

La responsabilidad contractual

en su formulación histórica
y en su configuración actual

Edición de
Manuel Ángel Bermejo Castrillo

EDITORIAL DYKINSON

La responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual en su formulación histórica
y en su configuración actual

Edición de Manuel Ángel Bermejo Castrillo

EDITORIAL DYKINSON

2015

© 2015 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9085-640-6
Depósito Legal: M-39962-2015

ÍNDICE

Premessa: <i>Pierangelo Schiera</i>	9
La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación: <i>Manuel Ángel Bermejo Castrillo</i>	13
La responsabilità contrattuale nel primo Novecento giuridico italiano: <i>Giovanni Chiodi</i>	215
Reflexiones sobre el <i>pactum de non cedendo</i> : <i>José María Miquel González de Audicana</i>	263
Pre-contractual good faith in European Contract Law: Is the European Commission ready to embrace a European doctrine of <i>culpa in contrahendo</i> ?: <i>Paula Giliker</i>	289
La responsabilidad contractual en la Normativa Común de Compraventa Europea: <i>Reiner Schulze</i>	317
<i>Noticia de los autores</i>	339

PREMESSA

Pierangelo Schiera

È un onore grande avere l'opportunità d'introdurre gli Atti del convegno su *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, tenutosi nell'ottobre 2012 all'Universidad Carlos III de Madrid. Ma è anche un piacere, perché io ero allora titolare di una *Catedra de Excelencia* in quell'Università, per condurre una ricerca sul significato storico-concettuale della misura, come "valore del rapporto fra due grandezze fra loro omogenee". Migliore riprova non potevo avere della vigenza circolare di quel principio o criterio, a riprova della convinzione, recentemente espressa anche da Paolo Grossi, che a proprietà individuale e contratto – due istituti portanti della nuova società borghese – vada attribuita una valenza «autenticamente costituzionale, poiché è su quel fondamento che si costituisce un'intera civiltà storica».

Gli scritti contenuti nel presente volume non fanno che convalidare questa conclusione, esaminando il problema della responsabilità contrattuale in una prospettiva che non è solo storica – risalendo spesso all'origine stessa romanistica del problema – ma è anche prospettica, giungendo a considerare le condizioni in atto nel processo di unificazione europea rispetto alla sua consistenza.

A partire dall'intervento del coordinatore del Convegno, Manuel A. Bermejo Castriello, in cui viene trattata la sopravvenuta impossibilità di adempimento della prestazione nella legislazione storica castigliana e nel diritto della codificazione, oltre che nel codice civile spagnolo attualmente in vigore, con però una comparazione precisa della regolamentazione della materia nel diritto romano, si apre un ventaglio di letture della decisiva tematica su tutto lo spettro dell'esperienza storico-giuridica europea.

Giovanni Chiodi, ricostruendo l'evolversi della dottrina italiana in materia durante i primi decenni del XX secolo, pone in evidenza il progressivo affermarsi – secondo anche la crescente complicazione dei rapporti di produzione – di un certo qual principio di proporzionalità fra la prestazione

dovuta e la effettiva impossibilità di prestarla, in ordine alla determinazione del danno e della relativa responsabilità del contraente inadempiente. Basterà la seguente citazione dal grande giurista Lodovico Barassi (1909-10): «È compito della scienza giuridica, oggi, di avvicinare quanto più le è dato i concetti giuridici alla vita vissuta»: il che significava per lui introdurre in capo al debitore inadempiente, accanto al criterio della impossibilità economica e relativa il dovere, socialmente più comprensivo, di diligenza.

Per José Maria Miquel Gonzalez de Audicana, la via per testare la portata della responsabilità contrattuale è quella della possibilità di cessione di crediti anche senza il consenso del debitore, ma in presenza di un *pactum de non cedendo*. Si tornerebbe qui alla situazione prevista dal diritto romano. Anche qui la soluzione non può stare che nell'armonizzazione (secondo misura) dei contrapposti interessi in gioco. Il principio fondamentale della libertà contrattuale (vera e propria sintesi di diritto privato e costituzionale!) non potrà infatti giocare a favore di un conflitto d'interessi contrapposti, poiché essa stessa contiene il limite dei diritti alieni (*derechos ajenos*). Se infatti il *pactum de non cedendo* sembra sconveniente sotto il profilo della circolazione economica, è però pur vero che esso è espressione dell'appena ricordata libertà contrattuale: nuovamente, dunque, la misura fra diritto individuale e convenienza sociale. L'inefficacia relativa del patto sarebbe, in conclusione, la soluzione proposta, in base alla valutazione di una serie di circostanze da appurare di volta in volta.

Determinante è però, in una visione individualistico-liberale della questione, l'aspetto della buona fede pre-contrattuale. È questo il tema a cui si dedica il saggio di Paula Giliker, nel suo tentativo di prospettare un ordinamento europeo dei contratti di compravendita a livello comunitario. Responsabilità e buona fede sono due momenti centrali della figura classica della libertà, soprattutto in fase pre-contrattuale. Nella tradizione di common law ciò si connette col principio generale di equità. Più cogente risulta invece – sia pure con delicate divergenze interne – la tradizione continentale d'impianto civilistico. L'armonizzazione delle due prospettive in chiave europea richiederebbe l'individuazione di una forma comune di responsabilità pre-contrattuale per i 27 paesi dell'Unione. Essa è legata all'esistenza di "good faith and fair dealing" soprattutto riguardo all'informazione delle circostanze contrattuali, ma non può non essere vista come una certa limitazione del principio di libertà contrattuale. Il risultato di ciò è stata la pubblicazione da parte della Commissione Europea, l'11 ottobre 2011, di una bozza di regolamentazione

per una *Common European Sales Law*. Dall'analisi svolta risulta che, prevedibilmente, la delicata armonizzazione degli interessi in gioco ricadrebbe essenzialmente sulla sensibilità dei giudici coinvolti, con divergenze non trascurabili fra le differenti tradizioni di giudizio. Tutto ciò renderebbe opinabile il risultato raggiunto, non assicurando il grado necessario di protezione dei contraenti, ma soprattutto creando incertezze che ridarebbero priorità ai vigenti ordinamenti nazionali in materia. Infatti, l'assoluta priorità, in chiave di Unione Europea, resta la ricerca di modelli normativi capaci di forgiare un ordinamento di diritto privato europeo, da una parte autosufficiente, ma dall'altra in grado di interagire coi vigenti sistemi nazionali. In ideale prosecuzione del ragionamento, Reiner Schulze infine mostra, nel suo scritto, il rapporto virtuoso creatosi, nell'ultima decina di anni, tra scienza del diritto e politica nel cammino verso un diritto privato europeo, proprio grazie alla concentrazione anche accademica sul diritto contrattuale. Accanto a ciò egli sottolinea l'importanza – se non rilevanza “costituzionale”, come si diceva in apertura – del diritto privato e processuale, accanto a quello pubblico, per il processo d'integrazione europea. L'intera questione viene da Schulze riportata all'adempimento o inadempimento contrattuale, secondo le proposte di regolazione contenute nella citata *CESL*, non solo più ampia ma molto più coerente dei progetti precedenti, proprio grazie al lavoro comune compiuto dalla politica (Commissione Europea) e dalla scienza del diritto. Ciò potrebbe avere effetti anche oltre il processo legislativo europeo in corso, fino a ispirare sviluppi futuri nel diritto contrattuale internazionale.

In conclusione, dunque, una serie di saggi che appaiono, per merito del curatore, molto calibrati fra loro, in una successione che dai casi nazionali apre via via l'attenzione alla dimensione specificamente europea, coinvolgendo anche la *vexata quaestio* della relazione fra *common law* e ordinamenti di diritto civile e proponendo aperture allo stesso diritto internazionale.

Ma – per dirla tutta – mi pare qui anche realizzata quella coincidenza fra misura-scienza e misura-provvedimento che sta alla base della mia concezione di “misura”, oltre al fatto che, trattandosi di responsabilità individuale, ne verrebbe *in primis* coinvolta anche l'accezione più importante: quella riguardante, appunto, la sfera della libertà personale.

LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN
EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA CASTELLANA
Y EN EL DERECHO DE LA CODIFICACIÓN

Manuel Ángel Bermejo Castrillo

I. *Planteamiento*

Destinado a encontrar alojamiento dentro de una obra colectiva dirigida a poner en diálogo el derecho histórico y el derecho positivo con el propósito de abordar el estudio de un aspecto tan nuclear en el ámbito del derecho privado como lo es la responsabilidad contractual, la elección del objeto de este trabajo no podía ser ajena a la actualidad del debate doctrinal existente en este campo.

En este sentido, la progresiva construcción, en respuesta a las cambiantes necesidades del comercio internacional, de un nuevo derecho uniforme en materia de derecho contractual ha estimulado el desarrollo, en los últimos años, de un proceso de modernización, a escala europea, del derecho de obligaciones¹. Una corriente que también ha encontrado firmes partidarios en España², dando aliento a la decidida complicitad de un destacado sector de

1 En materia de responsabilidad contractual, el instrumento jurídico que mayor influencia ha ejercido en la articulación de esta tendencia de renovación ha sido la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, realizada en Viena el 11 de abril de 1980. Sus directrices han servido, después, de inspiración para la redacción de los UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (ediciones de 1994, 2004 y 2010) y en el ámbito europeo, los *Principles of European Contract Law* (PECL), y la Directiva 1999/44CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, de 25 de mayo de 1999, sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Esta última directiva ha sido traspuesta en España mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo. Sobre los PECL interesa, también, L. Díez-Picazo, E. Roca Trías y A. M. Morales, *Los Principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

2 Línea abierta por F. Pantaleón Prieto, “Las nuevas bases de responsabilidad contractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, (octubre-diciembre 1993), 1719-1745. Pero en

la doctrina civilista con estos planteamientos³, que han anidado, también, en el ánimo del legislador⁴.

La adhesión a estas renovadoras propuestas exige, indefectiblemente, una revisión conceptual de los dos elementos esenciales que definen la relación obligatoria contractual: la deuda y la responsabilidad. Aquí nos interesa fundamentalmente esta segunda noción⁵, que en la autorizada opinión de A. M. Morales Moreno, en atención a estos cambios⁶, debe modificar su delimitación, tradicionalmente referida al derecho del acreedor a lograr el cumpli-

la que también ha insistido L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. I. *Introducción, Teoría del contrato*, II. *Las relaciones obligatorias*, 5ª edición, Madrid, Civitas, 1996, *Los incumplimientos resolutorios*, Madrid, Civitas, 2005.

3 Referencia obligada es en esta materia: A. M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006.

4 En este sentido hay que entender la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos elaborada y presentada en enero de 2009 por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación. Un texto, precedido de una exposición de motivos y expuesto ya como un texto articulado, que ha sido resultado de los trabajos realizados por dicha sección desde noviembre de 1994 a mayo de 2008, y que en el caso de adoptarse supondría una notable modificación de muchos de los artículos vigentes en el título cuarto del Código Civil.

5 Con presencia nuclear, también, en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como refleja, por ejemplo, la edición a cargo de F. Pantaleón Prieto de un número monográfico del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 4 (2000), precisamente bajo este rótulo “La responsabilidad en el derecho”. Particular interés ofrece su estudio desde la perspectiva penal por F. Molina Fernández, “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, 57-137.

6 Siguiendo a A. M. Morales Moreno, “Evolución del concepto de obligación en el derecho español”, en *La modernización del derecho de obligaciones*, 17-54, pp. 29-35, los rasgos definidores del nuevo sistema de responsabilidad contractual serían: la unificación del supuesto de incumplimiento contractual, entendiéndose por tal cualquier desviación de las exigencias del contrato en su desarrollo o en su ejecución; la puesta a disposición del acreedor de un sistema articulado de remedios (pretensión de cumplimiento, suspensión de éste, resolución, reducción del precio e indemnización de daños); la culpabilidad deja de ser requisito del incumplimiento; absorción de la doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad contractual; y modificación de la función de la pretensión de cumplimiento. Esta nueva percepción es, también, identificable, por ejemplo, en E. Barros Boure, “Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”, en E. Barros Boure, M. Paz García Rubio y A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 135-192, pp. 162-164.

miento coactivo de la deuda por la vía judicial o a obtener una compensación indemnizatoria por el incumplimiento, lo que deja fuera de su contorno los demás remedios con los que cuenta el acreedor⁷.

Estudiar el desenvolvimiento iushistórico de la responsabilidad contractual en toda su extensión entraña, sin embargo, una complejidad que desborda los límites de este trabajo, lo que exige acotar una parcela más específica. Así, se ha afirmado que el problema fundamental que plantea nuestro vigente derecho de obligaciones reside en las dificultades que siempre han existido para definir la noción de incumplimiento de la obligación y para ordenar los remedios de los que el acreedor debe disponer para estar protegido frente a su eventualidad. Una complicación que, principalmente, derivaría de la posición central otorgada al concepto de mora, de clara raigambre romana, en su determinación y, adicionalmente, de la discutible colocación del momento en que da carácter definitivo al incumplimiento la imposibilidad sobrevinida de la prestación⁸. Es, pues, la especial trascendencia de este último supuesto, así como de los criterios de modelación de sus consecuencias en función de las diferentes circunstancias concurrentes, la que explica que haya sido éste el objeto elegido para realizar esta incursión en el intrincado territorio de la responsabilidad contractual, intentando contribuir, en alguna medida, a esclarecer, a la luz del discurrir histórico de su formulación legal, la delimitación de sus confines y la identificación de sus efectos⁹.

7 Concepción restrictiva que, según este autor, seguramente, debe asociarse al hecho de que el Código civil construye el régimen general de la obligación sobre el modelo romano de obligación unilateral, dotada de una acción de derecho estricto, que sólo permite al acreedor, en caso de incumplimiento del deudor o de imposibilidad imputable, obtener una condena pecuniaria por el valor de la cosa. A M. Morales Moreno, *Evolución del concepto de obligación*, p. 21. Posteriormente, la tradición iusnaturalista utilizó este modelo para construir el concepto de contrato que sería transmitido a través de Pothier. A. M. Morales, "Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato", en E. Barros Boure, M. Paz García Rubio y A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*, 193-221, p. 196.

8 L. Díez-Picazo, "Prólogo", en A. M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, 11-16, pp. 12-13.

9 Ello a pesar de que según M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milán, Giuffrè 1975 el concepto de imposibilidad habría sido introducido en la teoría de la responsabilidad por F. Mommsen, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, Schwetschke, 1853, adquiriendo una extraordinaria relevancia y desplazando al *casus* como límite de la responsabilidad del deudor, que sólo se vería liberado cuando éste haya producido una imposibilidad de cumplir objetiva y absoluta.

Para mejor situar las coordenadas de esta retrospectiva, tal vez, resulte, no obstante, oportuno trazar alguna suerte de descripción del término de llegada, es decir de su vigente formulación codificada. Aunque, naturalmente, no constituyendo ésta el objeto primordial de nuestro interés, no me involucraré en el relato pormenorizado de los sustanciales nudos de discusión que la interpretación del enunciado de varios de los preceptos citados ha suscitado. Inhibición que, además, viene justificada por la amplia distancia que separa a la uniforme naturaleza conceptual de la imposibilidad sobrevenida como modo de extinción de las obligaciones nacida con el fenómeno codificador y la diversidad de enfoques con la que esta institución se presenta en otras etapas iushistóricas precedentes, en las que, estando ausente de formulación una noción unitaria, es preciso acudir a la peculiaridad de su específica regulación en cada tipo concreto de contrato¹⁰.

II. *La imposibilidad sobrevenida en el código civil*

A. Principios generales

Partimos de la premisa de que con esta figura nos referimos exclusivamente a la imposibilidad de realizar la prestación producida con posterioridad al nacimiento de una obligación inicialmente ejecutable, pues la prestación imposible de inicio convertiría en nula la obligación por falta de objeto¹¹. El núcleo básico de la regulación relativa a esta materia se localiza

¹⁰ En igual sentido, M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 32. Según F. Cuenca Boy, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación. La imposibilidad jurídica*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1992, p. 17, tampoco en el derecho romano clásico es posible localizar un precepto general que vincule de forma reiterada y uniforme unas consecuencias determinadas a una situación de imposibilidad.

¹¹ *Código civil*, [artículo 1272]: “No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”. El principio había sido ya formulado en *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad*, Salamanca, Andrea de Portinaris, 1555, edición facsímil, Madrid, BOE, 1985, [V, V, XIV]: “Como deue valer o non, la vendida que fuesse fecha, de molino o de casa, o de otro edificio derribado, o arboles arrancados (...) Pero si a sabiendas vendiesse vn ome a otro alguna cosa, que era quemada, o derribada, diciendo el que la vendia, que era sana, non vale la vendida, porque non se puede vender la cosa que non es (...)”.

en el libro IV, título I (“De las obligaciones”), capítulo IV (“De la extinción de las obligaciones”), sección segunda (“De la pérdida de la cosa debida”), del Código civil¹².

Constituyendo esta circunstancia una de las causas generales de extinción de las obligaciones señaladas en el artículo 1156¹³, en relación, en concreto, con las obligaciones de dar, el artículo 1182 declara extinguida la obligación consistente en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiese o destruyese sin mediar culpa -o dolo- del deudor¹⁴ y antes de que éste hubiese incurrido en mora¹⁵. Debiendo entenderse que la mora no es equiparable a

12 Un acercamiento general a esta figura en el ya citado libro de M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid, Dykinson, 2001. Además, F. Badosa Coll, “Arts. 1182 a 1186”, en C. Paz-Ares, L. Díez Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador Coderch (dirs.) *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, t. II, 255-265; A. Cabanillas Sánchez, “La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, 117-128; J. C. Erdozain López, “Arts. 1182-1186”, en R. Bercovitz (Coord), *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Aranzadi, 2001, 1396-1405; J. A. Fernández Campos, “La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida”, en *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, 20 (2002), 35-53; R. M. Moliner Navarro, “La pérdida de la cosa debida”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, 509-527; M. L. Moreno-Torres Herrera, “Arts. 1182-1186”, en P. Liaño (dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil*, t. II, Granada, Comares, 2000, t. II, 2055-2066; J. Roca Juan, “Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del código civil)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico De Castro*, t. II, Madrid, Tecnos, 1975, 521-548; J. Santos Briz, “Arts. 1182 a 1186”, en I. Sierra Gil, *Comentario al Código Civil*, Barcelona, Bosch, 2000, t. 6, 376-388.

13 *Código civil*, [artículo 1156]: “Las obligaciones se extinguen: 1. Por el pago o cumplimiento. 2. Por la pérdida de la cosa debida (...)”.

14 La ausencia de culpa del deudor como criterio de distinción entre la imposibilidad sobrevenida y el incumplimiento opera también en otros sistemas jurídicos como el inglés, en el que cabe diferenciar el *discharge by breach*, derivado de un hecho imputable a las partes, del *discharge by frustration*, que se verifica como fruto de un acontecimiento imprevisible y ajeno a la esfera de control de las partes, y que tiene como efecto convertir la ejecución de una prestación en imposible o ilícita, o bien transformar en inviable la realización del objeto del contrato. G. Alpa, R. Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padua, CEDAM, 1997, pp. 145 y pp. 161-162.

15 *Código civil*, [artículo 1182]: “Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiese o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora”. L. Díez-Picazo, *Prólogo*, p. 13 sostiene que la presencia de ambas condiciones conduce a la figura romana de la *perpetuatio obligationis*,

un simple retraso, sino que se produce, existiendo éste, desde que el acreedor exige, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación¹⁶; lo que supone el traslado al deudor de los riesgos imprevistos, y le coloca ante la ineludible tesitura, ligada a la propia caída en mora, de responder por los daños y perjuicios, incluso cuando la pérdida hubiese sido ocasionada por una incidencia fortuita¹⁷. No se recoge, sin embargo, en nuestro código la excepción admitida en algunos otros, por la cual el deudor resultaría exonerado del cumplimiento si pudiese demostrar que la cosa se habría perdido igualmente estando en poder del acreedor¹⁸. A estos requisitos para la extinción, hay que

si bien la permanencia de la obligación deja de recaer sobre la prestación inicial ya agotada, haciéndolo sobre el valor que ésta hubiera tenido.

16 *Código civil*, [artículo 1100]: “1. Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación”. Este mismo artículo contempla, no obstante, varias excepciones: “2. No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista. 1º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que habría de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación. 3. En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro”.

17 *Código civil*, [artículo 1096.3]: “Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”.

18 Excepción que si era contemplada en el derecho romano postclásico (D. 16, 3, 14, 1 in fine), que asimismo expresa el [artículo 1302.2] del *Code civil* francés, y que también halla acomodo en el *Proyecto de Código civil de 1851* (J. F. Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970, vol. II, apéndice IV, pp. 321-496), [artículo 1160. 4]. “Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se extingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho su entrega; pero esta excepción no aprovechará al deudor que se halle en el segundo caso previsto en el párrafo 2 del artículo 1006”. Igualmente, está presente en otros códigos foráneos como el BGB alemán, [párrafo 287], el *Codice civile* italiano, [artículo 1221.1], o el Código civil portugués, [artículo 807].

No estrictamente en al ámbito de los contratos, sino de los cuasi-contratos, el Código civil, [artículo 1896. 2] sí concede esta posibilidad de liberarse a quien acepta de mala fe un pago indebido: “Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre.

sumar, conforme al tenor del artículo 1185, el de que la obligación no proveniga de un delito o una falta¹⁹. Siendo preciso, además, que la imposibilidad sea absoluta y permanente, no bastando una simple dificultad temporal para el cumplimiento. A su vez, el artículo 1183 añade que siempre que la pérdida se hubiese producido estando la cosa en poder del deudor regirá la presunción *iuris tantum* de que hubo culpa por su parte, y no que fue víctima de un caso fortuito, salvo que existiese prueba en contrario, que tendrá que ser aportada por el propio deudor²⁰. Y, en todo caso, debe interpretarse que estas reglas

No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó”.

19 *Código civil*, [artículo 1185]: “Cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que fuese sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese sin razón negado a aceptarla”. La excepción final, referida a la negativa del acreedor a aceptar el pago que se le ofrece, hay que considerarla tendente a evitar el mantenimiento del deudor en una situación de perpetua responsabilidad por toda clase de riesgos. La exclusión de la deuda procedente de un delito aparecía también, indirectamente, formulada en el *Code civil* francés (*Code civil des français 1804*, edición por J-D. Bredin, París, Dalloz, 2004), [artículo 1302.4]: “De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l’a soustraite, de la restitution du prix”.

20 *Código civil*, [artículo 1183]: “Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096”. El artículo 1096, también referido a las obligaciones de dar, establece en sus apartados 2 y 3: “2. Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor. 3. Si el obligado se constituye en mora, o se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”. Esta presunción *iuris tantum* contra el deudor rige también en otros supuestos específicos. Así, el [artículo 1563] establece que: “El arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya”. El [artículo 1602] dispone: “Responden igualmente los conductores de la pérdida y de las averías de las cosas que reciben, a no ser que prueben que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor”. Y el [artículo 1769.1] señala: “Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura por su culpa”.

La atribución de la carga de la prueba al deudor se deduce a partir de la peculiar eficacia probatoria que, a tenor de los artículos 1250 y 1251 del Código civil, se atribuye a las *presunciones iuris tantum*. Esta prueba a cargo del deudor era ya establecida en relación con el contrato de prenda en las Siete Partidas [V, XIII; XX]: “Como si algunos de aquellos

solamente son aplicables a la cosa específica, pero no a la genérica, en virtud del viejo principio que establece que el género nunca perece (*genus nunquam perit*), lo que, por tanto, comporta que cuando su objeto no está singularizado la obligación no deviene imposible²¹.

Para perfilar el concepto de pérdida, la doctrina tiende a acudir a la descripción contenida en el artículo 1122, que la contempla cuando la cosa perece, queda fuera del comercio o desaparece sin que sea posible recuperarla. A lo que habría que sumar su deterioro “esencial”, por cuanto comporta la desaparición de alguna de sus cualidades más valiosas o de aquellas que animaron a contratar al acreedor²². Esto es, se trata de supuestos de imposibilidad, física y jurídica²³, absoluta, que son también los casos previstos en el artículo 1184 respecto a las obligaciones de hacer²⁴.

que tiene las cosas apeños las pierden, o se empeoran por su culpa las deuen pechar (...) Pero este que tomo la cosa a peños, deue prouar la ocasión, porque dize que se perdió la cosa (...)”.

21 Véase J. Caffarena Laporta, “Genus nunquam perit”, en *Anuario de Derecho Civil*, 35, núm. 2 (1982), 291-356. También, A. De Cossio y Corral, “La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1953, 597-621, y J. L. Moreu Ballonga, “El aforismo *genus nunquam perit* y la doctrina general sobre la obligación genérica”, en *Homenaje al profesor Díez-Picazo*, t. II, Madrid, Civitas, 2003, 2629-2662.

22 M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p 52. Ya en el derecho justinianeo (D. 50. 16. 14. pr.) el deterioro esencial se equiparaba a la pérdida de la cosa debida.

23 Esta dualidad pone de relieve que aunque el código hable de pérdida o destrucción, hay ocasiones en las que la imposibilidad no se relaciona estrictamente con éstas, pues puede derivarse de otros factores como al antijuricidad sobrevenida del comportamiento debido, la incapacidad posterior del deudor o del acreedor para ejercer como tales o la pérdida de la propiedad de la cosa por sentencia judicial o, incluso, como consecuencia de una expropiación forzosa. M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir*, p. 42. A. Cristobal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 26-27. Como señala J. Baraona González, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 66-67, la imposibilidad de ejecución por no ser tenida la cosa o por no encontrarse en el patrimonio del deudor, son verdaderos supuestos de imposibilidad sobrevenida de carácter jurídico, residiendo su razón esencial en el carácter indefinido de la incertidumbre que genera y en la objetiva imposibilidad de pago *in natura* que causan, en tanto que la cosa permanezca en dicha situación.

24 *Código civil*, [artículo 1184]: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”. Algunos autores, J. L. Lacruz Berdejo et alii, *Elementos de derecho civil*, II. *Derecho de obligacio-*

Finalmente, el artículo 1186 atribuye al acreedor las acciones que el deudor tuviera la facultad de ejercer contra terceros por razón de la pérdida de la cosa²⁵. Se trata de la figura que la doctrina ha dado en denominar *commodum representationis*²⁶, cuya justificación entiende ésta que reposa en la intención de no colocar al deudor en una situación aún más favorable que la de quien se libera de la prestación mediante la entrega de la cosa²⁷, pero que, entre

nes, vol. primero, *Parte general. Teoría general del contrato*, segunda ed. revisada por F. Rivero Hernández, Madrid, Dykinson, 2000, p. 189, deducen que el adverbio también implica una remisión a los preceptos anteriores, por lo que hay que interpretar que asimismo se requieren la ausencia de culpa y de mora. Por el contrario, A. M. Morales, *Evolución del concepto de obligación*, p. 23, interpreta que si se prescinde de la mención a la culpa del deudor, se debe a que el Código piensa en causas de imposibilidad ajenas a éste. Respecto a la imposibilidad física de la prestación, el supuesto más claro será el de la muerte o la enfermedad del obligado en el caso de la obligación infungible o personalísima del artículo 1161 del Código civil.

25 *Código civil*, [artículo 1186]: “Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta”. Parece lógico deducir que el precepto es solamente aplicable a las obligaciones de dar con finalidad traslativa y no a las de hacer. Hay que entender, además, que las acciones que le corresponden al acreedor serán solamente las que el deudor tuviese en relación con el acontecimiento que provocó la pérdida. J. L. Lacruz Berdejo et alii, *Elementos de derecho civil*, p. 191. Sobre este precepto interesan: el ya citado trabajo de J. Roca Juan, *Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del código civil)*; A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, pp. 62-72; J. A. Fernández Campos, *La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida*, pp. 43-46; y M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 315-344.

26 Su fundamento reside en la idea de que si, normalmente, el acreedor debe soportar la imposibilidad sobrevenida de la prestación (*incommodum obligationis*), también tendrá derecho a todo lo que se obtenga como resultado del hecho causante de la imposibilidad (*commodum representationis*), tanto cuando proceda del hecho ilícito de un tercero como cuando derive de cualquier acontecimiento que ocasione la imposibilidad. Sobre la misma: A. Cristóbal Montes, “El “*commodum representationis*” del artículo 1186 del Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, núm. 2 (1987), 601-613. L. M. Díez-Picazo Ponce de León, “*Commodum ex negotiatione*”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 60, núm. 4 (2007), 1601-1818.

27 De hecho, la posibilidad de retener todo lo que otros terceros debieran por razón de su participación dolosa o culposa en el acaecimiento de aquella situación causante de la imposibilidad sobrevenida daría lugar a un verdadero enriquecimiento injusto por su parte. A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 62.

otras cuestiones debatibles, plantea una aparente contradicción entre el efecto liberatorio de la obligación predicado en el artículo 1182 y su subsistencia implícita en la pervivencia de las acciones derivadas de los hechos que provocaron la imposibilidad²⁸.

B. Criterios de activación de la responsabilidad

Tenemos, por tanto, que a tenor del artículo 1182, el elemento decisivo para provocar la extinción, o no, de la obligación reside en la ausencia de culpa en el deudor, lo que convierte la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable en un límite seguro a la responsabilidad contractual, debido al efecto liberatorio que produce²⁹. La culpa cabe entenderla referida a la conducta negligente definida en el artículo 1104, que la define como la omisión de aquella diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y adecuada a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, aunque, siguiendo la fórmula tradicional, cuando no se determine la intensidad de la necesaria diligencia que es debida en el cuidado o la conservación de la cosa o en el cumplimiento de la prestación, se tomará como referencia la correspondiente al modelo objetivo y abstracto de comportamiento proporcionado por el buen padre de familia³⁰. Solución que, al escindir de su valoración las aptitudes y

28 Se ocupa extensamente de este precepto M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 315-344, quien sostiene que, a pesar de su aparente sencillez constituye “el precepto más críptico, oscuro e insondable de toda la Sección en la que se inserta” (p. 315), y que interpreta que la única forma de conciliarlo con el artículo 1182 es colegir que: “la obligación no se ha extinguido, de lo único que el deudor se ha liberado es de su deber de entregar al acreedor la prestación inicialmente debida” (p. 322).

29 F. Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 150-226.

30 *Código civil*, [artículo 1104]: “1. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. 2. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”. F. Badosa Coll, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, pp. 33-53, ha puesto de manifiesto la convivencia en este precepto de dos formas de entender la diligencia: una, en referencia a una concreta actividad, jurídicamente calificada como debida (diligencia en la conservación de la cosa cierta debida, artículo 1094, o en el cumplimiento de una obligación, artículo 1104), o como legítima (diligencia en el uso de la cosa arrendada, artículo 1555-2º); la otra, alusiva a un modelo abstracto, el del padre de familia, que señala

actitudes concretas del sujeto, parece clausurar la posibilidad, tan arraigada en la antigua doctrina, de establecer escalas y matices en la culpa del deudor, si bien el artículo 1103 admite que la responsabilidad que proceda de negligencia podrá ser moderada por los tribunales, según los casos³¹. Con todo, indefectiblemente, de haber obrado éste culposamente contraerá la obligación de hacer frente a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, expresamente contemplada en el artículo 1101³². Aunque también

la intensidad del cuidado o atención que se requiere o el tipo de comportamiento que resulta adecuado, con independencia de las aptitudes concretas del sujeto y de su buena o mala voluntad de cumplir. Mientras que dicho modelo, que Badosa considera prevalente, procede del Código civil francés a través del proyecto de Código civil de 1851, el primer párrafo constituye una transcripción, casi literal, del artículo 512 del Código civil argentino de 1869. Por otra parte, la diligencia puede entenderse en un doble sentido: el subjetivo, como predisposición psicológica, esfuerzo o atención en aras de la conservación o promoción del interés del acreedor; y el objetivo, como conducta materialmente identificable. Por otra parte, Badosa ha llamado la atención y ha analizado en profundidad (pp. 661-986) la existencia de una doble acepción del concepto de culpa en el Código civil. De un lado, la que denomina culpa-negligencia, que se identifica con la infracción de una pauta de conducta (art. 1104) y tiene como efecto el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios, con independencia de que la obligación subsista, o no, y del otro, la culpa-hecho propio (arts. 1182, 1135, 1136. 2 y 3, 1147.2), referida a la simple autoría directa o indirecta de la pérdida de la cosa debida, con el resultado, no de crear una nueva obligación, sino de mantener la originaria.

En la interpretación del artículo 1004 se detiene también A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, pp. 104-112, que, en lo tocante a su lectura del párrafo primero se aparta de las tesis defendidas por Badosa, al entender que la intensidad de la diligencia a observar no estará presidida por la “efectiva realización material del cumplimiento debido”(Badosa), sino por el “juego y equilibrio que quepa hallar entre todos los factores implicados en el vínculo”(p. 109). Y que también rebate que el criterio dominante deba ser el que hace abstracción de las peculiares circunstancias concurrentes.

La mención al buen padre de familia está presente, también, en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano o el francés. Sin embargo, esta solución fue rechazada por los redactores del Código civil alemán por considerarla una fórmula vetusta y anticuada. Por ello, en su artículo 276 se prefirió definir la conducta culposa como la desatención de la “diligencia exigible en el tráfico”.

31 *Código civil*, [artículo 1103]: “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

32 *Código civil*, [artículo 1101]: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo,

seguirá atado a su deber de cumplimiento de la obligación devenida imposible, pero todavía subsistente (*perpetuatio obligationis*), si bien, desactivado ya su objeto primigenio y sustituido por su finalidad, sobre lo que ahora este deber recaerá es sobre su precio o equivalente pecuniario³³.

negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”; [artículo 1107]: “1. Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. 2. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”. Esta obligación aparecerá bien directamente, por ser la consecuencia de la imposibilidad no liberatoria, o bien porque, siendo dicha consecuencia la prestación de su equivalente pecuniario (esto es, el precio o valor de la prestación imposible, *aestimatio rei*), la existencia de culpa comportará adicionalmente la obligación de indemnizar, que, no obstante, exige prueba de los daños. J. L. Lacruz Berdejo et alii, *Elementos de derecho civil*, pp. 190-191.

La formulación del artículo 1101 ha merecido, sin embargo, aceradas críticas, como las de A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, pp. 18-19, que lo describe como “una injustificable mezcla de conceptos y situaciones, y la puesta en escena a un tiempo de factores subjetivos y objetivos que, necesariamente, deben acarrear confusión”, señalando, además, que este precepto tiene el inconveniente de que centra el incumplimiento de las obligaciones sobre la conducta dolosa o culposa del deudor, sin advertir que el punto referencial en tema de incumplimiento no es el factor subjetivo del comportamiento del obligado sino el objetivo de la imposibilidad de la prestación.

33 El significado y el alcance de esta *perpetuatio obligationis* ha sido objeto de amplia discusión entre la doctrina, en la que se detiene en detalle M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 264-300, que en la disyuntiva sobre si el objeto imposibilitado es sustituido por la indemnización de daños y perjuicios o por su equivalente pecuniario, se inclina por esta última opción. En su favor acude a lo dispuesto en el Código civil en relación con las obligaciones alternativas, con el juego entre el [artículo 1135]: “1. El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubieren desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. 2 La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible”, y el [artículo 1136]: “1. Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquella hubiese sido notificada al deudor. 2 Hasta entonces las responsabilidades del deudor se regirán por las siguientes reglas: 1ª. Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera. 2ª. Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido. 3ª Si

Por otro lado, obviamente, la presencia del dolo, del que en el ámbito de la responsabilidad no se ofrece perfil delimitador alguno, muy poco aporta respecto a la culpa en cuanto a la magnitud de estas consecuencias³⁴, salvo porque convertirá en indemnizables, no solamente los daños que hubieran podido preverse al tiempo de contraer la obligación, sino todos los derivados del incumplimiento³⁵. Constituyendo, eso sí, un rasgo destacable suyo que la responsabilidad derivada del comportamiento doloso se declara exigible siempre, y, además, taxativamente nulo cualquier pacto consistente en la renuncia al ejercicio de la acción para hacerla efectiva³⁶, aunque lo que sí cabe entender admisible es la renuncia del acreedor al ejercicio de las acciones que le amparan cuando es expresada con posterioridad a la pérdida de la cosa.

todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio. 3. Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles”. Además, el [artículo 1147], que se ocupa de las obligaciones solidarias: “1. Si la cosa hubiese perecido o la prestación se hubiese hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida. 2 Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente”. Y, finalmente, el, ya citado, [artículo 1185]: “Cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida (...)”.

34 *Código civil*, [artículo 1102]: “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”. Por el contrario, si se precisa cuál es su alcance en cuanto vicio del consentimiento contractual, [artículo 1269]: “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Acerca del papel del dolo en la imposibilidad sobrevenida, véase, A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, pp. 77-100.

35 Sin embargo, esta agravación de la responsabilidad no se inscribe propiamente dentro de la esfera de la imposibilidad, sino que es consecuencia del régimen establecido en los citados artículos 1101 y 1107 para el incumplimiento en general. M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 108.

36 *Código civil*, [artículo 1102]. Por el contrario, la responsabilidad nacida de la conducta negligente puede ser moderada por los tribunales, pudiendo entenderse a *sensu contrario*, que al no prohibirse el pacto de exclusión de responsabilidad por culpa, de realizarse éste puede considerarse válido; [artículo 1103]: “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

Si por el contrario, la imposibilidad de realizar la prestación³⁷ procediese de una causa no imputable al deudor, éste no tendrá que responder por el incumplimiento, quedando liberado del deber de indemnizar los daños y perjuicios, salvo que, para el supuesto en cuestión, la ley, expresamente³⁸,

37 Cuestión distinta es que, aunque la prestación siga siendo posible, el equilibrio entre las partes resulte sustancialmente alterado por efecto de factores externos sobrevenidos. Situación que en algunos ordenamientos foráneos da fundamento a la petición de la resolución del contrato. Véase A. González González, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 89-144.

38 Las excepciones previstas por el *Código civil* son heterogéneas. En algunos casos penalizan conductas del deudor consideradas reprobables. Así, el ya citado [artículo 1096. 3] desactiva la exoneración del deudor que “se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas”. Ya hemos hablado, también, de la exclusión, en el artículo 1185, de aquella obligación procedente de delito o una falta. Y el artículo 1896 se refiere al *accipiens* de mala fe que recibe el cobro de algo que sabe que no se le debe: “El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere”.

Distinta es la justificación del supuesto contemplado en el [artículo 1744], fundado en la violación del estatuto posesorio por parte del comodatario, al dar a la cosa un uso diferente al convenido: “Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque esta sobrevenga por caso fortuito”. Pero tampoco comparte esta motivación el [artículo 1745]: “Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad”. Pues aquí no se castiga la infracción de un pacto de uso, sino que se contempla una excepción basada en el mero hecho objetivo de que el objeto del comodato ha sido sometido a una tasación, quizás, por adquirir ésta el carácter propio de una obligación de garantía de la restitución de su valor.

También se presta un tratamiento particular a la necesidad objetiva de custodia en el contrato de depósito. Así, remitiendo al artículo anterior, [1783], que califica como depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones y atribuye a los fondistas y mesoneros la responsabilidad sobre ellos, siempre que los dueños les hubiesen advertido sobre su existencia y observado las prevenciones que estos les hubiesen formulado sobre su cuidado y vigilancia, el [artículo 1784] establece: “La responsabilidad a que se refiere el artículo anterior comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor”. Por tanto, al incluir el caso fortuito, su responsabilidad se agrava respecto al depositario voluntario, que en aplicación del artículo 1182, no habrá de responder ni del acontecimiento fortuito ni de la fuerza mayor. Esta misma

o la voluntad de las partes reflejada en el contenido de la propia obligación, así lo hubiesen dispuesto³⁹. Esto nos coloca ante la intervención de un caso fortuito⁴⁰; es decir, un suceso externo y ajeno al deudor, e independiente de su voluntad, del que se requiere, además, para que surta tal efecto liberatorio, que no fuese previsible o que, previsto, no fuese susceptible de haberse evitado, aun adoptando la debida diligencia⁴¹. Conviene, con todo, precisar que no

solución es aplicada por el [artículo 1601] a los conductores de efectos por vía terrestre o marítima.

Finalmente, en el artículo 1891 se dice: “El gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio”.

39 *Código civil*, [artículo 1105]: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. Del enunciado de este precepto no se desprende, sin embargo, que también se extinga del deber de cumplimiento de la prestación cuando ésta todavía fuese posible, o cuando más tarde volviese a ser posible. A. Carrasco Perera, “Comentario de los arts. 1101, 1102, y 1104 a 1107 C. c.”, en M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, EDERSA, 1989, XV, vol. 1, p. 650. El efecto liberatorio de la imposibilidad no imputable al deudor se produce también en el derecho civil italiano, provocando la extinción de la obligación y la de la contraprestación de la otra parte, comportando, por tanto, la resolución del contrato, y operando esta solución *di diritto*, sin necesidad de promover un juicio. F. Galgano, *Il contratto*, Padua, CEDAM, 2007, pp. 517-518.

40 La vinculación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida cobró una dimensión radicalmente nueva a partir de las tesis de G. Osti, “Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione” en *Rivista di Diritto Civile*, 1918, pp. 209 ss., resumidas en su célebre formulación, según la cual, mientras la prestación sea objetiva y absolutamente posible, el deudor es responsable por el mero hecho del incumplimiento, pero cuando la prestación deviene objetiva y absolutamente imposible, el deudor no será responsable, siempre y cuando esa imposibilidad sobrevenida no sea debida a su culpa. Es decir, la culpa pasaba a ser considerada fundamento de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de la prestación. Esta precisión, comporta, además, que, frente a la tendencia tradicional a identificar la aparición del caso fortuito con la imposibilidad, ahora se defiende un carácter autónomo y perfectamente diferenciado entre ambas nociones. En este sentido, N. Del Olmo Guarido, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones: doctrina y jurisprudencia*, Pamplona, Thompson-Aranzadi, 2004, pp. 161-173, que basa su argumentación en la distinta orientación del artículo 1105, relativo a la exoneración de responsabilidad, y los artículos 1182 y siguientes, que se ocupan de la extinción de las obligaciones.

41 Al respecto, N. Del Olmo Guarido, *El caso fortuito*, pp. 34-39. No obstante, como señala esta misma autora, pp. 42-51, la tendencia más reciente se ha inclinado hacia la búsqueda de criterios objetivos de imputación ante la concurrencia de un caso fortuito.

existe una identidad exacta de contenido entre la imposibilidad sobrevenida inimputable, contemplada en el artículo 1182, y la simple concurrencia de un caso fortuito, recogida en el artículo 1105, ya que ésta no siempre comporta la extinción de la obligación, aunque sí elimina la posibilidad de que el acreedor reclame al deudor una indemnización por los daños y perjuicios causados por este acontecimiento inesperado o inevitable⁴².

Entiende, sin embargo, la doctrina dominante⁴³ que en el código civil no tiene trascendencia normativa la distinción conceptual antiguamente aceptada entre el caso fortuito, normalmente vinculado a la acción de una fuerza o catástrofe natural, y la fuerza mayor, tradicionalmente asociada a la intromisión de un factor externo, o a cargo de un tercero⁴⁴, siendo también habitual que para distinguir entre uno y otro tipo de acontecimiento sobrevenido se les atribuyan, respectivamente, como rasgos distintivos, su carácter imprevisible y su inevitabilidad⁴⁵. Mientras que la nota común contenida en los diversos

42 M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 58-61, subraya que el acontecimiento fortuito tiene un ámbito más amplio que la imposibilidad sobrevenida, ya que puede generar consecuencias diversas sobre la vida de la obligación: 1. Puede nacer incluso antes de la existencia de ésta y ser causa, precisamente, del nacimiento de la obligación. 2. En sentido inverso, también puede impedir que la obligación llegue a ser efectiva antes de ser exigible, como, por ejemplo, si estuviese sujeta a una condición suspensiva. 3. Puede actuar una vez existente la obligación, y en ese caso, puede no afectarla en absoluto, impedir que se cumpla de forma transitoria, o convertir en imposible su cumplimiento. Por el contrario, la imposibilidad sobrevenida tiene como requisito inexcusable la previa existencia de la obligación.

43 No obstante, se han propuesto distintos criterios en los que, supuestamente, estaría fundamentada esta distinción. Una relación detallada de los mismos en M. Calleja, Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 67-72.

44 Por ejemplo, F. Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1889-1912, vol. IV, p. 311, menciona entre las causas ajenas a la voluntad humana: el terremoto, la tempestad, la lluvia, el granizo, la inundación, la alteración natural de las cosas, la enfermedad, la muerte y los hechos de los animales de los que el deudor no sea responsable. En contraste, la fuerza mayor provendría de una acción humana no imputable al deudor, que puede ser legítima, como una disposición del poder público, o ilegítima, como el robo, el secuestro o la guerra.

45 El empleo de ambos términos hace pensar que son intercambiables. Del caso fortuito se habla, por ejemplo, además de en el ya citado artículo 1096.3, en el artículo 1136.2, relativo a la desaparición de una de las opciones en las obligaciones alternativas, y en el también mencionado artículo 1183, y de la fuerza mayor en los artículos 457, referente a la pérdida por el poseedor de buena fe, y 1777, en este caso del depositario. El artículo 1602 exonera al transportista de la pérdida o avería de la cosa, sucedida por caso fortuito o

supuestos en los que esta eventualidad excepcional se contempla es la de que el deudor responderá, también, del caso fortuito siempre que previamente a que éste se produzca hubiese incurrido en una situación ilícita⁴⁶.

C. Atribución del riesgo en las obligaciones bilaterales

Otro aspecto de notoria relevancia, vinculado a la frustración irreversible de la realización de la prestación, es el relativo a la distribución de los

fuerza mayor, pero sin precisar la diferencia entre ambas, y lo mismo sucede en el artículo 1625 respecto a la finca gravada con censo. Algo más preciso es el artículo 1784, que hace al mesonero responsable de la pérdida de los efectos introducidos por los viajeros con la única excepción de que se dé un suceso de fuerza mayor. En igual sentido, el artículo 1905 atribuye a su poseedor la responsabilidad por los daños ocasionados por un animal, aunque se le escape o extravíe, salvo en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa de quien lo sufrió. Algún sector de la doctrina ha defendido que los artículos 1784 y 1905 ofrecen base legal para interpretar que el Código civil opta por la llamada teoría objetiva, estimando la fuerza mayor para los hechos externos a la empresa y el caso fortuito para los producidos en su actividad interna. Por ejemplo, A. Acedo Penco, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 180. Opinión que, tras realizar un detenido examen de todos estos preceptos, no comparte A. Cristóbal Montes, *El cumplimiento de las obligaciones*, pp. 154-174, si bien entiende que ambos conceptos no comparten idéntico significado. N. Del Olmo Guarido, *El caso fortuito*, pp. 221-242 considera que esta distinción es jurídicamente irrelevante.

Solamente el artículo 1575, parece hacerse eco de la antigua diferencia, al establecer consecuencias diversas para el arrendatario en función de que los menoscabos padecidos por la tierra arrendada deriven de casos fortuitos ordinarios o extraordinarios (incendio, guerra, peste, inundación, langosta, terremoto o cualquier otro suceso desacomunado y racionalmente no previsible). Pero la concesión, en este último caso, de una rebaja de la renta no depende de la existencia de culpa, o no, del deudor, en el cumplimiento de su obligación, sino de la imprevisibilidad del hecho que causa esos daños o pérdidas. Sobre la presencia de ambas figuras en el Código civil: I. Díaz de Lezcano, *El caso de fortuito y la fuerza mayor en el Código civil*, Santa Cruz de Tenerife, Consejería de la Presidencia, 1990; F. Soto Nieto, *El caso fortuito y la fuerza mayor: los riesgos en la contratación*, Barcelona, Nauta, 1965. Un repaso a las diversas teorías acerca del fundamento de la distinción entre uno y otra en M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 67-72.

46 Estas situaciones ilícitas pueden resumirse en tres categorías: a) mora del deudor (artículos 1182 y 1096.3); b) doble disposición de la cosa (artículo 1096.3); c) deuda de cosa cierta e indeterminada procedente de delito o falta. Como hemos señalado, hay otros preceptos del Código civil en los que se impone al deudor la responsabilidad por el caso fortuito.

perjuicios derivados de la pérdida de la cosa específica debida antes de la consumación del contrato; esto es, la determinación de cómo se resuelve la adjudicación de los riesgos en las obligaciones sinalagmáticas, que están caracterizadas por ser mutuas, principales y dependientes la una de la otra⁴⁷. Pues en las obligaciones unilaterales la inviabilidad sobrevenida fortuita no supone alteración o agravamiento alguno de la situación del deudor, siendo el acreedor el que sufre siempre un menoscabo patrimonial, debido a la desaparición del derecho de crédito que le correspondía (*periculum est creditoris*). Pero la situación planteada respecto a las obligaciones bilaterales presenta dificultades que el propio enunciado de los artículos 1182 y 1186 no ayuda a esclarecer, al proclamar el efecto extintivo de la imposibilidad sobrevenida sin precisar si su alcance se circunscribe a la prestación devenida irrealizable del deudor o si se proyecta, también, a la contraprestación del acreedor.

Conviene distinguir, empero, entre la dimensión puramente obligacional de la problemática generada por la imposibilidad sobrevenida y su repercusión sobre el plano real, esto es, respecto a la propiedad de las cosas debidas o los derechos extinguidos por causa suya. Dos esferas que tienden a confundirse cuando el contrato tiene efectos reales e implica la transmisión de la propiedad de su objeto al acreedor. Sin embargo, tradicionalmente la doctrina ha considerado evidente que, al margen de que se trate de un vínculo contractual unilateral o bilateral, las cosas parecen siempre para su dueño (*res perit domino*), sin que esta certeza se vea alterada en función de quién sufre el riesgo contractual. No obstante, algunos autores han vinculado al interés en hacer aplicable este principio al contrato de compraventa la adopción en el código civil francés y en otros ordenamientos posteriores de un sistema de traspaso de la propiedad por el mero consentimiento⁴⁸, convirtiendo así

47 Acerca de esta cuestión, entre otros: M. Alonso Pérez, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, Montecorvo, 1972; F. Capilla Roncero, “Riesgo (Derecho Civil)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, tomo IV, 6021-6024; R. M. Roca-Sastre, “La venta de cosa ajena. El riesgo en el contrato de compraventa”, en J. Puig Brutau- R. M. Roca-Sastre, *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, tomo I, *Obligaciones y contratos*, pp. 363-384.

48 Entre quienes han suscrito esta explicación del cambio del sistema de transmisión de la propiedad como una medida en favor de la sostenibilidad de la teoría de los riesgos, A. Bergamo, “El riesgo en el contrato de compraventa”, en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, Colegio Notarial, 1947, 157 ss., p. 160; C. Rogel Vide, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975, p. 170; y G. Alcover Garau, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e inter-*

al comprador en propietario, al margen de la materialización de la entrega de la cosa⁴⁹. Esta postura ha encontrado, sin embargo, una fuerte oposición, sustentada en diversos argumentos⁵⁰. Si bien, la objeción principal ha residido en la inexactitud que supone plantear la cuestión de los riesgos en su dimensión jurídica real, ya que parece incuestionable que la desaparición de la cosa afecta siempre a su propietario o titular de cualquier otro derecho de esta naturaleza, por lo que lo auténticamente determinante son los efectos obligacionales del contrato⁵¹.

En las obligaciones bilaterales, la cuestión esencial estriba, pues, en decidir si la imposibilidad sobrevinida libera únicamente al deudor de la prestación afectada o si repercute también en la suerte de la prestación recíproca; siendo, por tanto, el interrogante principal que se plantea el relativo a si acreedor de la obligación de cumplimiento devenido en irrealizable continúa sometido a la exigencia de cumplir la suya, aun sabiendo que nunca podrá recibir la contraprestación. En este sentido, si se hace recaer el riesgo sobre el deudor, no pudiendo cumplir éste su prestación tampoco recibirá la recí-

nacional, Madrid, Civitas, 1991, p. 34. Tomo estas referencias de M. Linacero de la Fuente, *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1452 del Código civil*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2007, pp. 42-44.

49 La atribución del riesgo al comprador, por ser equiparado al propietario en virtud de la simple consolidación del contrato, fue consagrada en el Código civil francés (artículos 1138 y 1583), y está presente en el Código Civil italiano de 1865 (artículos 1125 y 1448), el Código civil italiano de 1942 (artículos 1465 y 1376), el Código civil portugués de 1867 (artículos 715, 717 y 1550), el Código civil portugués de 1966 (artículos 796, 874 y 918) y el Sale of Goods Act de 1979. Un análisis más detallado en M. Linacero de la Fuente, *Los riesgos en el contrato de compraventa*, pp. 44-45.

50 Por ejemplo, la aplicación del criterio de la propiedad se ha entendido, generalmente, como inadecuado en el ámbito del comercio internacional. Así lo han subrayado G. Alcover Garau, *La transmisión del riesgo*, pp. 82-87, y F. Oliva Blázquez, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 30-31. M. Linacero de la Fuente, *Los riesgos del contrato de compraventa*, pp. 46-47, cita también a otros autores como G. Bernini, J. Dellacollette y C. Angelici.

51 Así, M. Alonso Pérez, *El riesgo en el contrato de compraventa*, p. 261, y J. Pintó Ruiz, "Resolución del contrato y la regla "periculum est emptoris", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 74 (1975), 693-750, p. 702. M. Linacero de la Fuente, *Los riesgos del contrato de compraventa*, pp. 49-51 defiende que el *periculum* lo soporta el vendedor hasta el momento del cumplimiento de la entrega, proponiendo algunas claves correctoras frente a la aplicación de la máxima *res perit domino* en materia de riesgos.

proca de su acreedor, de manera que mantiene intacto su patrimonio, ya que la pérdida de su derecho de crédito se ve compensada por la no realización de su propia obligación. Si, por el contrario, el riesgo se traslada al acreedor, su posición deviene en menos favorable, pues se encontrará empujado a efectuar su contraprestación a pesar de no obtener la prestación prometida por su deudor ni las ventajas o lucros que le hubiera reportado su cumplimiento, con lo cual su disminución patrimonial simultáneamente acrecerá a su deudor-acreedor, para quién el resultado será igual al que se hubiera producido en el caso de que el contrato se hubiera cumplido en todos sus términos.

No existe, con todo, en nuestro ordenamiento civil, pronunciamiento explícito alguno que permita discernir con plena certeza si la inviabilidad ulterior de una de las prestaciones debidas en la obligación bilateral acarrea automáticamente la extinción de su contraprestación, como han pretendido algunos autores, por considerar injusto el mantenimiento en estas circunstancias de la vinculación contractual⁵². Hay que partir, sin embargo, del presupuesto de que el criterio primordial para la atribución del *periculum obligationis* reposa en la propia voluntad de las partes. De tal modo que el problema sólo aflora cuando los contratantes no han previsto la posibilidad de que alguna de las prestaciones se convirtiera en imposible o, aunque haciéndolo, no han señalado sobre quién de ellos recaerían sus consecuencias⁵³. Pero, en ausencia de dicha previsión convencional, falta disponer de alguna fórmula legal específica en la que apoyarnos para solventar esta cuestión.

Es cierto, no obstante, que al dictar la extinción de la obligación del deudor por concurrencia de una causa no imputable al mismo, el artículo 1182 -como hemos anticipado- parece reducir su alcance a la relación obligacional unilateral, ya que en el caso de aludir también a la de carácter bilateral, lo lógico es que el codificador hubiese precisado expresamente si este efecto liberatorio se proyecta, o no, a la obligación del acreedor. Aunque, cabe pensar que no hay razón para deducir su desaparición, pues en ella no confluyen las circunstancias especiales que amparan la de su correspondiente. A lo que algunos autores han añadido el argumento de que el artículo 1156, al seña-

52 Defienden la liberación automática de la contraparte F. Jordano Fraga, “¿Unas nuevas bases de la responsabilidad contractual? (Réplica cordial)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 47, núm. 2 (1994), 325-340, pp. 327-329, y R. Álvarez Vigaray, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 1986, pp. 156-157.

53 La prevalencia de la previsión realizada por las partes es reconocida, también, en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, el italiano. Véase G. Alpa, *Corso di diritto contrattuale*, Padua, CEDAM, 2006, pp. 146-147.

lar las causas de extinción de las obligaciones, no incluye alusión alguna a la posibilidad de que la extinción de una obligación pueda producir la de otra⁵⁴. Como también se ha aducido que la adjudicación al comprador del provecho obtenido de la cosa vendida, lo que incluye sus frutos y accesiones, desde que se perfecciona el contrato⁵⁵ convierte en razonable que también deba correr con los riesgos⁵⁶. Hay, además, un sector doctrinal que ha encontrado apoyo en el controvertido⁵⁷ artículo 1452, referido a la compraventa, para sostener

54 Entre ellos, R. M. Roca Sastre, *La venta de cosa ajena*, p. 394. Sin embargo, frente a esta tesis, cabe objetar que, como se ha puesto de manifiesto, el artículo 1156 no establece un *numerus clausus* de causas de extinción, sino que, simplemente, tiene un propósito de sistematización: R. Bercovitz, “Comentario de los artículos 1156 a 1162 C. c.”, en C. Paz-Ares, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo, P. Salvador Coderch, *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, II, pp. 162-163.

55 Este principio había sido ya consagrado en el *Digesto* (D. 18, 6, 7, pr.) y en las *Siete Partidas* [V, V, XXIII]: “A quien pertenesce el pro, o el daño de aquello que es vendido si se mejor, o se empeora (...) ca quanto quier que se mejorasse la cosa, después que la vendida sea complida en estas maneras sobre dichas o en otras semejantes dellas, toda la mejoría será del comprador. Ca guisada cosa es, que como a el pertenesce el daño, segund diximos, si la cosa se perdiessse, o se empeorasse, que le pertenesca otro si la mejoría que en ella viniere”. En el *Código civil* su vigencia puede colegirse del [artículo 1095]: “El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada”, y el [artículo 1452.1]: “El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182”.

56 En este sentido, según R. M. Roca-Sastre, *El riesgo en el contrato*, pp. 394-395, la atribución del riesgo al comprador tendría adecuada contrapartida en la asignación en su favor de los beneficios de la cosa, su subrogación en las acciones que correspondan al deudor frente a terceros, la imputación al vendedor de la prueba del caso fortuito y la exigencia impuesta al mismo de custodiar la cosa con la diligencia un buen padre de familia. Pero a la validez de este argumento se opone M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 403, que señala que, por ejemplo, en muchas ocasiones, los bienes objeto del contrato no son susceptibles producir frutos o mejoras.

57 De este precepto se ha dicho que es una norma confusa y de difícil entendimiento (A. López y López, “Artículo 1452”, en *Comentario del Código civil*, T. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, 895-898, p. 895), de confusa inteligencia por la disposición y redacción de los párrafos y por las citas de los preceptos a los que alude (M. Alonso Pérez, *El riesgo en el contrato de compraventa*, p. 267), y que, en realidad, de su tenor puede deducirse tanto el principio “res perit emptoris” como su contrario (A. De Cossío Corral, “Los riesgos en la compraventa civil y mercantil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, 337-399, p. 366). Véase J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al com-*

la tesis de que el riesgo recae sobre el acreedor/comprador también en los contratos bilaterales⁵⁸. Aunque, en contraste, también otro notable grupo de civilistas ha coincidido en someter a revisión esta arraigada teoría⁵⁹, señalando la existencia de importantes excepciones a este régimen general⁶⁰. Incluso,

prador: la máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 45.

58 *Código civil*, [artículo 1452]: “1. El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182. 2. Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. 3. Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado o contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora”. En dicho sentido, M. Alonso Pérez, *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 139 y 322-323, y “Periculum est emptoris”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31 (1961), 363-388. Según esta lectura, lo decisivo en la transferencia de los riesgos es la conversión de la obligación genérica en específica, con independencia de que se haya producido, o no, la entrega, mientras que en las específicas los riesgos pesarán sobre el comprador desde el principio.

59 Postura ya avanzada en su día por A. De Cossío Corral, *Los riesgos en la compraventa civil y mercantil*, pp. 366 y 371. L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, Civitas, 1970, pp. 343-344, ha matizado que la interpretación clásica sólo debe aplicarse en los supuestos de deterioro, pero no en los de pérdida. También han puesto objeciones J. Pintó Ruiz, *Resolución del contrato y la regla “periculum est emptoris*, pp. 693-750; C. Rogel Vide, *La compraventa de cosa futura*, p. 189; M. Albaladejo, *Derecho civil*, II, 11ª edición, Barcelona, 2002, p. 527. Aunque más rotundo es el rechazo frente a este principio de M. Linacero de la Fuente, *Los riesgos en el contrato de compraventa*, pp. 31-41, que analiza en detalle este artículo en pp. 67-107. Igualmente, M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, que afirma que de la lectura de este precepto puede extraerse la conclusión de que no se trata, en absoluto, de una norma clara que establezca indiscutiblemente la atribución del riesgo al comprador (p. 381), y que se extiende en su análisis en las pp. 380-390. Sobre esta cuestión, véase también A. González González, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, p. 152.

60 Recientemente se ha ocupado monográficamente del problema el ya citado J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador: la máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, quien entiende que frente a la regla general contenida en el artículo 1452.1, se dan una serie de excepciones en los artículos 1452.2, 1453 y 1122, y que (p. 182) deberá mantenerse el criterio de atribución al comprador en todos aquellos casos en los que la dilación de la entrega se efectuó a su favor, y rechazarse cuando existan impedimentos que imposibiliten que el vendedor pueda satisfacer su obligación de hacer la entrega. De tal modo que la solución a este problema habrá de basarse en un examen casuístico de cada uno de los supuestos planteados en la práctica.

se ha sostenido que mientras que los riesgos del menoscabo los soporta el comprador, los de la destrucción son del vendedor⁶¹.

Tampoco si acudimos a otros ordenamientos extranjeros encontramos un régimen uniforme, que pueda servirnos de orientación. Así, el artículo 1302 del *Code civil* francés ofrece una respuesta ampliamente coincidente con nuestro artículo 1182, lo que hace pensar que éste buscó en aquél su inspiración⁶². Además, las soluciones casuísticas contenidas en los artículos 1722, 1744, 1788 y 1790 permiten inferir que con carácter general rige el principio de que en los contratos bilaterales la extinción de la obligación de una de las partes por causa extraña no imputable al deudor comporta el simultáneo decaimiento de la obligación de la contraparte. Por el contrario, en el BGB alemán sí se aborda el problema, ofreciéndose la solución de liberar al acreedor de la prestación que se ha convertido en imposible por causa fortuita de la realización de su propia prestación, y concediéndole el derecho de reclamar su restitución, si ya la hubiese cumplido⁶³; precisándose en otro punto, en

61 M. Albaladejo, *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, 11 edición, actualizada por F. Reglero Campos, Madrid, Bosch, 2002, p. 531.

62 *Code civil* francés. Inserto en la sección VI del capítulo V del título III del libro III, bajo la rúbrica “De la Perte de la chose due”, el [artículo 1302. 1] dice: “Lorsque le corps certain et déterminé qui était l’objet de l’obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu’on en ignore absolument l’existence, l’obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu’il fût en demeure”. Todo indica, por tanto, que tampoco los redactores del Código de Napoleón tomaron en consideración la situación generada en las obligaciones bilaterales, limitándose a regular los problemas, más sencillos, planteados por las unilaterales. No obstante, con carácter más general, sin mediación de circunstancias fortuitas, el artículo 1138, establece, aparentemente como excepción para los contratos sinalagmáticos, el principio de *res perit domino*: “la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. Por éste, el acreedor queda propietario y los riesgos de la cosa se le imputan desde el momento en que debió ser entregada aun cuando la tradición no se haya efectuado”. Un estudio general sobre el sistema de atribución de los riesgos en el derecho francés, F. Millet, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, París, LGDJ, 2001 y A. C. Martin, *L’imputation des risques entre contractans*, París, LGDJ, 2009.

63 Dentro del Libro II del BGB, dedicado a las obligaciones, Sección II, relativa a las obligaciones contractuales, Título II, centrado en los contratos bilaterales, el párrafo 323 se ocupa de la imposibilidad de la que ninguna de las partes es responsable, estableciendo, en sus párrafos segundo y tercero: “Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación;

referencia a la compraventa, que solamente por la entrega de la cosa vendida pasan los riesgos de su pérdida accidental al comprador⁶⁴. El Código civil italiano de 1942 se alinea también con esta postura, al trasladar el riesgo íntegramente al deudor, ya que la pérdida sobrevenida del objeto de su prestación le acarrea la expiración del derecho a recibir o a mantener la contraprestación de su acreedor⁶⁵. Y esta misma es, finalmente, la opción abrazada en el Código de las obligaciones suizo⁶⁶ y en el Código civil portugués de 1966⁶⁷.

No descubrimos por tanto, elemento alguno en el Código civil que permita rebatir la conclusión de que la imposibilidad sobrevenida de la realización de una de las prestaciones dentro de la relación bilateral no comporta la desactivación de la recíproca. Pues no existe, además, norma alguna que así lo establezca con carácter general. Aunque no han faltado intentos doctrinales

siendo parcial la imposibilidad, se aminora la contraprestación de confirmación con los parágrafos 472 y 473. (...) Siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones, lo pagado puede ser repetido según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto”.

64 El parágrafo 446 señala: “Solamente por la entrega de la cosa vendida pasan al comprador los riesgos de la pérdida y el deterioro fortuito”

65 Curiosamente, en el *Código civil* italiano este asunto es abordado en dos lugares diferentes. Con carácter general, la imposibilidad sobrevenida es tratada como un modo de extinción de las obligaciones distinto del cumplimiento en la Sección V, del Capítulo IV, del Título I, del Libro IV, que con la rúbrica *De la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor*, comprende los artículos 1256 a 1259, aunque en ellos solamente se adopta la perspectiva de las obligaciones unilaterales. De forma más específica, la Sección II, del Capítulo XIV, del Título II, del Libro IV, también rotulada *De la imposibilidad sobrevenida*, abarca los artículos 1463 a 1466, siendo el primero el que marca la pauta, al establecer: “En el contrato con prestaciones corresponsivas, la parte liberada por la sobrevenida imposibilidad de la prestación debida no puede exigir la contraprestación, y debe restituir la que ya hubiera recibido, según las normas relativas a la repetición de lo indebido”.

66 Su [artículo 119] establece: “La obligación se extingue cuando la ejecución se hace imposible a consecuencia de una circunstancia no imputable al deudor. En los contratos bilaterales el deudor así liberado está sujeto a restituir, según las reglas del enriquecimiento sin causa, lo que él haya recibido y no puede reclamar lo que se debe. Se exceptúa el caso en el que la ley o el contrato pongan los riesgos a cargo del acreedor antes de que la obligación sea ejecutada”.

67 Lo hace en su [artículo 795.1]: “Cuando el contrato bilateral de una de las prestaciones se torna imposible, queda el acreedor liberado de la contraprestación y tiene el derecho, si ya la hubiera realizado, de exigir su restitución en los términos prescritos para el enriquecimiento sin causa”.

de construcción de una auténtica teoría de los riesgos, sobre la base de un procedimiento de autointegración de las propias disposiciones del Código, y conducente a la tesis opuesta; es decir, la vigencia como criterio uniforme de la regla *periculum est debitoris*, con la consiguiente liberación del acreedor⁶⁸.

D. Efectos de la pérdida sobre el deber de restitución

El sistema de la atribución de los riesgos nos conduce asimismo a tomar en consideración cuál es el régimen que disciplina el deber de restitución en el caso de acaecer la pérdida de la cosa. Lo que lleva a plantearse la cuestión previa de si cabe la posibilidad de activar la facultad resolutoria cuando la cosa perece en manos del contratante que sí ha cumplido su prestación y está legitimado para ejercerla. Un problema para el que no ofrece solución explícita nuestro código civil, donde hallan amparo argumentos en favor tanto de la extinción como del mantenimiento de la facultad resolutoria, al igual que tampoco hay respuesta concluyente acerca de sí en el caso de permanecer su derecho a resolver el contrato, el contratante cumplidor queda exonerado de la obligación de restitución, tanto si la cosa se perdió por su culpa como si se debió a un hecho fortuito, o si bien sigue ligado a dicha obligación, aunque convertida ahora en una restitución por equivalente⁶⁹.

Pero, al margen de la peculiaridad de este supuesto, el análisis de la situación creada respecto a la obligación de restitución por la desaparición o

68 El más exhaustivamente fundamentado de estos intentos, el protagonizado por M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplimiento de los contratos*, pp. 367-517. Con argumentos distintos, también optaba por esta interpretación A. González González, *La resolución como efecto del incumplimiento*, p. 157, que acudía al principio de correlatividad de las obligaciones bilaterales consagrado en el artículo 1100.

69 M. J. Monfort Ferrero, *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos del dominio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 225-231, entiende que la respuesta debe ir en consonancia con el efecto resarcitorio, de tal modo que si le reconociese el derecho al resarcimiento, lo lógico es que también deba cargar con los riesgos del perecimiento de la cosa. El tema de la viabilidad de la acción de resolución por imposibilidad sobrevenida no imputable conforme al artículo 1124 del Código civil es detenidamente tratado, en defensa de su opinión favorable, por M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplimiento de los contratos*, pp. 466-492, que propone el contrato de arrendamiento como ámbito en el que tiene cabida su aplicación, en virtud de una interpretación conjunta de los artículos 1568, 1563, 1561 y 1564 del código civil.

el deterioro de la cosa lleva a diferenciar entre si este hecho se produjo antes de cumplirse la condición fijada, o habiéndose producido el incumplimiento, aunque sin haberse optado aún por la resolución, o bien una vez resuelto el contrato y habiendo nacido la obligación de restituir, siendo de aplicación a este segundo momento las reglas generales de la doctrina de los riesgos. Sin embargo, en relación con el primero tampoco ofrece el código una solución explícita, si bien cabe distinguir, como lo hace el artículo 1122, referido a la condición suspensiva, tanto para la pérdida como para el menoscabo, si existió, o no, culpa del deudor de la obligación de restitución, o lo que es lo mismo, si la pérdida es imputable a quien tenía la cosa en su poder, ya se trate de la parte que cumplió o de la que incumplió el contrato⁷⁰. En este sentido, el apartado primero del artículo 1122 señala que si no concurriese culpa del deudor “quedará extinguida la obligación”, no resultando claro, sin embargo, si solamente se extingue la obligación de aquél en cuyo poder desapareció la cosa, lo que traslada el riesgo al comprador-acreedor, o si son ambas obligaciones las que perecen, transmitiendo, así, el riesgo al vendedor-deudor⁷¹. Por aplicación de la remisión del artículo 1123 al 1122, esta misma solución es trasladable a la condición resolutoria expresa, pero invirtiendo la posición de los sujetos⁷². Y puede suceder, también, que la cosa pereciese después de haber sido entregada al comprador, pero antes de que éste hubiese pagado su precio, siendo, por tanto, todavía factible ejercer la facultad resolutoria⁷³.

70 *Código civil*, [artículo 1122]: “Cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar, se observarán las reglas siguientes, en el caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore pendiente la condición: 1º Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. 2º Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios (...). 3º Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor. 4º Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos. 5º Si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor. 6º Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario”.

71 M. J. Monfort Ferrero, *La restitución en la resolución por incumplimiento*, pp. 232-238.

72 Es decir, si se interpreta que sólo se extingue la obligación de quien ha perdido la cosa, el riesgo pasa al vendedor-acreedor, mientras que si fuesen ambas lo sufrirá el comprador-deudor. M. J. Monfort Ferrero, *La restitución en la resolución por incumplimiento*, pp. 238-244 se inclina por la primera de estas soluciones.

73 Ante estas circunstancias, caben cuatro posibilidades: la parte que tenía en su

Finalmente, puede ocurrir que la pérdida se haya producido por culpa del deudor de la restitución, estableciendo, en este caso, el artículo 1122.2 su obligación de procurar el resarcimiento de los daños y perjuicios, aunque no se precisa si, al mismo tiempo, se extingue o se mantiene la obligación de restitución.

En los márgenes ya del ámbito de estudio de este trabajo, aunque claramente conexo y digno, al menos, de una breve referencia, queda, en fin, el supuesto relativo a la pérdida -que imposibilita que se haga *in natura*- de la cosa objeto del deber de restitución derivado de la declaración de nulidad del contrato. Circunstancia ante la que el artículo 1307 del Código civil impone la obligación de devolver el valor de la cosa en el momento de su desaparición, junto a los frutos hasta entonces percibidos y los intereses acumulados⁷⁴. Hay que destacar, sin embargo, que, dejando fuera aquellos contratos que comportan únicamente la transferencia de la posesión (arrendamiento, comodato...), pero no de la propiedad, y que, consecuentemente, crean un reforzado deber de diligencia que asegure la devolución de la cosa, del enunciado de este precepto se desprende que, en aquellos que implican la transmisión del dominio, con su modelo en la compraventa, el restablecimiento de la situación inicial se encomienda a la entrega de su equivalente, con independencia de si medio buena o mala fe por parte del obligado a la restitución, o de si se perdió por caso fortuito o por negligencia del poseedor⁷⁵. Aunque, en aplicación del artículo 1314, la existencia de dolo o culpa por parte de aquél de los contratantes habilitado para ejercitar la acción de nulidad sí supondrá la extinción de esta facultad, lo que no sucederá, en el caso de pérdida, cuando la causa de la acción fuese la incapacidad de una de las partes⁷⁶.

poder la prestación perdida queda liberada de la restitución; ninguna de las partes debe restituir; sólo restituye la parte incumplidora; ambos contratantes deben restituir. M. J. Monfort Ferrero, *La restitución en la resolución por incumplimiento*, pp. 247-254, entiende que la solución más favorable para el contratante cumplidor y más justa para el incumplidor es la de que uno restituya la prestación que recibió y el otro su equivalente dinerario.

74 Código civil, [artículo 1307]: «Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha».

75 C. López Beltrán de Heredia, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995 (segunda edición, 2009), pp. 107-108. Un detallado análisis de los problemas interpretativos planteados por el artículo 1307 en pp. 109-132.

76 *Código civil*, [artículo 1314]: “1. También se extinguirá la acción de nulidad de

III. Configuración de su régimen jurídico en el derecho romano

A. Naturaleza y límites de la responsabilidad contractual

El estudio de la delimitación de la esfera de la responsabilidad contractual en el derecho romano presenta aspectos de una extraordinaria complejidad⁷⁷. No en vano, la extensa casuística recogida en la codificación justiniana fue tomada como punto de partida por los juristas del *ius commune* y los posteriores, sobre todo los adscritos a la denominada corriente pandectística, en su intento por sistematizar la problemática vinculada al riesgo contractual y a la imputabilidad del daño ocasionado por la falta de cumplimiento de la obligación.

Obviamente, la primera cuestión que hay que despejar en cada situación es la de si el incumplimiento de la obligación ofrece fundamento para activar sus mecanismos, en función de que la causa de la inviabilidad de la prestación sea imputable al propio deudor o bien ajena a su voluntad⁷⁸, lo que, salvo en determinados supuestos, que analizaremos, le reportará un beneficio liberatorio siempre que al sobrevenir esta imposibilidad no hubiese incurrido ya en una situación de mora. Lógicamente, el supuesto más común de prestación devenida en imposible es el derivado de la pérdida o perecimiento de

los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella. 2. Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad”. La interpretación de este precepto ha dado lugar, sin embargo, a un intenso debate doctrinal. Lo analiza C. López Beltrán de Heredia, *La nulidad contractual*, pp. 133-145.

⁷⁷ Como referencia general sobre tan compleja cuestión, C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nell diritto privato romano. Materiali per un corso di Diritto Romano*, Catania, Librería Editrice Torre, 1996. También, del mismo autor, “Responsabilità contrattuale nel diritto romano, medievale e moderno”, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, XVII, Turín, 1998, 66-82. Además, H. Ankum, “La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano”, en F. Milazzo (a cura), *Diritto romano e terzo millennio. Radice e prospettive dell’esperienza giuridica contemporanea*, Roma-Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, 135-152; I. Molnár, *Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts*, Szeged, 1998.

⁷⁸ Si su desencadenante han sido circunstancias ajenas al deudor, este podrá acogerse a la conocida fórmula de Celso, según la cual, a lo imposible no está obligado nadie (D. 50, 17, 85).

la cosa que constituía su objeto, no interesándonos aquí los casos en los que el cumplimiento se hace simplemente más o, incluso, extraordinariamente complicado. Como tampoco encaja en nuestro ámbito de análisis la imposibilidad inicial de la prestación, ya que, entonces, en realidad no llega a nacer la obligación.

Centrándonos, pues, en la esfera de la responsabilidad, las enormes dificultades que plantea adentrarse en esta intrincada temática resultan acentuadas, además, por la notable variedad de soluciones ofrecidas por los juristas clásicos en función de los diferentes tipos de acciones asociados a las diversas modalidades de contratos⁷⁹. Tenemos, en este sentido, que cuando se trata de las acciones *in ius di stretto diritto*, vinculadas a la entrega de una cosa determinada, *certa res*, en el caso de que se produzca una posterior imposibilidad objetiva de hacerla efectiva, si esta situación derivase de una causa que resulte imputable al deudor, la obligación se perpetúa. Rige, por tanto, el viejo principio *si per debitorem steterit quo minus daret, perpetuatur obligatio*, que los juristas republicanos reformularon después como: *mora debitoris perpetuant obligationem*⁸⁰. Es decir, cuando la inviabilidad de la transmisión pueda ser atribuida a un comportamiento positivo, un acto consciente del deudor, *factum debitoris*⁸¹, y con independencia de que el efecto dañoso hubiese sido más o menos querido, en virtud de esta suerte de ficción, sobre dicho

79 H. Ankum, *La responsabilità contrattuale*, pp. 137-141.

80 La regla se recoge en un célebre pasaje de Paulo (D. 45, 1, 91, 3), que hace referencia a su formulación original por los juristas antiguos. Sobre esta cuestión, C. A. Cannata, “*Perpetuatio obligationis*”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 4 (1992), pp. 49-56. Esta perpetuación de la obligación ha sido definida por algún autor (R. Zimmermann) como una verdadera ficción. No obstante, A. Di Majo, “*Diligenza e buona fede nella responsabilità contrattuale*”, en F. Milazzo (a cura), *Diritto romano e terzo millennio*, 153-170, p. 155, sostiene que esta construcción iba a sufrir una profunda modificación porque en el juicio pretorial fundado sobre la *buona fede* el pretor ordenaba al juez identificar, en relación con los hechos deducidos en juicio, a aquél que debiese ser demandado y condenarlo a una suma correspondiente a lo que debiese dar o hacer. De este o modo, ya no era necesario utilizar la figura de la *perpetuatio obligationis* porque la fórmula del cumplimiento se encargaba de establecer los contornos de la responsabilidad. Interesa también, A. Torrent, “*Culpa debitoris-imposibilidad sobrevenida-perpetuatio obligationis*”, en *Anuario da Faculdade de Direito de Universidade da Coruña*, 10 (2006), 1169-1194.

81 Existen dudas, sin embargo, acerca de si la responsabilidad alcanza a quien realiza el acto positivo desconociendo que se ha convertido en deudor. Cuestión planteada en D. 45, 1, 91, 2; D. 12, 6, 65, 8; D. 39, 6, 39; D. 30, 112, 1.

deudor seguirá pesando el deber de realizar su prestación⁸². Persistencia de la obligación que la hace transmisible a sus herederos y a los del acreedor, y que, por añadidura, puede convertirle en sujeto de un procedimiento ejecutivo, si bien éste representa siempre un remedio extremo, que el deudor podrá evitar mediante el cumplimiento a través del pago del equivalente pecuniario (*aestimatio*), del valor de la cosa debida y devenida en inexistente⁸³, que es tomado en su medida común para cualquier persona, *quanti ea res est*⁸⁴. Fuera de esta regla queda, sin embargo, el supuesto de que el objeto de la prestación consista en una suma de dinero o en otra cosa distinta especificada por su cantidad, ya que en tal supuesto, en aplicación del mencionado principio *genus non perit*, dicha prestación nunca puede hacerse imposible, al ser el impedimento natural el único dotado de eficacia extintiva. Como tampoco parece, al menos en su origen, que al deudor se le hiciese responsable cuando la imposibilidad sobrevenida fuese provocada por una omisión suya⁸⁵.

82 La relación obligatoria que se perpetúa no tiene, con todo, la misma naturaleza que la originaria, ya que ahora el cumplimiento ha devenido en imposible. Se trata de un recurso en beneficio del acreedor que no busca procurarle la satisfacción inicialmente prevista, sino una prestación sustitutiva, un resarcimiento. En tanto que para el deudor ha desaparecido la opción de su liberalización, ya que la relación ha dejado de estar a su disposición. La posición del deudor ha pasado, pues, de estar vinculada a una obligación a entrar en el terreno de la responsabilidad. C. A. Cannata, “La responsabilità contrattuale”, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, 143-178, pp. 149

83 Esta posibilidad concedida al deudor ilustra como en el derecho romano la mora no es considerada como una *culpa debitoris* susceptible de acarrear la responsabilidad contractual del incumplidor. Lo corroboran tanto el recurso que le asiste de realizar una proposición de ejecución al acreedor (*purgatio morae*), como el efecto liberatorio que se atribuye a la *mora creditoris*, es decir el retraso injustificado del acreedor en la recepción del cumplimiento de la prestación. E. Chevreau, Y. Mausen y C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, 2^o edición, París, LexisNexis, 2011, p. 37.

84 Cabía plantearse ante esta situación si dicha valoración debía realizarse con referencia al momento de la *litis contestatio* (*quanti ea res est*), o al de la sentencia (*quanti ea res erit*), teniendo en cuenta que ya antes de la *litis contestatio* la cosa no existía. Por eso, los juristas republicanos, *i veteres*, acuñaron la teoría de la *perpetuatio obligationis*, afirmando que la obligación se perpetuaba como si no si hubiese perdido y, en consecuencia, como si la prestación fuese todavía posible. En este sentido, constituye una ficción jurídica que por el simple hecho de haber sido formulada por los *veteres* y mantenida por la jurisprudencia sucesiva pasó a formar parte del *ius civile*. M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, 3^a edición, Palermo, Palumbo, 2006, p. 427.

85 M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, pp. 423-424.

Ahora bien, esta imposibilidad ulterior puede dar lugar también a la extinción de la obligación cuando concurren estas tres circunstancias: que la cosa perdida fuese cierta, que la causa de su desaparición no fuese imputable al deudor, y que éste no se hubiese hecho responsable de su conservación. Pérdida que puede ser ocasionada por la destrucción irreversible de la cosa, por un cambio en su forma originaria o por una alteración de su condición jurídica que la convierta en *res extra commercium*⁸⁶. Esta regla no será, sin embargo, de aplicación cuando la deuda proceda de un delito⁸⁷.

Una categoría diferente la integran aquellas acciones en las que el juez goza de un margen de discrecionalidad más o menos amplio. Esta libertad de juicio parece encontrar espacio de desenvolvimiento ante la fórmula *incerta* de la *actio ex stipulatu* que corresponde al acreedor a quien se ha prometido una prestación de hacer⁸⁸, pues en estas obligaciones cualquier clase de actos del deudor puede ser tenida en cuenta, ya que el contenido de la prestación se concreta en función de las circunstancias; de igual modo que, en el caso de recaer condena, el juez podrá calibrarla en función del criterio subjetivo determinado por el valor que la cosa tiene para el acreedor, *id quod interest*. Sin embargo, el terreno en el que los jueces se desenvuelven con mayor autonomía al dictar sentencia, aunque de conformidad con la opinión de los juristas, es el de los *iudiciae bona fidei*, un campo de gestación de numerosas normas ligadas a la responsabilidad contractual, en el que la estimación del importe de la condena busca ajustarse a lo que se considera justo y equitativo atendiendo a dicha buena fe. Aunque conviene destacar que en el derecho justiniano, siempre que la valoración del daño pudiese efectuarse con certe-

86 En los dos últimos supuestos, los autores se plantearon si en el caso de que la deuda recuperase su forma primitiva o su anterior condición jurídica, la deuda renacía. Celso lo entendió así en referencia al caso de un esclavo objeto de un legado, que habiendo sido manumitido, volvía a caer después en la esclavitud, lo que, en su opinión, permitía, de nuevo, exigir el cumplimiento del legado (D. 32, 79, 3). Por el contrario, Paulo consideró que la obligación ya extinguida no podía recuperar otra vez su validez (D. 32, 79, 2).

87 D. 13, 1, 20, disponía que quien hubiese sustraído una cosa contra la voluntad del propietario siempre incurría en mora para su restitución. Otros preceptos que insisten en esta causa de excepción son D. 43, 16, 19 y D. 12, 2, 30.

88 Sin embargo, sobre los límites de esta libertad apenas sabemos nada. F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951, p. 482: “about the *stipulatio incerta*, e. g. *aedificium fieri* we now nothing”. Citado por H. Ankum, *La responsabilità contrattuale*, p. 139, nota 14.

za, dicha condena no podrá superar el doble de lo que suponía la prestación⁸⁹. Finalmente, asimismo propicias para la creatividad judicial lo son las acciones pretorias con *formulae in factum conceptae* que protegen los contratos de depósito, comodato y prenda, y el *receptum nautarum cauponum e stabulariorum*, de tal manera que una vez ejercitadas es obligada la restitución.

Mención particular merece, empero, como factor de excepcionalidad respecto a la aplicación de este régimen la posición del deudor moroso, ya que la declaración judicial frente a su retraso en el cumplimiento de su obligación comporta su necesaria asunción de la responsabilidad por cualquier pérdida o deterioro de la cosa debida, incluida la imposibilidad sobrevenida, con independencia de cuál haya sido su causa⁹⁰. Sin embargo, en los *iudicia bona fidei* en ocasiones se admite su exoneración si lograrse probar que aun cuando la prestación se hubiese ejecutado en plazo la cosa se habría perdido de igual manera⁹¹. Aunque, en contrapartida, en esta misma clase de juicios se acepta también que debe resarcir al acreedor con los frutos producidos por la cosa desde el momento de incurrir en mora, y con los intereses devengados en el caso de las deudas pecuniarias. Ahora bien, el peso de todas estas cargas decaerá si el deudor se ofrece a realizar la prestación, a lo que el acreedor no podrá oponerse, cayendo el mismo en mora si así lo hiciese.

