance is excused under certain circumstances, while continental legal systems have moved towards an objectification of the concept of fault and the admission of broad fields of objective contractual liability. Nonetheless, there are still practical differences, because the inverse construction of the premise and its exceptions has effects in court decisions. In search of the best approach, an ethical perspective seems to give primacy to fault-based liability, while graduating the standard of fault according to the specific contract and harmonizing the system with objective elements. For this, a right instrument could be the principle of contracting parties' utility, well-known throughout the history of continental law.*

PALABRAS CLAVE: responsabilidad contractual objetiva; responsabilidad por culpa; obligaciones de medios y de resultado; principio de utilidad de los contratantes.

KEY WORDS: *strict liability; liability based on fault; «obligations de moyens» and « obligations de résultat»; principle of utility.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: LA DUALIDAD DE SISTEMAS. 2. LA *STRICT LIABILITY* DE LOS SISTEMAS ANGLOSAJONES. 2.1. *El principio general y su significado.* 2.2. *Restricciones a la doctrina de la strict liability.* 3. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA CONTRACTUAL DE LOS SISTEMAS HEREDEROS DEL *IUS CIVILE*. 3.1. *El principio general y su plasmación legislativa.* 3.2. *Modulaciones a la doctrina de la responsabilidad basada en la culpa.* 4. BALANCE PROVISIONAL: DOS SISTEMAS EN PROGRESIVA CONFLUENCIA. 5. UN FALLIDO INTENTO DE TERCERA VÍA: LA DISTINCIÓN ENTRE

* La realización de este trabajo ha sido posible gracias a una ayuda del *Deutscher Akademischer Austausch Dienst* (DAAD).

OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO. 5.1. *La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado y su posible incidencia en la carga de la prueba.* 5.2. *La búsqueda de otras vías para dotar de efectos a la distinción.* 6. UNA VÍA NO EXPLORADA: EL RETORNO DEL PRINCIPIO DE UTILIDAD DE LOS CONTRATANTES. 6.1. *La responsabilidad contractual en los textos de Derecho romano.* 6.2. *La recepción del criterio de la utilidad de los contratantes en el ius commune.* 6.3. *El Derecho moderno y la progresiva sustitución del principio de utilidad por el criterio general del bonus pater familiae.* 6.4. *La desaparición del criterio de la utilidad de los contratantes en la época de las codificaciones.* 7. BALANCE Y PERSPECTIVAS PARA EL DERECHO ESPAÑOL. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO: LA DUALIDAD DE SISTEMAS

La cuestión de los llamados «remedios al incumplimiento» es quizá la materia del Derecho contractual en la que de modo más natural y rápido se ha producido un acercamiento entre los diversos ordenamientos de nuestro entorno. Una creciente permeabilización de los respectivos sistemas jurídicos ha permitido que instituciones como la resolución por incumplimiento, la acción de cumplimiento, la *exceptio non adimpleti contractus* o el remedio indemnizatorio hayan ido aproximándose en diversos países, permitiendo un fácil intercambio de ideas, y dando pie a una cierta armonización de resultados.

Sin embargo, ese esperanzador panorama sigue presentando elementos reacios al acercamiento. En concreto, parece haber un par de puntos en que las dos tradiciones jurídicas preponderantes en el mundo occidental, la continental y la anglosajona, presentan divergencias de particular importancia: el relativo a la admisibilidad de la ejecución forzosa *in natura*, excluida de modo general en los países del *common law* y comúnmente aceptada en el contexto europeo-continental, y el criterio de atribución de responsabilidad contractual, basado en la culpa en los sistemas de tradición romana e independiente de ese elemento en la tradición anglosajona. Pero incluso dentro de esos dos ámbitos problemáticos, en el primero empiezan a observarse movimientos de aproximación, pues los sistemas jurídicos de *common law* van superando los motivos históricos que les hacían rechazar la ejecución forzosa como remedio general y aceptan de modo cada vez más amplio la demandas tendentes a obtener un cumplimiento específico¹. Con lo cual, el problema de la necesidad o no de culpa en el incumplimiento para que proceda el remedio indemnizatorio —la indemnización de daños y perjuicios— parece permanecer como el elemento más conflictivo en todo este campo.

¹ Vid., entre otros muchos, TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, Oxford, 1988, pp. 66 ss., 71; ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Oxford, 1998, pp. 484 s.; FARNSWORTH, «Comparative Contract Law», en REIMANN/ZIMMERMANN (ed.), *The Oxford Handbuch of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 898 ss., 929 ss. Mucho más escéptico sobre ese acercamiento, KLEINSCHMIDT, «Erfüllungsanspruch», en BASEDOW/HOPT/ZIMMERMANN (ed.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, I, Tübingen, 2009, pp. 436 ss.

2. LA *STRICT LIABILITY* DE LOS SISTEMAS ANGLOSAJONES

2.1. *El principio general y su significado*

Los sistemas jurídicos del *common law* parten de la idea de que la responsabilidad por incumplimiento contractual es estricta, es decir, independiente de la culpa, de forma que cada contratante asume un deber de garantía sobre el cumplimiento de la prestación prometida. El *Second Restatement of Contracts*, publicado por el *American Law Institute* en 1979 y con enorme influencia en todo el Derecho estadounidense, declara tajantemente al comienzo del capítulo 11, dedicado a la imposibilidad del cumplimiento, que «la responsabilidad contractual es estricta»². Y en los mismos o parecidos términos, estableciendo una responsabilidad independiente de la culpa, se declaran autores y precedentes judiciales invocados en el Derecho inglés³.

Sin embargo, cuando se penetra en el estudio de la materia en los sistemas de *common law*, y en particular en el Derecho inglés, se advierte que de ninguna manera la cuestión es tan clara como podría parecer por las declaraciones antes citadas. Antes que nada, conviene comenzar precisando los términos, pues como expuso en su día con acierto Barry Nicholas, buena parte de los problemas de intelección del sistema anglosajón provienen de la confusión terminológica y la falta de distinción entre una llamada responsabilidad absoluta (*absolute liability*) y la llamada responsabilidad estricta (*strict liability*)⁴.

Por responsabilidad absoluta debe entenderse aquella en que ningún hecho, sea del tipo que sea, puede interferir excusando el cumplimiento contractual y la consiguiente indemnización, pues en ella el obligado se compromete en todo caso y con

² «Contract liability is strict liability. It is an accepted maxim that *pacta sunt servanda*, contracts are to be kept. The obligor is therefore liable in damages for breach of contract even if he is without fault and even if circumstances have made the contract more burdensome or less desirable than he had anticipated [...]. The obligor who does not wish to undertake so extensive an obligation may contract for a lesser one by using one of a variety of common clauses: he may only agree to use his best efforts; he may restrict his obligation to his output or requirements; he may reserve a right to cancel the contract; he may use a flexible pricing arrangement such as a cost plus term; he may insert a *force majeure* clause; or he may limit his damages for breach» (vid. la «Introductory note» al Capítulo 11, en *American Law Institute, Restatement of the Law Second – Contracts*, vol. II, St. Paul, Minnesota, 1987, p. 309).

³ Así, para el Derecho inglés, CHEN-WISHART, *Contract Law*, Oxford, 2012, p. 458 («Most contractual obligations are strict liability; that is, the promisor guarantee to achieve a particular state of affairs [eg. to paint a house, to sell goods of satisfactory quality]. The contract is breached when performance falls short of this, even if the defendant could not have done any better»). Como expresión de dicha regla suele citarse *Ranieri versus Miles* ([1981] A.C. 1050, 1086 = Appeal Cases, 1981, pp. 1050 ss., 1086), en que en una reclamación por daños y perjuicios por el retraso en la entrega de una vivienda, Lord Edmund-Davies declara que «it is axiomatic that, in relation to claims for damages for breach of contract, it is, in general, immaterial why the defendant failed to fulfill his obligation, and certainly no defence to plead that he had done his best».

⁴ NICHOLAS, «Fault and Breach of Contract», en BEATSON/FRIEDMAN (ed.), *Good faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1997, pp. 337 ss., 340.

independencia de las circunstancias que afecten al cumplimiento. En cambio, con el ambiguo término de responsabilidad estricta, se denomina aquellos supuestos en que la responsabilidad puede ser excluida en ciertos incumplimientos, pero no de modo tan amplio que baste la mera inexistencia de culpa para rechazar la indemnización de daños y perjuicios.

Así visto, puede decirse que la responsabilidad contractual, al menos en Inglaterra, fue ciertamente absoluta durante siglos, y en particular a partir de la Sentencia dictada en 1647 en el caso *Paradine versus Jane*, en que el Tribunal entendió que el deber de pago del arrendatario, al tener origen en la propia voluntad de los contratantes, se mantenía incólume a pesar de cualquier circunstancia que pudieran afectar al obligado⁵. Pero ese principio se vio alterado a partir de 1863 con la Sentencia dictada en *Taylor versus Caldwell*, en un caso en que el demandado había celebrado un contrato de arrendamiento de unos jardines y una sala de música para que el demandante organizase una serie de conciertos y fiestas, y en el que resultó que seis días antes del primero de ellos ardió la sala de música sin culpa alguna de las partes. La *Court of Queen's Bench*, especialmente competente para asuntos comerciales, entendió que el demandado no era responsable de los daños y perjuicios provenientes del incumplimiento contractual, pues ambas partes habían celebrado el contrato bajo la condición implícita de que fuese posible⁶. Una serie de Sentencias dictadas posteriormente fueron aquilatando esta doctrina y consolidando la idea de que la indemnización de daños y perjuicios no era consecuencia ineludible del incumplimiento contractual, pues se admitían algunas excusas al incumplimiento⁷; la responsabilidad no era ya por tanto absoluta, sino estricta.

⁵ La Sentencia hace una diferencia en este punto entre las obligaciones nacidas de la ley, donde el obligado no pudo incluir ninguna prevención, y las obligaciones contractuales, donde fue el propio deudor el que se obligó por su voluntad: «where the law creates a duty or charge and the party is disabled from performing it without any default in him and has no remedy over, there the law will excuse him. As in the case of waste if a house be destroyed by tempest or by enemies, the lessee is excused. But when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity because he might have provided against it by contract» ([1558-1774] All E.R.Rep. 172 = All England Law Reports Reprint 1558-1774 p. 172). Sobre esa doctrina, con una relación de casos que siguen la línea marcada en *Paradine versus Jane*, MCKENDRICK, «Discharge by Frustration», en BEALE (ed.), *Chitty on Contracts*, vol. I, Londres, 2012, marg. 23-004, nota 12. También TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, Londres, 2014, 2-001 ss.

⁶ La Sentencia del juez Blackburn dice al respecto: «There seems no doubt that where there is a positive contract to do a thing not in itself unlawful, the contractor must perform it or pay damages for not doing it, although, in consequence of unforeseen accidents, the performance of his contract has become unexpectedly burthensome, or even impossible [...]. But this rule is only applicable when the contract is positive and absolute, and not subject to any condition, either express or implied» (11 W.R. 726 = Weekly Reporter, vol. 11, p. 726).

⁷ Así, aparte de otros casos más relacionados con el cambio de circunstancias o de la base del negocio, la Sentencia dictada en *Geipel versus Smith* ([1872] L.R. 7 Q.B. 404 = Law Reports, Queen's Bench, vol 7, p. 404), en un caso en que el bloqueo del puerto de Hamburgo durante la guerra franco-prusiana impidió al demandado transportar allí la mercancía.

2.2. Restricciones a la doctrina de la *strict liability*

Lo hasta aquí expuesto constituye lo que podríamos llamar «terreno firme» en esta materia. Más allá de esto comienzan los problemas y la falta de certidumbres, provocada en buena parte por dos hechos. Uno de tipo general, derivado la propia técnica del *common law*, basado en precedentes que precisan y limitan una regla creada ella misma jurisprudencialmente, y carente por tanto de las aparentes certezas que producen las declaraciones legales. Y otro específico de esta materia, proveniente de que las limitaciones a la regla de la *strict liability* se han articulado fundamentalmente a través del recurso a la *frustration*, doctrina nacida precisamente de los citados casos del siglo XIX y considerada como una de las más complejas del Derecho inglés, que provoca la extinción de un contrato en caso de imposibilidad no culpable, ilegalidad sobrevenida de una obligación o cambio de base del negocio⁸.

Lo primero que se debe tener en cuenta es que la doctrina inglesa acepta hoy que hay ciertos tipos de obligaciones en los que no rige un régimen de responsabilidad estricta, sino uno directamente basado en la culpa (*fault*). Así, Günther Treitel y Edwin Peel, probablemente los dos mejores tratadistas británicos de Derecho de contratos, distinguen un régimen contractual de *strict liability*, aplicable a obligaciones de pago de dinero, entrega de mercancías de carácter genérico y garantía de las cualidades de los bienes vendidos, de otro régimen basado meramente en la culpa, aplicable básicamente a las obligaciones de prestación de servicios y de gestión⁹.

Según ese esquema, en las obligaciones para las que rige el régimen de responsabilidad contractual por culpa —que, ciertamente, son las menos—, la inexistencia de ésta libra al contratante incumplidor de responsabilidad en el incumplimiento. En cambio, en las obligaciones de derecho estricto, la mera inexistencia de culpa en el incumplimiento no libera de responsabilidad, sino que se exige que concurren unas especiales circunstancias cualificadas que den lugar a aplicar la doctrina de la *frustration*¹⁰. Aunque no se declara expresamente, la distinción entre un grupo de casos, más amplio, de ausencia de culpa, y otro menor constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor —que serían los que propiamente liberarían de responsabilidad en las obligaciones de *strict liability*— está latente en este planteamiento.