B. Conductas susceptibles de imputación de la responsabilidad

1. Dolo

Si variadas son las figuras jurídicas que pueden dar origen al nacimiento de la responsabilidad de los contratantes como consecuencia de la falta de cumplimiento de sus respectivas obligaciones, también diversos son los criterios que determinan la pertinencia de su exigencia⁹². Entre ellos, el más

89 Regla aplicable “in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam” (*Codex*, 7, 47, 1).

90 Puede decirse que en este supuesto es de aplicación el principio de *perpetuatio obligationis*. o más concretamente *obligatio mora perpetuatur*. En expresión de Ulpiano (D. 45, 1, 82, 1): “Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo minus, prohibe ac si homo viveret”.

91 Se desprende de sendos textos de Gayo (D. 16, 3, 14, 1 *in fine*, en materia de depósito), y Ulpiano (D. 30, 47, 6, en materia de legado *per damnationem*), que luego fueron interpretados en este sentido por los glosadores.

92 En realidad, es extremadamente difícil extraer alguna regla general a partir de

inmediato y automático es el *dolus*, que consiste en un comportamiento consciente e intencionado de una de las partes en el contrato -cualquiera que sea su modalidad-, que provoca el incumplimiento de la obligación o impide la exacta realización de su prestación⁹³. Aunque, por su especial gravedad, el dolo no se presume nunca, de tal modo que el acreedor que alegue que el deudor provocó tal imposibilidad con su conducta deberá siempre probarlo. De

la densa trama de decisiones casuísticas que compone la regulación de la responsabilidad contractual en el período clásico. Como señala J. Iglesias, *Derecho romano*, 14 edición, Madrid, Ariel, 2002, p. 303, las infinitas modalidades de la fórmula y los variados elementos que encierra cada tipo de negocio complican su engarce en un esquema definitivo. Brillan, además, por su ausencia los intentos de sistematización, siendo Ulpiano, fiel a su vocación enciclopédica, quien propone el ejemplo más valioso en un conocido pasaje (D. 13, 6, 5, 2), en el que señala que algunos contratos como el depósito y el precario admiten sólo el dolo, mientras que en otros caben tanto el dolo como la culpa, como ocurre en el comodato, la compraventa, la prenda y la locación -siendo en éstos muy relevante la diligencia-, al igual que la sociedad y la comunidad de bienes. Pero todo ello siempre que al concluir el contrato no se haya convenido algo distinto, salvo que se pacte que no se responderá por dolo, lo que se considerará inválido, por ser contrario a los juicios de buena fe. Por último, nadie será responsable por los sucesos y las muertes que afectan a los animales en los que no haya existido culpa, las fugas, los tumultos, las inundaciones y el ataque de ladrones: “Contractus quídam dolum malum dumtaxat recipiunt, quídam et dolum et culpam, dolum tantum depositum et precarium dolum et culpam mandatam, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, ítem dotis datio, tutelae, negotia gesta; in his quidem et diligentiam, societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, ímpetus praedonum a nullo praestantur”.

93 En origen, *dolus* tenía el significado neutro de una mera simulación, si bien luego se convertirá en un ardid o engaño dirigido a defraudar a alguien al amparo de su ignorancia (estas son, respectivamente, las opiniones de Servio y de Labeón, recogidas en D. 4, 3, 1, 2), dando así paso a su calificación como *dolus malus* en contraposición al *dolus bonus* utilizado en defensa de intereses legítimos, si bien de esta distinción no parecen derivarse efectos jurídicos importantes, J. G. Camiñas, “La problemática del dolo en el derecho romano clásico”, en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, 945-975, p. 948; Sobre el dolo, véase: V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, Eugenio Jovene, 1958, pp. 29-61. F. M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, Cacucci, 1996, 209-229.

hecho, tan concluyente es la existencia de responsabilidad en su concurrencia, que se declara inválido el pacto alcanzado en beneficio de uno de los copartícipes en el negocio, y dirigido a su exoneración si se derivasen daños por este comportamiento⁹⁴. Por eso, del dolo se responde siempre desde que se tiene capacidad de obrar. Y la carga reprobatoria que suscita su presencia se acrecienta, incluso, en la legislación recogida en la compilación justiniana, probablemente, por influjo del mayor rigor moral traído por el cristianismo.

Se da, con todo, la peculiaridad de que en el contrato de depósito, por ser un contrato gratuito, el *dolus* constituye el único grado admitido de responsabilidad del depositario⁹⁵, aunque en el derecho justiniano se extiende, dada la equiparación entre ambos, a la culpa lata⁹⁶. Pero no se puede actuar contra él simplemente por faltar al deber de custodia⁹⁷, debido a que se parte del presupuesto de que es al depositante a quien el negocio realmente beneficia. Una regla que opera tanto cuando el depositante ejercita su acción con *formula in factum*, que le permitirá recuperar el valor de la cosa, como cuando lo

94 Recogiendo la opinión de Celso, afirmaba Ulpiano que un acuerdo de esta clase, *pactum de non petendo dolo*, resultaría contrario a la buena fe (D. 50, 17, 23) y a las buenas costumbres (D. 16, 3, 1, 7). En igual sentido se pronunciaba Paulo (D. 2, 14, 27, 3, y D. 13, 6, 17 pr., en relación con el comodato).

95 C. Longo, *Corso di diritto romano, Il deposito*, Milán, Giuffrè, 1933. La jurisprudencia clásica entendió que el depositario “custodiam non praestat”, ya que no obtiene ventaja alguna del negocio, por lo que su responsabilidad debía ser reducida a un deber mínimo de diligencia (D. 13, 6, 5, 2, y D. 44, 7, 1, 5).

96 Así, en D. 16, 3, 32, 1, y D. 44, 7, 1, 5. No obstante, parece evidente que si las partes así lo acordaron o por ofrecimiento unilateral del depositario, éste podrá tener que responder por culpa e incluso por caso fortuito. R. Panero, “El depósito”, en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, 251-281, p. 278. Así sucede, por ejemplo, en el caso de que el depositario se haya ofrecido voluntariamente para custodiar la cosa y, especialmente, si el depósito ha sido constituido en su interés, como sucede siempre que se deja al depositario una cantidad de dinero que por voluntad suya puede convertirse en prestada. A. Castro Sáenz, “Responsabilidad y duplicidad formula: los casos del depósito y el comodato en época clásica”, en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, VII Congreso Iberoamericano de derecho romano, Burgos, Universidad de Burgos, 2001, 189-208, p. 201.

97 Afirmación que admite matizaciones, pues la acción de buena fe permite agravar su responsabilidad con el criterio de la culpa en diversos supuestos: a) si así se pactó expresamente; b) el depositario se ofreció de forma oficiosa para guardar algo; c) el depósito se hizo en su interés exclusivo. A. d’Ors, *Derecho privado romano*, decima ed. revisada, Pamplona, EUNSA, 2008, p. 468.

hace con *formula in ius concepta*, que le reportará el resarcimiento del daño sufrido. Conviene advertir, sin embargo, que en esta materia -y en general en el terreno de la responsabilidad contractual- el dolo no se identifica con el engaño o el comportamiento injusto, sino con la voluntariedad de la conducta que da lugar al suceso dañoso. Ahora bien, en el caso de producirse un mero deterioro de la cosa, los juristas entendieron que no procedía la restitución, ni siquiera por dolo⁹⁸. En sentido inverso, cuando en el comodato es el comodante quien tiene interés en el contrato, el comodatario responderá por la pérdida si mediase dolo⁹⁹, aunque en un período más tardío su responsabilidad alcanzará también a la culpa. Evolución que, la doctrina dominante ha descrito presente, también, en relación con la prestación de hacer correspondiente al mandatario¹⁰⁰.

2. Categorías de la culpa

En situaciones de imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la obligación, el dolo apenas implica, empero, agravamiento alguno de la responsabilidad respecto a la categoría más genérica de imputación de la misma, que es la culpa, con la que se califica un hecho que es generador de dicha responsabilidad con independencia de cuál fuese la voluntad de su autor. No obstante, siendo conocido que el sistema de responsabilidad civil se articulaba originariamente sobre la oposición entre el *dolus* y el *casus* (caso fortuito), es poco lo que se sabe sobre el nacimiento y el desarrollo del concepto de culpa¹⁰¹, aunque es probable que surgiera en el ámbito de los delitos, como fruto

98 Esta era la opinión de Ulpiano (D. 16, 3, 1, 16), quien extendía la misma solución a la enajenación de la cosa por el depositario (D. 16, 3, 1, 25).

99 Ulpiano (D. 13, 6, 5, 10), proporciona algunos ejemplos ilustrativos, como el del prometido que presta a su novia una toga para el día de la boda o el del pretor que da en préstamo unos vestidos a los actores de una obra. Tomo estas referencias de H. Ankum, *La responsabilità contrattuale*, p. 142, quien sostiene que a partir de la equiparación defendida por juristas como Nerva, Celso (D. 16, 3, 32) y Paulo (D. 50, 16, 226), cabe interpretar que para ellos el depositario será también responsable por la *culpa lata*.

100 Así, G. Mac Cormack, "The liability of the mandatory", en *Labeo*, 18 (1972), 156-172, y W. Litewsky, "La responsabilité du mandataire", en *Index*, 12 (1983-1984), 106-119.

101 Su noción aparece ya claramente reflejada en un pasaje de Paulo (D. 9, 2, 31), en el que, recogiendo una opinión de Quinto Mucio Escévola y refiriéndose a quien tira una rama de un árbol o deja caer algo de un andamio y mata a un transeúnte, afirma que es culpa lo que pudiendo haber sido previsto por una persona diligente no lo fue. La inclina-

de la aplicación de la *lex Aquilia*¹⁰², con el fin de tipificar la falta cometida sin intencionalidad, pasando de aquí al terreno contractual. También se ha sostenido que es apreciable una evolución desde el período clásico, en el que la culpa se reviste de un carácter objetivo, ligado al mero hecho de la ausencia de cumplimiento, lo que la acerca a una suerte de responsabilidad por riesgo, y el derecho de la compilación justiniana, en la que se impone el elemento subjetivo determinado por la radicación de la imposibilidad de la prestación en la conducta inadecuada del obligado¹⁰³. En todo caso, de las fuentes se desprende una tendencia progresiva a la extensión del espectro de las formas de responsabilidad derivadas de los comportamientos culposos¹⁰⁴ y, paralelamente, la paulatina configuración de tres clases distintas de culpa.

ción hacia una valoración subjetiva de la responsabilidad, presente ya en la jurisprudencia republicana, mediante el desarrollo de la noción de *bona fides debitoris*, fue sostenida por G. Marton, “Un éssai de reconstruction du developpement probable du système classique romain de responsabilité civile”, en *RIDA*, 3 (1949), 177-191,

102 La solución de continuidad existente, ya en el derecho clásico, entre la culpa aquiliana y la culpa en el ámbito contractual, que supondría una suerte de extrapolación de aquella, fue, en su día, puesta de manifiesto por C. A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milán, 1969, especialmente pp. 306-308 y en “Genesi e vicende della colpa Aquiliana, *Labeo* 17 (1971), 64-84. Sobre la cuestión J. Daza Martínez, “El problema de los límites de la responsabilidad contractual en el derecho romano clásico”, en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, 231-249, pp. 242-247.

103 Opinión que ya fue, en su momento, sostenida por V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*, pp. 6-8, y en la que han abundado, entre otros, J. Miquel, *Derecho privado romano: Instituciones*, Barcelona, PPU, 1986, pp. 346-347, y F. M. De Robertis: “Responsabilità contrattuale (diritto romano), en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1988, vol. XXXIX, 1054-1060, pp. 1056. Por su parte I. Bircocchi, U. Petronio: “Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1988, vol. XXXIX, 1060-1072, pp. 1060-1061, descubren esa misma concepción objetiva de la responsabilidad en la legislación de algunos pueblos bárbaros, como los frisios, entre los que el obligado debía hacerse cargo de cualquier daño, con independencia de que hubiese existido culpa o de la interferencia de un caso fortuito. Si bien este régimen constituye una excepción al régimen habitual de toma en consideración del grado de diligencia observable en el comportamiento del deudor.

104 Se tiende a identificar en el comentario de Ulpiano contenido en D. 50, 17, 23, el texto fundamental relativo a la responsabilidad contractual en la compilación justiniana, pues se presenta ya claramente perfilado el concepto de culpa. Véase E. Cortés *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2ª edición, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2009, pp. 78-80.

La noción básica y primordialmente utilizada es la que hace la culpa equivalente a la negligencia¹⁰⁵, o enunciado en su reverso, a la falta de diligencia¹⁰⁶ que hace total o parcialmente irrealizable la prestación. Esta modalidad, normalmente, va asociada a aquellas prestaciones que carecen de un carácter técnico, teniendo cabida en una amplia variedad de contratos¹⁰⁷. Y, aunque puede manifestarse mediante una actuación imprudente, suele expresarse en términos de omisión, no maliciosa, de algún acto positivo, esperable y debido, en cuanto susceptible de evitar un resultado perjudicial para el cumplimiento, por parte del deudor, de quien su comportamiento adecuado se mide según el modelo del hombre virtuoso y diligente¹⁰⁸, o, según una fórmula de longeva vigencia posterior, el del buen y diligente *paterfamilias*¹⁰⁹.

Frente a la culpa-negligencia, la categoría etiquetada como culpa-impericia entra en juego cuando la prestación presenta un carácter técnico¹¹⁰

105 C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, 49-56. Esta equivalencia era formulada por Q. Mucio Scevola en un dictamen recogido por Paulo en D. 9, 2, 31: “culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esse, cum periculum evitari non possit”. Una amplia relación de los principales hitos de la literatura jurídica suscitada por el problema de la culpa en el derecho romano en C. A. Cannata, *La responsabilità contrattuale*, pp. 143-144, nota 1.

106 Aunque habitualmente la culpa y la diligencia son considerados dos términos equivalentes pero de signo inverso, hay autores que han querido ver diferencias entre ellos. Sobre todo, F. M. De Robertis, “Culpa et diligentia nella compilazione giustiniana”, en *Studi in onore di Emilio Betti*, Milán, Giuffrè, 1962, vol. II, pp. 349 ss., que a partir del examen de varios textos del Digesto (D. 30, 47, 5; D. 50, 17, 23; D. 13, 6, 5, 3; D. 23, 13, 17 pr.; D. 27, 3, 1), sostiene que cada uno de estos conceptos responde a distintos criterios.

107 Así, este tipo de responsabilidad se predica del comodatario (D. 13, 7, 23), el acreedor pignoraticio (D. 13, 7, 13, 1), el fiador (Coll. 10, 2, 2), el vendedor (D. 18, 6, 12), las partes en una relación de *locatio conductio* (D. 13, 6, 5, 2), el mandatario (D. 15, 3, 17 pr.), y el socio (D. 17, 2, 65, 9).

108 D. 18, 6, 12.

109 La creencia dominante hace varias décadas acerca del origen postclásico de la responsabilidad por culpa, V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*, pp. 220-261, es hoy fuertemente cuestionada. Como tampoco la tesis de M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale*, pp. 316-320, respecto al protagonismo de Modestino en la aplicación de este criterio de responsabilidad basado en la culpa es actualmente aceptada.

110 C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, pp. 56-62. La vinculación de esta modalidad al carácter técnico de la prestación fue ya puesta de relieve por Celso, según noticia transmitida por Ulpiano (D. 19, 2, 9, 5). Véase, R. P. Rodríguez Montero, “Impericia y responsabilidad”, en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilità civil de Roma al derecho moderno*, 697-703, p. 701-702.

y el sujeto obligado asume su ejecución y el cumplimiento del contrato con la diligencia propia de un experto (*artificex*), ya sea un médico, un batanero (*fullo*) o un sastre remendón (*sarcinator*). A diferencia, también, de la naturaleza subjetiva, comúnmente, atribuida a la forma culposa anterior, en esta modalidad la culpa no es puramente subjetiva, ya que el comportamiento del deudor se contrasta con el modelo objetivo proporcionado por el especialista que actúa con el cuidado debido, no teniéndose en consideración el grado de dificultad de la tarea acometida. Sin embargo, ambas variantes no son excluyentes, siendo posible su confluencia en una misma actividad¹¹¹.

Existe todavía otro tipo de culpa, que Cannata ha descrito como generada por la violación de un límite contractual¹¹². Su forma más sencilla consiste en la vulneración del pacto específicamente dirigido a vetar, en interés de una de las partes, que la otra haga cualquier cosa, en previsión de las consecuencias lesivas que pudiera traer consigo. Aunque la operatividad de esta clase de acuerdo no necesariamente debe constar expresamente, pues puede derivarse por la vía interpretativa de los propios términos contenidos en el contrato. Debe precisarse, no obstante, que la prohibición contractual de hacer alguna cosa solo puede convertirse en un criterio de atribución de culpa si el comportamiento excluido no resulta previsible en sí mismo como dañoso, sino únicamente como peligroso o susceptible de provocar efectos negativos. Se trata, en definitiva, de un supuesto de derivación de culpa que es recogido en escritos de diversos juristas¹¹³, y que en posiciones como la del comodatario puede comportar un agravamiento de la responsabilidad, incluso por la incidencia de circunstancias externas, ajenas a su voluntad¹¹⁴.

Los compiladores del período justiniano alterarían, empero, desfigurándolas, las doctrinas clásicas, que habían sido construidas sobre la base de una ingente y difusa casuística. Tendencia que consagrará la definitiva cen-

111 Ulpiano (D. 19, 2, 13, 6) cita como ejemplo al lavadero que es responsable tanto por impericia como por negligencia por haber devuelto a su cliente la toga perteneciente a otra persona.

112 C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, pp. 62-68.

113 Entre ellos, Alfeno Varo (D. 19, 2, 30, 2), Pomponio (D. 13, 7, 23), y Ulpiano (D. 13, 6, 5, 7 y D. 19, 2, 13, 3).

114 Así lo afirma Gayo (D. 13, 6, 18 pr): "(...) quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum prestare debet".

tralidad de la noción de culpa, a la que otros factores como la *scientia*, y la *bona* o la *mala fides*, servirán, a menudo, como criterios moduladores de sus efectos jurídicos. Al mismo tiempo que dará cuerpo a un sistema de responsabilidad articulado en varios niveles, que en el ámbito de la culpa contempla, también, una gradación en tres escalones¹¹⁵.

Su manifestación más grave reside en la denominada *culpa lata*, que describe una cota extrema de imprudencia o de negligencia, superior a la admisible en cualquier otra persona (*non intellegit quod omnes intellegunt*)¹¹⁶, y que, siguiendo precedentes clásicos, se equipara al dolo¹¹⁷, si bien, a diferencia de éste, puede ser dispensada por el acreedor. Aunque la aparición de esta figura constituye, sin duda, una adulteración del concepto clásico de dolo, ya que supone extender su tratamiento a conductas en las que no es demostrable la intencionalidad, pero que resultan gravadas por la magnitud de sus consecuencias. Menos onerosa es la llamada *culpa levis*, que califica a la inobservancia de la diligencia que se presume de la figura modélica del buen y prudente *pater familias*¹¹⁸, entendiéndose por tal un ideal individuo normal, que es cuidadoso en la gestión de su patrimonio y, por extensión, en la actividad que es preciso desarrollar para un adecuado cumplimiento de la prestación debida. Por último, incurre en la *culpa levissima* el deudor que no dedica a la satisfacción de la obligación la misma diligencia que suele poner en sus propios asuntos -*diligentia quam suis rebus adhibere solet*-, y que para el supuesto particular en cuestión puede ser menos elevada que la propia de un hombre corriente¹¹⁹. El grado de diligencia asociado a este tipo de culpa tiene especial proyección en aquellas relaciones en las que el deudor debe gestionar un interés ajeno como si fuese propio, como es el caso del marido respecto a

115 Curiosamente, frente a la amplia pervivencia alcanzada durante siglos por esta división tripartita, resulta difícil rastrear sus orígenes romanos, pues al margen de una más clara delimitación del contenido de la culpa lata, no hay otra referencia a la culpa leve que la concerniente al comodante que presta un caballo inadecuado para el trayecto previsto (D. 13, 6, 23), y falta cualquier alusión expresa a la culpa levísima, de la que sólo hay una alusión indirecta relacionada con la ley Aquilia: “in lege Aquilia et levissima culpa venit” (D. 50, 17, 23).

116 Ulpiano (D. 50, 16, 213, 2 y D. 50, 16, 223).

117 Parece que esta opinión, expresada por Nerva, se consolidó definitivamente con Celso (D. 16, 3, 32).

118 Figura, la del *prudens et diligens pater familias*, definida por Paulo en una nota a Labeón (D. 19, 1, 54 pr.).

119 D. 9, 2, 44.

la dote o el del tutor en la conducción de los negocios del pupilo. Con todo, comúnmente se entiende que la culpa levísima no genera responsabilidad, salvo que se haya pactado expresamente entre las partes.

Hay, por otro lado, que señalar que este esquema de gradación se cruza, en el derecho justiniano, con otra pauta de diferenciación, basada en el carácter subjetivo u objetivo del criterio utilizado en la ponderación sobre la existencia de culpa en el comportamiento del deudor. En este sentido, la calificación como *culpa in abstracto* se relaciona con la discordancia existente, normalmente con rango de culpa leve, entre la conducta del deudor incumplidor y la presumible en esa figura ideal *-bonus pater familias-*, que se toma como modelo, aunque, en ocasiones también puede referirse a la esperable como típica en el ejercicio de una determinada profesión¹²⁰. Mientras que en la denominada *culpa in concreto*, comúnmente asociada a la culpa levísima, se toma como término de comparación el nivel de diligencia que el deudor pone habitualmente en la gestión de sus propios asuntos, por lo que su esfera natural de aplicación es la de las obligaciones de carácter personalísimo.

Resulta oportuno subrayar, no obstante, que más que a una creación original de la jurisprudencia postclásica, la introducción de estas distintas categorías de culpa responde a una evolución de postulados ya presentes en la época clásica. En este sentido hay que interpretar, por ejemplo, el enorme peso ganado por el criterio de la *utilitas contrahentium*, convertido ahora en un auténtico principio general, según el cual la responsabilidad tiene límite en la *culpa lata* cuando la relación jurídica se establece exclusivamente en beneficio del acreedor, como sucede en el contrato de depósito con el depositario, pero se extiende a la *culpa levis* cuando redunde en provecho de ambos y a la culpa levísima si sólo favorece al deudor, como ocurre, por ejemplo, con el comodatario ¹²¹.

3. Responsabilidad objetiva derivada del deber de custodia

El grado más severo de responsabilidad procede, sin embargo, de la falta de observancia del deber de custodia inherente a algunas figuras contractuales¹²². Deber que presenta un carácter que trasciende al de la simple diligen-

¹²⁰ Ejemplos de ambas variantes tenemos, respectivamente, en D. 45, 1, 137, 2 y en D. 45, 1, 137, 3, en alusión al constructor de una vivienda.

¹²¹ J. Iglesias, *Derecho romano*, p. 305.

¹²² C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, pp. 68-81. Un estudio gene-

cia, ya que mientras que ésta se requiere de modo genérico, sin especificación previa de su contenido, la custodia, *praestare custodiam*, alude a una prestación muy precisa, que es la de cuidar de una cosa ajena para evitar que se pierda o que sufra daños como consecuencia de una actividad proveniente de un agente externo al obligado¹²³. Hasta el punto de que en algunos supuestos concretos aparece sometida a un régimen particularmente riguroso, que extiende la responsabilidad a situaciones en las que ni siquiera ha concurrido la culpa¹²⁴, convirtiendo su imputación en objetiva (*Erfolghaftung*), si bien ésta tendría su límite en la comparecencia de una fuerza mayor¹²⁵.

Este proceso de objetivación¹²⁶ se presenta con especial claridad en el

ral de sobre esta institución, M. Serrano-Vicente, “*Custodiam praestare*”. *La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid, Tebar, 2006. Interesa también, R. Robaye, *L’obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*. Bruselas, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

123 Su existencia está ya atestiguada entre los *veteres* por D. 13, 6, 5, 9: “...etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt”. No obstante, la determinación exacta de su contenido ha ofrecido un motivo de amplio debate entre los romanistas, ya que su significado en los textos no es unívoco, pues unas veces el término es empleado en un sentido genérico, referido al cuidado debido en la preservación de una cosa frente a daños externos y sin conexión con grado alguno de responsabilidad, y otra veces es usado con un significado técnico, que indica la existencia de una suerte de responsabilidad objetiva por incumplimiento de la obligación generado por factores fortuitos ajenos a la voluntad del deudor. J. Daza, *El problema de los límites de la responsabilidad*, p. 231.

124 Fuera de estos supuestos especiales, la responsabilidad por custodia va ligada a un tipo determinado de culpa. Según P. Bonfante, *Instituciones de derecho romano*, traducción de L. Bacci y A. Larrosa, quinta edición, segunda reimpresión, Madrid, Reus, 2002, p. 439, nace en aquellas obligaciones en las que se es responsable también por culpa leve, como el arrendamiento y el comodato.

125 Límite que vendría determinado por una serie de circunstancias que la jurisprudencia considera como “causas típicas de disculpa”. C. A. Cannata, *Per lo studio de la responsabilità per colpa nel Diritto Romano Classico (corso Cagliari, 1967/1968)*, Milán 1969, p. 125. Citado por M. Serrano-Vicente, “*Custodiam praestare*”, p. 64.

126 En realidad, algunos autores han rescatado la defensa del carácter subjetivo de esta responsabilidad, que ya predominaba en las tesis tradicionales, con anterioridad al triunfo de las teorías objetivistas, acuñadas por la doctrina alemana e introducidas, luego, en Italia por V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale*, pp. 62-179. Entre ellos, R. Robaye, *L’obligation de garde*, passim; P. Voci, “*“Diligentia”, “custodia, “culpa”. I dati fondamentali*”, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 56 (1990), 29-143; P. Cerami, “*Il comodato*”, en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, 301-332, p. 330. Frente a su opinión se han pronunciado, en sendas recensiones

caso del hurto a través de un texto de Gayo (*Instituciones*, 3, 205 y 206), con alusión expresa al tintorero, *fullo*, y al sastre, *sarcinator* que han cerrado un contrato de *locatio conducti operis*¹²⁷, y asimismo al comodatario¹²⁸, pues todos ellos quedan expuestos al ejercicio de la *actio furti* por parte del dueño de la cosa¹²⁹. No obstante, también se citan otros hechos típicos que suscitan esta misma forma de responsabilidad, como el daño ocasionado por un tercero, o por un animal doméstico de propiedad ajena, así como la fuga del esclavo que debía estar sometido a guarda¹³⁰. El robo queda, por el contrario, al margen de los sucesos frente a los que puede exigirse eficacia en dicha prestación de custodia¹³¹. En las fuentes se mencionan, además, otros ejemplos de contratantes susceptibles de incurrir en este tipo de responsabilidad, el horrearlo

al libro de Robaye, A. Metro, en *IVRA*, 38 (1987), 211-216, que ya había defendido la tesis objetivista en *L'Obligazione di custodire nel diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1966, y W. Litewski, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 54 (1988), 385-401, sumándose a ellos H. Ankum, *La responsabilità contrattuale*, p. 146. No obstante, en la cuestión se han involucrado, con mayor o menor intensidad, muchos otros destacados romanistas, de cuyos planteamientos hace un detallado repaso M. Serrano-Vicente, *Custodiam praestare*, pp. 63-109.

127 Son, no obstante, menos seguros otros casos de *locatio conductio operis* en los que la responsabilidad es considerada por los clásicos bajo el punto de vista de la *imperi-tia* o del *vitium operis*, y de la *locatio conductio rei*. J. Daza Martínez, *El problema de los límites de la responsabilidad contractual*, p. 233.

128 Respecto al comodatario, interesa J. Belda Mercado, “La responsabilidad del comodatario en el derecho romano”, en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, publicado el 8 de febrero de 2007, 1-23.

129 En el caso del comodatario, sostiene M. Serrano-Vicente, “*Custodiam praestare*”, pp. 351-352, que la extensión al mismo de la prestación de custodia está ligada al cambio operado en la protección procesal del comodato. Pues mientras con anterioridad se disponía de la *actio commodati in factum*, dirigida a la devolución de la cosa entregada, dando lugar a un reparto de riesgos entre los dos contratantes, correspondiendo el del hurto al comodatario, con la introducción de la *actio comodati in ius* su deber de diligencia se amplió a la prevención de los daños injustos causados por terceros.

130 Respectivamente, D. 9, 1, 2 pr. (Paulo), y D. 13, 6, 5, 6 (Ulpiano). D. 13, 5, 6 parece sugerir que los esclavos entraban asimismo en este régimen cuando no podían valerse por sí mismos. Por otra parte, Marcelo proponía extender, también, esta responsabilidad al daño aquiliano causado por un tercero, lo que contó con la adhesión de Ulpiano (D. 19, 2, 41).

131 En expresión de Neracio (D. 19, 1, 31): “custodia adversus vim parum proficit”. M. Serrano-Vicente, “*Custodiam praestare*”, pp. 354-355.

(*horrearius*)¹³², el locatario, por la pérdida o deterioro de la cosa mueble¹³³, el arrendatario de bienes inmuebles (*affittuarius*), el vendedor respecto a la cosa mueble vendida hasta que se produce su *traditio*, el acreedor pignoraticio, el socio, en relación con la cosa común que utiliza para su trabajo, y el depositario que se ha ofrecido espontáneamente a ejercer esta función¹³⁴. Si bien, existen testimonios que acreditan su posible traslado a otras modalidades de negocios basados en la buena fe, cuando las partes así lo hubiesen convenido expresamente¹³⁵.

Parece, por otra parte, que su campo de acción también se ensancha por la vía jurisprudencial¹³⁶, alcanzando en la última etapa clásica a los sujetos dedicados al transporte marítimo o al hospedaje, como el naviero (*nauta*), el posadero (*caupo*) y el dueño de establos (*stabularius*)¹³⁷, anteriormente

132 Interesa, E. Domínguez López y B. Malavé Osuna, “La responsabilidad del *horrearius* por las mercancías depositadas en los almacenes”, en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, 303-322.

133 Sobre la *locatio horreorum* y la *locatio operis*, veáse R. Robaye, *L'obligation de garde*, pp. 97- 155 y 157-212 respectivamente.

134 Encontramos su referencia en los siguientes autores: el *horrearius* (Labeón, D. 19, 2, 60, 9), que es considerada la primera manifestación del reconocimiento de esta figura, y que la perfila como una actividad técnica cuya finalidad es evitar la sustracción de las cosas guardadas en los almacenes, con exclusión de las acciones violentas; el locatario (Paulo, D. 19, 2, 30, 2 *in fine*); el *affittuarius* (Diocleciano y Maximino, *Codex* 4, 65 28); el vendedor (Paulo, D. 19, 1, 36); el acreedor pignoraticio (Ulpiano, D. 13, 7, 13, 1); el socio (Ulpiano, D. 17, 2, 52, 3); el depositario (Ulpiano, D. 16, 3, 1, 35); mucho más dudosa es su presencia en el *receptum*, ya que en su caso la responsabilidad parece formularse en términos de *periculum* (Gayo D. 4, 9, 5), (Ulpiano, D. 4, 9, 1, 8). Una relación exhaustiva de la aparición de alusiones a la custodia en las fuentes romanas en M. Serrano-Vicente, *Custodiam praestare*, pp. 35-52, quien también desarrolla en la parte nuclear de su trabajo, pp. 115-349, un estudio detenido de cada una de estas manifestaciones, adoptando como, aportación más novedosa, un enfoque primordialmente centrado en la dimensión procesal de tan compleja cuestión.

135 Por ejemplo, Gayo, D. 18, 1, 35, 4, respecto a la compraventa; Ulpiano D. 13, 6, 5, 6 en relación a los esclavos sujetos a comodato; Paulo D. 19, 5, 5, 4 para el mandatario.

136 De hecho, en los textos jurisprudenciales la custodia se extiende a un catálogo de supuestos muy diversos. Pero los intentos de sistematización realizados por los juristas de las escuelas orientales no lograron resolver su problemática ante la imposibilidad de fijar un criterio unánime debido a la abundante casuística existente. F. Fernández de Bu-ján, *Sistema Contractual Romano*, 3ª edición corregida y aumentada, Madrid, Dykinson, 2007, p. 141.

137 Interpreta M. Serrano-Vicente, “*Custodiam praestare*”, pp. 359-360, que tras

sometidos a una responsabilidad *ex recepto*¹³⁸, que les trasladaba un riesgo absoluto -personal, *culpa in vigilando*, y por los actos de los subordinados, *culpa in eligendo*- respecto a las cosas sujetas a su guarda, y que sólo resultaba atenuado ante las pérdidas derivadas de determinadas causas de fuerza mayor. Es el caso de la famosa *exceptio* de Labeón, citada por Ulpiano, en cuya virtud el armador (*nauta*) resultaba liberado cuando pudiese probar que el motivo de su imposibilidad de restitución del objeto de su obligación había residido en un naufragio o en un acto de piratería; una vía de exoneración que el propio Ulpiano deducía aplicable al *caupo* y al *stabularius* cuando fuesen capaces de demostrar que era la intervención de una *vis maior* la que justificaba la inviabilidad de la devolución de la cosa que habían recibido con la promesa de conservarla intacta¹³⁹. No obstante, en el caso de mediar retribución por la garantía asumida, el *nauta*, el *caupo* y el *stabularius*, no responderán por custodia ligada a la *locatio-conductio* contraída con sus clientes, sino en virtud del *receptum*¹⁴⁰.

Fuera de este círculo queda, por el contrario, el depositario, del que se dice que “*custodiam non praestat*” (Instituciones, 3, 207). Exclusión que podemos vincular al hecho de que en el caso del depósito la obligación del depositario no se reduce a un deber instrumental de protección, sino que por su naturaleza como obligación de resultado, y no simplemente de medio¹⁴¹, requiere una conducta activa, que va más allá de un mero ejercicio diligente, pues va encaminada a la satisfacción de otro objetivo primordial perseguido

esta extensión del daño a la prestación de custodia late una tendencia jurisprudencial a exigir del deudor que responda de aquellos sucesos que, aunque no fuesen producidos por él, podría haberlos controlado.

138 Acerca del *receptum nautarum*, R. Robaye, *L'obligation de garde*, pp. 57-95. Además, interesa M. López-Amor, “Receptum argentarii”. “Receptum nautarum, cauponum, stabularium”, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener*, 721-728.

139 Ulpiano, D. 4, 9, 3, 1.

140 Gayo, *ad Edictum provinciale* (D. 4, 9, 5, pr).

141 La distinción entre obligaciones de medios y de resultado, introducida en la doctrina francesa por René Demogue, ha disfrutado de una amplia aceptación en otros países como Italia y España. La diferencia fundamental entre ambas reside en el aspecto probatorio, pues mientras que en las obligaciones de resultado la pretensión del acreedor debe ser satisfecha de una forma exacta, en las obligaciones de medios es suficiente que se alcance un cierto resultado, aunque no se corresponda plenamente con las expectativas concretas del acreedor. Véase R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale e rilevanza della funzione nel deposito di beni fungibili*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 32-33, nota 36.

por el depositante, que es el de la conservación íntegra de la cosa como garantía de su ulterior restitución¹⁴².

Tenemos, en definitiva, que según esta construcción, la obligación de prestar custodia implica responder de aquellos sucesos que su adecuada observancia podría hacer evitables, aunque hayan sido causados por un tercero, y se contraponen a la *diligentia in custodiando*, que introduce un elemento subjetivo, al castigar un comportamiento cuestionable por defecto del cuidado necesario¹⁴³. Sin embargo, esta consideración de la conducta del deudor como violación de un deber de *diligentia exactissima*, en la autorizada opinión de Cannata no cobra relevancia alguna en los escritos jurídicos de la época clásica, siendo ubicable su aparición en el período postclásico y su asentamiento en la compilación justiniana¹⁴⁴. Conviene, no obstante, hacer notar que desde el final de la época clásica la prestación de custodia comporta un deber de vigilancia que afecta no sólo a los bienes muebles, sino también a los inmuebles, lo que impone al deudor la exigencia de presentar caución frente a eventuales daños y de aportar los medios jurídicos precisos para asegurar el cumplimiento de la prestación principal. Y al desplazarse su frontera, el deber exigible al deudor por razón de la custodia fue situando su confín en la *vis maior*, de manera que fuera del perímetro de su esfera ya sólo quedaban aquellas contingencias que no cabía prever y ante las que no era posible ofrecer resistencia¹⁴⁵.

142 R. Lenzi, *Responsabilità patrimoniale*, pp. 31-37. Sin embargo, el predominio originario de esta obligación de restitución cede en la posterior evolución de esta figura contractual frente al carácter nuclear adquirido por la actividad de guarda, a pesar de que el Código civil presta una mayor atención a la devolución de la cosa depositada. M. R. Navarrete Cano, *La obligación de guarda del vendedor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 96-97. Esta transformación ya había sido detectada por R. Pothier, *Tratado de los contratos de beneficencia*, traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, Imprenta de Roger 1845, p. 127, al establecer como condición para la existencia de un contrato de depósito que el objeto principal de la tradición sea la custodia de la cosa.

143 C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, pp. 73-77.

144 C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, p. 77-80.

145 M. Serrano-Vicente, "*Custodiam praestare*", p. 361. Respecto a la naturaleza de la custodia entiende este autor, pp. 361-370, que en su evolución cabe diferenciar tres momentos relevantes. Así, en un principio se expresaría en términos de *periculum*, de modo que, en su virtud, el deudor asumía el riesgo del incumplimiento. En el siglo II el *periculum* habría perdido ese lugar central, pasando la custodia a ser tratada como una prestación, que contendría en sí misma la responsabilidad exigible, en forma análoga a

La evolución conocida por esta institución resulta, en todo caso, interrumpida en el período postclásico, al diluirse progresivamente su peculiaridad e integrarse en los criterios generales de la culpa y la *diligentia*. Un proceso que, en la interpretación de Serrano-Vicente, es consecuencia de la convergencia de dos distintas líneas abiertas por la propia jurisprudencia clásica en el intento por fijar un principio homogéneo de articulación de la responsabilidad del deudor en las obligaciones: una, representada por Gayo, con su propuesta en favor de una pauta de conducta, la diligencia, y la otra, iniciada por Pomponio y asumida luego por Paulo, Ulpiano y Modestino, que optaba por un criterio de responsabilidad, la culpa, compartiendo ambas el rasgo de ser susceptibles de gradación y de una cierta objetivación, lo que habría permitido que la custodia acabase siendo absorbida por ellas, que, a su vez, habrían consumado su confluencia, en el derecho justiniano¹⁴⁶. Triunfaría, con ello, una concepción subjetiva que, como ya se señaló, equipara la custodia a una exactísima diligencia en la guarda de la cosa¹⁴⁷, que supera la gravedad de la *culpa levis*¹⁴⁸, y que es esperada del comodatario, el *conductor*

las modernas obligaciones de resultado. No obstante, frente su carácter objetivo, e independiente de la actitud manifestada por el depositario, a partir de Gayo triunfaría una tendencia a la subjetivación de la responsabilidad, que culmina con los juristas de la etapa de los Severos, con los que ya se formula claramente en vinculación con la culpa. Es decir, que opera cuando el deudor incurre en aquel comportamiento que se debía evitar o no se observa el que se asumió que se mantendría. No obstante, la aplicación de este criterio a la prestación de custodia no habría supuesto una atenuación de la posición del obligado. Pues al ser considerada como una actividad técnica suficiente en sí misma para producir el resultado perseguido, era fácil deducir que ante su no consecución, la culpa debería atribuírsele a quien no realizó correctamente dicha actividad.

146 M. Serrano-Vicente, “*Custodiam praestare*”, pp. 370-371. No obstante, J. Daza Martínez, *El problema de los límites de la responsabilidad contractual*, pp. 232-233, señala, con detenido desarrollo del debate doctrinal sobre la cuestión, que actualmente no es aceptada esta interpretación, cuyo origen se atribuye a A. Pernice, “*Custodia*”, en *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert des Kaiserzeit*. Neudruck der Ausgabe, Halle, 1873 (Aalen, 1963) B, 2, 1, 4, VIII, 339-360.

147 La identificación de la custodia con una *exacta* o *exactísima diligentia custodiendae rei* es visible, por ejemplo, en D. 13, 6, 5, 9; D. 13, 6, 18 pr. y D. 44, 7, 1, 4. M. Kaser, *Das römische Privatrecht, II, Die nachklassischen Entwicklungen*, Munich, C. H. Beck, 1975, p. 353, ha sostenido que en el derecho justiniano el deudor que hubiese observado una diligencia exactísima debía ser liberado si probaba su inocencia (*Schuldlosigkeit*). H. Ankum, *La responsabilità contrattuale*, p. 152, no comparte esta visión.

148 En efecto, el modelo de conducta que se toma como base de comparación es la

operis, y el acreedor pignoraticio. Al tiempo que se produce otra importante mutación en la propia fundamentación de la custodia, que pierde su configuración como una simple prestación técnica exigible en determinadas obligaciones de dar o devolver la cosa y, en cierta medida, subordinada al resultado obtenido, para pasar a valorar la *utilitas contrahentium* a la hora de establecer el grado de responsabilidad del deudor¹⁴⁹.

4. *Casus y vis maior*

Más allá de la esfera de la culpabilidad se abre el territorio de la eventualidad de la manifestación de una fuerza externa, no vinculada al deudor, que convierta en imposible la realización de la prestación debida, *casus nullo praestantur*. Factor ajeno que puede concretarse en la irrupción inesperada de fenómenos o catástrofes naturales, como los ya antes mencionados, en la incidencia de hechos jurídicos que sustraigan al tráfico comercial la cosa objeto de la obligación, o en actos humanos protagonizados por terceros frente a cuyos efectos el deudor nada pueda oponer, configurando así el denominado *casus* o *casus fortuitus*, que deviene en *vis maior* cuando se presenta con un carácter absolutamente incontenible, de modo que resultaría inevitable incluso si hubiese podido preverse¹⁵⁰. Se trata, por tanto, de una contingencia extraordinaria de eficacia dirimente¹⁵¹, salvo pacto en contrario¹⁵², que sólo en

figura abstracta de un hombre adornado de unas dotes excepcionales de cautela y prudencia, superiores incluso a las del *bonus paterfamilias*, que es tomado como modelo para la determinación de la *culpa levis*. J. Daza Martínez, *El problema de los límites de la responsabilidad contractual*, p. 234 y pp. 234-237 para un análisis de esta evolución hacia un criterio de responsabilidad subjetiva por culpa=negligencia.

149 M. Serrano-Vicente, “*Custodiam praestare*”, pp. 371-377.

150 Rige en este caso el principio *impossibilium nulla obligatio* (Ulpiano D. 50, 17, 23). No está claro, sin embargo, que esta distinción fuese aceptada por los juristas clásicos, siendo más probable su acuñación por los jurisprudentes del período justiniano. De hecho, en los textos estas situaciones inesperadas y ajenas a la voluntad aparecen descritas con múltiples denominaciones (*casus*, *casus fortuitus*, *casus maior*, *vis maior*, *vis divina*, *fatum*, *fatalitas*, *damnum fatale*...), cuyas fronteras entre sí escapan a una precisa delimitación.

151 Se entiende que el deudor se libera porque “*casus a nullo praestantur*”(D. 50, 17, 23).

152 La viabilidad de este pacto yace implícita en D. 18, 1, 35, 4, cuando se establece que si la cosa vendida pereciese por hurto, en primer lugar, hay que atender a lo que los contratantes hubiesen tratado en cuanto a su custodia.

supuestos excepcionales puede dar origen a la imputación de responsabilidad por incumplimiento. Es el caso de quien se ha comprometido a entregar una cosa específica e incurre en mora antes de producirse dicho suceso, o también el de aquel contratante que cuando lo sufre ha trasgredido un límite expresamente señalado en el contrato. Hemos visto también como sobre algunas profesiones -*nauta, exercitor, caupo, stabularius*- recae una responsabilidad agravada -tal vez justificada por su escasa fiabilidad¹⁵³-, que alcanza a cualquier tipo de circunstancia y que solamente decae, como para todo deudor, ante la aparición de una fuerza irresistible, como la representada por un naufragio, un incendio, la ruina de un inmueble, o un ataque de piratas, de un ejército enemigo, o de un grupo de ladrones.

Todas las anteriores reglas de imputación del incumplimiento contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación pueden ser, no obstante, derogadas o modificadas por convenio expreso entre las partes. Por ejemplo, es posible acordar que el deudor deberá responder ante circunstancias de fuerza mayor de las que normalmente, sin mediar dicho pacto, quedaría exonerado, o bien extender a la culpa o a la infracción del deber de custodia la responsabilidad, en principio solamente dolosa, del depositario. Aunque hay, como sabemos, un límite que los contratantes no pueden traspasar, que es la avenencia dirigida a liberar al deudor, incluso, existiendo dolo por su parte.

C. Reglas de asunción del periculum

Fuera de los márgenes del sistema que integra los principios de imputación de la responsabilidad se ubica otra cuestión también cargada de notable trascendencia como es la relativa a la atribución del riesgo contractual. Ahora bien, esta precisión dista de suscribir la pretensión, formulada por algún autor, acerca de la rotunda desconexión existente entre las respectivas esferas de proyección del riesgo y de la responsabilidad¹⁵⁴. Al contrario, como han su-

153 Es la explicación que propone H. Ankum, *La responsabilità contrattuale*, p. 148.

154 Esta radical separación ha sido, fundamentalmente, defendida por E. Betti, “‘Periculum’. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano”, en *Studi in onore di Pietro di Francisci*, I, Milán, 1956, 131-197, pp. 133-136. Su argumentación ha sido sintetizada por C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, p. 81, con el siguiente esquema: I. Problema de la responsabilidad: a) responsabilidad típica de la relación en cuestión; b) extensión acordada de la responsabilidad mediante la asunción convencional de la garantía al verificarse ciertos riesgos; c) extensión automática de tal

brayado Cannata¹⁵⁵ o Cardilli, marcar una distinción tajante entre ambos conceptos supone malinterpretar las soluciones romanas¹⁵⁶. Lo cierto es que las fuentes hablan del *periculum* con referencia a hechos dañosos (*detrimentum, damnum*) que la parte que los sufre no puede controlar o evitar en ningún caso. Y que, a veces, lo hacen en contextos claramente ligados a problemas de responsabilidad, como extensión, pactada o no, del peligro a la custodia, la culpa o la fuerza mayor. Aunque, asimismo, es verdad que cuando los textos aluden al *periculum* en sentido técnico, es decir en relación con aspectos específicamente concernientes al riesgo contractual, se recurre a mecanismos independientes respecto a la responsabilidad.

En sentido amplio, por *periculum* se entiende el riesgo dependiente de un suceso de carácter prejudicial que no es atribuible a los contratantes ni a un tercero. Como sabemos, pues todavía mantiene su vigencia, en el derecho romano, en el ámbito real, prevalece el principio de que la pérdida patrimonial corre siempre a cargo del propietario de la cosa (*res perit domino*). Sin embargo, en su dimensión estrictamente obligacional, de acuerdo con las fuentes, el concepto de riesgo adquiere un sentido más específico, referido a las consecuencias que sobre la pervivencia de la exigibilidad de las respectivas prestaciones de las partes tiene la imposibilidad sobrevinida provocada por una causa ajena a las mismas. Y en este ámbito los criterios de asignación pueden ser diversos en función de los distintos tipos de contratos.

Nos encontramos, así, con que, como principio general, en las obligaciones unilaterales el peso del peligro, siempre latente, recae sobre el acreedor, ya que no pudiendo exigir la prestación, ni su equivalente, es éste quien sufre la pérdida material. Sin embargo, esta pauta admite excepciones, tanto si el deudor asumiese al contratar expresamente esta carga como si incurriera en mora, circunstancia que provoca automáticamente una traslación de los riesgos y nos introduce en el terreno de la responsabilidad. Hay, además, contratos que por su peculiaridad se ajustan a reglas específicas. Sucede, esto, con el mutuo, ya que al convertirse en propietario de la cosa prestada, el mutuario debe asumir el riesgo de la pérdida fortuita, que no le libera de su obligación

responsabilidad por mora del deudor. II. Problema del riesgo; asunción o reparto del riesgo contractual.

155 C. A. Cannata, *Sul problema della responsabilità*, pp. 81-95, ha refutado con extensos y convincentes argumentos los planteamientos de Betti.

156 R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. -II sec. d. C.)*, Milán, Giuffrè, 1995, pp. 236-237.

de restitución aunque su objeto inicial ya no exista, dado que su naturaleza genérica impide su consumición. En las relaciones contractuales bilaterales, la cuestión adquiere, sin embargo, mayor complejidad, pues se hace preciso dilucidar si, al extinguirse la obligación de una de las partes por imposibilidad no imputable al deudor de la misma, la otra parte queda asimismo liberada o si, por el contrario, sigue atada al cumplimiento de su propia prestación.

No hay, en este sentido, en el derecho romano unos principios abstractos susceptibles de aplicación universal¹⁵⁷, variando la resolución de esta cuestión -como hemos dicho- en relación con las diferentes clases de contratos. Es opinión común, además, que en el ámbito de la compraventa, en los inicios de la etapa clásica las acciones del vendedor y del comprador eran consideradas independientes, por lo que cada contratante podía exigir el cumplimiento de la prestación de la contraparte sin necesidad de ofrecer la realización de la propia. Por ello, el acreedor sólo contaba con protección legal para reclamar la ejecución del contrato mediante acciones directas contra los bienes y la persona del deudor, pero no en favor de la redención de su propia prestación. Ahora bien, respecto a la evolución posterior surgen discrepancias doctrinales entre quienes sostienen que ya en este período comenzó a desarrollarse un principio de interdependencia, por el cual la efectividad de una obligación sólo podría ser exigida por quien anteriormente hubiera cumplido u ofrecido efectuar la suya¹⁵⁸, y otro sector que retrasa la consolidación de esta pauta hasta la compilación justiniana¹⁵⁹. Mientras que otros autores colocan el

157 Así lo ha subrayado, M. Sargenti, “Rischio contrattuale (diritto romano)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, XL (1989), p. 1126.

158 Entre sus partidarios H. P. Benöhr, *Das sogennante Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburgo, Cram, de Gruyter, 1965, pp. 27-29; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, C. H. Beck, 1971, p. 530.

159 Principalmente, W. Ernst, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages: Zur historischen Entwicklung des synallamatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozess*, Berlín, Duncker & Humboldt, 2000, pp. 18-25, 42-52. Según su interpretación, esta falta de interdependencia era en buena medida suplida por la posibilidad ofrecida por el procedimiento formulario, basado en un régimen de condena pecuniaria, de oponer a la otra parte el recurso a la compensación de deudas, lo que podía ocasionar al demandante la pérdida de todo derecho. Por eso, al ir cediendo el sistema de condena pecuniaria frente a un régimen de condena *in natura* habrían ido apareciendo estos vínculos de interdependencia, luego generalizados en la codificación justiniana mediante la *exceptio mercis non traditae* concedida en favor de cualquier comprador que era demandado por el vendedor cuando éste todavía no había cumplido su contraprestación. Sobre la cuestión, B. Rodríguez-Rosado, *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 12-15.

hito fundamental en la aparición de los contratos consensuales, incluida la compraventa, frente al sistema precedente basado en la transmisión real o al contado de la propiedad de la cosa, lo que habría provocado que el problema del riesgo cobrara virtualidad práctica¹⁶⁰.

En cualquier caso, aunque sobre el vendedor pesa un especial deber de custodia dirigido a asegurar la conservación de la cosa hasta su transmisión, domina la tesis¹⁶¹ de que en la relación de compraventa triunfa el principio *periculum ist emptoris*¹⁶², por el cual el riesgo por la pérdida o destrucción del bien acontecida entre el perfeccionamiento del contrato, es decir el nacimiento de la obligación de entrega¹⁶³, consumado por el recíproco consentimiento,

160 V. Arangio Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, 2ª edición, Nápoles, Jovene, 1954, vol. I, pp. 45-46, sitúa esta transición entre el siglo III y el II antes de Cristo. Pero la doctrina romanista no ha sido capaz de llevar a un punto de acuerdo la discusión respecto a las causas que explican esta evolución. Frente a la tesis tradicional que radica su génesis en la *stipulatio*, J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador*, p. 17, subraya la importancia del establecimiento de relaciones comerciales con extranjeros regidas por el *ius gentium*, empezando a ser frecuente la ausencia de la entrega simultánea de las prestaciones, y en particular del precio.

161 La discusión sobre esta cuestión ha sido, no obstante, muy prolongada e intensa, manejándose entre los defensores de cada una de las posturas enfrentadas muy diversos argumentos. A favor de la vigencia de este principio se han manifestado, por ejemplo, Windscheid, Saleilles, Ihering, Girard, Cuq y Schuz, y la han opuesto objeciones, Hartman, Merkel y parcialmente, García Garrido, así como, desde posiciones historicistas, Vulteyo, Cujacio, Arno, Mitteis, Arangio Ruiz, Betti, y Kunkel, entre otros. J. Arias Ramos, "La doctrina del riesgo en la compraventa romana", en *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, Colegio Notarial de Barcelona, 1947, 99-122, pp. 108-117. Una síntesis acerca de las distintas interpretaciones sobre las que se ha vertebrado el debate en M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 390-397, quien, atendiendo a lo dispuesto en las fuentes, finalmente se decanta por la efectiva virtualidad, a falta de pacto en contrario, del principio que atribuye el riesgo al comprador, si bien únicamente cuando la compraventa se considera perfecta, en el sentido de que no existe impedimento alguno para realizar la entrega de la cosa.

162 Su vigencia está claramente formulada en las Instituciones 3, 23, 3: "Cum autem emptio et venditio contracta sit, periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori, tradita non sit... Quidquid enim sine dolo et culpa, venditori accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet...". Otros preceptos donde se percibe su presencia: D. 18, 5, 5, 2; D. 19, 1, 50; y D. 18, 6, 8 y 9.

163 J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador*, pp. 19-20, basándose en las fuentes romanas, sostiene, sin embargo, que el principio no era directamente

y la *traditio* de su objeto¹⁶⁴, lo asume, con independencia de si existe culpa de su contraparte, el comprador¹⁶⁵. Sin embargo, esta regla, susceptible de ser modificada por las partes¹⁶⁶, presenta varias excepciones en las que el riesgo recae sobre el vendedor: la supeditación de la venta a una condición suspen-

aplicable a la denominada *emptio contracta*, es decir, la compraventa ya celebrada en la que media acuerdo sobre el precio y la cosa, sino a la *emptio perfecta*, que designa a la compraventa ya celebrada en la que no existen impedimentos para la entrega del bien vendido. La doctrina ha debatido acerca de si la noción de *emptio perfecta* nace en el período clásico o si es creación de la compilación justiniana.

164 A finales del siglo XIX aparecieron autores que, por el contrario, sostuvieron la tesis de que en el derecho romano clásico el riesgo únicamente se trasladaba al comprador mediante la entrega de la cosa. Así, C. Arnó, “La teoría del *periculum rei venditae* nel diritto romano classico”, en *Giurisprudenza italiana*, Turín, 1897, parte IV, pp. 209-211; F. Haymann, “Textkristische Studien zum römischen Obligationenrecht, II, *Periculum est emptoris*”, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, 41 (1920), pp. 44-46.

165 Interesan, por ejemplo, M. Bauer, *Periculum est emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, Duncker & Humblodt, 1998; M. Pennitz, *Das periculum rei vendita*, Viena, Böhlau, 2000. La doctrina ha debatido largamente sobre el origen y la justificación de este principio, que parece entrar en contradicción con la regla general que rige en la vertiente real de la problemática del riesgo. No me detendré en la descripción de cada una de las explicaciones propuestas, limitándome a la enumeración de las que han obtenido mayor eco. Algún autor ha sostenido que, si bien el comprador todavía no es dueño de la cosa, se encuentra en disposición de serlo en virtud del cumplimiento del contrato. Otros han recurrido a la interdependencia recíproca intrínseca en el carácter sinalagmático del contrato de compraventa. Igualmente, se ha defendido su justificación en el carácter de negocio de conclusión inmediata propio de la compraventa. También se ha querido explicar en relación con la conveniencia social de evitar al vendedor los peligros de la navegación cuando la entrega requería una travesía marítima. Asimismo, se ha buscado su motivación en el desequilibrio susceptible de producirse entre el valor oscilante de la cosa vendida y el carácter más estable de los precios. Se ha aducido, igualmente, que obedece a un sistema de reparto de los riesgos entre el comprador y el vendedor, que respondería de forma agravada por custodia. Finalmente, se ha propuesto vincularlo al dilatado plazo frecuentemente señalado para la entrega de géneros y el consiguiente posible deterioro de la mercancía que aún permanece en poder del deudor. Véase, F. Fernández de Buján, *Sistema Contractual Romano*, pp. 250-251. Una de las interpretaciones más conocidas ha sido la ofrecida por P. Ourliac y J. de Malafosse, *Derecho romano y francés histórico*, Barcelona, Bosch, 1960, I, pp. 436-437, al sostener que Justiniano la justificaba porque así como el comprador desde el perfeccionamiento del contrato se beneficia tanto de la accesión como de la plusvalía de la cosa, también es justo que soporte su pérdida.

166 P. Jörs- W. Kunkel, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1966, pp. 328-329.

siva o a la llegada de un término; cuando su objeto sea una cosa genérica y aún no se haya producido su singularización a través de su número, peso o medida; cuando todavía no se haya separado de la masa patrimonial en la que estuviese integrada; en los casos en los que la compraventa se somete al requisito de la prueba o degustación de la cosa; y cuando al vendedor se le concede la posibilidad de elegir entre varias prestaciones¹⁶⁷. La asunción del riesgo por parte del comprador tiene, sin embargo, una contrapartida en la atribución a su favor, pronto reconocida por vía jurisprudencial, de los frutos y accesiones de la cosa adquirida desde el momento de la perfección de la transacción¹⁶⁸. Devolución de los frutos que igualmente se impone, pero en sentido bidireccional, así como la indemnización por los gastos generados, en el supuesto de haberse cerrado un pacto de *lex commissoria*, que supone una alteración del régimen de riesgos. De tal manera que en el caso de producirse el perecimiento de la cosa, el comprador responderá si hubiese sido por culpa suya (Ulpiano, D, 18, 3, 4 pr.), pero no cuando la pérdida acaeciese por caso fortuito y antes de expirar el plazo establecido, si bien el vendedor podrá reclamarle el pago del precio (Pomponio, D, 18, 3, 2); no obstante, una vez manifestada su intención de resolver, será el vendedor quien asuma el riesgo de la desaparición no imputable al comprador del objeto del negocio¹⁶⁹.

En contraste, en el campo del arrendamiento de cosas, la *locatio conductio*, los juristas clásicos tendieron a interpretar que si uno de los contratantes se veía impedido para satisfacer su prestación por razón del perecimiento del bien motivado por una fuerza mayor, tampoco la contraparte estaba forzada a realizar la suya¹⁷⁰. Aunque hay otras figuras contractuales en las que la solución resulta más complicada, como es el caso de la *aestimatio*, pues si bien el principio general apunta hacia la atribución al *accipiens* del riesgo de la pérdida de la cosa que, previa valoración, le ha sido entregada para ser vendida,

167 J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador*, pp. 20-23.

168 No está claro si este principio es, o no, de acuñación clásica, aunque así lo sugiere un texto de Paulo (D. 18, 6, 7pr.)

169 B. Rodríguez-Rosado, *La conformación progresiva del sinalagma funcional*, p. 18. Sobre estas cuestiones interesa J. Arias Ramos, *La doctrina del riesgo en la compraventa romana*, 99-122.

170 M. Kaser, "Periculum locatoris", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 74 (1957), 154-200. J. Miquel, "Periculum locatoris", en *SZ*, 81 (1964), 134-190. Esta regla encuentra plasmación en Ulpiano (D. 19, 2, 15, 2) y Alfeno Varo (D. 19, 2, 27, pr.).

obligándose a restituir su precio estimado¹⁷¹, en algunos textos clásicos únicamente se le hace responsable por dolo y culpa y, excepcionalmente, del caso fortuito¹⁷². Una contradicción que ha provocado largas e intensas discusiones doctrinales, en las que se han involucrado desde los juristas del *ius commune* hasta la pandectística, y que, tal vez, simplemente, refleja la tendencia visible en el derecho justinianeo a confundir cuestiones propias de la responsabilidad con la materia del riesgo¹⁷³. Pues no hay que olvidar que la mención al riesgo constituye, en definitiva, una constante en las fuentes en relación con los casos en los cuales el feliz término de un negocio, o de una operación, se hace depender de la actuación de una de las partes. El ejemplo más frecuente es el del préstamo marítimo en el que el acreedor soporta el riesgo de las posibles contingencias sufridas durante el viaje, en la medida en que solamente podrá reclamar la restitución del objeto del mutuo si la nave que transporta las mercancías compradas con el dinero prestado para ello, o el propio dinero, arriba a buen puerto¹⁷⁴.

IV. *Ecos de la institución en la legislación histórica castellana*

A. Difuminación conceptual de la imposibilidad sobrevenida

A diferencia de la compleja construcción doctrinal que envuelve la configuración de esta institución a lo largo de las distintas etapas en las que se

171 Así, según D. 19, 3, 1,1: “Aestimatio autem periculum facit eius qui suscipit; aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit”. Este precepto, y la amplia literatura que ha generado, ha sido estudiado por P. Domínguez Tristán, «¿Aestimatio autem periculum facit eius qui suscipit?: Análisis de D. 19, 3, 1, 1 Ulp. 32 AD ED», en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, 323-334.

172 Es la solución adoptada en D. 19, 5, 17, 1 y en el fragmento 2, 4, 4 de las *Sententiae* de Paulo.

173 Es la interpretación que hace A. Alemán Monterreal, “Sobre el riesgo y la responsabilidad del accipiens en el aestimatum”, en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil del Roma al derecho moderno*, 59-68. En su opinión, en D. 19, 3, 1, 1, no se trata de un problema de riesgo contractual, sino que junto a la obligación fundamental del accipiens, el pago de la *aestimatio*, se señala otra obligación, la restitución de la cosa, que sólo se producirá en el supuesto de que resulte invendida.

174 Este caso es citado por Paulo (D. 2, 14, 3); Modestino (D. 22, 2, 1 y D. 22, 2, 3); y Papiniano (D. 22, 2, 4, pr.) Véase C. A. Cannata, *La responsabilità contrattuale*, pp. 174-175.

vertebra el sistema jurídico romano, muy pálido es el reflejo que de su presencia descubrimos en los siglos posteriores a la luz del tratamiento merecido en las fuentes legales castellanas y del debate interpretativo suscitado en torno suyo. En este sentido, al igual que no parece sostenible, ni siquiera en la que constituye nuestra referencia fundamental, las Siete Partidas, la existencia de una teoría general de las obligaciones, tampoco encontramos una clara concreción conceptual del problema de la imposibilidad sobrevenida. De igual modo que la ausencia de unas pautas homogéneas aplicables al contrato en abstracto, imponen la necesidad de explorar las peculiaridades ofrecidas por cada tipo de contrato en particular¹⁷⁵.

No son ahora, por tanto, las diversas categorías de acciones las que determinan la suerte de la obligación frente a la aparición de alguna circunstancia que convierta en inviable el cumplimiento de la prestación, sino que las soluciones adoptadas frente a esta mutación de la situación variarán en función de la modalidad contractual ante la que nos encontremos. Sin embargo, con carácter general rige el principio de que la pérdida o el deterioro sustancial de la cosa cierta que es objeto de la obligación adquiere un efecto extintivo de la misma cuando el acaecimiento de esta contingencia no sea imputable al deudor y se produjese antes de vencer el plazo fijado para su entrega o de que el deudor hubiese caído en mora por habersele reclamado en juicio; estando obligado el deudor, en el caso contrario, esto es, si hubiese obrado con culpa o con engaño, al pago de su valor estimado¹⁷⁶.

De hecho, la exoneración de cargas ligada a este resultado involuntario

175 En esta línea, E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 15. Argumenta, también, este autor, p. 19, que, en términos generales, el derecho de contratos no está entre las materias que cuentan con un mayor número de glosas y comentarios en la literatura jurídica, constituyendo una materia regularmente pacífica si se compara, por ejemplo con el derecho de sucesiones.

176 *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Majestad*, Salamanca, Andrea de Portinaris, 1555, edición facsímil, Madrid, BOE, 1985, [V, XIV, IX]: “Como por muerte de la cosa señalada sobre que es fecho el obligamiento es quito el debdor. Bestia o otra cosa cierta deuiendo vn ome a otro, si aquella cosa se perdiessse, o se muriesse ante del plazo a que la deuia dar, o si el plazo non fuesse puesto ante que el otro gela demandasse por juyzio, si la perdida o la muerte non auino por culpa, nin por engaño del debdor, quito es de tal debdo. Mas si se perdiessse, o se muriesse por su culpa o por el engaño que el deudor fiziesse, estonce tenuto seria de pechar la estimación della (...)”.

se predica también fuera del ámbito contractual. Por ejemplo, en el terreno procesal, beneficia al poseedor de aquella cosa que debe ser presentada en juicio, cuando ésta se perdiese sin culpa suya, sin existir engaño o falsedad por su parte, o desconociendo, al desprenderse de ella, que le iba a ser reclamada¹⁷⁷. Al igual que ocurre con el demandado que no tuviese en su poder o que hubiese extraviado por causa ajena a su control el bien mueble reclamado¹⁷⁸. No obstante, la responsabilidad del poseedor de cosa ajena por la destrucción de la misma suele hacerse depender de si ésta se produjo antes o después de interponerse la demanda. Así, en el Fuero de Soria, y en referencia a la *commenda*, una vez realizado el requerimiento se impone al deudor el pago del duplo del valor de la cosa y los frutos producidos con independencia de si hubo, o no, culpabilidad por su parte, mientras que si el pleito todavía no se hubiese planteado, su obligación se limita a su simple valor, junto a sus frutos¹⁷⁹. Lo habitual es, con todo, que las fuentes concentren su atención en

177 *Siete Partidas*, [III, II, XVIII]: “Que derecho es si se pierde la cosa sin culpa del tenedor della. Ave, o bestia, o sieruo que alguno ouiesse tenido en su poder, si después se le fuesse sin su culpa, non faziendo el y engaño, nin falsedad, o non sabiendo que gelo querían demandar, lo ouiesse embiado a otra parte, tan luene que lo non pudiesse auer luego que gelo demandasen, para mostrarlo en juyzio en tal razón como esta, nin en otra semejante della non es tenuto el demandado de lo mostrar. Pero si aquel a quien demandan dixere, que maguer que non la tiene aquella cosa que ha derecho en ella, entonce deue dar fiador, que si tornare en su poderío, que la demostrara en juyzio. Mas si por aventura el demandado dixesse que aquella cosa non la tiene, nin se quería trabajar de cobrarla, nin la amparar maguer la cobrasse el que aquesto fiziesse en tal razón dezimos, que si el non la desamparo engañosamente por su culpa, non es tenuto de responder mas por ella, nin dar fiador”. En contraste, la ley siguiente [III, II, XIX], regula “Que pena merescen los que matan, o trasponen la cosa mueble que es demandada en juyzio (...)”.

178 *Las Siete Partidas*, [III, II, XXIV]: “Que derecho es si el judgador da por quito al que demanda la cosa, e el es tenedor della. Da a las vegadas por quito el judgador al demandado, porque la cosa mueble quel demandan non la tiene, o porque la perdió sin su culpa, e sin su engaño. Pero si después fallare que es tenedor della non se puede defender el demandado, por dezir que ya fue quito de aquella demanda por juyzio. Ca non lo quitaron en la primera demanda, si non porque la non podía mostrar. Mas si despues la cobra, por qual manera quer que fuesse: tenuto es demostrarla como de primero. Ca bien deue todo ome entender, que el quitamiento, non fue fecho, si non por razón que la non tenia (...)”.

179 *Fuero de Soria* (G. Sánchez, *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, Centro de Estudios Históricos, 1919), [378]: “(...) Et si en otra manera el gela tomare e non gela entregare luego a su sennor quando gela demendidiere e dende en adelante se perdiere, que gela peche al que gela acomendo, si quier se pierda por su culpa, si quier no. Et si ella comienda fuere atal cosa de quel tenedor leuo o pudiera leuar el sennor

las consecuencias derivadas para el deudor de la prestación por la pérdida o la desaparición del objeto de la misma mediando una causa en la que su comportamiento hubiese sido determinante.

B. Responsabilidad del deudor de la prestación

1. Culpa y negligencia. Delimitación de su ámbito en los diferentes tipos contractuales

Naturalmente, la razón más obvia para justificar la imputación del deudor reside en que su actuación hubiese contenido algún elemento doloso. Sin embargo, la noción de dolo manejada en nuestras fuentes aparece, fundamentalmente, vinculada a los defectos del consentimiento que vician el contrato en el momento de su constitución¹⁸⁰. Por eso, su perfil se completa con su caracterización como *dolus malus*, es decir, no el engaño realizado con buena fe y con una finalidad plausible, sino el provocado con un ánimo malicioso¹⁸¹, la maquinación basada en la mentira, la tergiversación o la ocultación de la verdad¹⁸². Dolo que, al igual que sucedía en el derecho romano, no puede

della esquimos o fruytos, que sea tenuto de gelos dar. Et si menos de pleyto non lo pudiere auer, que gelo peche doblado e con las engueras e con los fruytos e los esquimos segund dicho es”.

180 Así en *Siete Partidas*, [VII, XXXIII, XI] se define: “Dolus en latin, tanto quiere decir en romance, como engaño (...)”.

181 *Siete Partidas*, [VII, XVI, II]: “Que departimiento ha entre los engaños. Departimiento y ha entre los engaños. Ca tales y ha que son buenos, e tales que malos, e buenos son aquellos que los omes fazen a buena fe e a buena intención, assi como por prender los ladrones, o los robadores, e algunos otros que fuessen malos, e dañosos al Rey, e a los otros de su señorío, o los que fuesen fechos contra los enemigos conocidos, o contra otros que no fuessen enemigos, que se trabajasse de buscar mal engañosamente a algunos, e ellos por se guardar de su engaño engañan a aquellos que los quieren engañar. E los engaños malos son todos los otros que son contrarios destes. Pero como quier que pueda ome engañar sus enemigos, con todo esso non lo deue fazer en aquel tiempo que ha tregua, o segurança con ellos porque la fe, e la verdad que ome promete deue la guardar enteramente a todo ome de qualquier ley que sea, maguer sea su enemigo”. Se trata del mismo tipo de dolo al que se referían los doctores del *ius commune*: conducta *scienter* (Bartolo); *ex propósito* (Baldo) o *animus nocendi* (Alciato).

182 *Siete Partidas*, [VII, XVI, I]: “Que cosa es engaño, e quantas maneras son del. Dolus en latin tanto quiere dezir en romance como engaño, e engaño es enartamiento que fazen algunos omes los vnos a los otros por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas

ser desactivado como factor determinante de la adquisición de responsabilidad mediante un pacto entre las partes¹⁸³. Ahora bien, no encontramos alusiones expresas al dolo en relación con las cuestiones que concentran nuestra atención.

Es, por tanto, la culpa la noción que normalmente se utiliza para calificar genéricamente esta conducta reprochable que comporta incurrir en responsabilidad. Y al caracterizarla, las *Siete Partidas* continúan fieles a la vieja división tripartita fabricada por la doctrina justiniana. Así, la culpa lata se describe como aquella culpa manifiesta propia del hombre incapaz de entender lo que cualquier otro o la mayoría entendería, por lo que cabe equipararla a la necedad o al engaño, esto es, al dolo; poniéndose como ejemplo, el de alguien que dejase la cosa tomada en guarda a la puerta de su casa durante la noche. A su vez, la culpa leve es asimilada a la pereza y la negligencia, mientras que, finalmente, la culpa levísima se le atribuye a aquella persona que no sabe cuidar la cosa como lo haría otro hombre dotado de buen sentido¹⁸⁴. Veamos,

que dizen con intención de los engañar, e de los decebir. E a este engaño dizen en latin *dolus malus*; que quiere tanto dezir como mal engaño. E como quier que los engaños se fagan en muchas maneras: las principales dellas son dos. La primera es quando lo fazen por palabras mentirosas, o arteras. La segunda es quando preguntan algun ome sobre alguna cosa, e el callasse engañosamente non queriendo responder, o si responde dize palabras encubiertas de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño”.

183 *Siete Partidas*, [V, XI, XXIX]: “Que la promisión que ome fiziesse a su mayordomo, o a su despenssero que le non demandasse el furto o el engaño que le fiziesse que non vale. Condicion o prometimento, faziendo algund ome asu mayordomo, o a su despensero que non le demandasse engaño nin furto que le fiziesse, dende adelante; non valdria tal pleyto, ni tal promission: E esto es, por que los tales pleytos podrían dar carrera a los omes de fazer mal, e non deuen ser guardados (...)”.

184 *Siete Partidas*, [VII, XXXIII, XI]: “(...) E lata culpa tanto quiere dezir, como grande, e manifiesta culpa assi como si algun ome non entendiesse todo lo que los otros omes entendiesen, o la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como necedad que es semejança de engaño. E esto seria, como si algun ome tuuiesse en guarda alguna cosa de otro, e la dexasse en la carrera de noche, o a la puerta de su casa, non cuidando que la tomaría otro ome. Ca si se perdiessse, seria porende en grand culpa, de que non se podría escusar. Esso mesmo seria, quando alguno cuydasse fazer contra el mandamiento del señor sin pena, o si fiziesse otros yerros semejantes de alguno destos. Otrosi dezimos, que yha otra culpa aque dizen leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otra yha aque dizen leuissima, que tanto quiere dezir, como non auer ome aquella semencia en aliñar, e guardar la cosa que otro ome de buen seso auria si la tuuiesse (...)”. Gregorio López, glosa (a) a esta ley: “*Dolus malus est machinatio facta cum fraudis, cum verbis mendacibus, re-*

ahora, pues, como se define y se manifiesta esta culpabilidad en función de los distintos tipos de contratos, para lo que nos acomodaremos al orden sistemático adoptado en las Partidas, que, como hemos señalado, constituyen el texto legal donde encontramos nuestro principal apoyo.

1.1. Comodato

Fijándonos, en primer lugar, en los contratos de préstamo, tenemos que, en el caso del mutuo de bienes fungibles, la propia ley de Partidas vincula a la transmisión del dominio ligada a la entrega de la cosa prestada el traslado al mutuario tanto de la obligación de devolver ésta, u otra de igual género y cantidad, en el plazo previsto, bajo la amenaza, en caso contrario, del pago de la pena fijada o de los daños y menoscabos provocados, como la asunción del riesgo de su pérdida, incluso si viniese provocada por un caso fortuito¹⁸⁵.

No obstante, la modalidad del préstamo que recibe una mayor atención en relación con los peligros que amenazan a la conservación de la cosa temporalmente transmitida es el comodato, cuyas notas esenciales residen en su gratuidad, su finalidad vinculada a un uso cierto de su objeto -que no es susceptible de ser contado, pesado o medido- por un tiempo determinado, y la obligación de la restitución de idéntica cosa, en su especificidad, que al vencimiento del término fijado recae sobre el comodatario¹⁸⁶.

Dentro de esta común caracterización, el comodato presenta, sin embargo, diferentes variantes¹⁸⁷. La primera de ellas es aquella, *gratia recipientis*,

latis seu coloratis, causa decipiendi, & et est dúplex dolus: vnus qui sit per verba mendacia, vel sagacia, alius per taciturnitatem non respondendo ad interrogata, vel respondendo per verba ambigua, seu velata”.

185 *Siete Partidas*, [V, I, X]: “Que fuerça ha el emprestamo, e que pena deue auer el que lo non tornare. Tal fuerça ha el préstamo que los omes fazen vnos a otros, de las cosas que se pueden contar, o pesar, o medir, que luego que passa la cosa a poder de aquel a quien fue prestada, que maguer la queme fuego, o la lleue agua, o la furten ladrones, o la pierdan por otra manera qualquier, por de aquel se pierde que la rescibe prestada, e non por del otro que la presto. Otrosi dezimos, que aquel que toma la cosa prestada, si non la torna a la sazón que deuia, que tenuto es de pechar, aquella pena, que se obligo por esta razón. E si pena no fue puesta, deue pechar los daños, e los menoscabos, que rescibio el otro, en demandar la cosa que le presto (...)”.

186 E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 72-73.

187 Gregorio López, glosa a *Partidas* [V, II, II]: “Contrahitur commodatum tribus modis, aut gratia recipientis, aut gratia dantis, aut grata utriusque (...)”.

en la que el préstamo se realiza en beneficio exclusivamente del comodatario¹⁸⁸, lo que comporta la asunción por éste de un deber de guardar la cosa poniendo el mismo cuidado que si tratase de un bien propio. De tal modo que, en el caso de producirse por su culpa, incluso levísima, o su falta de celo, la extinción o el deterioro de lo que recibió, planea sobre él la obligación de entregar al comodante otra cosa de idéntica calidad; mientras que, por el contrario, si su desaparición o menoscabo la hubiese provocado un caso fortuito o cualquier circunstancia que, igualmente, hubiese ocasionado su pérdida si hubiera estado en manos de su dueño, quedará eximido de pechar por ello, salvo que este hecho aconteciese cuando, trascurrido ya el plazo establecido, no hubiera realizado su devolución¹⁸⁹.

188 Gregorio López, glosa (a): “Gracia al que la rescibe”, a *Partidas* [V, II, II];, señala que si no consta expresamente a quien beneficia el contrato, se presume que favorece al depositario: “Et si non constat cuius gratia factum sit, regulariter praesumitur factum commodatarii gratia (...)”.

189 *Fuero Real* (*Fuero Real*. Leyes de Alfonso X, II, edición y análisis crítico por G. Martínez Díez, con la colaboración de J. M. Ruiz Asencio y C. Hernández Alonso, Ávila, Fundación Sánchez Albornoz, 1988), [III, 16, 2]: “Si el emprestado es fecho a pro daquel solamient que lo recibí e pierde la cosa por su culpa, grand o pequenna, quantaquier que sea la culpa sea tenido de dar la ualía a so duenno; pero si se perdiere por alguna desauentura, non sea tenido de la dar, si la desauentura non uino por su culpa o si non fizo pleyto de darla a so duenno maguer que la perdió por qual desauentura quiere, et si ge la touo más sin razón derecha que non la ouiera de tener e después del tiempo que lo ouiera de dar se perdió. Ca por estas razones en uno por cada una dellas por sí es tenido el que lo recibió el empréstido de darlo a qui ge lo dio, maguer que lo pierda por alguna desauentura; et esto sea si se non perdiere por su muerte natural, ca si murió de su muerte o se perdió de tal guisa que so duenno la perdiera, maguer non ge la prestasse, non sea tenido de ge la dar”.

Siete Partidas, [V, II, II]: “En que manera se faze el prestamo, a que dizen en latin commodatum, e cuyo peligro es si se pierde, o se muere, o se empeora la cosa emprestada. Departieron los sabios antiguos, que el prestamo del comodato, se faze en tres maneras. La primera es, quando el que empresta la cosa, la empresta con entención de fazer gracia al que lo rescibe, tan solamente, e non por pro de si mismo. E esto seria, como si emprestasse vn ome a otro cauallo, o arma, o otra cosa semejante, que ouisse menester. E de tal préstamo como este, dezimos que aquel que lo rescibe, que es tenuto delo guardar tan bien como si fuesse suyo proprio, e aun mejor si pudiere. E si lo non fiziesse assi, si se perdiesse, o se muriesse, o si lo empeorasse por su culpa, o por descuydamiento, tenuto es de pechar otra tal cosa, e tan buena, a aquel que gela presto. Empero si esto auiniesse por ocasion, e non por su culpa, estonce non seria tenuto delo pechar...”.

A tenor de lo establecido en las Partidas¹⁹⁰, la responsabilidad frente a estas contingencias se mide en términos de culpa o de “descuydamiento”, lo que parece introducir una distinción entre la culpa y la simple negligencia, si bien de la culpa se predica en el Fuero Real su efectividad, ya sea “grand o pequenna, quantaquier que sea”, con pleno encaje, pues, con el deber señalado por las Partidas al comodatario, que: “es tenuto de lo guardar tan bien como si fuesse suyo proprio, e aun mejor si pudiere”, lo que comporta la exigencia de una diligencia reforzada. Obviamente, aunque no se alude expresamente a su posible concurrencia, esta responsabilidad se extiende también al dolo, que las Partidas asocian a un engaño malo “que fazen algunos omes los unos a los otros, por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas”¹⁹¹. Noción que la doctrina precisa, haciendo referencia a la intención maliciosa de hacer daño, integrando también dentro de sus contornos la ocultación falaz de este propósito de causar un mal o de perpetrar un fraude¹⁹². Al mismo tiempo que como rasgos que lo diferencian de la culpa lata, la más próxima en su gravedad, se apela a que el dolo requiere de “scientia” e “industria” y que comporta la existencia de un “animus damnun inferendi”, mientras que la culpa resulta de una simple “inconsideratione”¹⁹³, si bien ésta debe, necesariamente, aparecer vinculada a una acción u omisión relacionada con una obligación recayente sobre el sujeto, requiriendo, por tanto, ser personalmente suya o

190 Acerca de la regulación romana de esta modalidad de contrato de comodato y el debate suscitado, al respecto, en la doctrina, véase E. Varela, “La sistematización de la responsabilidad del comodatario en las leyes de Partidas”, en A. Murillo Villar, *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, pp. 895-906, pp. 898-900.

191 *Siete Partidas*, [VII, XVI, I]: “Que cosa es engaño, e quantas maneras son del. Dolus en latin tanto quiere dezir en romance como engaño, e engaño es enartamiento que fazen algunos omes los vnos a los otros por palabras mentirosas, o encubiertas, e coloradas que dizen con intención de los engañar, e de los decebir. E a este engaño dizen en latin dolus malus, que quiere tanto dezir como mal engaño. E como quier que los engaños se fagan en muchas maneras, las principales dellas son dos. La primera es quando lo fazen por palabras mentirosas, o arteras. La segunda es quando preguntan algun ome sobre alguna cosa, e el callasse engañosamente non queriendo responder, o si responde dize palabras encubiertas de manera que por ellas non se puede ome guardar del engaño”

192 Gregorio López, glosa (c), “O arteras” a *Siete Partidas* [VII, XVI, I] señala también como dolosa la maquinación mental para producir un engaño. Y la mencionada caracterización esta formulada por Luis de Molina, *De Iustitia tomus secundus: de contractibus*, Cuenca, Oficina Michaelis Serrano de Vargas, 1597, disp. 293, cols. 268-269.

193 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp.. 293, cols. 269-271.

a él indirectamente imputable por persona interpuesta¹⁹⁴. La jerarquización de los niveles de culpa se ajusta, con todo, a los patrones tardorromanos. Así, en la culpa lata, que se hace prácticamente equivalente al engaño y, en consecuencia, se entiende inexcusable, se incurre cuando el comodatario no hace u omite aquello que cualquier otro hombre haría u omitiría. La culpa leve se asocia a la inobservancia de la conducta propia de una persona normalmente diligente. Mientras que la culpa levísima se contrae en el caso de no reproducir el comportamiento que guardarían aquellos hombres que se distinguen por su buen juicio y su extraordinaria diligencia habitual¹⁹⁵.

Conviene, también, reseñar que la muerte del comodatario transmite a sus herederos el deber de restitución. De tal modo que si aquél que recibió la cosa prestada la hubiese perdido en vida, o si, después de su fallecimiento, lo hicieron sus herederos, con culpa de aquél o de éstos, los últimos estarán obligados de forma mancomunada a pechar por su valor en proporción con la cuota correspondiente a cada uno en la masa hereditaria, o bien a comprar otra cosa igual y tan buena como la original¹⁹⁶. Dándose análoga respuesta a la posibilidad de que el préstamo se haya realizado en beneficio simultáneo de dos o más prestatarios, pues, a no ser que hubiesen aceptado obligarse solidariamente por el todo, también éstos deberán repartirse, en consonancia con su respectiva participación en el objeto del contrato, el importe de la indemnización¹⁹⁷.

194 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 293, cols. 271-272. A este respecto, E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 76-77.

195 Modalidad que Gregorio López, glosa (b) “O por descuydamiento” a *Siete Partidas* [V, II, II], define en los siguientes términos: “Ista est levissima culpa, que est deuiatio in circumspecta ab ea diligentia, quam habet communiter, diligentiores, & diligentissimi homines; vnde si diligentissimus praecavisset et tu nescivisti praecauere...”.

196 *Siete Partidas*, [V, II, V]: “Como los herederos del finado deuen tornar la cosa que rescibio emprestada, aquel a quien ellos heredan (...) Otrosi dezimos, que si aquel tomo la cosa prestada, la perdio en su vida, o la perdieron sus herederos, después que el murió, por su culpa, que son tenudos cada vno dellos dela pechar, pagando cada vno su parte, en aquella cosa, segund valier, o deuen comprar otra tal, como aquella, e tan buena, e darla a aquel cuya era, la otra que se perdió (...)”. Nótese la diferencia existente entre la alternativa ofrecida aquí a los herederos del comodatario y la única opción, la de entregar una cosa idéntica, que se impone a éste en *Siete Partidas* [V, II, II].

197 *Siete Partidas*, [V, II, V]: “(...) E aun dezimos, que si vna cosa fuere emprestada, a dos omes o mas, e quando gela emprestaron, non se obligassen cada vno dellos en todo para tornarla, si aquella cosa se perdiessse tenudos son cada vno dellos, de pechar su parte, e non mas”. Sin embargo, Gregorio López, en su glosa (e) “Su parte, e non en mas”, con-

Distinta modalidad del comodato es aquella, *gratia utriusque*, que se realiza en beneficio compartido de ambos contratantes¹⁹⁸. En este supuesto, lo que se reclama del comodatario es que guarde lo recibido con el mismo cuidado que pondría en sus pertenencias personales. Por lo que, en el caso de que se produjese su pérdida, extinción o deterioro, solamente si faltase a este requerimiento se le impondrá la sanción de pechar su equivalente, no considerándose suficiente para su imputabilidad que “se perdiese por ser el de mal recabdo”¹⁹⁹. Tenemos, pues, que la medida de la responsabilidad del comodatario viene marcada por la demanda de que no relaje su nivel de diligencia por tratarse de una cosa ajena. Es decir, pagará por dolo, por culpa lata y por culpa leve, pero ésta no vendrá calibrada por la concordancia de su actitud con la atribuida a una figura idealizada como la del buen padre de familia, sino con la suya propia habitual como titular de una obligación²⁰⁰; es por tanto, un supuesto de responsabilidad por *culpa in concreto*.

Existe todavía una tercera forma de comodato, *gratia dandis*, que es el concertado con la finalidad principal de aprovechar o favorecer al comodante. Su peculiaridad reside en que el tenedor de la cosa prestada solamente responderá por su pérdida, perecimiento o menoscabo cuando obrase de mane-

sidera contraria a la opinión dominante en el *ius commune* la asunción de la obligación mancomunada, que en todo caso califica como secundaria, por derivarse de la situación de peligro, frente a la principal, que está ligada a la restitución. A su vez, en relación con la pluralidad de comodatarios, Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 297, col. 298, entiende que si el dolo o la culpa únicamente le fuese imputable a uno de los comodatarios, la responsabilidad por el daño sufrido por la cosa recaerá exclusivamente sobre este.

198 Su interpretación por la doctrina romana en E. Varela, *La sistematización de la responsabilidad del comodatario*, pp. 903-904.

199 *Siete Partidas*, [V, II, II]: “(...) La segunda manera de prestamo es: quando de la cosa emprestada, se aproueche, tan bien el que la da, como el que la rescibe, e esto seria como si dos omes conbidassen a comer de so vno aun su amigo, e el vno dellos oviesse vasos de plata; e el otro non, e aquel que los non auia, rogasse al otro, que le prestasse, aquellos vasos, con que beuiesse para fazer honrra, e plazer a aquel su amigo. E de tal prestamo como este, o otro semejante del, dezimos que aquel que lo rescibe, non es tenuto de guardarle, mas que faria las sus cosas proprias. E por en de guardandolo el, assi como lo suyo, maguer se perdiesse por ser el de mal recabdo, no seria tenuto delo pechar (...)”.

200 Gregorio López, glosas (e) “Proprias” y (f) “Por ser el de mal recabdo” a *Siete Partidas* [V, II, II]. Lógicamente, esta exoneración de responsabilidad desaparecerá si ese “mal recabdo”, en principio, no penalizado, acaba convirtiéndose, por su dimensión, en culpa lata, incluso aunque esta fuese su actitud habitual en sus propios negocios.

ra engañosa, lo que hay que entender referido a la existencia de dolo o culpa lata por su parte²⁰¹.

Una cuestión importante tratada por la doctrina es la referida a que el factor causante de la pérdida o desaparición de la cosa o cosas recibidas en préstamo haya afectado también a otras pertenencias del comodatario. El grado de responsabilidad que cabe exigirle, entonces, depende de si su comportamiento denotó una mayor preocupación por poner a salvo sus propiedades que las ajenas. Así, el tenedor de los bienes deberá afrontar el pago por su destrucción si, alertado de la amenaza que se cernía sobre ellos y viendo imposible preservar la integridad de todos, hubiese optado por rescatar los suyos, abandonando el resto, pues, antes esta decisión, a no ser que probase lo contrario, se presume que en su actuación hubo dolo²⁰².

Las Partidas regulan, también, la eventualidad de que, después de haber

201 *Siete Partidas*, [V, II, II]: “(...) La tercera manera es, quando el que empresta la cosa, lo faze con entencion de fazer honrra, e plazer a si mesmo, mas que por aquel que lo rescibe. E esto seria, como si alguno emprestasse a su esposa, o a su muger, algunos paños, preciados, por que viniessen ante el, mas apuestamente, e mejor. E por ende dezimos, que pues que el faze el prestamo, por su honrra, e por su plazer, si ella pierde aquello que le empresto, non es tenuta de lo pechar, fueras ende, si lo dexase perder engañosamente. E lo que diximos en esta ley, ha logar, non tan solamente, en estas cosas, sobredichas, mas en todas las otras cosas semejantes dellas”. Concreta la responsabilidad en el dolo y la culpa lata Gregorio López, glosa (i) “Engañosamente” a esta ley.

202 Según Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 296, col. 287, esta presunción opera en cualquiera de las modalidades de comodato descritas. Además, este autor establece algunas otras precisiones (cols. 287-289). Cuando la cosa guardada en préstamo tuviese un valor sensiblemente superior al de la cosa de su propiedad, se considerará al comodatario impelido a optar por la salvación de aquélla, si bien se admite que reclame una compensación por el daño sufrido en la cosa propia como resultado de esta elección. Se excluye, sin embargo, el reconocimiento de esta compensación, incluso cuando el valor de la cosa propia fuese similar, si se tratase de un comodato *gratia recipiendis*, ya que en este caso se entiende que el deudor está obligado a arrostrar las impensas extraordinarias derivadas del propio contrato de comodato, aunque no las que pudieran generarse como fruto de un caso fortuito o las asociadas a los gastos de conservación requeridos por las cosas rescatadas, que corresponderán a su dueño originario. Ahora bien, si, por el contrario, las pertenencias del comodatario fuesen más preciadas que las ajenas, éste deberá procurar su subsistencia, aunque sin poder eludir la exigencia de restituir al comodante el valor de aquello que perdió. Finalmente, si el valor de la cosa propia y de la ajena fuese equiparable, seguirá teniendo que dar prioridad a la protección de la comodada, aunque solo si el contrato fuese *gratia recipientis*, y no en las otras variantes. Véase E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 83-84.

resarcido el comodatario la pérdida de la cosa reclamada por su propietario, éste último la encontrase o la recuperase. Debiendo, entonces, optar entre conservarla en su poder y devolver al comodatario el precio que pagó por ella, o bien entregarle la cosa y quedarse con el importe de la compensación obtenida. No obstante, si quien descubriese o rescatase la cosa no fuese su dueño, sino un tercero, el prestatario que sufrió su desaparición podrá reclamar a éste que se la restituya, pues en virtud del pecho satisfecho a su titular, podrá considerarla como propia²⁰³.

1.2. Depósito

La culpa actúa asimismo como motor de activación de los mecanismos de imputación de la responsabilidad en relación con el contrato de depósito, cuya compleja problemática ha sido -como sabemos- objeto de recurrente atención por parte de la doctrina romanista²⁰⁴. Recordemos, en este sentido, que mientras que en el derecho clásico el dolo constituye el único tipo de conducta contemplado como desencadenante de la responsabilidad del depositario, posteriormente va ganando terreno su propagación a la culpa lata, admitiéndose, incluso, su extensión, mediante pacto entre las partes u ofrecimiento unilateral por parte del depositario, a la culpa leve o el caso fortuito. Esta ampliación se afianzará después en el derecho visigótico²⁰⁵, al amparo

203 *Siete Partidas*, [V, II, VIII]: “Como aquel que perdio la cosa emprestada, e la pecho a su dueño la deue auer, si la fallare despues. Perdiendo alguno la cosa que tomasse prestada, e despues que fuesse perdida, fiziesse emienda della a aquel cuya era, pechando gela, si acaesciesse, que el señor fallase despues aquella cosa, que era perdida en su escogencia, es de la tomar para si, si quisiere, e de tornar al otro el precio, que ouiesse tomado por ella, o de retener el precio para si, e dar al otro la cosa. E si otro alguno la fallasse, que non fuesse el señor della, puede gela demandar aquel que la perdio, tan bien como si fuesse suya, por que el auia ya dado el precio al señor della”. Apunta E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 85, que cabe entender el precepto referido no sólo al hallazgo de la cosa perdida, sino a la subsanación de la deteriorada e incluso “una pseudo-reviviscencia de la cosa que aparentó, de todo punto y ante cualquier sujeto de sana discreción de juicio, su extinción”.

204 Su importancia ha sido subrayada por R. Herrera Bravo, *El contrato de depósito en el derecho romano*, Granada, Tat, 1987, p. 265: “El problema de la responsabilidad del depositario es sin duda uno de los más graves que el instituto ofrece a los estudiosos; el más grave y el más importante por los intereses que presenta”.

205 A. d’Ors, *Estudios visigóticos*, II, *El Código de Eurico*, Roma-Madrid, CSIC, 1960, pp. 203-207.

de la gradual aproximación que se observa entre las figuras contractuales del depósito, el mutuo y el comodato²⁰⁶. Una paulatina confusión entre estas distintas modalidades de contratos que parece consolidarse en las fuentes normativas locales medievales, pues en ellas el empleo del término depósito prácticamente desaparece, dejando su lugar a otros vocablos que comparten algunos de sus perfiles, pero que se resisten a ser calificados como estrictamente equivalentes²⁰⁷. Aunque llama la atención que en el Fuero de Cuenca y en otros con él emparentados, se concede al depositario la posibilidad de liberarse de su eventual implicación en los efectos legales de la pérdida a través del simple juramento de no haberse aprovechado de los bienes depositados y de que su perecimiento no se ha producido por culpa suya²⁰⁸.

206 Según J. A. Obarrio Moreno, “La responsabilidad del depositario y su recepción en las fuentes y la doctrina medieval”, en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, 591-602, pp. 593-594, este proceso de ensanchamiento del nivel de imputabilidad del depositario sería perceptible en el Código de Eurico, capítulos 278, 280, 283, 284, y en el Liber Iudiciorum 5, 5, 1; 5, 5, 2; 5, 5, 3; 5, 5, 5. En su opinión, la razón de este fenómeno estribaría en que la progresiva conversión del contrato de depósito en un contrato lucrativo llevaría a una cierta equiparación en la responsabilidad de ambos contratantes.

207 Como tal depósito lo encontramos en el *Fuero de Cuenca*, (R. Ureña Smejaud, *Fuero de Cuenca (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf*. Edición crítica, con introducción, notas y apéndice, Madrid, Tipográfica de Archivos, 1935), forma sistemática [41, 11]: “De deposito et commendato (...)”, y forma asistemática [945]: “De deposito et commendato (...)”, y *Fuero de Teruel* (M. Gorosch, *El fuero de Teruel según los manuscritos 1-4 de la Sociedad Económica Turolense de Amigos del País y 802 de la Biblioteca Nacional*, Estocolmo, 1950), [516]: “Ita mando quod pro omni commendato vel deposito (...). Otras voces, recogidas por J. Martínez Gijón, “La comenda en el derecho español. I. La comenda-depósito”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 34 (1964), 31-140, p. 47, son *comanda* y sus derivados *commendato*, *emendatio*, *encomendato*, *comenda*, *acomenda*, *comienda*, *lexa* o *leya*.

208 *Fuero de Cuenca*, versión sistemática, [41, 11]: “(...) Pro omni deposito vel commendato, quod pulsans firmare testibus nequiverit, nemo se purget nisi sacramento sui solius. Verumptamen si post sacramentum rem negatam apud eum esse probare potuent, reddat domino duplatam, et palatio novenas, sicut fur”. En igual sentido, por ejemplo, *Fuero de Zorita de los Canes* (R. Ureña y Smejaud, *El Fuero de Zorita de los Canes según el Códice 247 de la Biblioteca Nacional (siglos XIII a XV) y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el romanceado de Alcazar*, Madrid, Fortanet, 1911), [814]: “De la cosa acomendada. Otroquesi mando, que por toda cosa que acomendada fuere, que deuen de razón firmar non lo pudiere, ninguno no salue si non por su cabeça: enpero, si después

Para invertir, sin embargo, esta tendencia intervendrá la renacida inspiración romana del *ius commune*, que comporta la adquisición de una más nítida delimitación conceptual de los contornos del depósito frente a otras clases de contratos²⁰⁹. Giro que, paralelamente, supone la recuperación de la tradicional reducción del alcance de la responsabilidad por la pérdida de su objeto a la participación del dolo y, por equiparación, de la culpa lata²¹⁰, si bien la propia doctrina introducirá diversas excepciones en las que se aceptará su proyección aún más allá de estos límites. Principalmente, admitiendo su afectación a la culpa leve en tres distintos supuestos: cuando el contrato se haya constituido en interés del depositario, si éste así lo hubiera asumido o si se hubiera pactado entre las partes²¹¹.

No sucede así, sin embargo, en las Partidas, donde la existencia de responsabilidad se calibra en relación con la falta de consonancia entre la diligencia en la guarda de su objeto mostrada por el depositario y la que se considera normal en la mayoría de los hombres. Sin embargo, el alcance de las implicaciones compensatorias de la ausencia del debido cuidado que desemboca en la pérdida o el menoscabo del bien depositado se agota en la culpa leve, en la que se incurre cuando el poseedor no pone el celo en su conservación, “acucia, e femencia”, que pondría un hombre aplicado y sabedor de las consecuencias de su indolencia²¹². No obstante, esta regla ofrece tres excepciones, de las que

del sacramento la cosa negada en el pudiere seer prouada, tornela doblada al sennor et a palacio las setenas, segund de ladron”.

209 Únicamente respecto a la comenda continúa la tendencia a la identificación. En palabras de Bartolo de Saxoferrato, *In Secundam Digestum Vetus. Partem comentaria*, Turín, 1589, Ad. Lib. XVI Digest, tit. Depositi, vel contra, lex XXIII: “commendatum et depositum idem sunt”.

210 Acercamiento entre ambos grados de la conducta culposa que conduce a juristas como Azón y Acursio a abrazar la presunción de que donde hay evidencia de la culpa lata existió dolo. Véase J. A. Obarrio Moreno, *La responsabilidad del depositario*, pp. 597-598.

211 Lo propone, recogiendo la opinión mayoritaria, Azón, *Summa Super Codicem. Corpus Glossatorum Juris Civilis*, II, rub. *Depositi*, nums. 28-29: “Si autem depositarius recipiat mercedem in quantitate pro custodia, tenetur quidem de levi culpa, sed non per actionem istam, immo per actionem conducti; quia videor operas eius conduxisse. Si autem accipiat non quantitatem, sed speciem pro custodia, vel exhibentur ei operae pro custodia, veniet levis culpa per actionem praescriptis verbis ex innominato contractu”. Véase J. A. Obarrio Moreno, *La responsabilidad del depositario*, pp. 598-601 y notas 42-53 respecto al eco de estos planteamientos en la doctrina hispana.

212 Gregorio López, glosa a [V, III, III], señala la diferencia entre la culpa lata,

sí se deriva la carga de pagar: que quien recibió la cosa se hubiese comprometido contractualmente a pechar por ella incluso por tan ligero grado de culpa²¹³; si él mismo hubiese pedido que la cosa le fuese encomendada sin haberle sido previamente solicitado por su propietario; y, finalmente, cuando hubiese recibido un precio por hacerse cargo de ella²¹⁴, es decir, cuando el depósito beneficiase a ambos contratantes²¹⁵. En este último caso, el Fuero Real va, incluso, más allá, al establecer que quien recibió en guarda por un precio un caballo, un buey o cualquier otra bestia, deberá devolver el importe de su valor ante su pérdida, aunque ésta no se produjera por su culpa o fruto de su pereza, sino por causa de muerte natural²¹⁶. Lógicamente, la exclusión de la

atribuible a quien no presta custodia del “modo que maior pars hominum custodit”, y la leve, que corresponde a quien no la custodia “eo modo quo sapiens diligens homo custodiret”.

213 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 527. Col. 1725, admite la eficacia de este pacto incluso si se extiende al caso fortuito.

214 *Siete Partidas*, [V, III, III]: “Quien puede dar las cosas en condessijo e a quien (...) E por su culpa, dezimos, que se pierde la cosa, quando la non guardasse, en aquella manera, que toda la mayor partida de los omes suelen guardar sus cosas. Mas si la cosa se pierde, por leue culpa, de aquel, que la ouiesse en guarda, non seria tenuto dela pechar, fueras ende, en tres casos. El primero es, si quando aquel que recibió la cosa se obliga a pechar la, maguer se pierda por tal culpa leue. El segundo caso es este, quando aquel que recibe el condessijo, el mesmo, non gelo rogando el otro pide, e ruega que gelo encomienden. El tercero caso es este, quando recibe precio por guardar la cosa que le dan en condessijo. E en qualquier destas tres maneras sobre dichas si la cosa, que assi fuesse dada en condessijo se perdiesse o se empeorasse por descuydamiento, o por mala guarda, de aquel que la recibió, tenuto es de la pechar. E por leue culpa dezimos, que se pierde la cosa, quando aquel que la tiene, no pone toda aquella acucia, e femencia que otro ome acucioso e sabidor deuia poner”.

215 Los autores introducen precisiones que trascienden el conciso enunciado de la ley. Así como del citado precepto legal se deduce que en el caso del depósito *gratia utriusque* el depositario responde por dolo, culpa lata y culpa leve (Gregorio López, glosa (m), “Precio” a *Siete Partidas* [V, III, III]), la doctrina entiende que cuando le aprovecha únicamente a él, *gratia solius recipiendis*, debe hacerlo también por culpa levisima (Gregorio López, glosa (l), “Otro pide” a *Siete Partidas* [V, III, III]); Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 527, col. 1728). Este último considera, además, imputable la culpa leve cuando el depositario ejerce un oficio del que obtiene ganancias (disp. 527, col. 1725).

216 *Fuero Real*, [III, 15, 3]: “Qui cauallo o buey o otra cosa qualquiere recibió en guarda por precio que reciba dent o que aya dauer, si se perdiere peche otra tal cuemo aquella era que se perdió, maguer que se non perdiesse por su culpa nin por pereza, sinon murió su muerte natural”.

exigencia de satisfacer pecho por no superar la culpa leve implica también -como luego veremos- la del caso fortuito.

Por tanto, el riesgo de que la cosa depositada desaparezca o sufra un daño genera la obligación del depositario de pechar por su valor en el caso de que haya actuado no sólo con dolo, sino también con culpa lata²¹⁷. La doctrina contempla, con todo, un supuesto peculiar, del que sólo se deriva responsabilidad del poseedor cuando existe dolo por su parte. Se trata del depósito conformado por un continente cerrado, en cuyo interior se guardan varias cosas, de modo que si, efectuada su devolución, faltasen algunos de dichos objetos, habiéndolo restituido en el mismo estado en el que lo recibió, el depositario únicamente responderá por su conducta dolosa²¹⁸. Pero si retornase la caja o el recipiente abierto o en condiciones distintas a las originales, será suficiente el juramento del depositante realizado ante la autoridad judicial, para que la posibilidad de demandar su pago se extienda también a la existencia de culpa; aunque se admite como excepción que la apertura de dicho continente pudiera producirse fácilmente por algún factor accidental ajeno a la acción humana, siempre que, además, el que lo tuvo en su poder fuese un hombre de buena fama y opinión²¹⁹.

1.3. Compraventa

La compraventa constituye una modalidad contractual paradigmática, cuya disciplina legal atiende, entre otras peculiaridades, a la eventualidad de que el objeto de la transacción se deteriore o se extinga antes de su perfeccionamiento. Aunque, en realidad, se trata de una situación externa al ámbito de nuestro estudio, cabe, sucintamente, mencionar que a la hora de valorar sus consecuencias se toma en consideración la magnitud del quebranto sufrido por la cosa. Así, haciendo referencia a la compraventa de una casa, un molino o cualquier otro edificio, se señala en las Partidas que si éste hubiese resultado derribado, quemado o destruido en su mayor parte, y siendo el compra-

217 La responsabilidad se predica del depositario, dado que se entiende que el contrato de depósito beneficia, normalmente, al depositante y no a quien lo recibe. Así lo indican A. Gómez, *Variae resolutiones Iuris Civilis, communis et regii, tomis tribus distinctae*, Lyon, Johannes Posuel, 1701, t. II., caput VII, n. 2, f. 265 (citado por E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 99). También Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 527, col. 1725.

218 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 527, col. 1727

219 A. Gómez, *Variae resolutiones*, t. II., caput VII, n.2, f. 265.

dor desconocedor de esta situación, el negocio será reputado inválido, incluso aunque tampoco el vendedor tuviese noticia de que se hubiese producido dicho menoscabo; no obstante, el contrato se considerará también inválido si el vendedor, aun siendo consciente de la presencia de este vicio, vendiese la cosa con el compromiso de su posterior saneamiento, quedando obligado, además, al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al comprador²²⁰. Con todo, algún autor, como Luis de Molina, admite que si el bien transmitido no perece totalmente, y aunque la parte que subsista sea pequeña, el comprador podrá optar entre resolver el contrato y reclamar la devolución de la cantidad pagada o pedir una reducción del precio, proporcional a la entidad de su devaluación²²¹. Esta última solución es la prevista en la propia ley de Partidas, al establecerse que si únicamente la menor parte del objeto²²² se hubiera visto afectada, la compraventa será válida, si bien sujeta a la condición de la disminución del precio en correlación con la pérdida de su valor. Sin embargo, si el vendedor hubiese intentado vender como incólume una cosa que sabe parcialmente dañada, aunque su engaño no restará validez al contrato, sí hará recaer sobre él mismo la carga de resarcir al comprador por los daños y perjuicios causados, en la cuantía que el adquirente jurase y que fuese estimada por el juez. En contraste, si el supuesto fuese el inverso, es decir, que el comprador tuviese conocimiento del deterioro, siendo éste ignorado por el vendedor, deberá pagar el precio pactado en su totalidad²²³. Finalmente, la compraventa será ple-

220 *Siete Partidas*, [V, V, XIV]: “Como deue valer o non, la vendida que fuesse fecha, de molino o de casa, o de otro edificio derribado: o arboles arrancados. Vendiendo vn ome a otro casa, o molino, o otro edificio qualquier, si lo que assi vendiesse, fuesse derribado, o quemado o destruydo en alguna otra manera, non lo sabiendo el comprador, non valdria la vendida, maguer aquel que lo vendiesse, cuydasse que era sano quando lo vendiesse, e non supiesse que era quemado, nin derribado. Esso mismo dezimos, que seria si le vendiesse algunos arboles, que fuessen en esta misma manera, que fuessen en otro lugar, que non valdria la vendida, si los arboles fuesen cortados o quemados, o arrancados en la sazón que los vendio. Otro tal dezimos, que seria, si aquella cosa que assi fuesse vendida, fuesse quemada o derribada la mayor parte della (...)”.

221 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 340, col. 528.

222 Incluso si fuese una mínima parte, “dimidia pars”. Gregorio López, glosa (c), “La menor parte” a *Siete Partidas*, [V, V, XIV].

223 *Siete Partidas*, [V, V, XIV]: “(...) Mas si fuesse la menor parte della quemada, o derribada, estonce valdria la vendida: Pero deuen fazer sacar del precio, quanto asmaren que vale la cosa menos, por razón de aquello, que era quemado, o derribado ala sazón que fue fecha la compra. Pero si a sabiendas vendiesse vn ome a otro alguna cosa, que era quemada, o derribada, diziendo el que la vendia, que era sana, non vale la vendida, porque

namente válida si, advertido por el vendedor de que el objeto no se conserva en su integridad, el comprador persistiese en su voluntad de adquirirlo²²⁴.

Un interés más directo tiene, sin embargo, en relación con la materia de este estudio, la atribución de las consecuencias de la pérdida, el perecimiento o el menoscabo del objeto de la compraventa una vez que se ha consumado el perfeccionamiento del contrato y con anterioridad a su entrega efectiva. Lógicamente, también ahora el factor determinante lo constituye la concurrencia, o no, de dolo o culpa por parte del vendedor en la creación de la situación que provoca la imposibilidad de rendir su prestación. Como veremos, más adelante, si la causa desencadenante fuese fortuita y ajena a su comportamiento, el riesgo se hace recaer sobre su contraparte, el comprador. Pero si esta motivación le fuese imputable al vendedor, éste deberá asumir su reparación. Obviamente, su culpa se presenta con plena evidencia cuando la desaparición o el deterioro se producen sin haber dado aún cumplimiento a su obligación vencida de transmitir la cosa a su adquirente. Si bien en las Partidas, partiendo como premisa de la previa conclusión del contrato mediante el acuerdo sobre el precio, se formulan como requisitos de la caída en la mora, y el consiguiente traslado del peligro al vendedor como fruto de la culpa derivada de esta dilación, que el comprador le hubiese demandado ante testigos la trans-

non se puede vender la cosa que non es. Pero este que la vendio assi, es tenuto de pechar al comprador, todos los daños quel vinieron, por esta razón, por engaño que fizo a sabiendas, vendiendo lo que sabia que non era. Ms si la cosa que le vendiesse assi, a sabiendas, vendiendo lo que sabia que non era. Mas si la cosa que le vendiesse assi, a sabiendas, fuesse quemada, o derribada, della, e non toda, estonce valdria la vendida. Mas seria tenuto el vendedor, de pechar al comprador el menoscabo, e los daños, quel venieron por esta razón. E deue ser creydo sobre ellos, con su jura, con estimacion del judgador. Otrosi dezimos, que si algund ome vendiesse a otro, alguna cosa que fuesse quemada, o derribada, della, e non toda, e el comprador supiesse que era atal, e non lo supiesse el vendedor, que estonce tenuto seria el comprador, de pagar el precio todo (...). El precio íntegro también deberá entregarse cuando el comprador es alertado por el vendedor sobre el daño en el momento de celebrarse el contrato. Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 340, col. 529. Si el daño fuese conocido por ambas partes, se compensaran los dolos de ambos. Gregorio López, glosa (h): “E no lo supiesse el vendedor” a esta ley.

224 *Siete Partidas*, [V, V, XIV]: “(...) Mas si aquel que vendiesse la cosa quemada o derribada, por tal quel es, faziendolo entender al comprador, entonce valdria la vendida”. Precisa, sin embargo, Gregorio López, glosa (i), “Faziendolo entender”, que este aviso formulado al comprador favorece al vendedor en su propia acción sobre el pago del precio, no siendo, empero, requisito para la validez del negocio si el comprador ha tenido conocimiento de este hecho por otra vía.

misión de la cosa, ofreciendo a cambio el pago de lo convenido. No obstante, si después de incurrir en mora y antes de producirse el daño, el vendedor se mostrase dispuesto a realizar la entrega de la cosa, siendo ahora el comprador quien retrasase o evitase su recepción, el riesgo planeará de nuevo sobre él, “por que su tardança postrimera, auino por su culpa”²²⁵; es decir, convergiendo las culpas de ambas partes, prevalecerá la última por estar en más directa relación con el suceso que ocasiona la frustración del contenido original de la compraventa²²⁶. Y al respecto, señala la glosa al precepto que ni el vendedor está obligado a efectuar la *traditio* antes de que se le ofrezca el precio²²⁷, ni el comprador a pagarlo hasta que la cosa se le muestre²²⁸.

1.4. Contratos de locación

Dentro de la categoría de los bilaterales, el contrato de locación es el que presenta una mayor afinidad con el contrato de compraventa, pues amén de participar de similares características en cuanto al nacimiento de las obligaciones recíprocas entre las partes, también comparten líneas comunes en su tratamiento legal. De hecho, salvo en aquellos aspectos en los que resulta merecedor de una regulación específica, puede entenderse que, por defecto, le es aplicable la disciplina jurídica dedicada a la compraventa²²⁹. No obstan-

225 *Siete Partidas*, [V, V, XXVII]: “A quien pertenesce el daño de la cosa vendida, quando por tardança de la non entregar el vendedor se empeorasse. Tardança faziendo el vendedor de dar e entregar la cosa al comprador quel vendio, despues que fuessen aue-nidos en el precio, si el comprador le afrontasse, ante testigos, que le diesse aquella cosa que auia comprado del, e que recibiesse el precio della, combidandolo con el, e mostrando gelo, si el vendedor estonce non le diesse la cosa, e despues desto se perdiessse, o se empeo-rasse, seria el peligro del vendedor, porque es en culpa, por razón de tal tardança. Pero si despues, desto quisiesse el vendedor, dar la cosa al comprador, ante que fuesse perdida, nin menoscabada, e el que la comprasse, tardasse, que la non quisiesse recibir, si despues desso se perdiessse, o se empeorasse la cosa estonce seria el peligro del comprador, por que la tardança postrimera, auino por su culpa”.

226 Esta prevalencia de la última culpa morosa es señalada por Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 366, cols. 701-702. Con atinada perspectiva, E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 303, propone que la neutralización de culpas retrotrae al régimen ordinario del daño.

227 Gregorio López, glosa (g): “El precio”, a *Siete Partidas* [V, V, XXVII].

228 Gregorio López, glosa (h): “Mostrando gelo”, a *Siete Partidas* [V, V, XXVII].

229 Acerca de la estrecha proximidad entre ambas figuras, véase E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 370-372.

te, bajo el término genérico de locación tienen cabida dos formas contractuales diferentes: el alojamiento o alquiler y el arrendamiento, que, como se advierte en las Partidas, si bien en la práctica suelen ser confundidos como una misma cosa, en realidad presentan importantes diferencias entre ellos²³⁰. Recogiéndose, al respecto, una distinción que, heredera de la concepción tradicional, identifica el alquiler con la locación de obras y de fincas urbanas y con la concesión de un derecho de uso, mientras que el arrendamiento se relaciona con la locación de cosas y de fincas rústicas y con la concesión de un usufructo; es más, todavía se reconoce una tercera forma de locación, la de fletamento de navíos, utilizado para el transporte marítimo de mercancías²³¹. Aunque, posteriormente, esta diversidad terminológica y los perfiles que delimitan cada una de estas figuras tenderán a diluirse, aquí nos mantendremos fieles a la tipología manejada en la que constituye nuestra principal fuente legislativa en esta materia.

Al igual que en las otras modalidades contractuales anteriormente analizadas, en el alquiler o alojamiento la conducta observada por el locatario resulta decisiva a la hora de distribuir las consecuencias negativas derivadas de los eventuales daños sufridos por su objeto. Así, en el Fuero Real el locatario se ve impelido a proporcionar a su dueño compensación por el mal sufrido por la bestia o por cualquier otra cosa que tuviera alojada, aunque su única falta hubiese consistido en darle un uso distinto al convenido en el contrato²³². Exigencia que se repite en el supuesto de que el animal alquilado

230 *Siete Partidas*, [V, VIII]: “De los logueros, e de los arrendamientos. Alogar e arrendar son dos maneras de pleytos que vsan los omes desso vno, e como quier que algunos cuydan que son de vna manera, pero ha departimiento entre ellos (...)”.

231 *Siete Partidas*, [V, VIII, I]: “Que cosa es loguero, e arrendamiento. Aloguero es propriamente quando vn ome loga a otro, obras que ha de fazer con su persona, o con su bestia o otorgar vn ome a otro poder de vsar de su cosa, o de seruir se della, por cierto precio, que le ha de pagar, en dineros contados. Ca si otra cosa rescibiesse, que non fuessen dineros contados, non seria loguero mas seria contracto innominato, assi como diximos en la postrimera ley del titulo de los cambios. E arrendamiento segun el lenguaje de España, es arrendar heredamiento, o almoixerifadgo, o alguna otra cosa, por renta cierta, que den por ella. E aun ha otra manera, a que dizen en latin afletamiento, que pertenesce tan solamente a los logueros de los nauios”.

232 *Fuero Real*, [III, 17, 6]: “Quiquiere que bestia o otra cosa logare por cosa sennalada fazer, non sea osado de la meter a otra cosa sinon a aquella pora que la alogó; et el que ál fiziere, todo el danno quel uiniere péchelo a so duenno, maguer que non aya otra culpa sinon en quanto la usó dotra guisa de como la auíe alogada”.

muriese o resultase dañado por su culpa, por lo que se le reclama la entrega de otro igual al que pereció o que peche por el valor del perjuicio causado, según la estimación efectuada por los alcaldes; una culpa en la que incurrirá, también, por el simple hecho de llevar al animal a mayor distancia o por más tiempo de lo que hubiese pactado con su propietario²³³.

En contraste, cuando se producen con anterioridad al perfeccionamiento del contrato, la doctrina hace responsable al locador por el deterioro, la pérdida o la extinción de su objeto motivada por su culpa, al igual que sucede por evicción²³⁴. Pero una vez iniciada su aplicación, es el locatario el que asume el peligro de que se den estas contingencias cuando haya existido dolo o culpa por su parte o por parte de otras personas, allegadas o extrañas, que a través suyo hayan entrado en relación con dicho objeto²³⁵. Es decir, en virtud de este criterio, la prueba de su pericia, su diligencia o su elevado cuidado le permitirá eludir esta responsabilidad, lo mismo que si aconteciese -como luego veremos- un episodio fortuito²³⁶.

La obligación de responder por el menoscabo o el perecimiento de la cosa originados por el comportamiento inadecuado del locatario resulta confirmada en las Partidas respecto a diversas variedades del contrato de locación. Así, en relación con la ejecución de una obra o servicio, se predica del orfebre que hubiese recibido una piedra preciosa con el fin de engastarla en una sortija u otra joya a cambio de un precio cierto, y la rompiese, señalándosele frente a ello el deber de compensar el valor de su estimación, efectuada por hombre buenos, que fuesen conocedores del trabajo a desarrollar. Lo más significativo reside, empero, en que aquí no se requiere que la culpa alcance su grado más alto, sino que basta con su nivel más leve, ligado a la negligencia o a la pura ignorancia de las artes o conocimientos precisos para llevar a cabo la obra y que se presumen indispensables para el

233 *Fuero Real*, [III, 17, 1]: “Todo omne que su bestia logar a otro, sil muriere o si se perdiere por culpa daquel que la tenía, peche otra tan buena a su duenno, et si se dannare, peche el danno a bien uista de los alcaldes con el aloguer del tiempo que se siruió de la bestia. Et si más lexos la leuare o más tiempo la touiere de quanto puso con el duenno, sil muriere o si se dannare, peche la bestia con el danno e con el aloguer assí como es sobredicho”.

234 Antonio Gómez, *Variae*, t. II, caput III, núm. 2, f. 232: Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 493, cols. 1552-1553.

235 Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 493, cols. 1553-1554. El grado de culpa lo extiende este autor tanto a la lata como a la leve.

236 Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 494, col. 1559.

desempeño del oficio²³⁷. No obstante, al orfebre se le permite aducir y probar en su defensa que verdaderamente empleó la pericia o el saber considerados adecuados para su dedicación²³⁸, o que el material presentaba alguna tacha o defecto oculto que provocó su quebranto o desaparición, quedando, así, libre de tener que pechar, a no ser que en el contrato se hubiese incorporado una cláusula por la que también asumiese el peligro en ausencia de culpa por su parte. Reglas que, además, se afirman de común aplicación para las demás profesiones en las que bajo el pago de un precio se adquiere el compromiso de realizar una obra determinada o de proporcionar alguna medicación, como expresamente lo establece la ley, refiriéndose, como ejemplos de tales menestrales, a los maestros, los físicos, los cirujanos²³⁹ y los albéitares²⁴⁰, quienes incurrirán en responsabilidad “si errare en ella, por su culpa, o por mengua de saber”²⁴¹.

237 Gregorio López, glosa (e): “Que lo non son”, a *Siete Partidas* [V, VIII, X]. Que también afecta a la negligencia se deduce de glosa (k): “Pechar”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XV].

238 Es decir, que actuó con el nivel de conocimiento común a sus compañeros de oficio. Gregorio López, glosa (g): “Según lo eran” a *Siete Partidas* [V, VIII, X]: “Habes hic quam peritia requierat in artífice, nam non requiritur singularis, sed sufficit comunis sicut (...) sufficit mediocris scientia”.

239 A los que advierte Gregorio López, glosa (k), “Cirujanos” a *Siete Partidas* [V, VIII, X], que no deben cremar, secar o extraer los huesos sin autorización de los padres o de los parientes del enfermo.

240 Gregorio López, glosa (l): “Albeytares”, a a *Siete Partidas* [V, VIII, X], equipara esta categoría a la de los obstretas.

241 *Siete Partidas*, [V, VIII, X]: “Como los orebzes, e los otros menestrales son tenudos de pechar las piedras, e las otras cosas que quebrantaren por su culpa, por mengua de sabiduría. Quieren se los omes a las vegadas mostrar sabidores, de cosas, que lo non son, de manera que se siguen daños a los que los non conoscen, e los creen, e porende dezimos, que si algun orebze, rescibiere piedra preciosa de alguno, para engastonarla en sortija, o en otra cosa por precio cierto, e la quebrantasse engastonandola, por non ser sabidor de lo fazer, o por otra su culpa, que deue pechar la estimación della, a bien vista de omes buenos, e conoscedores destas cosas. Pero si el pudiere mostrar ciertamente, que non auino por su culpa, e que era sabidor de aquel menester, segun lo eran los demás omes que vsan del comunalmente, e quel daño de la piedra, acaescio por alguna tacha, que auia en ella, assi como algun pelo, o alguna señal de quebradura que era en la piedra, estonce, non seria tenuto de la pechar. Fueras ende, si quando la rescibio, para engastonar, fizo tal pleyto con el señor della, que como quier que acaesciesse, si la piedra se quebrantasse, que el fuesse tenuto de la pechar. E esto que diximos de los orebzes, se entiende tan bien de los otros maestros, e de los físicos, de los cirujanos, e de los albeytares, e de todos los otros

Pautas similares se adoptan en otro precepto cercano, alusivo al trabajo realizado por los teñidores, lavaderos y costureros de sedas o paños, de quienes se dice que si después de recibir el material necesario para hacer su labor, lo cambiasen de forma intencionada o por error, o se dañase o se empeorase por su culpa, deberán pechar otro tanto y tan bueno como lo malogrado o bien su estimación efectuada por el juez en presencia de hombres buenos que estuviesen familiarizados con la naturaleza de las tareas que los practicantes de estos oficios tengan encomendadas²⁴².

Hay, con todo, otras ocupaciones profesionales para las que se dispensa un régimen especial. Es el caso de los pastores y otros guardadores de ganado que reciben soldada o merced de sus dueños, a quienes se insta a mantener el más elevado nivel de diligencia, hasta el punto de que su responsabilidad parece extenderse hasta la culpa levísima²⁴³. Diligencia que se concreta en su deber de evitar que se pierdan o que sufran algún daño, de buscarles lugares convenientes con buenos pastos y aguas en cada estación del año y de mantenerles a resguardo del frío y las nieves invernales, así como de los calores estivales, siendo cargados, si incumpliesen estos mandatos, con la obligación de compensar, cada uno de ellos, al propietario de los animales por todo el menoscabo que viniese motivado por su culpa²⁴⁴. No obstante, al afectado

que resciben precio, para fazer alguna obra, o melezinar alguna cosa, si errare en ella, por su culpa, o por mengua de saber”.

242 *Siete Partidas*, [V, VIII, XII]: “Como los que tiñen la seda o cendales o paños por cosa sabida son tenudos de pechar el daño que ay viniere por su culpa. Seda, o cendales, o paños de lino o otra cosa semejante, rescibiendo vn ome de otro, para teñir, o para lauar, o para coser, si despues que lo ouiere resecebido, lo cambiasse a sabiendas, o por errança, dandolo a otro en logar de lo suyo, o se perdiessse, o se empeorasse, rompiéndolo, o dañandolo ratones, o por otra su culpa tenudo es de le pechar otro tanto, e tal, e tan bueno, como aquello que auia recebido, o la estimación dello, a bien vista del judgador, e de omes buenos, que saben destas cosas atales”.

243 Como lo confirma Gregorio López, glosa (e): “Si resciben soldada” a *Siete Partidas* [V, VIII, XV]: “Quando quis recipit mercedem pro custodia, tenet de leuissima culpa (...)”. Esta enorme exigencia, muy por encima de lo habitual en los contratos de locación de obra, suscita amargas críticas en un sector de la doctrina, que lo entiende irracional. Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 494, col. 1561.

244 *Siete Partidas*, [V, VIII, XV]: “De los pastores e delos otros omes que guardan ganados si reciben soldada dellos para guardar los como pechen a los dueños dellos, los daños que les vinieren por su culpa. Pastores o otros omes que guardan los ganados, si reciben soldada, de los señores dellos, por guardallos, dezimos que deuen ser acuciosos, e se deuen trabajar, quanto pudieren en guardarlos, bien e lealmente, de guisa, que non se pierdan, nin reciban

se le ofrece la posibilidad de demostrar, mediante “señales ciertas, o en otra manera”²⁴⁵, que el perjuicio se produjo a pesar de haber obrado en la guarda del rebaño con el máximo cuidado, admitiéndose, incluso, a falta de prueba plena²⁴⁶, que su simple juramento le deje a salvo de pagar el pecho, aunque este juramento solo será admitido si el daño padecido fuese de muy escasa entidad y el que compromete su palabra es hombre de buena fama²⁴⁷, quedando, además, invalidado cuando el amo del ganado fuese capaz de probar que, efectivamente, existió culpa por su parte²⁴⁸.

Distinta es la naturaleza de la situación -muy tangencial a nuestra materia de estudio, aunque, tal vez, digna de una breve mención- de los maestros que reciben un salario de sus alumnos por trasladarles sus conocimientos, “sciencias”, y la de los menestrales que lo obtienen de sus aprendices por transmitirles sus técnicas. Una peculiaridad que está fundada en su deber de proporcionarles una enseñanza leal, dirigida a procurarles un beneficio²⁴⁹, así como de castigarles con medida²⁵⁰. Es más, en previsión de que un exceso

daño de ninguna cosa, per mengua de lo que deuen ellos fazer, e deuen les catar logares conuenientes, e buenos, do sopieren que son las mas buenas pasturas, e buenas aguas por do los trayan segund conuiene a las sazones del año, tales en que puedan estorcer sin peligro del frio, e de las nieves del inuierno, e de las calenturas del verano. E los que contra esto fizieren, non poniendo y tal guarda como sobre dicho es en quanto pudieren tenudos son de pechar, cada vno dellos al dueño del ganado, todo el daño e el menoscabo que viniere por su culpa (...).

245 Gregorio López, glosa (o): “O en otra manera”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XV] identifica tales “otras maneras” con la prueba de testigos o cualquier otro medio de prueba. Por otra parte, en su glosa (n), “Señales ciertas” a esta misma ley, propone como ejemplo de señal cierta, el que en la misma región durante ese año hubiese muerto hasta una tercera o una cuarta parte de los animales que pastaban en rebaño.

246 Gregorio López, glosa (a): “Prouare e iurare”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XV].

247 Condiciones señaladas por Gregorio López, glosa (p): “Acaescio”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XV].

248 *Siete Partidas*, [V, VIII, XV]: “(...) E si por auentura alguno dellos dixere, que quando el daño auino en los ganados, que non fue por su culpa mas que poniendo y toda su guarda que podia, acaescio el daño, e que non le pudo escusar deue ser oydo, e si prouare, por algunas señales ciertas, o en otra manera, e jurare que assi acaescio, deue le valer e por lo que prouare, e jurare, non lo deue pechar. Fuera ende, si el Señor del ganado pudiere prouar que le auino por culpa del pastor. Ca estonce, non le deue dar la jura”.

249 Gregorio López, glosa (a): “Lealmente”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XI]: “Non igitur doctor debet legere ad pompam et ostentationem, sed ad profectum scholarium (...)”.

250 Al igual que pesa esta advertencia sobre los padres, los maridos, los obispos y quienes tienen criados. Gregorio López, glosa (b): “Castigar”, a [V, VIII, XI].

en su reprobación pudiese dejarles lisiados o causarles lesiones, heridas o, incluso, la muerte, y en términos que acercan su responsabilidad al terreno penal²⁵¹, se establece que, en el caso de que la víctima del daño fuese una persona libre, el maestro deberá ofrecer compensación por estos hechos según la estimación efectuada por el juez y varios hombres buenos. Mientras que si se tratase de un siervo, y hubiese muerto como consecuencia de sus actos de violencia, el causante habrá de satisfacer a su señor la estimación de su valor en vida, o bien, si hubiese sobrevivido, pero con secuelas permanentes, pechar a su favor en la cuantía apreciada de la minusvalía producida²⁵².

La obra contratada a destajo ofrece la peculiaridad de que, existiendo un precio cierto, lo que es condición de la locación, su entrega se supedita a la calidad, evaluada por varios hombres buenos, del trabajo realizado, exhibiendo, además, como nota característica la posibilidad de cobrar la cantidad convenida una vez concluido el cometido, o bien de fraccionar su percepción en cada una de las jornadas empleadas²⁵³. La eventualidad frente a la que, en relación con esta figura contractual, se introducen previsiones legales es la de que por codicia o por premura en su finalización, el encargado de su ejecución recurra a la falsedad o presente un resultado de deficiente factura. De forma que si, como consecuencia de estos vicios, la obra se derrumbase antes de su conclusión, el operario o maestro estará obligado a rehacerla de nuevo o a de-

251 Así lo afirma expresamente Gregorio López, glosa (d): “Emienda”, a [V, VIII, XI]. Véase, además, E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 392.

252 *Siete Partidas*, [V, VIII, XI]: “De los salarios que resciben los maestros de sus escolares por mostrarles las sciencias que los deuen castigar de la manera que los non lisien. Resciben los maestros salarios de sus escolares, por mostrar les las sciencias, e assi los menestrales de sus aprendizes, para mostrar les sus menesteres, porque cada vno dellos, es tenuto de enseñar, lealmente, e de castigar, con mesura, a aquellos que resciben para esto. Pero este castigamiento, deue ser fecho mesuradamente, e con recabdo, de manera que ninguno dellos, non finque lisiado, nin ocasionado, por las feridas que le diere su maestro, e porende dezimos, que si alguno contra esto fiziesse, e diesse ferida, a aquel que mostrasse, de que muriese, o fincasse lisiado si fuere libre el que rescibiere el daño, deue el maestro fazer emienda de tal yerro como este a bien vista del jugador, e de omes buenos. E si fuesse sieruo deue fazar emienda a su señor pechando la estimación, de lo que valia, si muriesse de la ferida, e los daños, e los menoscabos, que le vinieron por esta razón. E si non muriere, e fincare lisiado, deue la pechar, quanto fallaren en verdad, que valia menos porende, con los daños que rescibio, por razón de aquella ferida”.

253 Así lo señala, Gregorio López, glosa (e): “A Destajo”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XVI]: “(...) talem operam ap probaret arbitrio boni viri, siue recipiat mercedem vnicam, pro toto opere, siue per singulis diebus (...)”.

volver el precio cobrado junto con la indemnización de los daños y perjuicios causados²⁵⁴. Alternativa que también se le impondrá cuando, a pesar de que el fruto de su labor mantuviese su aparente integridad, quien se la encomendó albergara la sospecha de que ocultase alguna falsedad o de que careciese de estabilidad y así lo corroborara la valoración efectuada por los hombres buenos y expertos a los que éste pidiese efectuar esta verificación, si bien el ejecutante quedará exonerado si tales árbitros constatasen que los temores de su contraparte eran infundados o que, aun confirmándose los defectos intuidos, estos no fuesen imputables a la existencia de culpa -debiendo entenderse en cualquiera de sus grados²⁵⁵- por su parte, sino a la incidencia de algún agente fortuito que hubiese actuado durante su realización o con posterioridad a su terminación²⁵⁶. Puede suceder, empero, que quien incurra en una conducta

254 *Siete Partidas*, [V, VIII, XVI]: “De los maestros que toman adestajo e los obremos labores o obras por precio cierto que lo deuen pechar si lo fizieren falsamente. Destajos toman a las vegadas, los maestros, e los obreros, lauores, o obras, por precio cierto. E por codibcia delas acabar ayna, acuytanse tanto que falsan las lauores, o non las fazen tan buenas como deuián. E porende dezimos, que si alguno recibiere a destajo lauor de algund castillo, o de torre, o de casa, o de otra cosa semejante, e la fiziere cuytadamente, o la falsare de otra guisa, de manera que se derribe ante que sea acabada, que es tenuto de la refazer de cabo, o de tornar al señor el precio, con los daños e los menoscabos, que le vinieron por esta razón (...) “. Gregorio Lopez, en su glosa introductoria a esta ley, admite la excepción de que el autor de la obra dijese que no hubo culpa suya, debiéndose el vicio a otra causa: “(...) sed si dicut non eius culpa sed alia causa corruptum (...)”. En la glosa (g): “Sea acabada”, señala, además, que, conforme a la opinión doctrinal dominante, esta obligación de indemnizar persiste si el perecimiento de la obra se produjese en el plazo de quince años después de terminada.

255 Al excluirse únicamente el caso fortuito, cabe deducir que alcanzará también a la culpa leve e, incluso, a la levisima. En igual sentido, E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 396.

256 *Siete Partidas*, [V, VIII, XVI]:“(...) E si por aventura non cayere la lauor ante que sea acabada, e entendiere el Señor della que es falsa, o que non es estable, estonce deue llamar a omes buenos e sabidores, e mostrar les la lauor, e si aquellos omes sabidores entendieren, que la lauor es fecha falsamente, e conosciere que el yerro auino por culpa del maestro, deue la refazer de cabo, o tornar el precio con los daños e los menoscabos al señor della segund es sobre dicho. Mas si los omes sabidores que llamasen para esto, entendiessen que la lauor non era falsa, nin era en culpa el maestro, mas que se empeorara después que la el fizo, o entre tanto que la fazia, por alguna ocasión que acaesciese assi como por grandes lluias, o por auenidas de aguas, o por terremotos, o por otra cosa semejante, estonce non seria tenuto el maestro de la refazer, nin de tornar el precio que ouiesse recebido”.

fraudulenta no sea el maestro que trabaja a destajo, sino el beneficiario de la obra. Y una ley de las Partidas así lo contempla con referencia al supuesto de que se hubiese pactado que el pago solamente se consumase una vez culminada la tarea y comprobada su coincidencia con los términos acordados, previendo la posibilidad de que el señor que encargó su realización rechazase maliciosamente el producto final con el propósito de retener el precio o de someterlo a embargo, ordenándose frente a ello que satisfaga la cantidad debida, previo apremio del juez, basado en la estimación hecha por hombres buenos y conocedores de la materia sobre la adecuada composición y la buena calidad de la obra entregada²⁵⁷.

Otro tipo de contrato de locación, igualmente, contemplado en las Partidas, es el concerniente al alquiler realizado con una finalidad de transporte, para el que, también es de aplicación el régimen general. Así, se establece que la promesa de proporcionar una bestia, una carreta o una nave, o incluso de hacerlo a hombros propios, para llevar a otro lugar vino, aceite o un producto semejante en unos determinados recipientes o continentes únicamente originará la obligación de pechar por la caída, rotura o pérdida acaecida durante su transporte si este accidente fue provocado por culpa del portador que contrajo tal compromiso, pero no si éste hubiese empleado la diligencia exigible o si su quiebra o perecimiento estuvo motivada por alguna “ocasion”, es decir, por una causa ajena a su voluntad²⁵⁸.

257 *Siete Partidas*, [V, VIII, XVII]: “Quales deuen ser las obras que pertenescen a fazer a los maestros a pagamiento de los señores. Pleytean a las vegadas los maestros de fazer algunas lauores, a aluedrio de los señores dellas diziendo assi, que farian tal lauor que se pagaran della, quando la vieren acabada. E porende dezimos, que el maestro que desta guisa destajare la obra, si la fiziere bien e lealmente, e el señor quando la viere acabada, dixere maliciosamente, que se non paga della, por retener le el precio que auia de auer, o por embargar le de otra guisa, que lo non puede fazer. Ca el pleyto de tal aluedrio como es sobre dicho, se deue entender desta guisa, que el señor de la obra se deue pagar della, si bien fecha fuere, segund se pagarían della otros omes buenos e sabidores. E porende si los omes sabidores, a que fuere mostrada la obra dixeren que es buena, non puede el señor por tal pleyto embargar al maestro nin retener le el precio que le auia de dar, ante dezimos que el juez del lugar le deue apremiar que gelo de maguer non quiera (...)”.

258 *Siete Partidas*, [V, VIII, VIII]: “Por quales razones es tenuto de pechar o non, la cosa a aquel que la tiene arrendada o logada, si se perdiessse, o se muriessse. A cuestas, por si mismo, o en alguna su bestia, o en carreta, o en naue, prometiendo de leuar algund ome, vino, o olio, o otra cosa semejante, en odres o en alcollas, o en toneles, o pilares de mármol, o redomas, o otra cosa semejante destas, si leuandol de vn lugar a otro, cayere por su culpa, aquello que leuare, e se quebrantare, o se perdiere, tenuto es de lo pechar. Mas

Respecto a la locación de uso, ya hemos mencionado algún supuesto, relativo a la muerte o extravío de la bestia alquilada, regulado en el *Fuero Real*²⁵⁹. Las Partidas se ocupan, también, de algunos casos que, sin embargo, rozan la frontera de nuestro ámbito de interés, ya que presentan la peculiaridad de radicar la pérdida o deterioro de la cosa en una causa no sobrevenida, sino preexistente y vinculada a vicios ya yacentes en su objeto. El primero de ellos alude al alquiler de toneles o vasos para la conservación de vino, aceite u otro líquido semejante que estuviesen en mal estado y provocasen su empeoramiento o su mal sabor, asignándose al locador el deber de compensar al locatario por los daños y menoscabos, siempre que éste ignorase la defectuosa condición de tales recipientes y con independencia de que la misma fuese también desconocida para el locador, pues “todo ome deue saber si es buena, o mala, aquella cosa que aloga”²⁶⁰. Diferente es, no obstante, la solución ofrecida en la misma ley para el supuesto de que alguien alquile a otro sujeto montes o prados para pastos de su ganado y debido a la ingestión de las malas yerbas que crezcan en ellos se produzca la muerte o la enfermedad de los animales, pues el dueño del predio estará, igualmente, compelido a pechar los daños y perjuicios cuando ya previamente tuviese noticia de la existencia de este peligro y no se lo hubiese comunicado a la otra parte de manera expresa, “paladinamente”, aunque quedará totalmente eximido de responder si tampoco él hubiese sabido que dichas pasturas albergasen tal amenaza²⁶¹. Y to-

si el pusiesse guarda quanta pudiesse, en leuar aquella cosa, o se quebrantasse por alguna occasion sin su culpa, estonce, non serie tenuto de lo pechar”.

259 *Fuero Real*, [III, 17, 1] y [III, 17, 6].

260 *Siete Partidas*, [V, VIII, XIV]: “Del ome que alquila a otro toneles o vasos malos, e quebrantados para meter y vino, o olio, o otra cosa semejante. Toneles o otros vasos malos quebrantados, alquilando vn ome a otro, para meter y vino, o olio, o otra cosa semejante, si por culpa de aquellos vasos, se perdiere, o se empeorare, rescibiendo mal sabor, aquello que y meten, si aquel que lo rescibe alouero, non es sabidor, de la maldad de los vasos, quando los logo tenuto es el señor dellos, de pechar al otro, el daño, e el menoscabo que rescibio por culpa dellos, maguer, que el señor non fuesse sabidor, que eran malos o quebrados, e esto es, por que todo ome deue saber si es buena, o mala, aquella cosa que aloga (...)”.

261 *Siete Partidas*, [V, VIII, XIV]: “(...) E porende dezimos, que logando, vn ome a otro, montes, o prados, para pasturas de ganados, o de bestias, si aquello que alogo para esto ha malas yeruas, que matan o empeoran por ellas los ganados que las pascen, si el señor es sabidor desto, es tenuto delo dezir paladinamente, o de pechar al otro el daño, e el menoscabo, quel viniessse por la maldad de aquellas yeruas. Mas si el señor non sopiessse tal maldad, estonce, non seria tenuto de pecharle los daños nin los menoscabos, mas dezi-

davía encontramos otro precepto de interés, en el que se plantea la situación resultante del alquiler de un almacén destinado al depósito de aceite u otras cosas o productos, ya que se introduce una importante precisión, consistente en señalar que, si el dueño del local no hubiese prometido hacerse cargo de su vigilancia, no estará obligado a pechar por la eventual pérdida de los bienes almacenados, a no ser que pudiese ser probado que esta adversidad fue causada por su culpa²⁶² o por su actitud dolosa en forma de engaño. Ahora bien, si hubiese colocado a un hombre a su servicio o a un extraño²⁶³ con la misión de velar por la conservación de dichos objetos, se entenderá que tácitamente asumió un deber de guarda, lo que genera su obligación de presentarse ante el juez para dar explicaciones sobre las circunstancias en las que se produjo su desaparición²⁶⁴. Sin embargo, este compromiso de salvaguarda también pudo haber sido expresamente adquirido por el locador en el momento de la cesión de la citada dependencia, lo que tiene notables consecuencias, ya que la responsabilidad del locador aproxima ahora sus contornos a los de la antigua custodia romana, pues se proyecta sobre él con una dimensión casi objetiva, que solo excluye la fuerza mayor²⁶⁵.

mos que non le deue demandar el loguero, nin el otro, non es tenuto de gelo dar”. Propone E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 398, que esta diferente regulación podría estar basada en el carácter mueble o inmueble de los bienes objetos de alquiler. Pero, aunque la tesis parece plausible, nada hay en el tenor del precepto que la confirme.

262 Gregorio López, glosa (i): “Por su culpa”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXV], precisa que basta que concurra cualquier tipo de culpa, incluida la levísima, que se equipara a la lata: “(...) Sed de alia culpa veluti si noluit tradere claues, vel alias culpam vel dolum comisit, vnde res de perditte fuerunt, et intelligendum videt de culpa lata (...)”.

263 Logicamente, se presume que el cuidador actúa con el conocimiento y la aquiescencia del locatario. Gregorio López, glosa (k): “Ouiesse y puesto” a *Siete Partidas* [V, VIII, XXV].

264 Obra en este caso una presunción contraria al locador respecto a su nivel de diligencia en la custodia. Gregorio López, glosa (a): “Pregunten”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXV].

265 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXV]: “Del almalzen en que vn ome loga a otro para tener olio, o otra cosa semejante, no es tenuto de pechar el daño que acesce en el. Logando vn ome a otro algund almalzen en que metiessen olio, o otra cosa semejante, si quando gelo logo, non le prometio de guardar le aquello que y metiesses, si alguna cosa se perdiesses a aquel que lo rescibio a loguero, non seria tenuto el Señor de pecharle, porende ninguna cosa. Fueras ende si le pudiesse prouar que por su culpa, o por engaño que le ouiesse fecho, se perdiessen aquellas cosas. Pero si el Señor del almalzen ouiesse y puesto algund ome suyo, o estraño, por guarda de aquellas cosas, estonce tenuto seria de leuarle ante el judgador de aquel lugar, por que le pregunten, e sepan del como acaescio, aquella perdida. Mas

Cuando el contrato de locación concierne a fincas rústicas, hablamos propiamente de un arrendamiento, que comporta la adquisición de un derecho de usufructo sobre el bien raíz que constituye su objeto. Señalan, en este sentido, las Partidas, que el arrendatario debe poner en el mantenimiento, el uso y la labranza del campo, la viña o la heredad igual grado de cuidado que si tratase de una propiedad suya, procurando, además, con sus labores su mejora, y evitando cualquier empeoramiento de las casas o las tierras que la integrasen. Y en consonancia con esta advertencia, se le hace responsable de cualquier menoscabo, y hasta de la merma acentuada en la cuantía de sus frutos²⁶⁶, originado por su culpa o su insuficiente diligencia -no alcanzando, pues a la culpa levisima-, tanto sea propia como de otros individuos que trabajasen para él; e incluso, deberá hacerse cargo de la acción malintencionada de algún enemigo que deseando su mal provocase daños en el terreno arrendado²⁶⁷. Es, también, digno de mención que el pago del pecho por los perjuicios causados habrá de hacerse a la vista del juez local y de varios hombres buenos conocedores de las peculiaridades y necesidades de las tareas agrícolas²⁶⁸.

si quando le dio el almagazen a loguero, recibio sobre si el señor, la guarda de las cosas, que y metiesse, estonce, tenuto seria, de pecharle, todo quanto y perdiessse. Fueras ende, si la perdida acaesciese, por alguna ocasión, que auiniesse, por auentura, sin culpa del señor del almagazen, assi como por fuego, o por fuerça de ladrones, o de enemigos, o de otra cosa semejante”. También aquí es suficiente que el grado de culpa del locador en los efectos del caso fortuito sea la mínima. Gregorio López, glosa (b): “Ocasión” a *Siete Partidas* [V, VIII, XXV].

266 Así lo afirma Gregorio López, glosa (h): “Labrasse mal”, a *Siete Partidas* [V, VIII, VII].

267 Frente a esta actuación fundada en la simple malquerencia cabe, no obstante, prueba en contrario de que se obró en el deber de guarda con la diligencia oportuna. Gregorio López, glosa (l): “Enemigos” a *Siete Partidas* [V, VIII, VII].

268 *Siete Partidas*, [V, VIII, VII]: “De los campos, o viñas, o otros heredamientos, que arrienda vn ome a otro, que son tenudos de refazer los daños, e los menoscabos, que vinieren por su culpa, a los señores dellos. Campos o viñas, o otros heredamientos, arrendando vn ome a otro, aquel que los arrendare, deue ser acucioso, en aliñar, e en guardar, e labrar los bien assi como faría si fuessen suyos. E las lauores que ouiere de fazer en ellos, deue las fazer en tales sazones, e en tal manera, que los arboles, e las otras cosas, que fueren en la heredad, o en la casa, que arrendare se mejoren porende, e non resciban ningund empeoramiento. E si por auentura los labrasse mal, o en sazones que non deuia, o por otra su culpa, o de los omes que los ouiesse a labrar por el, se empeorasse aquello que tenia arrendado, mandamos, que quanto quier que fuere fallado en verdad, que se empeorasse por su culpa, o por su negligencia, que lo peche todo, a bien vista del judgador del lugar, o de los omes buenos que saben de lauor de tierra. Esso mismo dezimos que seria, de aquel

La situación cambia, no obstante -como veremos más adelante-, cuando los frutos producidos por la heredad se malogran debido a los efectos de un caso fortuito. Y por otra parte, aunque la cuestión apenas es tratada en las fuentes legales que manejamos, el peligro de la pérdida o la grave disminución de los frutos producidos por el fundo pesará también sobre el arrendatario cuando viniese causada por su propia culpa o su negligencia, “mala guarda”, disponiéndose, al respecto, la continuidad inalterada de su obligación de satisfacer la renta fijada²⁶⁹. Y de la misma manera, si al expirar el plazo de vigencia del contrato devolviese el fundo a su propietario afectado por alguna desmejora proveniente de su propia culpa, deberá pechar por ello, como cualquier otro locatario ante una situación análoga²⁷⁰.

1.5. Sociedad

El carácter multilateral del lazo contractual tejido entre los integrantes de una sociedad fabrica también peculiaridades dignas de reseña. En principio, rige la regla general de que los daños y deterioros deben ser repartidos comunalmente en la misma parte que a cada uno le correspondería en la distribución de las ganancias. Sin embargo, cuando su origen estuviese ligado a la culpa o el engaño atribuible a uno sólo de los miembros de la sociedad, su reparación le pertenecerá únicamente a éste, a no ser que quien incurrió en culpa pudiese demostrar que puso en la guarda de las cosas malogradas igual cota de cuidado que si hubiesen sido propias²⁷¹.

que touiesse la cosa arrendada, e ouiesse enemigos, o mal querienetes, que por la mal que-
rencia que ouiesse con el, tajassen algunos arboles, o fiziessen otro daño en la heredad”.

269 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXII]: “(...) Mas si se perdiesse el fruto, por su culpa, assi como por labrar mal la heredad, o por yeruas, o por espinas que naciessen en ella tantas que lo tolliessen o se consumiessen los frutos por si mismos, o por mala guarda del arrendador, estonce, seria el peligro del que touiesse la cosa arrendada, e seria tenuto de dar el arrendamiento, en la manera que le ouiesse prometido de dar”.

270 *Siete Partidas*, [V, VIII, XVIII]: “Que la cosa deue ser tornada a su señor cumplido el tiempo del arrendamiento. Complido seyendo el tiempo del arrendamiento, o del loguero, deue ser tornada la cosa que assi fuesse dada a su señor (...). Otrosi, quando algund menoscabo, auiniere, en aquella cosa, por su culpa, deue lo pechar”. Gregorio López, glosa (h): “Por su culpa”, a esta ley], especifica que la norma debe entenderse referida al dolo, la culpa lata y la culpa leve. Por su parte, Antonio Gómez, *Variae*, t. II, caput III, núms. 21-22, f. 241, asevera que la culpa debe ser probada.

271 *Siete Partidas*, [V, X, VII]: “En que manera deuen ser partidas las ganancias, e

Las Partidas prestan, no obstante, una particular atención a la posibilidad de que las pérdidas sufridas por la compañía tengan su radicación en la conducta dolosa de uno de los socios, reiterando que, en tal caso, el perjuicio provocado recaerá exclusivamente sobre aquél que lo causó -o compartiéndolo, si fueron varios-, dejando incólume el interés del resto, y negando la opción de recurrir a su compensación con otras ganancias aportadas a la sociedad, como vía de eludir la carga de responder por los daños²⁷². La compensación, en contraste, sí es admitida cuando el demandado fuese capaz de poner en evidencia la existencia de otros menoscabos debidos al comportamiento, asimismo, engañoso de aquél compañero que se lo reclamase, aunque, lógicamente, los demás socios que no tuvieron participación en ellos tampoco sufrirán sus efectos²⁷³. Como también se ampara su utilización recíproca respecto a las pérdidas generadas por su respectiva culpa o negligencia entre dos o más socios, si bien se hará en la proporción en la que haya equiva-

los menoscabos que fizieren los compañeros quando es fecha la compañía sobre la cosa señalada (...) Otrosi dezimos, que entre si deuen ser comunales los daños e los menoscabos, que les acaescieren a cada vno, por su parte, segund les alcançare, de las ganancias. Fueras ende, si los daños, e los menoscabos, acaesciessen por culpa, o por engaño de alguno de los compañeros, ca estonce, tan solamente a aquel pertenece, e non a los otros. Pero si este, por cuya culpa auino el daño o el menoscabo, pudiere prouar, que puso y aquella guarda, que fiziera si suyas fuessen aquellas cosas, estonce por tal culpa, non seria tenuto de pechar el menoscabo, ante dezimos que deue alcançar, a cada vno dellos su parte”.

272 *Siete Partidas*, [V, X, XIII]: “Como se deue partir la ganancia, o perdida, entre los compañeros quando se parte la compañía por alguna razón derecha que aya. Departida seyendo la compañía, por alguna de las razones que diximos, en las leyes ante desta, luego que esto sea fecho, deuen partir entre si todas las ganancias, e las perdidas, en la manera que fue puesto en la compañía, quando la firmaron. E si alguna perdida auino en la compañía, por engaño que fizo, alguno de los compañeros, a aquel solo que fizo el engaño, pertenesce la perdida, e non se puede escusar, que la non refaga, maguer que el diga, que fizo otras ganancias, a otra parte, que fueron tantas, e tales, de que podría ser mejorada aquella perdida. Fueras ende, si alguno, o algunos de los otros ouiesse fecho, otro atal engaño. Ca estonce dezimos, que se deue compartir, entre aquellos que fizieron el engaño, de guisa que non alcance ende parte a los otros>.

273 *Siete Partidas*, [V, XIV, XXIII]: “Como deue ser descontado el daño que alguno delos compañeros fiziere en la compañía por engaño. Engaño faziendo alguno delos compañeros, en las cosas dela compañía, porque auiniesse en ellas perdida, o menoscabo, si el otro compañero, le demandase emienda de aquello que se perdiera, o menoscabara por su engaño, si este a quien fazen tal demanda, le respondiessse, que el queria prouar que se perdiera, o se menoscabara, otro tanto delo de la compañía, otrossi por engaño que el otro auia fecho prouandolo assi, dezimos, que deue ser desquitado, el vn daño por el otro (...)”.

lencia entre las imputables a cada uno de ellos, no teniendo cabida una compensación absoluta, salvo que fueran iguales entre sí. La diferencia principal frente al régimen previsto para quien procede con dolo reside, sin embargo, en la posibilidad que aquí se concede al socio que con su poca diligencia causase quebrantos a la sociedad de equilibrarlos con aquellas ganancias que hubiese podido aportar, llegándose, incluso, a aceptar que uno de los asociados reciba una parte de los beneficios superior a la que le tocaría en su reparto si lograrse probar que el fundamento de su reclamación reside en la pretensión de obtener un resarcimiento ante las minusvalías ocasionadas al conjunto de la sociedad por otro de sus miembros²⁷⁴. Es más, en otra ley de Partidas se llega a autorizar la compensación entre las pérdidas producidas -en un caso mediando dolo, y en el otro culpa y negligencia-, por parte de dos socios, pero a condición de que su acción lesiva se proyecte sobre cosas distintas pero de idéntico valor. Ahora bien, si se tratase de una misma cosa, la obligación de pechar recaerá exclusivamente sobre el socio que obró con dolo, sin que se le deje margen alguno para repetir una parte del monto que se le demanda contra aquel otro que contribuyó culposamente a la producción del daño, pues, se justifica: “en la balança del derecho, pesa mas el engaño del vno, que la culpa del otro, quando auienen amos sobre vna cosa misma”²⁷⁵.

274 *Siete Partidas*, [V, XIV, XXII]: “Como los compañeros pueden descontar entre si los daños, e los menoscabos que ouieren, por razón de la compañía por culpa dellos. Dos o mas auiendo compañía de so vno, si el vno dellos demandasse al otro emienda de lo que auia menoscabado de las cosas de la compañía por su negligencia, o por su culpa. E el otro le respondiesse, que el otrosi auia perdido, o menoscabado otro tanto delo dela compañía por otra tal razón, el menoscabo, que desta manera auiniesse en las cosas de la compañía, bien puede ser descontado el vno por el otro, si fueren eguales, e si non fasta aquella quantía, que montare el menoscabo, que fizo cada vno dellos. Esso mismo dezimos que seria, si acesciesse, que el vno de los compañeros ouiesse fecho daño en alguna partida de las cosas de la compañía, e en otra pro. Ca el pro e el daño que fiziesse, deue ser egualado lo vno por lo al, e descontado segund la quantia que fallaren que monta el daño o la pro. Otro tal seria si el vno delos compañeros tomasse algo por si de la compañía, e el otro le demandasse quel diesse su parte de aquello que tomara. E este que lo tomo le dixesse que non gelo daría, porque el le prouaría que auia fecho daño en las cosas de la compañía, que montaua tanto o mas de lo que el tomo. Ca si esto prouare deue ser esquitado lo vno por lo al”.

275 *Siete Partidas*, [V, XIV, XXIII]: “(...) Otrosi dezimos, que si se perdiesse, o se menoscabasse alguna cosa de las de la compañía, por negligencia, o por culpa del vn compañero, e se perdiesse otra, e se menoscabasse, que valiesse otro tanto, por engaño que fiziesse el otro compañero, que estonce, bien pueden desquitar la vna por la otra. Mas si vna cosa tan solamente se perdiesse, o se menoscabasse, por culpa del vn compañero, e por

1.6. Mandato y promesa de dar o hacer

Al igual que se ha señalado con referencia al comodato, al abordar la materia que nos ocupa en relación con el contrato de mandato es preciso atender a las diferencias que introduce en su regulación el reparto de la utilidad que, en función de sus diversas modalidades, esta figura reporta. Así, cuando beneficia exclusivamente a quien efectúa el mandato, *gratia mandatis tantum*, en el caso de producirse un incumplimiento motivado por dolo o culpa lata del mandatario, éste tendrá que pagar por la totalidad del perjuicio causado al mandante²⁷⁶, mientras que si dicha culpa fuese calificable como leve, la doctrina entiende que solamente deberá dicho resarcimiento en el caso de que el mandante le hubiese prometido alguna forma de remuneración, si bien Gregorio López propone su extensión, incluso, al grado mínimo -la culpa levísima-, cuando la realización del mandato requiriese una elevadísima industria²⁷⁷.

engaño del otro, estonce non se podria desquitar el engaño por la culpa, ante dezimos, que el que fizo el engaño, que es tenuto de pechar el daño, o el menoscabo, que auino por el, e non ha demanda contra el otro, por razón dela culpa, porque en la balança del derecho, pesa mas el engaño del vno, que la culpa del otro, quando auienen amos sobre vna cosa misma. E lo que diximos en estas dos leyes de los compañeros, entiendese también en los pleytos, que auienen entre los otros omes, sobre tales cosas como estas, que ouiessem comunales en vno por otra razón”. Interesa Gregorio López, glosa “Compensare possunt”, a esta ley.

276 *Siete Partidas*, [V, XII, XX]: “De la cosa que vno manda fazer a otro a pro de si mismo. Fazen algunos, omes por mando de otros algunas cosas, a las vegadas, por que finca cada vno dellos obligado, también aquel que los faze, como aquel otro que lo manda, que es otra manera de obligación, que es semejante de la fiadura. E esto puede ser en cinco maneras. La primera es, quando el mandamiento, es a pro tan solamente de aquel que manda fazer la cosa. E esto seria, como si vn ome mandasse a otro, que le recabdasse todas las cosas, que ouiesse en algun lugar, o le mandasse comprar, o fazer alguna cosa señaladamente, o que entrasse fiador por el, o le mandasse fazer alguna otra cosa semejante destas. Ca si aquel que a quien manda fazer la cosa, recibe el mandamieto tenuto es de cumplirlo (...) Otrosi dezimos, que si aquel que recibe el mandamiento faze algun engaño en no cumplirlo, o por su culpa viene daño al otro, que es tenuto de pecharle todo el daño, que le viniere por razón del, ca tal mandamiento como este reciben los omes, vnos de otros por fazerles amor, e non por fazerles daño”.

277 En su expresión: “ex attisssimam industriam”. Gregorio López, glosa (e): “Por su culpa”, a *Siete Partidas* [V, XII, XX]. Por el contrario Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 549, cols. 1925-1926, defiende que esta propagación a la culpa levísima o al caso fortuito sólo tiene cabida mediante pacto previo o cuando ha venido propiciada por la propia conducta del mandatario.

Puede plantearse, empero, que el mandato no redunde en favor del mandante, sino de un tercero, *gratia tertii tantum*, siendo éste, en consecuencia, el destinatario de la reparación debida por los daños ocasionados contra su interés, con dolo o culpa, por parte del mandatario; aunque careciendo este tercero de acción directa frente al mismo, deberá promoverla ante el mandante, que, a su vez, podrá reclamar por su responsabilidad a quien aceptó el mandato²⁷⁸. Cabe también que la utilidad sea perseguida tanto para el mandante como para un tercero, *gratia mandantis et alterius tertii*, pesando en tal situación, igualmente, sobre el mandatario la exigencia de pechar por aquellos daños o minoraciones derivados de su conducta dolosa o culposa²⁷⁹. Y hay, en fin, otras posibles variantes, sobre las que, sin embargo nada se regula en el aspecto que capta nuestro interés: el mandato que busca favorecer simultáneamente a mandante y mandatario, *gratia mandantis et mandatarii*; el que aprovecha al mandatario y a un tercero, *gratia mandatari et alteri tertii*; y, por último, el que beneficia exclusivamente al mandatario, *gratia mandatari tantum*, del que, lógicamente, no nace obligación alguna para ninguna de las partes²⁸⁰.

También la obligación contraída bajo promesa de dar o hacer una cosa determinada y en una fecha cierta²⁸¹ puede verse alterada por el perecimiento o el menoscabo de su objeto. Establece sobre ello una ley de Partidas que si su

278 *Siete Partidas*, [V, XII, XXI]: “De la cosa que manda fazer alguno a pro de otro tercero tan solamente, o a pro de si o de otro. Mandando vn ome a otro, fazer alguna cosa que non fuesse a pro de aquel que lo mando, nin de el que recibió el mandado, mas de otro tercero, esta es la segunda manera que fablamos en la ley ante desta (...) E si algun daño recibio este tercero por cuyo pro se faze el mandado, o por engaño, o por culpa de aquel que recibio el mandado, puedelo demandar a aquel que lo mando fazer, e es tenuto de gelo pechar. Pero quanto pechare por esta razón, aquel que fizo el mandamiento, bien lo puede demandar, a aquel que recibió el mandamiento, e el es tenuto de lo pechar pues que por su culpa, o por su engaño vino (...)”. Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 549, col. 1928, sostiene, sin embargo, que el tercero dispone, en todo caso, de la “actio directa negotiorum gestorum” tanto contra el mandante como contra el mandatario.

279 *Siete Partidas*, [V, XII, XXI]: “(...) La tercera manera de mandamiento es, quando manda fazer vn ome a otro alguna cosa, por pro de si mismo, e de otro tercero alguno (...) E si aquel que recibió el mandado, fizo algund engaño, en aquello que ouo de fazer, o de recabdar, o por su culpa auiene daño, o menoscabo en ello, tenuto es de lo pechar, a quel de quien recibio el mandado”.

280 De estas distintas modalidades se trata en *Siete Partidas*, [V, XII, XXII] y [V, XII, XXIII]. Véase E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 544-546.

281 Ambas son condiciones de aplicación de esta norma. Gregorio López, glosas (f): “Cosa señalada”, y (g): “A dia cierto”, a *Siete Partidas* [V, XI, XVIII].

desaparición se produjese por muerte natural y sin mediar culpa²⁸² del promitente, nada habría éste de pechar ni tampoco cabe exigirle que ofrezca algo en su lugar. Pero si este hecho aconteciese después de vencido el día fijado para su entrega, tendrá que pagar su valor estimado, al igual que sucederá si, no habiendo sido señalado anteriormente un término de cumplimiento, el beneficiario se lo reclamase y, a pesar de no tener impedimento para hacerlo, el promitente no le transfiriese la cosa prometida, extinguiéndose ésta con posterioridad, aunque fuese por acción de una causa natural; pero, por el contrario, quedará completamente libre de responder por ella si, en las mismas circunstancias, no hubiese existido este requerimiento previo para la realización de su transmisión²⁸³. Y lógicamente, también deberá pechar en el caso de que voluntariamente matase o destruyese la cosa que se comprometió a dar, si bien se admite la excepción de que lo hiciese con un motivo justificado, poniéndose como ejemplo que se tratase de un siervo al que el deudor descubriese yaciendo con su esposa o con su hija²⁸⁴.

1.7. Prenda

En la relación contractual nacida entre quien entrega algo en prenda y quien pasa a ser su tenedor pueden darse diversas circunstancias que impi-

282 Culpa que, por ejemplo, existirá si el promitente no curase al siervo prometido cuando estuviese enfermo. Gregorio López, glosa (h): “Sin culpa”, a *Siete Partidas* [V, XI, XVIII].

283 *Siete Partidas*, [V, XI, XVIII]: “Como si se muere, o menoscaba la cosa que vn ome promete de dar a otro non es tenuto de la pechar. Cosa señalada, prometiendo vn ome a otro de dar, o de fazer a dia cierto, si la cosa se muriessse en ante del dia, de su muerte natural, sin culpa, del que faze la promission, non es tenuto de la pechar, nin de dar ninguna cosa, por razón della, mas si muriessse después, del dia que deuiera ser dada, entonce, seria tenuto del pechar, la estimación de la cosa. E si quando la cosa señalada prometiesse alguno a dar, non dixesse ciertamente, en qual dia gela daría, si después desso gela pidiesse, el otro, a quien fue prometida, pidiendo gela, e non gela quisiesse dar, pudiendo lo fazer, dezimos, que si muriere la cosa después de su muerte natural, que es tenuto de la pechar. Pero si se muriessse en ante que el otro gela demandasse, entonce non seria tenuto el que la prometio de dar le ninguna cosa por ella”.

284 *Siete Partidas*, [V, XI, XIX]: “Si aquel que promete la cosa la mata como es tenuto de la pechar. Cierta cosa prometiendo de dar vn ome a otro, si después desso la matase, tenuto seria dela pechar, fueras ende, si lo fiziesse con razón derecha. E esto seria como si aquella cosa señalada, que ouiesse prometido de dar fuesse sieruo. E después lo fallasse con su muger, o con su fija, o fallasse quel auia fecho otro yerro alguno semejante destos, porque lo ouiesse a matar con derecho, entonce non seria tenuto de pechar por el ninguna cosa”.

dan su restitución cuando esta sea reclamada. Así, lo contempla una ley de las Partidas que, como primer supuesto, contempla la eventualidad de que después de haber sido probado en juicio el deber de devolver la cosa gravitante sobre su poseedor, éste dolosamente la ocultase diciendo no tenerla en su poder, por lo que otorga a su dueño el derecho de percibir el valor de la deuda que recaía sobre ella junto a la estimación jurada de los daños y perjuicios sufridos por no poder recuperarla, una vez confirmada su cuantía mediante la tasación efectuada por el alcalde. Ahora bien, si la pérdida no se produjese por engaño, sino por culpa del tenedor, sólo podrá exigírsele el pago del pecho debido por la cosa, pero no la indemnización. Y, finalmente, también se regula una tercera posible situación, la de que, simplemente, el poseedor se niegue a devolver la cosa, ofreciéndose en este caso al demandante la elección entre que aquél peche por ella más los daños y perjuicios, o pedir al juez que se la arrebate por la fuerza²⁸⁵ y que luego se la transmita. No obstante, si, aun teniendo voluntad de restituirla, el tenedor no pudiese hacerlo por hallarse la cosa en algún lugar situado fuera de su alcance, no será condenado, pero sí emplazado a que en el día acordado se la retorne a quien se la dio en prenda o bien que se haga cargo de la deuda que éste tenía sobre ella²⁸⁶.

285 Esto es, “manu militari”. Gregorio López, glosa (h): “Por fuerza”, a *Siete Partidas* [V, XIII, XIX].

286 *Siete Partidas*, [V, XIII, XIX]: “De la cosa que fue dada a peños, si después que fue demandada en juízo fue traspuesta, o perdida, o empeorada, como se deue tornar a pechar. Seyendo vn ome tenedor de vna cosa diziendo otro alguno, que aquella cosa, que gela empeñara aquel cuya era. Si después, que gelo ouiesse prouado, aquel que fuesse tenedor della engañosamente la traspusiesse diziendo que la non podía auer. Estonce el judgador deue mandar al que la demanda, que jure quanto daño, e menoscabo le viene, porque non le entrego aquella cosa. E por quanto jurare, deue mandar al otro, que gelo peche, con la debda que le deuia. Pero el alcalde, deue primeramente tassar la estimación del tal daño, o menoscabo, ante que otorgue la jura ala otra parte. Mas si acaesciesse, que la cosa empeñada se perdiessse, por culpa de aquel que era tenedor della, e non por engaño que el fiziesse, entonce, non le deue mandar pechar, mas de aquello que auia sobre ella. E si por auentura non fuese la cosa traspuesta engañosamente, nin perdida por culpa del que la tenia, mas seyendo tenedor non la quisiesse entregar. Estonce en su escogencia, es del que la demanda de jurar por ella, segund que es sobredicho, e pechar gela ha con lo daños, e los menoscabos, o de pedir al judgador, que gela tuelga por fuerça, e que le entregue della. Mas si la cosa fuesse en tal lugar, que auiendo voluntad dela dar, non lo pudiesse fazer. Entonce, non lo deue condenar en ninguna de las maneras sobredichas, pues que por su engaño non fue traspuesta. Mas deue tomar tal recabdo, del que la aduzga a algund dia señalado, e la entregue a aquel que la tenia en peños, o que pague la debda, que el otro auia

Sentada, así, la distinción entre las consecuencias legales del daño emanante del dolo frente al derivado de la culpa, el precepto siguiente se detiene en la delimitación de las conductas indicativas de la existencia de dicha culpa²⁸⁷ o negligencia, señalando, como premisa, que cualquiera que reciba una cosa en prenda debe poner el máximo cuidado, “gran semencia”²⁸⁸, para que no se pierda ni se empeore. Y para garantizarlo es preciso que no la utilice o se sirva de ella, si no es de tal manera que se asegure de que conservará intacto su valor, y nunca contrariando la voluntad de su dueño. Pues sólo cuando es una circunstancia o un agente fortuito el que provoca tal deterioro o perecimiento quedará el tenedor eximido de pechar, si bien sobre él recae la carga de probar el peso decisivo cobrado por tal contingencia²⁸⁹. Con todo, en la resolución de esta situación creada por la culpa o la falta de diligencia de quien tiene en su poder el objeto de la prenda es preciso poner en relación el alcance del menoscabo ocasionado y el importe de la deuda contraída por su propie-

sobre ella. Esso mismo dezimos, que deue ser guardado en todas las cosas, so bredichas en esta ley si alguna dellas fiziesse aquel mismo, que ouiesse empeñado la cosa”.

287 Se refiere a la culpa lata y a la leve, pero no a la levísima. Gregorio López, glosa (f): “Se perdiessse”, a *Siete Partidas* [V, XIII, XX].

288 “ Id est exactam diligentiam”, Gregorio López, glosa (c): “Gran semencia”, a *Siete Partidas* [V, XIII, XX].

289 *Siete Partidas*, [V, XIII, XX]: “Como si algunos de aquellos que tienen la cosa apeños las pierden, o se empeoran por su culpa las deuen pechar. Gran semencia, deue poner en guardar la cosa, todo ome que la rescibe en peños, de guisa, que por su culpa, nin por su negligencia non se pierda, nin se empeore. E para esto ser bien guardado, ha menester que non vse, los peños, ni se sirua dellos, el que los tiene. Fueras ende si lo fiziere en buena manera, de guisa, que non valan porende menos. E aun esto que lo fagan con placer e con mandado de aquellos cuyos son. Ca los peños, principalmente son dados, por auer segurança delo que dan sobre ellos aquellos que los resciben, por peños, e non por vsar dellos. E porende dezimos que si alguno contra esto fiziere, e la cosa empeñada se perdiessse, o se empeorasse, vsando della contra voluntad del Señor della, o si de otra manera le viniessse este daño, por culpa, o por negligencia, de aquel que la tiene en peños, que es tenuto dela pechar. Mas si acaessiesse la perdida, o el empeoramiento, en la cosa empeñada, por ocasión, e non por culpa, ni por engaño, que fiziesse, aquel que la tenia, apeños, non seria tenuto dela pechar. Ante dezimos que aquel cuya era: es tenuto de dar al otro la debda que ouiesse sobre ella. Pero este que tomo la cosa a peños, deue probar la ocasión, porque dize que se perdió la cosa. E prouado la, es quito de la demanda, e deue cobrar lo que dio, assi como desuso es dicho. Fueras ende, si el otro cuya era la cosa, prouasse que la ocasión, auiniera por culpa del que tenia la cosa a peños. Ca estonce, como quier que deue cobrar su debda, tenuto es de pechar la cosa, pues que se perdió por ocasión que auino por su culpa”.

tario a cuenta de su empeñamiento. De tal modo que si el empeoramiento fuese de menor entidad, debe ser descontado del monto de dicha deuda, pero si fuese superior, no sólo quedará ésta cancelada, sino que, además, deberá pechar al señor de la cosa por los perjuicios que en virtud de esta diferencia le fuesen imputables²⁹⁰.