⁸ Hace ya años, el editor de la *Law Quarterly Review* declaraba que «ninguna rama del Derecho de contratos es tan difícil de explicar o tan incierto en sus efectos como ésta» (tomo la cita de McELROY, *Impossibility of Performance*, Cambridge, 1941, p. vii). Una exposición más amplia de la doctrina de la *frustration* puede verse en mi libro *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013, p. 261 ss.

⁹ TREITEL/PEEL, *The Law of contract*, Londres, 2011, 17-064 ss; TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, Londres, 2014, 1-003 s.

¹⁰ TREITEL, «Fault in the Common Law of Contract», en BOS/BROWNLIE (ed.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987 pp. 185 ss., 192 s. Que la *strict liability* es la regla general y la responsabilidad por culpa la excepción se recoge en la p. 186.

Pero a la hora de aplicar este esquema, surgen numerosas excepciones y problemas que no cuentan con una solución clara. En primer lugar, porque en diversos casos, el hecho de que una prestación devenga imposible sin culpa de la parte obligada no da lugar a la aplicación de la doctrina de la *frustration*, sino a las especiales provisiones sobre riesgos contractuales previstas para ciertos contratos. Así, típicamente, en el contrato de compraventa, donde rige la regla del *periculum est emptoris*, y el comprador no puede por tanto invocar la imposibilidad de la prestación de la otra parte para liberarse de su propia obligación¹¹. Además, se debe tener en cuenta que la doctrina de la *frustration* viene precisamente a llenar una falta de previsión contractual y, por tanto, los jueces ingleses rechazan su aplicación cuando del propio contenido del contrato y de las circunstancias puede deducirse que las partes habían previsto el hecho obstativo al cumplimiento: en tales casos, se entiende que si los contratantes no establecieron expresamente una cláusula de exoneración a favor del obligado (*force majeure clause*) es porque decidieron cargar a éste con el riesgo de incumplimiento, de forma que no podrá liberarse de responsabilidad demostrando la citada imposibilidad¹². Como bien puede comprenderse, esta regla aparentemente lógica crea graves problema a la hora de interpretar si el silencio de las partes se debió a imprevisión o a una voluntad implícita de cargar los riesgos de la imposibilidad no culpable a la parte obligada¹³. Si se tiene en cuenta que en el Derecho inglés la imposibilidad originaria no provoca de suyo la nulidad del contrato, se entiende mejor

¹¹ Así *Sales good Act 1979*, sección 20, que excluye, con todo, en su número 4 las ventas con consumidores, en las que el riesgo se transmitirá con la entrega del bien; la sección 7, por su parte, prevé la nulidad de la venta cuando se produce el perecimiento del bien antes del traspaso del riesgo y sin culpa de las partes. Vid ampliamente sobre el traspaso de riesgos en la compraventa, TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, 3-008.

¹² Vid McKENDRICK, «Discharge by Frustration», en BEALE (ed.), *Chitty on contracts*, I, Londres, 2012, 23-058 ss.; TREITEL/PEEL, *The Law of contract*, Londres, 2011, 19-069 ss. Se entiende que la imprevisión ha de referirse a ambas partes, o al menos, a la parte que alega la imposibilidad para liberarse: si una parte tuvo en cuenta la imposibilidad y no previó ningún remedio en el contrato, no puede luego alegarla para descargarse de su obligación (vid. *Walton Harvey Ltd versus Walker & Homfrays Ltd.*, [1931] 1-2 Ch 274 = Law Reports, Chancery División, 1931, pp. 274 ss., donde el demandado concedió un derecho a fijar un anuncio en el tejado de su hotel, sabiendo que dicho establecimiento podía ser expropiado y demolido, como de hecho fue, y donde la *Chancery Division* entendió que era responsable del incumplimiento contractual pues pudo preverlo al contratar).

¹³ Problema que se ve agravado porque, si bien de modo general se entiende que si el hecho impeditivo fortuito fue previsto por las partes no procede la doctrina de la *frustration*, hay una serie menor de casos en que esa previsibilidad no excluye su aplicación, pues entienden que el hecho de que se previese el hecho impeditivo y no se pactase nada demuestra la existencia de una falta de acuerdo sobre ese punto entre las partes, que habrá de resolverse aplicando la doctrina de la *frustration*: así la Sentencia dictada por Lord Denning en el caso conocido como del «Eugenia», en un contrato de fletamento frustrado por el bloqueo del canal de Suez del año 1968: *Ocean Tramp Tankers Corporation versus V/O Sovfracht*, [1964] 1 All ER 161, 166 = All England Law Reports, 1964, vol. 1, pp. 161 ss., 166. Vid en general McKENDRICK, «Discharge by Frustration», en BEALE (ed.), *Chitty on contracts*, I, Londres, 2012, 23-059, notas 279 y 280, que recoge una relación de Sentencias contradictorias sobre imprevisibilidad o no como requisito de la *frustration*. Un intento de conciliarlas en TREITEL, *Frustration and Force majeure*, 13-005 ss.

el porqué de la resistencia de los jueces ingleses a admitir la liberación de las partes por el simple hecho de que la prestación haya devenido imposible¹⁴.

Pero aún salvados estos problemas, es decir, determinado que no hay una doctrina específica de riesgos aplicable al contrato, ni una previsión contractual de los efectos de la imposibilidad fortuita, el panorama no se despeja demasiado, pues surgen dos nuevos elementos conflictivos. Primero que, si según antes vimos, hay dos estándares de responsabilidad contractual, por culpa y estricta, y un mero hecho impeditivo no culpable bastará para exonerar de la obligación en el primer régimen, pero no siempre en el segundo, resulta que hay zonas oscuras en que no se sabe si el régimen de responsabilidad aplicable a una obligación está basado en la culpa o en un criterio más estricto. Así sucede en las obligaciones de servicios asociados a la entrega de un bien, donde la *Supply of Goods and Services Act* de 1982 parece imponer una responsabilidad meramente por culpa, pero sin renunciar a la vez a una responsabilidad más estricta¹⁵; o en los contratos de los arquitectos, pues si en general se acepta que en los contratos de prestación de servicios, tales como los de los médicos, abogados o arquitectos, la obligación está meramente basada en la culpa, se admite a la vez que la obligación del arquitecto referida no sólo a la supervisión de los trabajos y los materiales sino al diseño de la obra es de derecho estricto¹⁶.

El segundo problema, de aún mayor gravedad, surge por la dificultad de trazar la línea divisoria entre los casos de ausencia de culpa, que deben excusar el incumplimiento de las obligaciones basadas en dicho estándar, y los casos de fuerza mayor, que dan lugar a *frustration*, y que deben excluir la responsabilidad en las obligaciones de derecho estricto. Aparentemente, la fuerza mayor debe ser un hecho más restringido que la mera ausencia de culpa. Y así, se ha entendido que el dueño de un buque queda

¹⁴ TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, marg. 1-002.

¹⁵ Así, la *section 13* parece imponer una responsabilidad basada en culpa, al decir que «in a contract for the supply of a service where the supplier is acting in the course of a business, there is an implied term that the supplier will carry out the service with reasonable care and skill». Pero, por su parte, la *section 16 (3)(a)* establece que «Nothing in this part of this Act prejudices any rule of law which imposes on the supplier a duty stricter than that imposed by section 13 or 14». Sobre el problema de interpretación de estas normas aparentemente contradictorias, TREITEL/PEEL, *The Law of contract*, 17-064.

¹⁶ Así, para los contratos de servición en general, lo afirman las siguientes Sentencias: *Eyre versus Measday* ([1986] 1 All ER 488 = All England Law Reports, 1986, vol. 1, pp. 488 ss.), para un caso de responsabilidad médica en una operación de esterilización; *Clark and Another versus Kirby-Smith* ([1964] Ch 506 = Law Reports, Chancery Division, 1964, pp. 506 ss.) en un caso de responsabilidad de un abogado por falta de notificación en tiempo de la voluntad de sus clientes de continuar un arrendamiento; o *Bagot versus Stevens Scanlan & Co. Ltd* ([1966] 1 Q.B. 197 = Law Reports, Queens Bench Division, 1966, vol. 1, pp. 197 ss.) en un contrato donde un arquitecto se comprometía a supervisar la instalación de un sistema de drenaje en unos terrenos. En cambio, para la responsabilidad estricta de los arquitectos en relación con la planificación de edificios y estructuras vid. la Sentencia dictada en *CFW Architects versus Cowlin Construction Ltd* (105 Con LR 116 at [46] = Construction Law Reports, vol. 105, pp. 116 ss., núm. 46) donde, apoyándose en precedentes anteriores se declara que, aunque la obligación de un profesional se entiende en general basada en la culpa, en este caso ha de aceptarse su carácter estricto.

excluido de la responsabilidad derivada de un contrato de fletamento si después de celebrado el contrato el buque sufre una grave explosión por causa que no le es imputable, mientras que la imposibilidad de encontrar medio de transporte para la mercancía vendida, aunque estuviese fuera del control del vendedor, no liberaba a este de su obligación de entrega en plazo¹⁷. Pero la realidad es que la línea que separa unos casos de otros es difícilmente identificable, y no se atiene a ninguna regla fija, con lo cual es muy difícil apreciar una clara diferencia entre unos supuestos y otros. En cualquier caso, los tribunales ingleses han entendido que se produce *frustration* y la consiguiente liberación de responsabilidad cuando el bien objeto del contrato se pierde o destruye totalmente¹⁸; cuando es objeto de expropiación o requisa¹⁹; cuando la realización de la prestación deviene imposible por huelga ajena al control del obligado²⁰; también en los contratos que obligan a servicios personales, en caso de muerte o imposibilidad, incluso temporal, del obligado²¹. Incluso, yendo más allá de la *frustration*, que lleva consigo siempre la extinción del contrato, se ha entendido que

¹⁷ Vid., respectivamente, *Joseph Constantine Steamship line, Limited versus Imperial Smelting Corporation, Limited* ([1942] AC 154 = Appeal Cases, 1942, pp. 154 ss.) y *Lewis Emanuel & son, Ltd. versus Sammut* ([1959] 2 Lloyd's Rep. 629 = Lloyd's Law Reports, 1959, vol. 2, pp. 629 ss.), referido a un contrato de venta de patatas entre un vendedor situado en la isla de Malta y un comprador inglés, en que la entrega se debía realizar en un plazo de diez días desde la firma del contrato. Con todo, la *ratio decidendi* no se basa en la falta de carácter obstativo del hecho, sino en que pudo ser tenido en cuenta por el vendedor.

¹⁸ Vid las Sentencias dictadas en *Taylor versus Caldwell* y *Joseph Constantine Steamship line, Limited versus Imperial Smelting Corporation, Limited*, en las notas 6 y 17 respectivamente.

¹⁹ Así, en el «leading case» *Bank Line, Limited versus Arthur Capel and Company*, en un caso de requisa de un buque por el gobierno británico durante la primera guerra mundial ([1919] AC 435 = Appeal Cases, 1919, pp. 435 ss.). Un caso de frustración por expropiación de una explotación de petróleo en *B.P. Exploration Co (Libya) Ltd versus Hunt* ([1981] 1 W.L.R. 232 = The Weeckly Law Reports, 1981, vol. 1, pp. 232 ss.).

²⁰ Así en la Sentencia dictada en *Pioneer Shipping Ltd versus B.T.P. Tioxide Ltd (The Nema)*, en la que la huelga de estibadores del puerto canadiense de Sorel, en el que debía llevarse a cabo la carga, produjo la liberación de ambas partes ([1982] A.C. 724 = Appeal Cases, 1982, pp. 724 ss.); también en la Sentencia dictada en *Cleeves Western Valleys anthracite Collieries, Ltd versus «Penelope»* se entendió que la huelga general del carbón de 1926 determinó la frustración del contrato y la liberación de las partes ([1928] 31 Lloyd's L Rep. 96 = Lloyd's Law Reports, 1928, vol.31, pp. 96 ss). Es muy discutido el caso de la huelga meramente interna de la empresa obligada: en general, se tiende a rechazar que se produjese entonces *frustration*, bien porque podría decirse a veces que el empresario es responsable de la huelga (*self-induced frustration*), bien porque es responsable de la actividad de sus propios empleados. Vid. una amplia discusión del problema en PALMER, «The private Law effects of industrial action», en MCKENDRICK (ed.), *Force majeure und Frustration of contract*, Londres, 1995, pp. 165 ss., 178 ss.

²¹ Así en *Morgan versus Manser*, en un caso en que en 1938 un cantante contrató con un representante a cambio de ciertos ingresos, viéndose llamado a filas en 1940, y siendo desmovilizado en 1946. El representante reclamaba daños por ciertos contratos celebrados por su supuesto representado a partir de fin de la guerra. El tribunal entendió que el contrato se había extinguido por *frustración* en 1940, y no procedía por tanto indemnización alguna ([1948] 1 K.B. 184 = King's Bench Division, 1948, vol. 1, pp. 184 ss.). También en el antiguo pero ejemplar caso de *Rovinson versus Davison*, en el que la demandada se comprometió a actuar de pianista en un concierto organizado por el demandante, no pudiendo hacerlo por encontrarse ese día gravemente enferma ([1871] 6 L.R.Ex. 269 = Law Reports Exchequer, vol. 6, pp. 269 ss.).

una excusa jurídica (*lawful excuse*) puede exonerar del cumplimiento, sin dar lugar a la extinción del contrato: así en casos de imposibilidad pasajera de cumplimiento, o de pérdida parcial de la cosa vendida, cuando un agricultor se comprometió a suministrar determinada cantidad de su producto y su explotación rindió menos de lo previsto²². En cambio, en casos de pagos en metálico o en bienes genéricos parece que los obstáculos al cumplimiento no entrañan *frustration*²³; por más que, incluso en esta materia, existe algún caso extremo donde, sin dar lugar a *frustration*, se ha excluido la responsabilidad del comprador²⁴. Si a todo lo ya dicho se suma que los autores y la jurisprudencia, en caso de imposibilidad del obligado, presumen que ésta ha ocurrido fortuitamente, e imponen a la otra parte la carga de probar que se debió a culpa, se entiende que el sistema se halla muy alejado de uno de responsabilidad absoluta del obligado²⁵.

3. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA CONTRACTUAL DE LOS SISTEMAS HEREDEROS DEL *IUS CIVILE*

3.1. El principio general y su plasmación legislativa

Los sistemas herederos *del ius civile* romano, llamados con frecuencia continentales — por contraposición a Gran Bretaña—, pero extendidos hoy también por toda Iberoamérica, se han mantenido fieles al principio de responsabilidad por culpa. Esa

²² Un caso de imposibilidad pasajera de cumplimiento que exoneraba de responsabilidad sin extinguir el contrato puede verse en *Minnevitich versus Café de Paris (Londres) Ltd*, donde el dueño de una cafetería quedaba dispensado durante los días del luto oficial por la muerte del Rey Jorge V de sus obligaciones con unos artistas que había contratado ([1936] 1 All E.R. 884 = The All England Law Reports, 1936, vol. 1, pp. 884 ss.). También sin *frustration*, sino por pérdida parcial no culpable, se liberó un agricultor que había vendido doscientas setenta y cinco toneladas de pienso de cebada de su explotación, que sin culpa por su parte sólo produjo ese año ciento cuarenta, de la responsabilidad en lo que excede de las efectivamente producidas ([1972] 1 W.L.R. 834 = The Weekly Law Reports, 1972, vol. 1, pp. 834 ss.).

²³ Así se puede ver en *Congimex S.A.R.L. (Lisbon) versus Continental Grain Export Corporation (New York)*, donde la dificultad del comprador para obtener moneda extranjera, por una disposición de su gobierno, no entrañaba *frustration* del contrato ([1979] 2 Lloyd's Rep. 346 = Lloyd's Law Reports, 1979, vol. 2, pp. 346 ss.). Y lo mismo en un caso en que el vendedor alegaba que había fallado sin su culpa su propio suministro de mercancías, y en el que el Tribunal entendió que no había demostrado que no las pudiese obtener de otra fuente ([1975] 2 Lloyd's Rep. 240 = Lloyd's Law Reports, 1975, vol. 2, pp. 240 ss.). Sobre la no posibilidad de *frustration* en estos casos, con más énfasis que el que se deduce de estas sentencias, se pronuncia TREITEL/PEEL, *The Law of contract*, 17-064.

²⁴ Así, en *Universal Corporation versus Five Ways*, en la que el comprador pensaba pagar un inmueble comprado con un dinero que tenía depositado en un banco en Nigeria, resultando que se retrasó unos días en el plazo de pago previsto porque las autoridades de Nigeria modificaron los controles de cambio y la operación se retrasó, produciéndose la resolución por la otra parte; el tribunal entendió que no procedía la *frustration* alegada por la compradora, pero, por motivos de justicia, ordenó que se le restituyese la parte del precio que había pagado ([1979] 1 All E.R. 552 = The All England Law Reports, 1979, vol. 1, pp. 552 ss.).

²⁵ Así TREITEL/PEEL, *The Law of contract*, 19-089; MCKENDRICK, «Discharge by Frustration», en Beale (ed.), *Chitty on contracts*, I, Londres, 2012, 23-065. Se apoyan en los casos *Joseph Constantine Steamship line, Limited versus Imperial Smelting Corporation, Limited*, citado en nota 17, y en el conocido como The «Sea Angel», *Edwinton Commercial Corporation versus Tsavliris Russ (Worldwide Salvage & Towage) Ltd* ([2007] 1 Lloyd's Rep 335 [85] = Lloyd's Law Reports, 2007, vol. 1, pp. 335 ss., especialmente nº 85).

exigencia de culpa para que proceda la responsabilidad contractual resulta particularmente patente a la hora exponer sistemáticamente los presupuestos de la indemnización de daños y perjuicios, y por contraposición a lo que sucedía en el Derecho inglés. Si en este último la falta de reproche culpabilístico constituía, todo lo más, un motivo de exclusión o excepción de una responsabilidad por daños y perjuicios directamente aparejada al incumplimiento, en sistemas continentales típicos como el español o el alemán —no me referiré ahora a Francia, sobre la que luego habré de tratar—, la culpa o negligencia se integra como uno de los elementos constitutivos y necesarios para que proceda dicho remedio. De forma que, si en el *common law* la culpa es un elemento externo obstativo a la exigencia de responsabilidad, en los sistemas continentales se configura como un elemento interno del supuesto de hecho de la que aquélla se deriva²⁶.

En ese contexto, los §§ 276 y 280 del BGB y, con menor acierto técnico, los artículos 1101 y 1105 de nuestro Código civil, establecen con carácter general la necesidad de concurrencia de culpa para que proceda el remedio indemnizatorio. Entienden ambos sistemas que la reparación indemnizatoria de un daño contractual, además de una imputabilidad objetiva de dicho daño a un incumplimiento, exige una imputabilidad subjetiva, es decir, un juicio de reprochabilidad de la conducta del contratante incumplidor. Los casos que van más allá de la culpa, a salvo pacto expreso en contrario, quedarían en un ámbito ajeno a la indemnización de daños y perjuicios, englobados en los conceptos de «caso fortuito» y «fuerza mayor».

3.2. Modulaciones a la doctrina de la responsabilidad basada en la culpa

Lo hasta aquí expuesto, es la doctrina común y general, que bien puede encontrarse en los manuales tradicionales en la materia. Pero la realidad es que, en los últimos decenios, esta materia ha sufrido una fuerte evolución, que ha desdibujado en parte el sistema de responsabilidad contractual previsto por los autores de los respectivos Códigos, introduciendo elementos correctores que lo acercan al Derecho anglosajón. Si en España dicha evolución se ha mantenido en el plano doctrinal y, en menor medida, jurisprudencial, en Alemania —el otro ordenamiento que estoy tomando como referente de este modelo— el cambio ha sido ya recibido en su Código civil: el legislador alemán aprovechó la llamada «Ley de modernización del Derecho de

²⁶ Así, vid., para el Derecho español, las exposiciones clásicas de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1974, p. 211; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Madrid, 2011, pp. 203 ss. Más crítico, y con amplia distinción de criterios, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil*, II, Pamplona, 2008, pp. 711 ss. También con criterios de distinción y perspectivas críticas, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1985, pp. 223 ss. En la doctrina alemana, vid. el punto de vista tradicional aquí referido en LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munich, 1987, pp. 275 ss.; tras la reforma del BGB de 2001, que aún manteniendo la validez general del sistema de responsabilidad contractual basado en la culpa, ha asumido una mayor pluralidad de criterios, a los que luego me referiré, MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Munich, 2006, marg. 300 ss.; KÖTZ, *Vetragrecht*, Tubinga, 2009, marg. 1072 ss.; LOOSCHELDERS, *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, Munich, 2011, marg. 508 ss.

obligaciones» de 2001 para introducir correcciones en su sistema de responsabilidad contractual, alejándolo en parte de un régimen basado puramente en la culpa.

La primera de esas modulaciones no puede propiamente ser tildada de variación, pues estaba contenida en los respectivos Códigos, pero conviene destacarla para no dar lugar a error. Tanto en Alemania como en España quedó claro muy pronto que, pese a ser la culpa un elemento constitutivo de la pretensión indemnizatoria, su concurrencia se presumía en todos los casos de incumplimiento. Aun estando presente esa idea en los respectivos textos legales, también ese paso requirió de cierta reinterpretación extensiva: el artículo 1183 del Código civil sólo preveía ese efecto en los casos de pérdida o destrucción; mientras que el § 282 del BGB sólo hacía alusión a los casos de imposibilidad. Con todo, la doctrina de ambos países no dudó en ir más allá y entender en general que recaía sobre el deudor la prueba de que el incumplimiento no se debía a su negligencia²⁷.

Un elemento innovador vino dado con el cambio de paradigma del concepto de culpa. Durante buena parte del siglo XX los autores manejaron una idea subjetiva de la culpa y negligencia, en la que el estándar con la que se confrontaba la conducta del obligado era la diligencia normal y posible de la que éste era capaz. En consecuencia, la culpa se enjuiciaba desde el prisma del obligado, en función de sus particulares cualidades y capacidades personales²⁸. Pues bien, desde mediados de siglo XX, primero en la doctrina alemana, y luego también en la española —posiblemente, por la influencia directa que la una ha tenido en la otra—, se ha ido acogiendo un concepto «objetivo» de culpa, en el que el punto de vista elegido para apreciar su existencia no es el propio del obligado, sino uno general determinado por la conducta y cuidado normalmente exigibles en el tráfico²⁹. Con esta «objetivización» de la culpa bien puede suceder, obviamente, que la conducta del causante del incumplimiento sea tenida por negligente, y productora por tanto de daños y perjuicios, sin que concurra realmente un reproche subjetivo a su actuación³⁰. El contratante, en cierto modo, asume al

²⁷ Vid., para la doctrina española más antigua, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1973, pp. 193 ss. Para la doctrina alemana anterior a la reforma del BGB de 2001, MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Munich, 1993, pp. 180 s., 193 s.

²⁸ Así, para el Derecho español, vid. el comentario al artículo 1104 de MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil, comentado y concordado*, tomo XIX, Madrid, 1902, p. 517. Para el derecho alemán, vid. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, Munich, 1929, pp. 435 s.

²⁹ Así, en la doctrina española, vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, pp. 713 s.; en Alemania, antes aún de la reforma del BGB, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munich, 1987, pp. 284 ss.; también MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko – Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*, Frankfurt a.M., 1993, pp. 151 ss., 177 ss.

³⁰ Los autores destacan que, en consecuencia, esa objetivización de la culpa no es del todo coherente con un régimen de responsabilidad por culpa, en la que la responsabilidad se basa en un juicio de reprochabilidad: así, MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko – Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*, pp. 151 ss., 177 ss. HONORE, «Responsability and Luck – The moral basis of strict liability», en *Responsibility and Fault*, Oxford-Portland, 1999, pp. 14 ss., 19 ss. A juicio de Larenz, la objetivización es «el precio que el Derecho civil ha de pagar por mantener la primacía del régimen de responsabilidad por culpa» (*Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 287).

contratar que su conducta va a ser juzgada por criterios ajenos a sus circunstancias, y que no podrá excusarse alegando y probando su propia impericia (en contra, por tanto, del criterio subjetivo latente en la regla romana según la cual el contratante debe cuidarse de las cualidades del sujeto con el que contrata: «*qui parum diligentem socium acquirit, de se queri debet*»)³¹.

Pero, además de lo anterior, la doctrina alemana —y, en menor medida, la española— ha ido asumiendo progresivamente que, si bien el principio general de su sistema es la responsabilidad contractual basada en la culpa, el principio de responsabilidad objetiva se halla presente en numerosos ámbitos. Así, es generalmente admitido que el deudor no puede excusarse de su falta de culpa al devenir insolvente o incapaz económicamente para realizar la prestación debida, pues es un riesgo que asume al contratar³²; además, asumiendo la regla romana «*genus numquam perit*», la doctrina alemana y la española se han mantenido firmes en la idea de que el riesgo de perecimiento de las cosas genéricas recae sobre el deudor, de forma que éste no puede liberarse por imposibilidad fortuita: si el ordenamiento alemán recogió esa regla en el § 279 del BGB en su redacción inicial, el español la extrajo de su tradición y principios; y se admite igualmente que existen normas especiales en los respectivos Códigos civiles que imponen una responsabilidad agravada en toda una serie paralela de casos (así, en el Código civil español, en los artículos 1474, 1475 y 1484, aunque limitadamente, y también en los 1744, 1745, 1783; y en el BGB en los §§ 459 y siguientes, 537 y siguientes, 633, 678 o 701 del texto original)³³. Si a todo ello se añade que las partes pueden pactar un régimen de responsabilidad agravado, prescindiendo incluso del requisito «culpa», se concluye que son numerosos los casos en que el sistema se torna objetivo.

En los últimos decenios, como puso de manifiesto Larenz en su día, alertando ante el peligro de abandono de un régimen de responsabilidad contractual por culpa, el principio de responsabilidad objetiva ha ido ganando terreno en el Derecho alemán —y, de nuevo, lo mismo podría decirse de España—. Fruto de ello, como ya se ha mencionado, es que el legislador alemán aprovechase la reforma realizada en el BGB en 2001 para dar una nueva redacción al § 276, en la que se mantuviese el criterio general de exigencia de culpa, pero se recogiesen de modo más general las ya enunciadas excepciones. Así, el nuevo § 276 unifica los casos antes vistos estableciendo en general que «el deudor responde por dolo y culpa salvo que se haya pactado un régimen agravado o atenuado de responsabilidad, o dicho régimen se deduzca del contenido de la obligación, en particular de que el deudor haya asumido un deber de aseguramiento

³¹ Vid. sobre ese criterio subjetivista romano, KASER, *Das römische Privatrecht*, II, Munich, 1975, pp. 354 s.

³² Así, en la doctrina alemana, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, I, p. 168. En España, tratando de la llamada «impotencia financiera», DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, pp. 722.