1.8. Cuasicontratos

Fuera de las fronteras estrictas de la materia contractual, pero participe de la vecindad a sus contornos que caracteriza a la categoría de los denominados cuasicontratos, la gestión de negocios ajenos implica una demanda de inversión de diligencia y buena fe, cuya ausencia es fuente, también, de repercusiones negativas. Por ello, si al actuar con dolo o culpa²⁹¹ el gestor propicia-se que la cosa administrada se perdiese o sufriese menoscabo, estará obligado a pechar por ella, si bien la doctrina tiende a exceptuar los supuestos de que se tratase de bienes particularmente desprotegidos o de que el gestor fuera, por su propia naturaleza, una persona poco adecuada para el desempeño de esta tarea²⁹², pero siempre, eso sí, que volcase sus esfuerzos en tratar de evitar la derivación de perjuicios para el dueño de la cosa que tuviese encomendada y que no resultase probado que había obrado con falsedad²⁹³. Por otra parte, en

290 *Siete Partidas*, [V, XIII, XXXVI]: “Si la cosa empeñada se pierde o se empeora, como se deue descontar de la debda del daño que y aueniere. Empeorando se la cosa empeñada por culpa, o por negligencia de aquel que la tiene a peños, si tanto fuere el empeoramiento quanto es el debdo que auia sobre ella pierde porende el derecho que auia en el peño, e si fuere menos, deue ser descontado del debdo quanto fuer el empeoramiento. E si la peoria fuer mayor que el debdo deue perder aquello que auia sobre la cosa empeñada. E pechar sobre esto al señor de la cosa el daño que y acaesciere por razón del empeoramiento (...)”.

291 Normalmente se entienden comprendidas tanto la culpa lata como la leve, si bien Gregorio López, glosa (i): “Por su culpa”, a *Siete Partidas* [V, XII, XXX], además de estas dos formas, admite que se extienda a la culpa levísima cuando la gestión se entiende requerida de una actitud diligentísima.

292 En expresión de Gregorio López, glosa (k): “Que ome del mundo” a *Siete Partidas* [V, XII, XXX]: “Idem si aliquis homo reperiretur sed esset minus diligens vel idoneu (...)”.

293 *Siete Partidas*, [V, XII, XXX]: “Como el daño e el menoscabo que viene en las cosas ajenas por culpa de aquel que las recabda lo deue pechar. A buena fe e lealmente deue todo omo recabdar e aliñar las cosas ajenas, queriendo se trabajar ende. E esto deue fazer, de manera que por su culpa, nin por engaño que el faga, nos se pierda, nin se menoscabe ninguna cosa dellas. E si alguna cosa se perdiesse, o se menoscabasse por su culpa,

la medida en que no actúa por mandato suyo, el gestor deberá abstenerse de iniciar compras u otras operaciones que el titular del dominio sobre los bienes no tuviese por costumbre realizar. De manera que cualquier daño o deterioro que deviniese del incumplimiento de esta regla recaerá sobre él mismo, incluso cuando interviniese un caso fortuito²⁹⁴, aunque, en contraste, si lo que generase fuesen ganancias, éstas pertenecerán al dueño de la cosa, previa deducción de las impensas que hubiese efectuado²⁹⁵. Esto permite inferir que la reclamación de la devolución de los gastos sufragados no tendrá cabida en el caso de que su iniciativa engendrase pérdidas, a no ser que el propietario diese su conformidad respecto a su labor de administración²⁹⁶. En todo caso, la sujeción a la obligación de procurar que la conducción de los asuntos ajenos no acarree perjuicios emanados del engaño, la culpa o la negligencia en que pudiese incurrir, que pesa sobre el gestor, se predica extensiva a cualquier otro que pretendiese sustituirle en dicha función de administración²⁹⁷.

e por su engaño, tenuto es de lo pechar. Pero si se mouiesse a recabadar las cosas sobre dichas, porque las fallo tan desamparadas, que ome del mundo non metia mientes en ellas, e por desuiar el daño al señor dellas, o de aquellos que las tienen en guarda, se trabajo de lo fazer, entonce non seria tenuto de pechar, lo que por su culpa se perdiessse. Fueras ende, si le prouassen, que se perdiera por engaño, que ouiesse el y fecho”

294 Señala E. Alvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 569, que esta responsabilidad se traduce en la debida a caso fortuito generado por culpa del gestor. Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 553, col. 1945, indica que el caso fortuito pesa también sobre el gestor cuando el dueño se opone a que éste se ocupe de sus negocios, a menos que se comprometa a responder por “ocasión”.

295 *Siete Partidas*, [V, XII, XXXIII]: “Como aquel que recabda las cosas ajenas non deue cobrar nin fazer cosas que non aya costumbrado el Señor dellas. Acuciosamente, e a buena fe, el que se quiere trabajar de recabdar las cosas ajenas, lo deue fazer. E mayormente, quando faze esto sin mandado de los dueños de ellas, guardando se de non comprar, nin de fazer otras cosas que non ouiesse vsado, a comprar, nin a fazer, auel cuyo es lo que recabda. Ca si contra esto fiziesse, e de aquello que comprasse, o fiziesse, viniessse algund daño, o menoscabo, quier viniessse por ocasion, o en otra manera qualquier, a el pertenesce todo, e non el Señor de las cosas. Otrosi dezimos, que si ganancia auiniesse, que deue ser del Señor de las cosas, pero entonce, las despensas, que ouiesse fecho en recabdarlas, deue las cobrar”. Gregorio Lopez, glosa (f): “Acuciosamente”, a esta ley.

296 Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 554, cols. 1949-1950.

297 *Siete Partidas*, [V, XII, XXXIV]: “Como aquel que recabda las cosas ajenas que otri quería recabdar que lo dexo de fazer por el deue ser acucioso en aliñarlas. Queriendo recabdar algun ome todas las cosas de algun su amigo por amor de amistad, o de parentesco que ouiesse con el, e auiendo voluntad desto bien e acuciosamente, viniessse otro que dixesse, yo quiero recabdar estas cosas, si este que las quiere recabdar primero

2. Vestigios de formas de responsabilidad agravada asociadas a un deber de custodia

Como ya se ha señalado, en el derecho romano, fuera de los márgenes del ámbito de la culpa, encontramos una categoría especial, generadora de una responsabilidad agravada, que es definida en términos de infracción del deber de custodia asociado al ejercicio de ciertos oficios o actividades. Aunque en la fase postrera de este sistema jurídico tiende a retroceder hasta diluirse dentro de las esferas de la culpa y de la diligencia. La propia existencia del contrato de depósito asegura, sin embargo, la permanencia de un deber de custodia respecto a la cosa depositada, que está sujeta a la obligación de proceder a su restitución en el momento en el que sea reclamada por su dueño²⁹⁸. En este sentido, las Partidas describen dicha exigencia que pesa sobre el tenedor de la cosa “de gela guardar bien e lealmente, de guisa que no se pierda ni se empeore, por su culpa nin por su engaño”, a pesar de que su inobservancia se expresa claramente en términos de culpa y de negligencia²⁹⁹.

La especial gravedad inherente al incumplimiento del deber de custodia es, con todo, todavía sostenida por algún representante de la doctrina, que rescatando los precedentes romanos, incluye en el diámetro de su alcance incluso la culpa levísima cuando se tratase de un navegante o un posadero que transportase o guardara bienes ajenos³⁰⁰. Encontramos, además, algunos pronunciamientos legales que nos hacen sospechar la pervivencia de ciertos vestigios de esta, supuestamente, extinta figura.

Es el caso -ya mencionado- contemplado en las Partidas, del alquiler de

parte mano dellas, por tal razón como esta, tenuto es este postrimero de las recabdar, en la manera que el otro lo queria fazer. De guisa, que por su culpa, nin por su engaño, nin por su negligencia, non se pierda, nin se menoscabe ninguna de aquellas cosas. E si contra esto fiziere, tenuto seria de pechar quanto se perdiessse, o se menoscabasse, por qualquier destas tres maneras sobredichas”.

298 Interesa J. A. Obarrio Moreno, “La responsabilidad del depositario y su recepción en las fuentes y en la doctrina medieval”, en A. Murillo (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, pp. 589-602.

299 *Siete Partidas*, [V, III, III]: “Quien puede dar las cosas en condessijo e a quien (...) Pero aquel que recibió la cosa, tenuto es de gela guardar bien e lealmente, de guisa que non se pierda, nin se empeore, por su culpa, nin por su engaño. E por su culpa, dezimos, que se pierde la cosa quando la non guardasse en aquella manera, que toda la mayor partida de los omes suelen guardar sus cosas (...)”.

300 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 527, col. 1726.

un almacén para la guarda de aceite o de cualquier otra cosa, pues si bien el locador, dueño del local, es liberado de responder por su pérdida o deterioro cuando en el origen de esta contingencia no hubiese habido culpa por su parte, esta regla dejará de operar si se hubiese comprometido a garantizar la conservación de los bienes almacenados, ya que entonces su responsabilidad cobra una dimensión casi objetiva, que sólo tiene límite en la concurrencia de una fuerza mayor, como un incendio o el robo efectuado, sin culpa suya, por unos ladrones o por sus enemigos.

Parecidas consideraciones suscita el precepto siguiente, dedicado a regular las condiciones contractuales vinculadas al alquiler de habitaciones o dependencias para el hospedaje de caminantes o mercaderes en posadas, hostales o tabernas, o bien en naves que se desplazan por los ríos o por el mar. Es decir, una serie de supuestos especiales que hay que poner en relación con el particular deber de custodia atribuido en el derecho romano al *nauta*, el *caupo* y el *stabularius*, del que también se hicieron eco los glosadores³⁰¹. Señala la citada ley que en estas situaciones suele darse la circunstancia de que los viajeros se ven empujados a dejar sus cosas al cuidado de quienes encuentran en estos sitios, fiándose de ellos y sin testigos ni garantía alguna, pero que muchas veces sucede que estos individuos son muy desleales³⁰² y causan graves daños y males en sus pertenencias. Por esta razón, se ordena que en cuanto tenga conocimiento de la entrada en sus locales o barcos de estas personas en tránsito, el dueño deberá disponer lo necesario para que sus propiedades queden bajo vigilancia, asegurándose de que no se pierdan ni se deterioren, de tal manera que, si contrariando este mandato, desapareciesen o sufriesen menoscabos por su negligente actitud en la adopción de tales medidas, o por un engaño, o por otra culpa suya -es decir, sea lata, leve o levísima³⁰³-, o incluso por ser robadas por otros sujetos alojados en el mismo lugar, deberán pagar por el valor de todo lo perdido o malogrado, ya que, se justifica: “guisada cosa es, que pues, que fian en ellos, los cuerpos, e los aueres que los guarden lealmente, a todo su poder, de guisa que non resciban mal ni daño”. Tenemos, por tanto, que, de nuevo, en este supuesto

301 S. A. Caminos, “La responsabilidad en la Glossa Magna con respecto a los *nautae*, *stabulariarii* y los *caupones*. D. IV. IX”, en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, pp. 161-169.

302 Más aún, Gregorio López, glosa (h): “Desleales” a *Siete Partidas* [V, VIII, XXVI] afirma que, comúnmente, los hospedadores son hombres “rapaces et vulgares”.

303 Así lo confirma Gregorio López, glosa (l): “Culpa”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXVI].

el deber de guarda, probablemente por estar basado en una relación de confianza, comporta una suerte de responsabilidad agravada por custodia que, por omisión, cabe entender que únicamente cede ante la comparecencia de un caso fortuito³⁰⁴. Merece, no obstante, la pena indicar que la imputación al dueño de la casa o del albergue por la desaparición de las pertenencias de la persona allí alojada ya había sido establecida en algunos fueros municipales, si bien solamente cuando tales cosas le hubiesen sido, expresamente, encomendadas³⁰⁵.

304 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXVI]: “Como los ostaleros e los aluergadores, e marineros son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas e en sus nauios aquellos que ay rescibieren. Caualleros, o mercaderos, o otros omes que van camino acaesce muchas vegadas, que han de posar, en casa de los ostaleros, e en las tauernas, de manera, que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que y fallaren, fiandose en ellos, sin testigos, e sin otro recabado ninguno, e otrosi los que han a entrar sobre mar, meten sus cosas en las naues en essa misma manera, fiando se en los marineros, e por que en cada vna destas maneras de omes acaesce muchas vegadas, que ay algunos, que son muy desleales, e fazen muy grandes daños, e maldades, en aquellos que se confían en ellos, porende conuiene, que la su maldad, sea refrenada, con miedo de pena. Onde mandamos, que todas las cosas, que los omes que van camino, por tierra, o por mar, metieren en las casas de los ostaleros, o de los tauernereros o en los nauios, que andan por mar, o por los ríos aquellas que fueren y metidas, con sabiduría, de los Señores de los ostales, o de las tauernas, o de las naues, o de aquellos que estouieren y, en lugar dellos, que las guarden de guisa que se non pierdan, nin se menoscaben, e si se perdiessen por su negligencia, o por engaño, que ellos fiziessen, o por otra su culpa, o si las furtassen algunos de los omes que vienen, con ellos, estonces, ellos serian tenudos de les pechar todo quanto perdiessen, o menoscabassen. Ca guisada cosa es, que pues, que fian en ellos, los cuerpos, e los aueres, que los guarden lealmente, a todo su poder, de guisa que non resciban mal, nin daño. E lo que diximos en esta ley, entiendese, de los ostaleros, e de los tauernereros, e de los señores de los nauios, que vsan públicamente a recibir los omes tomando dellos ostalaje, o loguero (...)”.

305 Así, por ejemplo, se contempla en el *Fuero de Avilés* (A. Fernández Guerra, *El Fuero de Avilés*, reproducción facsímil de la edición de Madrid, Biblioteca Nacional, 1865, Oviedo, Academia de la Llingua Asturiana, 1991), [21]: “Hospes qui pausa in kasa, si so aver comendar’ ad ospet ó á la óspeda, et en testigos podá aver de los vezinos, de tanto que li da á condensar, tanto li torne. Et si testigos non a d’aqueli dar qui dio á condesar, quando ill’ osper le ternal’ suo aver, l’ospes algo il qui quisier’ sobreponer, salve (lo) donde casa per sua cabeza que maías non li deó d’aquello, et parcasse el altro d’el. E si quando in sua casa intra é so aver mente dentro é al óspede non da, et algo í perde, et al óspede sospecta a, é demándalo ó á él ó á sua criazion-per quantos si quisier’ salvar lo don de casa iure per ellos que per él, ne per illos, ne per sos consilios, minos non a so aver; et parcasse d’ellos”. En igual sentido, *Fuero de Oviedo*, [21].

Curiosamente, este régimen, previsto para aquellos que, en virtud de su oficio o su dedicación, prestan hospedaje y/o manutención a los viajeros en establecimientos o navíos destinados a cumplir esta función, y a cambio de una cierta merced o suma de dinero, se hace extensible, en iguales términos, a quienes ofrecen este tipo de servicio de manera gratuita y voluntaria, aunque sólo cuando lo hagan en relación con esta ocupación habitual y no puramente motivados por un lazo de amistad³⁰⁶. No obstante, en atención a la singularidad de esta modalidad no retribuida, se admiten tres vías de excepción a su aplicación. La primera, cuando antes de recibir las pertenencias del que pide alojamiento en su local, le instase a cuidar personalmente de sus propias cosas, advirtiéndole de que no está dispuesto a pechar -si ésta se produjera- por su pérdida. La segunda, cuando le proporciona una casa o un arca u otro medio seguro donde guardarlas y le entrega la llave para que se encargue él mismo de velar por ellas³⁰⁷. Y en tercer lugar, se reitera el principio general que sitúa el límite de la responsabilidad derivada del deber de guarda en el advenimiento de un caso fortuito ajeno a la existencia de dolo o culpa por parte del obligado³⁰⁸.

306 Véase Gregorio López, glosa (f): “De manera”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXVI], en la que subraya el carácter necesario del deber de guarda que pesa sobre quien rige estos locales o naves, y glosa (n): “Por amor”, a esta misma ley, donde advierte que, de ser alugada, la amistad debe ser probada.

307 Gregorio López, glosa (a): “Guardadlas bien”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXVI], alude a que conforme a una asentada opinión doctrinal, la entrega de las llaves que dan acceso a las cosas guardadas no, necesariamente, excluye otro grado de culpa distinto a la culpa levisima, ya que, siempre cabe que, por ejemplo, una actitud poco diligente de quien las facilita haya permitido el duplicado de estas llaves con fines delictivos.

308 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXVI]: “(...) E en esta misma manera, dezimos, que son tenudos de los guardar estos sobredichos si los reciben por amor, non tomando dellos ninguna cosa. Fueras ende en casos señalados. El primero es si ante que lo reciba, le dize, que guarde bien sus cosas, que non quiere el ser tenudo de las pechar si se perdieren. El segundo es, si le mostrare ante que lo rescibiesse, arca, o casa, e le dize, si aqui queredes estar, meted en esta casa, o en esta arca, vuestras cosas, e tomad la llaue della e guardad las bien. El tercero es si se perdiessen las cosas por alguna ocasion, que auiniesse, assi como fuego que las quemasse, o por auenidas de ríos, o si se derribasse la casa, o peligrasse la naue, o se perdiessen por fuerça de enemigos. Ca perdiendose las cosas por alguna destas maneras sobredichas, que non auiniesse, por engaño, o por culpa dellos, estonce, non serian tenudos de las pechar”.

C. Imposibilidad sobrevenida por caso fortuito

Subrayando como notas esenciales su accidentalidad y su imprevisibilidad, el caso fortuito es definido en las Partidas como “ocasion que acaesce por ventura que non se puede ante ver”, poniéndose como ejemplos el derrumbamiento de casas, el incendio, el naufragio del navío y al acción violenta de ladrones o enemigos³⁰⁹. Este efecto liberatorio presenta, sin embargo, importantes peculiaridades en relación con los diferentes tipos contractuales, por lo que nos detendremos en un examen particularizado de cada uno de ellos

1. Comodato

Como regla general, la pérdida o desaparición del objeto del contrato derivada de causas ajenas a la conducta del sujeto de la prestación libera a éste de la carga de pechar por su valor. Así se predica genéricamente en las Partidas respecto al comodato *gratia recipendis*, con mención expresa al caso fortuito³¹⁰. Y sin especificación de modalidad, en otro precepto cercano se reitera este mismo principio de exoneración, aunque con recurso a una argumentación un tanto enrevesada. De este modo, se dice que si, llegado el tiempo del cumplimiento de la obligación de restitución, el comodatario encomendase a otra persona que se ocupase de devolver la cosa prestada a su dueño, en el caso de que fuese algún “su ome de recabdo”, acostumbrado a realizar este tipo de cometidos, o aún otros de mayor importancia, y en el trayecto la perdiese porque se la quitasen o se la robasen mediante fuerza o con engaños o por cualquier otra acción semejante, el riesgo recae sobre el comodante, por entenderse que el comodatario habría depositado igualmente su confianza en dicho nuncio si se hubiera tratado de alguna pertenencia suya. Ahora bien, si para realizar este encargo recurriese a una persona no habitual

309 *Siete Partidas*, [VII, XXXIII, XI]: “De la interpretación de otras palabras dudosas (...) Otrosi dezimos, que casus fortuitus, tanto quiere decir en romance, como ocasión que acaesce por ventura de que non se puede ante ver. E son estos derrumbamiento de casas, fuego que se enciende a so ora, e que brantamiento de nauio, fuerça de ladrones, o de enemigos (...)”.

310 *Siete Partidas*, [V, II, II]: “(...) E si lo non fiziesse assi, si se perdesse, o se muriesse, o si lo empeorasse por su culpa, o por descuydamiento, tenuto es de pechar otra tal cosa, e tan buena, a aquel que gela presto. Empero si esto auiniesse por ocasión, e non por su culpa, estonce non seria tenuto delo pechar (...)”. Lo ratifica Gregorio López, glosa (c) “Ocasión” a esta ley.

ni familiarizada con estas tareas y el daño o la pérdida se debiese a la culpa o la negligencia de este sujeto, el comodatario sí estaría obligado a pechar por ella, en conexión, precisamente, con esa presunción que opera en relación con la diligencia que normalmente exhibiría en el cuidado de sus propiedades -lo que nos sitúa en el terreno de la culpa leve-. Obsérvese, sin embargo, que nada se dice respecto a su responsabilidad cuando no mediase culpa de este nuncio utilizado de manera ocasional, lo que induce a interpretar que se confirma implícitamente que, incluso, en estas circunstancias rige el aludido criterio liberatorio. Aunque no se acaban aquí los supuestos contemplados en esta ley, pues también se prevé la posibilidad de que sea el comodante quien envía un emisario para recuperar el bien objeto del préstamo, indicándose, entonces, que si éste lo perdiera, lo malmetiese o se quedase con el mismo, el riesgo se trasladará al que le asignó la realización de esta función. No obstante, si el encargo transmitido a su delegado hubiese consistido, simplemente, en que reclamase al comodatario la devolución de la cosa a través de alguien de quien se fiase, pero el intermediario, por su propia cuenta, hubiese pedido que se la entregasen y luego la perdiese o se la apropiase, el comodatario asumirá el peligro de este extravío en castigo a su credulidad, a no ser que ésta estuviese fundada en una justa razón³¹¹; es decir, si como consecuencia de la

311 *Siete Partidas*, [V, II, IV]: “Si aquel que toma la cosa emprestada, la embia por mensajero cuyo deue ser el peligro si se pierde en la carrera. Emprestanda tomando algund ome cosa de otri, que sea de aquellas, que se non suelen contar, nin pesar, nin medir si aquel a quien fuesse prestada, la embiasse al señor cuya era, con algund su ome de recabdo, que fuesse atal, que ouiesse acostumbrado de fiar en el tales cosas, o mayores, si en leuandola este tal, la perdiessse por ocasión, como si gela tolliessen por fuerça, o gela furtassen o en otra manera semejante destas, o si le fiziessen algund engaño, porque la perdiessse, en qualquier destas maneras, o en otras semejantes dellas, dezimos que se pierde, a aquel que la presto, e non al que la tomo prestada. Ca pues el puso aquella guarda, en embiarla, que fiziera si suya propia fuesse, non es tenuto de la pechar. Mas si al embiasse con ome que non fuesse de buen recabdo, e en quien non ouiesse acostumbrado de fiar tales cosas, si se perdiessse por culpa deste atal, o por su negligencia, tenuto seria dela pechar aquel que la ouiesse tomado prestada. Mas si aquel que ouiesse emprestado tal cosa, embiasse por ella algund ome suyo, e aquel que la tenia gela diessse, si aquel su ome que embio por ella la perdiessse, o la mal metiessse, o se fuesse con ella, perderse ya a aquel cuya fuesse, e non aquel que la tomo emprestada. Pero si este que la auia prestado, e cuya era, embiasse dezir a aquel a quien la auia prestado, que gela embiasse por algund su ome de recabdo, en quien se fiasse, e este atal, por quien gelo embio dezir, cambiassse la razon, e dixesse que le embiaua dezir, que gela embiasse por si mismo, si este que la tiene lo creyessse, e gela diessse, si la perdiessse, o se fuera con ella, es el peligro de aquel que la tiene prestada”.

ingenuidad del comodatario la cosa no llegase a retornar bajo el poder del acreedor, no se considerará satisfecho el cumplimiento de su prestación³¹². Precisa, con todo, la doctrina, que cuando se tratase de cosas susceptibles de ser contadas, pesadas o medidas -esto es, si se estuviese ante un contrato de mutuo- el riesgo por su pérdida gravará siempre, tenga culpa o no, al deudor, en cuanto que al recibirlas se ha convertido en su dueño; con la única excepción de que el acreedor hubiese designado a una persona interpuesta³¹³.

La determinación de la ausencia o la presencia de culpa puede resultar, sin embargo, sometida a ponderación en función del tipo de actividad desarrollada por el deudor que sufre la pérdida de la cosa. La viabilidad de esta modulación es claramente visible en algunos preceptos contenidos en el Fuero Real, referidos al préstamo de un caballo u otro animal similar. En el primero, se formulan, respecto al comodato *gratia recipiendis*, las reglas, ya mencionadas, de la adquisición de la obligación de pechar cuando existiese culpa por parte del deudor, y de su liberación en el caso de que la causa del perecimiento o el extravío fuese ajena a su voluntad, pero siempre que no hubiese superado el plazo fijado para la devolución, así como si viniese motivada por cualquier contingencia que igualmente habría provocado su pérdida si hubiera continuado estando en poder de su propietario³¹⁴. No obstante, en el precepto siguiente se introduce una importante precisión, al establecerse que la utilización abusiva del caballo o la bestia recibida en préstamo, por llevarlo hasta un lugar más alejado de lo acordado, por cargarlo excesivamente o por prolongar demasiado su jornada de trabajo, comporta la culpabilidad del comodatario y el consiguiente requerimiento de que restituya su valor, a menos que preste juramento de que la muerte o la lesión no tuvo que ver con

312 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 296, cols. 290-292.

313 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp.. 296, cols. 292-293. E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 78-79.

314 *Fuero Real* [III, 16, 2]: “ Si el emprestado es fecho a pro daquel solamient que lo recibió e pierde la cosa por su culpa, grand o pequenna, quantaquier que sea la culpa sea tenido de dar la ualía a so duenno; pero si se perdiere por alguna desauentura, non sea tenido de la dar, si la desauentura non uino por su culpa o si non fizo pleyto de darla a so duenno maguer que la perdió por qual desauentura quiere, et si ge la touo más sin razón derecha que non la ouiera de tener e después del tiempo que lo ouiera de dar se perdió. Ca por estas razones en uno por cada una dellas por sí es tenido el que lo recibió el empréstido de darlo a qui ge lo dio, maguer que lo pierda por alguna desauentura; et esto sea si se non perdiere por su muerte natural, ca si murió de su muerte o se perdió de tal guisa que so duenno la perdiera, maguer non ge la prestasse, non sea tenido de ge la dar”.

su actuación³¹⁵. Y lo mismo sucede, aunque el origen de la pérdida no le fuese imputable, si habiendo pedido el équido para utilizarlo en su casa o en otro lugar previamente determinado, el prestatario hubiese incumplido esta condición³¹⁶. Por último, se contempla el supuesto de que alguien haya cedido su caballo a un amigo para participar en una lid, quedando éste eximido de pagar por el animal si se produjese su muerte o su desaparición, lo que hay que interpretar relacionado con la intrínseca peligrosidad asociada a la finalidad que justifica el comodato, pues siendo conocida y presumiblemente aceptada por el comodante, esta conformidad sana por sí misma la culpa que podría deducirse derivada del tipo de actividad que dio lugar a la imposibilidad de restituir la malograda bestia a su dueño³¹⁷.

La eventualidad, empero, que, normalmente, protege a quien no pudo cumplir la prestación comprometida frente a la reclamación de responsabilidad por parte del acreedor estriba en la concurrencia de algún accidente o caso fortuito, que escapa a la capacidad de control asegurada por un nivel adecuado de diligencia. De ello se ocupa una ley de las Partidas referida, también, al contrato de comodato, que sienta firmemente como principio que quien haya recibido la cosa en préstamo no habrá de pagar por ella si la perdiese por la incidencia de algún episodio de este tipo. En concreto, como ejemplos se señalan: que se quemase, que cayese sobre ella una casa, que se

315 *Fuero Real* [III, 16, 3]: “Quando algún omne empresta a otro caualllo o otra bestia en que uaya a otro logar sabudo nombradamient, si a otro logar la leuare o la leuare más luenne, o si ge la emprestó por leuar alguna cosa nombrada en ella e más la cargare, o si fizo mayor iornada que non ouiera de fazer, si se perdiere o se dannare en guisa por que menos uala, sea tenido de dar a so duenno la ualía. Et si se perdiere non la leuando nin la cargando más de lo que pusiera, iure que non se perdió nin se lisió por culpa et non la peche”.

316 *Fuero Real* [III, 16, 5]: “ Qui caualllo o otra cosa emprestare a otro pora usarle en su casa o en logar nombrado, si en aquel seruiçio pora que fuer prestado se perdiere sin culpa del que tomó el emprestado, non aya pena; más si lo usó dotra guisa que non fue puesto, sea tenido de dar la ualía”.

317 *Fuero Real* [III, 16, 6]: “Si alguno prestó algún caualllo a su amigo pora leuarle a alguna lit, si en aquella lit le mataren o se perdiere, non sea tenido de ge lo pechar; e quien alguna cosa recibió emprestada de so debdor, non le pueda tener lo quel prestó por razón de lo quel deuie. Et esto mandamos en los empréstidos que no son dados por cuento o por medida o por peso, ca si el empréstido es en alguna destas cosas e el debdo es dotras tales cosas e está conosciódo el debdo como el emprestido, bien pueda tanto retener el empréstido como es el debdo; mas si non es conosciódo el debdo maguer quel quiera prouar, non pueda retener el emprestido nin parte dello por razón del debdo que non es conosciódo”.

la llevase una avenida de aguas, que la robase algún enemigo o fuese hurtada por ladrones, o que se hundiese en el mar debido a una tempestad o al hundimiento de un navío³¹⁸. No se agotan aquí, con todo, los supuestos capaces de interrumpir las secuelas emanantes de la responsabilidad. En el Fuero Real se recogen dos más: la desaparición de la cosa provocada por su muerte natural y la ya mencionada presunción fundada de que su destino hubiese sido el mismo si hubiese permanecido en manos de su dueño³¹⁹. De lo que hay que deducir que este resultado extintivo de la obligación opera también en el caso de que sea el comodante quien ocasiona la imposibilidad de su realización, o bien colabora en su acaecimiento al aceptar la colocación de su objeto bajo una situación de riesgo, propicia para su perecimiento, aunque sea fruto de algún hecho imprevisto³²⁰.

Hay, con todo, determinadas situaciones en las que decae la inmunidad del deudor frente a las consecuencias de la pérdida ocasionada por un agente fortuito. Así ocurre cuando el comodatario da a la cosa objeto del contrato un uso distinto al pactado al concluirlo, como se desprende de los supues-

318 *Siete Partidas*, [V, II, III]: "A quien pertenesce el peligro dela cosa emprestada, quando se pierde por ocasión. Por ocasión perdiendo algund ome la cosa que ouiesse rescebido emprestada, que fuesse de aquellas que se non pueden pesar, nin contar, nin medir, assi como cauallo, o armas, o paños o otra cosa semejante, non es tenuto de la pechar, el que las rescibe, si se pierde sin su culpa. E por ocasión se perdiendo, e non por su culpa, seria como si, gela quemasse fuego, con otras cosas, o si se cayesse la casa de suso, e la matasse, o si gela leuassen auenidas de aguas, o gela robassen los enemigos, o gela furtasen ladrones, o si la perdiessse sobre mar por alguna tempestad, o por quebrantamiento de algund nauio, en que la leuasse ome, o en otra manera semejante destas (...)". *Siete Partidas*, [V, I, X]: "Tal fuerça ha el préstamo que lo omes fazen vnos a otros, de las cosas que pueden contar, o pesar, o medir, que luego que passa la cosa a poder de aquel a quien fue prestada, que maguer la queme fuego, o la lleue agua, o la furten ladrones, o la pierdan por otra manera qualquier, por de aquel se pierde que la rescibe prestada, e non por del otro que la presto".

319 *Fuero Real*, [III, 16, 2]: "(...) Ca por estas razones en uno por cada una dellas por sí es tenido el que lo recibió el empréstido de darlo a qui ge lo dio, maguer que lo pierda por alguna desauentura; et esto sea si non perdiere por su muerte natural, ca si murió de su muerte o se perdió de tal guisa que so duenno la perdiera, maguer non ge la prestasse, non sea tenido de ge lo dar".

320 No obstante, la consciencia por parte del comodante acerca de la existencia de este peligro debe ser comprobable para que el comodatario quede liberado. Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 295, col. 284. Véase E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 82-83.

tos, previamente citados, de utilización indebida previstos en el Fuero Real³²¹. En las Partidas se señalan también otros ejemplos, como el de quien pidiese prestados unos vasos de plata para su empleo doméstico y los extraviase al transportarlos por mar o por algún camino, o el de quien propiciase la muerte o la desaparición de una bestia ajena llevándola a una distancia mayor de la convenida con quien se la proporcionó³²². Asimismo se demanda el pago del valor de la cosa perdida o dañada al comodatario que haya sufrido esta contingencia imprevista después de haberse consumido el plazo fijado para la duración del contrato sin que hubiese materializado su restitución, reteniéndola en contra del interés de su dueño³²³. E idéntico efecto se vincula al compromiso adquirido por el deudor en el momento de iniciarse la relación contractual de que asumiría el riesgo derivado para la subsistencia de su objeto por el advenimiento de algún percance inesperado³²⁴. Renuncia expresa a los beneficios de su posición frente a la irrupción del *casuum fortuitorum*, que puede formularse con carácter general, pero que también es susceptible de concreción en algún supuesto específico³²⁵. Debiendo sobrentenderse que, igualmente, es admisible la desactivación acordada entre los contratantes de otros niveles de responsabilidad inferiores al dolo, del que, por el contrario, su

321 *Fuero Real*, [III, 16, 3] y [III, 16, 5].

322 *Siete Partidas*, [V, II, III]: “(...) Pero razones y ha, que maguer se perdiessse la cosa, por alguna delas ocasiones sobre dichas, que seria tenuto dela pechar, aquel que la ouiesse rescebido emprestada. E esto seria, assí como si demandasse vasos de plata emprestados, con que beuiesse en su casa, e los leuasse sobre mar, o en algund camino, e los perdiessse alla, o si pidiesse alguna bestia emprestada, para vna jornada, e la leuasse mas lueñe, e se muriessse, o se perdiessse alla. Ca en tales casos como estos, o en otros semejantes dellos, tenuto seria de pechar, lo que rescibiesse prestado, maguer la cosa se perdiessse, por ocasión, por que el dio carrera por do acaescio aquella ocasión, usando della en otra manera que no deuia...”. Apunta Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 295, col. 283, como ejemplo de un uso indebido el del comodatario que permite la utilización de la cosa por otra persona.

323 *Siete Partidas*, [V, II, III]: “(...) Otrosi dezimos que rescibiendo vn ome de otri, alguna cosa prestada, fasta tiempo cierto, que non fuesse de aquellas que se suelen contar, nin pesar, nin medir, si pusiesse dia o ora cierta, a que la tornasse a su señor, si de aquel dia, o de aquella ora en adelante, vsasse de aquella cosa, teniéndola contra voluntad de su señor, e se perdiessse, o se muriessse, tenuto seria de la pechar (...)”.

324 *Siete Partidas*, [V, II, III]: “(...) Esso mismo seria, si aquel que rescibiesse la cosa prestada, se obligasse en tomandola, que si se perdiessse, o se muriessse, o se empeorasse, por alguna destas cosas que diximos, que fuesse el peligro del”.

325 Gregorio López, glosa (g) “Por alguna destas cosas” a *Siete Partidas*, [V, II, III].

exclusión no es admitida por la doctrina, que propone la nulidad *ipso iure* de cualquier acuerdo de este tipo, por ser contrario a las buenas costumbres³²⁶. Finalmente, el peligro de la pérdida o menoscabo, incluso, proveniente de caso fortuito, recae sobre el deudor del préstamo cuando ya se ha iniciado el pleito de su reclamación mediante la presentación de la demanda o la contestación a la misma³²⁷.

2. Depósito

La repercusión extintiva de la obligación que viene vinculada a la manifestación de una contingencia fortuita opera también en el contrato de depósito. Categoría a la que en las Partidas se adscriben la muerte natural de la cosa prestada y la provocada por otra persona sin intervención de quien la tuviese bajo su custodia, además de que se produzca su robo o su hurto³²⁸; siempre, claro está, que el depositario no hubiese caído previamente en mora³²⁹. Sin embargo, el mismo precepto que consagra esta regla de exoneración contempla varias situaciones en las que la carga de pechar por la pérdida del depósito se mantendrá viva para el deudor³³⁰. La primera corresponde a la

326 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 295, col. 285.

327 *Siete Partidas*, [V, II, IX]: “Quando deue tornar el prestamo aquel que lo rescibio e que pena deue auer si lo non fiziere. Para seruicio cierto, o fasta tiempo señalado, rescibiendo alguno de otri, cauallo o otra cosa semejante emprestada, dezimos, que luego que el seruicio fuesse fecho, o el tiempo sea cumplido, tenuto es de la tornar a su Señor, e non la puede tener dende en adelante, como en razon de prenda (...) E demás, si la cosa se perdiessse, o se muriessse, o se menoscabasse, después que el pleito fuesse començado, por demanda, e por respuesta seria el peligro de aquellos que la recibiesen prestada”.

328 *Siete Partidas*, [V, III, IV]: “Como el que tiene la cosa en condessijo si se perdiere por ocasión, non es tenuto dela pechar, fueras ende, en cosas señaladas. Ocasión acaesce a las vegas, en las cosas que ome tiene en guarda de otri, de manera que se han de menoscabar, o perder. E esto seria, quando se muriessse la cosa encomendada, de su muerte natural, o la matasse otro, sin su culpa de aquel que la tuuiesse en guarda, o si gela robassen, o gela furtassen. Ca en qualquer destes casos, o en otros semejantes dellos, non seria tenuto dela pechar aquel que la tuiesse en guarda, fueras ende, por quatro razones (...)”.

329 Gregorio López, glosa (*) a *Siete Partidas*, [V, III, IV]: “De casu fortuito depositarius non tenetur, tenetur tamen, si de hoc conuenit, vel si est in mora restituendi, aut si culpa vel dolus praecessit casum, vel si gratia recipientis tantum fuit depositum”. También, glosa (a), “Començado” a la misma ley.

330 *Siete Partidas*, [V, III, IV]: “(...) por quatro razones. La primera, si quando el que la recibe en guarda, se obliga a pechar la, si se perdiere en qualquier manera. La se-

asunción voluntaria por su parte del peligro -en general o con especificación de su clase³³¹- que pudiese cernirse sobre su contenido, al margen de que su origen no le fuese imputable. También decae su irresponsabilidad si habiendo podido devolver la cosa ante la reclamación de su dueño, se hubiese negado a hacerlo. De tal manera que si, después de que éste se la demandase judicialmente y de que hubiese comenzado el pleito, desapareciese o se deteriorase estará obligado a pagar por ella. Este supuesto es, igualmente, abordado en el Fuero Real, que parte de la presunción de que no puede existir falta de culpa en quien no quiso restituir algo que le hubiese sido encomendado cuando hubiera sido instado por su propietario a retornarlo. No obstante, se admite la excepción de que la retención de la cosa hubiese estado fundada en la negativa del depositante a costear las necesarias impensas que hubieran sido efectuadas por su tenedor con el fin de conservarla íntegra, de cara, precisamente, a su devolución, interpretándose que en este caso no cabe atribuirle culpabilidad³³². El tercer motivo señalado se ampara en la posibilidad de que la comparecencia del caso fortuito causante del daño o la pérdida haya sido provocada o favorecida por un acto culpable o engañoso del propio depositario, como puede ser la de haberle dado a su objeto un uso distinto o indebido sin autorización de quien se lo cedió³³³. Al respecto, precisa Gregorio López

gunda es, quando aquel que recibe la cosa en condessijo, non la quiere tornar a su dueño podiendolo fazer. Ca si despues que gela demandare en juyzio, e fuere el pleyto comenzado por demanda, e por respuesta, se muriesse o se perdiesse aquella cosa, tenuto es aquel que la recibió, dela pechar. La tercera es, si por su culpa, de aquel que tiene en condessijo, o por su engaño, acaescio la ocasión, por que se perdió, o se murio. La quarta es, quando la cosa es dada en guarda, principalmente, por pro de aquel que la recibe en deposito, e non por el que la da en qualquier destes casos, maguer la cosa que es dada en condessijo, se pierda, o muera, o se empeore, por ocasión, tenuto es aquel que la recibió en guarda, dela pechar, a aquel que gela dio, en condessijo, o en guarda, o a su heredero”.

331 Gregorio López, glosa (r): “Manera” a *Siete Partidas*, [V, III, IV].

332 *Fuero Real*, [III, 15, 10]: “El que sus cosas diere a otro en comienda puédalas demandar quando quisiere, e aquel a qui las acomendó dégelas luego, et si ge las non diere e después las perdiere por ocasión o por otra cosa qualquiere, péchelas; ca non puede ser sin culpa qui non quiso dar lo que tenía en comienda a so duenno quando lo demandó, fueras ende si lo touo por alguna cuesta que auía por auer e el duenno non ge la quiso dar, ca si en este comedio se perdiere por alguna ocasión sin culpa daquel que la tenía, non queremos que la peche”.

333 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 527, col. 1725. Según J. B. Larrea, *Novarum Decisionum Granatensium Pars Secunda, centuria absoluta*, Turnoni, Petri Prost, Philippi Borde & Laurentii Arnaud, 1648, I, disputatio XIV, n.2 f. 136., cabría limitar la respon-

que el ánimo de engaño puede presumirse cuando el perjuicio sufrido por la cosa prestada no ha alcanzado a otras pertenencias del depositario, siendo el juez quien debe decidir sobre esta cuestión en función de las cualidades de los bienes y del sujeto³³⁴. Finalmente, que el perecimiento o el daño se haya debido a causas circunstanciales carece de relevancia cuando el contrato de depósito se concluye en beneficio exclusivo de quien lo recibe en guarda, que tendrá que responder por su preservación intacto con independencia de cuál haya sido su grado de responsabilidad entre el dolo y la culpa levísima. Solución que el Fuero Real y el Fuero de Soria reproducen en relación con aquel depósito que, contrariamente a su intrínseca gratuidad, es recompensado con un precio, pues incluso aunque no mediase culpa o pereza por parte de su poseedor, éste deberá entregar otro animal u otra cosa igual a la que se perdió, incluso si hubiese perecido por causas naturales³³⁵.

De forma indirecta, la existencia de otras situaciones en las que la incidencia de algún factor fortuito no supone el decaimiento de la obligación de pechar por la cosa perdida o deteriorada es enunciada, también, en el Fuero Real, donde se formula como principio general la exención de responsabilidad, pero sometiéndola a varias condiciones. Así, aludiendo a la posibilidad de que un incendio afectase a la casa donde el depositario tuviese el caballo u otro bien que le hubiese sido encomendado, dicha redención se subordina a la ausencia de culpa por su parte, a su confirmación, bajo juramento, de que el peligro sufrido por las cosas ajenas fue compartido por otras de su propiedad y a la inmediata puesta en conocimiento de su dueño de los males causados por el desastre, del que, en el caso de que hubiera acontecido durante la noche, podrá dar noticia al día siguiente. Y la misma pauta regirá si hubiese padecido su robo con nocturnidad junto con el de otras pertenencias suyas, bastando para probarlo la aparición de signos de este hecho, como una pared horadada, una puerta rota o cualquiera otro semejante. Sin embargo si el

sabilidad a la culpa lata o, incluso, al dolo cuando el depositario no obtuviese utilidad de la cosa depositada. Citado por E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 102.

334 Gregorio López, glosa (d), “Engaño” a *Siete Partidas*, [V, II, IV].

335 *Fuero Real*, [III, 15, 3]: “Qui cauallo o buey o otra cosa qualquiere recibió en guarda por precio que reciba dent o que aya dauer, si se perdiere peche otra tal cuemo aquella era que se perdió, maguer que se non perdiessse por su culpa nin por pereza, sinon murió su muerte natural”. *Fuero de Soria*, [375]. “Qui bestia o ganado o otra cosa qualquiere recibiere en guarda o en acomjenda por precio o por soldada quel dieren o pusieren con el de le dar, si con el de dar, si quier se pierda por su culpa, si quier non, sea deujdo de pechar aquello quel fue dado o metjdo en comjenda”.

hurto se hubiese producido a la luz del día, sin que quedase rastro de haberse cometido actos de fuerza para consumarlo, excepción hecha de que se hubiese tratado de un lugar yermo, solo el juramento de que también le fueron sustraídos otros bienes propios le salvará de tener que pechar por su pérdida; e igual juramento se le requiere en el supuesto de que hubiese sido víctima de una inundación³³⁶. Tenemos, pues, que el beneficio de la exoneración del deber de compensación por la pérdida de las cosas recibidas en custodia se supedita a la demostración -no bastando el simple juramento- de que, junto a ellas, el depositario también soportó la desaparición de otras cosas de su propiedad, ya que, en caso contrario, se entenderá, y se penalizará, que puso mayor atención en la preservación de su patrimonio³³⁷. Ahora bien, si en efecto, además de los tenidos en guarda perecieron o resultaron dañados otros bienes suyos se aplica un regla de proporcionalidad, por la cual si puso a resguardo algunas de sus pertenencias, pero ninguna de las cosas depositadas, pechara en función de la relación entre lo rescatado y lo perdido; e idéntico criterio actuará en sentido inverso, si lo que conservó íntegro fue el contenido del depósito³³⁸. Esta regulación basada en la puesta en relación de las pérdi-

336 *Fuero Real*, [III, 15, 1]: “Qui cauallo o otra cosa touiere en comienda dotri pora guardarla en su casa, si la casa ardriere e ardriere hý aquello que tenie en guarda con otras sus cosas, si él non fuere culpado en aquella quema et en aquel día que la quema fuera fecha dixiere que aquella cosa que tenie en comienda se quemó, o si la quema fuere fecha de noch e lo dixiere otro día, non sea tenido de pecharla a so duenno; e eso mandamos si ge la furtaren de noche con otras sus cosas [...] Et si rastro alguno paresciere, como paret foradada o como puerta quebrantada o otra cosa semeiable, e luego que sopiere que el furto es fecho dixiere quel furtaron aquellas cosas que tenía en comienda e las nombrare, esso mismo sea. Et si de día fuere fecho el furto, maguera que non aparesca el rastro, ca los que de día furtan non suelen foradar paret nin quebrantar puerta si non fuere en lugar que es yermo, pero si el que dixiere que perdió lo suyo e lo ageno assí como sobredicho es e non quisiere iurar que se quemó con otras sus cosas en aquella casa o ge lo furtaron con otras sus cosas, péchelo al duenno de quien lo touiere en comienda; et si iurar que se quemó con otras sus cosas en aquella casa, non lo peche al duenno de quien lo tenía. Et si dixiere que lo perdió por aguaducho o por otra ocasión derecha e lo iurar como sobredicho es, non aya pena”.

337 *Fuero Real*, [III, 15, 2]: “ Si algún omne dixiere que perdió cosa que tenía en comienda, maguer que quiera iurar que las perdió, sea tenido de darlas a su duenno, si otras cosas de las suyas non perdió con ellas; ca non es razón de seer sin pena, pues que las cosas que tenía en comienda guardó peor que las suias”.

338 *Fuero Real*, [III, 15, 4]: “Quando algún omne que cosas encomendadas tiene, de quema o de roba o de pezio de naue o dotra desauentura semeiable e libro todo lo so e

das ajenas y las propias, así como el recurso a la apreciación de unas y otras se recoge también en el Fuero de Soria³³⁹.

En todo caso, aunque relativamente abundantes, estas excepciones no empañan la vigencia general de un principio de exclusión de la responsabilidad sustentado en la ausencia de culpa que, incluso, encuentra formulación en supuestos muy específicos. Así, en las Partidas se aborda el caso de aquel hombre que cediese a otro en guarda un siervo propio, sabiendo que es un ladrón y sin advertirle de ello, estableciéndose que, entonces, el dueño deberá pagar por aquello que el siervo robase a su guardador; no obstante, si también el señor ignorase la condición criminal de su dependiente, podrá escoger entre pechar por el valor de lo sustraído o desprenderse del autor de este acto delictivo³⁴⁰. El Fuero Real contiene, a su vez, un precepto que va aún más allá en su afán por subrayar el vínculo existente entre la falta de culpa y el caso fortuito, al castigar la fraudulenta alegación por parte del depositario de una falsa causa como el incendio, el robo o el hurto, para justificar la pérdida de la cosa, cuando, en realidad, la vendió o la enajenó, al igual que si, siendo cierto que le había sido hurtada o robada, después de haber conseguido recuperarla no hubiese trasladado la noticia de este hecho³⁴¹. Por su parte, también la doc-

perdió lo ageno que tenié en comienda péchelo a su duenno; e si él saluo algunas de las sus cosas e non saluo ninguna de las que tenié en comienda, asmen cuánto se perdió e cuánto se libró e pártasse la pérdida segund este asmamiento; e esto mismo sea, si saluo las cosas que tenía en comienda o parte dellas e perdió todo lo so o parte dello, que el danno se parta como sobredicho es”.

339 *Fuero de Soria*, [374]: “Qvi alguna cosa tomare dotro en acomjenda en su casa, si por quema o por aguaducho o por furto o por otra cosa lo perdiere, si se perdieren algunas cosas de las suyas con la agena, si en la perdida non fuere culpado, non sea tenjdo de lo pechar; mas si se perdieren las agenas et non las suyas, sea tenido de pechar las. Et si saluo algunas dellas et se perdieren las suyas, sea apreçiado quanto se perdió et quanto saluo, et partan la perdida segund el apreçiamiento”.

340 *Siete Partidas*, [V, III, X]: “(...) Otrosi dezimos, que si algund ome diesse a otro, algund sieruo en guarda, sabiendo que era ladron, e non le aperciesse dello: e este sieruo furtasse alguna cosa a su guardador, que tenuto es el Señor de pechar aquello que furtasse. Mas si el que lo dio en guarda non lo sopiesse, estonce, en su escogencia es de pechar el furto: o de desamparar el sieruo por enmienda del furto que desta manera le fizo”. Precisa, sin embargo, Alfonso de Villadiego, *Gothorum regum Hispaniae, olim Liber Iudicum: hodie Fuero Juzgo nuncupatus. XII libros continens*. Madrid, Pedro Madrigal, 1600, glosa “Non son tenudos”, f. 301r. Citado por E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 104.

341 *Fuero Real*, [III, 15, 8]: “Si casa dalguno sençendiere e los que uan ayudar pora

trina se ocupará de ofrecer solución a algunos otros posibles casos carentes de expresa previsión legal³⁴².

3. La compraventa y el problema de la distribución de los riesgos

En los contratos sinalagmáticos, como la compraventa, la incidencia de un factor natural o accidental, ajeno a la voluntad de los contratantes, que provoque la pérdida o el empeoramiento de su objeto, plantea la importante cuestión de la atribución de los efectos de este peligro. En este sentido, el hecho de que el daño se produzca antes o después del perfeccionamiento del contrato tiene trascendencia, ya que en el primer caso el riesgo recae sobre el vendedor, obligándole al saneamiento de los vicios adquiridos, y en el segundo, a no ser -como hemos visto- que exista mora que invierta esta regla, lo hace sobre el comprador, incluso aunque no se haya consumado la entrega de la cosa a la que se subordina la transferencia del dominio sobre ella³⁴³, si ya se hubiese pagado el precio convenido o se hubiera cumplido la prestación asumida por el vendedor³⁴⁴. Este es el espíritu que alienta una conocida ley del Fuero Real,

matar el fuego alguna de las suyas o de las que teníen en guarda robaren o furtare (...); et si ge la non furtaron nin ge la robaron nin ardió en la quema e la negar diziendo que la perdió en alguna destas guisas, si después ge la fallaren o que la uendió o la enagenó, peche las nouenas así como manda la ley de los hurtos, et si la perdió por furto o por robo como sobredicho es e la después cobrar e la negar, aya esta pena misma”.

342 Por ejemplo, Antonio Gómez, *Variae*, t. II, caput VII, n. 3. f. 265,-266, da respuesta a algunos supuestos especiales. Puede ocurrir que el depositario haya dejado la cosa recibida en manos de algún dependiente suyo, o del depositante, que luego escape con ella o la extravíe; si se tratase de una persona de su confianza, del que desconociese actos similares anteriores, el depositario no responderá por ella, aunque sólo si fuese una cosa específica, pero no si se tratase de un objeto genérico, que no es susceptible de perecer, por lo que la obligación seguirá viva para él. También cabe la posibilidad de que contractualmente se acuerde la devolución de la cosa dada en custodia a una persona identificada por determinados rasgos y que después el depositario la entregue por error a una persona distinta, por lo que no será considerado culpable ni sometido al deber de pechar, siempre que su deuda fuese de cosa específica. Por el contrario, si el depositante enviase un emisario para reclamar la restitución de la cosa y el depositario se la entregase, éste responderá en el caso de que con posterioridad se perdiese o deteriorase debido a que se entiende que el intermediario fue nombrado “ad requiendum”, y no “ad recipiendum”.

343 Lo que es válido tanto si se trata de una *traditio* real o ficticia. A. Gómez, *Variae*, t. II, caput, II, num. 32, ff. 214-215.

344 Luis de Molina, *De Iustitia*, II, disp. 366, col. 694 y 700.

que excepciona el criterio de asignación al comprador del perecimiento, la destrucción o, en general, el daño sufrido por el bien objeto de la transacción, así como de su mejora, en los supuestos de existencia de culpa o mora por parte del vendedor o de previo pacto de asunción del riesgo por éste³⁴⁵.

Y en igual dirección se alinean, reflejando su inspiración en el derecho justinianeo³⁴⁶, las Partidas, que se adhieren al presupuesto general de la adjudicación del riesgo al comprador, siempre que no mediase culpa del vendedor³⁴⁷, desde que se concierta la operación y aun cuando todavía no se hubiese producido la entrega del objeto del negocio³⁴⁸. Sin embargo, también establecen una distinción entre el perfeccionamiento de la compraventa cerrada de forma verbal, que se concreta en el acuerdo de intercambio de la cosa por el precio, y la plasmada por escrito, que se tiene por firme cuando el documento es redactado y firmado con testigos³⁴⁹. Aunque, en reciprocidad, la misma

345 *Fuero Real*, [III. 10, 17]: “ Si algún omne uendiere cauallo o casa o otra cosa qualquier, si después que la uendida fuere complida la casa ardiere o cayere o el cauallo se muriere o otro danno qualquier le uiniere antes que lo aya recibido el comprador, el danno sea daquel que la compró e el pro otrosí, si alguna cosa meiorare la cosa uendida. Et esto sea si el uendedor non alongó de dar la cosa uendida o si non se perdió por su culpa o si nol fizo pleyto que si se perdiese o si se dannase que el danno fuesse suyo e non del comprador, ca en esta tres cosas el uendedor deue auer el danno e non el comprador, pero si algún pro ý uiniere sea del comprador”. B. Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid, Librería Gabriel Sánchez, 1862, edición facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1988, vol. IV, Madrid, p. 291, achaca a esta ley los rasgos de oscura e imperfecta.

346 Como así lo han mostrado J. Arias Ramos, J. A. Ramos Bonet, “La compraventa en las Partidas: un estudio sobre los precedentes del título 5 de la quinta Partida”, en *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios históricos*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1965, vol. II, 341-433.

347 G. López, en su glosa (*) a *Siete Partidas* [V. V, XXIII], se adscribe a la interpretación justiniana que, salvo que exista un pacto contrario, atribuye al comprador todas las mejoras, deterioros y pérdidas producidos una vez que se da la *emptio perfecta*: “*Damnum et lucrum rei venditae pertinet ad emptorem perfecta venditione etiam traditionem, nisi aliter conuenit, si prouenit absque venditoris culpa*”.

348 *Siete Partidas*, [V, V, XXIV]: “A quien pertenesce el pro o el daño, en las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, o gustar despues que fuesen vendidas. El daño que acaesciere en la cosa despues que la vendida es complida, diximos que es del comprador maguer non sea la cosa que compro venida a su poder (...)”.

349 *Siete Partidas*, [V, V, XXIII]: “A quien pertenesce el pro, o el daño de aquello que es vendido si se mejora, o se empeora. Cumple se la vendida en dos maneras segund diximos en el comienço deste libro en este titulo, e la vna se faze en escrito, la otra sin el e

regla que se aplica a su pérdida, destrucción o empeoramiento, rige respecto a las mejoras o beneficios que pudiese experimentar la cosa, pues justo es -se viene a decir- que ambas alteraciones sean tratadas de modo uniforme³⁵⁰. Cabe, no obstante, que las partes convengan una solución distinta³⁵¹, como así se contempla en la citada ley del Fuero Real³⁵² y en otra ley de las Partidas, que permiten la asunción pactada del riesgo por el vendedor -entendiéndose que también en situaciones provocadas por un caso fortuito-, al tiempo que

quando la compra se faze sin escrito, aueniendo se el comprador con el vendedor, el vno de la cosa, e el otro del precio, dende adelante, el daño que viniessse en la cosa, es del comprador. Esso mesmo dezimos, quando se faze por escripto, que luego que la carta es acabada, e firmada con testigos, dende adelante es el daño del comprador, maguer la cosa non sea passada al su poder. E esto seria como como si ouiesse comprado algund sieruo, o otra cosa qualquier. E después que la vendida fuesse complida, enfermarse, en guisa que pierda algund miembro, o se muriessse sin culpa del vendedor o si ouiesse comprado alguna otra cosa, e la quemase fuego, o se derribasse toda, o parte della, o se empeorasse de otra guisa sin culpa del vendedor. E esso mismo dezimos que seria si la cosa se perdiessse, o se empeorasse en otra manera qualquier semejante destas, que aueniesse sin culpa del vendedor. Ca en estas cosas, o en otras semejantes dellas, el daño que viene en la cosa comprada, seria del comprador tan solamente (...). Gregorio López, glosa (h): “Del comprador”, a esta ley, señala que cuando la venta sea perfecta, esto es pura, sin escritura, de cosa cierta y que no exija degustación, todo peligro corresponde al comprador, excepto el de confiscación.

350 *Siete Partidas*, [V, V, XXIII]: “(...) Otrosi dezimos, que complida seyendo la vendida, en alguna de las maneras que de suso diximos, que la pro que después viene a la cosa comprada, seria del comprador, maguer la cosa non fuese pasada a su poder. E esto seria como si ouiesse comprado alguno campo, o viña, e después que la vendida fuesse fecha, auenidas de rios acresciessen la cosa comprada, en alguna partida de tierra en que auiniessen arboles, o otra cosa, porque se mejorasse, otrosi quando la vendida fuesse acabada, vale la cosa cien marauedis, e después de esso por mudamiento de la condicion del tiempo valiesse dozientos marauedis o mas, ca quanto quier que se mejorasse la cosa, despues que la vendida sea complida en estas maneras sobre dichas o en otras semejantes dellas, toda la mejoría sera del comprador. Ca guisada cosa es, que como a el pertenesce el daño, segund diximos, si la cosa se perdiessse, o se empeorasse, que le pertenesca otro si la mejoría que en ella viniere”. En la misma línea, Gregorio López, glosa (l), “Que la pro” a *Siete Partidas* [V, V, XXIII].

351 Véase la glosa (*): “Damnum” a *Siete Partidas*, [V, V, XIII], de Gregorio López, citada en una nota anterior de este mismo epígrafe.

352 *Fuero Real*, [III, 10, 17]: “(...) Et esto sea si el uendedor non alongó de dar la cosa uendida o si non se perdió por su culpa o si nol fizo pleyto que si se perdiessse o si se dannase que el danno fuesse suyo e non del comprador, ca en esta tres cosas el uendedor deue auer el danno e non el comprador, pero si algún pro y uiniere sea del comprador”.

ratifican el principio básico de su adjudicación al propio vendedor si su conducta hubiese resultado dolosa o culpable³⁵³. La caída en mora del vendedor en la entrega de la cosa o la del comprador en su recepción después de haber sido requeridos para ello, interrumpe asimismo la aplicación de esta regla común, desplazando la carga del riesgo hacia uno u otro contratante por efecto de su retraso³⁵⁴. Y Gregorio López añade a esta relación de excepciones, la de que la imposibilidad viniese ligada a una confiscación³⁵⁵.

Esta pauta general de adjudicación del peligro al comprador puede, sin embargo, verse alterada cuando se negocia con bienes mensurables, que habitualmente son vendidos por su peso, su número o su medida, o que suelen ser degustados antes de su adquisición. De tal modo que, salvo que exista

353 *Siete Partidas*, [V, V, XXXIX]: “Del pleyto que el vendedor faze con el comprador cuyo es el daño que viene en la cosa comprada ante que la entregue. Pleyto faziendo el vendedor, con aquel que compra, que si la cosa que le vende se empeorasse, o perdiessse, ante que la entregasse al comprador, que tal daño, o empeoramiento, pertenesca al vendedor, entonce dezimos que seria el peligro del que la vendio. Esso mismo seria si la cosa que vendiesse, fuesse vino, diziendole al comprador que era de tal lugar, o de tal natura, que se podria guardar, que se non dañaria por vn muy grand tiempo. Ca si se dañasse, o si se empeorasse, ante que lo ouiesse entregado, suyo seria el peligro, e non del comprador. Otrosi dezimos que lo mismo seria si supiesse el vendedor, que el vino era tal que se dañaria e se callase”. Basándose en la existencia de un comportamiento reprochable por parte del vendedor, los autores añaden algunas otras salvedades, en las que también recaerá sobre éste la reparación de la pérdida o el daño, como son que la cosa haya sido confiscada a consecuencia de un delito suyo, o que, sabiéndolo, no haya comunicado al comprador que la cosa tendrá una corta durabilidad, o que pronto experimentará alguna alteración que afectará a sus cualidades esenciales. Antonio Gómez, *Variae*, t. II, caput, II, núm. 32, ff. 214-216. Luis de Molina, *Iustitia*, disp. 366, cols. 700 y 702. Véase, E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 301-302.

354 *Siete Partidas*, [V, V, XXVII]: “A quien pertenesce el daño dela cosa vendida, quando por tardança de la non entregar el vendedor se empeorasse. Tardança faziendo el vendedor de dar e entregar la cosa al comprador quel vendio, después que fuessen auecidos en el precio, si el comprador le afrontasse ante testigos, que le diesse aquella cosa que auia comprado del, e que recibiesse el precio della, combidandolo con el, e mostrando gelo, si el vendedor estonce non le diesse la cosa, e despues desto se perdiessse, o se empeorasse, seria el peligro del vendedor, porque es en culpa, por razón de tal tardança. Pero si después, desto quisiesse el vendedor, dar la cosa al comprador, ante que fuesse perdida, nin menoscabada, e el que la comprasse, tardasse, que la non quisiesse recibir, si después desso se perdiessse, o se empeorasse la cosa estonce seria el peligro del comprador, por que la tardança postrimera, auino por su culpa”.

355 Gregorio López, glosa (h): “Del comprador”, a *Siete Partidas* [V, V, XXIII].

un pacto contrario entre las partes³⁵⁶, si el pericimimiento o el empeoramiento se produjesen antes de la realización de dicha medición o ponderación o de su cata, cuando se tratase de productos, como el vino, susceptibles de ser probados, el riesgo se traslada al vendedor, incluso aunque éste hubiese convenido ya el precio con el comprador; ahora bien, si el daño se produjese con posterioridad a la materialización de estas operaciones, será de aplicación la regla habitual de su atribución al comprador³⁵⁷. La ley de Partidas que regula esta cuestión contempla, no obstante, todavía alguna otra eventualidad. Así, puede ocurrir que las partes hayan acordado el precio y fijado un día determinado para proceder a la medición, pesaje o degustación del objeto de la compraventa, pero que el comprador no comparezca en la fecha señalada, lo que comportará su asunción del peligro que pueda cernirse sobre su integridad³⁵⁸. Un resultado al que, igualmente, conducirá el ofrecimiento hecho por el vendedor, ante testigos, de la posibilidad de efectuar estas comprobaciones y que no encontrase respuesta en el comprador, desde el día siguiente al de su formulación. Es más, frente a esta negativa, el citado precepto concede al vendedor libertad para ofrecer la cosa a cualquier otro sujeto, pudiendo repetir contra el primer comprador el perjuicio que, con ocasión de esta nueva transacción, pudiera padecer³⁵⁹. Y adicionalmente, la falta de reacción ante

356 Es decir, que el comprador se comprometa a arrostrar el riesgo también en este caso. Antonio Gómez, *Variae*, t. II, caput, II, núm. 32, ff. 215.

357 *Siete Partidas*, [V, V, XXIV]: “A quien pertenesce el pro o el daño, en las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, o gustar despues que fuesen vendidas. El daño que acaesciere en la cosa despues que la vendida es complida, diximos que es del comprador maguer non sea la cosa que compro venida a su poder. Pero cosas ya que non seria assi, ca si alguno comprasse vino, o gingibre, o cinamomo, o alguna de las otras cosas semejantes destas que han los omes por costumbre de las gustar ante que las compren, e si tales cosas como estas se vendiessen por peso, o por medida, e se perdiessen, o se empeorassen, ante que fuessen gustadas, o pesadas, o medidas, estonce seria el peligro del vendedor, e non del comprador, maguer fuesen ambos auenidos en el precio. Mas si despues que fuessen gustadas o pesadas, o medidas se perdiessen, o se empeorassen seria el peligro que ende viniessen del comprador, e non del vendedor (...)”.

358 A no ser que el vendedor maliciosamente hubiese ocultado algún vicio ya presente en la cosa. Gregorio López, glosa (c), “Del comprador”, a *Siete Partidas* [V, V, XXIV].

359 Lo que según Gregorio López, glosa (f): “Vender”, a *Siete Partidas* [V, V, XXIV], pretende la ley no es permitirle al vendedor que busque su beneficio, liberándole del vínculo contractual todavía persistente con el primer comprador, sino resolver la complicada situación jurídica creada por este último, al rechazar o no utilizar la oportunidad que se le proporciona de someter la cosa a valoración.

la invitación recibida para que acuda a medir, pesar o paladear la cosa involucrada en el negocio implica que se carguen sobre el comprador los gastos que pudiese invertir el vendedor en el alquiler de nuevos recipientes, por precisarlos para guardarla hasta que se haga efectiva su venta. Permitiéndose a éste, incluso, que, tras haberla pesado o medido, se desprenda de ella, tanto en el caso de que no consiguiese encontrar donde conservarla como en el de que necesitase utilizar el depósito o el lugar donde la tuviese para poder alojar otros objetos o productos³⁶⁰.

Parcialmente sujeta a este régimen se coloca, también, la compraventa de aquellos productos, como el oro, la plata o el trigo, que normalmente se venden al peso o la medida, pues se mantiene la desviación del peligro hacia el vendedor cuando éste se materializa, causando su pérdida o su quebranto, antes de la concreción de dicha evaluación, si bien se introduce la peculiaridad, afín a las reglas que afectan a los bienes genéricos, de que el abaratamiento o el encarecimiento de todas las cosas de igual naturaleza que la vendida redundan exclusivamente en el comprador³⁶¹.

360 *Siete Partidas*, [V, V, XXIV]: “(...) Pero si se auiniessen el comprador, e el vendedor, en el precio, e señalassen dia a que gustasse el comprador la cosa, e en que la pesassen, o en que la mediessen, si el comprador non viniessen aquel dia que señalaron, e después desto se perdiessen, o se menoscabasse, entonce seria el peligro del comprador. Mas si por aventura acaesciese que el vendedor, e el comprador seyendo auenidos en el precio non señalassen dia cierto en que gustasse el comprador la cosa, ni en que la pesassen, o la mediessen segund diximos. Estonce el vendedor puede fazer a fruenta al comprador delante testigos que vaya a gustar o a pesar, o a medir la cosa que le vendio. E si non lo quisiere fazer dende adelante, si la cosa se perdiessen o se empeorasse, es el peligro del comprador. E aun dezimos que el vendedor después que esta afruenta aya fecho, que puede vender la cosa a otro si quisiere. E si algo menoscabare en la vendida, es tenuto el comprador de refazer le aquello, que por esta razon menoscabare. Otrosi dezimos que podría mas fazer el vendedor, que si ouiere menester aquellos vasos, en que tuuiesse el vino, o otra cosa que ouiesse vendido que puede alogar otros, acosta e amission del comprador. E si por aventura non fallasen vasos a loguero e aquellos que ouiesse vendido fuessen de tal cosa, que ouiesse de coger otro fruto atal como aquel, e non lo ouiesse en que meter, assi como vino, o otra cosa semejante, estonce puede echar en la calle, o en la carrera publica, aquello que assi ouiesse vendido pesandolo, o midiéndolo primeramente echandolo assi defuera. E esto puede fazer el vendedor desde el dia adelante que fue puesto, que viniessen el comprador a medir, o a pesar las cosas sobre dichas, despues que fue afrontado que las viniessen a tomar, assi como sobredicho es. E lo que dezimos en esta ley, ha lugar en todas las cosas que los omes han por costumbre de gustar, o de medir, o de pesar (...)”:

361 *Siete Partidas*, [V, V, XXIV]: “(...) Mas si la vendida fuesse fecha de oro, o de

Hay, con todo, otro supuesto en el que, aun cuando el negocio concierna a bienes mensurables, el riesgo sigue cayendo del lado del comprador desde el momento en el que llega a una avenencia sobre el precio con el vendedor. Se trata de la compraventa realizada “a vista” entre las partes, sin que su objeto, por ejemplo, vino o aceite, haya sido pesado o medido³⁶², residiendo, según el comentario de Gregorio López, la justificación de esta atribución al comprador en que, en esencia, nos encontramos ante una compraventa en especie³⁶³.

El capítulo de las excepciones a la regla general que adjudica el peligro al comprador se completa con la inversión de este principio que defiende la doctrina cuando la compraventa afecta a una cosa genérica, no determinada entre un conjunto de ellas de igual naturaleza. Esto significa que, al no concretarse el derecho que asiste al adquirente en una cosa singular, sino en una cualquiera dentro de las existentes, es el vendedor el que asume el riesgo en virtud de su atadura a una obligación inespecífica, que se mantendrá mientras se conserve alguna de ellas, a pesar de que desaparezcan otras o las restantes, a no ser que los contratantes hubiesen pactado que el objeto del

plata, o de cuera, o de otra cosa semejante, que se suele vender a peso, o a medida tan solamente estonce dezimos, que si peligro alguno acaesciesse en aquella cosa, perdiéndose toda, o parte della, ante que sea pesada o medida, que es del vendedor el peligro. Pero si rafezassen, o encareciesen, en aquel lugar, las otras cosas, que fuessen atales como aquella, la mejoría, o el menoscabo que auiniesse por esta razón seria del comprador tan solamente”. J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador*, pp. 29-30, sostiene que en esta última previsión de este precepto legal, carente de antecedentes en el derecho romano, se consagra un diferente tratamiento entre la pérdida o la destrucción total y el simple menoscabo o deterioro de la cosa. Ya en su momento B. Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, p. 297, había llamado la atención sobre la singularidad de esta solución.

362 *Siete Partidas*, [V, V, XXV]: “A quien pertenesce el pro, o el daño de las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir, quando las vede a vista si se empeoran, o si se mejoran. Aviene a las vegas, que algunas de las cosas que se podrían pesar, o medir, que las venden los omes ayuntadamente a vista, non las pesando, nin las midiendo, assi como quando vende vn ome a otro el vino de alguna bodega, o el olio de algund almalzen, o la vua de alguna viña, o otra cosa semejante. E porende dezimos, que después que el comprador e el vendedor se auienen en el precio sobre alguna de las cosas sobredichas, o otra semejante dellas faziendo la vendida a vista, assi como sobre dicho es, que si después desso, se pierde, o se menoscaba, o encarece la cosa que es assi vendida, que la pro, o el daño, es del comprador tan solamente”.

363 Gregorio López, glosa (c): “Se auienen” a *Siete Partidas* [V, V, XXV]. “Licet non fiat degustatio quia est venditio in specie (...)”.

negocio debería extraerse de entre un grupo cierto de cosas y todas ellas se hubiesen perdido³⁶⁴.

Otra particularidad digna de reseña viene constituida por la solución dada en las Partidas respecto al daño o la mejora experimentados por el bien implicado en la compraventa sometida a una condición suspensiva. Residiendo dicha peculiaridad en la distinción que se establece en su regulación, pues mientras que si el menoscabo o el lucro se produjesen antes del cumplimiento de la condición (*pendente conditione*), ambos pertenecerán al comprador, si por cualquier causa la cosa se perdiese o se extinguiese en su totalidad, sus efectos negativos pesarán exclusivamente sobre el vendedor, incluso aunque la condición se cumpla con posterioridad³⁶⁵.

En relación con la disciplina del peligro en la compraventa podemos, por último, mencionar la posibilidad admitida en las Partidas de que las partes celebren un pacto comisorio por el que fijen un término para el pago del precio con efecto rescisorio en el caso de incumplimiento³⁶⁶. Señalándose, al efecto, que desde el momento en que el contrato queda invalidado el comprador responde de cualquier daño que sufra la cosa por su culpa, mientras permanezca en su poder, además de perder las arras y la parte del precio que pudiese haber entregado con antelación, si bien al vendedor también se le ofrece la opción de devolver ambas cantidades anticipadas a cambio de los frutos devengados por la cosa o, incluso, de reclamar el pago de la porción pendiente del precio, manteniendo vivo el contrato³⁶⁷.

364 Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 366, cols. 695 a 697. Sobre esta cuestión, E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 304.

365 *Siete Partidas*, [V, V, XXVI]: “A quien pertenesce el pro o el daño delas cosas que se venden so condición si se mejoran, o se empeoran. Condicion seyendo puesta en la vendida, si la cosa que es assi vendida se empeorasse, o se mejorasse ante que la condición sea cumplida, estonce el daño de aquel empeoraiento, o la pro, pertenesce al comprador. Mas si la cosa se perdiesse, o se destruyesse toda, por qual manera quier, el daño seria del vendedor, maguer se cumpliesse la condición después (...)”. Abordan esta cuestión, Antonio Gómez, *Variae*, t. II, caput II, num. 32, f. 216. Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 366, col. 703. Para J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador*, p. 31, esta solución es prueba de la falta de desarrollo de las Partidas, ya que no se hace mención alguna a la retroactividad.

366 Gregorio López, glosa (e), “Que sea dessecha” a *Siete Partidas*, [V, V, XXXVIII].

367 *Siete Partidas*, [V, V, XXXVIII]: “Quales posturas o pleytos que fazen el vendedor e el comprador entre si son valederas. (...) Otrosi dezimos, que si el vendedor, e el comprador ponen pleyto entresi que el comprador pague el precio a dia señalado, e si non lo pagare aquel dia que sea desfecha porende la vendida, que tal pleyto como este es vale-

4. Contratos de locación de cosas, obras y servicios

La eficacia de la incidencia de una situación provocada de forma fortuita como eximente de la responsabilidad de aquel deudor al que no cabe imputarle culpa propia opera también en los contratos de locación³⁶⁸. Sin embargo, en las Partidas se enuncian tres circunstancias en las que ni siquiera el origen externo a su actuación del peligro que planea sobre la cosa tiene este resultado liberador. En primer lugar, si en el mismo contrato se hubiese recogido un pacto expreso entre las partes, por el que el locatario asumiese la obligación de pechar cualquiera que fuese el motivo del daño o la desaparición de su objeto, excepción hecha -hay que entender, por ser regla asociada a la costumbre-, de que existiese dolo en el proceder del propietario³⁶⁹. Y las otras dos se imponen por aplicación de los principios generales que hacen gravitar sobre el deudor la carga de pagar por los efectos de tales sucesos cuando se ha de-

dero, e gana porende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fue dado, si al plazo non le fue fecha la paga toda o la mayor parte della, e desfaze sela vendida. Pero con todo esto, en su escogencia es del vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida, o de reuocar la, teniendo para si la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho. E después que ouiere escogido vna destas cosas sobre dichas, non se puede despues arrepentir, de manera que dexe aquella por auer la otra. Otrosi dezimos, que si el comprador ouiesse resecebidos algunos frutos de la cosa, que assi ouiesse comprada, que los deue tornar al vendedor, fueras ende, si el que la vendio no quisiesse tornar la señal, o la parte del precio que ouiesse resecebido, ca entonce non deue auer los frutos. Pero si el vendedor quisiere los frutos, tenuto es de dar al comprador las despensas, que ouiesse fechas en coger los. Otrosi dezimos, que si la vendida se desfiziesse, e la cosa fuesse empeorada por culpa del comprador, de mientras que el la touo, que es tenuto de mejorar al vendedor el empeoramiento”. Como señala Gregorio López, glosa (g): “Escogencia” a esta ley, la decisión de vendedor de permanecer en el contrato equivale a renunciar al pacto comisorio.

368 *Siete Partidas*, [V, VIII, VIII]: “Por quales razones es tenuto de pechar o non, la cosa a aquel que la tiene arrendada o logada, si se perdiesse o se muriesse. (...) Otrosi dezimos, que si se perdiesse, o si se menoscabasse, o se muriesse la cosa que touiesse alugada, alguno por alguna ocaasion, que auiniese sin su culpa del, assi como si fuesse sieruo, o alguna bestia, si se muriesse su muerte natural, o si fuese naue e peligrasse por tormenta que acaesciesse, o si fuesse casa o se quemasse, o si fuesse molino, e le lleuasen auenidas de rios, o por otras cosas qualquier semejantes destas que se perdiesse, o se muriesse, por tal ocaasion como sobre dicho es, que non seria tenuto de la pechar, el que la touiesse logada (...)”.

369 Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 494, cols. 1553-1554. Esta excepción está también contemplada en referencia a los orfebres y otros menestrales en *Siete Partidas*, [V, VIII, X].

morado en su deber de restitución del bien y cuando ha contribuido de forma culpable a que acontezcan³⁷⁰. Pero no dándose alguna de estas excepciones, la doctrina tiende a interpretar que la pérdida, deterioro o desaparición provocada por “ocasion” permite la resolución del contrato, lo que también se admite cuando el uso de la cosa deviene en imposible por la intervención de un agente natural o humano ajeno a la voluntad o la acción del locatario³⁷¹.

Con referencia a un origen muy diferente de la interrupción de la prestación, pero también ajeno a la voluntad o la conducta de los implicados, las Partidas dedican otro precepto a la regulación de las consecuencias del fallecimiento de los jueces de la Corte regia y demás oficiales de la Casa del rey y de los maestros de ciencias liberales, sujetos todos ellos a la percepción de un salario anual a cargo del monarca o del gobierno municipal. Disponiendo, al respecto, que si aún no hubiesen cumplido un año en el desempeño de su oficio, y siempre que su muerte se hubiese producido de forma fortuita, sus herederos adquirirán el derecho a una remuneración equivalente a las cantidades pendientes de cobrar de dicha anualidad³⁷². En contraste, si el finado

370 *Siete Partidas*, [V, VIII, VIII]: “(...) Fuera ende por casos señalados. El primero es, si quando logo la cosa fizo tal pleyto con el señor della, que como quier que acaesciese de la cosa, que fuese tenuto de la pechar. El segundo es si fiziesse tardança de tornar la cosa al señor mas que non deuia, e después de aquel tiempo, que gela deuiera auer tornada se perdiessse, o se empeorasse. El tercero es, si por su culpa acaesciesse aquella occassion, porque se pierde, o se muere la cosa”.

371 Antonio Gómez, *Variae*, t. II, caput III, num. 3, f. 232. La razón aducida por este autor (num. 1, f. 232) para amparar esta solución se apoya en el desenvolvimiento de este contrato en tracto sucesivo. Cuestión tratada por Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 493, col. 1550 en la que se detiene E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 390, es la relativa a si después de desvanecido o consumado el peligro puede considerarse válida la continuación del contrato. La respuesta más coherente es la que niega esta posibilidad cuando la cosa ha sufrido menoscabo, pero acepta que si se ha conservado íntegra, las partes podrán instarse al cumplimiento de lo acordado, siempre que no se mantengan los efectos lesivos producidos por el suceso fortuito sobre sus respectivos intereses..

372 *Siete Partidas*, [V, VIII, IX]: “Como deue ser pagada la soldada a los herederos de los alcaldes, e de los abogados, e de los otros ministrales si se murieren ante que complan el oficio. Los judgadores de la corte del Rey e los otros oficiales de su casa, e los maestros de las ciencias, que han salarios ciertos, cada año del Rey, o del común de alguna cibdad, o villa, desde ouiere comenzado de vsar de su oficio cada vno dellos, maguer se muera después, ante que el año se cumpla, deuen auer sus herederos todo su salario, de aquel año, bien assi como si lo ouiesse seruido, por razon de aquel tiempo, que vso de su oficio, quanto quier que sea. Esto es, porque non finco por el de complir, e de fazer lo

fuese un abogado y el pleito en el que estuviese inmerso todavía no hubiese concluido, sus herederos no tendrán derecho a recibir la totalidad de los haberes que hubiera acordado con su defendido, sino solamente en la parte que se considerase que realmente había merecido por el trabajo hasta entonces desarrollado; no obstante, a éstos se les abre la posibilidad de proponer otro abogado que se haga cargo de conducir el litigio hasta su cierre, lo que, en el caso de ser aceptada su oferta, les garantiza el pago íntegro de su retribución³⁷³. Reglas, éstas, que son, igualmente, de aplicación a los menestrales que muriesen antes de poder dar por terminada aquella obra que les fue encomendada a cambio de un precio determinado³⁷⁴.

Adscrito, asimismo, a la categoría de los contratos de locación, el que tiene por objeto la realización de una obra a destajo también admite la total liberación de responsabilidad de su artífice cuando el producto entregado presentase deficiencias o se derrumbase, no por su culpa, sino por la acción de algún hecho fortuito o fuerza mayor³⁷⁵. No obstante, como excepción, en

que deuia, mas por ocasión que le contescio, que non pudo desuiar (...).” Advierte, sin embargo, Gregorio López, glosa (m): “E los otros oficiales de su casa”, y (n): “Maestros de las ciencias”, a esta ley, que no fue ésta una costumbre realmente observada ni en los juicios ni entre los oficiales de la curia regia.

373 *Siete Partidas*, [V, VIII, IX]: “(...) Mas si algund abogado pleytasse con algun ome, que razonasse por el, algun pleyto, maguer aya comenzado el pleyto, non deue auer todo el salario, si non razonasse todo el pleyto, fasta que sea acabado, ante dezimos, que si se muriere después, que el pleyto es comenzado, que sus herederos, deuen auer tanta parte del salario, quanto fallaren en verdad, que auia merecido, e non mas. Pero si quisieren dar otro abogado, que sea sabidor, para razonar el pleyto fasta que sea acabado, deuen gelo rescebir, e estonce deuen les dar todo el salario (...)”

374 *Siete Partidas*, [V, VIII, IX]: “(...) Esso mismo dezimos de los menestrales, que pleyteassen algunas obras, e prometieren de las complir, por precio cierto, que si se murieren ante que las acaben, que deuen auer sus herederos, aquello que ouieron merecido ellos, e non mas. Pero si todo el precio quisieren demandar, deuen dar otros menestrales, tan sabidores como aquellos que finaron, que acaben las obras”.

375 *Siete Partidas*, [V, VIII, XVI]: “(...) E si por aventura non cayere la laour ante que sea acabada, e entendiere el Señor della que es falsa, o que non es estable, estonce deue llamar a omes buenos e sabidores, e mostrar les la laour, e si aquellos omes sabidores entendieren, que la laour es fecha falsamente, e conosciere que el yerro auino por culpa del maestro, deue la refazer de cabo, o tornar el precio con los daños e los menoscabos al señor della segund es sobre dicho. Mas si los omes sabidores que llamasen para esto, entendiessen que la laour non era falsa, nin era en culpa el maestro, mas que se empeorara despues que la el fizo, o entre tanto que la fazia, por alguna ocasion que acaesciese

las Partidas se admite que, en el caso del contrato en el que se deja pendiente hasta su terminación el pago de lo acordado, previa aprobación de su resultado final por quien encargó la labor, se introduzca una cláusula que atribuya a aquél que debe llevarla a cabo la asunción de todo peligro de pérdida, deterioro o extinción que pudiera materializarse con anterioridad a ese momento fijado para la satisfacción del precio. Pero si concluida la obra e instado a ello por el que se comprometió a su ejecución, el que la recibe se negase a verificar su calidad o a efectuar el pago, siendo la misma de buena calidad, será sobre este contratante sobre quien recaiga la carga plena de cualquier incidencia lesiva o menoscabo, incluidos los derivados de un caso fortuito³⁷⁶, salvo que mediase algún tipo de culpa por parte del maestro que la hizo, o que aquélla contuviese vicios ocultos. Una pauta que, en clara correlación, también será de aplicación si el citado peligro se manifestase con posterioridad a la aceptación de la obra acabada y a la expresión de conformidad sobre la liquidación del precio convenido³⁷⁷.

Ya hemos hecho referencia a como, igualmente, en otros tipos de contrato de locación la aparición de un hecho fortuito marca la frontera del alcance de la responsabilidad del locatario por la pérdida o el menoscabo de su objeto. Lo hemos visto en las Partidas en relación con el transporte mediante animales de carga, carretas o naves, de recipientes o vasijas que contengan vino, aceite u otros productos³⁷⁸; y también como límite de los efectos agravados

assi como por grandes lluiias, o por auenidas de aguas, o por terremotos, o por otra cosa semejante, estonce non seria tenuto el maestro de la refazer, nin de tornar el precio que ouiesse recebido”.

³⁷⁶ Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp.. 494, col. 1560.

³⁷⁷ *Siete Partidas*, [V, VIII, XVII]: “Quales deuen ser las obras que pertenescen a fazer alos maestros a pagamiento delos señores (...) Otrosi dezimos que destajando algund ome alguna lauor, so tal pleyto, que fara la lauor en tal guisa, que por qual manera quier que se pierda, o se derribe, fasta que el señor otorgue que se paga della, sea a su peligro, si quando la obra fuesse acabada, dixesse el maestro al señor, que viesse si se paga della, si el lo metiesse por alongamiento, que la non quiesse ver, o la viesse, e non quissiesse dezir, que se pagaua ende, seyendo la obra buena, si de aquella sazón adelante se perdiessse, o se derribasse por alguna ocasión, que non auinesse por culpa del maestro, ni por maldad de la obra, estonce el peligro seria del señor, e non del maestro. Otrosi dezimos, que si el señor se pagasse de la lauor, e después que otorgasse, que se pagaua della, se derribasse, o se menoscabasse, que dende en adelante, seria el peligro del, e non del maestro”. Gregorio López, glosa (d): “Del maestro” a esta ley, precisa que la responsabilidad del maestro alcanza a la culpa levísima e incluye en la misma la mora.

³⁷⁸ *Siete Partidas*, [V, VIII, VIII]: “Por quales razones es tenuto de pechar o non,

del deber de custodia en situaciones como la cesión de uso de un almacén para la guarda de cosas³⁷⁹, o la prestación de hospedaje en hostales, tabernas o naves, con mención expresa a los posibles males causados por incendio, inundación, derrumbamiento de la casa o naufragio, o por la acción de algún enemigo³⁸⁰. Incluso, apelando a su semejanza con esta categoría contractual, dentro del mismo título se dedica una ley al censo enfiteutico, en la que se dispone que si el bien entregado se pierde por cualquier “ocasion”, sea por fuego, terremoto o inundación u otra razón similar, el daño le pertenece al señor y no al censatario, que desde ese momento queda eximido de dar censo alguno, salvo que se hubiese conservado, al menos, una octava parte, pues en ese caso continuará obligado a pagarlo cada año³⁸¹.

la cosa a aquel que la tiene arrendada o logada, si se perdiessse, o se muriessse. A cuestas por si mismo, o en alguna su bestia, o en carreta, o en naue, prometiendo de leuar algund ome, vino, o olio, o otra cosa semejante, en odres, o en alcollas, o en toneles, o pilares de marmol, o redomas, o otra cosa semejante destas, si leuandol de vn lugar a otro, cayere por su culpa, aquello que leuare, e se quebrantasse, o se perdiere, tenuto es de lo pechar. Mas si el pusiesse guarda quanta pudiesse, en leuar aquella cosa, o se quebrantasse por alguna ocasion sin su culpa, estonce, non serie tenuto de lo pechar”.

379 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXV]: “Del almazen en que vn ome loga a otro para tener olio, o otra semejante, no es tenuto de pechar el daño que acesce en el (...). Fueras ende, si la perdida acaesciese, por alguna ocasión, que auiniesse, por aventura, sin culpa del señor del almazen, assi como por fuego, o por fuerça de ladrones, o de enemigos, o de otra cosa semejante”.

380 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXVI]: “Como los ostaleros e los aluergadores, e marineros son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas e en sus nauios aquellos que ay rescibieren (...) Fueras ende en casos señalados (...) El tercero es si se perdiessen las cosas por alguna ocasion, que auiniesse, assi como fuego que las quemasse, o por auenidas de rios, o si se derribasse la casa, o peligrassse la naue, o se perdiessen por fuerça de enemigos. Ca perdiendose las cosas por alguna destas maneras sobredichas, que non auiniesse, por engaño, o por culpa dellos, estonce, non serian tenudos de las pechar”.

381 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXVIII]: “De las cosas que toman los omes a censo a quien pertenesce el daño dellas, si se pierden como deuen ser pagado el censo (...) E por que este pleyto es semejante, mas a los logueros, que otro contrato ninguno, porende fablamos en este titulo del, e dezimos, que si la cosa que assi es dada, a censo, se pierde toda por ocasión, assi como por fuego, o por terremoto, o por aguaducho, o por otra razón semejante, tal daño como este, pertenesce al Señor della, e non al otro que lo ouiesse assi rescibida, de aquel día en adelante, non seria tenuto, de darle censo ninguno. Mas si la cosa non se perdiessse de todo, por aquella ocasión, e fincasse quanto la ochava parte della alomenos, estonce, tenuto seria de dar le censo cada año por ella, assi como le auia prometido (...)”.

Hay, con todo, un tipo de locación, el alquiler de navíos para el transporte de mercaderías, que por su peculiaridad, ligada al extraordinario grado de exposición al advenimiento de pérdidas por la aparición de agentes externos de carácter fortuito, merece una amplia regulación en la que es nuestra fuente principal, el gran cuerpo legal de Alfonso X. Pues, en efecto, como se señala en el preámbulo del título dedicado a esta cuestión, a menudo sucede que por acción de una tormenta u otra catástrofe el barco naufraga y surge polémica entre los mercaderes y los gobernantes o los marinos de la nave por el pecio o por el reparto de los daños sufridos³⁸².

Siendo este segundo aspecto el aquí que nos interesa, una circunstancia habitual en situaciones de temporal era que se arrojasen cosas por la borda con el fin de aligerar la carga y favorecer el mantenimiento del navío a flote. Se establece, al respecto, que todos aquéllos que transportasen algo a bordo deberán contribuir a cubrir el coste de los bienes tirados al mar, cada uno en una parte equivalente al valor de lo que hubiese conservado, no pudiendo excusarse de participar, en el caso de que se tratase de monedas, oro o piedras preciosas, apelando a su liviandad, pues su estimación no podrá basarse en su peso o su volumen, sino en su valía. Una tasación en la que deberá integrarse, además, la realizada por sus dueños con las embarcaciones que estuvieron en riesgo de siniestro, así como la de los esclavos que pudiesen llevar en ellas, y que va destinada a compensar, asimismo en proporción a sus respectivas pérdidas, a quienes hubiesen padecido éstas³⁸³. Esta exigencia de compartir los

382 *Siete Partidas*, [IX, preámbulo]: “De los nauios e del pecio dellos. Nauios de muchas maneras alogan los mercaderes para leuar sus mercaderías de vn logar a otro, e por que a las vegadas por tormenta de mar, o por otra ocasion, se quebrantam, o se pierden, e después nace contienda entre los mercaderos, e los maestros, e los marineros, en razón del pecio (...) E mostraremos que cosas son tenudos de guardar, e de fazer los maestros de los nauios, e los marineros a los mercaderes, que fian de ellos. E después diremos, como se deue compartir el daño entre ellos todos, quando acaessciesse que las cosas de algunos dellos echaren en el mar, por razón de tormenta (...).

383 *Siete Partidas*, [V, IX, III]: “Como se deue compartir el daño delas mercaderias que echan en la mar por razón de tormenta. Peligros grandes acaescen a las vegadas, a los que andan sobre mar, de manera, que por la tormenta del mal tiempo que sienten, e por miedo que han de peligrar, e de se perder han a echar en la mar muchas cosas, de aquellas que tienen en los nauios, porque se aliuien, e puedan estorcer de muerte, e porque tal echamiento como este, se faze por pro comunalmente de todos los que están en los nauios, tenemos por bien, e mandamos que todos los mercadores, e los otros que algo traxeren enel nauio, que ouieren a fazer tal echamiento, ayuden a pechar lo que fuere echado en la mar, por tal razón como esta a aquellos cuyo era, pagando en ello toda via, cada vno tanta

daños rige, igualmente, si con el propósito de evitar el peligro del hundimiento los marineros cortasen el mástil o la antena con el velamen, pero no cuando los quebrasen el viento, el oleaje, un rayo o cualquier otra fuerza natural, ni siquiera aunque las posesiones de los ocupantes del barco hubiesen permanecido a salvo³⁸⁴. Puede ocurrir, también, que para aminorar los efectos de la tormenta algunos echasen pertenencias suyas al agua, y que posteriormente

parte, segun valiere mas o menos, aquello que les finco en el nauio, e que non fue echado en la mar. E maguer alguno y traxesse piedras preciosas, o oro, o otro tanto auer monedado, o otra cosa qualqer deue pagar por ello segund que montare, o valiere, e non se puede escusar, por decir que era cosa que pesaua poco ca en tal sazón como esta, non deuen ser las cosas asmadas, nin apreciadas, segund las pesaduras, e la liuiandad dellas, mas segund la quantya que valieren. E por que no tan solamente estuercen las mercaderías, e las cosas que fincan en los nauios por razón de tal echamiento como este que diximos, mas aun estuercen porende los nauios, porque si aliuiados no fuessen, podria acaescer, que se perderian. E porende tenemos por bien, e mandamos, que los señores de las naues, sean tenudos de apreciar la naue, o el otro nauio; de que fizieron el echamiento, e apreciadas las mercaderías, e las otras cosas, que fincaron en el nauio segund diximos, deuen todos, de so vno compartir entresi, la perdida del echamiento, e pagar cada vno, la parte que le cupiere, a aquellos que lo deuian auer, dando otrosi cada vno dellos, tanta parte segund que montare aquello que era suyo, que se perdio por el echamiento, e si acaesciesse, que algund mercader, ouiesse y siervos, tenuto seria de los apreciar, e de pagar por cada vno dellos, tambien como por las otras cosas, que en el nauio le fincassen. Pero si ouiesse y omes libres, que non traxessen enel nauio al, si non sus cuerpos, quantos quier que sean, non deuen pagar ninguna cosa enperdida del echamiento, por razón de sus personas, porque el ome libre, non puede, nin deue ser apreciado, como las otras cosas”.

384 *Siete Partidas*, [V, IX, IV]: “Como los mercaderos deuen compartir entresi el daño del mastel quando lo cortan por estorcer de la tormenta. Leuantandose viento fuerte, que fiziesse tormenta en la mar, de manera que los guardadores de las naues, temiessen de peligrar, e con entencion de estorcer, cortasen el mastel della, o derribassen a sabiendas el entena, con la vela, e cayesse en la mar, e se perdiessse, e tal perdida como esta, tenudos serian los mercadores, e los otros que fuessen en la naue, de la compartir entresi, e de la pechar todos de so vno, al Señor de la naue, bien assi como diximos en la ley ante desta, que deuen pechar lo que echan en la mar, con entencion de aliuiar la naue. Mas si acaesciesse que el mastel, o el entena, o la vela no mandassen cortar, nin le derribasse a sabiendas el maestro de la naue, mas lo quebrantasse el viento de la mar, o rayo que cayese del cielo, o se perdiessse por alguna otra cosa semejante destas, que auiniesse por ocasion, estonce los mercaderos, nin los otros que fuessen en la naue, non serian tenudos de pechar en ello ninguna cosa, maguer sus cosas fincassen en saluo que se non perdiessen. Ca pues que ellos dan loguero de la naue, la perdida que desta manera auiniesse, al Señor della pertenesce, e non a los otros”.

la nave naufragase al chocar contra las rocas o la tierra o por cualquier otro hecho fortuito, provocando la pérdida de otros bienes. Disponiendo, sobre ello, la ley correspondiente que si lograsen recuperar algunos de estos bienes desaparecidos por “ocasion”, sus dueños deberán ayudar a reparar el perecimiento de los suyos a quienes antes se desprendieron de ellos voluntariamente, previa estimación del valor de unos y otros y reparto equitativo en función de su cuantía³⁸⁵. No obstante, esta regla no opera a la inversa, estando liberados los que lanzaron sus cosas al mar de ceder a los que fueron víctimas del desastre una parte de aquello que pudieron rescatar³⁸⁶. Como tampoco existe obligación alguna de asumir el coste del navío cuando en circunstancias de mar embravecido éste se precipitase contra las rocas o la costa o encallase en la arena, pero, aun así, los embarcados consiguiesen mantener consigo sus posesiones. Ahora bien, si sucediese que temerosos de la tempestad y antes de que la estabilidad del barco se viese amenazada, los mercaderes que viajaran a bordo pidiesen al capitán que lo acercase a tierra, encomendándose a la providencia divina y comprometiéndose a que, en el caso de que acabase hundándose, aceptarían su parte del peligro y colaborarían en la redención de las pérdidas con aquello que pudiesen preservar, entonces deberán someterse a apreciación tanto el valor de la nave como el de los bienes que cada uno arrojó fuera ella, debiendo pechar el daño conjuntamente con el dueño del navío, en proporción a lo que cada uno pudo guardar o rescatar, con excepción de aquellos que no sacaron nada, que quedarán eximidos de cooperar

385 Greorio López, glosa (h): “Si de las cosas”, a *Siete Partidas* [V, IX, VI], señala que, a sensu contrario, si no recuperasen nada tampoco tendrían que contribuir con nada.

386 *Siete Partidas*, [V, IX, VI]: “Como se deue compartir el daño del echamiento, maguer después se quebrantase el nauio por ocasión. Tempestad auiedo algunos que andouiessen sobre mar de guisa que temiendosse de peligro, ouiessen a echar en la mar algunas cosas, de las que troxiessen en la naue, por aliuirla, si después desto acaesciese, que se quebrantasse la naue por ocasión, firiendo en peña, o en tierra, o de otra guisa, de manera que lo que troxiessen en ella , cayesse en la mar, si de las cosas que en aquel lugar cayesen, pudiessen algunas cosas cobrar los Señores dellas, tenudos son de ayudar a cobrar a los otros la perdida que fizieren por razón del echamiento que fue fecho a pro de todos comunalmente, apreciando las cosas que sacaron, e las de los otros, que fueren echadas, e catando lo vno e lo otro deuen compartir entre si la perdida de so vno. Pero si aquellos que echaron sus cosas en la mar, por aliuirla la naue, assi como de suso es dicho, cobrasen después alguna de aquellas cosas, que ouiessen echadas, non serian tenudos de dar parte dellas, a los otros sobredichos, que perdiesen las sus cosas, por razón de peligro, que auino por ocasión”.

en el pago de esta compensación. Pero si nada se lograra salvar, nada podrá el propietario de la embarcación demandarles³⁸⁷.

La obligación de sumarse a la distribución de las pérdidas será, igualmente, de aplicación si la angostura de la entrada a los puertos o los ríos aconsejase aliviar la carga del barco, trasladando algunas de las mercancías a otras naves de menor tamaño y éstas terminaran malográndose por algún accidente, pesando tal exigencia sobre aquellos comerciantes que hubiesen retenido y conservado las suyas. Pero si, por el contrario, lo que sucediese es que después de efectuar esta operación la nave principal se quebrase por alguna “ocasion”, arrastrando la desaparición de todas las cosas que transportaba, y quedando a salvo las que fueron evacuadas, los propietarios de éstas últimas no habrán de aportar nada, precisamente, por haber sido fortuita la causa del perecimiento de aquéllas³⁸⁸.

387 *Siete Partidas*, [V, IX, VI]: “Por quales razones no son tenudos los mercadores de compartir entresi el daño de la naue quando se quebrantasse en peña, o en tierra, e por quales non se podrían escusar. Corriendo algund nauio por la mar con tormenta, de manera que por ocasion firiesse en peña o en tierra, si se quebrantasse, o se enarenasse, maguer los mercadores sacassen sus cosas en saluo non serian tenudos de pechar la naue. Mas si acaesciesse que ante que peligrasse la naue, assi como sobre dicho es, los mercadores con miedo que ouiessen de se perder, ellos e a sus cosas, mandasen al Señor de la naue, que la dexassen correr contra la tierra auentura de lo que dios quisiesse fazer, diziendo que si acaesciesse que la naue se quebrantasse, que ellos querian auer su parte en el peligro, e que le ayudarian acobrarla, si estorciessen, e les fincasse de lo que tirassen della, con que lo pudiessen fazer, estonce el Señor de la naue la dexasse y correr por ruego, o por mandado dellos, e se quebrantasse, deuen la apreciar, quanto podría valer, e contarlo que tyro della cada vno dellos, de aquello que era suyo, e el Señor della, e todos los otros deuen compartir entresi la perdida, pechando cada vno dellos, mas o menos, segund la quantia que della saco, o cobro cada vno; e los que non sacassen nada, non deuen pechar, ninguna cosa, e si todo se perdiesse, non ha el Señor de la naue, demanda contra los mercadores, por esta razon”.

388 *Siete Partidas*, [V, IX, VIII]: “Como se deue compartir la perdida de las mercaderías que meten en los barcos para vaziar e aliuir los nauios en la entrada de los puertos. Acostados seyendo los nauios a las entradas de los puertos, o de los ríos, si se temieren los maestros dellos que son muy cargados, e las entradas son secas e angostas, e por esta razón vaziasen algunas mercaderías de la naue, e las metiessen embarcos, o en otros nauios pequeños, porque pudiessen yr mas sin peligro, dezimos, que si acaesciesse que se perdiesen aquellas cosas, que metiessen en el barco por que se quebrantasse, o por otra ocasion, que deuen compartir la perdida entre todos los mercaderos, a quien fincaron sus cosas, en saluo, en la naue, bien assi como diximos en las leyes ante desta, que lo deuen fazer de las cosas que echan en la mar, a sabiendas, con entencion de aliuir e de estorcer, de

Todas las reglas anteriores resultan, sin embargo, desactivadas cuando la responsabilidad por la desaparición de los navíos es directamente atribuible a sus capitanes o gobernantes, quienes, en consecuencia, deberán indemnizar a los mercaderes por los daños ocasionados. Son supuestos concretos en los que la ley afirma su culpa, el emprender la navegación en el período invernal en el que arrecian los vientos y los temporales, que se precisa prolongado entre el 11 de noviembre y el 10 de marzo, atravesar lugares que se sabe peligrosos por la presencia de enemigos o por cualquier otra razón y no avisar de ello a los viajeros³⁸⁹, y encomendar la dirección del barco a personas no capacitadas para ejercer esta tarea³⁹⁰.

5. Arrendamiento de fincas

Por lo que se refiere al contrato de arrendamiento de fincas rústicas, el arrendatario puede resultar víctima de algún fenómeno imprevisto, que pro-

la tormenta. Pero si después desso, se quebrantasse la naue, e se perdiesen las cosas que viniessen en ella, e fincassen en saluo las otras cosas, que fuessen metidas en el barco, con entencion de aliuar la naue, assi como sobre dicho es, aquellos cuyas fuessen las cosas, que fincassen en saluo, non son tenudos de dar ninguna cosa dellas, a los otros, a quien se perdieron sus cosas, en la naue, porque la perdida les auino, por ocasión, e non por otra razón, ninguna que fuesse por pro de todos, comunalmente”.

389 Gregorio López, glosa (c): “No apercibiesse”, a *Siete Partidas* [V, IX, IX].

390 *Siete Partidas*, [V, IX, IX]: “Como los mayores de la naue son tenudos de pechar a los mercaderos los daños que les auinieren por culpa dellos. El perescer de los nauios auiene a las vegadas, por culpa de los maestros, e de los gouernadores dellos. E esto podria acaescer, quando començassen a andar sobre mar, en tal sazón que no fuesse tiempo de nauegar. E el tiempo que non es para esto, es desde el onzeno dia del mes de nouiembre, fasta diez andados de março. E esto es por que en estos temporales, son las noches grandes, e los vientos muy fuertes, e anda la mar tornada, por la fortaleza del inuerno, e acaescen en esta sazón, muy grandes tormentas, e muy grandes peligros, a los que andan nauegando. E porende, qualquier maestro, o gouernador de naue, que nauegasse en este tiempo sobredicho, contra la voluntad de los mercaderos, o de los otros omes que leuassen sus cosas en el, si acaesciesse que se quebrantasse el nauio, auria muy grand culpa, e sería tenudo de les pechar todo el daño, e el menoscabo que rescibiessen por razón de pecio. Esso mismo dezimos, que sería, si el gouernador del nauio, sopiesse que auia de pasar por lugar peligroso de enemigos, o de otra manera de peligro, e non apercibiesse ende a los mercaderos. Otro tal sería, si acomendasse la naue a tales omes que la gouernassen, que non fuessen sabidores de lo fazer. Ca el daño, que rescibiessen, por qualquier destas razones sobre dichas, tenudo sería de lo pechar”.

voque que todos los frutos todavía no recolectados en la heredad bajo su usufructo se malogren. Un suceso adverso, como pueden ser -se enumera- la avenida de un río, una tormenta de lluvia o de granizo, el fuego, la acción del sol o de un viento muy caliente, el paso de un ejército enemigo o de un grupo de hombres que causen destrozos, las aves o una plaga de langosta o de gusanos, que, además de inesperado, debe ser inusual³⁹¹, y que trae consigo aparejado el decaimiento de la obligación de satisfacer la renta a la que se comprometió por la cesión del fundo objeto de su disfrute³⁹². No obstante, la doctrina entenderá que esta vía de dispensa del pago de lo acordado solamente operará en el caso de que el terreno haya quedado estéril, pero manteniendo opiniones diferentes respecto a la fijación del umbral de determinación de tal estado de improductividad³⁹³. La solución adoptada en las Partidas participa,

391 Si el tenor del precepto (*Siete Partidas*, [V, VIII, XXII]) habla de una “ocasión que acesciese que non fuesse muy acostumbrada de auenir”, Gregorio López, glosa (i): “Muy acostumbrada”, a esta ley, lo califica como “casus insolitos”, y Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, col. 1570, precisa que no es suficiente una “calamitas consueta” local.

392 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXII]: “De los frutos que se pierden o se destruyen por alguna ocasion, que non es tenuto aquel que los arrienda de dar la renta que prometio por ellos. Destruyendose, o perdiendose los frutos de alguna heredad o viña, o otra cosa semejante, que touiesse arrendada, vn ome de otro, por alguna ocasion que acaesciesse que non fuesse muy acostumbrada de auenir assi como por auenidas de rios, o por muchas lluuias o por granizo, o por fuego que los quemasse, o por hueste de los enemigos, o por asonadas de otros omes que los destruyssen, o por sol, o por viento muy caliente, o por aues, o por langostas, o otros gusanos que los comiessen, o por alguna otra ocasión semejante destas que tolliesse todos los frutos, dezimos, que non es tenuto el que lo touiesse arrendado, de dar ninguna cosa del precio del arrendamiento que ouiesse prometido a dar. Ca guisada cosa es, que como el pierde la simiente e su trabajo, que pierda el Señor la renta que deue auer (...)”.

393 La cuestión ha sido abordada por E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 403, basándose en la síntesis ofrecida por Gregorio López, glosa (d): “En su escogencia”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXII], quien señala que entre los autores del *ius comune* se decantan tres orientaciones: la de considerar que dicha esterilidad debe ser calibrada en función del rendimiento medio de la heredad al tiempo de pactarse el arrendamiento, la de poner como límite la percepción de menos de la mitad de la cantidad de frutos habitualmente devengada, y la que recurre a una estimación más compleja, consistente en deducir de la renta debida por el arrendamiento el monto de los gastos efectuados para la obtención de los frutos y comprobar si los frutos realmente obtenidos alcanzan a cubrir, al menos, la mitad del precio convenido, o si bien se observa la existencia una *laesio enormis*.

en buena medida³⁹⁴, de aquella de ellas que sitúa en la pérdida de más de la mitad de los frutos la condición necesaria para considerar que, efectivamente, la tierra usufructuada ha devenido infecunda, mientras que si la proporción no percibida es inferior se entiende que se da, simplemente, una situación de exigüidad, “fructum exiguitas”, que los autores interpretan insuficiente para eludir el pago íntegro de la renta³⁹⁵, si bien en el gran cuerpo legal alfonsino al arrendatario se le ofrece, también, la alternativa de entregar al propietario del dominio la totalidad de los frutos devengados, previa detracción de las impensas realizadas para el cultivo de la heredad³⁹⁶. Ahora bien, como es natural, la carga de entregar la renta debida permanecerá intacta si, en lugar de en un acontecimiento fortuito, la merma o la frustración de los frutos hubiese estado radicada en la culpa o la negligencia, “mala guarda”, por parte del propio arrendatario³⁹⁷.

En las Partidas se contemplan, no obstante, tres supuestos en los que ni siquiera la concurrencia en los daños o las pérdidas de algún factor ajeno a su comportamiento le permite al arrendatario eludir el cumplimiento del pago de la renta al dueño de la propiedad³⁹⁸. El primero concierne a la posibilidad de que se haya pactado la inclusión en el contrato de una cláusula por la que

394 Así lo sostiene Gregorio López, glosa (d): “En su escogencia”, a *Siete Partidas* [V VIII, XXII], compartiendo su opinión Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, cols. 1562-1567.

395 Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, cols. 1567-1568. Gregorio López, glosa (h): “Arrendada” a *Siete Partidas* [V, VIII, XXII] añade que esta regla operará tanto si la renta se paga en metálico como en especie.

396 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXII]: “(...) Pero si acesciesse que los frutos non se perdiesen todos, e cogiere el labrador alguna partida dellos estonce en su escogencia sea de dar todo el arrendamiento al Señor de la heredad si se atreviere a darlo, e si non de sacar para si las despensas e las misiones que fizo en labrar la heredad, e lo que sobrare, de lo al Señor de aquella cosa que tenia arrendada (...)”.

397 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXII]: “(...) Mas si se perdiessse el fruto, por su culpa, assi como por labrar mal la heredad, o por yeruas, o por espinas que naciessen en ella tantas que lo tolliessen, o se consumiessen los frutos por si mismos, o por mala guarda del arrendador, estonce, seria el peligro del que touiesse la cosa arrendada, e seria tenuto de dar el arrendamiento, en la manera que le ouiesse prometido de dar”. Según Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, cols. 1572-1573, para discernir si hubo culpabilidad del arrendatario basta la constatación de que no hizo lo que le correspondía para evitar la caída hacia la esterilidad del fundo.

398 Un detallado análisis de estos supuestos y de su tratamiento doctrinal en E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 404-407.

el usufructuario haya asumido la carga de cualquier disminución que pueda producirse de los frutos, con independencia de la causa que la provoque³⁹⁹. Esta renuncia expresa es aceptada por la doctrina con carácter general⁴⁰⁰, pero predomina la opinión de que alcanza únicamente a los casos fortuitos más habituales y factibles, siendo precisa su mención expresa para extenderla a otros desastres insospechables o de extraordinaria magnitud⁴⁰¹. La segunda excepción⁴⁰² tiene como presupuesto que el contrato de arrendamiento se haya concertado por una duración de dos o más años⁴⁰³, entrando, entonces, en juego, una especie de principio de compensación⁴⁰⁴ entre el año en el que se sufren los percances que impiden o reducen gravemente la percepción de los frutos y los posibles ciclos de abundancia disfrutados en los años prece-

399 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXIII]: “Por quales razones los arrendadores son tenudos de dar las rentas, maguer el fruto de la cosa arrendada se pierda por occasion. Perdiendose los frutos, de la cosa, que es arrendada, por alguna occasion, que viniessse por aventura, non seria tenudo de dar al Señor la renta, el que la prometiera, assi como de suso diximos. Pero casos ya en que non seria assi. El primero es, si quando se fizo el pleyto de arrendamiento, se obligo el que rescibio la cosa, que por qualquier occasion que se perdiessse el fruto, a el pertenesciesse el daño (...)”.

400 Gregorio López, glosa (h): “Por qualquier occasion”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXIII].

401 Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, cols. 1577-1580. Antonio Gómez, *Variae*, II, caput III, n. 19, ff. 240-241.

402 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXIII]: “(...) El segundo es, si rescibiesse la cosa, a labrar por dos años, o mas, ca si en el vn año de aquellos se perdiessen los frutos por alguna destas ocasiones que diximos en la ley ante desta, y el año ante desse, o despues, ouiesse cogido tantos frutos, que seyendo bien asmado, abundaria para pagar el arrendamiento, e las despensas del labrador por ambos los años, estonce, tenudo seria de pagar el arrendamiento, e maguer el Señor de la heredad le ouiesse quitado la renta de aquel año en que se perdiessen los frutos, si en aquel año que viniessse despues desse cogiesse a tantos frutos, que abundasse, a ambos los años, segund es sobredicho, puede gelo demandar (...)”.

403 Sostiene, no obstante, Gregorio López, glosa (i): “Por dos años”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXIII], que el contrato debe ser único, no siendo de aplicación la compensación si se tratase de varios contratos anuales, aunque se celebren entre las mismas partes, y ni siquiera de una prorrogación del inicial. Aspecto éste en el que no coincide Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, col. 1575, que defiende que este mecanismo podrá actuar cuando el mismo contrato fuese prorrogado por un acuerdo expreso o tácito”.

404 Así, Gregorio López, glosa (i): “Por dos años”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXII], alude a que: “(...) quod hic disponitur de compensatione respectu vbertatis, vt hic inuit (...)”. También habla de compensación Luis de Molina, *Iustitia*, II disp. 495, cols. 1574-1576

dentes o siguientes⁴⁰⁵ integrados en el lapso temporal de vigencia del lazo contractual. De tal suerte que si la riqueza de la recolección lograda en esta etapa fértil permitiese cubrir también el déficit del año que resultase estéril, junto con el monto de las impensas realizadas por el arrendatario en los dos años afectados, el arrendador podrá reclamar su utilización para el abono conjunto de las rentas correspondientes a ambas anualidades, e, incluso, demandar la recuperación de aquélla de las dos que hubiese aceptado dejar de percibir al vencer su término de pago, si el año de bonanza hubiese sido el posterior⁴⁰⁶. Más inusual, aunque responde a una lógica afín a la anterior, se antoja la fundamentación de la tercera de estas situaciones especiales, que plantea la eventualidad de que la finca arrendada genere en un año una cantidad de frutos tan copiosa que supere el duplo del monto de su rendimiento medio habitual en otros años anteriores, disponiéndose, al respecto, que el arrendatario deberá doblar también la cuantía de la renta pagada por ese año, a no ser que tan espectacular incremento de la producción se haya debido, no a la incidencia de venturosos agentes externos, sino a su propio trabajo o a las mejoras realizadas en su explotación⁴⁰⁷. Pues -se justifica-, al igual que el dueño de la cosa asume las pérdidas provocadas por el accidente fortuito, es justo que también redunden en su beneficio las ventajas advenidas por la misma razón⁴⁰⁸. Algún autor añade a las tres mencionadas otra serie de excepcio-

405 Ambas posibilidades son admitidas por Gregorio Lopez, glosa (a): “O después”, a *Siete Partidas* [V, VIII, XXIII]: “Siue sit annus inmediate sequens siue interpollatus, ut hic inuit (...)”.

406 Por el contrario, según Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, col. 1575, si la fase improductiva correspondiese al último año del contrato, el arrendador no podrá repetir contra la sobreproducción de los precedentes, a no ser que desconociese que hubiesen sido de abundancia.

407 La doctrina excluye también que la reclamación del pago duplicado de la renta sea procedente cuando el incremento del rendimiento del fundo haya sido debido a un simple aumento del precio de los frutos. Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, cols. 1581-1582. Antonio Gómez, *Variae*, II, caput II, num. 18, f. 240. En esta cuestión se detiene E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, pp. 405-406, quien cita el testimonio de Juan Sala, *Ilustración del Derecho Real de España*, 3ª edición corregida y aumentada y arregladas las citas de leyes a la Novísima Recopilación, Madrid, Imprenta Real, 1832, t. I, lib. II, tit. XIII, n. 11, p. 303, respecto al escaso o nulo reflejo dejado en la práctica por esta fórmula legal.

408 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXIII]: “(...) Otrosi dezimos, que si por aventura acaesciere que la heredad, o la cosa arrendada rendiere tan abundantamente vn año, que pueda montar mas del doblo, de lo que solia rendir vn año con otro comunalmente, que

nes⁴⁰⁹. Pero reina un total silencio legal sobre la existencia de circunstancias especiales similares en el arrendamiento de bienes urbanos⁴¹⁰.

6. Otras formas contractuales

La amenaza de que un acontecimiento imprevisto se traduzca en una minoración o en el perecimiento del objeto del contrato planea también, como ya se ha señalado, sobre el censo enfiteútico. Recordemos que en las Partidas se dispone que cuando su extinción es absoluta el daño pertenece al dueño del fundo, quedando el enfiteuta automáticamente liberado del pago del censo⁴¹¹. Ahora bien, si se hubiese conservado, al menos, una octava parte, seguirá pesando sobre el censatario la obligación de su entrega en los mismos términos en los que se había comprometido al contratar⁴¹². La doctrina sostiene,

estonce, deue otrosi, el que la tiene arrendada, doblar el arrendamiento, si esta abundancia vino por aventura, e non por acuçia del que la labrasse, de mas labores que solia, o por otras mejorias, que fiziesse en la cosa. Ca guisada cosa es, que como el Señor pertenesce la perdida de la ocasion, que viene por aventura, que le siga bien otrosi, por la mejoría que acaesce, en la cosa, por essa misma razón”.

409 J. Febrero, *Librería de Escribanos, é Instrucción jurídica theorico práctica de Principiantes. Parte primera dividida en tres tomos. Trata de testamentos y contratos*, Madrid, Imprenta Pedro Marín, 1789, reproducción facsímil, Madrid, Consejo General del Notariado, 1990, t. II, cap. VI, pag. I, num. 22, pp. 316-317, señala los siguientes: la existencia de un contrato de aparcería en el que los beneficios y daños se reparten entre los contratantes, la vigencia de una costumbre contraria; la esterilidad frecuente del fundo o la procedente de un vicio conocido por el locatario; la caída leve de la productividad causada por dolo o culpa del locatario. Citado por E. Álvarez Cora, *La teoría de los contratos en Castilla*, p. 406.

410 Sin embargo, Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 495, col. 1570, entiende, apoyándose en las tesis dominantes en el *ius commune*, que un descenso de sus rendimientos debe ir acompañada de una reducción del alquiler.

411 Redención a la que se puede renunciar mediante un pacto contractual, que, con todo, no podrá proyectarse sobre el hecho fortuito excepcional. Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 454, col. 1287.

412 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXVIII]: “De las cosas que toman los omes a censo a quien pertenesce el daño dellas, si se pierden como deuen ser pagado el censo (...). Gregorio López, glosa (f): “Ochava parte”, a esta ley, se plantea que el pago del censo no deberá exigirse, aunque la pérdida sea parcial, cuando se fijo en concepto de compensación por la percepcion de los frutos, y sobremanera cuando su cuantía se redujese a menos de la mitad, proponiendo que en estos casos deberá realizarse un prorrateo en función de la magnitud de esta disminución. Por el contrario, Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 454, col. 1289, sostiene que dicho prorrateo solo es admisible si fue originariamente establecido.

además, que la redención del censo no tendrá cabida cuando la pérdida haya recaído solamente sobre los frutos y no sobre la propia cosa sujeta a esta forma de cesión del dominio⁴¹³.

Finalmente, sabemos que si la pérdida o empeoramiento de la cosa dada en prenda se produjese, no por dolo o culpa de su tenedor, sino fruto de la incidencia de algún factor fortuito, éste queda redimido de la obligación de pechar por ella. Más aún, dicho poseedor se beneficiara de la transmisión de la deuda que su dueño tuviese sobre el bien empeñado, aunque deberá probar que, efectivamente, existió la “ocasion” que dio fundamento a su liberación; pero también se admite la demostración en contrario por la otra parte de que fue su propia conducta la que propició el acaecimiento de dicho daño accidental, lo que, al evidenciar que obró con culpa, le repondrá en la situación de tener que compensarlo⁴¹⁴.

V. Tradición y evolución en el trayecto hacia la codificación

A. Imposibilidad de la prestación por pérdida o deterioro esencial de su objeto

Como preámbulo al último capítulo de este trabajo, parece oportuno recordar que la materia de estudio que capta nuestra atención se refiere exclusivamente a la imposibilidad de realizar la prestación sobrevenida con posterioridad al nacimiento de una obligación inicialmente ejecutable, ya que la prestación imposible desde un principio convierte en nula la obligación por falta de objeto. Apartado en el que asimismo incluimos la prestación viable en origen pero devenida en imposible -debido a la pérdida de su objeto- en el momento de la celebración del contrato, que quedará por ello

413 Luis de Molina, *Iustitia*, II, disp. 454, col. 1290.

414 *Siete Partidas*, [V, XIII, XX]: “Como si algunos de aquellos que tienen las cosas a peños las pierden, o se empeoran por su culpa las deuen pechar. (...) Mas si acaeciese la perdida, o el empeoramiento, en la cosa empeñada, por ocasión, e non por culpa, ni por engaño, que fiziesse, a aquel que la tenia, a peños, non sería tenuto de la pechar. Ante dezimos que aquel cuya era, es tenuto de dar al otro, la debda que ouiesse sobre ella. Pero este que tomo la cosa a peños, deue prouar la ocasion, porque dize que se perdio la cosa. E prouando la, es quito de la demanda, e deue cobrar lo que dio, assi como desuso es dicho. Fuera ende, si el otro cuya era la cosa, prouasse que la ocasion, auiniera por culpa del que tenia la cosa a peños. Ca entonce, como quier que deue cobrar su debda, tenuto es de pechar la cosa, pues que se perdio por ocasion que auino por su culpa”.

sin efecto⁴¹⁵. Y tampoco nos ocuparemos de la imposibilidad parcial, para la que, en relación con la compraventa, tanto el proyecto de Código civil de 1851 como el propio Código civil, ofrecen al comprador la alternativa entre el desistimiento del contrato y la reclamación del abono del precio de la parte subsistente, sea en su justa tasación o en proporción al total acordado⁴¹⁶.

El efecto extintivo de la obligación asociado a la pérdida total o el deterioro esencial⁴¹⁷ de la cosa objeto del contrato acredita, también, su arraigada presencia en el período jurídico que prepara el camino hacia la codificación. Pero la formulación de este principio siempre se hace acompañar de los dos conocidos requisitos consagrados en nuestro código civil. Pues, como ya Pothier advirtió, para que esta consecuencia se produzca es preciso que dicha pérdida acontezca sin hecho ni culpa del deudor y antes de haberse constituido éste en mora, cobrando, después, entidad legal estos requisitos en el artículo 1302 del *Code civil* francés⁴¹⁸. Ya que si la imposibilidad vino provocada

415 *Proyecto de Código civil de 1851* (J. F. Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970, vol. II, apéndice IV, pp. 321-496), [artículo 1382. 1]: “Si al tiempo de celebrarse la venta se había perdido la cosa en su totalidad, queda sin efecto el contrato”. *Código civil*, [artículo 1460.1]: “Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato”. Esta regla procede del *Code civil* francés (*Code civil des français 1804*, edición por J-D. Bredin, París, Dalloz, 2004), [artículo 1601.1]: “Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle”.

416 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1382, 2]: “Pero si ha perdido solo en parte, el comprador puede optar entre desistir del contrato o reclamar la parte conservada, abonando el precio a justa tasación”. *Código civil*, [artículo 1460. 2]: “Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido”. *Code civil* francés, [artículo 1601.2]: “Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l’acquéreur d’abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation”.

417 Esta virtualidad liberatoria de la obligación del deudor referida al deterioro aparece formulada en el *Code civil* francés, [artículo 1245]. “Le débiteur d’un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l’état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu’avant ces détériorations il ne fût pas en demeure”.

418 *Code civil* francés, [artículo 1302. 1]: “Lorsque le corps certain et déterminé qui était l’objet de l’obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu’on en ignore absolument l’existence, l’obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu’il fût en demeure”.

por alguna acción atribuible al deudor la deuda se transforma en el precio de la cosa destruida, dado que no es admisible que un hecho propio le procure su liberación, ni que sirva para privar al acreedor de su derecho⁴¹⁹. Mientras que si, simplemente, acaeció por culpa o falta de cuidado del deudor, igualmente, se convierte en una deuda por el valor de la cosa desaparecida⁴²⁰.

El paulatino emplazamiento en la conducta imputable del deudor del eje articulador de la responsabilidad contractual que se había iniciado en el derecho romano postclásico alcanza su pleno desarrollo doctrinal en la etapa previa a la codificación y su materialización legislativa en los propios ordenamientos codificados. No en vano, en su sucinto comentario al artículo 1011 de su proyecto de Código civil de 1851, relativo al deber de indemnizar por los perjuicios causados, García Goyena dejaba sentado su papel central con un tono casi lapidario, al afirmar que todos los códigos estaban de acuerdo en que el dolo, la culpa y la negligencia no deben perjudicar a otro sujeto, sino a su autor⁴²¹.

Ya en el proyecto de Código civil de 1836 aparecen los elementos esenciales de este sistema configurados. Así, aunque fuera del terreno estricto de la responsabilidad, en su artículo 929, relativo a las obligaciones con cláusula penal, se preveía la liberación, salvo pacto en contrario, de la pena acordada cuando el incumplimiento del deudor se hubiese debido a una causa justa que impidiese su ejecución, especificándose, además, que si la obligación comportase la entrega de una cosa cierta, el deudor se beneficiaría de esta redención cuando hubiera perecido sin culpa suya⁴²². Lo que pone el acento

419 La génesis doctrinal de este concepto de culpa-hecho propio, que determina la subsistencia de la obligación carente de objeto, con anterioridad a su formulación por Pothier es exhaustivamente analizada por F. Badosa Coll, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, pp. 863-879.

420 R. J. Pothier, *Traité des obligations*, París, Dalloz, 2011, II, troisième partie, chapitre VI, article III, núms. 661-662.

421 F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1974, p. 542. A lo que A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 18 opone la objeción de que, si bien esta afirmación puede ser cierta en su fondo, difícilmente cabe hablar de que todos los Códigos están de acuerdo respecto a un precepto cuando ninguno de ellos lo da entrada en su articulado.

422 *Proyecto de Código civil de 1836* (J. F. Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación civil*, vol. II, apéndice III, pp. 89-320), [artículo 929]: “El deudor que no cumple la obligación dentro del tiempo establecido por alguna causa justa que

en la importancia decisiva que se concedía a la culpa o la morosidad del deudor como factores generadores del nacimiento de la obligación de pagar por la cosa sustraída a la expectativa de su recepción por el acreedor, la cual, al margen de esta penalización convencional, alcanzaba, incluso, en términos de reparto prorrateado, a sus codeudores mancomunados, si bien éstos no participaban del pago de intereses ni del resarcimiento de los daños⁴²³. Principios generales que eran corroborados por el artículo 1873, al disponerse que el deudor de una cosa especial y determinada cumpliría su obligación con su simple entrega en el estado en el que se encontrase, no debiendo responder de su deterioro, salvo -precisaba el artículo 1874- que este menoscabo se hubiese producido por dolo, culpa o negligencia por parte del deudor, o cuando éste hubiese dejado transcurrir el plazo fijado sin efectuar su prestación⁴²⁴. Pero es en el capítulo específicamente dedicado a la pérdida de la cosa debida

impida su ejecución, no incurrirá en la pena estipulada, a no ser que se hubiese pactado lo contrario; y si la obligación fuere de entregar cierta cosa, tampoco estará el deudor obligado a la pena cuando aquélla hubiere perecido sin culpa suya”.

423 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 917]: “Si la cosa debida pereciere por culpa o morosidad de un deudor, no se liberarán los otros de pagar la parte de precio que les corresponda a prorrata, pero no estarán obligados a pagar intereses ni a resarcir perjuicios”. En igual sentido, *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1065]: “1. Si la cosa se ha perdido por culpa de uno o más de los deudores mancomunados o hallándose éstos constituidos en mora, los otros codeudores quedan obligados a pagar el precio de la cosa, pero no el resarcimiento de daños e intereses. 2. El acreedor podrá solamente repetir los daños e intereses contra los deudores culpables o morosos”. Concuerdá con el *Code civil francés*, [artículo 1205]: “1. Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l’un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l’obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. 2. Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 573, aduce que sería injusto que la falta o mora de uno de los co-deudores aprovechara a los otros para liberarse de la obligación y enriquecerse, pero no lo sería menos que les perjudicase para agravarla.

424 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1873]: “El deudor de una cosa especial y determinada cumple con entregarla en el estado en que se encontrase, aunque hubiere sufrido algún deterioro desde que se constituyó la obligación”; [artículo 1874]: “Exceptuase de esta regla: 1º Cuando los deterioros procediesen del dolo del mismo deudor. 2º Cuando procediesen de la culpa o negligencia que debe... prestar con sujeción a las reglas establecidas en el capítulo V, título II, o de la de aquellas personas por quienes es responsable. 3º Cuando hubiese transcurrido el plazo en que debió cumplir su obligación y no la hubiere cumplido”.

donde se localizaba su delimitación definitiva, con una orientación en la que luego coincidirá, en lo esencial, el proyecto de Código civil de 1851, por lo que, para evitar su reiteración, centraremos el análisis en este último, señalando, cuando proceda, las diferencias en su regulación observables entre ambos proyectos.

Recogido en un apartado, igualmente, rotulado «De la pérdida de la cosa debida», el principio fundamental asentado en el proyecto de Código civil de 1851, que equipara la pérdida de la cosa a su perecimiento, su salida del comercio o su desaparición «de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar»⁴²⁵, viene formulado -con redacción también reproducida en el artículo 1180 del Código civil- en su artículo 1160, que, en referencia expresa a la deuda consistente en una cosa cierta y determinada, afirma la extinción de la obligación⁴²⁶ cuando ésta se perdiese o -en el proyecto de 1836- cuando quedase fuera del comercio⁴²⁷, sin culpa del deudor y antes de haber incurrido éste en mora⁴²⁸. Ahora bien, en el caso contrario, el deudor está compelido a

425 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1040. 3]: “Entiéndese que la cosa se pierde, cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece, de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar”.

426 Efecto extintivo también previsto, con carácter general, en *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1086]: “1. Las obligaciones se extinguen por el mutuo consentimiento de las partes contrayentes. 2. También se extinguen: (...) Por la pérdida de la cosa debida (...)”.

427 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1987]: “Cuando la deuda consistiere en una cosa especial y determinada existente en poder del deudor, y pereciere o quedare fuera del comercio humano, sin culpa suya, la obligación se considera totalmente extinguida”.

428 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1160. 1]: “Cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada, y se perdiese sin culpa del deudor y antes de constituirse éste en mora, la obligación queda extinguida”. El precepto entronca con el [artículo 1302. 1] del *Code civil* francés, arriba citado. Nótese, sin embargo, que en el código francés, además de la pérdida, se proyecta la regla a los supuestos de la colocación de la cosa fuera del comercio y la ignorancia absoluta sobre su paradero. F. Lasso Gaité, *Crónica de la codificación española*. 4. *Codificación civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, vol. I, p. 266, recogiendo la noticia de Ortiz de Zúñiga, señala que la representación de la Universidad puso objeciones a este precepto, proponiendo que se adicionase la equiparación entre perder y perecer o salir del comercio, y que si la obligación fuese de hacer, personalísima, debía extinguirse con la muerte del obligado. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 616, recuerda que la extinción solo se produce si la cosa ha perecido enteramente, pues si resta alguna parte, subsiste, respecto a ésta, la obligación.

prestar indemnización por el valor de la cosa y por los perjuicios derivados⁴²⁹, como también lo estará si se hubiese pactado que responda, incluso, por caso fortuito, aunque no haya existido culpa o mora por su parte⁴³⁰. Pero a falta de este acuerdo previo, el deudor moroso quedará exonerado de su obligación siempre que consiga probar que la cosa tampoco habría subsistido estando en poder del acreedor en el supuesto de que él hubiese hecho efectiva su entrega, con excepción de que voluntariamente hubiera asumido el riesgo procedente de cualquier contingencia fortuita o de que se hubiera comprometido con dos o más personas a entregar la misma cosa⁴³¹. Un beneficio que tampoco alcan-

429 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1988.1]: “Sin embargo, el deudor quedará obligado a indemnizar el valor de la cosa que pereció o se perdió en su poder, en el caso de morosidad o culpa por parte suya con sujeción a las reglas establecidas en el capítulo V, título II de este libro”; *Proyecto de Código civil de 1851*, [1160.2]: “Habiendo culpa o mora por parte del deudor, estará este obligado a la indemnización con arreglo a lo que se prescribe en la sección 3ª, capítulo III de este título”. El alcance de la indemnización por daños y perjuicios encuentra delimitación en el [artículo 1015]: “Se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección”. *Anteproyecto de Código civil de 1888* (Anteproyecto de libros III y IV del código civil), en J. F. Lasso Gaité, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II, 609-750), [artículo 1123]: “La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya experimentado, sino también el de la ganancia que haya dejado de hacer el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

430 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1988.2]: “Lo mismo sucederá en el caso de haberse obligado a la prestación de los casos fortuitos”; *Proyecto de Código civil de 1851*, [1060.3]: “Lo mismo sucederá cuando se hubiere obligado a la prestación del caso fortuito, aunque no haya culpa o mora por parte del deudor”.

431 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1060.4]: “Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se extingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiere perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho su entrega; pero esta excepción no aprovechará al deudor que se halle en el segundo caso previsto en el párrafo 2 del artículo 1006”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 616, sostiene que esta norma es de origen romano -aparece en D. 16, 3, 14, 1- y que se funda en que en virtud de la mora del deudor su obligación primitiva se convierte en la de resarcir los daños y perjuicios, y éstos no los sufre el acreedor cuando la cosa habría perecido igualmente en su poder, si le hubiera sido entregada.

Esta regla aparecía también formulada en el *Code civil* francés, [artículo 1302.2]: “Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits,

za a quien de mala fe cobrase lo indebido⁴³², si bien está excluida luego en el Código civil⁴³³. En sentido inverso, según establece el artículo 1162 -antecedente directo del artículo 1185 del Código civil- la demora del acreedor en su recepción frente al ofrecimiento de la entrega de la cosa efectuado por parte del deudor constituye la única circunstancia admitida como causa de exención de la obligación que pesa sobre éste de pagar su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de su pérdida, cuando el origen de la deuda radicase en la comisión de un delito o una falta⁴³⁴; aunque esta salvedad no era

l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également perdue chez le créancier si elle lui eût été livrée". Pero no tiene equivalencia en el Código civil, pues no se contempla ni en el artículo 1096.3 ni en el 1182, aunque indirectamente tiene acogida en el artículo 1896.2, relativo al cobro de lo indebido, cuando establece que: "(...) No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó". Véase, A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 195.

432 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1897]: "1. El que de mala fe recibe una cantidad indebida, está obligado a restituirla, con los intereses desde el día que la recibió. 2. Consistiendo lo recibido en una cosa cierta y determinada, la restituirá con los frutos percibidos o debidos percibir, mientras poseyó la cosa; y además responde de los daños y perjuicios y de la pérdida o desmejoras de la misma, aunque hayan ocurrido por caso fortuito". El propio F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 967, justifica sus razones para no extender a este supuesto lo dispuesto en el artículo 1160.4: "pero esta excepción, aunque admitida en el párrafo último del artículo 1160 para el caso de simple mora, sería un escándalo aplicado al caso presente de insigne y flagrante mala fé, que raya casi en hurto, y merece la calificación de estafa".

Este precepto tiene antecedente en el *Code civil* francés, [artículo 1379]: "Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est perdue ou détériorée par sa faute; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi".

433 *Código civil*, [artículo 1896]: "1. El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. 2. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó". Este giro, que parece difícil de justificar, fue introducido en el Anteproyecto de Código civil de 1888-1889.

434 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1162]: "Cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, a no ser que, habiendo ofrecido la cosa al que debía recibirla, se haya éste constituido en mora". Este precepto concuer-

admitida, por omisión, en el proyecto de Código civil de 1836⁴³⁵. Sigue vigente, además, la separación de este régimen de la cosa genérica, en aplicación de la vieja máxima que afirmaba que la cantidad y el género nunca perecen⁴³⁶. E igualmente, se deduce que la regla únicamente rige cuando la cosa objeto de la prestación se ha perdido en su totalidad, pues en otro caso subsiste la obligación.

La pérdida de la cosa comporta, también, para el deudor, incluso en ausencia de culpa, la transmisión al acreedor de todas las acciones que pudiesen corresponderle para reclamar indemnización por ella, tal como establecen el artículo 1992 del proyecto de Código civil de 1836 y el artículo 1163 del proyecto de 1851⁴³⁷, que anticipa el contenido del artículo 1186 del Código civil,

da parcialmente con el [artículo 1302. 4] del *Code civil* francés: “De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l’a soustraite, de la restitution du prix”.

435 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1991]: “Cuando la deuda de una cosa especial y determinada procediere de delito, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de su pérdida”.

436 De ella se hace eco F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 616, si bien matiza que las cosas fungibles pueden convertirse en especies o cuerpos determinados por la designación del lugar.

437 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1992]: “El deudor de una cosa perdida sin culpa suya está obligado a ceder a su acreedor los derechos que le asistieren para indemnizarse de su pérdida en el caso de que le competan algunos”. *Proyecto de Código Civil de 1851*, [art. 1163]: “El deudor de una cosa perdida sin culpa del mismo está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnización”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 618, argumenta en favor de lo dispuesto en el precepto que todo lo en él contenido pertenece de derecho al acreedor como le pertenecía la cosa misma que no es posible ya devolverle. Por tanto, nada debe quedar en poder del deudor, pues éste no debe enriquecerse a costa del acreedor. El tenor de este artículo es deudor del artículo 1303 del *Code civil* francés, que señala: “Lorsque la chose est perdue, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s’il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier”. Precepto que, a su vez, está inspirado en la doctrina de Pothier, que aboga en favor del interés del acreedor que ha perdido su derecho sobre la entrega de la cosa y, que por tanto soporta el *periculum obligationis*. Probablemente, también haya que acudir a la influencia de Pothier para explicar que tanto el artículo 1303 del *Code* napoleónico como el 1163 del proyecto de 1851, parezcan requerir un acto expreso de cesión de dichas acciones por el deudor. Por otra parte, a tenor del artículo 1163, cabe interpretar que las acciones a las que se refiere son aquellas que el deudor podría plantear para reclamar indemnización, bien contra quien fuera causante de la pérdida o el daño, o bien

aunque con algún significativo cambio en la redacción⁴³⁸. García Goyena justificará esta regla, aludiendo a la conveniencia de que nada quede en poder del deudor, pues en nada debe éste enriquecerse en perjuicio del acreedor, a quien debe atribuírsele el derecho, de igual manera que le pertenecía la cosa que ya no es posible devolverle⁴³⁹. Aunque -cabe señalar- esta solución plantea una aparente contradicción entre el efecto liberatorio de la obligación consagrado en el artículo 1160 del proyecto de 1851 y su subsistencia implícita en la pervivencia de las acciones oponibles frente a los hechos que provocaron la imposibilidad de la realización de la prestación.

B. Simplificación de la escala de comportamientos vinculados a la responsabilidad

1. Conductas dolosas

Sabemos que la responsabilidad del deudor se proyecta sobre un espectro de diversos grados para la medición de su alcance, en cuyo vértice superior se sitúa la concurrencia de una actitud dolosa por su parte. No obstante, en este período la propia noción de dolo experimenta cierta evolución, pues frente a la concepción romana basada en la existencia de un *animus nocendi*, es decir la conjunción de una voluntariedad en el incumplimiento y un conocimiento de los efectos lesivos derivados de este comportamiento, a partir de los siglos

contra quien estuviera obligado a compensarla económicamente en virtud de cualquier otra causa. En este sentido, M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 333-334.

438 *Código civil*, [artículo 1186]: “Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta”. Nótese que, a diferencia del proyecto de 1851, aquí no se habla de la obligación del deudor de ceder sus derechos, que ya había sido duramente criticada por los principales civilistas franceses, por ser contraria a la nueva doctrina legal de transmisión de la propiedad por el mero consenso. Un importante cambio conceptual que la doctrina mayoritaria ha interpretado favorable a la adquisición automática de las acciones por parte del acreedor, aunque no han faltado defensores de la tesis consagrada por el *Code civil*. A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, pp. 67-69. M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 325 y 343-344, sostiene, por otra parte, que el artículo 1186 es únicamente aplicable a las obligaciones unilaterales, ya que en el caso de las bilaterales no cabe enriquecimiento injusto, pues el acreedor no habrá sufrido quebranto patrimonial, mientras que el deudor se habrá empobrecido.

439 F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, pp. 617-618.

modernos va decantándose una distinción entre los actos dolosos omisivos, requeridos de este componente volitivo en la provocación de un determinado daño, y los actos dolosos comisivos, que vienen calificados por la simple percepción consciente del perjuicio causado no acompañada del intento de su evitación o su reparación, operándose con ello, un paulatino desvanecimiento del elemento intencional en la configuración del dolo⁴⁴⁰. En cualquier caso, la presencia del dolo activa los mecanismos de reparación del daño en todo tipo de contratos, renovándose la declaración de nulidad del acuerdo previo de renuncia a su eventual futura reclamación.⁴⁴¹ Eso sí, para que resulte imputable sigue siendo precisa la prueba de su existencia⁴⁴².

2. Unificación de las categorías de la culpa bajo el modelo del diligente padre de familia

La noción capital en materia de responsabilidad sigue siendo, sin embargo, la de culpa, cuya existencia se presume siempre que la pérdida se produjese estando la cosa en poder del deudor, salvo que haya una prueba en contrario, que, según el proyecto de Código civil de 1836, debe ser aportada por el propio deudor⁴⁴³. Presunción que también rige en sentido contrario cuando

440 Esta progresiva transformación ha sido descrita por M. Lupoi, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milán, Giuffrè, 1969, pp. 93-94. Véase también A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 81.

441 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 994]: “La ley reprueba como contrario a las buenas costumbres el convenio por el cual las partes contratantes pactasen eximirse de la responsabilidad a que los sujetare el dolo”. *Proyecto de Código Civil de 1851*, [art. 1012]: “1. La responsabilidad procedente del dolo tiene lugar en todos los contratos. 2. Cualquiera pacto en que se renuncie para lo futuro el derecho de reclamarla es nulo”. *Anteproyecto de Código civil de 1888*, [artículo 1119]: “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”. Sin embargo, I. Biocchi, U. Petronio: “Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1988, vol. XXXIX, 1060-1072, p. 1063, sostienen que con carácter excepcional este tipo de pacto fue admitido por los juristas del *ius commune*.

442 Esta exigencia, vigente en el derecho romano (Ulpiano, D. 22, 3, 18, 1), sigue presente en la doctrina de las centurias pre-liberales bajo el argumento de que el ánimo malicioso del deudor es inescrutable a la luz exclusiva de los aspectos externos de su comportamiento. A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 89.

443 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1989]: “La presunción de derecho cuando perece una cosa en poder del deudor es que ha perecido por su culpa y no por caso

no estuviese en su poder, trasladándose, en este caso, la carga de la prueba al acreedor⁴⁴⁴. No obstante, el carácter malicioso de la propia posesión cobra, también, trascendencia a la hora de modular las consecuencias del deterioro o la pérdida de la cosa poseída, como se refleja en el artículo 434 del proyecto de Código civil de 1851, al distinguirse entre el poseedor de buena fe, que no responde por estos daños, aunque se hayan producido por un hecho propio, esto es, por su culpa, y el poseedor de mala fe, que sí lo hará, incluso por caso fortuito⁴⁴⁵. A lo que el Código civil añade un matiz de mayor severidad, al extender al poseedor de buena fe la obligación de responder cuando exista prueba de que procedió con dolo, y no liberando al de mala fe, ni siquiera en concurrencia de una fuerza mayor, cuando intencionadamente haya demorado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo⁴⁴⁶.

Portador, por otra parte, de una tendencia a la simplificación de este concepto de culpa, el movimiento codificador se apartará del sistema de jerarquización de sus diversos niveles en las categorías de lata, leve y levísima⁴⁴⁷, que

fortuito. Al mismo deudor incumbe la prueba en contrario”. *Proyecto de Código Civil de 1851*, [artículo 1161]: “Siempre que la cosa se hubiere perdido en poder del deudor, se presume haber sucedido esto por su culpa, y no por caso fortuito, salva la prueba en contrario”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 617, recuerda que la prueba del caso fortuito corresponde al deudor. Principio que expresamente establece el *Code civil* francés, [artículo 1302.3]: “Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu’il allègue”.

444 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1990]: “La presunción de derecho cuando la pérdida de la cosa se verifica no hallándose en poder del deudor, es que ha perecido sin culpa de éste, mientras el acreedor no probare lo contrario”. Llama la atención que este precepto no aparece recogido en el proyecto de 1851.

445 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 434]: “1. El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, aunque haya ocurrido por hecho propio. 2. El poseedor de mala fe responde, aunque haya ocurrido por caso fortuito”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 226, justifica esta diferencia afirmando que el poseedor de buena fe puede todo lo mismo que el verdadero propietario y que, por el contrario, el poseedor de mala fe está siempre en mora y aun en dolo.

446 *Código civil*, [artículo 457]: “El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo”. Esta solución estaba ya presente, en los mismos términos, en el *Proyecto de Código civil de 1882*, [artículo 462].

447 En su comentario al artículo 1005 de su proyecto de 1851, F. García Goyena,

había sido acuñado en el derecho justiniano y consagrado por la doctrina del *ius commune*⁴⁴⁸, aunque mostrando una paulatina tendencia a su reducción a un esquema dual, del que quedaba excluida la culpa levísima, mientras paralelamente ganaba terreno la distinción entre la culpa leve *in abstracto*, definida por el distanciamiento del comportamiento observado por un buen padre de familia, y la culpa *in concreto*, determinada por la inversión, en las relaciones con el acreedor, de un nivel de diligencia inferior al volcado en los asuntos propios. Como, igualmente, se prescindirá de la aplicación del criterio de la *utilitas contrahentium* introducido por la jurisprudencia postclásica, y todavía admitido por Pothier⁴⁴⁹, que comportaba la modulación del grado exigible de responsabilidad en función de si el contrato obraba en utilidad ex-

Concordancias, motivos y comentarios, p. 538, hacía mención a las razones aducidas por el codificador francés (discurso 59): “La división de las faltas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella será necesario, a cada falta que ocurra, poner en claro, si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias. Cuando la conciencia del juez se halla convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a equidad. La teoría de la división de las faltas en diferentes clases, sin poder determinarlas, solo puede servir para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones (...)”.

448 Aceptado por autores tan representativos como Accursio, Alciato, Cujacio, Vinio o Heinecio, su formulación más conocida es la proporcionada por Bartolo: “In contractibus, qui celebrantur gratia dantis tantum venit dolus et lata culpa: in his qui gratia accipientis tantum venit et levissima; in his, qui gratia utriusque, venit lata y levis”. No obstante, como señala A. Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 113, también hubo opiniones contrarias a este esquema, como las de Corrasio, Donello o Tomasio, si bien con escasa resonancia, dado su fuerte arraigo.

449 R. J. Pothier, *Traité des obligations*, núm. 142, pp. 61-62, en realidad, sigue fiel a la vieja división tripartita cuando afirma que en el caso de las obligaciones de cosa determinada sobre el deudor pesa la exigencia de poner un cuidado conveniente para su conservación hasta que el pago se haya efectuado, si bien este cuidado es diferente según la distinta naturaleza de los contratos. Señalando, al respecto, que cuando el contrato concierne a la sola utilidad de aquél a quien la cosa le debe ser dada o restituida, el deudor únicamente está obligado a poner su buena fe y, por tanto, sólo será responsable por una falta tan grande que a causa de su enormidad se reputa como dolo. Mientras que si la utilidad fuese común a los dos contratantes el deudor deberá prestar la atención ordinaria con la que las personas prudentes llevan sus negocios, siendo por tanto responsable hasta de la más ligera falta. Y, finalmente, si el contrato se hace para el exclusivo beneficio del deudor, no bastará que preste un cuidado ordinario, sino que se le pide todo el que sea posible. Admite, no obstante, Pothier que esta regla admite numerosas excepciones.

clusiva del deudor o del acreedor o en beneficio de ambos⁴⁵⁰. Reforzando para sustituirlo la invocación a la diligencia exigible en el cumplimiento de todas las obligaciones y tomando como criterio uniforme para su medición el viejo modelo ideal proporcionado por la figura del buen padre de familia⁴⁵¹. Lo que no deja de ser relativamente contradictorio, si lo que se pretendía era ofrecer un mayor campo de actuación al arbitrio judicial, que necesariamente debería jugar con una escala de graduación de la diligencia. Al tiempo que significaba hacer de la negligencia un factor calificador del propio incumplimiento⁴⁵².

El camino en esta dirección lo marca el artículo 1137 del Código civil francés⁴⁵³, al establecer que la obligación de velar por la conservación de la cosa, ya sea en utilidad exclusiva de una de las partes o bien compartida entre ambas, somete a quien tiene esta carga al deber de prestarle todos los cuidados propios de un buen padre de familia⁴⁵⁴. La referencia a este arquetipo ideal es también

450 Frente a estas arraigadas formas de jerarquización de la culpa se manifestaron las principales voces representativas del movimiento codificador (Bigot-Préamenu, Favart de Langlade, Maricault, Trelhard), que se mostraban contrarias a la subordinación de la medición de la responsabilidad al criterio único de la ventaja reportada por el contrato a cada una de las partes. G. Giorgi, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, expuesta conforme a la doctrina y la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc.*, traducida de la séptima edición italiana, Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1909, p. 60.

451 Así se formula en el *Código civil*, [artículo 1094]: “El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia”.

452 F. Giardina, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 26

453 Para justificar su distanciamiento de la clasificación tradicional de la culpa, los redactores del *Code civil* argumentaron que esta división era más ingeniosa que útil, según expresión de Bigot de Préamenu, dentro de la exposición de motivos presentada al *Conseil d'Etat* el 27 de enero de 1804. Citado por G. Viney; P. Jourdain, *Traité de droit civile sus la direction de J. Ghestin. Les conditions de la responsabilité*, 2º edición, París, LGDJ, 1998, p. 546.

454 *Code civil* francés, [artículo 1137]: “1. L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tout les soins d'un bon père de famille. 2. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, donc les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent”. Pese a que el precepto se inscribe en el apartado referido a las obligaciones de dar, tanto la doctrina como la jurisprudencia han insistido en la viabilidad de su aplicación a todo tipo de obligaciones. En este sentido se pronuncia, también, en el comentario al artículo 1005 de su proyecto de 1851, F. García Goyena, *Concordancias, motivos y*

recogida en el proyecto de Código civil de 1836⁴⁵⁵, que, sin embargo, mantiene la identificación de tres niveles diferentes de exigencia en la observancia del deber de diligencia en función de a quién beneficia la relación contractual. Así, cuando solo aprovechase a aquél que entrega la cosa, su receptor únicamente responderá de su abandono o negligencia absoluta, esto es, por culpa levísima; si favoreciese a todas las partes contratantes, se les pide prestar el esmero habitual del hombre que es diligente y cuidadoso de sus propias cosas, es decir, culpa leve; y si reportase utilidad exclusivamente al que recibe la cosa, éste deberá reparar cuantos daños y perjuicios se deriven de no poner en su conservación una muy elevada diligencia, culpa lata; lo que también es aplicable a quien voluntariamente se ofreciese a realizar servicios o a efectuar encargos que requiriesen la máxima confianza, buena fe y atención⁴⁵⁶. No obstante, la fórmula modernizada es, luego, reproducida con notable fidelidad al precedente napoleónico, y en alusión expresa a las obligaciones de dar, aunque con carácter general para todos los contratos, por el artículo 1005 del proyecto de Código civil de 1851⁴⁵⁷, si bien en el artículo 1013, relativo al resarcimiento de

comentarios, p. 538, al señalar que la regla es general y sin una sola excepción para todos los contratos.

455 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 936]: “La obligación de conservar la cosa que debe ser entregada sujeta al que la tiene en su poder a cuidarla como un diligente padre de familia”.

456 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 996]: “La responsabilidad de las personas negligentes en la ejecución del contrato puede ser mayor o menor, según los diversos grados de negligencia y la calidad de los contratantes que se verifique”; [artículo 997]: “En los contratos de cuyo otorgamiento resulte beneficio a todas las partes contratantes, estarán éstas obligadas a responder de los perjuicios que se sigan de no poner en el negocio que es objeto del contrato el esmero y atención que acostumbra un hombre diligente y cuidadoso de sus cosas”.; [artículo 998]: “Cuando el contrato redunde sólo en beneficio del que entrega una cosa a otro, está obligado el que la recibe a responder de los perjuicios que se originen de su abandono o negligencia absoluta”; [artículo 999]: “En los contratos cuya utilidad es sólo para el que recibe la cosa, es responsable éste de cuantos daños y perjuicios se sigan de no cuidar de ella con una diligencia muy esmerada”.; [artículo 1000]: “Igual diligencia muy esmerada estará obligado a emplear el que se ofrece voluntariamente a prestar servicios o desempeñar encargos que exigen la mayor confianza, buena fe y cuidadoso esmero”.

457 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1005]: “El obligado a dar alguna cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y a entregarla bajo la responsabilidad establecida en la sección 3ª de este capítulo”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 538, justifica su enunciado, afirmando

daños y perjuicios, parece ampararse otro criterio preferente cuando se dispone que «la responsabilidad procedente de negligencia tiene lugar en todos los contratos cuando no se hubiera puesto la diligencia que se hubiera pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia». Con todo, el propio García Goyena reconocerá que habiendo sido ya desterradas las tres categorías tradicionales establecidas para la culpa, debe ser rarísimo y casi inútil ese pacto especial al que alude este precepto⁴⁵⁸.

Hay que hacer notar, sin embargo, que el Código civil tampoco se ajusta estrictamente al precedente aportado por el proyecto de 1851, pues mientras que el artículo 1094 reproduce la vinculación del deber de conservación de la cosa de quien está obligado a darla con la adopción de la diligencia propia del buen padre de familia⁴⁵⁹, el artículo 1104 vuela a disponer, en su párrafo segundo, que solo cuando no se especifique la diligencia que ha de prestarse en el cumplimiento de la obligación, es decir, cuando ésta no se haya convenido, se exigirá la correspondiente a un buen padre de familia. De hecho, esta regla contenida en el artículo 1104 deja, prácticamente, sin efecto el contenido del artículo 1094. Y no olvidemos que en su párrafo primero, el artículo 1104 hace depender la determinación de la culpa o la negligencia del deudor de su grado de observancia del nivel de diligencia exigido por la naturaleza de la obligación y en correspondencia con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar⁴⁶⁰, lo que redundará en el carácter subsidiario del recurso al mencionado estereotipo del esperado buen comportamiento paterno.

que: “Pedir más al deudor sería la más injusta y exorbitante exigencia: creer que se cumple con menos, equivale a renunciar abiertamente a la justicia y a la delicadeza”. Precisando, además, que la referencia es aquí a la cosa cierta y determinada, si bien también puede tener aplicación para las cosas fungibles cuando hayan de entregarse las mismas y no otro tanto de la misma especie y calidad.

458 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1013]. La inusual ausencia de referencias a las fuentes de esta ley por parte de F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 542, hace pensar que la redacción sea suya, aunque trae a colación la *regula iuris* XXIII de Ulpiano (D. 50, 17, 23): “Si quid nominatim convenerit, vel plus, vel minus in singulis contractibus, hoc servabitur quod initio convenit”.

459 *Código civil*, [artículo 1094]: “El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia”.

460 *Código civil*, [artículo 1104]: “ 1. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. 2. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

3. Su reflejo en las diferentes modalidades de contratos

El proceso de simplificación experimentado por la escala de gradación del concepto de culpa, en relación con la materia que nos ocupa, es claramente visible en la regulación del contrato de comodato. Recordemos, al respecto, que en las Partidas se establecía una diversidad de tratamiento en función de en cuál de las partes contratantes recaía el interés principal a la hora de su celebración⁴⁶¹. Un criterio diferenciador, con raíces en el derecho romano, que ya no encuentra acogida en el Código civil francés, que se limita a disponer, con alusión circunscrita al deterioro, y sin mención a la pérdida, que si proviniese del propio uso de la cosa para aquel fin con el que fue prestada, y no habiendo culpa del comodatario, éste no habrá de responder por dicho menoscabo⁴⁶². Aunque, entre nosotros el esquema tradicional todavía prolonga su presencia en el proyecto de Código civil de 1836, donde, en principio, al comodatario, presumiendo que el contrato se ha establecido en su beneficio, se le atribuye el deber de cuidar de la cosa que constituye su objeto con la atención y la vigilancia de un diligentísimo padre de familia, es decir responde por culpa lata. Sin embargo, esta alta exigencia resulta moderada cuando el comodato se hubiera hecho en utilidad de ambos contratantes, pues ya sólo se le pide la diligencia ordinaria que emplean los hombres en sus pertenencias, culpa leve, en tanto que si redundase exclusivamente en provecho del comodante, al comodatario solo cabrá reclamarle por una negligencia absoluta, culpa levísima⁴⁶³. No obstante, se deja abierta la posibilidad de que las partes pacten un régimen diferente⁴⁶⁴, y se prevé, incluso, la redención del comoda-

461 *Siete Partidas*, [V, II, II].

462 *Code civil* francés, [artículo 1884]: “Si la chose se détériore par le seul effet de l’usage pour lequel elle a été empruntée, et sans aucune faute de la part de l’emprunteur, il n’est pas tenu de la détérioration”. El precepto es casi literalmente repetido en el artículo 1847 del Código civil italiano de 1842.

463 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1360]: “El comodatario está obligado a cuidar de la cosa que es objeto del contrato con la atención y vigilancia de un diligentísimo padre de familia; a menos que el comodato se hubiere hecho en utilidad de ambos contratantes, en cuyo caso bastará la diligencia que ordinariamente emplean los hombres en sus cosas. Si el contrato redundase sólo en utilidad del comodante no será responsable el comodatario más que de su descuido o negligencia absoluta”.

464 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1361]: “No obstante lo establecido en los artículos anteriores, se puede pactar de otro modo en el comodato la responsabilidad de las personas contratantes”.

tario por cuya culpa se hubiese extraviado la cosa prestada, si después fuese recobrada por el comodante, quien, además, deberá devolverle el precio que aquél le hubiese entregado en compensación⁴⁶⁵. La pauta consagrada por el código napoleónico acabará, con todo, triunfando finalmente, al ser reproducida, con un enunciado todavía más escueto, en el artículo 1637 del Proyecto de Código civil de 1851⁴⁶⁶ y en el artículo 1746 del Código civil⁴⁶⁷. Tenemos, en definitiva, que la carga del eventual deterioro -y por extensión de la pérdida⁴⁶⁸- del objeto del préstamo corresponde al comodante, en razón de que solo ha transferido su uso, pero conserva su titularidad⁴⁶⁹.

A diferencia del comodato, en el contrato de préstamo lo que el prestatario recibe es una cantidad o cosa fungible de la que pasa a adquirir la propiedad⁴⁷⁰, lo que justifica que, tal como disponía el artículo 1340 del proyecto de Código civil de 1836, sea él mismo quien sufra la pérdida de la cosa prestada, cualquiera que sea la causa, incluso cuando provenga de un caso fortuito⁴⁷¹.

465 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1364]: “Si por culpa del comodatario se hubiere perdido la cosa prestada y después la recobrare el comodante, deberá éste devolver el precio que hubiere recibido del primero”.

466 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1637]: “El comodatario no responde de los deterioros sobrevenidos a la cosa prestada por efecto solo del uso y sin culpa suya”.

467 *Código civil*, [artículo 1746]: “El comodatario no responde de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto del uso y sin culpa suya”.

468 Aunque en los preceptos citados solamente se alude al deterioro, C. Pérez de Ontiveros Baquero, *El contrato de comodato*, Madrid, Aranzadi, 1997, p. 272, afirma, en relación con el artículo 1746 del Código civil, que nada obsta a su aplicación extensiva, comprendiendo también los casos de pérdida.

469 Así lo establece el *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1353]: “Por el comodato no se transfiere al comodatario el dominio ni la posesión de la cosa, y tan solo adquiere el uso o servicio de ella por el tiempo señalado”. Y también el *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1631]: “El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada; el comodatario adquiere el uso, pero no los frutos; si interviene algún emolumento, pagable por el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”. El [artículo 1877] del *Code civil* francés se limita a decir: “Le prêteur demeure propriétaire de la chose prêtée”.

470 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1335]: “Llámase préstamo el contrato por el cual una persona entrega a otra alguna cantidad o cosa fungible, para que se sirva de ella por cierto plazo o tiempo indefinido”; [artículo 1338]: “El que recibe el préstamo adquiere por la entrega la propiedad de la cosa prestada y puede desde entonces ejercer sobre ella todos los derechos consiguientes”.

471 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1340]: “Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1338, si la cosa prestada pereciere por cualquier causa que sea, aunque provenga de caso fortuito, sufrirá la pérdida el que hubiere recibido el préstamo”.

Cabe, sin embargo, que el préstamo no consista en dinero, sino en otra cosa dada para su puesta en venta con reserva de su precio, lo que comporta que el prestatario no tendrá que responder de su desaparición accidental, pero sí por la derivada de toda causa que le sea imputable, aunque sea por culpa levísima⁴⁷². Nada se establecía, por el contrario, sobre esta materia que capta nuestra atención en el proyecto de Código civil de 1851.

La especial naturaleza del contrato de depósito fabrica también un régimen particular, que puede conocer variación cuando deja de tener un carácter gratuito. Así, conforme a su regulación en el Proyecto de Código civil de 1836, el depositario que asume esta función sin percibir remuneración por ello solamente deberá hacerse cargo de las cosas depositadas cuando éstas se pierdan por su mala fe o su negligencia inexcusable, esto es, por culpa lata, a no ser que en el contrato se hubiese señalado un grado más severo de responsabilidad⁴⁷³, mientras que si se hubiera acordado el cobro de un salario en premio por este servicio, lo que se hace extensible al secuestro judicial⁴⁷⁴, el grado de diligencia que se le reclama es el propio de la culpa leve, asimilado al conocido modelo del esmero que se presume del buen padre de familia⁴⁷⁵. Exigencia que todavía se eleva más, al nivel de un cuidado diligentísimo, cuando el depósito haya sido constituido por su exclusivo interés o cuando él mismo se haya ofrecido a recibirlo⁴⁷⁶. En contraste, sin embargo, con esta

472 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1341]: “Cuando el prestador no diese dinero, sino cualquier otra cosa para que la venda y se reserve su precio el que la recibe a título de préstamo, si antes de verificarse la venta pereciere la cosa por culpa aunque levísima del prestamista, sufrirá éste la pérdida”

473 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1378]: “El depositario será responsable del depósito cuando por su mala fe o negligencia inexcusable se pierdan las cosas depositadas”; [artículo 1379]: “Si al tiempo de hacerse el depósito se hubiese estipulado una responsabilidad mayor respecto al depositario, esta estipulación será la ley del contrato y aquél quedará obligado a todo cuanto se haya convenido”.

474 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1397]: “El depósito judicial no es por su naturaleza gratuito y por lo mismo el depositario nombrado para el secuestro debe cuidar de las cosas secuestradas con la atención y esmero de un diligente padre de familia”.

475 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1380]: “Cuando en virtud de estipulación perciba el depositario algún salario o premio por la custodia de la cosa depositada, estará obligado a cuidar de ella con el esmero y atención propios de un diligente padre de familia”.

476 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1381]: “El depositario habrá de emplear un cuidado diligentísimo cuando el depósito se hubiere constituido por su sólo interés o cuando el mismo se haya ofrecido a recibir el depósito”. Recordemos que en *Siete*

detallada regulación, el proyecto de Código civil de 1851 resolvía esta cuestión con una simple remisión a los principios generales sentados en sus artículos 1005 y 1013, es decir, ahorrando la conducta no imputable del depositario al modelo de un diligente padre de familia⁴⁷⁷.

Este último criterio operaba, asimismo, en el proyecto de Código civil de 1836, respecto al contrato de mandato, como indicador de la utilidad obtenida por el mandatario, que si en circunstancias normales estaba sometido al deber de ejecutar su prestación con el cuidado que comúnmente emplearía en sus cosas un diligente padre de familia, en el caso de que se hubiese ofrecido voluntariamente a realizar la tarea encomendada o que hubiera sacado provecho de ella, debería poner en su cometido una diligencia esmeradísima; es decir, de responder por culpa leve pasaría a hacerlo por culpa levísima⁴⁷⁸. Estos criterios desaparecían sin embargo, en el proyecto de Código civil de 1851, que simplificaba la cuestión, limitándose su artículo 1610 -y en igual sentido el artículo 1719 del Código civil- a ordenar al mandatario que ejecutase su encargo siguiendo las instrucciones del mandante, instándole a acudir, en su defecto, a la práctica que, según la naturaleza del mandato, adoptaría un buen padre de familia⁴⁷⁹. Aunque con posterioridad, en el Código civil, amén

Partidas, [V, III, III], también se contemplaban estas tres circunstancias como agravantes de la responsabilidad del depositario y que la percepción de un salario se hacía equivalente a un beneficio compartido del contrato.

477 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1669]: “El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla al deponente siempre que se la pidiere; su responsabilidad en cuanto a la guarda y pérdida de la cosa depositada se regirá por lo dispuesto en el título V de este libro”. No coincide en este punto con el *Code civil* francés, [artículo 1927], que el exige el mismo cuidado que con sus cosas propias: “Le dépositaire doit apporter des la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu’il apporte dans la garde des chose qui lui appartiennent”. Y tampoco sigue su [artículo 1928], que exigía una diligencia reforzada en ciertos supuestos.

478 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1416]: “El mandatario cumplirá con poner en la ejecución del contrato el cuidado que comúnmente emplea en sus cosas un diligente padre de familia cuando ninguna utilidad recibe del mandato; pero si tuviere alguna estará obligado a prestar una diligencia esmeradísima, como también en el caso de que voluntariamente se hubiere ofrecido a desempeñar el mandato”.

479 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1610]: “1. En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante. 2. A falta de ellas hará todo lo que, según la naturaleza del negocio haría un buen padre de familia”. Llama la atención que García Goyena se aparta en este aspecto de lo dispuesto en el *Code civil* francés, [artículo 1992], que hace responder al mandatario no sólo por dolo, sino por las faltas

de precisarse que el mandatario no sólo responderá por dolo, sino también por culpa, se atribuye a los tribunales la facultad de modular la reparación correspondiente a esta actuación culpable en función de que el mandato haya sido, o no, retribuido⁴⁸⁰.

El deber de poner un celo reforzado en la conservación de los bienes que constituyen su objeto está presente, también, en otros tipos de contratos. Así, figura entre las obligaciones fijadas en el proyecto de Código civil de 1836 al arrendatario de fincas rústicas, a quien se le reclamaba que cuidase el fundo como si fuese propio, observando la diligencia propia del buen padre de familia, y que lo destinase exclusivamente a aquél uso o servicio para el que fue arrendado⁴⁸¹. Por ello, tendría que reponer o reparar cualquier deterioro producido en el terreno por su culpa o por haberle dado un mal uso⁴⁸², así como indemnizar al arrendador por cualquier perjuicio que pudiese derivarse para él de este empleo inadecuado o de su desviación de los fines acordados⁴⁸³. Diligencia ajustada al arquetipo del buen padre de familia que asimismo se le pedía al arrendatario de un cierto número de cabezas de ganado⁴⁸⁴. A su vez, en el proyecto de Código civil de 1851 al arrendatario también se le de-

de diligencia cometidas en su gestión, si bien ordena aplicar un menor rigor al que obra gratuitamente que al que percibe un salario: “1. Le mandataire répond non-seulement du dol, mais encore des fautes qu’il commet dans sa gestion. 2. Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu’à celui qui reçoit un salaire”.

480 *Código civil*, [artículo 1726]: “El mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según el mandato haya sido o no retribuido”. Este precepto toma inspiración del artículo 1746 del Código civil italiano.

481 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1210]: “Las obligaciones del arrendatario o del que recibe la cosa en arrendamiento son: 1ª Cuidar de la misma como si fuese propia, esto es, con la diligencia de un buen padre de familia y sin destinarla a otro uso o servicio que aquel mismo para el que se arrendó (...)”

482 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1210]: “(...) 3ª Reponer en la cosa arrendada todo lo que se hubiese deteriorado por su culpa o mal uso (...)”.

483 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1212]: “Si el arrendatario destinase la cosa arrendada a uso diferente del que debía tener según el arrendamiento, o a otro del que resulte perjuicio al arrendador, tendrá éste derecho para pedir la indemnización según las circunstancias del caso”.

484 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1231]: “El arrendatario tiene obligación de cuidar del ganado como un buen padre de familia y no será responsable de los casos fortuitos”.

mandaba, con carácter general, que usase de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, dedicándola a la utilidad pactada o, en defecto de tal acuerdo, al que racionalmente se infiriera de su propia naturaleza, según la costumbre de la tierra⁴⁸⁵; al tiempo que, si aquél incumpliese este mandato, al arrendador se le facultaba para instar la rescisión del contrato, aunque también podía optar por mantener su vigencia, y exigir la consiguiente indemnización por daños y perjuicios⁴⁸⁶. Soluciones éstas que, después, han sido mantenidas en el Código civil⁴⁸⁷.

Es más, también aquéllos que fuesen partícipes en una sociedad eran llamados, en el proyecto de Código civil de 1836, a emplear en los negocios societarios el mismo cuidado y diligencia que normalmente invirtiesen en sus cosas propias, debiendo responder de las pérdidas producida por su culpa, sin que se admitiese su compensación con las ganancias que su gestión hubiera reportado a la sociedad mediante otras actividades⁴⁸⁸.

Saliendo, incluso, del ámbito estricto de la responsabilidad contractual,

485 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1478]: “Las principales obligaciones del arrendatario son: 1ª Pagar la renta en los términos convenidos. 2ª Usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto, al que racionalmente se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según costumbre de la tierra”. Concuera con el *Code civil* francés, [artículo 1728]: “Le preneur est tenu de deux obligations principales, 1ª D’user de la chose louée, en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d’après les circonstances, à défaut de convention; 2ª De payer le prix du bail aux termes convenus”. Precisa, sin embargo, F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 780, que a veces el oficio o profesión del arrendatario hace presumir que fue voluntad del arrendador que aquél pudiera destinar la cosa al ejercicio de su trabajo.

486 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1479]: “Si el arrendatario no cumpliera las obligaciones del artículo anterior puede el arrendador pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando subsistente el arriendo”. *Code civil* francés, [artículo 1729]: “Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail”.

487 *Código civil* [artículo 1555] y [artículo 1556], que coinciden de manera, prácticamente, literal con sus equivalentes del proyecto de 1851.