³³ Sobre estas series de casos, en Derecho español, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, pp. 717 ss. Para el Derecho alemán, MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Munich, 1993, 163 s.; también JAUERNIG/VOLLKOMMER, BGB, § 276, núm. 3.b), Munich, 1991.

o el riesgo de la adquisición»³⁴. Dentro de esos casos en que se entiende que de la propia naturaleza de la obligación impone una responsabilidad más estricta, típicamente por haberse asegurado un cierto resultado o haberse asumido el riesgo de la no adquisición del bien, se entienden comprendidos los casos de pago en metálico o en bienes genéricos, la garantía de la propia solvencia, así como la garantía de la cualidad de los bienes vendidos, arrendados o construidos³⁵.

En línea con esa extensión de los sistemas de responsabilidad contractual objetiva, no puede pasarse por alto que, tanto en Alemania como en España, existe un importante sector doctrinal que aboga ya claramente, de un modo u otro, por abandonar el principio de culpa y asumir uno de responsabilidad objetiva, que juzgan con frecuencia más eficiente económicamente. Así, sin pretensiones de exhaustividad, no pueden desconocerse las propuestas, algunas de ellas con líneas argumentales muy diferentes, realizadas en España por Puig Brutau, Jordano Fraga, Badosa Coll o Pantaleón³⁶. Y en Alemania han apoyado la variación del sistema de responsabilidad contractual autores como Grundmann y Ehmann³⁷.

³⁴ La versión original del § 276, más cercana a un régimen de responsabilidad por culpa, declaraba sobre ese punto que «el deudor, salvo que se haya determinado otra cosa, responderá por dolo o culpa».

³⁵ Sobre esos casos en particular, vid. *Staudinger Kommentar zum BGB/LÖWISCH/CASPERS*, § 276, marg. 149 ss., Berlín, 2009; también RIESENHUBER, «Damages for Non-Performance and the Fault Principle», *European Review of Contract Law*, 2008, pp. 119 ss., 125 ss.

³⁶ Así, Jordano Fraga realiza una reinterpretación —errónea a mi juicio— del concepto de incumplimiento liberatorio que lo hace equivalente a la imposibilidad sobrevenida fortuita, con lo cual llega a la conclusión, de que hay casos de incumplimiento sin culpa en que surge responsabilidad contractual, precisamente por no haberse producido imposibilidad (JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 106 ss.). Badosa Coll, por su parte, partiendo de un profundo análisis histórico, subdivide el concepto de culpa en dos, uno que incluye un reproche subjetivo, presente en el artículo 1094, y otro objetivo y más amplio, como hecho propio no ajeno al deudor, presente en el artículo 1182: en este caso, sin culpa como reproche a la negligencia, existirá una subsistencia de la obligación por el valor del bien, aunque sin incluir los daños y perjuicios (BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 863 ss., 984 ss.). Por último, Pantaleón, apoyándose en parte en la argumentación de Badosa, lleva a cabo una lectura autónoma del 1105, en la que los «sucesos» que provocan la liberación del deudor sólo son los impedimentos ajenos al ámbito de control del deudor (PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual —materiales para un debate—», *ADC*, 1991-3, pp. 1019 ss., 1064 ss.; más allá aun, partidario de un sistema de responsabilidad estricta, en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-4, pp. 1719 ss., 1740).

³⁷ A juicio de GRUNDMANN se ha de evolucionar hacia un sistema de responsabilidad contractual estricta, apoyándose en las supuestas excepciones del § 276 para convertirlas en regla general (así «Das Verschuldensprinzip im Vertragsrecht zwischen Ethik und Markt», en *Festschrift für Eberhard Schwark*, Munich, 2009, pp. 21 ss.; también, *Münchener Kommentar zum BGB/GRUNDMANN*, § 276, marg. 8 y 32, Munich, 2012); Ehmann considera, en cambio, que en la práctica el sistema ya es actualmente de responsabilidad objetiva («Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung?», en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, I, Munich, 2007, pp. 165 ss.).

4. BALANCE PROVISIONAL: DOS SISTEMAS EN PROGRESIVA CONFLUENCIA

El resultado que ofrece la comparación de los dos sistemas de responsabilidad contactual es mucho menos alejado o contrapuesto de lo que inicialmente cabría esperar. Así, si el sistema anglosajón partía históricamente de una responsabilidad ajena totalmente a la culpa (*absolute liability*), y se ha transformado en un sistema que excluye la responsabilidad en ciertos supuestos de incumplimiento no culpable (*strict liability*), admitiendo incluso ámbitos donde rige un régimen de responsabilidad por culpa puro, el sistema continental ha evolucionado hacia un sistema de responsabilidad por culpa objetivado, con presunción de existencia de ésta en caso de incumplimiento, y con amplia admisión de un régimen objetivo para determinadas obligaciones. Por ello, como han destacado numerosos autores, los resultados prácticos son mucho más cercanos de lo que cabría esperar, pues la diferencia es más bien de construcción inversa del supuesto general explicativo y sus excepciones: a la hora de la verdad, en ambos sistemas conviven la responsabilidad objetiva y la basada en la culpa³⁸.

Con todo, no puede negarse que los tribunales de los ordenamientos continentales, por una vía o por otra, son más generosos que los británicos a la hora de admitir la exención de responsabilidad del deudor³⁹. En consecuencia, sigue siendo necesario tomar postura por uno u otro sistema, así sea por una regla general básica sometida a excepciones, ya que esa decisión determinará no sólo el esquema constructivo de la responsabilidad, sino sus resultados prácticos.

³⁸ Remarcan que las diferencias prácticas entre ambos sistemas son mucho menores de lo que pudiera pensarse, y que se ha producido una progresiva aproximación entre ambos sistemas, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munich, 1987, p. 278; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract: a comparative account*, Oxford, 1988, pp. 7 ss; ZWEIGERT/KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Oxford, 1998, pp. 501 ss.; ZIMMERMANN, *The new German Law of obligations*, Oxford, 2005, p. 50; también el gobierno alemán, al justificar la regulación adoptada en la propuesta de modificación de su Código de 2001, recalca que las diferencias entre uno y otro sistema son menores (vid. el texto al § 276 en la «Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts», editado por CANARIS, *Schuldrechtmodernisierung*, Munich, 2002, p. 664).

³⁹ Muestra de esa mayor amplitud de los sistemas continentales a la hora de admitir la liberación del deudor es la doctrina más reciente de la Sala civil de nuestro Tribunal Supremo aplicando la llamada «cláusula rebús sic stantibus» a supuestos de alteración de las circunstancias derivados de la crisis económica iniciada en 2008: así, Sentencias de 30 de junio de 2014 (núm 333/2014), y 26 de abril de 2013 (núm 309/2013). En la jurisprudencia alemana es muestra también de la negativa a cargar al deudor con una responsabilidad por daños y perjuicios provocados sin su culpa la Sentencia de la Sala Civil Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof) de 26 de febrero de 2008, publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, pp. 1585 ss. Puede compararse esos datos con la tendencia restrictiva de los tribunales británicos a la hora de admitir la *frustration* por grave onerosidad sobrevenida (TREITEL/PEEL, *The Law of contract*, Londres, 2011, margs. 19-032 ss.). La misma percepción de que las causas de exoneración son más amplias en el Derecho continental que en el anglosajón manifiesta SCHMIDT-KESSEL, «Haftungsstandards im internationalen Warenkauf», en *Festschrift für Ingeborg Schwenzer*, II, Berna, 2011, pp. 1513 ss., 1519.

Un primer argumento, un tanto cuantitativo, que suelen emplear los que sostienen las ventajas de un régimen de *strict liability* es que de hecho es el régimen al que tienden los más modernos desarrollos legislativos. Así, típicamente, los textos y propuestas de Derecho unificado, tales como el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, los Principios de Derecho contractual europeo, los Principios Unidroit de contratos comerciales internacionales o el Borrador del Marco común de referencia⁴⁰. Conforme a esa argumentación, dicha tendencia sería muestra por sí misma de la prevalencia de la responsabilidad objetiva sobre el sistema de culpa. Pero a mi juicio, el razonamiento, más allá de poner de manifiesto un dato, no resulta muy concluyente. Más aún si se tiene en cuenta que dos países tan avanzados desde un punto de vista jurídico y económico como son Holanda y Alemania, al rehacer recientemente su derecho contractual, han decidido mantenerse en la órbita del régimen de culpabilidad⁴¹.

Los partidarios de los sistemas de responsabilidad objetiva suelen también alegar en su favor su mayor eficiencia económica. Según esos autores, la *strict liability* es ventajosa desde el punto de vista de la predecibilidad de los costes y de la limitación de la litigiosidad, en la medida que el deudor sabe que va a responder en todo caso en que el daño sea objetivamente imputable a su incumplimiento⁴². Con todo, los argumentos así

⁴⁰ Vid art. 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de Mercaderías, en relación con los artículos 45 y 61; vid. art. 9:501 y 8:108 de los Principios de Derecho contractual europeo; también art. 7.1.7 y 7.4.1 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales; y art. III.-3:104 del Borrador de Marco común de referencia. En relación con todas estas normas, y en particular con el art. 79 de la Convención de Viena, conviene tener en cuenta que, a mi juicio, la diferencia entre un sistema de *strict liability* uno de responsabilidad por culpa no viene tanto por la traducción que se dé a la expresión «impediment beyond his control» (que, en la versión oficial castellana se traduce por «impedimento ajeno a su voluntad», en vez de «ajeno a su control»: vid., al respecto, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual», ADC, 1991, p. 1060), sino por la propia limitación del artículo 79, y la interpretación que le ha dado la doctrina casi unánime: según ella, los requisitos de «encontrarse más allá de su control/voluntad», ser «imprevisible» y ser «inevitable o insuperable», han de darse cumulativamente: vid. por ejemplo, ATAMER, «Comentario al artículo 79», en KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (ed.), *UN Convention on contracts for the international Sale of goods (CISG) – Commentary*, Munich, 2011, marg. 43; también SCHWENZER, «Comentario art. 79», en SCHWENZER (ed.), *Commentary on the UN Convention on the international Sale of goods (CISG)*, Oxford, 2010, marg. 14, con bibliografía. Lógicamente, al exigir para la liberación «imprevisibilidad» e «insuperabilidad», y además de forma cumulativa, el ámbito que queda abierto a una liberación basado en una «cláusula rebus», tan cercana a los derechos continentales, es francamente reducido; más reducido incluso que en el Derecho británico donde, como ya se dijo en nota 13, se acepta en algunos casos la invocación de la *frustration* pese a la previsibilidad del impedimento.

⁴¹ Para el Derecho alemán ya se ha tratado extensamente del § 276 BGB. Para el Derecho holandés vid. art. 6:74 y 6:75. Según la traducción inglesa, el artículo 6:74 declara que «Every failure in the performance of an obligation obliges the debtor to repair the damage which the creditor suffers therefrom, unless the failure cannot be imputed to the debtor». Por su parte, el art. 6:75 determina que «a failure in the performance cannot be imputed to the debtor if it does not result from his fault, and if he cannot be held accountable for it by law, juridical act or common opinion either». Tomo la traducción de Haanappel/Mackaay, *New Netherlands civil code*, Deventer, 1990.

⁴² Vid, entre otros autores, GRUNDMANN/HOERNING, «Leistungsstörungsmodelle im Lichte der ökonomischen Theorie», en EGER/SCHÄFER (ed.), *Ökonomische Analyse der europäischen*

esgrimidos no son concluyentes: si se ha dicho que la conveniencia o no de asumir los costes de un aseguramiento resultaría de una sencilla fórmula matemática que multiplicase los costes de la indemnización de daños y perjuicios por las posibilidades de incumplimiento y los comparase con los gastos de asegurarse o precaverse frente a dicho incumplimiento, la realidad es que las variables de ese multiplicando siguen siendo inciertas; y frente a la supuesta reducción de la litigiosidad, hay que recordar que, todo lo más, esto sucedería en un sistema que no contemplase causa alguna de exclusión de responsabilidad —tal como se daba antiguamente en los derechos del *common law* con el sistema de *absolute liability*—, pero no en los sistemas actuales de *strict liability*, en los que motivos de justicia les ha obligado a abrir la puerta a variadas causas de exclusión. Por eso, no es de extrañar que la doctrina que ha tratado más recientemente el problema desde el análisis económico del Derecho haya ido desarrollando un punto de vista cada vez más matizado, en el que un buen grupo de autores estadounidenses, apoyándose precisamente en motivos de eficiencia económica, apoyan el retorno al criterio de culpa⁴³.

La mención a la justicia, y a la necesaria moderación que ésta ha introducido en la *strict liability*, abre por su parte la puerta a los argumentos más fuertes a favor del régimen de responsabilidad basado en la culpa. Como ha destacado la mejor doctrina alemana (Larenz, Medicus, Canaris), desde un punto de vista ético-jurídico resulta preferente un sistema de responsabilidad por culpa, pues liga el deber de indemnizar no a un mero hecho físico, como es la causación material de un daño, sino a un juicio de reprochabilidad de la conducta⁴⁴. Esa perspectiva, como han destacado los propios autores que trabajan desde perspectivas del análisis económico, incentiva el cumplimiento de los deberes de precaución y cuidado, en cuanto que el obligado sabe que quedará excluido de responsabilidad si actúa con efectiva diligencia. A lo que hay que sumar que el fundamento más fuerte del régimen de responsabilidad objetiva en el ámbito extracontractual —el hecho de que el obligado adopte voluntariamente una conducta que crea un riesgo general para terceros—, no existe en el ámbito contractual, donde el riesgo es asumido por las partes al contratar⁴⁵.