488 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículos 1456]: “Los socios se deben fidelidad mutua, y en cuanto a los negocios de la sociedad, cada uno debe emplear el mismo cuidado y diligencia que en sus cosas propias; sin que pueda compensar la pérdida resultante por su culpa con las ganancias que la sociedad hubiese reportado de la industria del mismo en otros negocios”.

si nos fijamos en la sociedad conyugal, en el proyecto de Código civil de 1836 igualmente rige sobre el marido, en la administración de los bienes dotales, tanto muebles como inmuebles, el deber de obrar con el mismo grado de diligencia que el empleado con los asuntos propios⁴⁸⁹; exigencia que se refuerza, además, cuando los bienes inmuebles hubiesen sido tasados, corriendo, en este caso, de su cuenta el riesgo de su pérdida o menoscabo aun cuando éstos proviniesen de un caso fortuito⁴⁹⁰. La excepción la constituyen los bienes muebles destinados a proporcionar adorno o comodidad en las casas, cuyo deterioro es compartido por los cónyuges, a menos que pudiera probarse que hubo culpa o abandono por parte del marido⁴⁹¹. Son previsiones que, sin embargo, no aparecen en el proyecto de Código civil de 1851, que, al disciplinar la sociedad matrimonial no alude a las pérdidas o desmejoras que pudiesen afectar a la masa patrimonial común, sino únicamente a las que pudiesen sufrir los bienes muebles privativos de cada uno de los consortes, que deberán pagarse, aunque los daños procedan de un factor accidental, con cargo a los gananciales, lo que en ningún caso opera cuando se trate de bienes inmuebles, excepto cuando tales daños recayesen sobre los bienes dotales y hubiesen tenido origen en un comportamiento reprochable del marido⁴⁹².

489 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1555]: “Excepto en el caso en que deje de invertirse el precio de la finca inmueble vendida según se dispone en el artículo anterior, el marido solo será responsable de la pérdida o deterioro que tengan los bienes inmuebles dotales, cuando en la administración de ellos no hubiere puesto la diligencia que emplea en sus cosas propias”; [artículo 1557]: “Pero si no adquiriese más que la administración de los bienes muebles cuando no son apreciados, sólo será responsable de la pérdida o deterioro de ellos por no haber puesto en la administración el cuidado mismo que en sus cosas propias”.

490 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1556]: “Haciéndose dueño el marido de los bienes dotales tasados, según lo dispuesto en el artículo 1550, la pérdida o deterioro de dichos bienes será de cuenta y riesgo del mismo, aun cuando provenga de caso fortuito”.

491 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1558]: “El deterioro de los muebles que sirven de adorno o comodidad en las casas es de cuenta de los dos consortes, a no probarse que aquél procedió de culpa o abandono del marido, en cuyo caso éste solo será responsable del menoscabo”.

492 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1347]: “Las pérdidas o desmejoras que hayan sufrido los bienes muebles, propios de cualquiera de los cónyuges, aunque sea por caso fortuito, han de pagarse de los gananciales cuando los hubiere; las experimentadas en bienes inmuebles, no son abonables en ningún caso, excepto las que recaen en bienes dotales y proceden de culpa por el marido, las cuales se indemnizarán según lo dispuesto en los artículos 1277 y 1300”.

Cabe mencionar, también, que en el proyecto de 1836 quien constituyese una hipoteca estaba obligado a usar del bien hipotecado con el cuidado que se le presume a un diligente padre de familia⁴⁹³, y que esta misma medida de atención y esmero es la que se le demanda, tanto en los proyectos de Código civil de 1836 y 1851 como en el Código civil, al acreedor para la conservación de la cosa recibida en prenda⁴⁹⁴. Y de igual modo se le plantea al administrador o agente oficioso de negocios ajenos este requerimiento, que en el proyecto de 1836 se elevaba a un nivel de máxima diligencia, debiendo indemnizar al dueño por los todos perjuicios derivados de su culpa o negligencia en la gestión⁴⁹⁵.

493 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1731]: “El hipotecante está obligado a cuidar y usar de la cosa hipotecada con el esmero propio de un diligente padre de familia”.

494 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1713]: “El acreedor está obligado a cuidar de la cosa dada en prenda con la atención y el esmero propio de un diligente padre de familia y no puede usar de ella en modo alguno, a no ser que el deudor le hubiese autorizado para ello”; *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1776]: “El acreedor debe cuidar de la prenda como un buen padre de familia y tiene derecho a las expensas que haya hecho para su conservación”. *Código civil*: [artículo 1867]: “El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde de su pérdida o deterioro conforme a las disposiciones de este Código”. En el *Anteproyecto de 1888*, título de la prenda, [artículo 7], se remite respecto a la pérdida o el deterioro al derecho común.: “El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde de su pérdida o deterioro, conforme a los principios del derecho común”. El *Code civil* francés formula este principio desde una perspectiva más directamente ligada a la responsabilidad, [artículo 2080.1]: “Le créancier répond, selon les règles établies au titre *des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence”. No olvidemos que según el [artículo 1013] del proyecto de 1851 esta exigencia de diligencia rige para todos los contratos.

495 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1843]: “El administrador o agente voluntario está obligado a usar de su administración o agencia como un diligentísimo padre de familia y a satisfacer al dueño o ausente los perjuicios que por su culpa o negligencia se le hubiesen irrogado”. *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1893]: “1. El administrador o agente oficioso está obligado a desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, y a indemnizar los perjuicios que, por su culpa o negligencia, resulten al dueño de los bienes o negocios que ha tomado a su cargo. 2. Los tribunales, sin embargo podrán moderar la indemnización según las circunstancias del caso”. En la remisión a la figura paterna es conforme con el *Code civil* francés, [artículo 1374. 1]: “Il est tenu d’apporter à la gestión de l’affaire tous les soins d’un bon père de

4. Desaparición de la responsabilidad especial por custodia

Nada encontramos, por otra parte, que nos induzca a pensar en la pervivencia de alguna forma de responsabilidad objetiva por custodia, tal como se perfilaba en el derecho romano respecto a determinadas actividades profesionales. Ciertamente es, que en el artículo 1867 del proyecto de Código civil de 1836 se hacía a los propietarios de fondas y posadas responder por el robo o los daños que pudieran sufrir los efectos pertenecientes a los viajeros en ellas hospedados, fuese por obra de sus domésticos o por otras personas extrañas, pero se excluía de este régimen el que tales acciones se hubieran realizado a mano armada o por medio de otra fuerza insuperable⁴⁹⁶. Y no contenía mención alguna a las consecuencias que pudieran afectar al dueño del establecimiento por la pérdida o deterioro de los bienes pertenecientes a los que allí estuviesen alojados por incidencia de algún agente fortuito. Aspecto en el que el proyecto de Código civil de 1851 se separaba de su antecedente, pues aunque, en su condición de depositarios necesarios, se mantenía la atribución a los posaderos y dueños de fondas del deber de responder por los efectos introducidos por los viajeros en sus locales, siempre que éstos los hubiesen puesto en su conocimiento o en el de sus dependientes⁴⁹⁷, y tanto si hubieran

famille”. Igualmente, Código civil, artículo 1889]: “1. El gestor oficioso debe desempeñar su encargo con la diligencia de un buen padre de familia, e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione. 2. Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso”.

496 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1867]: “Los fondistas y posaderos serán responsables de los efectos que lleven a sus fondas o posadas los viajeros, en caso de robo u otro daño causado en dichos efectos, ya sea por los domésticos o encargados del establecimiento, ya por otra persona extraña. No obstante, si el robo o daño fuere ejecutado a mano armada o por otra fuerza insuperable no tendrán responsabilidad alguna”.

497 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1689]: “Se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones; y los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos o a sus dependientes de los efectos introducidos en su casa”. Concuere con el [artículo 1952] del *Code civil* francés: “Les auberguistes ou hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d’effets doit être regardé comme un dépôt nécessaire”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, pp. 878-879, señala que esta responsabilidad parece muy rigurosa, pero que es de orden público, y necesaria para la seguridad de

sido dañados por sus subordinados como por personas extrañas, se dejaban fuera de su responsabilidad los desperfectos ocasionados por una fuerza mayor y se remitía el tratamiento legal de su hurto o su robo a lo dispuesto en el código penal⁴⁹⁸. Hay que señalar, además, que esta obligación de guarda y conservación de las cosas depositadas se declaraba extensiva a quienes transportasen cosas o mercancías por agua o por mar, que también respondían de las pérdidas o averías que hubieran sufrido, excepto las procedentes de caso fortuito o fuerza mayor⁴⁹⁹. El Código civil recoge, con cercana redacción, estos principios consagrados en el proyecto de 1851 en sus artículos 1601, 1602, 1783 y 1784⁵⁰⁰.

los viajeros, al tiempo que puede promover la prosperidad de los dueños de hospedajes, ya que este celo que se les exige puede inspirar mayor confianza y atraer más viajeros hacia su establecimiento.

498 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1690]: “1. La responsabilidad comprende tanto los daños hechos en los efectos de los viajeros por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños que van y vienen a las mismas fondas o mesones; pero no los ocasionados por fuerza mayor. 2. En caso de hurto o robo, se observará lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 17 del Código penal”. *Code civil* francés, [artículo 1953]: “Ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l’hôtellerie ou par des étrangers allant et venant dans l’hôtellerie”; [artículo 1954]: “Ils ne sont pas reponsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure”.

499 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1542]: “1. Los conductores de efectos por tierra o por agua están sujetos, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones que respecto de los posaderos se determinan en los artículos 1689 y 1690. 2. Su responsabilidad empieza desde que reciben los efectos que se encargan de transportar”. [artículo 1543]: “Responden igualmente de la pérdida y de las averías de las cosas que reciben, a no ser que prueben que la pérdida o la avería ha provenido de caso fortuito o de fuerza mayor”. En igual sentido, *Code civil* francés, [artículo 1782]: “Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur son confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre du Dépôt et du Séquestre”; [artículo 1784]: “Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu’ils ne prouvent qu’elles ont été perdues et averiées par cas fortuito ou forcé majeure”.

500 La principal variación se contiene en el [artículo 1783], en el que también se impone a los viajeros que por su parte “observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de los efectos”.

C. Inviabilidad del cumplimiento de la prestación por causas ajenas a la actuación del obligado

1. Proceso de definición y plasmación codificada de la noción de caso fortuito

Al igual que ocurre con la noción de culpa, el concepto de caso fortuito conoce a lo largo de esta etapa un proceso de subjetivación que llega a su cima, desbordando el marco cronológico aquí transitado, de la mano de los representantes de la corriente pandectística alemana. No obstante, ya en el período de vigencia del *ius commune* se habían ido decantando dos líneas diversas de pensamiento respecto a la delimitación de su contorno: una, basada en la equiparación del caso fortuito a la completa ausencia de dolo o culpa, y la otra centrada en las notas de la imprevisibilidad y de la inevitabilidad⁵⁰¹. Con todo, pese a la diferente perspectiva adoptada en ambas posturas, en esencia tienden a confluir en una única dirección, pues la valoración de ambas características definitorias de este factor accidental debe, necesariamente, ponerse en relación con su ajenidad a la conducta del deudor, es decir con su nivel de diligencia, o lo que es lo mismo con la falta de culpa por su parte⁵⁰².

Hay que recordar, también, que en el derecho justiniano se había acuñado una separación entre el caso fortuito y la fuerza mayor, que quedaba reservada para describir la intervención de agentes externos a la voluntad del deudor que resultasen absolutamente irresistibles, incluso a pesar de que se pusiese el más elevado nivel de diligencia; esto es, marcaba el techo de la responsabilidad por caso fortuito. No obstante, si bien ocasionalmente se continúa recurriendo a su mención, en el derecho de los glosadores se diluye su conexión a dos causas diferentes de exoneración⁵⁰³, aunque se da cierto crédi-

501 Sobre esta cuestión interesan D. Maffei, *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*, Milán, Giuffrè, 1957, e I. Birocchi y U. Petronio: "Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)", en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1988, vol. XXXIX, 1060-1072.

502 N. Del Olmo, *El caso fortuito*, pp. 34-35. Un interesante análisis del método de razonamiento de los glosadores en relación con esta cuestión lo ofrece E. Montanos Ferrín, "Responsabilidad contractual por caso fortuito. Un elegante texto de Alberto di Odofredo (siglo XIII)", en O. Condorelli (a cura), *"Panta rei". Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma, Il Cigno, 2004, 69-88.

503 A. Exner, *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*, traducción de E. Miñana y Villagrasa, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1905, pp.

to a su justificación en el contraste entre la imprevisibilidad del caso fortuito y la inevitabilidad de la fuerza mayor⁵⁰⁴, viéndose acentuada esta tendencia a su confusión en la doctrina posterior⁵⁰⁵. Con todo, la continuidad encontrada en el Código civil francés, y en todos los adheridos a su estela, por la contraposición entre ambos términos alimentará la formulación de diversas teorías encaminadas a tratar de discernir su respectiva esfera de proyección, que, sin embargo -como hemos señalado con anterioridad-, no han conseguido asentar sobre bases sólidas la percepción de la supuesta dispar naturaleza de su contenido⁵⁰⁶. El propio García Goyena, aunque se hace eco de la existencia de la referencia «en latín», a la fuerza mayor para denominar algunos «casos mayores», precisa que en su proyecto de código sólo se empleará el término «casos fortuitos» para designar a aquellos «que no pudieron preverse, o previstos no pudieron evitarse»⁵⁰⁷. Pero, en alguna medida se contradice después, al introducir en el artículo 1509 de su proyecto de 1851, y con relación a su posible incidencia, cuando provocasen la pérdida de la mitad o más de los frutos, en la rebaja de la renta en el arrendamiento de predios rústicos de uno o más años de duración, una distinción, que ya era contemplada en el proyecto de Código civil de 1836⁵⁰⁸, entre las pérdidas causadas por los denominados «casos fortuitos ordinarios» y por los «casos fortuitos extraordinarios», especificando, entre estos últimos, el incendio, la guerra, la peste, la inunda-

33-34, señalaba que la identidad entre ambos conceptos se presenta clara en la obra de los glosadores y que la propia noción de *vis mayor* parece desaparecer. Idea en la que abunda D. Maffei, *Caso fortuito*, pp. 14-15.

504 Se hace, principalmente, sobre la base de D. 19, 2, 15, 2. Sin embargo, los autores no logran resolver sus discrepancias a la hora de concretar qué tipos de fenómenos naturales encajan en la calificación de fuerza mayor, pues algunos sólo admiten como tales los desastres de extraordinaria magnitud (terremoto, erupción volcánica), en tanto que otros incluyen otros acontecimientos imprevisibles, pero relativamente habituales (granizo, tempestad).

505 Aunque, paralelamente, afloran otros criterios de distinción entre los casos provocados por la acción humana y los de origen sobrehumano, y entre los casos habituales y los insólitos. N. del Olmo, *El caso fortuito*, p. 222.

506 Las principales de estas teorías en N. Del Olmo, *El caso fortuito*, pp. 222-229.

507 F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 543. En igual sentido se manifiesta B. Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales*, IV, p. 62.

508 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1199]: “En dicha estipulación de casos fortuitos sólo se comprenden los ordinarios como granizo, hielo, etc., más no los extraordinarios, por ejemplo una invasión, de enemigos, una grande avenida, a menos que también se haga al arrendatario responsable de éstos”.

ción insólita, la plaga de langosta, el terremoto y cualquier otro «igualmente desacostumbrado, y que las partes no han podido razonablemente prever»⁵⁰⁹. Una contingencia de excepcional magnitud que -si recordamos- en las Partidas dispensaba del pago de la renta debida, siempre que provocase que todos los frutos aún no recogidos se malograsen, y que según su enumeración podía proceder de la avenida de un río, una tormenta de lluvia o de granizo, el fuego, la acción del sol o del viento, el paso de un ejército enemigo o de un grupo de hombres que causasen destrozos, las aves o una plaga de langosta o de gusanos. Sucesos todos ellos, que, además de inesperados, debían ser inusuales⁵¹⁰.

El carácter liberatorio que cobra la intervención de una circunstancia externa no imputable al deudor aparece consagrado en el Código civil francés, en el artículo 1147, al excusarle de la falta de ejecución de la obligación, o de su retraso, en el caso de la concurrencia de esta contingencia ajena a su conducta⁵¹¹, y en el artículo 1148, que desactiva la exigencia de que se haga cargo

509 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1509]: “1. El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos, provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario. 2. Entiéndense por casos fortuitos extraordinarios, el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que las partes no han podido razonablemente prever. 3. Estas disposiciones son aplicables a los arrendamientos de uno o muchos años”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, pp. 792-794, advierte acerca de que este criterio de diferenciación es conforme con varias leyes romanas y que tiene asimismo reflejo en el derecho patrio (Siete Partidas), precisando que el caso fortuito ordinario es el que acontece frecuentemente y no ha podido escaparse a la previsión de las partes, por lo que habrá sido tenido en cuenta a la hora de regular el precio o la renta, mientras que el extraordinario es aquél que no se previó por su misma rareza. Explica, además, que no cabe admitir la compensación entre la esterilidad de un año y la abundancia de otro. Y confirma que la relación de supuestos extraordinarios del precepto no es cerrada, bastando que las partes no hayan podido razonablemente preverlos.

510 *Siete Partidas*, [V, VIII, XXII].

511 *Code civil* francés, [artículo 1147]: “Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part”. El principio consagrado en este precepto parece implicar un agravamiento de la responsabilidad, al comportar que al deudor no le baste invocar su buena fe, su diligencia o su ausencia de culpa, sino que debe demostrar que en su incumplimiento o en su mora ha actuado una fuerza extraña imprevisible e irresistible. Lo que entra en contradicción con lo establecido en el artículo 1137, al imponer al deudor, como regla general, la obligación

de los perjuicios e intereses generados cuando un caso fortuito o una fuerza mayor le hayan impedido dar o hacer aquello a lo que estaba obligado, o le hayan empujado a hacer aquello que tenía prohibido⁵¹². Solución que, sin embargo, no coincidía con la postura sostenida por relevantes integrantes de la corriente iusracionalista, que en el caso del préstamo se mostraban partidarios de proyectar los riesgos inherentes a este tipo de contrato sobre su beneficiario⁵¹³. En España, este principio, también presente en la tradición jurídica anterior al arranque del fenómeno codificador⁵¹⁴, asomaba en el artículo 933 del proyecto de Código civil de 1836, si bien el efecto de la fuerza mayor causante de la inejecución no se predicaba extintivo, sino suspensivo de la obligación mientras subsistiera esta causa que no permitía el cumplimiento⁵¹⁵; aunque

de custodiar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia, evitándole, así, dicha prueba reforzada. Es para salvar esta dificultad como nació la controvertida clasificación entre obligaciones de medios, en las que el deudor sólo tiene que emplear la diligencia normal requerida en el artículo 1137, sin importar cuál haya sido el grado final de cumplimiento, lo que obliga al acreedor a probar la culpa del deudor en el desarrollo de la actividad comprometida para lograr la reparación del daño, y las obligaciones de resultado, ajustadas al artículo 1147, que demandan del deudor la obtención de un resultado preciso y en las que la prueba de su culpa no es condición de la responsabilidad. Esta distinción acuñada por R. Demogue no ha sido aceptada pacíficamente por la doctrina francesa. Sobre esta distinción entre obligaciones de medios y de resultado, véase E. Cortés, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, pp. 95-99 y 133-142.

512 *Code civil* francés, [artículo 1148]: “Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit”.

513 Entre ellos Puffendorf y Barbeyrac, con el argumento de que el prestamista no habría corrido con los riesgos a los que da lugar el préstamo si no hubiera cedido su objeto, por lo que lo justo es que deban ser sufridos por el prestatario, que es quien obtiene la utilidad derivada del contrato. Por ello, únicamente circunstancias extraordinarias, como un incendio, justificarían su liberación. Citado por C. Pérez de Ontiveros, Baquero, *El contrato de comodato*, pp. 272-273.

514 Así, I. Jordán de Asso y M. De Manuel Rodríguez, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, reproducción facsímil de la edición de Madrid, Imprenta de Ramón Ruz, 1792, Valladolid, Lex Nova, 1975, p. 181, señalan que no habrá obligación de pechar por los daños procedentes de “ocasión ó caso fortuito”.

515 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 933]: “Sin embargo, si el deudor probare que la inejecución resulta de una fuerza mayor imprevista, cesa la obligación mientras dura esta causa”. Precepto que hay que poner en relación con el [artículo 1005] referido a la facultad de rescisión y reclamación de daños y perjuicios por causa de inejecución: “Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo anterior, no habrá lugar a pedir dicho

después, en el artículo 1001, ya con alusión expresa a los daños o menoscabos sufridos por la cosa, se afirmaba con rotundidad que en ningún supuesto los contratantes deberían responder de los mismos, cuando viniesen ocasionados por un caso fortuito o por un accidente imprevisto, a no ser que se hubiese acordado expresamente lo contrario o que hubiesen estado provocados por la inhibición o la morosidad en el cumplimiento del contrato⁵¹⁶. Más escueto era en su enunciación el artículo 1014 del proyecto de Código civil de 1851, que, simplemente, eliminaba la posibilidad de que en contrato alguno se derivase responsabilidad de un caso fortuito, a menos que ésta se hubiese pactado de forma explícita⁵¹⁷. Y en nuestro ordenamiento vigente tiene, con carácter general, su vehículo de plasmación en el artículo 1105 del Código civil⁵¹⁸, y asimismo un múltiple reflejo, con vinculación a distintas figuras contractuales.

2. Su presencia y efectos en las distintas clases de contratos.

En el caso del comodato, sabemos que la tradición jurídica castellana recogida en las Partidas consagraba el principio de exoneración de responsa-

resarcimiento de daños e intereses cuando el deudor justificare que la inejecución del contrato ha provenido de una fuerza para él irresistible”.

516 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1001]: “En ningún contrato están obligados los contrayentes a responder de los daños y menoscabos que sufran las cosas por un caso fortuito o por accidentes imprevistos o inevitables, a menos que lo hubiesen pactado así expresamente, o que procedan aquéllos de inejecución o morosidad en el cumplimiento del contrato, según se dirá más adelante”. Insistiéndose, respecto a la morosidad, pero con aplicación específica a la pérdida o deterioro de la cosa en las obligaciones de dar, en el [artículo 1007]: “Si la morosidad consistiere en no haber entregado el deudor al plazo convenido la cosa debida al acreedor, será responsable de la pérdida, deterioro o menoscabo que aquélla hubiere sufrido por cualquier causa que sea, aun cuando provenga de caso fortuito u otro accidente imprevisto. Pero si el acreedor no quisiere recibir la cosa, será de su cuenta la pérdida o menoscabo que aquélla sufra desde el momento en que debió recibirla”.

517 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1014]: “En ningún contrato tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito si no se hubiere pactado expresamente, salvo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 1006 y en el 1160”.

518 *Código civil*, [artículo 1105]: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 543 señala que la prueba del caso fortuito incumbe al deudor, mientras que al acreedor le basta con justificar la legitimidad de su crédito.

bilidad del comodatario cuando la cosa cierta, no susceptible de ser pesada, contada o medida, que había sido recibida en préstamo desaparecía por «ocasion» y sin culpa suya⁵¹⁹. Aunque, como excepciones se contemplaban ciertos comportamientos contrarios a la esencia del acuerdo como, entre otros, los de dar al objeto del comodato un empleo diferente al pactado o retenerlo durante más tiempo del previsto para la duración del contrato y para su consiguiente restitución. Que son, también, los dos supuestos rescatados por los artículos 1359 y 1363 del Proyecto de Código civil de 1836⁵²⁰, y por el artículo 1635.1 del Proyecto de Código civil de 1851⁵²¹, como fabricantes de una obligación de hacerse cargo de la pérdida del objeto del comodato por parte de su poseedor, de la que en cualquier otra circunstancia quedaría eximido. No en vano, la primera de estas salvedades viene ya anticipada por el mandato que el artículo 1634 del proyecto de 1851 hacía al comodatario, instándole a cuidar de la cosa y prohibiéndole servirse de ella para un uso diferente al que estuviese destinada según la convención alcanzada por las partes o, en su defecto, la costumbre de la tierra⁵²².

Por otra parte, aunque no se indica expresamente, resulta lógico inferir que la distribución solidaria de la responsabilidad que predica el artículo

519 *Siete Partidas*, [V, II, III].

520 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1359]: “Si dejare pasar el plazo o día asignado sin devolverla, serán de su cuenta los daños que sufra el comodante aunque provengan de caso fortuito”; [artículo 1363]: “El comodatario no puede aplicar la cosa prestada a usos distintos que los concedidos por el comodante; si se sirviese de ella en otros términos que los prescritos en el contrato, será responsable de la pérdida o daños que experimente la cosa, aunque provengan de caso fortuito”.

521 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1635. 1]: “El comodatario responde de la pérdida de la cosa prestada, acaecida por caso fortuito si éste acontece por haberla destinado para un uso, o haber usado de ella por un tiempo que no debía”. Este precepto viene a reproducir el [artículo 1881] del *Code civil* francés: “Si l’emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu’il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée, même par cas fortuit”.

522 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1634]: “El comodatario está obligado a cuidar de la cosa prestada, y no puede servirse de ella sino para el uso a que según la convención, y en defecto de esta, según costumbre de la tierra, debe ser destinada; en otro caso responde de los daños y perjuicios”. Este precepto concuerda con el [artículo 1880] del *Code civil* francés, si bien prescinde de la referencia en este contenida, al buen padre de familia: “L’emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée. Il ne peut s’en servir qu’à l’usage déterminé par sa nature, ou par la convention; le tout à peine de dommages-intérêts, s’il y a lieu”.

1748 del Código civil para los comodatarios que han recibido conjuntamente un préstamo⁵²³ afecta principalmente al supuesto de que se haya producido su desaparición por una causa a ellos imputable. Regla que ya contemplaban las Partidas, que sí hacían alusión explícita a su pérdida, pero que, salvo pacto expreso, limitaban su obligación de pechar a la porción correspondiente a cada uno, «su parte e nada más»⁵²⁴, y que encontró asimismo previa expresión en términos de solidaridad en el artículo 1887 del Código civil francés⁵²⁵ y en el artículo 1639 del proyecto de 1851 de García Goyena⁵²⁶.

La posibilidad de la asunción voluntaria de la responsabilidad por el caso fortuito fruto de un acuerdo expreso de las partes reflejado en el contrato, que es admitida en nuestro derecho codificado -artículo 1105 del Código civil- en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, era ya, también, favorablemente, contemplada con anterioridad. En palabras de Pothier, nada tienen de contrario este pacto a la equidad, especialmente cuando el deudor recibe de la otra parte algún equivalente al riesgo que toma, pero también cuando, simplemente, tuvo la intención de hacer un acto de liberalidad⁵²⁷. Situación

523 Código civil, [artículo 1748]: “Todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa responden solidariamente de ella, al tenor de lo dispuesto en esta sección”.

524 *Siete Partidas*, [V, II, V]: “(...) E aun dezimos, que si vna cosa fuere emprestada, a dos omes o mas, e quando gela emprestaron, non se obligasen cada vno dellos en todo para tornar la, si aquella cosa se perdiessse, tenudos son cada vno dellos, de pechar su parte, e non mas”. Gregorio López, glosa (d): “Se perdiessse”, afirma que se trata de supuestos en los que hubiesen incurrido en dolo o culpa. La cuestión había provocado, en relación con su formulación en el derecho romano, un fuerte controversia debido a la contradicción existente entre las opiniones de Ulpiano (D. 15. 5, 1), partidario de la mancomunidad, y Africano (D. 21, 1), de la división pro parte. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 857, señala que los glosadores, y después Heineccio, se habían pronunciado contra la mancomunidad.

525 *Code civil* francés, [artículo 1887]: “ Si plusieurs ont conjointement emprunté la même chose, ils sont solidairement responsables envers le prêteur”.

526 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1639]: “Todos los comodatarios a quienes se presta conjuntamente una cosa, responden mancomunadamente de ella al tenor de lo dispuesto en esta sección”. En su glosa, F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 857, afirma que parece justo establecer la mancomunidad en favor del comodante, que es quien hace el favor, contra los comodatarios, que son los favorecidos.

527 R. J. Pothier, *Traité des obligations*, II, troisième partie, chapitre VI, article IV, pp. 333-334, núm 668: “(...) Ces conventions par lesquelles un débiteur se charge des cas

que también estaba prevista en los artículos 1001 y 1988. 2 del proyecto de Código civil de 1836⁵²⁸, con reflejo concreto en diversos tipos de contratos⁵²⁹, y en los artículos 1014 y 1160. 3 del proyecto de Código civil de 1851⁵³⁰, cuyo autor, García Goyena, señalaba, además, que la prueba de esta causa accidental recae sobre el deudor, bastándole al acreedor justificar la legitimidad de su crédito⁵³¹.

Hay, empero, otras circunstancias distintas de la renuncia pactada que, por disposición legal, despojan al deudor del beneficio que le asiste ante la comparecencia, causante de la pérdida, de un caso fortuito. Se trata, en primer lugar, de la excepción, ya mencionada, contemplada en los artículos 1359 y 1363 del proyecto de Código civil de 1836 y en el artículo 1635. 1 del proyecto de Código civil de 1851, relativa al comodatario que ha contribuido a su acaecimiento, al haber destinado la cosa a un uso diferente del convenido o por más tiempo del debido. Lo que comporta una sustancial diferencia de tenor respecto al artículo 1744 del Código civil, en el que no se exige que el empleo inadecuado o la mora en la devolución del objeto del contrato hayan provocado el hecho fortuito, sino que es suficiente que éste haya sido posterior a tales incumplimientos voluntarios⁵³². Si bien, en el artículo 1635. 2 del proyecto de

fortuits, n'ont rien de contraire à l'équité qui doit régner dans les contrats, sur-tout lorsque le débiteur qui se charge du risque reçoit de l'autre partie quelque chose d'équivalent à l'estimation du risque dont il s'est chargé; car les risques sont quelque chose d'appréciable (...)”.

528 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1001]: “En ningún contrato están obligados los contrayentes a responder de los daños y menoscabos que sufran las cosas por un caso fortuito o por accidentes imprevisos o inevitables, a menos que lo hubiesen pactado así expresamente o que procedan aquellos de inejecución o morosidad en el cumplimiento del contrato (...)”; [artículo 1988. 2]: “Lo mismo sucederá en el caso de haberse obligado a la prestación de los casos fortuitos”.

529 Así, como iremos viendo en las páginas siguientes, en relación con el arrendamiento de fincas rústicas, [artículo 1198] y el arrendamiento de ganados, [artículo 1229].

530 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1014]: “En ningún contrato tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito si no se hubiere pactado expresamente, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1006 y en el 1160”; [1160.3]: “Lo mismo sucederá cuando se hubiere obligado a la prestación del caso fortuito, aunque no haya culpa o mora por parte del deudor”.

531 Lo hace en su comentario al artículo 1014. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 543.

532 *Código civil*, [artículo 1744]: “Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será

1851, recogiendo postulados ya presentes en el gran cuerpo legal de Alfonso X, y con precedente en el Código civil francés, se ampliaba el catálogo de los supuestos en los que el deudor se veía compelido a responder, al establecerse que si hubiese salvado la totalidad de sus pertenencias, dejando que la cosa prestada se perdiese, debería pagar ésta por entero, mientras que si únicamente puso a resguardo algunas de sus propiedades se deduciría a prorrata el daño sufrido, al igual que ocurriría si hubiese preservado la cosa ajena y una parte o todas las suyas hubiesen perecido⁵³³. Solución cuyo espíritu seguirá latente, aunque con una fórmula simplificada, en el anteproyecto de Código civil de 1888, donde se hacía al comodatario responsable del perecimiento provocado por una causa fortuita cuando, pudiendo haber salvado la cosa prestada empleando otra propia, hubiese preferido conservar la suya dejando que aquélla se perdiese⁵³⁴. Precepto que, no obstante, no encontró continuidad, al no aparecer en el texto definitivo del Código civil.

La identidad de contenido es, por el contrario, prácticamente literal en-

responsable de su pérdida, aunque esta sobrevenga por caso fortuito”. La exigencia, o no, de la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento y el advenimiento del caso fortuito ha sido objeto de una discusión entre la doctrina, que es analizada por C. Pérez de Ontiveros Baquero, *El contrato de comodato*, pp. 277-279, que, por su parte, se inclina por interpretar que no se requiere tal nexo de causalidad.

533 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1635. 2]: “Aun fuera de este caso, si el comodatario salvó todas las cosas de su propiedad, y se perdió solo la prestada pagará esta por entero; si únicamente salvó parte de sus cosas, se deducirá a prorrata el daño, y esto mismo se observará si salvó la cosa prestada y perecieron las suyas propias en todo o en parte”. Este párrafo repite, en parte, lo dispuesto en el *Code civil* francés, [1882]: “Si la chose prêtée périt par cas fortuit dont l'emprunteur aurait pu la garantir en employant la sienne propre, ou si ne pouvant conserver que l'une des deux, il a préféré la sienne, il est tenu de la perte de l'autre”, que, a su vez, tiene antecedente en D. 13, 6, 5, 4, y reflejo en *Siete Partidas*, [V, II, III]. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 855, alude a que se ha sostenido que el comodatario debe el sacrificio de sus pertenencias al hombre generoso que le ha hecho un favor, pero objeta que en esta afirmación encierra algo de heroico y novelesco.

534 *Anteproyecto de Código civil de 1888* (J. F. Lasso Gaité, *Crónica de la codificación española*, 4, *Codificación civil (Génesis e historia del código)*, vol. II, apéndice VII: “Anteproyecto de Libros III y IV del Código civil”, pp. 609-750), libro IV, Obligaciones, título “Del préstamo”, [artículo 6]: “Si la cosa prestada perece por un caso fortuito del que hubiera podido librarla el comodatario empleando la propia, o si estando en su mano salvar una de las dos, ha preferido conservar la suya, es responsable de la pérdida de la cosa prestada”.

tre el artículo 1745 del Código civil, que ya no hace depender la obligación del comodatario de pagar el precio de la cosa malograda -a no ser que existiese pacto expreso que le exima de ello- de su incorrecta conducta, sino del factor objetivo de que el bien entregado en comodato hubiese sido tasado⁵³⁵, y los artículos 1365 del proyecto de Código civil de 1836, y 1636 del proyecto de Código civil de 1851⁵³⁶, aunque en éstos se circunscribía su aplicación a que la pérdida resultase de una incidencia fortuita, mientras que en el artículo 1745 parece extenderse también a su procedencia de un comportamiento culpable del deudor.

Naturalmente, la concurrencia de un factor accidental o infortunado del que se derive la desaparición o un deterioro sustancial del objeto del con-

535 Código civil, [artículo 1745]: “Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde, aunque sea por caso fortuito, responderá el comodatario del precio, a no haber pacto en que expresamente se le exima de responsabilidad”. Concuerdia, en lo esencial, con el artículo 1806 del Código civil italiano de 1942. Para justificar este precepto se ha acudido a la idea de que la realización de la tasación comporta que hay una voluntad de las partes de que el importe le sea abonado al comodante si la cosa se pierde en poder del comodatario, aunque también se ha propuesto que en su virtud se transfiere al comodatario el dominio de la cosa y, con ello, la exigencia de responder ante cualquier contingencia. Sobre estas tesis y su propio planteamiento sobre la cuestión, véase M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 136-137.

536 *Proyecto de Código civil de 1836*, [1365]: “Si la cosa se hubiere apreciado al tiempo de prestarse, sufrirá el comodatario una pérdida, aunque provenga de caso fortuito, si no se hubiera pactado cosa en contrario”. *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1636]: “Si la cosa prestada se entregó con tasación y se pierde por caso fortuito, responde el comodatario del precio, a no haber pacto que expresamente le exima de responsabilidad”. Su precedente directo está en el *Code civil* francés, [artículo 1883]: “Si la chose a été estimée en la prêtant, la perte qui arrive, même par cas fortuit, est pour l'emprunteur, s'il n'y a convention contraire”. No obstante, su antecedente más remoto puede buscarse en un texto del Digesto (Ulpiano D. 13, 6, 5, 3), cuya interpretación suscitó una larga controversia entre los autores, por entender algunos (Accursio, Bartolo, Domat) que hacía referencia a la fuerza mayor, frente a quienes (Panorme, Brutneman y Pothier), sostuvieron que aludía exclusivamente a la pérdida sucedida por culpa del comodatario. C. Pérez de Ontiveros Baquero, *El contrato de comodato*, pp. 281-282. La explicación que ofrece para esta norma F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 856, reside en que la tasación constituye una precaución tomada por el comodante como garantía de la restitución de la cosa o de su precio. Señala, además, que la estimación no causa venta. Pudiendo colegirse que tampoco otorga al comodatario la posibilidad de sustituir la restitución de la cosa por su precio estimado.

trato también opera en el ámbito de la compraventa⁵³⁷. Por lo pronto, como se señalaba en el proyecto de Código civil de 1836, su perecimiento por este motivo supondrá la desactivación de la obligación del vendedor de proceder al saneamiento de la cosa, adjudicándose, por ello, al comprador la asunción de las consecuencias de esta pérdida⁵³⁸. Aunque en el caso de que, por esta causa ajena a la actuación del vendedor, al tiempo de la evicción la cosa hubiese sufrido un simple menoscabo o una disminución de su valor, éste seguirá sometido a la exigencia de restituir la totalidad de su precio, a no ser que el comprador se hubiese beneficiado de dicha desmejora o que él mismo la hubiese provocado, otorgándosele entonces al vendedor la posibilidad de retener la parte proporcional del precio correspondiente al daño⁵³⁹. Pero si, por el contrario, los desencadenantes del perecimiento hubiesen sido vicios ocultos y, conociendo su existencia en el momento de contratar, no los hubiese declarado, pesará sobre el vendedor la carga de la restitución del precio de la cosa y de los gastos generados por el negocio, así como el resarcimiento de los daños y el abono de los intereses⁵⁴⁰.

537 Situación distinta a la que aquí nos ocupa es la relativa a la pérdida de la cosa objeto de la compraventa con antelación a la celebración del contrato, que es tratada en el *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1382]: “1. Si al tiempo de celebrarse la venta se había perdido la cosa en su totalidad, queda sin efecto el contrato. 2. Pero si se ha perdido sólo en parte, el comprador puede optar entre desistir del contrato o reclamar la parte conservada, abonando el precio a justa tasación”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 736, defiende que el artículo es muy claro y no se presta a problemas de interpretación respecto a que no cabe la anulación de la venta por cualquier pérdida, por pequeña que ésta sea. Y añade que se ha buscado obviar los inconvenientes generados por la distinción acogida en el derecho romano entre la pérdida de la mayor o la menor parte.

538 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1098]: “Tampoco estará obligado el vendedor al saneamiento cuando la cosa vendida perezca por accidente o infortunio, en cuyo caso la pérdida es de cuenta del comprador”.

539 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1082]: “Aunque al tiempo de la evicción se halle la cosa deteriorada o se halle disminuido su valor accidentalmente, no obstante, tendrá el vendedor que restituir la totalidad del precio, a menos que el comprador se haya utilizado o enriquecido con tal deterioro o éste hubiese procedido de culpa suya. En tal caso podrá el vendedor retener la parte de precio equivalente al deterioro”.

540 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1096]: “Si la cosa pereciese por causa de dichos vicios ocultos, será responsable el vendedor de esta pérdida y habrá de restituir al comprador el precio y los gastos de la venta, indemnizándole además, si hubiere sabido dichos vicios al tiempo del contrato, de los daños e intereses, con arreglo a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”.

A diferencia de este antecedente, el proyecto de Código civil de 1851 no contiene previsión liberadora alguna del deber de saneamiento en consideración al origen fortuito de la pérdida. Coincidiendo, sin embargo, con el anterior proyecto, en la imposición al vendedor que, sabiendo que la cosa tenía vicios ocultos, no hubiese comunicado al comprador esta circunstancia, de la devolución del precio y del íntegro de los gastos del contrato con la indemnización por daños y perjuicios, si bien, en el caso de haber ignorado su existencia solamente se le requiere la restitución del precio junto a los gastos, en el caso de que éstos ya hubieran sido satisfechos por el comprador⁵⁴¹. Situación distinta se da, sin embargo, cuando, pese a albergar vicios ocultos, la cosa se pierde por alguna contingencia externa a las partes o por culpa del comprador, quien, en este supuesto, únicamente podrá reclamar del vendedor el precio que pagó, pero con la rebaja del valor que la cosa tenía cuando se malogró, salvo que el vendedor hubiese obrado de mala fe, lo que le obliga, además, a la reparación de los daños y al pago de los intereses⁵⁴². Conviene, por último, mencionar que el tenor de la regulación que, sobre este aspecto, despliega el proyecto de 1851 será, después, reproducido, casi literalmente, en el Código civil⁵⁴³. Con todo, la cuestión esencial que se suscita en torno a esta relevante

541 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1409]: “1. Si la cosa vendida se pierde por efecto de los vicios ocultos y los conocía el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios. 2. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en caso de haberlos pagado el comprador”. El precepto entronca, parcialmente, con el [artículo 1647] del *Code civil* francés. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 752, señala que al comprador le incumbirán la carga de la prueba y la devolución de lo que reste de la cosa y de sus accesorios.

542 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1410]: “1. Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse. 2. Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses”. El [artículo 1647. 2] del *Code civil* francés, simplemente atribuye la pérdida por caso fortuito al comprador: “Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l’acheteur”. No obstante, F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, pp. 752-753, justificará en su presencia en el derecho romano (D. 21, 1, 31, 11 y D. 21, 1, 25) la preservación de las acciones correspondientes al comprador. Planteándose, al respecto, que si ya parece ir contra la equidad que el vendedor se aproveche de la falta del comprador para enriquecerse, más lo será aún que lo haga de un accidente inculpable.

543 *Código civil*, [artículo 1487]: “Si la cosa vendida se perdiere por efecto de los

modalidad contractual es la relativa a la atribución del riesgo, sobre la que volveremos más adelante.

Por lo que se refiere al contrato de depósito, el artículo 1381 del proyecto de Código civil de 1836 se limitaba a señalar que el depositario no sería responsable del caso fortuito, salvo que hubiera sido moroso en la restitución de los bienes custodiados, estando únicamente obligado, de no mediar esta excepción, a devolver lo que hubiese quedado del depósito⁵⁴⁴. Sorprende, sin embargo, el silencio guardado en el Proyecto de Código civil de 1851 respecto a la posibilidad de que la guarda de la cosa depositada se viera perturbada por una eventualidad accidental ajena al depositario. Respecto a quien, en el anteproyecto de Código civil de 1888, se señalaba que, en el caso de haberle sido arrebatada la cosa por alguna fuerza mayor, pero habiendo recibido en su lugar una cantidad de dinero o cualquier otra compensación, debería entregar ésta al deponente, aunque si, por el contrario, no hubiese obtenido nada a cambio, quedaría exento de toda responsabilidad⁵⁴⁵. El artículo 1777 del Código civil, en contraste, solamente mantiene la exigencia de que el depositario ceda al deponente lo que hubiera podido recibir en sustitución del depósito malogrado, suprimiendo la referencia a su exención del deber de responder por dicha pérdida cuando no hubiera obtenido resarcimiento alguno⁵⁴⁶.

vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador”; [artículo 1488]: “1. Si la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta, y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador, podrá éste reclamar del vendedor el precio que pagó, con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse. 2. Si el vendedor obró de mala fe, deberá abonar al comprador los daños e intereses”.

544 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1382]: “No será responsable el depositario del caso fortuito, y estará únicamente obligado a devolver lo que haya quedado del depósito, a no ser que hubiere sido moroso en la restitución de éste”.

545 *Anteproyecto de Código civil de 1888*, libro IV, título “Del depósito” [artículo 22]: “1. El depositario a quien ha sido arrebatada la cosa por fuerza mayor, y que ha recibido en lugar de ella una cantidad de dinero o cualquier otra cosa, debe entregar al deponente lo que ha recibido. 2. Si la cosa se hubiere perdido por incendio u otro accidente fortuito, o por fuerza mayor, pero sin recibir nada a cambio de ella, quedará el depositario exento de toda responsabilidad, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1199, 1200 y 1203 de este Código”.

546 *Código civil*, [artículo 1777]: “El depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado a entregar ésta al depositante”.

Sin perjuicio de la obligación que se hacía gravitar sobre el mandatario de cumplir adecuadamente y hasta completarlo el encargo o negocio que, con su aceptación, se le hubiera encomendado⁵⁴⁷, el artículo 1415 del proyecto de Código civil de 1836 contemplaba varios supuestos justificativos de su interrupción de la ejecución, entre los que se incluía que fuese víctima de una enfermedad grave o de cualquier otro accidente sobrevenido que le impidiese continuar la realización del mandato recibido, si bien se le exigía comunicar al mandante esta nueva situación sin dilación⁵⁴⁸. Nada, encontramos, sin embargo, digno de mención respecto a este contrato en el proyecto de Código civil de 1851.

También si trasladamos el foco hacia el terreno de los contratos de arrendamiento la aparición de circunstancias imprevistas o inevitables tiene, normalmente, un efecto atenuante o de exoneración de la responsabilidad para las partes. En este sentido, en relación con el arrendamiento de fincas rústicas, en el proyecto de Código civil de 1836 al arrendador se le exigía devolver la propiedad arrendada en idénticas condiciones a aquéllas en las que la recibió, pero dejándole a cubierto de los posibles deterioros resultantes de su normal uso o de su naturaleza y los provocados por una fuerza mayor irresistible⁵⁴⁹. Principio que también aparece formulado, con aplicación general en las distintas clases de arrendamientos, en el proyecto de Código civil

547 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1413]: “Una vez aceptado el mandato tácita o expresamente, estará obligado el mandatario a cumplir bien y finalmente el encargo o encargos que le hayan sido cometidos en el mandato, mientras éste dure, y deberá abonar los perjuicios que por su inejecución experimentare el mandante”; [artículo 1414]: “Asimismo deberá el mandante concluir el negocio de que haya sido encargado, una vez que hubiere dado principio a la ejecución de él”.

548 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1415]: “Sin embargo de lo establecido en los artículos anteriores podrá el mandatario dejar de cumplir el mandato, aun después de aceptado y comenzado en los casos siguientes: 1º Cuando le sobreviniese alguna enfermedad grave, o cualquier otro accidente que le impida continuar en la ejecución del mandato, en cuyo caso deberá notificarlo sin dilación al mandante. 2º Si se originase enemistad grave en ambos contrayentes. 3º Cuando teniendo que hacer alguna anticipación pecuniaria para cumplir el mandato, sabe el mal estado de los negocios del mandante y recela con fundamento que éste no podrá reintegrarle”.

549 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1213]: “El arrendatario está también obligado a devolver o restituir la cosa arrendada finalizado que sea el arrendamiento, en el mismo estado que la recibió, pero no será responsable del deterioro que haya tenido la misma por efecto de su estado o naturaleza, o bien de fuerza mayor irresistible”.

de 1851⁵⁵⁰, si bien ahora se hacía recaer en el arrendatario la prueba de que la pérdida o el deterioro fue ocasionada sin su culpa⁵⁵¹, e integrándose, además, en la esfera de su responsabilidad los desperfectos provocados por las personas de su casa⁵⁵². En igual sentido se pronuncia respecto a todos estos extremos el Código civil⁵⁵³.

Por otro lado, dando continuidad al antecedente, antes descrito, aportado por las Partidas, en el proyecto de Código civil de 1836 se disponía que la irrupción de una situación accidental podía justificar una sustancial reducción, o incluso la remisión temporal, de la renta debida cuando se produjese la pérdida total o parcial -al menos de la mitad- de los frutos, si bien en contratos fijados para dos o más años esta medida no tendría cabida si fuese posible compensar esta disminución en la producción de un año con la abundancia de otros⁵⁵⁴. Quedando, además, excluida la petición de esta rebaja

550 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1492]: “Si el arrendatario ha recibido la finca con expresa descripción de las partes de que se componga, debe devolverla al concluir el arriendo tal como lo recibió salvo que lo hubiere perecido o se hubiere menoscabado por el tiempo o por causa inevitable”. Sigue al *Code civil* francés, [artículo 1730]: “Sil a été fait un état des lieux entre le bailleur et le preneur, celui-ci doit rendre la chos telle qu’il l’a reçue, suivant cet état, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou forcé majeure”.

551 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1494]: “El arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya”. *Code civil* francés, [artículo 1732]: “Il répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu’il ne prouve qu’elles ont eu lieu sans sa faute”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 787, recordaba que este precepto no era sino una aplicación de la regla general establecida en los artículos 1040 y 1161.

552 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1495]: “El arrendatario es responsable de los deterioros ocasionados por las personas de su casa”. *Code civil* francés, [artículo 1735]: “Le preneur est tenu des dégradations et des pertes que arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 787, se planteaba si los huéspedes quedaban comprendidos entre las personas de la casa, respondiendo que sí cuando ésta fuese destinada a hospedaje e, incluso, cuando fueran accidentales, pues -afirmaba-: “cada cual debe mirarse mucho y saber a quién recibe en su casa”.

553 *Código civil*, [artículo 1561], [artículo 1563] y [artículo 1564], en equivalencia con los artículos 1492, 1494 y 1495 del proyecto de 1851, respectivamente.

554 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1195]: “Si el arrendamiento de una heredad se hubiere hecho por un año y en él se perdieren todos los frutos por un accidente imprevisto, no estará obligado el arrendatario a pagar el precio; si sólo se perdiere la mitad

o de la suspensión del pago del precio cuando la pérdida pudiese achacarse al propio arrendatario, si la causa del daño fuese conocida o previsible en el momento de contratar, cuando los frutos hubiesen sido ya devengados, a menos que el arrendador se hubiese reservado una parte de ellos, y siempre que aquél no se hubiese demorado culpablemente en su entrega, y, finalmente, cuando el arrendatario hubiera asumido mediante una estipulación tomar para sí mismo la responsabilidad, también, por los casos fortuitos, e incluso por los más extraordinarios⁵⁵⁵.

La cuestión era asimismo abordada en el proyecto de Código civil de 1851, que, en referencia general al arrendatario, liberaba a éste del pago de las rentas debidas cuando por la incidencia de un agente fortuito, y siempre que pusiera de inmediato este hecho en conocimiento del propietario, no fuese posible seguir haciendo uso de la cosa arrendada, admitiéndose, incluso, la petición de la rescisión del contrato cuando, por causa ajena a su intervención, dicho objeto no pudiese ya servir al fin para el que se acordó el arrendamiento⁵⁵⁶. Es más, en el supuesto de que la cosa hubiese resultado destruida

de ellos, se le rebajará proporcionalmente el precio; pero si no llegare la pérdida a dicha mitad, no se hará rebaja alguna”; [artículo 1196]: “Si el arrendamiento se hubiere hecho por dos o más años y en uno de ellos se perdieren los frutos, no habrá lugar a la rebaja de precio de que trata el artículo anterior si puede compensarse la pérdida de los frutos de un año con la abundancia de los recogidos en otro”; [artículo 1197]: “En caso de duda o dificultad para hacer la expresada compensación se aguardará hasta el final del arrendamiento para resarcir las pérdidas de unos años con las ganancias o abundancias de otros. Entre tanto podrá el Juez conceder una rebaja proporcional”.

555 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1198]: “El arrendatario no podrá pedir rebaja de precio por la pérdida de frutos en los casos siguientes: 1º Cuando por culpa suya se hubieren perdido aquéllos. 2º Cuando existía ya y era conocida la causa del daño que había de sobrevenir a los frutos al tiempo de celebrarse el contrato. 3º Cuando acaece la pérdida de éstos después de separados de la tierra, a menos que en el arrendamiento se haya reservado el arrendador una parte de dichos frutos. En tal caso deberá éste sufrir su parte de pérdida, a no ser que el arrendatario haya sido moroso en entregarle su porción de frutos. 4º Cuando el arrendatario haya tomado sobre sí la responsabilidad de los casos fortuitos por medio de estipulación”; [artículo 1199]: “En dicha estimación de casos fortuitos sólo se comprenden los ordinarios como granizo, hielo, etc., más no los extraordinarios, por ejemplo una invasión, de enemigos, una grande avenida, a menos que también se haga al arrendatario responsable de éstos”.

556 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1483]: “1. El arrendatario no está obligado al pago de las rentas, cuando por algún caso fortuito no pudiese usar de la cosa arrendada con tal que lo ponga inmediatamente en noticia del propietario. 2. Tampoco

por completo de forma accidental, el derecho de rescisión actuaría de modo automático, aunque si solamente hubiese desaparecido una parte de ella, al arrendatario se le ofrecía como alternativa una rebaja opcional del precio, si bien en ningún caso podría reclamar indemnización⁵⁵⁷. Además, este proyecto incorporaba algunas disposiciones específicas para el arrendamiento de predios rústicos, en cuya virtud, y salvo que existiera un pacto contrario, al arrendatario, en contratos de duración igual o superior a un año, se le concedía la posibilidad de obtener una rebaja de su renta justificada en la esterilidad de la tierra o en la pérdida de la mitad o más de sus frutos, cuando viniesen provocadas por un caso fortuito extraordinario -incendio, guerra, peste inundación, plaga de langosta, seísmo u otros acontecimientos imprevisibles-, pero no por los ordinarios⁵⁵⁸, ni cuando los frutos hubiesen sido ya separados de su

está obligado al pago de la renta, y antes bien podrá pedir la rescisión del contrato cuando sin culpa suya no pueda servir ya la cosa para el uso del arriendo”. Inspirado en el Code civil francés, [artículo 1722]: “Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n’est détruite qu’en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l’un et l’autre cas, il n’y a lieu à aucun dédommagement”. “. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 784, señala que el contrato queda de derecho rescindido porque toda obligación se extingue por la pérdida total de la cosa que era su objeto, y remite su fundamento al artículo 1160.

557 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1487]: “Si durante el arrendamiento la cosa arrendada se ha destruido en su totalidad por algún caso fortuito, queda de derecho rescindido el contrato: si sólo se ha destruido una parte de ella, puede optar entre la rebaja proporcional del precio o la rescisión del arriendo, pero en ninguno de estos casos ha lugar a indemnización”. Los artículos 1483 y 1487 no tienen equivalente en el Código civil.

558 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1509]: “1. El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos provenientes de casos fortuitos ordinarios; pero sí en el caso de pérdida de más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario. 2. Entiéndense por casos fortuitos extraordinarios el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que las partes no han podido razonablemente prever. 3. Estas disposiciones son aplicables a los arrendamientos de uno o de muchos años”. El precepto coincide con distintos aspectos de los artículos 1769 a 1773 del *Code civil* francés. Como ya hemos indicado en otra nota a pie de página, F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, pp. 792-794, radica el fundamento de la distinción entre ambas categorías de casos fortuitos en diversas leyes romanas y patrias (Siete Partidas), precisando que el caso fortuito ordinario es el que acontece frecuentemente y no ha podido escaparse a la previsión de las partes, por lo que habrá sido tenido en cuenta a la hora de regular el precio o la renta, mientras que

raíz o su tronco, exceptuado -en este último supuesto-, lo previsto en el propio proyecto para el contrato de aparcería⁵⁵⁹. Nótese, por tanto, que, a diferencia del proyecto de 1836, no se contemplaba la compensación de pérdidas y beneficios en los contratos de larga duración⁵⁶⁰; y hay que señalar, también, que el Código civil se hace eco con fidelidad de estas previsiones⁵⁶¹. Por otra parte, se insistía en la falta de responsabilidad del arrendatario por el incendio que arruinase la finca, a no ser que se probara que se inició por su culpa⁵⁶². Regla que también favorecía al inquilino en el arrendamiento urbano, si bien aquí recaía sobre él la carga de la prueba acerca de la accidentalidad del desastre y la de que éste se produjo a pesar de haber observado la vigilancia habitual en un diligente padre de familia⁵⁶³. Presunción adversa que asimismo regía, de

el extraordinario es aquél que no se previó por su misma rareza. Señala, además, que la exigencia de que la pérdida sea igual o superior a la mitad de los frutos, no existente en el derecho romano, persigue cegar una fuente de habituales pleitos.

559 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1510]: “Tampoco tiene derecho a rebaja de la renta cuando los frutos se han perdido después de estar separados de su raíz o tronco, salvo lo dispuesto para el contrato de aparecería en el artículo 1516”. Concuerda parcialmente con el *Code civil* francés, [artículo 1771]: “Le fermier ne peut obtenir de remise, lorsque la perte des fruits arrive après qu’ils sont séparés de la terre, à moins que le bail ne donne au propriétaire une quotité de la récolte en nature (...)”. El artículo 1516 del proyecto establece que: “El arrendamiento de aparcería de tierras de labor, ganados de cría o de establecimientos fabriles o industriales, se regirá por las disposiciones de este Código relativas al contrato de sociedad, por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la costumbre de la tierra”.

560 F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 794, aportará como razones que es casi imposible el equilibrio entre un período de abundancia extraordinaria y un caso fortuito extraordinario, que ello supone dejar en suspenso la compensación hasta que expire el arrendamiento, y que se abre la puerta a pleitos innecesarios.

561 En concreto en el [artículo 1575] y el [artículo 1576], que prescinde de la salvedad referida al contrato de aparcería.

562 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1511]: “El arrendatario de un predio rústico no responde del incendio si no se prueba que acaeció por su culpa”. El hecho de que, a diferencia del de fincas urbanas, al arrendatario de predios urbanos no se le imponga que responda del incendio lo justifica F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 794, en que el colono ni los tiene cerca ni los ocupa de continuo, por lo que cesa la presunción de su culpa o negligencia.

563 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1518]: “El inquilino es responsable del incendio, a no ser que pruebe que ha provenido de caso fortuito, o a pesar de la vigilancia que acostumbra a ejercer un diligente padre de familia”. El [artículo 1733] del *Code civil* francés presume su responsabilidad, a menos que pueda probar que se ha producido por

forma mancomunada, cuando afectase a dos o a varios inquilinos, aunque se admitía la prueba tanto de que el fuego se inició en la habitación concreta de uno de ellos, que quedaría como único responsable, como la de que el fuego no había podido tener origen en la propia finca, lo que liberaría de responder a quien lograra aportarla⁵⁶⁴.

Diverso era, empero, el tratamiento reservado en el proyecto de Código civil de 1836 para las distintas modalidades contempladas en el denominado arrendamiento de aparcería o de ganados. Pues en la primera de ellas, el arrendatario de una alquería o casa de labor dotada de ganado estaba obligado a restituir, a la conclusión del período establecido, tantas cabezas como las que recibió, haciéndosele responsable, salvo pacto en contrario, de las pérdidas sufridas, aunque proviniesen de un caso fortuito, si bien, en compensación, también se le adjudicaban todas las utilidades que pudieran extraerse de los animales⁵⁶⁵. Por el contrario, cuando se tratase de un arrendamiento de ga-

caso fortuito o fuerza mayor o por un vicio de construcción, o que el incendio se comunicó desde una vivienda vecina: “1. Il répond de l’incendie, à moins qu’il ne prouve. 2. Que l’incendie est arrivé par cas fortuito ou force majeure, ou par vice de construction. 3. Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, pp. 796-797, admitía que la cuestión había sido muy debatida tanto respecto al derecho romano como con posterioridad, recordando, también, que tampoco en las Partidas (V, II, III) se daba una respuesta concluyente. Por lo que afirmaba haber basado su solución en el artículo 1161 del proyecto, que presumía culpa del deudor siempre que la cosa se perdiese en su poder, salvo prueba en contrario. Añadía, también, que la presunción contraria al inquilino se introducía a favor del arrendador y para proteger la propiedad.

564 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1519]: “Siendo dos o más los inquilinos, todos son mancomunadamente responsables del incendio, con arreglo al artículo precedente, a no ser que se pruebe que ha principiado en la habitación de uno de ellos, en cuyo caso sólo él es responsable; o que alguno acredite que no ha podido principiar en su finca, en cuyo caso recae la responsabilidad sobre los otros”. Solución que anticipaba el Code civil francés, [artículo 1734]: “1. S’il y a plusieurs locataires, tous sont solidairement responsables de l’incendie; 2. A moins qu’ils ne prouvent que l’incendie a commencé dans l’habitation de l’un d’eux, auquel cas celui-là seul en est tenu. 3. Ou que quelques uns ne prouvent que l’incendie n’a pu commencer chez eux, auxquels cas ceux-là n’en sont pas tenus”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 797, curiosamente, afirma que el precepto es justo, porque facilita la reparación del daño, y saludable, porque estimula a los inquilinos a vigilarse mutuamente, y esto contribuirá a prevenir los incendios o, por lo menos, atajará sus progresos.

565 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1229]: “Este contrato puede verificarse de dos modos: 1º. Dando en arrendamiento una alquería o casa de labor con ganados, bajo la condición de que el arrendatario concluido que sea el arrendamiento de

nado bajo pacto de reparto con el arrendador de la lana y de las crías que éste produjese, el arrendatario también tendría que devolver igual número de cuadrúpedos y de igual valor, pero no responder de las incidencias fortuitas, si bien se le instaba a presentar las pieles de los animales que hubiesen perecido por causa accidental, presumiéndose, en otro caso, que su muerte fue resultado de su propia culpa o su descuido⁵⁶⁶. También cabía, por último, que los contratantes acordasen poner cada uno una porción igual de ganado a pérdida o ganancia por mitad. En este caso, quien quedara a su cargo, que ocupaba el lugar del arrendatario, se aprovechaba por completo de su leche, su estiércol y su trabajo y de la mitad de la lana y de las crías, cargando ambos de forma equitativa con las pérdidas sufridas, excepto cuando éstas viniesen por culpa exclusiva de uno de ellos, que debería repararlas en solitario; aunque, no obstante lo anterior, se concedía a las partes la posibilidad de establecer un régimen diferente en la distribución de tales detrimentos y beneficios⁵⁶⁷.

Importantes peculiaridades ofrece, igualmente, el contrato de obras, del que en la regulación que le dispensaba el proyecto de Código civil de 1836, se reconocían dos variantes. En una de ellas, el artífice se comprometía a aportar por cierto precio tanto los materiales como su trabajo, convirtiéndose en res-

aquélla, deje en la alquería tantas cabezas de ganado como las que recibió y de un valor igual. En tal caso queda responsable el arrendatario de las pérdidas aunque provengan de caso fortuito, si no hubiere estipulación en contrario, pero en recompensa le pertenecen todas las utilidades que deje el ganado (...)”.

566 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1229]:“(…) 2ª Dando uno a otro cierta porción de ganado para que éste lo cuide y disfrute con la condición de repartirse entre los dos la lana y las crías que produjere el mismo ganado”; [artículo 1231]: “El arrendatario tiene obligación de cuidar del ganado como un buen padre de familia y no será responsable de los casos fortuitos”; [artículo 1232]: “El arrendatario tendrá obligación de presentar al arrendador las pieles de los animales que hubiesen perecido por caso fortuito, y no haciéndolo así, la ley presume que ha perecido por culpa o descuido suyo”; [artículo 1236]: “Concluido el arrendamiento, debe el arrendatario entregar al arrendador igual número de cabezas al que recibió y del mismo valor, según la estimación al principio del contrato”.

567 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1237]: “1. Cuando cada uno de los contratantes pone una mitad de reses o ganado a pérdida y ganancia por mitad, el que tiene a su cargo el ganado, que es propiamente el arrendatario, se aprovecha totalmente de la leche, del trabajo de los animales y del estiércol. 2. El otro contratante tiene derecho a la mitad de la lana y de las crías. 3. Ambos son responsables por mitad de las pérdidas acaecidas en el ganado por cualquiera causa excepto si procedieren de culpa de ella, en cuyo caso éste sólo será el responsable”; [artículo 1238]: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los contratantes pueden estipular lo que mejor les parezca en orden a pérdidas y ganancias”.

ponsable del perecimiento de la cosa acaecido antes de la entrega de la obra, a menos que el otro contratante hubiese actuado con morosidad al recibirla, pasando entonces a ser suya esta carga⁵⁶⁸. En la otra, el operario solo proporcionaba su trabajo o industria, por lo que únicamente se le hacía responsable de la pérdida ocasionada por su culpa, si bien, en ningún caso podría reclamar el pago de un salario, a no ser que su ruina hubiese venido provocada por un vicio o defecto intrínseco de la cosa⁵⁶⁹. Sin embargo, este régimen aplicable a la pérdida producida antes de la conclusión de la tarea convenida podía ser modificado por acuerdo entre las partes reflejado en el contrato.⁵⁷⁰ Ahora bien, una vez aprobada la obra por el dueño, correría a su cargo cualquier daño o destrucción que ésta pudiera padecer con posterioridad⁵⁷¹.

Bajo el rótulo «De las obras por ajuste o precio alzado», también el proyecto de Código civil de 1851 recogía esta dualidad tipológica dentro del contrato de obras⁵⁷². Pero sus soluciones no eran del todo coincidentes con las

568 *Proyecto de Código civil de 1836*: [artículo 1241]: “Cuando se contrata una obra en que el artífice se obliga a poner la materia y el trabajo por cierto precio, es una especie de venta y el artífice continua siendo el dueño de la materia hasta la entrega de la obra”; [artículo 1242]: “Consiguiente a lo establecido en el artículo anterior, si pereciese la cosa antes de la entrega de la obra, el artífice sufrirá esta pérdida, a menos que de parte del otro contratante haya habido morosidad en recibirla, pues entonces éste será responsable de la pérdida”.

569 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1243]: “Si el artífice sólo hubiere ofrecido poner su trabajo o industria y el otro contratante la cosa, pereciendo ésta antes de la entrega de la obra, no será el artífice responsable de esta pérdida sino en el caso de haber sido causada por culpa suya”; [artículo 1245]: “Aun cuando sin culpa del artífice haya perecido la cosa antes de la entrega de la obra, no tendrá éste derecho a reclamar salario alguno, a menos que la cosa haya perecido por algún vicio o defecto que tuviese”.

570 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1244]: “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores acerca de la responsabilidad sobre la cosa perdida se entenderá si no hubieran pactado otra cosa los contratantes, pues en este caso se estará a lo estipulado”.

571 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1250]: “Aprobada una vez la obra por el dueño de ella, será de su cargo el deterioro o pérdida que ésta sufra en lo sucesivo”.

572 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1529]: “Puede contratarse la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también provea el material”. Esta división estaba ya presente en el *Code civil* francés, [artículo 1787]: “Lorsque'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière”. En su comentario al artículo siguiente, F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 801, señalaba que cuando se pone tanto el material como el trabajo, más que de un arriendo se trata de una venta.

adoptadas en el proyecto de 1836. Así, en el supuesto de que el encargado de su ejecución se hubiese comprometido a poner, además, el material, se disponía que tendría que responder de la pérdida de la obra acaecida antes de su entrega, salvo si hubiese habido demora en su recepción por parte del otro contratante. Mientras que cuando este operario solo hubiese contribuido con su trabajo o su industria, únicamente debería hacerse cargo de los daños provocados por su impericia, que se equiparaba a la culpa⁵⁷³, si bien tampoco podía reclamar el pago de su remuneración, a menos que hubiese habido retraso en su aceptación o que la causa de su destrucción radicase en la mala calidad de los componente utilizados, y a condición de que previamente hubiera avisado de esta circunstancia a su propietario⁵⁷⁴. El sentido de esta regulación contenida en el proyecto de 1851 está asimismo plenamente presente en los artículos 1589 y 1590 del Código civil⁵⁷⁵. Pero volveremos, más adelante, sobre esta cuestión, al tratar de la distribución del riesgo entre los contratantes.

573 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1530]: “1. Si el que contrato la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiere habido morosidad en recibirla. 2. Si ha puesto solo su trabajo o su industria, no es responsable sino de los efectos de su impericia”. Este precepto resulta de una combinación de dos artículos del Code civil francés, [artículo 1788]: “Si, dans le cas où l’ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d’être livrée, la perte en est pour l’ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose”; [artículo 1789]: “Dans le cas où l’ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l’ouvrier n’est tenu que de sa faute”.

574 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1531]: “El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño”. *Code civil* francés, [artículo 1790]: “Si, dans le cas de l’article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l’ouvrier, avant que l’ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l’ouvrier n’a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n’ait péri par le vice de la matière”. La última parte del precepto está tomada del artículo 1157 del Código civil austriaco.

575 *Código civil*, [artículo 1589]: “Si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla”; [artículo 1590]: “El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño”.

Finalmente, cabe mencionar que, en relación con la categoría de los denominados cuasi-contratos, el artículo 1853 del proyecto de Código civil de 1836 declaraba que aquél que recibiese una cosa de forma indebida, pero de buena fe, no estaba obligado a su devolución cuando se perdiese por caso fortuito⁵⁷⁶. Aunque el proyecto de Código civil de 1851 iría, en su artículo 1896, aún más allá, pues le eximía, incluso, de responder por las posibles pérdidas o desmejoras sufridas por la cosa cierta y determinada, excepto en cuanto se hubiera enriquecido con ella⁵⁷⁷. No obstante, conforme al artículo 1897, en el supuesto de que el receptor hubiese obrado con mala fe, no sólo se le instaba a restituir tanto la cosa como los intereses computados y los frutos devengados durante el tiempo de su posesión, sino que, también, habría de hacerse cargo de los daños y perjuicios y de sus pérdidas o deterioros, aunque éstos hubieran tenido un origen fortuito⁵⁷⁸. El Código civil, en sus artículos 1896

576 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1853]: “El que recibiere una cosa de buena fe no está obligado a devolverla cuando hubiere sucedido su pérdida por caso fortuito”.

577 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1896]: “1. El que de buena fe recibe una cantidad indebida, está obligado a restituir otro tanto. 2. Si lo recibido fue una cosa cierta y determinada, debe restituirla en especie, si existe; pero no responde de las desmejoras o pérdidas, aunque hayan sido ocasionadas por su culpa, sino en cuanto se enriqueció con ella (...)”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 965, aclara que en su primera redacción éste y el siguiente artículo eran una pesada amalgama de los artículos 1378 al 1381 del *Code civil* francés, pero que habían sido sometidos a un proceso de depuración, principalmente, destinado a establecer una doble distinción, de importante significado en cuanto a la responsabilidad, entre que lo recibido sea una cantidad o una cosa determinada y que exista buena o mala fe.

578 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1897]: “1. El que de mala fe recibe una cantidad indebida, está obligado a restituirla con los intereses desde el día que la recibió. 2. Consistiendo lo recibido en una cosa cierta y determinada, la restituirá con los frutos percibidos o debidos percibir, mientras poseyó la cosa; y además responde de los daños y perjuicios, y de la pérdida o desmejoras de la misma, aunque hayan ocurrido por caso fortuito”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 967, justificaba el severo tratamiento dispensado al que obra con mala fe, afirmando: “La ley, al paso que se muestra tan indulgente con el que de buena fe recibió lo indebido, debe ser severa con el que a sabiendas recibió lo ajeno, abusando de un error, que debió desvanecer”. En análogo sentido, *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1850]: “Si hubiese habido mala fe en el que recibió la cosa o la cantidad, no solo estará obligado a restituirla, sino que también deben acompañar a ésta los intereses legales, el importe de los perjuicios y los frutos percibidos o que hubiesen podido percibir desde el día de la entrega. Asimismo deberá satisfacer todos los menoscabos que la cosa hubiere sufrido”.

y 1897, mantiene el espíritu de lo dispuesto en el proyecto de 1851, si bien con redacción y sistemática más depurada y con la significativa novedad de liberar al que de mala fe aceptó el pago que no le correspondía de la asunción del caso fortuito cuando éste hubiese podido afectar de la misma manera a las cosas implicadas, si éstas se hubiesen encontrado en poder de aquél que se las entregó⁵⁷⁹.

D. La controvertida resolución del reparto de los riesgos en los contratos bilaterales

1. Continuidad y crítica de las antiguas soluciones romanas

Al tratar sobre la problemática asociada a los contratos bilaterales, conviene recordar que el carácter independiente que se atribuía en el derecho romano clásico a las obligaciones contraídas por cada una de las partes fue cediendo paulatinamente terreno hasta que, en el derecho justiniano, se consagra como regla su interrelación, aunque limitada al ámbito de la compraventa y no garantizando a los dos partes contratantes una posición equilibrada en sus respectivos medios de protección⁵⁸⁰.

Después, los juristas medievales darían impulso a un proceso evolutivo tendente a mitigar esta asimetría, al colocar a ambos, vendedor y comprador, en la tesitura de tener que cumplir su propia prestación antes de poder ejercer la acción de reclamación del cumplimiento correspondiente a su contrapar-

⁵⁷⁹ *Código civil*, [artículo 1896]: “1. El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. 2. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que le entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó>. [artículo 1897]: “El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo”.

⁵⁸⁰ Así, el comprador disponía de una *exceptio mercis non traditae*, bastando que hubiese hecho un ofrecimiento de pago para poder plantearla (D. 19, 1, 13, 8). Mientras que al vendedor le amparaba un derecho de retención, exigiéndosele como requisito para la viabilidad de su acción de reclamación del precio la previa entrega de la cosa (D. 19, 1, 25).

te⁵⁸¹. Al mismo tiempo que tendieron a propagar a todos los contratos sinalagmáticos las excepciones de incumplimiento, en principio, exclusivamente previstas para la compraventa⁵⁸², lo que tuvo como corolario la fusión de las antes atribuidas a comprador y vendedor en una única figura para la que, finalmente, cuajaría su denominación como «*exceptio non adimpleti contractus*». A ello hay que unir la importante influencia de la doctrina canónica, que encuentra en este territorio el nicho más propicio para la plasmación de una suerte de regla de equidad conmutativa, que requiere una estricta reciprocidad entre las prestaciones, de tal modo que la falta de cumplimiento por una de las partes liberará a la otra de su compromiso, conforme al conocido principio “*fides non servanda este i qui frangit fidem*”⁵⁸³. Esta concepción basada en la fuerza vinculante de la buena fe, que debe inspirar la formación del contrato y que subsiste a todo lo largo de su existencia, será recibida después por el francés Domat y pasará, a través de Pothier, a inspirar al Código civil francés en materia de resolución por incumplimiento, al concebirse en éste la condición resolutoria implícita en los contratos sinalagmáticos cuando una de las partes no satisficiera su obligación, y otorgar a la otra parte la posibilidad de optar entre exigir el cumplimiento mientras todavía fuese factible o pedir la resolución con indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, en lo concerniente a la relevante cuestión que atañe a la distribución de los perjuicios derivados de la pérdida de la cosa específica debida antes de producirse la consumación del contrato, se observa una notable evolución. Como sabemos, en el derecho romano acaba imponiéndose, respecto a la compraventa, el principio de atribución del riesgo al comprador, *periculum est emptoris*, así como, en sentido inverso, en el arrendamiento de cosas se le adjudica al arrendador, *periculum est locatoris*, liberando al arrendatario del pago de la renta. Con posterioridad, los glosadores y los comentaristas tratarán de acuñar una fórmula unitaria para las reglas relativas al peligro, pero sin pretender llegar a la elaboración de una teoría general

581 Regla que según B. Rodríguez Rosado, *Resolución y sinalagma contractual*, p. 21, es fácilmente deducible a partir de varios textos de Azón y de la *Glossa Ordinaria* de Accursio, de los que da cuenta en su nota 30.

582 Gran peso tuvo, en esta dirección, el comentario a D. 19, 1, 13, 8, vertido por Bartolo de Saxoferrato, *Digestum Vetus*, Basilea, 1562 (reimpresión Frankfurt am Main, 2007), p. 775, núm. 2: “*ex contractu ultro citroque obligatorio, non potest effectualiter agi, nisi ab eo qui totum contractum ex parte sua impleverit*”. Citado por B. Rodríguez Rosado, *Resolución y sinalagma contractual*, pp. 21-22.

583 De acuñación atribuida a Hugo de Pisa y consagrado en el canon Frustra de 1298.

de los riesgos, por lo que, aunque dando amparo a una amplia casuística de salvedades⁵⁸⁴, permanecerán fieles a las viejas soluciones romanas⁵⁸⁵, si bien gana presencia en su asignación el criterio de la mayor utilidad o provecho del negocio⁵⁸⁶, al tiempo que, paulatinamente, tiende a exigirse del vendedor una especial diligencia en la custodia del bien vendido, que a veces se asimila a la del comodatario.

La insatisfacción que, sin embargo, había generado entre los juristas medievales esta continuidad de las fórmulas ensayadas en el derecho romano para resolver el problema del *periculum*, sobre todo en aquellos ámbitos, como los de la compraventa y los contratos innominados, en los que el riesgo de la imposibilidad sobrevenida del deudor parecía trasladarse al acreedor, aflora, de nuevo, entre los representantes del humanismo jurídico, evolucionando hacia una abierta discrepancia, que encuentra plasmación en la defensa por el francés Cujas de la vigencia, en la compraventa, del principio *periculum est venditoris*⁵⁸⁷. Una rompedora propuesta que, aunque no logró arraigar, sí propició la búsqueda de un enfoque diferente para ofrecer respuesta a esta debatida cuestión⁵⁸⁸.

En este sentido, se ha sostenido que a raíz de la crítica vertida por destacados representantes del iusnaturalismo racionalista frente a la pervivencia de las añejas fórmulas romanas⁵⁸⁹, con sustento, en lo relativo a la categoría

584 Por ejemplo, I. Birocchi, U. Petronio: *Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)*, si bien resaltan la existencia de esta tendencia a la uniformidad (p. 1136), señalan que la regla de redención de la renta en el caso de esterilidad de la tierra, que rige en el arrendamiento de fincas rústicas, llega a admitir hasta doce excepciones (pp. 1137-1138).

585 Sobre esta recepción medieval de las fórmulas romanas, véase B. Rodríguez Rosado, *La conformación progresiva del sinalagma funcional*, pp. 24-28.

586 I. Birocchi, U. Petronio: *Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)*, pp. 1134-1135.

587 Postura reflejada en su comentario a la ley *Si fundus* (Paulo D. 19, 2, 33), recogido en su *Opera omnia*, I, Nápoles, 1722, col. 1479. Tomo la referencia de B. Rodríguez Rosado, *La conformación progresiva del sinalagma funcional*, pp. 35-36 y nota 61.

588 Siguiendo, de nuevo, a B. Rodríguez Rosado, *La conformación progresiva del sinalagma funcional*, p. 36, tenemos el ejemplo de Donello, con su exitoso esfuerzo por dar cauce a la aplicación general de la *condictio ob causam* en los contratos innominados cuando la prestación de la otra parte hubiese devenido imposible por una causa ajena a quien la plantea. Lo que conduce a la aceptación de la regla por la cual ambas partes quedan liberadas de su prestación cuando la correspondiente a una de ellas se convierte en inviable.

589 La anterior persistencia de su vigencia queda, por ejemplo, acreditada a través del detallado examen de un dictamen realizado por J. García Sánchez, "Casuismo juris-

de los contratos sinalagmáticos perfectos, en la idea de que el aumento o el menoscabo de la cosa deben correr a cargo del vendedor mientras éste continúe siendo su propietario, se asiste al triunfo de dos principios esenciales: que las cosas perecen para su dueño y que el comprador no tiene la obligación de cumplir su prestación, es decir, pagar el precio, en tanto que el objeto de la compraventa no le sea entregado⁵⁹⁰.

Respecto al primero de ellos, ya hemos señalado la importancia de tener en cuenta la diferencia existente entre la dimensión puramente obligacional de la situación generada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la repercusión que ésta tiene en el ámbito real, esto es, sobre la propiedad de las cosas afectadas o sobre los derechos extinguidos por causa suya. Pero, como también se ha indicado, la doctrina mayoritaria ha considerado evidente que las cosas perecen siempre para su dueño (*res perit domino*), sin que esta certidumbre se vea alterada en función de quién sufre el riesgo contractual. No obstante, cabe achacar al rechazo suscitado por la regla *res perit emptoris* entre las filas de los alineados en el iusnaturalismo racionalista que el criterio de adjudicación de la responsabilidad por la pérdida de la cosa al vendedor pasase a radicar en la determinación de si éste permanece, o no, como su propietario, siempre que no haya existido morosidad del comprador en su recepción⁵⁹¹. Un planteamiento que alimenta una confusión entre am-

prudencial romano en un jurista civitatense de siglo XVII: Juan Fernández de Limia y el *periculum emptoris*", en A. Murillo Villar (coord.), *La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno*, pp. 379-411. Si bien, el caso se corresponde más directamente con el supuesto de la existencia de vicios ocultos, siendo de particular interés el análisis que el autor realiza, pp. 407-410, de las principales posiciones doctrinales vertidas en los siglos XVIII y XIX en relación con esta materia.

590 L. Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, pp. 854-855. Esta posición había sido ya anticipada por Cujacio, *Ad Africanum Tractatus*, Lyon, 1574, p. 514: "(...) verum ita accipienda ea regula est ut pereat res emtori, non pretieum id est, si res perierit ante tradtionem".

591 Opinión sostenida, por ejemplo, por H. Grocio, *Del derecho de la guerra y de la paz*, II, c. 12, núm. 15, versión del original latino por J. Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, p. 206. Citado por Rogel Vide, *La compraventa de la cosa futura*, p. 168. El fundamento de esta doctrina se halla en dos ideas: también para la jurisprudencia romana el destino de la cosa corre por cuenta del propietario; el comprador no está obligado a pagar el precio, sino a condición de que se le entregue la cosa. Estos planteamientos serían refutados por R. J. Pothier, *Tratado del contrato de compraventa*, traducido al español con notas de derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, J. Roger, 1841, pp. 158-159. En el primer caso, aludiendo a la inaplicabilidad de este principio cuan-

bas esferas que tiende a acentuarse cuando el contrato tiene efectos reales inmediatos e implica la transmisión de la propiedad de su objeto al acreedor⁵⁹². Y por ello, algunos autores han insistido en hacer aplicable este principio al contrato de compraventa a raíz de que una progresiva espiritualización de la *traditio* abocase a la adopción en el Código civil francés, que tampoco contiene una previsión general en materia de riesgos del contrato⁵⁹³, y en otros ordenamientos civiles epígonos, como el italiano, de la regla de traslado de la propiedad por el simple consentimiento⁵⁹⁴, convirtiendo de este modo al comprador en dueño de la cosa objeto del negocio, aun cuando su entrega se demorase⁵⁹⁵.

Mientras que en lo tocante al segundo principio, un sector de la doctrina alemana había abogado, ya en el siglo XVIII, por apartarse de la discutida

do no hay culpa, sino caso fortuito, y en el segundo alegando que el vendedor sólo se obliga a que el comprador pueda adquirir la cosa, y que si bien, en su inicio, las obligaciones de ambos son correlativas, después de creadas se convierten en sucesivas, pudiendo extinguirse o subsistir de forma independiente. Véase al respecto, M. Linacero de la Fuente, *Los riesgos en el contrato de compraventa*, p. 42 y notas 38 a 40.

592 Esta nueva tesis de la transmisión inmediata de la propiedad al comprador está presente en todos los principales representantes de la corriente iusnaturalista: Grocio, Pufendorf, Thomasius, Christian Wolf, y Heineccius. Referencias concretas sobre cada uno de estos autores las proporciona B. Rodríguez Rosado, *La conformación progresiva del sinalagma funcional*, p. 37, nota 64.

593 Solo se ofrecen soluciones concretas para la compraventa, el arrendamiento, la empresa y la sociedad (artículos 1138, 1182, 1722, 1741, 1788, 1790, 1795, 1867).

594 La adopción del principio consensualista, viene precedida por un amplio período de paulatina, pero laboriosa aceptación por la doctrina. Sobre este itinerario en glosadores, canonistas y los principales juristas franceses anteriores a la revolución, E. Chevreau, Y. Mauseu, C. Bouglon, *Histoire du droit des obligations*, pp. 136-140.

595 Ya hemos mencionado que la atribución del riesgo al comprador, por ser equiparado al propietario en virtud de la mera conclusión del contrato, fue introducida por el *Code civil* francés, [artículo 1138]: “1. L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. 2. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer: auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”, y [artículo 1583]: “Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encore été livrée ni le prix payé”. Y está presente en el Código civil italiano de 1865 (artículos 1125 y 1448), el Código civil italiano de 1942 (artículos 1465 y 1376), el Código civil portugués de 1867 (artículos 715, 717 y 1550), el Código civil portugués de 1966 (artículos 796, 874 y 918) y el *Sale of Goods Act* de 1979.

respuesta dada hasta entonces al problema del riesgo en el terreno de la compraventa y por abrazar, de conformidad con la regla general del *periculum*, la tesis de que la pérdida de la cosa con anterioridad a su entrega redimía al comprador del pago del precio⁵⁹⁶. Posición que sería, también, recogida, con proyección a toda forma de contrato, en los códigos ilustrados de Prusia y de Austria⁵⁹⁷. Es cierto que esta inversión no cuajó entre los autores pandectistas, mayoritariamente adscritos a la opinión de que en los contratos sinalagmáticos el peso de la imposibilidad sobrevenida recae sobre el acreedor, sin opción, por su parte, de librarse del cumplimiento de su propia prestación. Pero en algunos de sus más destacados representantes, Windscheid y Mommsen, se detecta un cambio diametral de posicionamiento, que encuentra un definitivo reflejo con la consagración en el BGB del principio de correlación entre la imposibilidad de la prestación del deudor y la extinción de la correspondiente a la otra parte; es decir, el triunfo de la regla *periculum est debitoris*.

2. La adopción del carácter consensual de la transmisión de la propiedad en el proyecto de Código civil de 1851

En todo caso, el cambio de criterio amparado por el código napoleónico acabará calando en nuestro derecho codificado, si bien no aparece todavía reflejado en el proyecto de Código civil de 1836, que permaneciendo fiel a la concepción tradicional, atribuía al comprador el detrimento o daño que pudiera sufrir la cosa luego de perfeccionada la compraventa y cuando no viniese provocado por culpa del vendedor, aunque, en correspondencia, también se le asignaban el aumento o la mejora que ésta pudiera conocer⁵⁹⁸. Principio que admitía como excepciones que existiese un pacto en contrario, a condi-

596 Esta es la solución que adoptaban muchos estatutos locales de ciudades del ámbito germánico, como ha señalado H. Hoffmann-Burchardi, *Die geschichtlichen Grundlagen der Vorschriften des BGB über Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen*, Münster, 1974, p. 11. Véase también I. Biocchi, U. Petronio: *Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)*, p. 1140 y notas 70 y 71, con referencia a los autores que adoptan esta postura.

597 En el caso del Código territorial prusiano, como principio general, en I, 5, 364 y 365 y en concreto para la compraventa en I, 11, 95. Y en el Código austriaco en sus párrafos 1048, 1049, 1064 y 1447. Sigo en este punto a B. Rodríguez Rosado, *La conformación progresiva del sinalagma funcional*, pp. 37-38.

598 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1020]: “Perfeccionada la venta, es de cargo del comprador el detrimento o daño que desde entonces acaezca a la cosa sin culpa del vendedor y, por el contrario, hará suyo el aumento o la mejora que tenga la misma”

ción de que el menoscabo se produjese antes de la entrega de la cosa⁵⁹⁹, y que el deudor incurriese en culpa o cayese en mora en la *traditio*, siendo, en cambio, el comprador quien cargaba con las consecuencias de su propio retraso en la recepción⁶⁰⁰. Respecto al perfeccionamiento del contrato se precisaba, no obstante, que cuando el objeto del negocio consistiese en cosas, normalmente, vendidas por su número, peso o medida, o que por su naturaleza, según la costumbre habitual, sean probadas o degustadas antes de la aceptación de su compra, no habría venta hasta que se hubiesen contado, pesado, medido o gustado y hubiera dado su conformidad el comprador⁶⁰¹; entendiéndose prestado este beneplácito si el adquirente no acudiese para efectuar estas operaciones en el día prefijado en el contrato o, en su defecto, en el señalado por el vendedor, a quien se le facultaba para repetir contra aquél los daños y perjuicios derivados de su incomparecencia⁶⁰².

599 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1021]: “No obstante, si hubieren pactado los contratantes que el vendedor sea responsable del daño o detrimento, así se verificará, acaeciendo éste antes de entregar la cosa”.

600 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1022]: “También será responsable el vendedor si el daño ocurriese por su culpa o tardanza en entregar la cosa, y si fuere el comprador quien tarde en recibirla cuando debe, es de su cargo el daño ocasionado por su morosidad”. Según noticia proporcionada por E. Álvarez Cora, *La codificación de los contratos de compraventa y permuta*, Madrid, Universidad Complutense, 2008, p. 28, en el manuscrito del Proyecto de Código civil de Ortiz de Zúñiga, de 1848 (*Actas de la Comisión General de Codificación*, legajo 9, carpeta 3, documento 1), su [artículo 50] seguía una línea similar en lo referido a la morosidad del vendedor: “El daño o provecho de la cosa vendida y no entregada es del comprador, a menos que hubiere morosidad en la entrega por parte del vendedor”.

601 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1016]: “En las cosas que se venden por número, peso o medida, o que según costumbre o uso común se prueban o gustan antes de comprarse, no hay venta hasta que se hayan contado, pesado, medido o probado, y conformándose el comprador”. En parecido sentido, el Proyecto de Ortiz de Zúñiga de 1848, [artículo 9]: “La venta de vino, aceite y demás cosas que se gustan o prueban, no se entiende obligatoria cuando no se ha realizado la entrega, hasta que el comprador la hubiere gustado o probado, a menos que se estipule lo contrario”. Como señala E. Álvarez Cora, *La codificación de los contratos de compraventa y permuta*, pp. 28-29, esta regla se ajusta a lo establecido para las obligaciones condicionales en el artículo 875, con aplicación para la compraventa en el artículo 1013 de este proyecto de Código de 1836.

602 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1017]: “Se entiende haberse verificado las condiciones expresadas en el artículo anterior y aprobado la calidad de la cosa por el comprador, cuando éste no comparece en el día prefijado en el contrato, o a falta de designación, en el que señalare el vendedor. En tal caso tendrá éste el derecho de repetir

Sin embargo, el problema aflorará a la luz del artículo 1374 del frustrado Proyecto de Código Civil de 1851, que recibiendo el modelo creado por el código francés⁶⁰³, y ya anticipado por Pothier⁶⁰⁴, al aceptar, en su artículo 978 el carácter consensual⁶⁰⁵ de la transmisión de la propiedad sin necesidad de concreción de la *traditio*, venía a convertir en irrelevante la distinción entre

contra el comprador el resarcimiento de los perjuicios que haya experimentado por la expresada falta”.

603 *Code civil* francés, [artículo 1138]: “1. L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. 2. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n’ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”. Precepto que hay que poner en relación con el [artículo 1136], que asigna al vendedor el deber de custodiar la cosa desde el perfeccionamiento de la venta y hasta su entrega: “L’obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu’à la livraison, à peine de dommages et intérêt envers le créancier”. J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador*, pp. 36-37, enumera cinco excepciones al brocardo “*res perit domino*” presentes en el Code civil: 1. Que la pérdida o el menoscabo se haya debido a la negligencia del vendedor, lo que invalida la existencia de un caso fortuito. 2. Conforme al artículo 1585, en la venta de bienes que se venden a peso, medida o número, hasta que se produce su especificación el riesgo sigue perteneciendo al propietario o vendedor, mientras que para la venta en masa, el artículo 1586 mantiene la regla general. 3. En las ventas sujetas a una previa prueba o degustación, *ad gustum*, el riesgo no se transmite hasta que ésta tiene lugar. 4. En la venta bajo condición suspensiva, artículo 1182, en el caso de pérdida o destrucción se atribuye el riesgo al vendedor y en el de daño o menoscabo al comprador. 5. En la venta alternativa la última prestación que desaparece lo hace para el comprador, mientras que las pérdidas anteriores son para el vendedor.

604 R. J. Pothier, *Traité des obligations*, première partie, chapitre premier, section première, article premier, p. 8, 7.2: “C’est aussie une chose qui est de la nature du contrat de vente, qu’aussitôt que ce contrat a reçu sa perfection par le consentement des parties, quoiqu’avant la tradition, la chose vendue soit aux risques de l’acheteur, et que si elle vient à périr sans la faut du vendeur, la perte en doive tomber sur l’acheteur, qui ne será pas pour cela déchargé du prix: mais comme cela est de la nature seulement, et non de l’essence du contrat de vente, on peut, en contractant, convenir du contraire”.

605 El carácter consensual del perfeccionamiento de los contratos se predica, con carácter general, en el *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 978]: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso, o a la ley”. Concuerta parcialmente con el [artículo 1135] del *Code civil* francés: “Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature”.

las reglas de *res perit domino* y *res perit emptoris*, por hacerlas coincidir en toda su extensión⁶⁰⁶. Pues al regular la atribución del daño o provecho de la cosa vendida después de la perfección del contrato se hacía remisión al artículo 981, que consagraba el citado principio consensual, con el subsiguiente traslado del riesgo de pérdida o deterioro al acreedor, al que también le beneficiaba el aumento o la mejora⁶⁰⁷, al artículo 1006, que, aun enunciando la misma regla, introducía la excepción de que el obligado hubiese incurrido en mora o -como también recogerá el artículo 1096 del Código civil⁶⁰⁸- que hubiese comprometido la entrega de la cosa a dos o más personas distintas⁶⁰⁹,

606 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1374]: “1. El daño o provecho de la cosa vendida después de perfecto el contrato, se regula por lo dispuesto en los artículos 981, 1006 y 1160. 2. Esta regla es aplicable a la venta de cosas fungibles, hecha alzadamente y por un solo precio, o sin consideración al peso, número o medida. 3. Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, número o medida, no se transferirá el peligro al comprador hasta que se haya contado, pesado o medido, a no ser que se hubiera constituido en mora”. Este artículo refunde dos preceptos del Code civil francés; [artículo 1585]: “Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n’est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu’à ce qu’elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l’acheteur peut en demander ou la livraison ou des dommages-intérêts, s’il y a lieu, en cas d’inexécution de l’engagement”; [artículo 1586]: “Si au contraire les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n’aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées”.

607 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo, 981]: “1. La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1859 y siguientes del título XX, Libro III de este Código. 2. La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 1006. 3. El que tiene a su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida o deterioro, pero se aprovechará también de su aumento o mejora”. Este precepto concuerda con el ya citado [artículo 1138] del Code civil francés. En su glosa a esta ley F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 520, afirmaba que desde que se presta el consentimiento al acreedor no solo le asiste un simple derecho a la cosa (*ius ad rem*), sino un derecho de dominio (*ius in re*), incluso si se hubiese señalado plazo o término para hacer la entrega. Lo que prueba hasta qué punto su proyecto siembra la confusión entre los planos obligacional y real que se superponen en esta cuestión.

608 *Código civil*, [artículo 1096.3]: “Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”.

609 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo, 1006]: “1. Desde que contrato se

lo que crea diversas obligaciones incompatibles entre sí, y al ya analizado artículo 1160. Aunque, eso sí, esta anticipación de la transferencia del dominio solamente se declaraba operativa en la venta (*per aversionem*) de cosas fungibles efectuada por un precio único o sin consideración a su peso, número o medida, pues en el caso contrario, el peligro no pasaría al comprador hasta ser pesadas, contadas o medidas, a no ser que éste se hubiera constituido en mora (*mora accipiendi*). Mientras que respecto a la venta sometida al previo ensayo o prueba de la cosa vendida o la de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibir las, se expresaba su presunción -implícita en el proyecto de 1836- como sujetas a condición suspensiva⁶¹⁰.

3. Fidelidad al sistema tradicional del traslado de la propiedad por la entrega de la cosa en el Código civil

Este régimen consensual, que entraba en completa contradicción con el sistema vigente en las Partidas⁶¹¹, no fue mantenido en el artículo 1452 del

perfecciona por el consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa corre a cargo del acreedor. 2. Cuando el obligado se haya constituido en mora, o se haya comprometido sucesivamente a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, será de su cuenta el peligro de la cosa, hasta que se verifique la entrega”. El primer párrafo y la disposición correspondiente a la responsabilidad por mora, coinciden también con el artículo 1138 del Código francés, antes citado. Para F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 539, esta excepción, que no se encuentra en otros códigos extranjeros, constituye una justa pena a la mala fe del vendedor.

⁶¹⁰ *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1375]: “La venta hecha con sujeción al ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibir las, se presumen hechas siempre bajo condición suspensiva”. Este precepto ensambla también dos artículos del *Code civil* francés: [artículo 1587]: “A l’égard du vin, de l’huile, et des autres choses que l’on est dans l’usage de goûter avant d’en faire l’achat, il n’y a point de vente tant que l’acheteur ne les a pas goûtées et agréées”; [artículo 1588]: “La vente faite à l’essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 732, se preguntaba a quién pertenecería el peligro después de gustado y aprobado, por ejemplo, el vino y antes de su medición cuando se hubiese señalado el precio por medida, admitiendo la tesis de Vöet acerca de que corresponderá al comprador no habiendo culpa del vendedor ni pacto especial en contrario.

⁶¹¹ *Siete Partidas*, [III, XXVIII, XLVI]: “Como non passa el Señorío dela cosa vendida, o dada a aquel que apoderan en ella, fasta que aya pagado el precio. Apoderan vnos omes a otros en sus cosas vendiendo gelas, o dando gelas en dote, o en otra manera, o cambiando las, o por alguna otra derecha razón. E porende dezimos que por tal apoderamiento

Código civil, que, a pesar de conservar prácticamente intacto el enunciado del mencionado artículo 1374, optó -como ya lo hacía el Anteproyecto de Código de 1888 y ratificó la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888⁶¹²- por rescatar el criterio de la vinculación del traslado de la propiedad a la entrega de la cosa, provocando la dislocación del sistema instaurado en el proyecto⁶¹³. Importante giro que ofreció amparo a la tesis adoptada por la doctrina

como este que faga vn ome a otro de su cosa, o que lo faga otro alguno por su mandado, que passa el Señorío dela cosa a aquel a quien apoderasse della. Empero si el que ouiesse vendido su cosa a otri le apoderasse della, si el comprador non ouiesse pagado el precio, o dado fiador, o peños, o tomado plazo para pagar, por tal apoderamiento como este, non passaria el señorío de la cosa fasta que el precio se pagasse. Mas si fiador, o peños ouiesse dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiasse en el comprador del precio, estonce passaria el señorío de la cosa a el por el apoderamiento, maguer el precio non ouiesse pagado. Empero tenuto lo seria de lo pagar”.

612 *Anteproyecto de Código civil de 1888* (J. F. Lasso Gaité, *Crónica de la codificación española*, 4, *Codificación civil (Génesis e historia del código)*, vol. II, apéndice VII: “Anteproyecto de Libros III y IV del Código civil”, pp. 609-750), [artículo 1478]: “1. El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regularán por lo dispuesto en los artículos 1113 y 1196. 2. Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. 3. Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora”, que debe interpretarse en conexión con los artículos [606] y [1113], que retornaban al sistema del título y el modo como criterio de transmisión del dominio de la cosa, lo que volvía a disociar la asignación del riesgo en su dimensión obligacional de la asunción de la condición de dueño del objeto de la compraventa por parte del comprador. Y ello a pesar de que, en contradicción, el [artículo 1271], reproducía, en su tenor literal, el [artículo 978] del Proyecto de 1851, que, precisamente, consagraba la adopción del régimen consensual.

Pese a ordenarse que en materia de transmisión del dominio y de los derechos reales se tomase como referencia el proyecto de 1851, la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, en su [base 20], establecía que: “Los contratos, como fuente de las obligaciones, será considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente (...)”. Su concreción es visible en el Código civil, [artículo 1095]: “ El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada”.

613 *Código civil*, [artículo 1452]: “1. El daño o provecho de la cosa vendida, después

mayoritaria⁶¹⁴, con repetido eco en la jurisprudencia⁶¹⁵, de que esto comportaba su adhesión a la añeja regla romana del *periculum est emptoris*. Una supuesta pervivencia que se ha querido sustentada sobre tres pilares fundamentales: sus antecedentes históricos en el derecho romano y en la tradición legal castellana, que habían mantenido su prevalencia en la literatura jurídica posterior al fracaso del proyecto de 1851⁶¹⁶; el tenor del artículo 1095 del Código civil, que, al atribuir al comprador los frutos del objeto del negocio desde que se perfecciona el contrato, ha hecho deducir que también es lógico que deba soportar los riesgos⁶¹⁷, así como el contenido del artículo

de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182. 2. Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. 3. Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado o contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora”.

614 Empezando por J. M. Manresa Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 4ª edición corregida y aumentada, Madrid, Reus, 1929, TX, vol. I, comentario al artículo 1452, p. 149. Su apoyo en el artículo 1452 ha sido continuada después por otros autores como M. Alonso Pérez, *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 291-293.

615 Así, en sucesivos fallos del Tribunal Supremo, como los de 6 de octubre de 1965 (RJ 4358); 16 de noviembre de 1979 (RJ 3850); 21 de marzo de 1991; 20 de junio de 1994 (RJ 4935); y 22 de abril de 2004 (RJ 2673). Tomo las referencias de M. Linacero de la Fuente, *Riesgos en el contrato de compraventa*, p. 23.

616 Buen ejemplo lo proporciona B. Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales*, vol. IV, pp. 291-293, que en una larga exposición hace repaso a las leyes de Partidas que tratan la materia del riesgo, la crítica vertida frente al viejo sistema romano por los representantes del iusnaturalismo racionalista y el giro supuesto por el citado proyecto de García Goyena. También fieles a la concepción tradicional del traslado de la propiedad mediante la entrega de la cosa se manifiestan P. Gómez de la Serna, J. M. Montalbán, *Elementos del derecho civil y penal de España*, 11ª edición, Madrid, Alhambra, 1874, II, pp. 240-241, que, no obstante, sostienen que si en el bien se halla determinado el peligro, las mejoras y los menoscabos pertenecen al comprador. Hay, sin embargo, algunos autores que se manifiestan partidarios del giro contemplado en el proyecto de 1851. Es el caso de S. Del Viso, *Lecciones elementales de derecho civil*, tercera edición arreglada a la legislación vigente, III, *Del derecho de las personas para exigir a otro lo que debe, o sea obligaciones*, Valencia, J. Mariana y Sanz, 1870, pp. 265-266, y M. Falcón, *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, cuarta edición, Barcelona, Cervantes, 1889, vol IV, pp. 222-223. Véase J. M. Abril Campoy, *La atribución del riesgo al comprador*, pp. 40-42.

617 *Código civil*, [artículo 1095]: “El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que no le haya sido entregada”.

1186, que concede al comprador todos los derechos y acciones que el vendedor tuviese contra terceros por razón de la pérdida de la cosa⁶¹⁸; y finalmente, una interpretación a *sensu contrario* del párrafo tercero del mencionado artículo 1452.

Hemos analizado, sin embargo, como el principio *periculum est emptoris* no está vigente en la primera fase del período clásico romano, aunque después se consolida en el ámbito de la compraventa, si bien amparando varias excepciones, de las que detectamos diáfano reflejo en los preceptos del Código civil arriba citados: que la venta esté subordinada a una condición suspensiva o a un término temporal; cuando su objeto sea una cosa genérica y aún no se haya producido su singularización a través de su número, peso o medida; y que dicha cosa no hubiese sido separada de la masa patrimonial en la que estuviese integrada. Recordemos, además, que también la contrapartida concedida al comprador por su asunción de los riesgos, al adjudicársele los frutos y accesiones del bien adquirido desde el momento de la perfección de la transacción, tiene raíz romana.

Y por lo que se refiere al derecho histórico castellano, recordemos que a la hora de distribuir las consecuencias de la pérdida, el perecimiento o el deterioro del objeto de la compraventa con anterioridad a su entrega efectiva, es esencial determinar si existió dolo o culpa por parte del vendedor en la creación de la situación que provoca el daño, en cuyo caso éste deberá pechar por ello. Constituyendo la circunstancia en la que con mayor evidencia se presenta lo inapropiada, y culpable, de su conducta la demora en el cumplimiento de su obligación de transmitir la cosa tras haber sido requerido para ello por su adquirente. No obstante, sabemos que la situación cambia sustancialmente cuando la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento proviene de la concurrencia de un factor natural o accidental, ajeno a la voluntad de los contratantes, pues entonces cobra gran trascendencia que su aparición se produzca antes del perfeccionamiento del contrato, ya que en este caso el riesgo recae sobre el vendedor, obligándole al saneamiento de los vicios, mientras que si fuese después, y a no ser que exista mora que invierta esta regla, planea sobre el comprador, aun cuando no se haya consumado la entrega de la cosa, a la que se subordina la transferencia del dominio sobre ella, si ya se hubiese pagado el precio convenido o se hubiera cumplido la prestación asumida por el

618 *Código civil*, [artículo 1186]: “Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta”.

vendedor⁶¹⁹. Sin embargo, como vimos, el principio general de atribución del peligro al comprador puede verse alterado en el caso de que se trate de bienes que habitualmente son vendidos por su peso, número o medida, o que suelen ser probados antes de la aceptación de su adquisición. Así, con excepción de que las partes hubiesen pactado lo contrario⁶²⁰, cuando la pérdida o el menoscabo acaeciese con antelación a la realización de estas operaciones, el riesgo se traslada al vendedor, incluso aunque el precio hubiese sido ya acordado; pero si, por el contrario, se produjese con posterioridad, seguirá rigiendo la mencionada regla general, que lo hace pesar sobre el comprador. Si bien, el precepto que la consagra contempla -como ya hemos estudiado- algunas singularidades⁶²¹, a las que se suman algunas otras excepciones a este régimen común dignas de mención⁶²².

En todo caso, la doctrina decimonónica no parece tomar como esencial esta cuestión, apostando la mayoría de los autores que se pronuncian sobre ella por asumir, sin plantearse objeciones, la vigencia de las reglas tradicionales del *periculum est emptoris* para la compraventa y el *periculum est locatoris* para el arrendamiento⁶²³. No obstante, los incipientes intentos de construir una teoría de los riesgos, lo que comportaba una unificación de criterios, hará aparecer las discrepancias entre los partidarios de generalizar la fórmula comúnmente atribuida a la compraventa y los defensores de la extinción de ambas obligaciones, haciendo gravitar la pérdida sobre el deudor⁶²⁴. Sorprende, además, la general inhibición que exhibe, eludiendo

619 Me remito en este punto al estudio realizado en el capítulo anterior, dentro del epígrafe rotulado: “La compraventa y el problema de la distribución de los riesgos”.

620 En opinión de R. J. Pothier, *Traité des obligations*, première partie, chapitre premier, section première, article premier, p. 8, 7.2, la posibilidad del pacto contrario está amparada porque esta regla es sólo parte de la naturaleza del contrato y no de la esencia del contrato de compraventa: “..mais comme cela est de la nature seulement, et non de l'essence du contrat de vente, on peut, en contractant, convenir du contraire”.

621 *Siete Partidas*, [V, V, XXIV].

622 *Siete Partidas*, [V, V, XXV].

623 Como ejemplos, J. Sala Bañuls, *Ilustración del Derecho Real de España*, I, reimpresión de la edición de la Coruña, Gregorio Lomas, 1837, Pamplona, Analecta, 2002, pp. 314-316, y P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 1874, II, núm. 155, p. 252.

624 Entre los primeros los propios y P. Gómez de la Serna y J. M. Montalbán, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, II, núm. 98, p. 221. En el bando opuesto Martí de Eixalá, *Tratado elemental de derecho civil romano y español*, Barcelona, Joaquín Verdaguer, 1838, p. 97.

el debate sobre este tema, la literatura jurídica posterior a la publicación del Código civil⁶²⁵.

Damos por factible, en definitiva, la tesis dominante, que radica en el precedente jurídico romano y en su continuidad en la legislación histórica castellana la pretendida pervivencia en nuestro derecho civil codificado del viejo principio de subsistencia de la obligación del vendedor en circunstancias de extinción por causas no imputables a su conducta de la correspondiente a su contraparte. Pero siempre rodeada de las citadas excepciones y acotada por la constatación de que no es su formulación explícita, sino la falta de evidencias en contrario la que parece confirmar su virtualidad⁶²⁶.

Es interesante, con todo, mencionar que la alteración del sistema de transmisión de la propiedad adoptada, siguiendo la pauta del Código civil francés, en el proyecto de García Goyena de 1851, dejaba sentir, también, sus efectos en alguna otra figura contractual distinta de la compraventa. Es el caso del contrato de obra establecido a precio alzado, para el que -como hemos analizado- el artículo 1530 disponía que si el contratista se hubiese comprometido a aportar el material, asumiría el riesgo de la destrucción de la obra en el caso de que ésta se produjese con anterioridad a su entrega, a no ser que el comitente se hubiese mostrado moroso en su recepción, mientras que si únicamente hubiese contribuido con su trabajo o su industria sólo respondería de las consecuencias de su impericia⁶²⁷. Si bien, el artículo 1531 añadía que en este último supuesto tampoco podía reclamar pago alguno, excepto si se hubiera dado dicha morosidad del comitente o que la pérdida

625 Véase, B. Rodríguez Rosado, *La recepción española del sinalagma funcional*, pp. 71-72.

626 Esta ausencia de evidencias contundentes, y prescindiendo de las dudas que le suscita la vigencia de este principio en el propio derecho romano, lleva a C. Rogel Vide, *La compraventa de la cosa futura*, p. 188, a cuestionar su verdadera presencia en el código civil: “Si el legislador de 1851 hizo caso omiso de la tradición ¿por qué no puede concebirse que igual haya hecho el de 1889?”

627 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1530]: “1. Si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiere habido morosidad en recibirla. 2. Si ha puesto solo su trabajo o su industria, no es responsable sino de los efectos de la impericia”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 801, afirmaba que cuando el contratista pone el material, más que de un arrendamiento se trata de una venta, y que siendo hasta su entrega propietario de la obra, rige el principio *res suo domino perit.*, lo que también es aplicable si el material lo pone el comitente.

se hubiese producido como resultado de la mala calidad de los materiales, habiendo advertido de esta deficiencia a quien lo contrató⁶²⁸. Una previsión de exclusión del peligro favorable al comitente, que tomaba inspiración del Código civil francés⁶²⁹ y que el Código civil parece reproducir literalmente⁶³⁰. Aunque para evitar las indeseadas consecuencias que tendría la aplicación del criterio consensual en el traspaso del dominio, abrazado en el proyecto de 1851, y en cuya virtud el comitente adquiriría la propiedad de dichos materiales desde la conclusión del acuerdo de realización de la obra, se hizo necesario introducir una norma que, precisamente, persigue cerrar la posibilidad de que el operario, que es sobre quien se quiere que recaiga el riesgo, pueda reclamar al comitente, en cuanto dueño, y sin haber obtenido resultado o beneficio alguno del contrato, por la pérdida de unos materiales que el propio contratista se había comprometido a aportar⁶³¹.

628 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1531]: “El que se ha obligado a poner solo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya sido advertida oportunamente esta circunstancia al dueño”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 802, aclaraba que este precepto había sido parcialmente tomado del artículo 1790 del *Code civil* francés, y en su última parte del artículo 1157 del Código civil austriaco.

629 *Code civil* francés, [artículo 1788]: “Si, dans le cas où l’ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d’être livrée, la perte en est pour l’ouvrier, à moins que le maître ne fût en demeure de recevoir la chose”; [artículo 1789]: “Dans le cas où l’ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient à périr, l’ouvrier n’est tenu que de sa faute”; [artículo 1790]: “Si, dans le cas de l’article précédent, la chose vient à périr, quoique sans aucune faute de la part de l’ouvrier, avant que l’ouvrage ait été reçu, et sans que le maître fût en demeure de le vérifier, l’ouvrier n’a point de salaire à réclamer, à moins que la chose n’ait péri par le vice de la matière”.

630 *Código civil*, [artículo 1589]: “Si el que contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiese habido morosidad en recibirla”; [artículo 1590]: “El que se ha obligado a poner sólo su trabajo o industria, no puede reclamar ningún estipendio si se destruyese la obra antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla, o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño”.

631 *Código civil*. [artículo 1595]: “1. Cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona. 2. En este caso, el propietario debe abonar a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales

4. Obligaciones sometidas a condición

Particular mención merecen, también, las reglas de adjudicación de los riesgos en las obligaciones sometidas a condición. Una cuestión que el artículo 878 del proyecto de Código civil de 1836 resolvía con una escueta y tajante atribución del riesgo al deudor, sin distinción alguna acerca de la idoneidad, o no, de su comportamiento, hasta la verificación de la condición establecida⁶³². Principio general que resultaba completado respecto a las obligaciones otorgadas bajo condición suspensiva, por el artículo 1002, que disponía que si durante el período de suspensión la cosa pereciese por completo, no habiendo habido culpa por parte del deudor, éste quedaba libre de responsabilidad, disfrutando el acreedor, en el caso de que solamente sufriese una desmejora parcial, de la posibilidad de optar entre la petición de rescisión del contrato o la recepción de la cosa en el estado en el que hubiese quedado⁶³³. Mientras que el artículo 1003, contemplando la circunstancia de que la pérdida se hubiese producido por culpa del deudor, imponía a éste al pago de su valor, en tanto que en el caso de menoscabo ofrecía al acreedor las mismas alternativas que podía manejar cuando no hubo una conducta imputable del deudor, pero añadiendo, si eligiese recibir la cosa, un suplemento por el precio de la parte deteriorada, además -en cualquiera de los casos- del resarcimiento de los daños, cuando hubiese fundamento para ello⁶³⁴.

preparados, siempre que de estos materiales reporte algún beneficio. 3. Lo mismo se entenderá si el que contrata la obra no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad”. Sobre esta cuestión, interesa M. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 442-461.

632 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 878]: “En las obligaciones condicionales corre de cuenta del deudor el riesgo de las cosas que son objeto de aquellas hasta que la condición se hay verificado”.

633 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1002]: “En las obligaciones que se otorgan bajo condición suspensiva, si durante la suspensión pereciere enteramente la cosa debida sin culpa del deudor, se extinguirá la responsabilidad del obligado; si se deteriorare aquélla, también sin culpa suya, podrá el acreedor pedir la rescisión del contrato o recibir la cosa en el estado que tenga”.

634 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 1003]: “Si durante dicha condición suspensiva pereciere la cosa por culpa del deudor, quedará este obligado a pagar el valor de ella, y solo si se deteriorase, también por culpa suya, tendrá el acreedor elección, o de pedir que se rescinda el contrato, o bien de recibir la cosa en el estado que tenga con suplemento de precio en la parte deteriorada, y resarcimiento de daños en uno y otro caso, si hubiera lugar a él según las circunstancias”.

En el proyecto de Código civil de 1851, las pautas que disciplinaban esta situación aparecían condesadas en su artículo 1040, referido a la pérdida -equiparada al perecimiento, la salida fuera del comercio o la desaparición que hiciese que se ignore su existencia o que impida su recuperación-, el deterioro o la mejora de la cosa en la obligación sometida a condición suspensiva, estando aún pendiente su cumplimiento. Así, la pérdida producida sin culpa del deudor comportaba la extinción de la obligación, mientras que su simple menoscabo recaía sobre el acreedor, a quien no se le ofrecía la alternativa, expresada en el proyecto de 1836, entre la devolución de la cosa en su estado presente o el ejercicio de la acción de rescisión⁶³⁵. Pero si, por el contrario, la pérdida fuese imputable al deudor, éste debería afrontar el resarcimiento de los daños y perjuicios, pudiendo optar el acreedor, en el caso de que solo hubiese habido un deterioro, entre la citada indemnización o la rescisión del contrato. En cuanto a las mejoras que pudiera experimentar la cosa, las derivadas de su propia naturaleza o del transcurso del tiempo beneficiaban al acreedor, en tanto que las obtenidas a expensas o por obra del deudor solo favorecían a éste en los mismos términos reconocidos al usufructuario, es decir, podía quedárselas siempre que ello no repercutiese en detrimento de la cosa⁶³⁶. Estas mismas reglas, que con alguna pequeña variación son reprodu-

635 Aunque este precepto tiene inspiración en el [artículo 1182] del *Code civil* francés, presenta algunas variaciones respecto al contenido de éste. Por ejemplo, esta opción ofrecida en el proyecto de 1836 al acreedor está también presente en el código napoleónico, pero desaparece en el proyecto de 1851. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 559, explicaba que en este caso prefirió recoger la solución dada en el derecho romano y patrio (*Siete Partidas*, V, V, XXVI), aunque la redacción afín al código francés fue la manejada por la comisión hasta que él mismo propuso su cambio., apoyándose, además, en la opinión de Pothier, favorable a la regulación dada a la cuestión en el derecho romano.

636 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1040]: “1. Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición, suspensiva y pendiente ésta se perdiere, deteriorare, o bien se mejorare la cosa que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes: 2. Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, se extingue la obligación. 3. Si se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. 4. Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece, de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar. 5. Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor. 6. Deteriorándose por culpa del deudor, podrá el acreedor optar entre la indemnización de daños y perjuicios o la rescisión del contrato. 7. Si la cosa se mejora por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor. 8. Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho

cidas en el artículo 1122 del Código civil⁶³⁷, eran también de aplicación a las obligaciones contraídas bajo condición resolutoria⁶³⁸.

5. Obligaciones alternativas

Una situación especial la constituye asimismo, en relación con su afectación por la desaparición sobrevenida de su objeto, la existencia de obligaciones alternativas. Aspecto en el que el artículo 897 del proyecto de Código civil de 1836, amén de disponer -conforme a la lógica derivada de esta opcionalidad en la elección- la entrega de la cosa que no hubiese perecido, declaraba que en el caso de que ninguna de ellas se hubiese conservado, quedaría extinguida la obligación, a no ser que hubiese habido dolo, culpa o mora por

que el concedido al usufructuario en el artículo 447⁷. Lo que disponía el artículo 447 era que el usufructuario no tendría derecho a reclamar su pago al dueño, sin bien le permitía llevarse las mejoras útiles y puramente voluntarias siempre que fuese posible hacerlo sin detrimento de la cosa objeto del usufructo.

637 *Código civil*, [artículo 1122]: “Cuando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar, se observarán las reglas siguientes, en el caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore pendiente la condición: 1ª Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. 2ª Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar. 3ª Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor. 4ª Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos. 5ª Si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor. 6ª Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario”. Nótese que el único cambio introducido respecto a lo establecido en el artículo 1040 del proyecto de 1851 afecta al deterioro provocado por culpa del deudor, pues aquí la opción que se ofrece junto a la rescisión no es la indemnización, sino el cumplimiento, debiendo el deudor indemnizar en cualquier caso.

638 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1041]: “ 1. Cuando la obligación se hubiere contraído bajo condición resolutoria (...). 3. En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa restituible, se aplicarán al que debe hacer la restitución las disposiciones que, respecto del deudor, contiene el artículo precedente”. Esta extensión del régimen previsto para la condición suspensiva es también formulada por el *Código civil*, [artículo 1123. 2]: “En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente”.

parte del deudor, que, en este supuesto, tendría que pagar el precio de la última que se perdió⁶³⁹.

Más compleja era su regulación en el artículo 1054 del proyecto de Código civil de 1851, que coincidía en la exigencia de la entrega de la restante cuando una de las cosas prometidas se hubiese perdido, aunque negando al acreedor la posibilidad de reclamar el precio de la que ya no estaba disponible y al deudor la de ofrecerlo, y que, además, establecía que si ambas cosas hubiesen desaparecido y una de ellas lo hubiese sido por culpa del deudor, éste debería pagar el precio de la última que estuvo en su poder⁶⁴⁰. Si bien, el artículo 1055, partiendo del mismo supuesto contemplado en el precepto anterior, pero atendiendo a la circunstancia de que en el contrato se hubiese pactado la atribución al acreedor del derecho a elegir entre las dos, o más, cosas malogradas, ordenaba observar las siguientes reglas: si una de ellas se hubiese perdido sin existir culpa por su parte, el deudor cumpliría con la entrega

639 *Proyecto de Código civil de 1836*, [artículo 896]: “Asimismo se convierte de alternativa en simple cuando una de las cosas prometidas perece de modo que no pueda entregarse”; [artículo 897]: “En el caso de que habla el artículo anterior deberá el deudor entregar la cosa que no pereció, y si perecieron ambas sin dolo, culpa o morosidad suya, queda extinguida la obligación; pero si hubiere habido culpa de su parte, deberá pagar el precio de la que últimamente pereció”.

640 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1054]: “1. En el caso de perderse por cualquiera causa una de las cosas prometidas, el deudor debe entregar la que hubiere quedado, sin que ni él cumpla con ofrecer, ni el acreedor pueda exigirle el precio de la otra. 2. Si las dos se han perdido, y la una lo ha sido por culpa del deudor, éste tiene la obligación de pagar el precio de la última que se perdió”. Concuera con el *Códe civil francés*, [artículo 1193]: “1. L’obligation alternative devient pure et simple, si l’une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place. 2. Si toutes deux sont périées, et que le débiteur soit en faute à l’égard de l’une d’elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, pp. 566-567, señalaba que la pérdida de una de las dos cosas no extingue la obligación, pero al ser incierto cuál de ellas será entregada, mientras que no se produzca la elección y la entrega no puede transmitirse la propiedad, quedando ésta en la persona del deudor y a su riesgo. Aclaraba, además, que en este precepto se parte de la premisa de que la elección le corresponde al deudor, por lo que, perdiéndose una cosa, la obligación pasa a ser pura y simple, pues sólo tiene un único objeto. Por eso, es indiferente cuál de las dos cosas se perdió por culpa del deudor, ya que al convertirse en una obligación simple, éste ya no deberá sino el precio de la que pereció más tarde. Se plantea, asimismo, que podría pretenderse que pereciendo la primera cosa por culpa del deudor, y la segunda sin culpa suya, éste debería quedar enteramente libre, pero se oponía a esta solución por considerarla contraria a la equidad.

de la que se hubiera conservado, mientras que si sucedió por una causa a él mismo imputable, el acreedor podía escoger entre reclamar la que hubiese quedado o el precio de la que desapareció, o bien exigir el precio de cualquiera de ellas, cuando todas ellas se perdieran por culpa del deudor⁶⁴¹.

Todavía más pormenorizado es, sin embargo, su tratamiento en el Código civil, que en su artículo 1135 viene a recoger, con una más elaborada redacción, el principio ya anticipado en el proyecto de 1851, por el que, frente al deudor por cuya culpa hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente constituyesen el objeto de la obligación, o bien hubiese devenido en imposible su cumplimiento, se reconoce al acreedor el derecho a obtener una indemnización por daños y perjuicios, que será estimada en relación con el valor de la última cosa desaparecida o del último servicio convertido en irrealizable⁶⁴². Dedicándose el artículo 1136 a fijar las reglas operantes, tanto para las obligaciones de hacer como para las de no hacer, respecto a la responsabilidad del deudor en el caso de que en el contrato se hubiera adjudicado expresamente la elección al acreedor y mientras dicha decisión no le fuese notificada. De tal modo que, si una o varias cosas se hubieran perdido

641 *Proyecto de Código civil de 1851*, [artículo 1055]: “1. En los casos del artículo precedente, si el acreedor tuviere la elección por haberse así pactado en el contrato, se observarán las reglas siguientes: 1ª Si una de las cosas se ha perdido sin culpa del deudor, éste cumple con entregar al acreedor la que haya quedado. 2ª Si se perdió por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar a su elección la cosa que haya quedado o el precio de la que se perdió. 3ª Si se han perdido las dos cosas por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar a su elección el precio de la una o de la otra. 2. Las mismas reglas son aplicables al caso en que sean más de dos las cosas comprendidas en la obligación alternativa”. Concuerta con el [artículo 1194] del *Code civil* francés: “1. Lorsque, dans le cas prévu par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier. 2. Ou l'une des choses seulement est périe; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe; 3. Ou les deux chose sont péries; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix”. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, p. 567, justificaba la opción concedida al acreedor en las reglas 2ª y 3ª en la idea de que la culpa del deudor no puede privarle de su derecho a elegir.

642 *Código civil*, [artículo 1135]: “1. El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación, o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta. 2. La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible”.

por caso fortuito, el deudor podrá cumplir entregando la que el acreedor escogiese entre las que quedasen o la restante cuando sólo una de ellas subsistiera, mientras que si su perecimiento o extravío se hubiese producido por su culpa, el acreedor podrá optar entre reclamar cualquiera de las disponibles o el precio de la que el deudor perdió, o bien pedir el precio de una de ellas, si no hubiese perdurado ninguna; es decir, en esencia, son de aplicación las mismas pautas señaladas en el proyecto de 1851⁶⁴³.

6. Deber de restitución por nulidad del contrato

Podemos, por último, hacer una mención al supuesto relativo a la pérdida -que imposibilita que se haga *in natura*- de la cosa objeto del deber de restitución derivado de la declaración de nulidad del contrato. Situación en cuyo tratamiento el proyecto de Código civil de 1851 anticipaba la solución recogida después por el artículo 1307 del Código civil en sus mismos términos, al disponer su artículo 1194 que el obligado a la restitución debería devolver los frutos percibidos, así como el valor estimado de la cosa en el momento de su desaparición y los intereses devengados desde ese mismo día⁶⁴⁴. Precepto

643 *Código civil*, [artículo 1136]: “1. Cuando la elección hubiera sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor. 2. Hasta entonces las responsabilidades del deudor se registrarán por las siguientes reglas: 1º Si alguna de las cosas se hubiese perdido por caso fortuito, cumplirá entregando la que el acreedor elija entre las restantes, o la que haya quedado, si una sola subsistiera. 2ª Si la pérdida de alguna de las cosas hubiese sobrevenido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar cualquiera de las que subsistan, o el precio de la que, por culpa de aquél, hubiera desaparecido. 3º Si todas las cosas se hubiesen perdido por culpa del deudor, la elección del acreedor recaerá sobre su precio. 3. Las mismas reglas se aplicarán a las obligaciones de hacer o de no hacer, en el caso de que algunas o todas las prestaciones resultaren imposibles”.

644 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1194]: “Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la restitución de la cosa no pueda hacerlo, por haberse ésta perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa, cuando se perdió, con los intereses respectivos desde la misma época”. Señalaba F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios*, pp. 634, que el precepto guardaba directa consecuencia con el artículo 1190: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículo siguientes”, al que complementaba. Añadía, además, que el precio se subroga necesariamente en lugar de la cosa y que no puede ser otro que el que tenía al tiempo de la pérdida, ya que la cosa hubiera sido

que también hay que poner en relación con el artículo 1188, dedicado a decidir cuáles eran las causas por las que resultaba admisible interponer la acción de nulidad cuando la cosa se perdiese antes de empezar a correr el término de cuatro años fijado para ello, distinguiéndose, al respecto, entre que tuviese como origen la incapacidad, procediendo siempre en este caso, o algún vicio de la voluntad, donde no tenía cabida, a no ser que la pérdida hubiese sido provocada por culpa del reclamante, mientras que en los demás supuestos tampoco podría activarse cuando el objeto de la obligación se hubiera perdido estando en poder del reclamante o bien de aquél contra quien se reclamaba sin que éste hubiese caído en culpa o estuviera incurso en mora⁶⁴⁵.

entregada en el estado en el que entonces estaba. C. López Beltrán de Hereda, *La nulidad contractual*, pp. 109-110, objeta que esta solución no será siempre justa, pues la cosa puede valer más o menos cuando se perdió que cuando se entregó.

645 *Proyecto de Código civil de 1851*, [1188]: “Para decidir si es o no admisible la acción de nulidad, cuando se perdió la cosa que fue objeto de la obligación, antes de empezar a correr el término de los cuatro años, se observarán las reglas siguientes: 1ª Si la nulidad procede de incapacidad, tendrá siempre lugar la acción. 2ª Lo mismo procederá en la nulidad por error, dolo, violencia o intimidación, a no ser que la cosa haya perdido por culpa del reclamante. 3ª En los demás casos de nulidad si la cosa se hubiese perdido en poder del reclamante, cesará este recurso. También cesará si se hubiere perdido en poder de aquel contra quien se reclama sin culpa o sin estar constituido en mora”.

LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
NEL PRIMO NOVECENTO GIURIDICO ITALIANO

Giovanni Chiodi

1. *Premessa*

Vorrei cominciare con il ricordo di Luigi Mengoni, un grande civilista italiano (ma la qualifica rischia di suonare riduttiva per una personalità poliedrica come la sua¹), ordinario di diritto civile all'Università Cattolica di Milano e giudice costituzionale (1987-1996). I suoi scritti – una parte dei quali è stata di recente raccolta in due volumi² – appartengono alla schiera dei classici. Si tratta di un giudizio che investe, in modo particolare, anche quelli sulla responsabilità contrattuale, che all'interno di una bibliografia fluviale mantengono una loro distinta individualità, sia per il rigore dogmatico sia per la precisione e l'acutezza delle ricostruzioni storiche, e costituiscono il migliore punto di partenza anche per la nostra indagine.

Luigi Mengoni ha dunque scritto che “problema centrale della teoria moderna della responsabilità contrattuale ... è il superamento del concetto rigoroso di *impedimentum* naturale impiegato dai giuristi romani per valutare la responsabilità nelle obbligazioni di dare e poi esteso a tutte le obbligazioni, secondo un rigidissimo parametro logico-formale. Un concetto rigoroso, evidentemente inadatto ai bisogni del commercio giuridico e incompatibile con la clausola generale della buona fede³”.

1 V. ora il ritratto a vasto raggio a lui dedicato da P. Grossi, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLI (2012), pp. 627-656, anche in Id., *Nobiltà del diritto, Profili di giuristi*, II, Milano 2014, pp. 155-183. Cf. anche A. Nicolussi, *Mengoni, Luigi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII – XX secolo)*, dir. da I. Birocchi – E. Cortese – A. Mattone – M.N. Miletti, a cura di M.L. Carlino – G. De Giudici – E. Fabbriatore – E. Mura – M. Sammarco, con la collaborazione della Biblioteca del Senato, vol. II, Lev-Z, Bologna 2013, pp. 1324-1327.

2 L. Mengoni, *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*; II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi, Milano 2011.

3 L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. del dir.*, XXXIX

In questo contributo cercherò di evidenziare alcuni percorsi della dottrina giuridica italiana del primo Novecento, che andarono nella direzione indicata, aprendo, nei modi che vedremo, una nuova fase nella storia dei criteri di imputazione del danno contrattuale.

Per avviare il discorso, è opportuno rammentare che, secondo la prospettiva comunemente adottata dai civilisti italiani postunitari, il debitore rispondeva per inadempimento fino al limite dell'impossibilità della prestazione, cioè fino a che egli non provasse che la prestazione era divenuta impossibile per una causa estranea sopravvenuta a lui non imputabile⁴. In ciò consisteva la prova del c.d. caso fortuito o forza maggiore⁵. Per essere esonerati da re-

(1988), pp. 1072-1099 [da cui cito: p. 1077], e in Id., *Scritti*, II cit., pp. 299-353, già pubblicato in *Jus XXXIII* (1986), pp. 87-133. Sul pensiero dell'autore in materia è rilevante la lettura di C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 1 (2008), pp. 1-31.

4 Come è spesso ricordato anche nelle trattazioni civilistiche pubblicate dopo il 1942, fu Giuseppe Osti a sostenere che la dottrina dominante del suo tempo, malgrado certe affermazioni che potevano far pensare alla colpa come fondamento della responsabilità per inadempimento (la "cabala", come la definiva il civilista bolognese), esigeva invece la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per una causa esterna non imputabile al debitore. Cf. G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, X (1918), pp. 209-259; 313-360; 417-471, ora anche in Id., *Scritti giuridici*, I, con presentazione di P. Rescigno, Milano 1973 [da cui cito], pp. 1-169, in particolare pp. 90-91; Id., *Impossibilità sopravveniente*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII (1962), pp. 287-300, ora anche in Id., *Scritti giuridici*, I, in particolare pp. 500-502; Id., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, VIII (1954), pp. 593-616 e in Id. *Scritti giuridici*, I, pp. 451-485, in particolare, pp. 461-463 (dove l'opinione è qualificata "cabala").

L'interpretazione esposta nel testo derivava dall'interpretazione degli articoli 1225 e 1226 del codice civile del 1865. Art. 1225: "Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto per il ritardo nell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato da una causa estranea a lui non imputabile, ancorché non sia per sua parte intervenuta mala fede". Art. 1226: "Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato".

5 I due concetti (usati in modo distinto ad es. nel menzionato art. 1226), malgrado tentativi di differenziazione, vennero alla fine considerati equivalenti. Sul punto, a parte le opere degli autori coevi citate nel testo, cf. A. Candian, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Novissimo Digesto italiano*, II (1958), pp. 988-992; G. Cottino, *Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI (1960), pp. 377-390.

sponsabilità, infatti, non bastava che il debitore dimostrasse di essersi comportato in modo diligente e di non essere in colpa: egli era tenuto ad adempiere la prestazione fino al limite dell'impossibilità e l'assenza di colpa rilevava solo in un momento distinto del giudizio di responsabilità⁶.

Scelgo solo tre esempi, in dottrina, di questo modo di intendere la prova liberatoria⁷.

Secondo Giorgio Giorgi, magistrato fiorentino di eccellente carriera (da consigliere della Corte d'appello di Roma a presidente del Consiglio di Stato⁸), autore di un fortunato trattato sulle obbligazioni il cui primo volume venne pubblicato in prima edizione nel 1876, caso fortuito o forza maggiore era "un avvenimento non dipendente dal fatto del debitore, non prevedibile o almeno non evitabile, per effetto necessario del quale il debitore si è trovato nella impossibilità di adempiere esattamente l'obbligazione"⁹.

6 Come ha scritto L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (Studio critico), II, *La funzione della colpa nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 280-303, in particolare pp. 282-283 (ora anche in Id., *Scritti II cit.*, pp. 141-265), con riferimento all'art. 1218 dell'attuale codice civile, "non la semplice assenza di colpa bensì l'impossibilità oggettiva della prestazione, in quanto qualificata dall'assenza di colpa, esonera il debitore da responsabilità" (p. 281) e quindi "il centro di gravità del sistema della responsabilità contrattuale" (p. 292) è costituito dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione che, estinguendo l'obbligazione, esonera anche il debitore dalla responsabilità.

7 Manca una ricostruzione complessiva dei criteri adottati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella vigenza del codice civile del 1865. Non mancano, tuttavia, approfondimenti su specifiche figure (specialmente N. Coviello, L. Barassi, G. Osti) nelle opere dei civilisti che si occupati del problema della responsabilità contrattuale con riferimento al libro quarto delle obbligazioni del codice civile del 1942. Tra questi, si segnalano: M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Terza ed. riveduta, Milano 1975, in particolare pp. 195-216; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Art. 1218-1229, Seconda ed., Bologna-Roma 1979 (Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Bianca, Libro Quarto - Delle obbligazioni), pp. 82-90; G. Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Artt. 1218 - 1222, Milano 1987, in particolare cap. II, pp. 75-102. Un posto a parte merita la già menzionata voce di Mengoni, *Responsabilità contrattuale cit.*

8 Da ultimo: M. Granieri, *Giorgi, Giorgio Faustino Donato*, in *Diz. biogr.* I cit., pp. 1003-1004.

9 G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. II, *Effetti delle obbligazioni - Risarcimento del danno per inadempimento - Rischio e pericolo - Provvedimenti coercitivi - Provvedimenti conservativi - Azione surrogatoria - Azione revocatoria - Gius di*

Il debitore che allegava il fortuito, più precisamente, doveva provare quattro cose: “a) che si è verificato un avvenimento indipendente dal fatto del debitore; b) che questo avvenimento è riuscito per il debitore, imprevedibile ed inevitabile; c) che ha ridotto il debitore nella impossibilità di adempiere, o almeno di adempiere esattamente l’obbligazione; d) che le conseguenze del fortuito, le quali riescono dannose per il creditore, non sono state accresciute dal fatto positivo o negativo del creditore¹⁰”.

Caso fortuito o forza maggiore, insegnava anche Gian Pietro Chironi nelle sue *Istituzioni*, era “l’avvenimento in conseguenza del quale è reso *assolutamente* impossibile l’adempimento della prestazione¹¹” e nel trattato sulla colpa contrattuale, che costituì un punto di riferimento della produzione scientifica sul tema a cavallo tra Otto e Novecento, egli precisò che il concetto di caso fortuito risultava dal concorso di un fatto estraneo al debitore a lui non imputabile e dall’impossibilità dell’adempimento¹².

Vittorio Polacco, infine, in un libro nato per la scuola e costruito su solide basi scientifiche, scriveva che il caso fortuito risultava dalla combinazione degli articoli 1225 e 1226 c.civ.: “dal primo si trae che esso consiste in una *causa estranea al debitore non imputabile*, dal secondo che questa causa deve essere stata *tale da impedirgli l’esatto adempimento dell’obbligo* (“per cui fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato od ha fatto ciò che gli era vietato”)¹³. Anche il civilista padovano dichiarava che caso fortuito o forza

ritenzione - Effetti delle obbligazioni connesse, Quarta edizione, Firenze, Casa editrice libraria «Fratelli Cammelli», 1895, n. 8, p. 9 [I ed. 1876]. Per altre definizioni correnti nella dottrina paleocivilistica: F. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, v. III, p. II, Torino 1877, § 3155, p. 559; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Terza ed. ordinata a sistema e corredata della giurisprudenza posteriore alla seconda, v. IV, *Parte speciale, Delle obbligazioni in generale, Donazioni – Contratto di matrimonio*, Firenze 1886, n. 101, p. 186; F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Seconda ed. riveduta dall’Autore, v. VI, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Torino 1886, n.202, p. 268.

¹⁰ *Ibidem*, n. 12, p. 16.

¹¹ G.P. Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. II, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1889, § 301, p. 67.

¹² G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, 2^a edizione interamente rifatta..., *Colpa contrattuale*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1897, n. 308, p. 688. Sul libro e sul metodo v. G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano 1991, pp. 221-230; da ultimo Id., *Chironi, Gian Pietro*, in *Diz. biogr.* I cit., pp. 529-531.

¹³ V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I ... , Seconda ed. riveduta

maggior erano due concetti che, benché usati separatamente dal legislatore e oggetto di tentativi di distinzione, avevano un significato corrispondente¹⁴.

2. I caratteri del caso fortuito (o forza maggiore): fatto estraneo inevitabile

Prima fase del test di esonero da responsabilità era la prova, da parte del debitore, di non aver potuto adempiere la prestazione per l'intervento di una causa *estranea* a lui non imputabile. Era il primo ramo della prova della forza maggiore, spesso evocata, ricorrendo al diritto romano, come *vis cui resisti non potest*.

Per la duplice determinazione di questo requisito possiamo prendere ancora come buon testimone le idee di Vittorio Polacco, la cui opera, che nella seconda edizione riveduta apparve nel 1915, assume un particolare valore, proprio perché era rivolta a ribadire la fiducia nei confronti sia della concezione pandettistica di caso fortuito, che individuava nella impossibilità della prestazione il limite della responsabilità contrattuale, sia della teoria oggettiva della impossibilità. Su questo versante, egli compiva un interessante intervento chiarificatore, quando avvertiva: “non basta la *non imputabilità* (elemento subiettivo), occorre l'*estraneità* della causa, che cioè essa venga dal di fuori¹⁵”. In altri termini, era necessario il concorso di due elementi, l'uno oggettivo e l'altro soggettivo, a costituire la prova liberatoria del caso fortuito, per quanto *de iure condendo* potesse sembrare razionale (e anche Polacco era di questo avviso) che il debitore potesse liberarsi solo per assenza di colpa. Non era dunque corretto, concludeva il civilista padovano, affermare che nel diritto positivo italiano “c'è caso subito che cessa la colpa¹⁶”.

Quanto all'estraneità, Polacco, come già nella prima edizione del volume e come sostenuto anche da Francesco Ferrara in un saggio del 1903, ricordava che il debitore rispondeva anche per l'attività dei suoi ausiliari¹⁷: “per la libe-

ed ampliata, Roma, Athenaeum, 1915, n. 83, p. 332. La prima ed. (Verona-Padova, Drucker) risale al 1898.

14 *Ibidem*, n. 86, p. 338.

15 *Ibidem*, n. 84, p. 335.

16 *Ibidem*, n. 86, p. 341.

17 Si trattava di responsabilità oggettiva: F. Ferrara, *Responsabilità contrattuale per fatto altrui* (1903), in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Milano 1954, pp. 3-137, in particolare p. 117. Analoga impostazione, su questo specifico punto, era riscontrabile già in N. Coviello, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, Rocco

razione del debitore occorre un fatto esteriore al suo campo d'attività: l'opera degli ausiliari che si muovono entro il suo ambiente economico non può considerarsi come un caso fortuito¹⁸. Una precisazione che, come vedremo, avrà la sua importanza nella soluzione giuridica del problema dell'inadempimento causato da scioperi del personale.

Per quanto concerne la non imputabilità dell'evento estraneo alla sfera del debitore, Polacco forniva poi una ulteriore indicazione di rilievo: doveva trattarsi di un fatto non tanto imprevedibile, quanto non evitabile. Assistiamo in questo caso alla ripresa di uno spunto lanciato, nella civilistica italiana, da Gian Pietro Chironi, nel suo fondamentale volume sulla colpa¹⁹, che induceva Polacco a giudicare errate le divergenti opinioni di parte della dottrina francese (come Laurent) e italiana (come Lomonaco), che insisteva anche sulla non prevedibilità, concetto equivoco e fuorviante²⁰.

L'inevitabilità, inoltre, doveva accertarsi in concreto e non in astratto, adottando un metro di giudizio relativo. Anche questa indicazione si rivelerà determinante, come vedremo, per la soluzione di alcuni casi controversi: perciò è opportuno sottolineare che Polacco, come lui stesso riconosceva, accoglieva sul punto una tesi già espressa da Nicola Coviello nella sua monografia sul caso fortuito, opportunamente riassunta²¹.

Carabba, Editore, 1895, § 5, pp. 27-39, che richiamava a sua volta Chironi. È noto, viceversa, che sotto altri punti di vista la nozione di caso fortuito proposta da Coviello era diversa da quella di Polacco, essendo interpretata in modo soggettivo (fatto estraneo alla volontà dell'obbligato). Sul ruolo dei contributi di Coviello e Ferrara nel dibattito dell'epoca mi permetto di rinviare a G. Chiodi, *Il diritto comune nella cultura dei civilisti tra Otto e Novecento: affinità elettive tra Nicola Coviello e Francesco Ferrara*, in *Lavorando al cantiere del 'Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX sec.)'*, a cura di M.G. Di Renzo Villata, Milano 2013, pp. 379-384.

18 *Ibidem*, n. 84^{bis}, p. 337 e nt. 1.

19 Chironi, *La colpa* cit., n. 312, p. 693: "meglio è affermare l'irresponsabilità per ogni avvenimento del quale nonostante la previdenza diligente tenuta, il debitore provi l'impossibilità in cui s'è trovato di evitarlo; quel che caratterizza il caso è l'inevitabilità...". L'idea fu raccolta anche da Coviello, *Del caso fortuito* cit., § 2, p. 9.

20 *Ibidem*, n. 83, p. 332. Anche Giorgi, molto dipendente dalla dottrina francese, menzionava la non prevedibilità (*Teoria* cit., II, n. 8, p. 9), e così pure, per fare un altro esempio, Emidio Pacifici-Mazzoni.

21 *Ibidem*, n. 84, p. 334: "il concetto di inevitabilità è dunque fondamentale per la nozione del caso. Ma esso stesso non è assoluto, sebbene relativo al grado di diligenza che si doveva prestare e che può variare da negozio a negozio". Il riferimento è a Coviello, *Del caso fortuito* cit., § 3 in particolare pp. 14-15.

3. *L'impossibilità della prestazione, con particolare riguardo alle obbligazioni di dare*

Il debitore era liberato solo per l'impossibilità sopravvenuta e non per la difficoltà della prestazione: la nozione di impossibilità era l'altro passaggio obbligato del test di esonero da responsabilità.

All'alba del secolo, la maggioranza degli autori distingueva tra difficoltà e impossibilità della prestazione, e collegava la responsabilità al perdurare del vincolo obbligatorio e viceversa la non responsabilità all'estinzione dell'obbligazione.

Finché la prestazione contrattuale rimaneva possibile, non si poteva parlare di estinzione dell'obbligazione e quindi di liberazione da responsabilità contrattuale: solo l'impossibilità giustificava l'inadempimento. Logico corollario era che della difficoltà rispondesse sempre il debitore. Ma quale nozione di impossibilità era accolta dalla civilistica italiana del periodo considerato? Procedo anche in questo caso fornendo solo alcuni esempi.

Giorgio Giorgi distingueva tra impossibilità *assoluta* e impossibilità *relativa* (o impotenza), in contrapposizione alla mera difficoltà della prestazione.

L'impossibilità *assoluta* si aveva “quando l'obbligazione non potrebbe essere adempiuta nemmeno da un'altra persona, che si sostituisse al debitore”. L'impossibilità *relativa* si verificava “quando l'obbligazione potrebbe invece essere adempita da un'altra persona, che vi fosse chiamata in luogo del debitore”, ma per il debitore rappresentava un ostacolo insormontabile. La *difficoltà* viceversa era “l'ostacolo che accresce anche enormemente l'incomodo del debitore, senza per altro riuscirgli insormontabile²²”.

Secondo il magistrato fiorentino, la liberazione del debitore era prodotta dalla “vera” impossibilità sopravvenuta, ma per certi tipi di prestazione anche dalla “vera” impotenza.

La prima, che egli chiamava anche impossibilità “perfetta”, aveva sempre efficacia liberatoria: ad esempio, nelle obbligazioni di dare una cosa determinata, in caso di perdita della stessa; di smarrimento in modo che se ne ignorasse assolutamente l'esistenza; di sua esclusione dal commercio per disposizione dell'autorità legittima²³. Per l'impossibilità relativa (o impotenza)

²² Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* cit., II, n. 15, p. 22.

²³ Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, VIII, *Estinzione delle obbligazioni* (Conti-

occorreva distinguere: essa non liberava mai nelle obbligazioni di dare cose generiche o denaro; esonerava invece dal risarcimento del danno nelle obbligazioni di dare una cosa determinata oppure di fare infungibile²⁴.

Con maggiore aderenza alla terminologia di un filone autorevole della pandettistica tedesca (e in particolare a Friedrich Mommsen), Nicola Coviello esponeva una distinzione diversa e ancora più articolata delle varie specie di impossibilità. E precisamente scriveva: “È *obbiettiva* quella che riguarda la prestazione stessa nella sua materialità (come l'*interitus rei*). È *subbiettiva*, quando consiste in fatti che si riferiscono esclusivamente alla persona dell'obbligato (come la morte, la malattia ecc.): oppure al rapporto del debitore colla cosa da prestarsi, come ne' casi in cui la cosa vien sottratta al potere del debitore, benché esista in *rerum natura* (come la rapina, lo smarrimento ecc.)²⁵ [...]”. A questa distinzione era giustapposta quella di Giorgi: “È *assolu-*

nuazione e fine), *Compensazione - Confusione - Perdita della cosa dovuta - Azioni rescisorie - Prescrizione*, Firenze, Casa editrice libraria Fratelli Cammelli, 1896 [I ed. 1885], n. 124, p. 186, con riferimento all'art. 1298 c. civ.: “Quando una determinata cosa che formava l'oggetto dell'obbligazione perisce, od è posta fuori di commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa è perita o posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, e prima che questi fosse in mora”.

24 Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, II cit., n. 125, p. 187; Id., *Teoria cit.*, VIII, n. 15, p. 23: “la impotenza scusabile può verificarsi solamente nelle obbligazioni di fare o dare corpi certi e determinati. Non mai nelle obbligazioni di cose fungibili, e soprattutto in quelle di danaro; perché il debitore, che diviene insolvente, è sempre colpevole di avere assunte obbligazioni superiori alle proprie forze economiche, o di avere dissipati i mezzi per farvi fronte. Così vogliono le esigenze della convivenza sociale”. Giorgi, come molti altri autori, riteneva che in questo caso il debitore non potesse liberarsi, poiché era da ritenersi sempre in colpa. Il ragionamento fu criticato da L. Barassi, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, LXII-n.s. III (1899), pp. 333-363, pp. 352-355.

25 Tali definizioni coincidono con quelle proposte da Fr. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht*, Erste Abteilung: *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig 1853, § 1, p. 5, dove è scritto che “impossibilità oggettiva è quella che si fonda nell'oggetto dell'obbligazione in sé, e impossibilità soggettiva è quella che si fonda o nei rapporti meramente personali del debitore o nel suo rapporto con l'oggetto dell'obbligazione”. Mommsen dichiarava di accogliere la distinzione tra impossibilità oggettiva e soggettiva esposta da Savigny nell'*Obligationenrecht*, ma in realtà, come chiarito da Mengoni, *Responsabilità contrattuale cit.*, p. 1075, la tradiva, includendo nel concetto di impossibilità soggettiva, a differenza del suo modello, anche la perdita della disponibilità materiale della cosa. Cf. Fr. C. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des*

ta, quando è tale per tutti e in astratto; e quindi l'obbligazione non potrebbe essere adempita nemmeno da un'altra persona che si sostituisse al debitore; *relativa*, quando è solo per l'obbligato e nel caso concreto e quindi l'obbligazione potrebbe essere eseguita da un altro che si sostituisse al debitore²⁶.

Anche Nicola Coviello distingueva tra obbligazioni di dare e di fare, in base al ragionamento che, per essere esonerato da responsabilità per inadempimento, occorre che il debitore versasse in uno stato di impossibilità *effettiva* di adempiere e non di semplice *difficoltà*.

L'impossibilità *effettiva* per eccellenza era quella *oggettiva*, che liberava sempre il debitore (ad es. la distruzione della cosa o la sua sottrazione al commercio; l'illiceità di un'opera da eseguirsi).

L'impossibilità *soggettiva*, viceversa, se dovuta a impedimenti interni alla sfera del debitore, non liberava mai nelle obbligazioni di dare una cosa, determinata o generica, mentre nelle obbligazioni di fare poteva condurre al mancato addebito di responsabilità, se la prestazione richiedeva l'attività di quella specifica persona (fare infungibile)²⁷.

L'impossibilità *soggettiva* dovuta a smarrimento o a sottrazione della cosa dovuta, invece, estingueva l'obbligazione e quindi esonerava da responsabilità contrattuale.

Gian Pietro Chironi, dal canto suo, nella seconda edizione del suo studio sulla colpa contrattuale, distingueva tra impossibilità – classificata in oggettiva (assoluta) e soggettiva (relativa) – e difficoltà della prestazione, attribuendo efficacia liberatoria da responsabilità alla prima e non alla seconda. Egli

heutigen Römischen Rechts, I Bd., Berlin 1851, § 37, p. 384; Id., *Le obbligazioni*, Traduzione dall'originale tedesco con Appendici di G. Pacchioni, I, Torino 1912, pp. 357-358.

Tale impossibilità soggettiva, peraltro, nella dottrina di Mommsen, escludeva la responsabilità solo con riferimento alle prestazioni di dare una cosa determinata (p. 20; p. 32) e non in quelle di dare cose generiche (p. 47). Quanto all'impossibilità soggettiva derivante da impedimenti personali al debitore, essa esonerava da responsabilità il debitore solo nelle prestazioni di fare infungibile, trattandosi, in realtà, per questo tipo di prestazioni, di una vera impossibilità oggettiva (p. 65).

Mommsen distingueva anche tra impossibilità assoluta e relativa, ispirandosi a Fr. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, III Bd., Berlin 1840, § 121, p. 164, ma senza trarne le conseguenze originali della sua fonte (v. *infra*, nt. 53).

Sul giurista di Flensburg: Johann Saß, Mommsen, Friedrich, in *Allgemeine Deutsche Biographie* (1905): <http://www.deutsche-biographie.de/pnd119364085.html>.

²⁶ Coviello, *Caso fortuito* cit., pp. 85-86.

²⁷ *Ibidem*, pp. 87-88.

tuttavia accedeva alla tesi di Windscheid, che ai fini dell'esonero da responsabilità contrattuale equiparava l'impossibilità sopravvenuta soggettiva (anche dovuta a insolvenza) a quella oggettiva²⁸, con la rilevante eccezione, però, delle obbligazioni di dare cose generiche, "non potendosi asserire all'impossibilità soggettiva virtù liberatoria se la prestazione concernesse cosa determinata *in genere* (*genus nunquam perit*)²⁹".

A una concezione oggettiva dell'impossibilità liberatoria aderiva invece *in toto* Vittorio Polacco³⁰.

Per l'inadempimento delle obbligazioni di dare cose generiche, tuttavia, bisogna tener conto anche dell'elaborazione della dottrina commercialistica, poiché si trattava di una fattispecie espressamente disciplinata dall'art. 61 del codice di commercio italiano del 1882³¹. In questo campo, divenne paradigmatica l'opinione di Cesare Vivante, il massimo giuscommercialista dell'epoca. Secondo il suo insegnamento, il commerciante, in questa categoria di obbligazioni, era liberato solo se si verificava una impossibilità assoluta od oggettiva, e non relativa o personale, di adempiere³².

28 Cf. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II Bd., 8. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von T. Kipp, Frankfurt am Main 1900, Nachdruck Goldbach 1997 (100 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, Pandektenrecht, 25), § 264, pp. 81-82 e § 277, p. 119; trad. it. *Diritto delle Pandette*, a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, v. II, p. I, Torino 1904, in particolare p. 62 e p. 91.

29 Chironi, *La colpa* cit., n. 311, p. 692, con adesione anche alla soluzione adottata nel Progetto di codice civile germanico, § 235 (II red.); per la versione finale, v. *infra*, nt. 59.

Una schietta prospettiva oggettiva è abbracciata invece nel saggio, *La forza maggiore, l'onerosità eccessiva della prestazione e la clausola "rebus sic stantibus"* (1917), in Id., *Nuovi studi e questioni di diritto civile ...*, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1922, pp. 265-291, specialmente p. 276.

30 Polacco, *Le obbligazioni* cit., n. 83, p. 332: "Se dunque, malgrado il fortuito, gli restava la possibilità di adempiere l'obbligazione, sia pure con molto maggiore sacrificio proprio, la regola è che più non si parli di inesecuzione causale... difficoltà non è impossibilità".

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

32 C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Quinta ed. riveduta e ampliata, Milano 1926, n. 1647, pp. 132-133 [I ed. 1901; II ed. 1905; IV ed. 1916].

Vivante discorreva espressamente di responsabilità oggettiva del commerciante venditore di cosa generica e di rischio d'impresa, nel senso di negare rilevanza a una impossibilità relativa, dovuta cioè a cause attinenti alla sua organizzazione aziendale (incendio, furto, naufragio, sciopero particolare): "le cause estranee, liberatrici del venditore, non possono essere se non le cause generali, che colpiscono tutte le aziende esercenti lo stesso ramo di commercio³³".

Rimaneva a carico del debitore, perciò, il rischio del mancato approvvigionamento, anche incolpevole, dovuto, ad esempio, allo sciopero o al fallimento del suo fornitore.

Per ottenere l'esonero dalla responsabilità, il debitore avrebbe dovuto dimostrare che l'intero genere fosse perito oppure che ne fosse stata vietata l'importazione o che uno sciopero generale ne avesse impedito la produzione nelle imprese fornitrici: erano queste le cause estranee alla sua organizzazione economica. Ne derivava che maggiori erano le probabilità per il debitore di essere liberato da responsabilità quanto più nel contratto, come di norma accadeva nella pratica degli affari, l'oggetto fosse stato determinato come un *genus limitatum* (carbone di Cardiff, vino di Genzano, vino dei Castelli Romani e così via³⁴).

A Vivante si rifaceva di massima anche Polacco, il quale si dichiarava in disaccordo con il giuscommerzialista veneziano solo riguardo alla presunta differenza tra diritto civile e commerciale, quanto appunto al regime della responsabilità contrattuale per inadempimento di obbligazioni di dare cose di genere. Mentre infatti per Vivante l'art. 61 c. comm. era espressione di una deroga del diritto commerciale al diritto civile, nessuna differenza, invece, si poteva rilevare, secondo Polacco – ma tale era l'opinione comune della civilistica – tra vendita civile e vendita commerciale su questo punto³⁵: in entrambi i casi *genus nunquam perit* e quindi il debitore non poteva liberarsi da responsabilità se non provando l'estremo dell'impossibilità *oggettiva* della prestazione. A que-

33 *Ibidem*, p. 134.

34 *Ibidem*, p. 136.

35 Lo avrebbe attestato di lì a poco esplicitamente G. Osti, nello studio *L'art. 61 cod. comm. e il concetto di sopravvenienza*, in *Riv. dir. comm.*, XIV (1916), I, pp. 341-373, in particolare pp. 353-354; e Id., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, X (1918), pp. 209-259, 313-360, 417-471, entrambi anche in Id., *Scritti giuridici I cit.*, pp. 329-373 e pp. 1-169 [da cui cito], p. 46. Contro Vivante (per questo aspetto) v. già A. Ascoli, *Note di giurisprudenza, Vendita di genere*, in *Riv. dir. civ.*, V (1913), pp. 353-355.

sto proposito, Polacco accettava la distinzione di Vivante, definendola dominante fra i civilisti tedeschi nella interpretazione del § 279 del BGB: il genere che pur sussisteva *in rerum natura* era da considerarsi giuridicamente come mancante “se non fosse dato valersene per l’esecuzione del contratto in causa di un impedimento di indole generale, cioè inerente alla prestazione nella sua obbiettività e però tale da renderla in quel dato momento inattuabile per quella qualsiasi azienda patrimoniale che se ne trovasse debitrice³⁶”.

4. *L'impossibilità nelle obbligazioni di fare*

L'impossibilità era il limite dello sforzo del debitore anche nelle obbligazioni di fare, benché il Codice civile discorresse solo della impossibilità per le prestazioni di dare³⁷.

Anche le obbligazioni di fare o non fare, infatti, sottolineava già Giorgi nel suo monumentale trattato sulle obbligazioni, potevano rimanere estinte per sopravvenuta impossibilità della prestazione, benché il codice civile trattasse solo della perdita della cosa dovuta. Occorreva tuttavia distinguere. Se si trattava di obbligazioni di fare fungibili, e non intervenivano norme speciali (come l'art. 1644 in materia di locazione d'opere³⁸), la liberazione del debitore si aveva solo in caso di impossibilità perfetta e non per “accreciuta difficoltà”. Per le obbligazioni di fare infungibili o “personali”, viceversa, era liberatoria anche l'impossibilità *relativa* al debitore³⁹.

Anche Nicola Coviello, come abbiamo visto sopra, distingueva tra obbligazioni di dare e di fare⁴⁰.

Quelli che ho appena riassunto erano i criteri dottrinali in base ai quali la giurisprudenza dovette fronteggiare anche le nuove ipotesi di responsabilità per inadempimento derivanti da scioperi nelle imprese. Non a caso, il celebre contributo di Ludovico Barassi, dedicato alla revisione dei principi sulla responsabilità contrattuale⁴¹, avrebbe preso le mosse proprio dalla casistica

36 Polacco, *Le obbligazioni* cit., n. 91^{bis}, pp. 363-366.

37 Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* cit., VIII, n. 131, p. 195.

38 V. *infra*, nt. 85.

39 Giorgi, *Teoria delle obbligazioni* cit., II, n. 15, p. 23.

40 Coviello, *Caso fortuito* cit., pp. 87-88.

41 L. Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a' sensi dell'art. 1226 Cod. civ.*, Add. a G. Baudry-Lacantinerie - A. Wahl, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile, Del contratto di locazione*, v. II - P. II, Milano [s.d.], pp. 455-606.

sugli inadempimenti causati dal verificarsi di uno sciopero negli stabilimenti o nelle fabbriche. Se gli operai di uno stabilimento facevano sciopero e si adottava la concezione oggettiva dell'impossibilità, osservava Barassi, "l'industriale, i cui operai scioperino, non potrà dirsi mai colpito da impossibilità, se l'opera di questi operai è sostituibile; se il lavoro di essi (come è per lo più) è fungibile⁴²".

Per evidenziare immediatamente l'importanza di questa applicazione della teoria dell'impossibilità oggettiva e assoluta alle obbligazioni di fare è utile ricorrere anche alle parole contenute in uno scritto di Emilio Betti, benché si tratti di un saggio posteriore di circa quarant'anni rispetto a quello di Barassi. Esso tuttavia chiarisce bene le conseguenze discendenti dall'adesione alla concezione oggettiva dell'impossibilità e quindi non è incongruo riferirne in questa sede. Scrive dunque Betti nel 1953, che il costruttore di un edificio, ad esempio, è esonerato dalla responsabilità "se si tratta di lavori che non potevano essere eseguiti se non in quella officina di cui lo sciopero ha provocato la paralisi o la chiusura, oppure si tratti di lavori non eseguibili se non da quegli operai che ora sono in sciopero. Se invece si tratta di lavori che possono essere eseguiti anche altrove, in altre officine, o che possono essere eseguiti da altri operai non in sciopero, allora non ci si troverebbe di fronte che a un'impossibilità di carattere soggettivo⁴³".

Abbiamo individuato quindi un primo punto critico della teoria oggettiva dell'impossibilità, applicata agli inadempimenti dovuti ad uno sciopero. Anche da un altro punto di vista quella concezione, almeno secondo una versione rigida, era suscettibile di condurre ad affermare la responsabilità contrattuale dell'imprenditore in caso di sciopero. Si poteva infatti sostenere che "il dogma naturalistico deve *necessariamente* far gravare quello sciopero sull'industriale sempre, perché qualunque sciopero, dettato non da ragioni politiche, cioè dal desiderio di migliorare le condizioni del lavoro, e di mercede, può essere tolto di mezzo coll'accontentare gli operai, accogliendone integralmente le

42 *Ibidem*, n. 7, p. 470.

43 E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano 1953, p. 131. Nella casistica giurisprudenziale di inizio secolo si presentava spesso la questione dell'imprenditore che non poteva sostituire gli operai scioperanti perché impedito dagli scioperanti stessi. La questione appartiene ancora al giudizio sulla possibilità della prestazione (cf. per tutti Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 1095 nt. 152), distinto dal giudizio sulla imputabilità del fatto che causa l'impossibilità di prestare (nella fattispecie, il comportamento violento dei lavoratori).

pretese. Che importa il danno economico dell'industriale? La possibilità in via assoluta e naturalistica c'è sempre⁴⁴. In altri termini, "l'industriale (si può dire) può sempre piegarsi alle domande degli operai, alla cui accettazione è subordinata la cessazione dello sciopero. Per lo più si tratta di miglioramenti economici, di diminuzione di durata del lavoro⁴⁵".

Questa critica – in realtà più debole nel suo fondamento rispetto alla precedente e quindi superabile⁴⁶ – proviene ancora da Ludovico Barassi, che non a caso ne trasse lo spunto per una revisione del concetto tradizionale di obbligazione e di impossibilità della prestazione.

5. *Verso la rilevanza dell'impossibilità soggettiva o relativa della prestazione*

In sostanza, si trattò del tentativo più compiuto di allargare il concetto di impossibilità sopravvenuta liberatoria, includendovi anche l'impossibilità soggettiva o relativa, ovvero l'impossibilità "economica" della prestazione, come la definì il professore milanese.

Secondo Barassi, infatti, corollario della opinione secondo la quale era liberatoria solo l'impossibilità oggettiva o assoluta della prestazione, nel caso di inadempimenti dovuti a sciopero economico degli operai, sarebbe stata la responsabilità contrattuale dell'imprenditore: "colla teoria più rigida, ispirata al *genus nunquam perire censetur* applicata alle prestazioni di fare, bastava che ci fosse la astratta possibilità di sostituzione, cioè l'esistenza di altri lavoratori per attuare la responsabilità dell'industriale. Invece colla teoria relativa bisogna guardare alla possibilità concreta, effettiva di sostituzione, epperò bisogna tener conto di una quantità di difficoltà che in pratica possono paralizzare l'astratta possibilità di sostituzione. Ad es., la resistenza organizzata contro il cosiddetto *Krumiraggio*, e l'estensione ormai assunta dal principio della solidarietà operaia⁴⁷".

44 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore cit.*, n. 25, p. 501.

45 *Ibidem*, n. 65, p. 586. Si tratta di uno schema di ragionamento accolto da una parte della giurisprudenza italiana (e francese), che determinò la reazione di Barassi e di altri giuristi del periodo: v. *infra*, nt. 104.

46 La questione, infatti, non concerne tanto la possibilità, quanto l'imputabilità dello sciopero Cf. ancora Mengoni, *Responsabilità contrattuale cit.*, p. 1095 nt. 152. Anche secondo Polacco, come vedremo, era questo il modo più corretto di risolvere il problema.

47 *Ibidem*, n. 57, p. 572.

Estendendo invece l'efficacia liberatoria anche all'impossibilità c.d. soggettiva o relativa ("economica") della prestazione, il debitore avrebbe potuto pretendere l'esonero da responsabilità: infatti "il concetto economico dell'impossibilità si ispira a un criterio: quello della potenzialità del debitore; il creditore non può esigere più di quanto il debitore può dare⁴⁸". Detto in altri termini, ai sensi dell'art. 1226 c. civ. "il debitore che non può adempiere la prestazione se non con *enorme* sacrificio proprio, sproporzionato evidentissimamente allo scopo, è pur sempre impedito dall'adempiere la prestazione⁴⁹".

Applicata al caso di sciopero, la soluzione avrebbe potuto essere più favorevole all'imprenditore, qualora la valutazione in concreto delle circostanze del conflitto economico permettesse di concludere che il suo comportamento fosse stato conforme al modello del "buono, zelante industriale": "se gli operai scioperano per domandare un aumento di salario o una diminuzione di ore di lavoro, compatibili colle condizioni dell'esercizio industriale, il buon industriale, cui preme l'interesse dei propri creditori, dovrà accedervi. Ma vi potrebbe essere un'incompatibilità; o comunque il buono, zelante industriale (zelante oltre che pel proprio anche per l'interesse collettivo) può ritenere indispensabile – anche nell'interesse della stessa classe operaia – una maggior fermezza e continuità nell'esercizio dell'azienda. In tal caso l'art. 1224 permetterà all'industriale di resistere, anche se quegli aumenti di salario posano, con suo grandissimo sacrificio, essere accolti⁵⁰".

Un argomento ulteriore per sostenere questa interpretazione discendeva anche dal fatto che occorreva bilanciare il diritto di sciopero dei lavoratori con il diritto di resistenza dell'imprenditore⁵¹. Infatti, continuava Barassi, "gli operai hanno il diritto di sciopero, ma anche l'imprenditore ha diritto di difendersi, di rifiutare, di sottostare a pretese che gli impedirebbero la continuazione dell'industria ... il pubblico non può pretendere dall'industriale più di quanto ragionevolmente può esigersi dal buono, anzi dall'ottimo imprenditore⁵²".

Non solo. Ampliare le cause di esonero da responsabilità in modo tale da ricomprendervi l'impossibilità soggettiva o relativa avrebbe permesso di

48 *Ibidem*, n. 30, p. 515.

49 *Ibidem*, n. 37 p. 532.

50 *Ibidem*, n. 66, pp. 591-592.

51 Questa argomentazione era stata avanzata da F. Amiot, *De la répercussion des grèves ouvrières sur l'exécution des contrats*, in *Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international*, 17 (1903), pp. 65-82; 209-230, in particolare p. 69.

52 *Ibidem*, n. 70, p. 595.

risolvere anche un problema che il codice civile del 1865 non aveva espressamente disciplinato, creando perciò, soprattutto nel periodo di guerra, numerose controversie, cioè quello della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. La *difficoltà* di prestazione, anche quella grave e straordinaria, infatti, come abbiamo verificato riportando sopra le impostazioni dottrinali correnti, era tenuta distinta dall'impossibilità, sia oggettiva sia soggettiva, di adempiere.

Infine, la medesima operazione avrebbe consentito di giustificare anche l'inadempimento di prestazioni oggettivamente possibili, ma da considerarsi "inesigibili", per usare un vocabolo che ha una sua storia risalente già alla seconda metà dell'Ottocento⁵³, sia perché "per circostanze sopravvenute, il risultato non potrebbe essere realizzato se non con mezzi anormali rispetto al tipo di rapporto obbligatorio considerato, tali che il debitore non può dirsi in buona fede impegnato al loro impiego⁵⁴" ovvero con "mezzi o sforzi del tutto irragionevoli in relazione alla natura o all'oggetto del contratto⁵⁵" (come nel caso del vettore la cui nave sia bloccata dal ghiaccio), sia perché corrispondenti a "ipotesi in cui l'attività diretta a procurare il bene dovuto richiederebbe al debitore un sacrificio personale o patrimoniale, astrattamente deducibile in obbligazione ma la cui obligatorietà in concreto è esclusa da una valutazione di buona fede ...⁵⁶" (come nel caso del prestatore d'opera che non adempie perché colpito da un lutto o un conduttore che non lascia l'appartamento in locazione perché malato). Tutte ipotesi per le quali, in verità, era possibile scusare l'inadempimento anche adottando il concetto di impossibilità oggettiva, purché inteso in senso relativo e non assoluto, e coordinato alla clausola di buona fede.

Barassi riteneva che l'impossibilità soggettiva (o "economica") avesse ricevuto espressa rilevanza nei lavori preparatori del BGB. Della nuova corrente, egli precisava, "non si era fatto certo e certo il progetto del Codice civile tedesco, il quale col § 237 stabiliva nudamente, crudamente il principio secondo il

53 Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., pp. 1083-1084, con riferimento al *Sistema* di Savigny (*supra*, nt. 25).

54 L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), II, *La funzione della colpa nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 280-303, in particolare pp. 282-283 (ora anche in *Id.*, *Scritti II* cit., pp. 141-265).

55 P. Trimarchi, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, LIV (2008), pp. 341-359, in particolare p. 350; *Id.*, *Istituzioni di diritto privato*, Ventesima ed., Milano 2014, cap. XXXI, pp. 298-315, in particolare n. 239.

56 Mengoni, *Obbligazioni «di risultato»* cit., pp. 285-286.

quale “il debitore non è tenuto alla prestazione se la prestazione è impossibile per una circostanza sopravvenuta dopo il sorgere dell’obbligazione, e di cui esso non debba rispondere; se la prestazione è impossibile in modo duraturo il debitore è liberato dalla sua obbligazione [...]”⁵⁷.

Degli impedimenti personali alla prestazione, tali da generare una impossibilità soggettiva di adempiere qualificabile anche come ‘impotenza’ soggettiva (*subjektives Unvermögen*), il I progetto nulla diceva: essi erano quindi a carico del debitore. Il II progetto, invece, aderendo alle critiche che furono fatte, attribuì ad essi rilevanza nel § 235, pur stabilendo una eccezione per le obbligazioni generiche: “L’impotenza del debitore ad effettuare la prestazione ancora possibile è agguagliata all’impossibilità. Se l’oggetto dovuto è determinato solo nel genere, il debitore, finché la prestazione del genere è possibile, deve rispondere della sua impotenza, anche se non vi sia sua colpa” (trad. Barassi)⁵⁸. Quindi, anche l’impotenza (intesa come *magna difficultas*, precisava Barassi) scusava il debitore inadempiente.

Nella redazione finale, l’equiparazione tra impossibilità (oggettiva) e impotenza del debitore era contenuta nel 2° comma del § 275⁵⁹. Il § 279, tuttavia, introduceva un’eccezione alla regola: nelle obbligazioni di genere, secondo questa lettura, l’impotenza non liberava il debitore⁶⁰.

La dottrina tedesca, nella ricognizione offerta da Barassi, aveva accolto la novità in modi differenti. Alcuni, come Paul Oertmann, avevano ritenuto

57 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., n. 23, p. 495. Cf. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin und Leipzig 1888, § 237, pp. 44-46.

58 Cf. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, Verlag von J. Guttentag, 1888, § 237, pp. 44-46.

59 § 275: “1. Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. 2. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich”. Si tratta, com’è noto, della versione anteriore alla riforma del 2002, che ha arricchito ulteriormente il contenuto di questo paragrafo.

60 § 279: “Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt”. Per le interpretazioni più recenti di questo § v. per tutti Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., pp. 1085-1086.

che il codice non si scostasse dal concetto di impossibilità, ma che esso impiegasse un concetto più attenuato, una impossibilità intesa “economicamente”. Altri, come Johannes Biermann, avevano obiettato che il concetto di impossibilità era troppo definito e chiaro, perché esso potesse tollerare strappi “sentimentali”. Anche Arnold Brecht – che nei risultati pratici della sua teoria (su cui v. *infra*) otteneva l’approvazione di Barassi – aveva criticato il concetto di impossibilità economica, ritenendolo logicamente estraneo alla dottrina classica, oscuro e indeterminato.