A la argumentación axiológica favorable a basar en la culpa la responsabilidad se suma además un criterio técnico, de diferenciación entre los requisitos de los diversos remedios al incumplimiento. Es lógico que el remedio responsabilidad contractual, que lleva consigo un deber de indemnización de todos los daños y perjuicios, se ligue a un

Zivilrechtsentwicklung, Tubinga, 2007, pp. 420 ss., 459 ss.; SCOTT, «In (partial) defense of strict liability in contract», *Michigan Law Review*, 2009 (107), pp. 1381 ss.

⁴³ Así, Eric POSNER, «Fault in Contract Law», *Michigan Law Review*, 2009 (107), pp. 1431 ss.; también COHEN, «The fault that lies within our contract law», *Michigan Law Review*, 2009 (107), pp. 1445 ss.

⁴⁴ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, pp. 276 ss.; CANARIS, «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 501 ss., 506; MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Munich, 2006, marg. 300.

⁴⁵ Sobre ese fundamento de la responsabilidad extracontractual, HONORE, «Responsability and Luck – The moral basis of strict liability», en *Responsibility and Fault*, pp. 14 ss., 30 ss.; también JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tubinga, 2003, pp. 441 ss.

juicio de antijuridicidad de la conducta; y que, a falta de ese reproche, se acuda a remedios basados en un mero incumplimiento objetivo, como es típicamente la resolución, que salva la prestación del acreedor sin hacer recaer sobre el deudor unos daños de los que no es responsable. Pues bien, si la antigua doctrina que exigía para la resolución un incumplimiento culpable la restringía en exceso, pues le aplicaba un requisito propio de la responsabilidad contractual, la pretensión de que esta última también actúe ahora sin concurrir culpa llevaría el péndulo al otro extremo, volviendo a confundir los requisitos de resolución y responsabilidad. Una correcta diferenciación entre los supuestos de hecho de los diversos remedios al incumplimiento y la búsqueda de un equilibrado punto medio a la exigencia de culpa exige que se la mantenga como requisito de la indemnización de daños y perjuicios, mientras se prescinde de ella para la resolución.

En consecuencia, parece lo más correcto que el régimen de responsabilidad contractual siga ligado al criterio de culpa⁴⁶. Pero, a la vez que eso, como están de acuerdo todos los autores, es necesario llegar a una solución combinada, en la que convivan diversas gradaciones de la culpa y ámbitos de responsabilidad exentos de ella, pues una apuesta unilateral por un sistema de culpa podría resultar en exceso gravoso para los acreedores⁴⁷. El Derecho francés parece haber llegado a esa solución por medio de la distinción entre obligación de medios y de resultados, y son numerosos los autores que creen que con ella se recoge un régimen equidistante entre la responsabilidad objetiva y la basada en la culpa⁴⁸.

5. UN FALLIDO INTENTO DE TERCERA VÍA: OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

5.1. *La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado y su posible incidencia en la carga de la prueba*

La distinción entre obligaciones de medios y de resultados fue propuesta por René Demogue en su Tratado de Derecho de obligaciones, y ha sido recibida y aceptada no

⁴⁶ En tal sentido, no encuentro adecuado el artículo 1209 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos presentada en 2009 por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. A mi juicio, convendría acoger una regulación mucho más cercana a los §§ 275 y 276 BGB o los artículos 6:74 y 6:75 del Código civil holandés.

⁴⁷ RIESENHUBER, «Damages for Non-Performance and the Fault Principle», *European Review of Contract Law*, 2008, pp. 119 ss., 143 ss.

⁴⁸ Así lo afirma, por ejemplo, entre los autores ingleses, NICHOLAS, «Prerequisites and extent of liability for breach of contract under the U.N. Convention», en SCHLECHTRIEM (ed.), *Einheitlicher Kaufrecht und national Obligationenrecht*, Baden-Baden, 1987, pp. 283, 284. Entre los autores alemanes, SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip?*, Tubinga, 2007, pp. 114 ss., 479 ss.; GRUNDMANN, «Das Verschuldensprinzip im Vertragsrecht zwischen Ethik und Markt», en *Festschrift für Eberhard Schwark*, Munich, 2009, pp. 21 ss., 28; SCHMIDT-KESSEL, «Haftungsstandards im internationalen Warenkauf», en *Festschrift für Ingeborg Schwenzer*, II, Berna, 2011, pp. 1513 ss, 1517 ss.

sólo en la ciencia jurídica francesa, sino en general en toda la europea⁴⁹. Por obligaciones de medios, también llamadas de diligencia, se entienden aquéllas en que el deudor no garantiza o compromete la consecución de una determinada finalidad, por más que la prestación tienda a ella, sino sólo la diligente puesta en práctica de los medios oportunos para obtenerla. En ellas, se dice, el resultado queda fuera de lo comprometido, que sólo abarca los medios para lograrlo. Así, típicamente, son tenidas por tales las obligaciones de los médicos y de los abogados, que ordinariamente no garantizan la curación o la estimación de la demanda, sino sólo se comprometen a actuar con la diligencia exigible al caso para obtener el fin deseado. Se denominan, en cambio, obligaciones de resultado a aquéllas en las que el deudor se compromete a alcanzar efectivamente un determinado objetivo, de forma que su no consecución entraña en sí mismo un incumplimiento, con independencia del esfuerzo desarrollado. Son tenidas por tales las obligaciones más típicamente ligadas al contrato de obra, como las de construcción o reparación de un objeto.

La doctrina francesa entiende que la distinción entre estas dos clases de obligaciones tiene trascendencia probatoria, pues la carga de la prueba del incumplimiento se distribuye en unas y en otras de modo diverso⁵⁰. Así, se entiende que en las obligaciones de resultado el simple hecho de su no obtención entraña un incumplimiento, que hace presumir el deber de indemnizar los daños y perjuicios, de forma que será el obligado el que tendrá que probar una causa de exoneración⁵¹. En cambio, se dice que en la obligación de medios la no obtención de la finalidad perseguida no basta para probar el incumplimiento, pues el acreedor insatisfecho habrá de probar también la falta de diligencia del deudor al poner por obra la actividad prevista.

La realidad es que esa eficacia probatoria de la distinción, a la que la propia doctrina francesa ya ha puesto reparos, no resulta convincente⁵². Su posible fuerza argumentativa gira en torno a una contraposición entre los supuestos de cumplimiento

⁴⁹ Para su origen véase DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, París, 1925, nº 1237, pp. 536 ss. (reimpr. Bad Feilnbach, 1994). Para su recepción en Francia vid. los tratadistas más recientes del Derecho de obligaciones francés: así, MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, París, 2005, núm. 941 ss.; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, París, 2005, núm. 577 ss.; FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1, París, 2012, pp. 494 ss. En España es también doctrina común, vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil*, II, pp. 280 ss.; para Alemania, donde también ha sido recibida, vid. por ejemplo LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, pp. 13 s.; también MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Munich, 2006, marg. 121.

⁵⁰ Vid. los autores citados en nota anterior. Ya el propio Demogue le atribuyo a la distinción esas consecuencias probatorias, exponiendo la materia en un epígrafe titulado «Différence au point de vue de la charge de la preuve. Obligations de moyen et obligations de résultat».

⁵¹ Sobre esas causas de exclusión, que incluyen el hecho obstativo del acreedor, el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho impeditivo de un tercero (que bien podría englobarse en el concepto de caso fortuito o fuerza mayor: por ejemplo, el «*fait du prince*»), TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, París, 2005, núm. 580 ss.

⁵² Véase una posición claramente crítica en MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, París, 2005, núm. 948.

defectuoso de una obligación de medios y los de falta de cumplimiento de una obligación de resultado, en donde efectivamente existe una divergencia en la carga probatoria. Pero no tiene en cuenta que tanto en las obligaciones de medios como en las de resultado el incumplimiento puede venir dado por la realización defectuosa de la conducta prevista, por la falta absoluta de cumplimiento o por un cumplimiento tardío, y que la comparación debe realizarse entre formas similares de incumplimiento⁵³.

Si se tienen en cuenta esas tres modalidades de incumplimiento, no podrá decirse que sobre el acreedor que alega incumplimiento de una obligación de medios recae también la carga de probar la culpa. Por una parte, porque si el cumplimiento es defectuoso o retrasado, lo que el acreedor en realidad deberá probar es la deficiencia o el retraso, de los que se presumirá la culpa del obligado (arg. art. 1183 C.c.). Por otra, porque si ha habido falta absoluta de cumplimiento, al acreedor le bastará con demostrar la existencia de su crédito para probar el incumplimiento, del que de nuevo se presumirá la culpa. Pero además y sobre todo, porque es claro que, pese a tratarse de una obligación de medios, puede darse incumplimiento en sentido objetivo sin culpa alguna del obligado —piénsese, por ejemplo, en el médico que no acude a atender al enfermo por sufrir de camino un grave accidente—, y procederá entonces el recurso a los remedios al incumplimiento no basados en la culpa, típicamente la resolución y la excepción de incumplimiento.

En realidad, bien vistas las cosas, hay que rechazar la supuesta eficacia de la clasificación en el ámbito de la carga de la prueba, ya que tanto las obligaciones de medios como las de resultado comparten el mismo régimen probatorio: en unas y en otras recae sobre el deudor la prueba del cumplimiento; en ambas, aun producida esa prueba, podrá contradecirla el acreedor demostrando el carácter defectuoso o tardío del cumplimiento; y siempre, una vez demostrado el incumplimiento objetivo, se presumirá la culpa del deudor, sobre el que recaerá entonces la carga de probar su propia diligencia⁵⁴.

5.2. La búsqueda de otras vías para dotar de efectos a la distinción

El rechazo a la supuesta eficacia probatoria de la distinción, a la par que la imposibilidad de negar su existencia misma, ha llevado a la doctrina a atribuirle otros

⁵³ Así, JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y de resultados», *ADC*, 1991-1, pp. 5 ss., 76 ss.

⁵⁴ Como bien puede entenderse, en sentido objetivo tanto incumple el médico (obligación de medios) como el pintor (obligación de resultados) que sin su culpa no acuden a realizar la prestación prometida. En esos casos, si demuestran que efectivamente incumplieron sin su culpa (de camino sufrieron un accidente de tráfico), no se les podrá exigir daños y perjuicios, aunque sí podrá la otra parte resolver o exigir el cumplimiento: no tendría sentido decir que el médico ha cumplido por el mero hecho de haber obrado diligentemente. Y en caso de que ese mismo médico o pintor hayan cumplido defectuosamente (porque no aplicaron una técnica usual según su *lex artis*), corresponderá probar esa deficiencia a la otra parte, pero no la culpa, pues esta se presumirá con el incumplimiento, de forma que recaerá de nuevo sobre el deudor la prueba de su propia diligencia.

posibles efectos. En concreto, y en lo que aquí más interesa, una parte de la doctrina alemana, española e inglesa ha entendido, apoyándose en algunas imprecisas declaraciones de los autores franceses, que la distinción recoge en realidad una diversidad de criterios en torno a la responsabilidad, de forma que la obligación de resultados entraña una responsabilidad objetiva, mientras que en la de medios rige el régimen de culpa⁵⁵. El deudor incumplidor de una obligación de resultados sólo se vería liberado por el caso fortuito y la fuerza mayor, mientras que en la obligación de medios cualquier ausencia de culpa bastaría para liberarle.

Pero tampoco esta supuesta eficacia de la distinción parece del todo ajustada. Por una parte, porque se apoya en una contraposición entre los supuestos de «caso fortuito y fuerza mayor» y los de «ausencia de culpa» que no parece recogida en los textos legales, y que es difícil de demostrar⁵⁶. Pero más aún, porque aunque se pudiese sostener esa diversidad de regímenes de exoneración —basada, a mi juicio, en un concepto subjetivista de culpa—, no podría tampoco justificarse que en las obligaciones de resultado se libere el deudor por una serie más limitada de casos, mientras que en las obligaciones de medios las causas de exoneración sean más amplias⁵⁷. En unas y en otras el incumplimiento ha de ser entendido en sentido objetivo y la culpa del obligado, que se presume con el incumplimiento, ha de valorarse según los mismos parámetros para dar lugar a responsabilidad contractual⁵⁸.

En resumen, no creo que la distinción entre obligaciones de medios y de resultados sirva para configurar dos regímenes diversos de responsabilidad contractual. Su

⁵⁵ Así, entre los alemanes, SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip?*, Tubinga, 2007, pp. 164 ss.; SCHMIDT-KESSEL, «Haftungsstandards im internationalen Warenkauf», en *Festschrift für Ingeborg Schwenzer*, II, Berna, 2011, pp. 1513 ss., 1518 s. Entre los autores ingleses, TREITEL, «Fault in the Common Law of Contract», en BOS/BROWNLIE (ed.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987 pp. 185 ss., 192 s. Entre los españoles, aunque con postura muy matizada, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 124 ss.

⁵⁶ Los autores franceses que han apuntado esta línea la han basado en una aparente distinción entre el régimen de exoneración de los artículos 1137 y 1147 del *Code civil*. Pero la realidad es que no parecen reglas incompatibles, sino más bien complementarias entre sí. El artículo 1137 declara que «la obligación de conservar la cosa, tanto si el contrato es útil a una de las partes como si tiene utilidad común, somete al deudor a la necesidad de emplear la diligencia de un buen padre de familia». El 1147 dice por su parte: «el deudor será condenado, si procede, al pago de daños y perjuicios, ya sea como consecuencia del incumplimiento de la obligación o del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya habido mala fe por su parte». Tomo la traducción de NUÑEZ IGLESIAS, *Código civil francés*, Madrid, 2005.

⁵⁷ El mismo punto de vista crítico con ese supuesto efecto de la distinción muestra Jordano Fraga («Obligaciones de medios y de resultado», *ADC*, 1991-1, pp. 5 ss., 37 ss.). Con todo, el autor, en páginas anteriores (pp. 29 ss.), otorga una relevancia jurídica a la distinción a efectos de la infracción de la obligación, donde la culpa se presenta como una forma específica de incumplimiento de la obligación de medios, que no comparto.

⁵⁸ No parece, desde luego, que los deudores de una obligación de medios y de resultados vayan a ver diversamente enjuiciada su responsabilidad atendiendo a ese criterio de distinción: desde ese punto de vista, serán del mismo modo responsables o no responsables el médico y el electricista que no acudieron a cumplir sus obligaciones por encontrarse inmersos en un gigantesco atasco de tráfico.

verdadera utilidad, como ha destacado ya una parte de la doctrina francesa, es sobre todo pedagógica, pues explica la diferente configuración de uno y otro tipo de obligaciones de hacer y su razón de ser⁵⁹. Pero no puede ocultar que, una vez constituida la obligación según una u otra modalidad, el deudor estará obligado a todo lo efectivamente comprometido y responderá por el mismo criterio de atribución.

6. UNA VÍA NO EXPLORADA: EL RETORNO DEL PRINCIPIO DE UTILIDAD DE LOS CONTRATANTES

Según lo visto, si el principio de responsabilidad por culpa, por más que bien fundado desde un punto de vista ético-jurídico, puede ser en exceso rígido y tender a una sobreprotección del deudor, el intento crear un sistema mixto entre el régimen de culpa y la responsabilidad objetiva por medio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultados no conduce en realidad a ninguna parte. En consecuencia, cualquier intento de rebasar un esquema cerrado de responsabilidad por culpa, si no quiere deslizarse hacia un régimen de responsabilidad objetiva tan monolítico como el que se pretende superar y peor fundado dogmáticamente, exige encontrar un criterio que permita flexibilizar la responsabilidad sin prescindir de la imputabilidad de los daños.

En ese contexto, tal vez valga la pena volver la mirada a los orígenes históricos del problema, ya que, como sucede con frecuencia, las soluciones cerradas de los Códigos civiles pueden haber prescindido de aspectos que permiten graduar la responsabilidad de las partes. Estoy pensando en concreto en el sistema de atribución de responsabilidad en función de la utilidad de los contratantes, bien conocido en el sistema contractual histórico, que las codificaciones nacionales orillaron en pro de fórmulas pretendidamente generales.

6.1. La responsabilidad contractual en los textos de Derecho romano

La cuestión de los criterios de imputación del incumplimiento contractual en el Derecho romano ha sido una materia largamente discutida, y en la que ha tardado en consolidarse una postura unitaria. La romanística actual coincide en aceptar que el sistema contractual romano de la época clásica desconocía una regla universal de responsabilidad contractual, estableciendo los diversos criterios de imputación en función de los tipos contractuales de los que se tratase⁶⁰. Así, para toda una serie de acciones, llamadas de derecho estricto (*iudicia stricta*) por contraposición a las de buena fe, y entre las que se contaban la acción nacida de la estipulación, del legado damnatorio y la *condictio*, el deudor respondía con independencia de su culpa, por el hecho mismo del retraso o de la imposibilidad derivada de hecho propio; si los juristas

⁵⁹ Vid. MALAURIE/AYNÈS/STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, París, 2005, núm. 948.

⁶⁰ Así, KASER, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971, pp. 505 ss.; KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht*, Berlín-New York, 1987, pp. 233 ss.; D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2002, § 456; KASER/KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, Munich, 2005, pp. 179 ss.

de la última época clásica mencionan para estas acciones también la culpa como criterio de responsabilidad, ésta no ha de entenderse en sentido propio, como contrapuesta a diligencia, sino referido a una conducta en general antijurídica⁶¹. En cambio, en las acciones de buena fe (*iudicia bonae fidei*), y en particular en las nacidas de los contratos, el deudor respondía de su conducta dolosa o culposa, si bien el criterio tampoco era aquí uniforme: mientras que esa era la regla para los contratos de compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad y prenda, y para las acciones nacidas de la tutela y la gestión de negocios ajenos, los juristas clásicos relajaban la responsabilidad del comodante y del depositario, haciéndoles responder sólo por dolo⁶². Y aún dentro de la serie contractual en la que los contratantes respondían por dolo y culpa, los juristas de la época clásica agravaban la responsabilidad de los deudores que recibían o conservaban un bien en su propio interés, estableciendo en estos casos una responsabilidad cuasi-objetiva, por custodia, de la que sólo una serie limitada de hechos (*casus fortuitus* o *vis maior*) podía librar, con independencia incluso de la culpa del concreto deudor afectado⁶³.

Esta diferente modulación de la responsabilidad según diversos tipos contractuales hallaba su causa y su explicación en la diversidad de posiciones e intereses de los contratantes en la concreta relación de la que se trataba. Así, la regla según la cual compete al contratante una mayor o menor diligencia según la ventaja que obtenga del contrato, es reiteradamente alegado en los textos romanos para postular, por ejemplo, la agravación de responsabilidad del comodatario o del depositante, e incluso del mandante, que obtienen el entero beneficio contractual, así como relajación de la responsabilidad del comodante o depositario que actúan enteramente en interés ajeno⁶⁴. Ciertamente, ese criterio de utilidad de los contratantes no constituye aún una

⁶¹ Paul. D. 45, 1, 91 pr.; Pomp. D. 46.3. 107. Sobre ello, KASER, *Das römische Privatrecht*, I, p. 506; KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht*, p. 235.

⁶² Ulp. D. 50, 17, 23; Ulp. D. 13, 6, 5, 2-10; Gai. D. 13, 6, 18 pr.; Gai. D. 44, 7, 1, 4; Afr. D. 30, 108, 12; Gai. III, 206-207. Sobre ello, KASER, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971, pp. 509 ss.; KUNKEL/HONSELL, *Römisches Recht*, Berlín-New York, 1987, pp. 235 ss.

⁶³ Gai. D. 18, 6, 2, 1; Ulp. D. 13, 6, 10, 1; Ulp. D. 13, 7, 13, 1, entre otros muchos. Sobre la responsabilidad por custodia en el Derecho romano clásico, SERRANO VICENTE, *Custodiam prestare*, Madrid, 2006, pp. 113 ss. y *passim*. En cuanto a los supuestos de *casus (fortuitus)* o *vis maior*, la mayoría de la doctrina tiende a aceptar que se trata en general de un concepto opuesto a la culpa, por más que puede haber casos en que no exista culpa y sin embargo no se dé el *casus* liberatorio de la custodia (vid., por todos, KASER, *Das römische Privatrecht*, I, p. 512, que prefiere oponer el *casus* a la culpa y la *vis maior* a la responsabilidad cuasiobjetiva por custodia; también sostiene la contraposición general entre *vis maior* y culpa, por más que aceptando excepciones, TALAMANCA, «Colpa civile (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, VII, Varese, 1960, pp. 518 s. (pp. 517-533), y Alf. D. 9, 2, 52, 4 y Proc.-Pomp. D. 3, 5, 10). En cambio, un concepto excesivamente objetivo del *casus*, independiente prácticamente del criterio de culpa, y ligado por tanto a obligaciones con responsabilidad estricta sostiene Mayer-Maly, que quiere ver por tanto una cierta contradicción entre el criterio de imputación subjetivo de la culpa y el objetivo que sólo excluye los casos de *vis maior* (MAYER-MALY, «Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung», *Festschrift Arthur Steinwenter*, Graz-Colonia, 1958, pp. 58 ss.).

⁶⁴ Vid., además de los textos citados en nota 4, Afr. D. 47,2, 62, 5-6; Ulp. 19, 5, 17, 2; Alf. D. 19, 2, 31 i.f.; Ulp. 19, 5, 20, 2, entre otros. Una relación completa de textos que recogen el diferente criterio de

regla o principio general sin excepciones, pues no faltan casos, como el de la responsabilidad del mandatario, en que se entiende que su falta de interés contractual no le exime de responsabilidad por culpa⁶⁵. Pero es claro que la argumentación basada en el interés negocial actuaba ya, entre los juristas clásicos, como criterio explicativo de la diversa exigencia de responsabilidad contractual de las partes⁶⁶.

Los juristas de la época postclásica, y a la postre los compiladores justinianos, elevaron ese criterio de la utilidad o interés de los contratantes a regla general sistematizadora del diferente grado de diligencia exigido a cada parte⁶⁷. Así, sin una terminología del todo fija, el *Corpus Iuris Civilis* recoge la idea de que el comodatario, a falta de pacto expreso de las partes, responde por una *exactissima diligentia*, lo mismo que el mandante y el depositante tienen que ser particularmente cuidadosos, mientras que el dolo del comodante debe ser juzgado benévolamente, puesto que él no tiene interés alguno en el contrato⁶⁸. Con ello tiende a diseñarse una tripartición, en la que la parte beneficiada por un contrato gratuito responde por todo tipo de culpa, las partes contractuales de los contratos onerosos por una culpa normal, llamada a veces *culpa levis*, y la parte contractual no interesada en el negocio gratuito sólo por la entonces llamada *culpa lata*, equiparada al dolo, del que todos responden⁶⁹. A eso hay que sumar la conversión de la custodia en un criterio de atribución de responsabilidad

responsabilidad de los contratantes basándose en el diferente interés de las partes puede verse en KÜBLER, «Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen Recht», *Festgabe für Otto Gierke*, Breslau, 1910, pp. 235 ss, 239.

⁶⁵ Con todo, incluso en el caso del mandatario el criterio no parece ser único, y mientras que hay textos que agravan su responsabilidad incluyendo la culpa, otros parecen exigir sólo el dolo. La causa de esas divergencias, y del hecho mismo de que el mandatario responda en muchos casos también por culpa, la ve Zimmermann en la diversidad de supuestos que engloba el mandato, que en muchos casos, aunque supuestamente gratuito, entraña de hecho el pago de una retribución (*honoraria*) que justifica esa especial diligencia, y que en otros tiene por finalidad no sólo el interés del mandante, sino también el del propio mandatario (ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, 1996, pp. 426 ss.).

⁶⁶ Así, NORR, «Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht», *SZ (Rom)*, 73 (1956), pp. 68 ss., 74 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, p. 512; ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, 1996, 198 s., 205, 376.

⁶⁷ NORR, «Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht», *SZ (Rom)*, 73 (1956), pp. 97 ss.; DE ROBERTIS, Francesco M., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della Compilazione giustiniana*, I, Bari, 1962, pp. 14 ss; KASER, *Das römische Privatrecht*, II, Munich, 1975, pp. 346 s. Los textos más claros al respecto son Mod. Coll. 10, 2, 1-3, que generaliza el criterio de utilidad para fijar el grado de responsabilidad contractual, haciendo responder simplemente por dolo al comodante, al depositario, pero también al mandatario y al tutor (vid el texto en *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, II, Florencia, 1968, p. 567). También Inst. 3, 14, 2-4.

⁶⁸ Que las partes pueden establecer un pacto de agravación o relajación de responsabilidad lo remarca Ulp. D. 50, 17, 23. Pero el mismo texto aclara que no cabe excluir la responsabilidad por dolo.

⁶⁹ Aparte de los textos citados en las notas anteriores, Gai. D. 44, 7, 1, 4-6. Sobre la *culpa levis* como culpa normal exigible en los contratos onerosos, Ulp. D. 30, 47, 5; Ulp. D. 36, 1, 23, 3; Pap. D. 26, 7, 39, 6. La culpa lata es definida como «no percibir lo que todos perciben» (Ulp. D. 50, 16, 213, 2; Paul. D. 50, 16, 223 pr.) Sobre la equiparación de la culpa lata y el dolo, Paul. D. 50, 16, 226; Ulp. D. 11, 6, 1, 1. Sobre todo ello, HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, Berlín, 1968, pp. 6 ss., 19; TALAMANCA, «Colpa civile (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, VII, p. 520; HKK/SCHERMAIER, «Comentario a los §§ 276-278», marg. 17 ss., Tubinga, II/1, 2007.

contractual plenamente basado en la culpa (*diligentia in custodiendo*), en la que el deudor se compromete al máximo de diligencia posible, por encima del cual sólo queda la *vis maior*⁷⁰. El cuadro se completa con la asunción de los conceptos de *bonus (diligens, prudens) paterfamilias* y *diligentia quam in suis*, usados para perfilar el criterio de diligencia normal del deudor que responde por culpa (*levis*), y con la regla según la cual la falta de pericia profesional se equipara al dolo (*imperitia culpa adnumeratur*)⁷¹. El criterio de *culpa levissima*, en cambio, no aparece aún en las fuentes referido a la responsabilidad contractual⁷².

6.2. La recepción del criterio de la utilidad de los contratantes en el *ius commune*

Los glosadores y comentaristas, fieles a la compilación justiniana, van a profundizar en las ideas que allí quedaron trazadas. Así, completan y perfeccionan la estructuración de los diversos niveles de culpa, distinguiendo, por lo que a nosotros nos interesa, tres niveles: la *culpa lata*, ya conocida por venir equiparada al dolo, la *culpa leve*, o culpa en sentido propio, a la que se refieren los textos cuando la palabra no aparece adjetivada, y la *culpa levissima*, entendida como una mínima negligencia, es decir, la falta del máximo nivel de diligencia posible en cada caso, y que reúne criterios dispersos, como la custodia, la *exactissima diligentia*, o el *diligentissimus pater familias*, que los compiladores justinianos habían concebido como indicadores del máximo nivel de cuidado⁷³. Dado que los textos romanos ya recogía una definición de la culpa lata («el

⁷⁰ Ulp. D. 13, 7, 13, 1; Ulp. 4, 9, 3, 1; Ulp. D. 30, 47, 5. TALAMANCA, «Custodia (dir. rom.)», *Enciclopedia del Derecho*, XI, Varese, 1962, p. 563 (561-564); CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milán, 1966, pp. 114 ss.; HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, pp. 14 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, II, p. 352 ss.

⁷¹ El criterio del *paterfamilias* aparece en numerosos textos, por ejemplo Ulp. 13, 7, 22, 4; Gai. D. 18, 1, 35, 4; Call. 26, 7, 33 pr. El de la *diligentia quam in suis*, en Cels. D. 16, 3, 32, para extender la responsabilidad con dolo; con todo, en la última época clásica y la postclásica se emplea como criterio para reducir la responsabilidad por culpa: Paul. D. 10, 2, 25, 16; también Gai. 44, 7, 1, 5, y Gai. D. 17, 2, 72 en estos dos últimos casos estableciendo el criterio de que a la parte contractual que eligió una contraparte poco cuidadosa corresponde el riesgo de la negligencia (regla *de se queri, sibi imputare debet* o *qui parum diligentem socium acquirit, de se queri debet*). El criterio de equiparación de la falta de pericia profesional a la culpa (*imperitia culpa adnumeratur*) aparece en Gai. D. 50, 17, 132, Gai. D. 9, 2, 8, 1, ó Cels.-Ulp. 19, 2, 9, 5.

⁷² La única referencia, según Hoffman, es Ulp. D. 9, 2, 44 pr. (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*), en un texto referido no a la responsabilidad contractual, sino a la aquiliana.

⁷³ Así, precisamente en un texto en conexión con el principio de utilidad de los contratantes (Inst. 3, 14, 3), declara Accursio, diferenciando el dolo y la culpa, y ésta en los tres grados mencionados, que «hic nota aliud esse dolum, ut quando est machinatio studiosa, *ut de dolo, l. i, § 2* [D. 4.3.1.2]; aliud latam culpam: ut non intelligere quod omnes intelligunt: *ut de iuris et facti ignorantia, l. regula, § si filius* [D. 22.6.9.2], et *de verborum et rerum significatione, l. latae* [D. 50, 16, 213,]; aliud levem: ut *desidia et negligentiae: ut hic; aliud levissimam, ut si quocumque modo potuit praevidere, et non previdit*» (*Corpus Iuris Civilis cum Commentariis Accursii, Scholiis Contii et Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*, tomos V, Lugduni, 1627, reprod. Frankfurt a.M. 2006, col. 357, glossa *debet*). Sobre estos tres niveles de culpa, vid. MAFFEI, Domenico, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milán, 1957, pp. 25 ss.; DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt a.M., 1960, pp. 17 ss.; HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der*

no caer en la cuenta de lo que todos ven»: Ulp. D. 50, 16, 213, 2; Paul. D. 50, 16, 223 pr.), los autores se esforzaron en definir la culpa leve y la levísima: por la primera entiende Baldo hacer lo que no haría un hombre diligente, u omitir lo que ese no omitiría (*facere, quod non faceret, vel omittere, quod non omitteret diligens*), mientras que Bártolo recupera la figura del diligentísimo padre de familia para la culpa levísima y la define como no hacer lo que éste haría (*levissima culpa dicitur non facere illud, quod diligentissimus pater familias faceret*)⁷⁴.

Estos tres grados de culpa sirven precisamente para articular la responsabilidad contractual conforme con el criterio de la utilidad de los contratantes. Así, Bártolo y Baldo inician sus comentarios a D. 13, 6, 5, 2 declarando que si los contratos se celebran para utilidad del que da, responde el otro sólo por dolo y culpa lata, si por utilidad de ambas partes, se responde por culpa leve, y si se celebran en beneficio del que recibe responde éste también por culpa levísima, sin que ninguno responda por caso fortuito salvo que así se haya pactado⁷⁵. Y luego aplican esos diversos grados a los diversos contratos, explicando por ejemplo, que si el comodato se celebra por interés del comodatario, debe éste responder hasta por culpa levísima, mientras que si es interés de ambas partes, sólo responderá de la culpa lata y leve⁷⁶. Ciertamente, su intento de sistematización, unido a su respeto a los textos romanos, hace que tropiecen a veces con dificultades, como cuando deben explicar porque los textos romanos hacen responder al mandatario también por culpa leve⁷⁷. Pero en líneas generales logran compatibilizar sistema y textos para llegar a una solución global.

Rechtsgeschichte, pp. 35 ss.; BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 733 ss.; HALLEBEEK, «Negligence in Medieval Roman Law», en SCHRAGE, Eltjo J.H., *Negligence – The comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlín, 2001, pp. 73 ss., 76 ss.; HKK/SCHERMAIER, §§ 276-278, marg. 35 ss. Los autores medievales hablan también de otros dos tipos de culpa, la *culpa latissima* y *culpa latior*, pero no se trata en realidad de formas de culpa, sino de denominaciones que se dan al dolo para incluirlo dentro de una clasificación general de la culpa: dolo en sentido estricto, y *dolus praesumptus*, respectivamente.

⁷⁴ Baldus de Ubaldis, ad C. 4, 24, 6, nº 37, en *Commentaria omnia*, VI, In quartum et quintum codicis librum *Commentaria*, Venetiis, 1599 (reimpr., Goldbach, 2004), p. 68 v; Bartolus de Saxoferrato, ad D. 13, 6, 19 pr., en *Opera omnia, I, Digestum Vetus*, Basel, 1562, reimpr., Frankfurt a.M., 2007, p. 683.

⁷⁵ «In contractibus, qui celebrant gratia dantis tantum, venit dolus et culpa lata. In his qui gratia accipientis tantum, venit levis et levissima. In his qui gratia utriusque, venit lata et levis. De casu vero fortuito quis non tenetur, nisi conventio, aestimatio, vel culpa praecedens aliud inducat» (Bartolus de Saxoferrato, ad D. 13, 6, 5, 2, en *Opera omnia, I, Digestum Vetus*, Basel, 1562, reimpr., Frankfurt a.M., 2007, p. 674; también Baldus de Ubaldis, ad D. 13, 6, 5, 2, en *Commentaria omnia, II, In secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1599, reimpr., Goldbach, 2004, p. 83).

⁷⁶ «Si comodatum gratia comodatarii factum fuerit, de dolo, lata culpa, levi et levissima tenet: de casu autem non tenetur, nisi culpa precedat. Sed si commodatum factum fuerit gratia utriusque, tenet comodatarius solum de lata culpa et levi» (Baldus de Ubaldis, ad D. 13, 6, 18 pr., en *Commentaria omnia, II, In secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Venetiis, 1599, reimpr., Goldbach, 2004, p. 85. Vid. también Bartolus de Saxoferrato, ad D. 13, 6, 18 pr., en *Opera omnia, I, Digestum Vetus*, Basel, 1562, reimpr., Frankfurt a.M., 2007, p. 683).

⁷⁷ Vid DILCHER Hermann, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, pp. 77 ss.; HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, pp 60 ss.

6.3. El Derecho moderno y la progresiva sustitución del principio de utilidad por el criterio general del *bonus pater familiae*

La situación descrita comienza a modificarse en la Edad Moderna, merced a los autores ligados al *mos gallicus*. No es de extrañar que estos autores, particularmente empeñados en liberar el Derecho romano de aditamentos medievales, encontrasen algunos elementos de la construcción de la responsabilidad contractual conforme con el principio de la utilidad de los contratantes poco acordes con las fuentes; en concreto, el concepto de culpa levísima, que debía caracterizar el modelo de diligencia del contratante beneficiado por un negocio gratuito, y que era desconocido en los textos romanos referidos a la responsabilidad contractual.

Zasio fue el primero que puso en duda la existencia de esa categoría dentro de la culpa. A su juicio, procedía rechazar la clasificación que los autores medievales habían hecho de la culpa, y aceptar simplemente una división de la culpa en grave y leve⁷⁸. Claro que ese paso no podía quedar sin consecuencias para otra clasificación, la del diverso grado de responsabilidad contractual, que se apoyaba en la división de la culpa en grave, leve y levísima para asignar a las partes negociales un diverso grado de diligencia y responsabilidad contractual. No era por tanto de extrañar que Donello, tras sumarse a la crítica de Zasio al concepto de culpa levísima, rechazase aplicar el criterio de la utilidad de los contratantes a la hora de fijar la responsabilidad contractual de las partes, rompiendo así con la tradición romanística⁷⁹.

A partir de este momento existe una completa división en la doctrina. Por un lado, hay toda una serie de autores, en realidad más ligados a la tradición de Derecho romano — pues la construcción de la responsabilidad de los contratantes según tres niveles de diligencia era romana, por más que la denominación de culpa levísima a la *exactissima diligentia* era medieval—, que siguieron defendiendo la distinción en tres niveles de culpa y la cualificación de la responsabilidad contractual según el interés de los

⁷⁸ Después de rechazar otras clasificaciones de la culpa, declara que «rectius mihi culpa in duas dumtaxat species dividi oportere videtur, ut sit lata et levis» (ZASIVS, Udalricus, *Singularium responsorum liber primus*, 2, 9, en *Opera omnia*, V, Lyon 1550, reimpr. Aalen 1966, col. 34). Con todo, en otros pasajes, hablando de problemas concretos, si divide la culpa en lata, leve y levísima: por ejemplo, en materia matrimonial, vid. *Commentaria seu Lecturas eiusdem in titulos secundae Pandectarum partis*, al título Solutio matrimonio, lex si mora, 3-5 (*Opera omnia*, II, col. 62). Y sigue explicando la responsabilidad contractual conforme a la teoría del interés de los contratantes, usando de nuevo en ese contexto del concepto de culpa levísima: vid. In digesti veteris commentaria, lex rogasti, nº 6 y 9 (*Opera omnia*, II, col. 718). Sobre Zasio, y la importancia de su crítica en esta materia, documentadamente, BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, pp. 737 ss.

⁷⁹ Tratando de la diligencia normal dice que «haec diligentia in his ómnibus pariter et sine distinctione eadem exigitur: ut non major exigatur in commodato, que in iis in quibus utriusue utilitas versatur, atque adeo in iis, in quibus versatur solum utilitas creditoris, quos quidem antea posuimus diligentiam recipere» (DONELLI, Hugonis, *Commetariorum de Jure Civili*, 16, 7, 36, en: *Opera omnia*, 4, Florencia, 1842, col. 735). Sobre el rechazo de Donello a la tripartición de la culpa, y su asunción de la doctrina de Zasio que distingue la culpa sólo en lata y leve, vid ibídem, nº 3 y 16, col. 693 y 710.

contratantes y en correspondencia con esas tipologías de culpa: así, Cujaccio, Pothier y Heineccio, por citar a los más conocidos⁸⁰. Pero frente a ellos se alzaba otro nutrido grupo de autores que rechazaban la división de la culpa en diversos niveles, y entendían que la entera construcción de la responsabilidad contractual conforme con el interés de los contratantes era una desafortunada generalización de ciertos precedentes romanos: así Thomasio y Jacobus Gothofredus, entre otros muchos⁸¹. A juicio de estos últimos, convenía abandonar el criterio de atribución de la responsabilidad en función del interés contractual, y establecer una regla general que exigiese un nivel similar de diligencia a todos los contratantes; dicho patrón general bien podía ser definido por el criterio romano del buen padre de familia⁸².

6.4. La desaparición del criterio de la utilidad de los contratantes en la época de las codificaciones

La balanza acabó inclinándose en contra del criterio de la utilidad de los contrayentes. Ciertamente, los Códigos del siglo XVIII todavía recogen ese criterio como determinante del grado de responsabilidad, tal como puede verse en el Código de Baviera de 1756 o

⁸⁰ Cujacio, declara comentando D. 50, 17, 23 que «quot vero sunt diligentiae gradus, totus sunt et culpa. Est diligentia quaedam exactissima, et quasi diligentiae redundantia, veluti delatoria curiositas, l. 6 sup de iur. et fac. ignor. [D. 22, 6, 6] est ex adverso culpa levissima, l. in lege Aquilia, sup. Ad leg. Aquil. [D. 22, 6, 6], l. homo liber, sup de acq. rer. Domin [D. 41, 1, 54]. Est diligentia quaedam media, et ex adverso culpa levis. Est diligentia quaedam minima et pene nulla, et ex adverso culpa lata, quae dolo comparatur, quam aequae, ac dolum depositarius et precarius possessor praestant [...]. In commodato, mandato, tutela, gesto, levissima culpa preestatur, l. 9, 11, 13. C. mand. [C. 4, 35, 9-11-13]. l. si mater, C. de usur. § 1 [C. 4, 32, 24, 1]. Instit. de oblig. ques. ex contr. [Inst. 3, 27]. l. á tutoribus, sup. de admin. tutor [D. 26, 7, 32]. d. l. si ut certo, § quod etiam [D. 13, 6, 5]. In aliis contractibus venit culpa levis» (Ad titulum XVII de diversis regulis iuris antiqui, Commentarius repetitae prelectionis, en CUJACII, *Operum*, VIII, Napoles, 1722, col. 672).

Pothier trata el tema con particular profundidad, manifestando en un anexo a su *Traité des obligations* su discordancia con la nueva teoría —expuesta en Francia por Le Brun— que pretende desterrar el criterio de utilidad de los contratantes como determinante de la responsabilidad contractual. Vid, al respecto *Traité des obligations*, 2, 1, 142, y Appendice – De la prestation des fautes, en BUGNET (ed.), *Oeuvres de Pothier*, II, París, 1848, pp. 66 s., 497 ss. El texto de Le Brun se recoge como segundo apéndice en el mismo tomo, pp. 503 ss.

Para la opinión de Heineccio, también favorable a la tripartición de la culpa y de los correspondientes niveles de responsabilidad, vid. sus *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum et Pandectarum*, 3, 14, 786-788, en HEINECCIUS, *Opera omnia*, V, Genova, 1748, reimpr. Frankfurt a.M., 2010, p. 207.

⁸¹ THOMASIUS, Christian, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, Halle, 1718, reimpr. Aalen 1963, 2, 5, 7 (p. 216), rectificando en contra del principio de utilidad de los contrayentes la opinión vertida en sus *Institutiones Iurisprudentiae Divenae*, 2, 5, 35-37 (Halle, 1720, reimpr. Aalen, 1963, p. 124). Gothofredus, por su parte, califica a la regla de la utilidad de los contratantes como «fallax regula» (GOTHOFREDUS, Jacobus, *Commentarius in titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiqui*, Genova, 1653, ad regula 23, p. 129).

⁸² Sobre la disputa en general, con cita de numerosos autores del *usus modernus pandectarum*, HOFFMAN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, pp. 83 ss.

en el prusiano *Allgemeines Landrecht für die Preußische Staaten* de 1794⁸³. Pero los grandes Códigos del siglo XIX prescindieron tanto de ese sistema como de la tripartición de la culpa. Así, el artículo 1137 del Código civil francés rechaza explícitamente ese criterio, y establece el modelo general del buen padre de familia como determinante de la responsabilidad contractual: «la obligación de conservar la cosa, tanto si el contrato es útil sólo a una de las partes como si tiene utilidad común, somete al deudor a la necesidad de emplear la diligencia de un buen padre de familia»⁸⁴. Igualmente desconoce la modulación de la responsabilidad conforme con la utilidad de los contratantes el Código civil austriaco de 1811. Los autores alemanes permanecieron divididos, pues un buen número de ellos seguían considerando que el criterio de la utilidad de los contratantes debía mantenerse como regla determinante de atribución de responsabilidad contractual. Así, por ejemplo, Ihering, a cuyo juicio ese criterio «es uno de las ideas más afortunadas de los juristas romanos»⁸⁵. Sin embargo, el BGB prefirió también unificar el criterio de responsabilidad contractual, estableciendo en el § 276 un concepto unificado de culpa, en la que incurre «quien descuida la diligencia normalmente exigible en el tráfico»; la ocasional referencia a la culpa lata sirve únicamente para establecer una modulación en casos especiales. Con todo ello el paradigma de la responsabilidad contractual conforme con la utilidad de los contratantes desaparecía del panorama europeo tras muchos siglos de vigencia.

7. BALANCE Y PERSPECTIVAS PARA EL DERECHO ESPAÑOL

A la vista de todo lo dicho, de la imposibilidad de encontrar un régimen que compagine el de responsabilidad por culpa y el de responsabilidad objetiva, se hace necesario buscar un sistema mixto, con elementos de uno y otro: que parta de uno de esos

⁸³ Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, IV, 1, § 20; Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, I, 5, §§ 277-280.

⁸⁴ Tomo la traducción de NUÑEZ IGLESIAS, *Código civil francés*, Madrid, 2005. Muy claras en el rechazo del criterio de utilidad de los contratantes como determinante de la responsabilidad contractual son las palabras de Bigot-Préameneu en la *Présentation au Corps Législatif* del correspondiente artículo: «les romains avaient cru pouvoir distinguer les différents degrés de fautes qui se commettent dans l'exécution des conventions. La faute la plus grave était nommée lata culpa et dolo próxima. Ils distinguaient les autres fautes sous ces noms, culpa levis, culpa levissima. Dans les contrats qui ne concernaient que l'utilité des créanciers, tels que le dépôt, le dépositaire était seulement tenu lata culpa: si le contrat, tel que la vente, avait été formé pour l'utilité des deux parties, le vendeur était tenu levi culpa: si, comme dans le prêt, l'avantage du débiteur avait été seul considéré, il était tenu culpa levissima. Cette division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique [...]. C'est ainsi qu'on a décidé que celui qui est obligé de veiller à la conservation d'une chose doit apporter tous les soins d'un bon père de famille, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité d'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune» (FENET, *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code civil*, XIII, Paris, 1827, reimpr. Osnabrück, 1968, pp. 229 s.).

⁸⁵ IHERING, Rudolf von, «Das Schuldmoment im römischen Privatrecht», en *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879 (reimpr. Aalen, 1968), pp. 155 ss., p.213 (-240). Sobre la posición de los autores alemanes, sucintamente, HOFFMAN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, pp. 176 ss. También MAYER-MALY, «Die Wiederkehr der culpa levissima», *AcP*, 163 (1964), pp. 114 ss., 120.

sistemas, lo flexibilice, e introduzca a la par ámbitos de responsabilidad pertenecientes al otro esquema. A mi juicio, como ya anticipé, la regla general ha de constituir la el sistema de responsabilidad por culpa, tanto por estar mejor fundado éticamente, como porque en el ámbito contractual existen remedios —como la resolución, la *exceptio non adimpleti contractus* o la reducción del precio— que protegen convenientemente al acreedor sin cargar al deudor con los daños y perjuicios de un incumplimiento que no le es subjetivamente imputable. A la vez, se deben determinar las áreas en que, sin necesidad de convenio entre las partes, opera un sistema contractual de responsabilidad objetiva: la entrega o suministro de bienes genéricos y la garantía de sus cualidades parece que deben situarse en ese régimen. Para el resto de obligaciones, regida en principio por la responsabilidad por culpa, se debe evitar la aplicación de un estándar de diligencia excesivamente rígido que impida la consideración de la posición de las partes en el contrato. En este último sentido, me parece que el retorno al criterio de utilidad de los contratantes puede ser la vía más conforme para esa flexibilización. El Código civil español, que en el párrafo primero de su artículo 1104 refiere la diligencia a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de los contratantes, ofrece para ello una vía particularmente propicia.

BIBLIOGRAFÍA:

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II, Madrid, 2011.

ATAMER, Y. M., «Comentario al artículo 79», en KRÖLL, S./MISTELIS, L/PERALES VISCASILLAS, P. (ed.), *UN Convention on contracts for the international Sale of goods (CISG) – Commentary*, Munich, 2011.

BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.

CANARIS, C.-W., «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 499-528.

CANNATA, C. A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milán, 1966.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, III, Madrid, 1974.

COHEN, G. M., «The fault that lies within our contract law», *Michigan Law Review*, 2009 (107), pp. 1445-1460.

CHEN-WISHART, M., *Contract Law*, Oxford, 2012.

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, V, París, 1925 (reimpr. Bad Feilnbach, 1994).

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil*, II, Pamplona, 2008.

DILCHER, H., *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt a.M., 1960.

EHMANN, H., «Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung?», en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, I, Munich, 2007, pp. 165-217.

FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations*, 1, París, 2012.

FARNSWORTH, E. A., «Comparative Contract Law», en MATHIAS REIMANN, M./ZIMMERMANN, R. (ed.), *The Oxford Handbuch of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 898-935.

GRUNDMANN, S./HOERNING, A., «Leistungsstörungsmodelle im Lichte der ökonomischen Theorie», en EGER, T./SCHÄFER, H.-B. (ed.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Tubinga, 2007, pp. 420-470.

GRUNDMANN, S., «Das Verschuldensprinzip im Vertragsrecht zwischen Ethik und Markt», en *Festschrift für Eberhard Schwark*, Munich, 2009, pp. 21-40.

GRUNDMANN, S., «Comentario al § 276», en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, Munich, 2012.

HALLEBEEK, J., «Negligence in Medieval Roman Law», en SCHRAGE, E., *Negligence – The comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlín, 2001, pp. 73-100.

HOFFMANN, H.-J., *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, Berlín, 1968.

HONORE, T., «Responsability and Luck – The moral basis of strict liability», en *Responsibility and Fault*, Oxford-Portland, 1999, pp. 14-40.

IHERING, R. von, «Das Schuldmoment im römischen Privatrecht», en *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879 (reimpr. Aalen, 1968), pp. 155-240.

JANSEN, N., *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tubinga, 2003.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.

JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultados», *ADC*, 1991-1, pp. 5-96.

KASER, M., *Das römische Privatrecht*, I y II, Munich, 1971 y 1975.

KASER, M./KNÜTEL, R., *Römisches Privatrecht*, Munich, 2005.

KÖTZ, H., *Vetragsrecht*, Tubinga, 2009.

KÜBLER, B., «Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen Recht», *Festgabe für Otto Gierke*, Breslau, 1910, pp. 235-275.

KUNKEL, H./HONSELL, H., *Römisches Recht*, Berlín-New York, 1987.

KLEINSCHMIDT, J., «Erfüllungsanspruch», en BASEDOW, J./ HOPT, K.J./ZIMMERMANN, R. (ed.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, I, Tübingen, 2009, pp. 436-441.

LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II-1, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1985.

LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munich, 1987.

LEONHARD, F., *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, Munich, 1929.

LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*, Munich, 2011.

LÖWISCH, M./CASPER, G., «Comentario al § 276», en *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlín, 2009.

MAFFEI, D., *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milán, 1957.

MALAUURIE, P./AYNÈS, L./STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations*, París, 2005.

MAYER-MALY, T., «Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung», *Festschrift Arthur Steinwenter*, Graz-Colonia, 1958, pp. 58-77.

MAYER-MALY, T. «Die Wiederkehr der culpa levissima», *Archiv für die civilistische Praxis*, 163 (1964), pp. 114-136.

McELROY, R. G., *Impossibility of Performance*, Cambridge, 1941.

McKENDRICK, E. G., «Discharge by Frustration», in BEALE, H. (ed.), *Chitty on Contracts*, vol. I, Londres, 2012.

MEDER, S., *Schuld, Zufall, Risiko – Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*, Frankfurt a.M, 1993.

MEDICUS, D., *Schuldrecht*, I, Munich, 2006 (y también Munich, 1993).

MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil, comentado y concordado*, tomo XIX, Madrid, 1902.

NICHOLAS, B., «Prerequisites and extent of liability for breach of contract under the U.N. Convention», en SCHLECHTRIEM, P. (ed.), *Einheitlicher Kaufrecht und nationals Obligationenrecht*, Baden-Baden, 1987, pp. 283-288.

NICHOLAS, B., «Fault and Breach of Contract», en BEATSON, J./FRIEDMAN, D., (ed.), *Good faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1997, pp. 337-356.

NORR, D., «Die Entwicklung des Utilitatsgedankens im römischen Haftungsrecht», *Savigny Zeitschrift* (Rom), 73 (1956), pp. 68-119.

D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 2002.

PALMER, N., «The private Law effects of industrial action», MCKENDRICK, E., (ed.), *Force majeure und Frustration of contract*, Londres, 1995, pp. 165-183.

PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual —materiales para un debate—», *ADC*, 1991-3, pp. 1019-1091.

PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-4, pp. 1719-1745.

POSNER, E., «Fault in Contract Law», *Michigan Law Review*, 2009 (107), pp. 1431-1444.

RIESENHUBER, K., «Damages for Non-Performance and the Fault Principle», *European Review of Cotract Law*, 2008, pp. 119-153.

DE ROBERTIS, F. M., *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della Compilazione giustiniana*, I, Bari, 1962.

SCHERMAIER, M. J., «Comentario a los §§ 276-278», en *Historich-Kritischer Kommentar zum BGB*, II/1, Tubinga, 2007.

SCHMIDT-KESSEL, M., «Haftungsstandars im internationalen Warenkauf», en *Feschrift für Ingeborg Schwenzler*, II, Berna, 2011, pp. 1513-1527.

SCHNEIDER, W.-T., *Abkehr vom Verschuldensprinzip?*, Tubinga, 2007.

SCHWENZER, I, «Comentario al artículo 79», en SCHWENZER., I (ed.), *Commentary on the UN Convention on the international Sale of goods (CISG)*, Oxford, 2010.

SCOTT, R. E., «In (partial) defense of strict liability in contact», *Michigan Law Review*, 2009 (107), pp. 1381-1396.

SERRANO VICENTE, M., *Custodiam prestare*, Madrid, 2006.

TALAMANCA, M., «Colpa civile (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, VII, Varese, 1960, pp. 517-533.

TALAMANCA, M., «Custodia (dir. rom.)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, Varese, 1962, pp. 561-564.

TERRÉ, F./SIMLER, P./LEQUETTE, Y., *Droit civil – Les obligations*, París, 2005.

TREITEL, G., «Fault in the Common Law of Contract», en BOS, M./BROWNLIE, I. (ed.), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987 pp. 185-210.

TREITEL, G., *Remedies for Breach of Contract*, Oxford, 1988.

TREITEL, G./PEEL, E., *The Law of contract*, Londres, 2011.

TREITEL, G., *Frustration and Force Majeure*, Londres, 2014.

VOLLKOMMER, M., «Comentario al § 276», en JAUERNIG, O. (ed.), *BGB*, Munich, 1991.

ZIMMERMANN, R., *The law of obligations*, Oxford, 1996.

ZIMMERMANN, R., *The new German Law of obligations*, Oxford, 2005.

ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *Introduction to comparative law*, Oxford, 1998.

Fecha de recepción: 20.11.2014

Fecha de aceptación: 28.11.2014