Sul primo punto Barassi replicava che era naturale che la teoria dell’impossibilità economica ferisse nel vivo il dogma dell’impossibilità naturalistica o logica, poiché era proprio ciò che con essa si voleva ottenere. Inoltre, l’obiezione non era convincente sul piano metodologico:

perché non è detto che i concetti tradizionali degli istituti giuridici siano fatali, necessari. Noi accogliamo pure la evoluzione dei concetti, quale si opera col trasformarsi della coscienza sociale e delle abitudini, e delle condizioni di vita, purché, si intende, questa evoluzione sia compatibile colla lettera della legge. Noi non crediamo che alla formula legislativa debba fatalmente riconnettersi il pensiero originario del compilatore di quella formula. Questo pensiero era certo figlio dei suoi tempi, ma la legge poi si è staccata dai suoi autori, vive una vita autonoma, vive di vita propria, va interpretata in se stessa⁶¹.

Anche alla seconda obiezione, timorosa della necessaria elasticità del criterio, affidato alla discrezionalità giudiziale, Barassi rispondeva che essa non era appagante:

Io non credo assolutamente alla necessità di concetti legislativamente così definiti da non essere necessario alcuna ulteriore specificazione ... a noi, razza latina, sia concesso di lasciare al giudice una certa libertà di apprezzamento, una possibilità di ulteriore specificazione della norma dedotta dalla visione, che esso solamente può avere, del caso concreto, e della migliore e più opportuna disciplina giuridica per esso. Adunque ben venga quella latitudine di apprezzamento, che permetta al giudice di indagare, o, forse più esattamente intuire, quanto potrà il creditore pretendere in un caso concreto di sforzo al debitore, e quando si possa ritenere, che questi abbia fatto quanto gli era umanamente possibile⁶².

È chiaro che Barassi, al quale premeva di risolvere con criteri più duttili e flessibili la questione della responsabilità per inadempimento, aveva tutto

61 *Ibidem*, n. 24, pp. 498-499.

62 *Ibidem*, p. 499.

l'interesse a sottolineare gli esiti ai quali poteva condurre un'applicazione rigorosa e oggettiva dei principi tradizionali.

Facciamo una breve sosta di riflessione metodologica, prima di proseguire il discorso. Non c'è dubbio che, nella dottrina di inizio secolo, l'autore che, prima di Giuseppe Osti, ha analizzato in modo dogmaticamente più serio e approfondito i principi della responsabilità contrattuale sia stato Lodovico Barassi. È soprattutto con la sua mente speculativa che Osti avrebbe dovuto maggiormente combattere per far prevalere il criterio dell'impossibilità assoluta e naturalistica.

Di tutti gli scritti dedicati dal giurista milanese al nostro tema, spicca il vitale e citatissimo corposo saggio, aggiunto alla traduzione italiana del *Contratto di locazione* di Gabriel Baudry-Lacantinerie e Albert Wahl (s.d., ma probabilmente risalente al 1909-1910), che ho utilizzato finora. Ma Barassi si era già occupato dell'argomento nel 1899 e ancora se ne sarebbe interessato nel corso della sua lunga attività scientifica⁶³. Con quell'intervento critico, come abbiamo visto fino a questo momento, Barassi tentò di superare l'opinione prevalente, che considerava di massima rilevante ai fini dell'esonero da responsabilità la sola impossibilità oggettiva e naturalistica della prestazione, attribuendo analogo effetto, in determinati casi, anche all'impossibilità soggettiva o relativa da adempiere. Di fronte all'evoluzione economica della società e al divenire della coscienza sociale, l'aggiornamento delle categorie civilistiche gli sembrava il compito più alto della scienza:

È compito della scienza giuridica, oggi, di avvicinare quanto più le è dato i concetti giuridici alla vita vissuta; di fare che la fisionomia data ad un istituto dall'opera tanto importante, e troppo disconosciuta oggi nei nostri tribunali e nella prassi dell'elaborazione sistematica coincida, quanto più è possibile, colla fisionomia che l'anima popolare, la coscienza comune, la mentalità dell'uomo profano di speculazioni giuridiche se ne è fatto⁶⁴.

Al cospetto delle nuove sfide proposte dalla modernità industriale e dai conflitti sociali di fine secolo, la risposta doveva scaturire dal diritto civile, che doveva però saper rimettere in discussione i propri dogmi e le proprie categorie⁶⁵; tanto più che la civilistica italiana era ormai da tempo una scien-

63 Per lo scritto del 1899 v. *supra*, nt. 24. Un ripensamento della materia, che tocca anche il tema dell'impossibilità, è contenuto in Id., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, Milano 1946.

64 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., n. 25, p. 493.

65 Le ripercussioni di questo approccio del giurista milanese in materia di liber-

za che si cimentava nella ricostruzione dei principi generali del diritto delle obbligazioni e non si affidava all'empirismo.

Vi è un altro passo di Barassi che, a questo proposito, possiamo considerare tipico della sua mentalità. In esso il civilista milanese rimproverava i giudici che, nel risolvere i problemi concreti, si affidavano a soluzioni empiriche, senza risalire ai principi del diritto delle obbligazioni, tacciandoli di ascientificità.

Vi è una tendenza molto spiccata, in specie nella giurisprudenza, a voler isolare il problema dai principi generali del diritto delle obbligazioni, e a ricercare la soluzione, caso per caso, frugando e annaspando a tentoni nel buio del solito cieco empirismo, a cui bene spesso ricorre la nostra giurisprudenza. [...] Contro questa tendenza agiuridica, perché ascientifica, io non opporrò l'erroneità sempre della soluzione: io ho una ammirazione sincera e profonda per la visione esatta della soluzione equa e praticamente opportuna, che bene spesso (ma non sempre!) guida la giurisprudenza latina nel buio dell'empirismo, ma oppongo la necessità, per la dottrina, di adottare metodi più razionali e logicamente corretti. Nella dottrina, specie nella più recente, si è reagito contro questo empirismo. E si è andati in cerca, più o meno fortunata e illuminata, dei principi⁶⁶.

Occorreva dunque rileggere il sistema, senza timore di proporre soluzioni nuove che nella fattispecie, come di frequente nel Barassi pandettista, erano ricercate nelle punte più avanzate della elaborazione dottrinale germanica.

6. La rivoluzione di Hartmann arriva in Italia

Tornando al tentativo di ovviare alle conseguenze rigorose dell'adozione di un criterio oggettivo e assoluto di impossibilità sopravvenuta liberatoria,

tà contrattuale e di contratto di lavoro sono state attentamente studiate da G. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2007, in particolare nei saggi *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro* [1988], pp. 141-152; *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto* [2006]; Id., *Il problema del lavoro* [2009], pp. 341-376, in Id., *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino 2011, pp. 180-188; Id., *Barassi, Lodovico*, in *Diz. biogr.* I cit., pp. 156-158. Sui temi dell'usura e della sopravvenienza, oggetto anch'essi di revisioni sistematiche barassiane, si può vedere anche il mio studio *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano 2009.

⁶⁶ *Ibidem*, n. 1, p. 457.

considerando in certi casi rilevante anche l'impossibilità soggettiva della prestazione, c'è da dire che questo modo di affrontare il problema operando sulla nozione di impossibilità – come egli stesso faceva notare – rappresentava una delle due alternative sorte nella civilistica tedesca, rispetto alle tesi di Friedrich Mommsen.

L'altra alternativa era stata quella di fare a meno del concetto di impossibilità ai fini della responsabilità contrattuale, lungo la linea sviluppata da Ugo Donello, “la quale distingue i due limiti riconoscendo all'impossibilità solo una funzione estintiva del rapporto, mentre ritiene sufficiente a escludere la responsabilità del debitore la semplice assenza di colpa⁶⁷”. In questa direzione si era posta la teoria del dovere di sforzo (*Kraftanstrengungs Lehre*) elaborata da Feodor Kleineidam nel 1900 e soprattutto da Arnold Brecht nel 1908, che faceva a meno anche del concetto di prestazione: “il debitore, scrive Brecht, non deve la prestazione, ma è tenuto soltanto ad applicare una certa misura di diligenza, di sforzo e di mezzi per soddisfare l'interesse del creditore⁶⁸”.

Barassi, peraltro, nel suo studio, esponeva anche la diversa e non meno dibattuta teoria della prestazione di diligenza, proposta da Gustav Hartmann (1835-1894) in un volume di ampio spettro ricostruttivo⁶⁹. Per il professore di Friburgo, “non è che il debitore sia liberato quando vi sia impossibilità, e, inoltre mancanza di colpa. Invece per Hartmann quello che decide è: se il debitore, malgrado lo scopo dell'obbligazione non sia stato raggiunto, ha tuttavia soddisfatto le esigenze della buona fede⁷⁰”. Il concetto di impossibilità faceva capolino in Hartmann “ma non per determinare la responsabilità del debitore, ma solo il permanere o no della sua obbligazione⁷¹”

67 Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., p. 1074.

68 *Ibidem*, p. 1078. Cf. A. Brecht, *System der Vertragshaftung*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 53 (1908), pp. 213-302. Sulla figura del giurista di Lubeca (1865-1977) e il suo cospicuo lascito editoriale e di archivio cf. <https://library.albany.edu/speccoll/findaids/gero24.htm>.

69 G. Hartmann, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, Verlag von Andreas Deichert, 1875. Sul civilista sassone: E. Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, III. Abt., II. Halbband, *Noten*, München und Berlin 1910, p. 358; Ivo Pfaff, *Hartmann, Gustav*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* (1905): <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116497890.html>.

70 *Ibidem*, n. 27, p. 506.

71 *Ibidem*, p. 507. Per osservazioni sulla teoria di Hartmann applicata ai casi di obbligazione di dare cose fungibili e alle obbligazioni pecuniarie v. già Barassi, *Sulla responsabilità per inadempimento* cit., pp. 356-359.

Barassi non esitò a definire rivoluzionaria la teoria, “perché buttava a mare, o per lo meno, intendeva buttar a mare il vecchio dogma dell'impossibilità della prestazione come limite a cui si arrestava (mancando una colpa) la responsabilità del debitore inadempiente”. Anche se “questa teoria non ha raccolto, nella dottrina tedesca, quel largo consenso che era necessario per giungere a far breccia nell'animo e nella mente delle Commissioni elaboratrici del nuovo Codice civile germanico⁷²”.

A Barassi, viceversa, la teoria “più radicale” di Hartmann appariva geniale, premesso che “in linea teorica alla prima teoria [dell'impossibilità naturalistica] (dominante nella nostra dottrina) si può rinfacciare il soverchio rigore, a cui per un astratto formalismo di logica, arriva a carico del debitore⁷³”.

È opportuno, per evitare fraintendimenti, distinguere nettamente la teoria del dovere di sforzo, professata da Brecht, rispetto a quella della prestazione del dovere di diligenza ideata da Gustav Hartmann, “il primo giurista moderno pienamente consapevole della pregiudizialità di una revisione del concetto di obbligazione rispetto al problema del limite di responsabilità del debitore ... il critico puntiglioso di Mommsen, tanto di maggiore ingegno quanto di minore fortuna⁷⁴”, come affermato da Mengoni, che ne ha sintetizzato in modo preciso e fedele le ragioni: “egli bandisce il dogma dell'impossibilità dalla teoria della responsabilità per inadempimento non negando il concetto di prestazione come oggetto dell'obbligazione, bensì sottraendogli la funzione di misura della responsabilità, pur senza entrare formalmente in contraddizione (a differenza della teoria di Donello) col principio di correlazione tra debito e responsabilità”. Hartmann infatti riteneva che accanto all'obbligo di prestazione di un risultato (dover-prestare, dover-ricevere) vi fosse un secondo obbligo (“forza di tensione, misura di sforzo, misura di impegno, obbligo alla rimozione di impedimenti che si frappongono all'effettivo adempimento dello scopo finale dell'obbligazione⁷⁵”). La portata di questo dovere di sforzo si determinava individualmente secondo buona fede. Il debitore era esonerato da responsabilità se dimostrava di avere soddisfatto la misura di sforzo cui era tenuto, indipendentemente dalla circostanza se sussistesse o no una vera impossibilità della prestazione.

⁷² *Ibidem*, p. 507.

⁷³ *Ibidem*, p. 507.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 1081.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 1081-1082.

La critica che Mengoni fa a Hartmann è che egli “è rimasto prigioniero della nozione oggettiva di prestazione, intesa esclusivamente come risultato dovuto anziché come risultato dovuto ‘mediante’ l’attività del debitore. Perciò ha introdotto la specificazione relativa ai mezzi non come una dimensione ulteriore della prestazione, ma come una inedita dimensione dell’obbligazione nella forma di un obbligo distinto dall’obbligo di prestazione, e precisamente, si direbbe oggi, di un obbligo secondario non autonomo ...⁷⁶”.

Ludovico Barassi, alla fine, aderì sia alla tesi di Hartmann, sia alla teoria dell’impossibilità economica della prestazione, malgrado le diversità patenti tra le due prospettive, soprattutto in merito alla costruzione dei concetti di obbligazione e di prestazione.

Per liberarsi dalla responsabilità, dunque, il debitore poteva limitarsi a dimostrare di aver usato il grado di diligenza richiesto: questa era la prova “*logicamente principe*”.

Nella pratica, tuttavia, poteva apparire più conveniente per il debitore provare il caso fortuito, cioè individuare in primo luogo il fatto estraneo alla sua persona e alla sua impresa (concezione c.d. positiva del fortuito, applicata all’art. 1225)⁷⁷, causa del mancato adempimento o del ritardo; in secondo luogo, dimostrare l’assenza di colpa, cioè l’impiego di un grado normale di diligenza nel tentare di evitare l’inadempimento (concezione c.d. negativa o soggettiva del fortuito), in applicazione dell’art. 1224⁷⁸, che a questo punto veniva considerato rilevante anche ai fini della prova liberatoria da responsabilità per mancato adempimento dell’obbligazione⁷⁹. Egli quindi, come abbiamo già notato sopra, contestava che nell’art. 1226⁸⁰ il termine “impedire” escludesse la concezione soggettiva dell’impossibilità: “il debitore che non può adempiere la prestazione se non con enorme sacrificio proprio, sproporzionato evidentissimamente allo scopo, è pur sempre impedito dall’adempie-

76 *Ibidem*, p. 1083.

77 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., n. 36, p. 530.

78 Art. 1224: “La diligenza che si deve impiegare nell’adempimento dell’obbligazione [...] è sempre quella di un buon padre di famiglia [...]”.

79 Michele Giorgianni, a proposito del ruolo ermeneutico che l’art. 1224 del codice civile del 1865 veniva così a giocare rispetto al significato da attribuire agli articoli 1225 e 1226, ha scritto delle parole che trovo particolarmente efficaci: “su entrambe le norme si proiettava la viva luce che promanava dall’art. 1224, il quale poneva il principio della diligenza del buon padre di famiglia” (*L’inadempimento* cit., p. 195).

80 Per il testo v. *supra*, nt. 4.

re la prestazione⁸¹. Tale era il risultato della lettura integrata degli articoli 1224-1225-1226 del codice civile vigente.

Sono idee che i contemporanei avrebbero trovato espresse anche nelle *Istituzioni di diritto civile* del 1914-1921, dove il caso fortuito o forza maggiore era così descritto:

Non si richiede ... il concetto della *vis* superiore a qualunque forza umana e tanto meno quello della imprevedibilità; basta il concetto di un evento superiore alla diligenza del debitore; perciò nel concetto di caso fortuito rientra un elemento negativo: tutto ciò che è fuori dal limite di diligenza a cui il debitore è tenuto. Quando dunque certi eventi generino la difficoltà di prestazione, ad adempiere la quale dovrebbe il debitore fare uso di una diligenza superiore alla diligenza normale da lui dovuta, è chiaro che non ne sarà responsabile il debitore inadempiente, che ha fatto quanto doveva fare nei precisi limiti della diligenza da lui dovuta, anche se questi limiti gli imponevano un grado intensissimo di sforzo. Tutto ciò che eccede questi limiti rientra nella zona del caso fortuito; e non si può dire quindi che la difficoltà sia sempre a carico del debitore⁸².

Questo modo di argomentare conduceva a risultati particolarmente contrastanti con la comune opinione dottrinale specialmente in materia di adempimento di obbligazioni generiche: infatti, secondo Barassi, fermo restando che l'inadempimento di una vendita commerciale dava luogo a una responsabilità oggettiva in base all'art. 61 del codice di commercio, la vendita civile era invece soggetta a un trattamento meno rigoroso⁸³.

81 *Ibidem*, n. 37, p. 532.

82 L. Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, II ed., Milano 1921, § 93, p. 373. Un giudizio severo su questo manuale è espresso da Cazzetta, *Barassi cit.*, p. 156. La teoria più rigorosa dell'impossibilità venne invece riaffermata da V. Simoncelli, *Istituzioni di diritto privato. Lezioni*, Roma, Athaeneum, 1914, n. 78, p. 255, e, con particolare vigore, da R. De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, II, *Diritti di obbligazione, Diritti di famiglia, Diritto ereditario*, Quarta ed. riveduta ed ampliata, Messina 1926, § 75, in particolare pp. 122-124 (e già II ed. 1915, III ed. 1923).

83 Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore*, nn. 51-55, in particolare pp. 568-569. Chiarissimo Id., *Istituzioni cit.*, p. 373: "Si suole affermare che *genus nunquam perire censetur*. Ora, se una parte di esso, su cui il debitore faceva assegnamento, perisce, sussiste però sempre il genere, ve n'ha pur sempre ancora sul mercato mondiale: di conseguenza la prestazione è in sé oggettivamente possibile e l'obbligazione perdura (arg. dall'art. 1298). Tutto questo è verissimo e perfettamente esatto. Ma ciò non significa che ne debba rispondere il debitore, quando abbia fatto quanto stava in lui, nei limiti della diligenza cui era tenuto, per adempiere la prestazione; la regola anche qui è pur sempre quella di cui all'art. 1224. In conclusione il «*genera nunquam pereunt*» vale solo rispetto all'estinzione o

Barassi, viceversa, si dichiarò contrario a fondare una responsabilità oggettiva a carico degli imprenditori, sul tipo di quella per rischio industriale, elaborata oltralpe da Exner, Saleilles e altri⁸⁴). Questo, almeno, dal punto di vista dei principi generali, e malgrado l'aggancio con l'art. 1225 (suscettibile di essere inteso nel senso che il debitore avrebbe potuto liberarsi solo per una causa estranea sia alla sua persona, sia alla sua azienda). Di responsabilità oggettiva d'impresa si poteva parlare solo in relazione all'esecuzione di determinati contratti, come la locazione d'opera o appalto (in base agli artt. 1640 e 1644)⁸⁵ e, come già detto, la vendita commerciale (art. 61 c. comm.): norme di natura eccezionale e quindi non estendibili analogicamente.

La spinta verso l'aggiornamento delle categorie civilistiche approdava dunque, in buona sostanza e salvo eccezioni, alla difesa del criterio della diligenza nel campo della responsabilità contrattuale, che era anche difesa del paradigma del buon industriale: "il pubblico – egli scriveva – non può pretendere dall'industriale più di quanto ragionevolmente può esigersi dal buono, anzi dall'ottimo industriale. ... il pretendere a occhi chiusi dall'industriale di sottostare in qualunque caso alle domande degli operai scioperanti, sarebbe uno strano modo di intendere la neutralità del diritto di fronte al fenomeno economico ... dello sciopero⁸⁶".

no dell'obbligazione, non della responsabilità del debitore (cfr. invece art. 61 Cod. comm)". L'autore, a sostegno della sua opinione in merito, citava anche un passo di Carlo Fadda, *Teoria generale delle obbligazioni (Lezioni)*, Napoli 1902, p. 229; *ibidem*, p. 469, p. 561.

84 Il grosso problema della responsabilità oggettiva non è discusso direttamente e vi è solo un cenno ai nomi di due dei giuristi più implicati nel dibattito di quegli anni. Basti qui un mero rinvio a A. Exner, *Der Begriff der höheren Gewalt (Vis major) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, Wien 1883; trad. franc. *La notion de la force majeure. Théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, Ouvrage traduit, annoté et précédé d'une Préface par Edmond Seligman, Paris 1892; R. Saleilles, *Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle*, Paris 1897.

85 Art. 1644: "L'imprenditore è responsabile dell'opera delle persone che ha impiegato". *Ibidem*, nn. 39-41, pp. 538-540. Secondo A. Asquini, *Gli scioperi portuarî ed il corso delle stallie e contro stallie*, in *Riv. dir. comm.*, XIX (1921), I, pp. 203-230, p. 226, Barassi avrebbe potuto interpretare l'articolo nel senso che l'imprenditore era responsabile oggettivamente per fatti e omissioni degli operai impiegati, ma non per "l'impossibilità di avere a disposizione della mano d'opera".

86 *Ibidem*, n. 70, p. 595. Cf. anche p. 599, dove ribadiva che, a fronte della neutralità nei rapporti tra industriali e operai, il diritto civile interveniva invece nei rapporti tra industriale venditore e conduttore con i terzi committenti, adottando, a seconda dei casi,

7. La giurisprudenza e i suoi modelli: l'inadempimento di obbligazioni generiche

Quale fu la fortuna del nuovo modello di responsabilità contrattuale imperniato sul dovere di diligenza ovvero sull'impossibilità economica e relativa?

Per rispondere compiutamente occorrerebbe una indagine globale e accurata su tutta la giurisprudenza compresa tra la fine dell'Ottocento e i primi venti anni del secolo. In questa sede sia solo consentito di individuare una serie di punti 'caldi', di problemi ricorrenti sottoposti all'attenzione dei giudici in materia di responsabilità contrattuale.

Molto frequenti erano le cause riguardanti l'inadempimento delle obbligazioni di dare cose generiche, dovute alla difficoltà di eseguire contratti di vendita di carbone, cotone, grano e altre tipologie di merci, a causa di impedimenti quali lo sciopero dei fornitori, la chiusura di porti e mercati, le requisizioni. Al turbamento dei mercati contribuirono anche, in determinati periodi, gli eventi bellici: la guerra italo-turca del 1912, connessa all'impresa coloniale della Libia, e in forma ancor più massiccia la prima guerra mondiale, onnipresente nelle riviste giuridiche, collegandosi anche all'interpretazione della legislazione speciale emanata nel periodo 1915-1918, che ebbe il suo epicentro nel diritto delle obbligazioni e dei contratti⁸⁷.

Per quanto concerne le controversie decise in base al diritto comune civile e al diritto commerciale, la tendenza, ancora nel 1914, era piuttosto rigo-

“un modello esigente di *probo industriale*” oppure addirittura una responsabilità oggettiva. V. anche n. 68, p. 593, dove parla di “un senso di reazione allo straripare, in questi ultimi anni, di scioperi inconsulti e dannosi a tutti”, come già nell'esordio del saggio: “Nell'occasione dell'ormai non più recente e malaugurato sciopero generale proclamato a Roma...” (p. 456). Sul contesto di quegli anni v. ora D. D'Alterio, *Roma 1903, sciopero generale. Azione diretta e crisi del riformismo nella capitale durante la prima età giolittiana*, Soveria Mannelli 2004. Per il profilo penale resta fondamentale il classico studio di G. Neppi Modona, *Sciopero, potere politico e magistratura, 1870-1922*, prefazione di A. Galante Garrone, I, Roma-Bari 1979.

87 Ricordo che fu il decreto luogotenenziale 27 maggio 1915 n. 739 a prevedere espressamente la figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, tramite un provvedimento che fece molto discutere per la sua portata: art. 1 “A tutti gli effetti dell'art. 1226 cod. civ. la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale”.

rosa ed era rappresentata da corti che ribadivano in maniera intransigente che il venditore di cose generiche non poteva liberarsi dalla responsabilità contrattuale se non dimostrava l'impossibilità oggettiva (non imputabile) di procurarsi il bene pattuito: quindi la disponibilità sul mercato di un *genus*, anche *limitatum* (ad esempio un certo tipo di grano, di vino, di olio), anche a prezzo molto elevato, comportava la responsabilità in caso di inadempimento, non rilevando la c.d. impossibilità relativa o la sopravvenuta difficoltà di adempiere, anche se eccessivamente onerosa⁸⁸.

Nel dopoguerra, come esempio di questa linea rigorosa si può citare una sentenza della Cassazione di Firenze del 1918, che condannò un venditore di olio eccezionale al risarcimento del danno in base all'art. 61 cod. comm., benché l'olio in questione fosse stato oggetto di un provvedimento di requisizione, poiché il genere non era perito e il debitore poteva provvedersene altrove, seppure a prezzo più elevato del previsto⁸⁹.

88 Affermano che l'impossibilità liberatoria è solo quella assoluta (nella fattispecie: di imbarcare la merce in un porto e di farla viaggiare via mare fino al porto di arrivo convenuto) e perciò non liberano da responsabilità il venditore:

Trib. Milano, 27 aprile 1912, Mariani e Resta c. Ricci, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 524-532, con nota di A. Saffa.

App. Genova, 16 luglio 1912, Ditta Fratelli Cavallotti c. Società di Macinazione, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 808-814, con nota di A. Saffa e in *Il dir. comm.*, II s. V (1913), pp. 3-13, con nota di A. Ramella, *Influenza della guerra sull'esecuzione dei contratti*.

App. Torino, 29 luglio 1912, Fabbriche riunite gallettine c. Testa, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 58-75, con nota di A. Saffa.

App. Bologna, 24 gennaio 1913, Scudelotti e Ravaioli c. Landini, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 142-151, con nota di A. Saffa; A. Ascoli, *Note di giurisprudenza, Vendita di genere*, in *Riv. dir. civ.*, V (1913), pp. 353-355; Polacco, *Le obbligazioni cit.*, p. 369.

App. Genova, 7 febbraio 1913, Jonhosson Gordon e C. v. Bessler Waechter e C. e Roehling e App. Genova, 11 febbraio 1913, Roehling c. John Smith e Sohn, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 298-308, con nota di A. Saffa.

App. Modena, 25 marzo 1913, Bonafini c. Malavasi, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 539-542, con nota di C. Pagani, *La guerra e il caso di forza maggiore*, che peraltro, in applicazione dei canoni vivantiani, riconosce la forza maggiore e libera il debitore.

Trib. Genova, 25 novembre 1911, Anglo Italian Coal Company c. Roehling, con nota di A. Saffa, *La clausola tacita di guerra nei contratti di carbone*, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 254-260.

89 Cass. Firenze, 14 novembre 1918, Vedovello c. Barsotelli, in *Foro it.*, XLIV (1919), I, cc. 117-119.

Erano criteri applicati anche in caso di inadempimento di obbligazioni di fare, come nei contratti di appalto per la costruzione di un edificio: ad esempio, nel 1919 la Cassazione di Roma condannò un costruttore al risarcimento del danno, ritenendo che la prestazione non fosse divenuta impossibile, ma solo eccessivamente onerosa (nella fattispecie, il debitore lamentava la perdita economica gravosissima a cui sarebbe andato incontro acquistando un motore di cui si era resa necessaria la sostituzione), ribadendo la visione tradizionale in opposizione a “quello che una dottrina più recente, fondandosi sul § 275 del codice tedesco, vorrebbe introdurre, come una concezione più equitativa della *vis maior* e per cui si accorda efficacia liberatoria anche alla impossibilità subbiettiva o relativa, che più propriamente chiamasi impotenza; a quella, cioè, che avuto riguardo alle condizioni personali dell’obligato si verifica allorché per l’adempimento della obbligazione siano sorte difficoltà notevoli, più onerose di quanto esse erano nel momento in cui l’obbligazione fu costituita, e che quindi richiederebbero uno sforzo che ecceda la misura della media e normale diligenza”, poiché “ammettendo di regola la pretesa forza maggiore subbiettiva, questa si convertirebbe nel diritto di eseguire i contratti sino a che siano lucrosi, disdirli quante volte possano riescire in perdita”. *In cauda venenum*: “ne deriva come la teoria propugnata da qualche scrittore, ed a cui accede il ricorrente ... manca di solida base ...⁹⁰”.

Nel tempo, a questo orientamento si sarebbe affiancato quello promosso da altre corti, disposte invece ad accordare la liberazione da responsabilità anche ai debitori che avessero provato di versare in una situazione di sopravvenuta impossibilità soggettiva di adempiere ovvero di difficoltà eccezionale ed estremamente gravosa⁹¹.

90 Cass. Roma, 25 novembre 1919, Baroncelli c. Alvisi, in *Riv. dir. comm.*, XIX (1921), II, pp. 1-8, con nota di G. Segré, *Sull'impossibilità e sull'eccessiva onerosità della prestazione*.

91 Affermano che l'impossibilità liberatoria può essere soggettiva o relativa, cioè una difficoltà eccezionale sopravvenuta di eseguire il contratto (es. rialzo dei noli; difficoltà di provvista):

App. Genova, 22 dicembre 1905, in Barassi, *Se e quando lo sciopero* cit., pp. 533, 556.

App. Roma, 1 aprile 1909, Finestauri c. Società Romana Tramways-Omnibus, in *Monitore dei tribunali*, L (1909), pp. 674-675; Barassi, *Se e quando lo sciopero* cit., pp. 556, 593.

Trib. Genova, 12 febbraio 1912, Società di Macinazione c. Fratelli Cavallotti, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 524-532, con nota di A. Sraffa (pur affermando la responsabilità del venditore, non ravvisandosi gli estremi della difficoltà gravosa).

In dottrina, non mancarono prese di posizioni autorevoli, a supporto del modello di decisione basato sul concetto di impossibilità soggettiva o relativa (secondo la denominazione più frequente): interventi quasi tutti occasionati dal dibattito giurisprudenziale, provenienti da personalità culturalmente diverse.

Il pensiero di Barassi, ad esempio, lasciò forte traccia in Angelo Sraffa, che già nel 1911 si spese a favore di una revisione dei criteri di accertamento della forza maggiore, in margine a sentenze relative agli effetti dello sciopero sull'esecuzione di contratti commerciali. Fu nel 1912 e nel 1913, che il giurista pisano ebbe occasione di occuparsi a più riprese specialmente di inadempimento di obbligazioni generiche, commentando alcuni casi giurisprudenziali relativi in particolare ai problemi di adempimento sollevati dalla guerra italo-turca: tra queste note, tutte ospitate nella *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, affidata alle sue cure direttive, è importante quella dedicata all'efficacia della consuetudine sulla sospensione dei contratti commerciali in caso di guerra, sciopero e altri fatti di forza maggiore, nella quale egli, affermata la distinzione tra impossibilità oggettiva, soggettiva e difficoltà, attribuì valore liberatorio ad entrambe le specie di impossibilità⁹², seguendo poi gli sviluppi della nuova impostazione nella giurisprudenza: la sua impressione era che la magistratura si fosse messa sulla strada di fare uso di “un sano criterio di *relatività*”, nel decidere le controversie originate dal “moltiplicarsi degli scioperi economici” e dallo “scoppio della guerra italo-turca⁹³”.

App. Roma, 23 settembre 1912, Guastalla c. Ministero della Guerra, in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, pp. 58-75, con nota di A. Sraffa.

App. Roma, 10 febbraio 1913, Policlinico c. Ditta G. Silva e C., in Cogliolo, *La legislazione di guerra* (nt. 95), pp. 358-359.

App. Napoli, 3 giugno 1914, Giacchetti c. Narotta, *ibidem*, pp. 357-358.

App. Genova, 21 maggio 1915, Cotonificio Poss c. Descalzi, *ibidem*, pp. 359-361 e A. Ascoli, *Note di giurisprudenza, La guerra come causa di forza maggiore*, in *Riv. dir. civ.*, VIII (1916), pp. 240-248.

App. Parma, 12 agosto 1915, Azienda del Gaz del Comune di Parma c. Frat. Sorrentino, in *Riv. dir. comm.*, XIV (1916), II, pp. 46-53, con nota di U. Manara, *Sulla clausola «rebus sic stantibus» nei contratti continuativi di fornitura*, e Ascoli, *La guerra come causa di forza maggiore* cit., p. 244.

92 Sraffa, *La clausola tacita di guerra nei contratti di carbone* cit.

93 Id., Nota a App. Torino, 29 luglio 1912 cit. (nt. 87), in *Riv. dir. comm.*, XI (1913), II, p. 59.

Un impegno notevole nel supportare la nuova linea giurisprudenziale si registra poi nell'attività di Pietro Cogliolo, studioso eclettico, di formazione romanista, professore a Genova, condirettore della rivista *Il diritto commerciale*, nonché avvocato⁹⁴.

Cogliolo si occupò moltissimo delle questioni legate alla guerra e alla legislazione speciale bellica. Aveva una visione storicistica e continuista del diritto privato: in un articolo del 1914 dichiarò infatti la sua piena fiducia nella capacità delle regole della tradizione di adattarsi alla disciplina dei nuovi problemi aperti, e nella premessa del suo ponderoso e ordinato volume sulla legislazione di guerra non ebbe esitazioni nel ribadire che “il pensiero dominante di tutto il presente lavoro è di trovare nel diritto civile e commerciale, della tradizione e dei codici, le norme per regolare i rapporti giuridici in tempo di guerra, facendo l'uso che è appena necessario delle disposizioni speciali: coordinare cioè *la legislazione di guerra con il diritto preesistente*⁹⁵”.

L'approccio del giurista genovese al tema era molto pragmatico: lo stile del discorso era diretto e chiaro, evitava le disquisizioni dogmatiche, dava per conosciuto il dibattito che si era formato su questo tema, individuava con precisione i punti controversi. Gli interessava soprattutto mettere in evidenza quella che lui chiamava l'osmosi tra scienza e pratica, il mutamento di orientamento nell'ambito della giurisprudenza nella valutazione specialmente dell'inadempimento dei contratti di vendita un *genus*, come il carbone e il cotone.

Come una selva di altri giuristi, professori e avvocati, che fecero sentire la loro voce anche nei fascicoli della rivista *Il diritto commerciale*⁹⁶, egli viveva senza timori l'estensione dei poteri discrezionali del giudice e supportava il movimento legislativo volto a concedere maggiori poteri di controllo del contratto al magistrato.

94 G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano 1991, pp. 320-326; R. Braccia, *Cogliolo, Pietro*, in *Diz. biogr.* I cit., pp. 558-559.

95 P. Cogliolo, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale, con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore. Raccolta completa di tutti i Decreti-Legge in rapporto al Diritto privato*, Seconda ed. completamente riveduta e messa al corrente con l'ultima legislazione di guerra, Torino 1917.

P. Cogliolo, *La guerra ed i contratti commerciali con speciale riguardo alle vendite di carbone e di cotone*, in *Il dir. comm.*, VII, II s. (XXXIII), 1914, pp. 575-590 e in *Id.*, *Scritti vari di diritto privato*, II, Torino 1917², pp. 361-378.

96 Per una esaustiva bibliografia (1913-1917) v. *Id.*, *La legislazione di guerra* cit., pp. 1-5.

È a questo modello di giudice interprete della realtà e maestro di equità che guardavano questi autori e con essi moltissimi magistrati.

Cogliolo non nutriva dubbi, quindi, nell'abbracciare con entusiasmo l'idea che la responsabilità contrattuale dovesse fondarsi, in buona sostanza, sulla colpa, valorizzando l'art. 1224 del codice civile. Come anche altri avevano argomentato (Cogliolo citava soprattutto la prolusione napoletana di Galizia), si trattava di andare oltre l'interpretazione vivantina dell'art. 61 del codice di commercio e di dare rilevanza liberatoria anche alle difficoltà eccezionali: "sarebbe un errore dire che le difficoltà, sieno pure grandi, della prestazione esonerano dal compierla; ma sarebbe pure un errore il dire che per l'esonero ci vuole l'assoluta obiettiva impossibilità. Tocca al magistrato considerare caso per caso; rappresentarsi la guerra nei suoi effetti sopra quella data merce; formarsi in tali condizioni di fatto il tipo medio del venditore; e conseguentemente obbligarlo oppur no alla prestazione secondo che la media diligenza può o non può superare quelle difficoltà. Di più il diritto non può dire, né una formula più ricca di contenuto è possibile dare: il resto è lasciato all'*arbitrium iudicis*⁹⁷". Ne conseguiva che anche il rialzo del prezzo della merce (ad esempio del carbone), tipico esempio di difficoltà e non di impossibilità oggettiva della prestazione, avrebbe potuto farsi valere, a determinate condizioni, come una impossibilità soggettiva liberatoria.

Ho nominato prima Alberto Galizia e la sua prolusione napoletana: ecco un'altra voce singolare di quegli anni, la cui carriera scientifica fu stroncata a soli trentaquattro anni (era nato nel 1883) combattendo sul Piave nel 1917⁹⁸. Allievo di Emanuele Gianturco, si era interessato con l'energia del pioniere al contratto di lavoro e ai contratti di adesione. Volle coerentemente inaugurare il suo corso napoletano privato di diritto commerciale, il 4 dicembre 1913, con una prolusione tutta tesa a sostenere la nuova concezione del caso fortuito liberatorio, con uno sguardo privilegiato, anche in questo caso, sul laboratorio giurisprudenziale⁹⁹.

Pur consapevole che la giurisprudenza rimaneva in prevalenza fedele al principio che, soprattutto in materia commerciale dove imperava l'art. 61 del

97 Id., *La guerra e i contratti commerciali* cit., p. 582; Id., *La legislazione di guerra* cit., p. 356.

98 P. Marchetti, *Galizia, Alberto*, in *Diz. biogr.* I cit., p. 935.

99 A. Galizia, *Lo stato di guerra e i rapporti di diritto commerciale* [Prolusione R. Università di Napoli, 4 dicembre 1913], in *Il dir. comm.*, VI II s. (XXXII), 1914, pp. 108-123.

codice di commercio, per liberarsi dalla responsabilità contrattuale occorre provare l'impossibilità assoluta di adempiere, non mancava tuttavia di dare il suo appoggio alle nuove correnti dottrinali che avevano portato in primo piano la colpa: "questo del dovere o sforzo di diligenza cui il debitore è tenuto per l'adempimento della sua obbligazione è il vero concetto limite che determina il campo entro cui la responsabilità del debitore si svolge e oltre il quale si ha l'oscuro dominio del caso fortuito¹⁰⁰". Era favorevole, perciò, ad attribuire rilevanza anche all'impossibilità soggettiva e relativa, accanto alla impossibilità oggettiva e assoluta: solo la semplice difficoltà, superabile con la normale diligenza, era destinata a rimanere fuori dal concetto di impossibilità. Gli sembrava che il superamento della concezione astratta e assoluta del caso fortuito fosse una necessità del mercato e che l'opposta visione fosse incompatibile "con la vita degli affari e con gli interessi del commercio¹⁰¹". Era convinto che compito del giurista fosse quello di osservare la realtà e di farsi mediatore tra i fatti e il diritto: "ora l'interprete del diritto, giurista o giudice che sia, può pur pensare di aver colto nel segno, quando la sua interpretazione appare reclamata dalle esigenze della vita e trova in questa il controllo e il conforto della sua utilità¹⁰²".

8. Sciopero e inadempimento contrattuale

Un'altra serie di casi giudiziari portò al centro del dibattito gli inadempimenti (o i ritardi nell'adempimento) causati da scioperi dei lavoratori delle imprese (di appalto, di fabbricazione e vendita di merci, di somministrazione di gas), volti alla rivendicazione di nuove condizioni contrattuali: un tipo di controversia che in Francia aveva generato una ricca giurisprudenza e che incominciava a produrne anche nelle corti italiane. I giudici, in questo campo, come già sappiamo, si trovavano a dover accertare i due estremi legati al modello tradizionale di forza maggiore, causa di esonero da responsabilità contrattuale: da un lato, la non imputabilità dello sciopero e dall'altro l'impossibilità sopravvenuta della prestazione¹⁰³.

100 *Ibidem*, p. 118.

101 *Ibidem*, p. 122.

102 *Ibidem*, p. 123.

103 Alcune importanti sentenze sono prese in esame da G. Visintini, *La responsabilità dell'imprenditore per lo sciopero dei dipendenti*, in *Il diritto dell'economia*, XI (1965),

Sul primo versante, alcune corti, in un primo momento, come già nell'esperienza transalpina, affermarono la responsabilità del debitore ritenendo imputabile lo sciopero economico, in quanto in astratto sempre evitabile dall'imprenditore, accondiscendendo alle richieste dei lavoratori¹⁰⁴. Si trattava di una concezione criticabile (un sofisma, come lo definirono molti giuristi) anche alla luce del modello tradizionale di responsabilità: come abbiamo visto sopra, infatti, secondo una tesi accreditata, sostenuta in dottrina ad esempio da Coviello e Polacco, l'inevitabilità del fatto doveva sempre essere accertata in concreto, valutando le circostanze del caso.

Altre corti, tuttavia, sostennero che la colpa dell'imprenditore doveva essere valutata in concreto: che occorreva cioè accertare caso per caso se egli fosse ragionevolmente in grado di evitare lo sciopero, in base alle richieste dei lavoratori, soprattutto in merito alla durata del rapporto di lavoro e all'entità delle pretese economiche¹⁰⁵. Questa prospettiva fu seguita, ad esempio, dal-

pp. 335-366, in particolare pp. 342-351. Sommari, viceversa, i cenni di C. Smuraglia, *Gli effetti dello sciopero e della serrata sulle obbligazioni dell'imprenditore verso i terzi*, Milano 1970, pp. 7-9. Da leggere le acutissime notazioni di L. Mengoni, *La grève et le lock-out en droit italien*, in G. Boldt – P. Durand – P. Horion – A. Kayser – L. Mengoni – A. N. Molenaar, *Grève et lock-out*, Luxembourg 1961, pp. 251-320, in particolare pp. 305-308; Id., *Responsabilità contrattuale* cit., p. 1095.

104 Per un'argomentazione di questo tipo Barassi, *Se e quando lo sciopero* cit., p. 587, cita una sentenza della Corte d'appello di Genova del 13 luglio 1885.

Cf. anche Cass. Roma, 27 novembre 1909, Finestauri c. Società romana tramways-omnibus, in *Giur. ital.*, LXII (1910), I, cc. 51-58, 55: "... questa irresistibilità non esiste, come ammette oramai quasi tutta la giurisprudenza formatasi sul contratto di lavoro, perché ognuno intende come una delle parti possa sempre cedere sulle pretese dell'altra, e allora il concetto della «vis cui resisti non potest nec potest evitari nec provideri» esula totalmente sol che la vigilanza, la previdenza, la arrendevolezza di un contraente voglia scongiurare e impedire quell'evento. Lo sciopero è un elemento aleatorio di un'impresa, e come tale può essere considerato vincibile entrando esso nel regime della libera concorrenza dell'industria; e solo perché una pretesa sia onerosa per una parte non si può ammettere quella irresistibilità che si risolverebbe alla fin fine a riversare il danno sull'altra pel motivo che non lo si vuol subire"; App. Roma, 22 marzo 1910, American Car and Foundry Company di New York c. Ferrovie dello Stato, in *La Legge*, L (1910), cc. 1287-1294 (che nella motivazione si richiama alla precedente sentenza).

La tesi era considerata un "sofisma" da Amiot, *De la répercussion des grèves* cit., p. 69. Contrario anche A. Ramella, *Effetti degli scioperi sull'esecuzione dei contratti*, *Il dir. comm.*, XXX (1911), pp. 219-249, 229-230. Di "iniquo sofisma", a questo riguardo, parleranno anche altri giuscommercialisti come Sraffa, Vidari, Asquini.

105 Questo era anche il criterio suggerito da Barassi, *Se e quando lo sciopero sia*

la Cassazione di Torino e dalla Corte d'appello di Genova¹⁰⁶, prima di essere adottata il 17 gennaio 1911 dalla Cassazione di Roma, in un processo che vide tra gli avvocati Angelo Sraffa:

forza maggiore cit., p. 591: “Se gli operai scioperano per domandare un aumento di salario o una diminuzione di ore di lavoro, compatibili colle condizioni dell'esercizio industriale, il buon industriale, cui preme l'interesse dei propri creditori, dovrà accedervi. Ma vi potrebbe essere un'incompatibilità; o comunque il buono, zelante industriale (zelante oltre che pel proprio anche per l'interesse collettivo) può ritenere indispensabile – anche nell'interesse della stessa classe operaia, - una maggior fermezza e continuità nell'esercizio dell'azienda. In tal caso l'art. 1224 permetterà all'industriale di resistere, anche se gli aumenti di salario possano, con suo grandissimo sacrificio, essere accolti”.

106 Cass. Torino, 20 marzo 1886, Olivetti c. Picchetto, in *Annali della giurisprudenza italiana*, XX (1886), III, pp. 328-330: la corte ammette alcuni capitoli testimoniali che, se provati, porterebbero a esonerare da responsabilità un fabbricante di panni di lana di Coggiola, atteso che egli, rispetto allo sciopero, “usò ogni cura e diligenza per impedirlo, o quanto meno per diminuirne i dannosi effetti, surrogando gli operai della sua fabbrica con altri operai, che però, intimoriti dai primi, abbandonarono essi pure l'opificio”.

Cass. Torino, 3 marzo 1906, Boffa c. Comune di San Remo, in *La Legge*, XLVI (1906), cc. 2310-2322, con nota di C.L. Gasca: un appaltatore di lavori pubblici venne condannato al risarcimento del danno, poiché si ritenne che lo sciopero dei suoi lavoratori fosse a lui imputabile ovvero “trovasse un ragionevole fondamento nella soverchia esiguità delle retribuzioni, e nella troppo gravosa durata del lavoro, e così in un principio di colpa da parte dell'appaltatore”.

Barassi, *Se e quando lo sciopero* cit., p. 502, porta ad esempio anche una “notevolissima” sentenza del tribunale di Genova del seguente tenore: “Si ha davvero il diritto di affermare che l'industriale, il quale resiste ai suoi operai ha *sempre torto*, perché la sua resistenza provoca lo sciopero? Eppure si è arrivati a questo punto, e la difesa del Comune non si è peritata di trincerarsi in questo argomento. Ora, chi non sente tutta l'iniquità di una massima di tal fatta? Moralmente essa pone all'imprenditore un dilemma che ripugna ad ogni coscienza onesta: o passare sotto le forche caudine di pretese senza freno, o assoggettarsi alle conseguenze del proprio inadempimento verso i terzi. Giuridicamente essa non tiene conto del grado di diligenza che l'imprenditore deve portare nell'esecuzione dei suoi impegni e che ha pure dei limiti. Egli deve essere bensì diligente e deve quindi anti venire i giusti desideri della classe lavoratrice, ma nessuno può pretendere da lui che egli spinga il rispetto ai contratti che ha coi terzi fino a sacrificare i più vitali interessi delle sue intraprese, fino a piegare il capo alle più esorbitanti pretese, e ad abdicare alla sua dignità stessa, poiché così si finirebbe coll'imporgli di rinunciare ai diritti essenziali della propria personalità”.

Ercole Vidari, nella nota a sentenza menzionata *infra*, nt. 113, p. 482, cita una sentenza della Corte d'appello di Genova del 28 giugno 1909.

lo sciopero costituisce forza maggiore ed esonera l'industriale da ogni responsabilità per l'inadempimento alle proprie obbligazioni, quando sia collettivo, generale, continuo e tale che l'imprenditore non possa in breve termine sostituire altri lavoratori a quelli che scioperano, ed oltre a ciò non imputabile a colpa di esso industriale, tanto che non può avvisarsi quale rischio dell'impresa, ma quale evento inevitabile che non potrebbe addossarsi per dipendere da causa estranea, al buon industriale ai sensi degli art. 1225 e 1226 cod. civ. ...¹⁰⁷

Nel 1911, a rafforzare questo precedente, intervennero altre sentenze della Cassazione di Torino, di cui è utile leggere alcuni passaggi.

In una sentenza del 24 novembre 1911 il criterio venne affermato con queste parole:

Non si sa certamente comprendere come di fronte a simili fatti, dei quali la Società offre la prova, si possa sul serio opporre dal Comune, che la Compagnia debba sottostare alle conseguenze dello sciopero, perché avrebbe potuto evitarlo, arrendendosi alle pretese degli operai ... Non appare molto logico nei suoi considerandi il Comune quando, dopo avere scritto nel suo ricorso, che potessero pure essere state inaccettabili nuove domande degli operai e avesse la Società fatto anche benissimo a respingerle, si fa a soggiungere che i danni derivanti dalla adozione del partito più ragionevole e meno dannoso per lei avrebbero pur sempre dovuto andare a suo carico. Se la Compagnia aveva adottato un partito conforme a ragione, essa aveva fatto tutto quanto in quel frangente era da attendersi da lei¹⁰⁸.

Un'altra presa di posizione che andò nella stessa direzione si rinviene in una sentenza del 2 dicembre 1911:

... strano è poi il pretendere che possa soltanto costituire caso di forza maggiore lo sciopero politico e non mai quello economico, financo nell'ipotesi che quest'ultimo sia eventualmente accompagnato e seguito dalle circostanze e modalità che valgono a costituire gli estremi della forza maggiore. Vuolsi che all'imprenditore sia dato pur sempre l'evitare lo sciopero economico, venendo a patti coi suoi operai, o meglio, per esprimersi più chiaramente, cedendo magari al capriccioso volere di costoro. Ma l'evitare lo sciopero

¹⁰⁷ Cass. Roma, 17 gennaio 1911, American Car and Foundry Company c. Ferrovie dello Stato, in *Riv. dir. comm.*, IX (1911), II, 102-109, con nota di A. Sraffa, *Lo sciopero economico e il concetto di forza maggiore*. Alla motivazione sopra riportata si richiamerà Trib. Cagliari, 7 ottobre 1921, Cao c. Fiat e c. Satas e Devoto, in *Riv. dir. comm.*, XX (1922), II, pp. 197-204, 200

¹⁰⁸ Cass. Torino, 24 novembre 1911, Comune di Cornigliano ligure c. Union des Gaz, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 205-212, con nota di A. Sraffa, *Ancora dello sciopero e della forza maggiore*.

potrà non difficilmente avverarsi, ove le pretese degli operai si mantengano nei limiti del possibile, non già quando siano per avventura esorbitanti e tali da riuscire di notevole pregiudizio agli interessi dell'industriale e risolversi in una vera ed ingiusta imposizione a danno del medesimo¹⁰⁹.

Una terza sentenza della Cassazione di Torino, il 23 gennaio 1912, consolidò questo orientamento favorevole ad accertare l'inevitabilità in concreto dello sciopero:

... non è ragionevole né giuridico il dire che lo sciopero non si può mai equiparare a caso di forza maggiore perché l'imprenditore di lavori, assoggettandosi, sia pur con gravi sacrifici, al volere degli operai, potrebbe sempre prevenirlo od arrestarne il corso e porsi così in grado di soddisfare ai suoi impegni verso i terzi¹¹⁰.

Nella stessa causa, si era già espressa in tal senso la Corte d'appello genovese (estensore Agostino Ramella), il 24 aprile 1911, invocando tra l'altro anche la necessità di assicurare il rispetto del principio di libertà di impresa o, in altri termini, il diritto di resistenza dell'industriale¹¹¹:

Se si parte dal riflesso che l'interruzione del lavoro in caso di sciopero dipende esclusivamente dalla volontà del padrone, che può infatti evitarla arrendendosi ai reclami dei proprii salariati, non potrà mai ravvisarsi nello sciopero un evento di forza maggiore. Ma tale teoria porterebbe a negare ogni diritto di resistenza al padrone e ad assoggettarlo alle imposizioni degli operai di cui dovrebbe in ogni circostanza subire la legge, e sarebbe in opposizione allo spirito della nostra legislazione, la quale non riconosce la legittimità degli scioperi se non a condizione che padroni e operai abbiano la stessa libertà e indipendenza nella difesa dei loro interessi¹¹².

Possiamo considerare queste vicende giurisprudenziali del 1911-1912 come un momento di svolta nell'elaborazione di questo problema. Non a caso

109 Cass. Torino, 2 dicembre 1911, Comune di Sestri Ponente c. Union des Gaz, *ibidem*.

110 Cass. Torino, 23 gennaio 1912, Comune di Genova c. Union des Gaz, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 205-212, con nota di Sraffa cit.

111 Questa tesi era già emersa nel dibattito francese: cf. infatti Amiot, *Répercussion des grèves ouvrières* cit., p. 69; Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., n. 70 p. 594-595; Ramella, *Effetti degli scioperi* cit., pp. 229-230.

112 App. Genova, 24 aprile 1911, Municipio di Genova c. Compagnia Union des Gaz, in *Il dir. comm.*, XXX (1911), pp. 538-543. Cf. il commento puntuale di Ramella, *Effetti degli scioperi* cit..

la *Rivista di diritto commerciale*, il periodico di punta diretto da Sraffa e Vivante, diede ampio risalto alle pronunce, affidandosi all'opinione di due riconosciuti maestri del diritto commerciale, quali Angelo Sraffa ed Ercole Vidari, l'esponente più illustre della scuola di Pavia, allora senatore del Regno¹¹³. Entrambi condividevano l'assunto che, per considerare imputabile uno sciopero, occorresse esaminare in concreto come erano andati i fatti.

“Escludere *a priori* il carattere di forza maggiore allo sciopero, ad ogni e qualsiasi sciopero, sul riflesso che il padrone può sempre porre termine allo sciopero o prevenirlo col sottomettersi alle imposizioni dei suoi operai, senza prima indagare ed accertare se la resistenza del padrone sia giustificata, se la colpa del padrone abbia provocato ovvero accompagnato lo sciopero, è cadere, ripetesi, in un sofisma deplorabile”: scrisse Sraffa, nel commentare a caldo la sentenza della Cassazione di Roma del 17 gennaio 1911, relativa a un processo di cui egli era stato protagonista in veste di avvocato¹¹⁴. Sostanzialmente sulla medesima lunghezza d'onda fu Ercole Vidari, che dedicò all'argomento due limpide note, non prive di *vis polemica*¹¹⁵. Spetterà, dieci anni

113 Il giuscommercialista pavese richiamò le sentenze delle Cassazioni romana e torinese, analizzando una sentenza della Cassazione di Torino, del 24 aprile 1911, che nella fattispecie aveva escluso che l'imprenditore potesse invocare la forza maggiore per liberarsi dalle proprie obbligazioni, poiché mancava l'estremo della impossibilità della prestazione, intesa come oggettiva e assoluta. Nel caso di specie, infatti, lo sciopero aveva interessato solo uno degli stabilimenti di un cotonificio e l'impresa avrebbe potuto benissimo eseguire l'obbligazione provvedendosi della merce dagli altri opifici. Cass. Torino, 24 aprile 1911, Cotonificio Ligure c. Società G. Maggioni e C., in *Riv. dir. comm.*, IX (1911), II, 478-486, con nota di E. Vidari, *Sciopero e forza maggiore*. Per un ritratto di questo protagonista della scienza commercialistica postunitaria v. ora M. Libertini, *Vidari, Ercole*, in *Diz. biogr.* II cit., pp. 2044-2046.

114 Sraffa, *Lo sciopero economico e il concetto di forza maggiore* cit., p. 104. Sul personaggio v. ora la vasta e ben documentata ricerca di A. Monti, *Angelo Sraffa. Un 'antiteorico' del diritto*, Milano 2011, in particolare pp. 220-231 per il suo impegno nella direzione della *Rivista di diritto commerciale*; nonché Ead., *Sraffa, Angelo*, in *Diz. biogr.* II cit., pp. 1908-1911.

115 Nel commento sopra citato, *Sciopero e forza maggiore* (nt. 112), p. 482, egli proponeva la seguente distinzione: “O lo sciopero è determinato da ciò che l'imprenditore non mantenga i patti convenuti (di qualunque specie sieno) verso i propri lavoratori, e allora lo sciopero che questi dichiarassero, non potrebbe mai essere un caso di forza maggiore capace di dispensare l'imprenditore dagli obblighi contrattuali assunti verso i terzi, perché il rifiuto sarebbe stato provocato dalla sua condotta, e mancherebbe quindi uno degli elementi essenziali della forza maggiore. ... O lo sciopero è determinato da ciò che i

più tardi, al giovane Alberto Asquini, di chiudere il cerchio della discussione sviluppatasi in quegli anni, in una meticolosa nota apparsa sempre nella *Rivista di diritto commerciale*¹¹⁶.

Le sentenze sopra riportate risolvevano anche un secondo problema, attinente alla prova della forza maggiore. L'imprenditore, anche in caso di sciopero non imputabile in quanto inevitabile in concreto, non era liberato se la prestazione restava comunque oggettivamente possibile: ad esempio se gli operai (trattandosi di prestazione di fare fungibile) erano sostituibili. Nei casi indicati, tuttavia, la prestazione era divenuta impossibile perché la sostituzione era stata impedita dagli scioperanti stessi, che si erano opposti con la violenza al proseguimento dell'attività mediante l'impiego di altre maestranze: i giudici quindi, accertata anche in questo caso in concreto l'inevitabilità del fatto, decisero che gli imprenditori non dovevano rispondere della mancata sostituzione. La Cassazione di Torino, nella sentenza del 24 novembre 1911, fece ricorso anche al principio della libertà del lavoro¹¹⁷.

lavoratori vogliano imporre nuovi e maggiori obblighi contrattuali all'imprenditore; e allora, ove questi non consenta ad assoggettarvisi, può avere anche una legittima ragione per rifiutarli, e lo scioglimento, che in seguito a ciò i lavoratori deliberassero, costituirebbe un legittimo caso di forza maggiore per l'imprenditore, il quale potrebbe benissimo invocarlo a propria difesa contro i terzi per liberarsi dalle obbligazioni a cui essi lo volessero tenuto in conseguenza dei contratti precedentemente conclusi”.

116 Asquini, *Gli scioperi portuari* cit. (Nota a Trib. Genova, 1 aprile 1920 e App. Genova, 30 dicembre 1920), nella quale, dopo avere anch'egli contestato l'iniquo “sofisma” della giurisprudenza più risalente, riteneva che il giudice non potesse ingerirsi nel conflitto economico, valutando le scelte di merito degli imprenditori. V. la distinzione proposta a p. 218: “Dovendo dare una formula breve, io direi che lo sciopero deve qualificarsi come un *fatto non imputabile* nei rapporti tra i datori di lavoro e i terzi, quando esso risulti determinato da un *serio interesse* di classe. Tolto così al giudice qualsiasi diritto di sindacato sull'opportunità o meno che i datori di lavoro vadano incontro allo sciopero delle maestranze per tutelare un tale interesse, essi dovranno rispondere di fronte ai terzi, di quei soli scioperi che essi abbiano *dolosamente* creati per liberarsi dalle obbligazioni contratte coi terzi stessi o *colposamente* trascurati aggravando il danno risentito dai terzi”.

117 Cass. Torino, 24 novembre 1911 cit., Comune di Cornigliano ligure c. Union des Gaz: “Se poi ... essa aveva anche provveduto ad ovviare ai temuti effetti dello sciopero in ordine al non accendimento dei fanali, ingaggiando appositamente un personale di riserva, ma questo non aveva potuto lavorare per causa delle violenze e delle minacce degli operai scioperanti, è ben chiaro che la Compagnia era ricorsa in tal modo a tutti gli espedienti migliori per far sì che lo sciopero non ricadesse a danno degli utenti del gaz ... Se questi erano gli intendimenti della Società e se idonei si presentavano i mezzi messi in

Un ultimo punto, infine, merita di essere sottolineato. Le argomentazioni usate nelle sentenze indicate non mostrano l'accoglimento della teoria dell'impossibilità economica, relativa o soggettiva, così come formulata ad esempio da Barassi: altro è valutare in concreto l'inevitabilità dello sciopero (o della violenza messa in atto dagli scioperanti), nel quadro di una concezione tradizionale della forza maggiore, in cui però l'estremo della inevitabilità sia inteso in senso relativo e soggettivo; altro è sostenere, che il debitore si libera anche quando la prestazione sia divenuta relativamente o soggettivamente impossibile. Nel commentare quelle sentenze, invece, sia Sraffa sia Vidari mossero dei passi inequivocabili in quella direzione, che aveva implicazioni ben più vaste rispetto ai casi risolti.

Il professore e avvocato pisano, ad esempio, analizzando la sentenza della Cassazione di Roma del 17 gennaio 1911, la approvò e la reputò fondata, tanto alla luce della teoria barassiana della impossibilità economica o relativa quanto alla luce dei principi tradizionali opportunamente rivisti¹¹⁸. Con ancor maggior risolutezza, nel suo commento in particolare alle sentenze della Cassazione torinese del dicembre 1911 e gennaio 1912, Sraffa ritenne che i giudi-

opera per raggiungerli, non è certamente serio far carico alla Compagnia che lo scopo non sia stato raggiunto, perché alla massa scioperante non è piaciuto che la Compagnia stessa continuasse a lavorare, altrimenti che passando sotto il giogo delle sue imposizioni. Se può ammettersi da una parte la libertà dello sciopero, è pure sacrosanta per altra la libertà del lavoro e se dall'esercizio di tale diritto l'industriale è violentemente impedito non a lui può risalire la responsabilità di non aver potuto adempiere alle obbligazioni assunte verso i suoi clienti”.

Cass. Torino, 2 dicembre 1911 cit., Comune di Sestri Ponente c. Union des Gaz: “è fuor di luogo l'asserire astrattamente che non si possa qualificare forza maggiore un fatto liberamente voluto dal debitore, quando questo in concreto sarebbe stato impedito dalle minacce e violenze materiali alle persone da lui opportunamente adibite, e dai danni alle cose proprie, di tradurre in atto quanto egli aveva a tempo opportuno preordinato per ottemperare agli obblighi da lui contratti”.

Cass. Torino, 23 gennaio 1912 cit., Comune di Genova c. Union des Gaz: “Quindi in quanto l'imprenditore ... sia riuscito a procurarsi con altri lavoratori l'occorrente per poter soddisfare anche durante lo sciopero ai suoi obblighi verso i terzi, se poi venga, come in concreto si vuol provare, impossibilitato ad adempiere agli obblighi stessi da gravi violenze degli scioperanti, da mancata protezione da parte dell'autorità o dall'avergli questa impedito di adempierli, tale inadempienza, come dovuta, anziché a sua trascuranza o ad illegittimo suo procedere, a fatto altrui ragionevolmente imprevedibile e per esso insormontabile, non può andar che riferita fra i casi di vera e propria forza maggiore”.

¹¹⁸ Sraffa, *Lo sciopero economico* cit., pp. 102-109.

ci avessero accolto la teoria dell'impossibilità relativa, oltre ad aver respinto la teoria della responsabilità oggettiva per rischio industriale, verso la quale mostrava anch'egli, come i giudici, la sua avversione¹¹⁹.

Vidari, invece, espresse la sua predilezione per una concezione più flessibile di impossibilità, prendendo spunto da una sentenza della Cassazione di Torino del 1911 che, nel ritenere imputabile il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione da parte di un cotonificio, per lo sciopero scoppiato in uno dei suoi stabilimenti, sia per la breve durata della sospensione del lavoro, sia perché il cotone oggetto del contratto poteva essere procurato dagli altri opifici regolarmente funzionanti, aveva applicato la teoria tradizionale secondo la quale "la forza maggiore non può essere costituita, che da quei fatti, che indipendentemente da qualsiasi colpa dell'obbligato, rendono a questi impossibile, e non solo difficile, di eseguire l'assunta obbligazione". Per Vidari, viceversa, l'impossibilità non doveva essere valutata con un metro rigorosamente oggettivo: "nessuno può essere costretto ad assumere un obbligo maggiore e diverso da quello convenuto, né a fare uno sforzo economico molto più forte di quello che si poteva ragionevolmente presumere al tempo del concluso contratto¹²⁰".

9. *La replica di Vittorio Polacco*

Se la teoria soggettiva della responsabilità otteneva, grazie a questi auto-

119 Id., *Ancora dello sciopero e della forza maggiore* cit., pp. 205-212. La teoria oggettiva del rischio industriale non gli sembrava applicabile nella sua integralità: egli era favorevole quando si trattasse di obbligazioni di dare cose genericamente dedotte in contratto, ma riteneva che essa dovesse restare sempre esclusa nel campo delle obbligazioni di fare. Gli sembrava in particolare del tutto persuasiva la tesi di Amiot (v. *supra*, nt. 51), secondo la quale lo sciopero non poteva essere considerato un rischio interno all'impresa, poiché gli operai, scioperando, diventavano elementi estranei ad essa.

120 Prescindo, in questa sede, dai contributi di Vidari e Sraffa alla soluzione della controversa questione degli effetti dello sciopero sui contratti di lavoro con gli operai. Mi riferisco in particolare a E. Vidari, *Sciopero e forza maggiore*, in *Riv. dir. comm.*, IX (1911), II, pp. 935-941 (nota a App. Perugia, 9 febbraio 1911, *Finestauri c. Società Romana Tramways-Omnibus*) e A. Sraffa, *Contratto collettivo di lavoro e licenziamento*, in *Riv. dir. comm.*, X (1912), II, pp. 666-670 (nota a Cass. Roma, 11 maggio 1912, *Società Romana Tramways-Omnibus c. Finestauri*). La vicenda è inquadrata da ultimo nel libro di A. Monti, *Angelo Sraffa* cit., pp. 156-160.

revoli interventi dottrinali e giurisprudenziali, un importante sostegno, non meno autorevole era l'apporto che alla teoria oggettiva vennero recando autori come Polacco e soprattutto, come è noto, Osti.

Il primo confutò Barassi (che pure lo aveva additato come modello di giurista dinamico e critico verso le "cabale del diritto") nel libro sulle obbligazioni, apparso in seconda edizione nel 1915. Un attacco che prendeva spunto da alcuni casi, che il giurista milanese aveva addotto come esempio dei risultati eccessivamente rigidi ai quali avrebbe potuto condurre un'applicazione letterale del concetto di impossibilità oggettiva e assoluta¹²¹. Polacco, come si è visto anche nelle pagine precedenti, riaffermava la validità dei postulati in materia di impossibilità oggettiva della prestazione, ritenendo che ciò non fosse d'ostacolo ad una soluzione ragionevole del problema dell'inadempimento dovuto a sciopero.

Si poteva in primo luogo sostenere, che lo sciopero rappresentasse comunque un evento estraneo alla sfera dell'imprenditore, sulle orme di Fernand Amiot che aveva appunto ritenuto che gli operai con lo scioperare diventavano elementi estranei all'azienda.

Quanto all'elemento soggettivo del caso fortuito, la non imputabilità dell'evento e quindi la non evitabilità dello sciopero, Polacco era convinto che una sua corretta applicazione potesse condurre alle stesse "miti e umane conseguenze vantate dalle teoriche avversarie alla nostra". Il concetto di inevitabilità, infatti, come già detto, era da intendersi in senso non assoluto ma relativo. Ciò posto, lo sciopero scoppiato fra gli operai della propria officina avrebbe potuto eventualmente qualificarsi un fatto inevitabile "se inconsulte e addirittura rovinose per l'azienda siano le loro pretese e se vani ... siano riusciti i tentativi dell'industriale onde reclutare altri operai da sostituire agli scioperanti¹²²".

Occorreva tuttavia provare anche l'estremo dell'impossibilità oggettiva della prestazione: ad esempio, perché si trattava di prodotti speciali di esclusiva fabbricazione in quella fabbrica; tenendo presente inoltre che l'industriale non andava esente da responsabilità se avesse potuto, ad esempio, ricomprare la partita già venduta ad altri grossisti.

121 Vedili riprodotti in Barassi, *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore* cit., p. 493, e discussi in Polacco, *Obbligazioni*, n. 91^{bis}, pp. 366-372.

122 *Ibidem*, p. 370.

10. *La restaurazione di Giuseppe Osti*

Con Polacco rimaniamo sul piano della replica di poche pagine; con Giuseppe Osti, allievo di Giacomo Venezian¹²³, siamo di fronte a uno sforzo di ripensamento complessivo del problema, con l'obiettivo di ribadire, direi quasi di "blindare", la "teorica tradizionale" della responsabilità, traducendola, per usare parole dello stesso Osti, "in formule precise e scevre d'ogni ambiguità"¹²⁴.

L'elaborata e serrata riflessione venne consegnata dapprima a un denso saggio pubblicato nel 1918 sulla *Rivista di diritto civile*, e in seguito riproposta in altri interventi, fino all'approdo, come si ripete comunemente, nelle norme del nuovo codice civile del 1942, che peraltro non impedirono che sul tema, anche con un certo disappunto di Osti, si riformassero contrasti dottrinali e giurisprudenziali¹²⁵.

Non è questo il luogo per una considerazione specifica dei vari argomenti adoperati dal giurista bolognese per supportare l'opinione tradizionale¹²⁶. È utile, tuttavia, a conclusione di questo percorso, segnalare alcune idee espresse in quel primo saggio del 1918 (già apparso in edizione provvisoria a Imola nel 1914), anche perché il pensiero di Osti assume, come generalmente si riconosce, il valore di uno spartiacque tra un prima e un dopo.

123 P. Rescigno, *Gli scritti di Giuseppe Osti*, in Osti, *Scritti giuridici I* cit., pp. V-XVIII. Da ultimo v. il profilo di A. Trombetta, *Osti, Giuseppe*, in *Diz. biogr.* II cit., pp. 1471-1472.

124 Osti, *Revisione critica* cit., p. 20.

125 V. i saggi cit., *supra*, nt. 4. Segnalo che la *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione* fu oggetto di una meticolosa recensione di G. Segrè, *Sulla teoria della impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, XVII (1919), I, pp. 760-776. La tesi centrale espressa in questo lungo articolo del 1918, già apparso in forma provvisoria nel 1914, e in quanto tale citato favorevolmente nel 1916 da Ascoli, *La guerra come causa di forza maggiore* cit., p. 242, era stata anticipata nel lavoro del 1916 sull'art. 61 c. comm., pp. 356-357.

126 Oltre agli spunti contenuti nelle opere citate *supra*, nt. 7, v. soprattutto G. Visintini, *Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti (L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza nel rapporto obbligatorio)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, XXV (1971), pp. 213-229; Mengoni, *Responsabilità contrattuale* cit., in particolare pp. 1087-1092; G. Santoro, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contratto e impresa*, V (1989), 1, pp. 1-31, specialmente pp. 1-10; C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento* cit.

Osti dichiarava il suo intento fin dall'inizio del suo lavoro: opporsi ai tentativi "di capovolgere le costruzioni tradizionali e di rivoluzionare i concetti consacrati dalla dottrina secolare come fondamentali del diritto delle obbligazioni¹²⁷" e come tali trasmessi e accolti anche dal codice civile italiano vigente.

L'opzione era esplicitamente storicistica: si trattava di attuare un recupero, di tornare a volgere lo sguardo al passato e di ricostruire il filo rosso che lo legava al presente. E si trattava, allo stesso tempo, di "mettere in luce ed eliminare, almeno in parte, le incoerenze dogmatiche¹²⁸": di ribadire il fondamento oggettivo della responsabilità contrattuale, basandola su una nozione di impossibilità liberatoria intesa sia come oggettiva sia come assoluta (estremi entrambi necessari), superando quelle che l'autore etichettava come incertezze terminologiche (in particolare, la delimitazione del concetto di impossibilità oggettiva in quanto distinta da quella soggettiva) e lamentava come contraddizioni della dottrina italiana del suo tempo, oscillante tanto nel linguaggio, quanto nell'enunciazione dei principi, pur essendo nella sostanza tutta favorevole a individuare nell'impossibilità sopravvenuta della prestazione il limite della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni.

Quanto alla pandettistica, Osti riconosceva diversi meriti a Mommsen, al quale però rimproverava sul piano dogmatico la carenza di una "costruzione sintetica, generale, del concetto d'impossibilità sopravveniente¹²⁹", e l'uso del concetto di impossibilità soggettiva per riferirsi all'ipotesi di smarrimento della cosa dovuta; mentre reputava del tutto priva di base testuale nel diritto romano comune l'interpretazione di Windscheid (il quale, come si ricorderà, aveva attribuito in termini generali efficacia liberatoria tanto all'impossibilità oggettiva quanto all'impossibilità soggettiva sopravvenuta non imputabile della prestazione¹³⁰).

Lo sguardo storicistico che contraddistingue questo e altri contributi di Osti (la mente corre agli studi sulla clausola *rebus sic stantibus*) è indubbiamente uno degli assi portanti del suo metodo. Basti pensare allo spazio fondamentale che occupano, nel suo saggio, le pagine volte a dimostrare l'esistenza di una "tradizione ininterrotta, dalla scuola italiana alla Scuola Culta giù giù fino al Pothier, dalla quale ci viene trasmesso il concetto di fortuito, concepito e definito in un modo che è assolutamente inconciliabile col principio della

127 Osti, *Revisione critica* cit., p. 4.

128 *Ibidem*, p. 4.

129 *Ibidem*, pp. 30-32, in particolare p. 33.

130 *Ibidem*, pp. 33-36. *Supra*, nt. 28.

responsabilità fondata sulla colpa, e che anzi corrisponde al ben diverso principio secondo cui la responsabilità del debitore inadempiente è limitata solo dal sopravvenire (non imputabile al debitore) di un'impossibilità obiettiva e assoluta della prestazione¹³¹". Una tradizione che, a suo dire, avrebbe avuto origine nella dottrina italiana (Sebastiano Medici) e che sarebbe poi giunta fino a Pothier, passando attraverso Cujas e Doneau, Vinnius ed Heineccius.

Ma a cosa serviva questa analisi storica, nell'economia del lavoro di Osti? A respingere ogni tentativo di impostazione del problema della responsabilità che prescindesse dal concetto di impossibilità, inteso in senso oggettivo e assoluto, che come tale si sarebbe posto in contrasto con il diritto positivo: "se è vero che una delle vie più sicure per determinare il pensiero del legislatore è l'accertarne con esattezza la derivazione storica, già a questo punto non dovrebbe esser temerario affermare, che al nostro diritto positivo è del tutto estraneo il concetto di obbligazione come dovere di mera diligenza¹³²".

Su basi storiche era basata anche la critica dell'interpretazione barassiana dell'art. 1224, respinta fermamente perché in antinomia con il significato originario di quell'articolo, nell'ambito del codice francese e italiano: "in base all'art. 1224 si deciderà se il debitore abbia *male* adempiuto e sia *perciò* responsabile (o meglio, se *possa farsi questione* di una sua responsabilità per aver *male adempiuto*); in base agli art. 1225 e 1226 se il debitore sia responsabile per non *aver* adempiuto¹³³". Una norma, quindi, concernente esclusivamente l'adempimento dell'obbligazione e non il mancato adempimento.

Sul piano dei concetti, a livello dogmatico – volendo esplorare l'altro volto congeniale al civilista Osti – egli distingueva tra impossibilità oggettiva e soggettiva e impossibilità assoluta e relativa, allo scopo di fondare la prova liberatoria esclusivamente sull'impossibilità oggettiva e assoluta di adempiere. La prima distinzione riguardava la direzione dell'impedimento; la seconda, l'intensità¹³⁴.

L'impossibilità oggettiva era quella dipendente da un impedimento che incideva sulla prestazione in sé e per sé considerata; l'impossibilità soggettiva era quella derivante da impedimenti riguardanti la persona o la sfera economica del debitore. Per Osti, peraltro, era impossibilità oggettiva di adempiere anche quella derivante dallo smarrimento fortuito della cosa ed era tale anche

131 *Ibidem*, p. 108.

132 *Ibidem*, p. 109.

133 *Ibidem*, p. 93.

134 *Ibidem*, § 3, pp. 10-15.

quella derivante da impedimenti riguardanti la persona o la sfera economica del debitore, nelle prestazioni di fare infungibile, come le prestazioni intellettuali¹³⁵. Mediante questi equilibri concettuali, egli riusciva dunque ad attrarre nell'orbita dell'impossibilità oggettiva due ipotesi che, in dottrina, erano state definite di impossibilità soggettiva (ad es. da Mommsen e da altri¹³⁶).

L'impossibilità assoluta era quella determinata da un impedimento insuperabile; l'impossibilità relativa era quella dovuta a un impedimento superabile, anche se "con una intensità di sforzo, di sacrificio, di diligenza, superiore a un certo grado considerato come tipico, come normale, come medio", con uno "sforzo superiore al normale o addirittura eccezionale¹³⁷". Osti, tuttavia, considerava equiparabile ad un impedimento assoluto anche "quello che non sia suscettibile di essere vinto se non con un'attività illecita, o se non col sacrificio dell'integrità personale o di un altro attributo della personalità dell'agente¹³⁸" (ad esempio, l'esecuzione di un trasporto di persone o cose per una strada occupata da bande armate). In questi casi, egli otteneva di escludere la responsabilità del debitore senza dover fare ricorso ad altri principi (stato di necessità; inesigibilità della prestazione; e soprattutto: buona fede¹³⁹), presentando come un "limite logico necessario" del concetto di impossibilità assoluta quello che ne costituiva in realtà una "attenuazione", giustificabile sulla base di altri argomenti. È anche su queste chiusure che si sarebbe innescata in seguito la critica della civilistica. Comunque sia di questo profilo, munito di questi strumenti Osti si accinse all'attacco frontale delle diverse impostazioni di Hartmann¹⁴⁰ e Barassi.

È opportuno, peraltro, mettere in evidenza un ultimo aspetto della dottrina di Osti, senza considerare il quale il suo contributo rischierebbe di essere frainteso. Come più volte sottolineato anche dallo stesso autore, egli si trovò ad operare su due fronti: da un lato si accreditò come intransigente sostenitore dell'impossibilità oggettiva e assoluta sopravvenuta come unica

135 *Ibidem*, pp. 12-13.

136 *Supra*, nt. 25.

137 *Ibidem*, p. 15.

138 *Ibidem*, pp. 16-19, specialmente p. 17.

139 Nel 1913, nel suo lavoro sulla sopravvenienza (*infra*, nt. 141), p. 293, Osti scriverà della buona fede in questi termini: "non saremo noi ad acquietarci la coscienza con la parola magica: «buona fede»; e prima di rinviare a questo centone delle nozioni giuridiche scientificamente inesprese, ci proveremo di arrivare a qualche cosa di più rispondente all'indirizzo sistematico della scienza odierna".

140 *Ibidem*, pp. 36-43.

causa di liberazione da responsabilità per inadempimento delle obbligazioni; dall'altro si affermò come fautore della risoluzione del contratto per sopravvenienza o eccessiva onerosità, adoperandosi anche per la sua introduzione nel quarto libro del nuovo codice civile del 1942¹⁴¹. Si trattava, a suo modo di vedere, di due problemi differenti, da impostare su basi distinte: da un lato, l'impossibilità, dall'altro la sopravvenienza; da una parte l'impostazione era oggettiva, dall'altra volontarista. Erano questi gli argomenti con i quali egli si confrontò lungo la sua intera vita scientifica. Leggiamo le sue parole nel 1918: "ammettere il concetto di sopravvenienza è tutt'altra cosa che tentare, come fa parte della dottrina, di allargare il concetto di impossibilità per giustificare sulla base di una larghissima applicazione del medesimo le soluzioni intuitivamente suggerite dal buon senso giuridico, a tutela del contraente la cui posizione contrattuale è inopinatamente aggravata¹⁴²".

Si chiudeva in quell'anno un periodo straordinariamente attivo e dinamico per la responsabilità contrattuale: ma non risolutivo. L'itinerario che ho inteso tracciare in questo intervento aveva lo scopo di sottolineare l'importanza della svolta di inizio secolo. La rilevanza del momento risiede nella tensione che si era venuta a creare tra il polo soggettivo e il polo soggettivo nella

141 G. Osti, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, IV (1912), pp. 1-58; Id., *Appunti per una teoria della "sopravvenienza" (La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno)*, in *Riv. dir. civ.*, V (1913), pp. 471-498; 647-697, ora anche in Id., *Scritti giuridici I cit.*, pp. 171-237; pp. 239-328; Id., *L'art. 61 cod. comm. cit.*, pp. 363-373. Per un inquadramento di questi saggi, *ex multis*: G. Furguele, *La «Rivista di diritto civile» dal 1909 al 1931. «Un organo speciale del movimento scientifico, legislativo e pratico del più importante ramo del diritto positivo» e di «indirizzo» dello stesso nell'Italia giolittiana e del terzo decennio del nuovo secolo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16 (1987), *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 519-630, in particolare pp. 554-558 (sopravvenienza) e pp. 584-588 (impossibilità: e qui anche riferimenti sulle note di Ascoli); G.B. Ferri, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità* (1988), in Id., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova 1994, pp. 493-519. Sul problema mi permetto di rinviare a Chiodi, *Giustizia contrattuale*, cit.

142 Osti, *Revisione critica cit.*, p. 7. Del medesimo tenore erano le ultime battute del suo scritto: "la soluzione data al problema, che ha formato oggetto del presente studio, non pregiudica affatto la risoluzione dell'altro problema ben diverso, se cioè gli impedimenti relativi in genere che si oppongono all'adempimento delle obbligazioni contrattuali, pur non determinando una impossibilità dell'oggetto delle medesime che abbia per sé stessa efficacia liberatoria, possano giustificare la risoluzione del contratto, e per questa via, togliendo di mezzo la causa dell'obbligazione, liberare il debitore" (pp. 168-169).

soluzione del problema dell'inadempimento. Una polarità doppia, risultato di un conflitto interno al sistema, che si manifesta anche all'interprete di oggi, al cospetto del codice civile del 1942. Due anime, che abbiamo visto affiorare, scontrarsi o tentare di comporsi, nel dibattito preso in considerazione in queste pagine. Come è stato ben scritto, con riguardo al dibattito odierno: "il contrasto è risalente ed è giustificato, oltre che dalla perdurante influenza di oscillazioni interpretative manifestatesi già nel vigore del codice previgente, dal fatto che nello stesso codice attuale coesistono due anime, l'una ispirata al principio di diligenza, l'altra orientata a pretendere giustificazioni oggettive affinché il debitore possa evitare conseguenze a suo carico¹⁴³".

¹⁴³ G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Vincenzo Roppo, V, *Rimedi* – 2, a cura di V. Roppo, Milano 2006, p. 762.

José María Miquel González de Audicana

I. Introducción

La cesión de créditos no era posible en Derecho Romano de una manera directa, sino a través de una novación, que requería el consentimiento del deudor, o a través de un *mandatum in rem suam*, que no necesitaba el consentimiento de éste. Gayo II 39: “*Sine hac novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus experiri*”. A juicio de F. Schulz¹, la imposibilidad de una propia cesión de créditos es un ejemplo del conservadurismo jurídico romano en materia de Derecho privado. El principio de intransmisibilidad de los créditos se mantuvo a lo largo de la historia del Derecho romano, pero por diferentes vías se trató de satisfacer la misma necesidad. Hubo que recurrir a un artificio, como fue adaptar la *procuratio ad litem* para cumplir la función de la cesión². Posteriormente el cesionario obtuvo una *actio utilis*. “En este caso también se procede de una manera abiertamente romana, dice Schulz; el cesionario obtiene una *actio utilis*, pero, en un principio, solo en el caso de que el citado crédito

1 F. Schulz, Principios de Derecho Romano, trad. Abellán, 1990, p. 119. Sobre la historia de la cesión, K. Luig, Zur Geschichte der Zessionlehre, 1966. También, Gavidia ADC 1990, 1991, 1992. Coing, Derecho privado europeo I, trad. Pérez Martín, 1996, I, p. 561- 566, II, p.578-581. Zimmerman, The Law of Obligations, 1990, reprint 1992, p. 58-67. Astuti, Cessione(storia), Enciclopedia del Diritto, VI.p. 805-822. Sobre la historia del *pactum de non cedendo*, Klaus Lodigkeit, Die Entwicklung des Abtretungsverbot von Forderungen bis zum § 354 a HGB, 2004.

2 F. Schulz, Derecho clásico romano, trad. Santa Cruz, 1951, p. 599: Cuando un acreedor deseaba transmitir su derecho a otro, podía nombra a este último su representante procesal para la exacción del crédito, autorizándole a conservar al mismo tiempo lo que percibiese. En Derecho clásico el cesionario era designado *cognitor in rem suam*, por regla general (y no *procurator in em suam*). Todos los textos dignos de crédito hablaban de un *cognitor in rem suam*...Cuando el *cognitor* había efectuado la *litis contestatio* con el deudor, el cedente no podía ya exigir el pago de su crédito”.

corresponda a una herencia vendida, luego, siempre que un crédito haya sido vendido, y solo en el derecho justiniano para todo caso de cesión”.

II. *El pactum de non cedendo*

Admitida hoy la transmisibilidad de los créditos sin necesidad del consentimiento del deudor, sin embargo, los problemas que se presentaron al Derecho Romano para superar la necesidad de consentimiento del deudor, de nuevo se presentan hoy para resolver los problemas de la cesión de créditos cuando, entre acreedor y deudor, existe un pacto de no ceder el crédito³. También hoy es preciso recurrir a soluciones que pueden parecer heterodoxas e incluso contradictorias, desde cierto punto de vista dogmático, pero necesarias para responder a imperiosas exigencias económicas y armonizar de la mejor manera posible intereses contrapuestos. Se ha dicho que la intransmisibilidad convencional de los créditos es uno de los problemas fundamentales del Derecho de obligaciones⁴.

En la actualidad, es frecuente en ciertos sectores de la economía que las partes acuerden que los créditos derivados de un contrato no puedan cederse o sólo puedan cederse si el deudor lo consiente (*pactum de non cedendo*). Las condiciones generales de compra de grandes empresas suelen excluir o limitar las cesiones de los créditos que sus proveedores ostenten contra ellas. Las razones de los deudores para imponer esta cláusula pueden ser muchas. El comentario del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), coincidiendo con los PECL, cita las siguientes: no tener que tratar con un acreedor desconocido que puede ser más severo que el cedente, evitar el riesgo de que le pase inadvertida la notificación de la cesión y, por ello, pagar al cedente sin efecto liberatorio, la esperanza de tener relaciones comerciales continuadas con el

3 Enneccerus-Lehmann, Tratado de Derecho Civil, II-1 Derecho de Obligaciones, trad. española, con notas de Pérez González y Alguer, 1954, p. 387: “...en caso nada raros, en que la cesión no sea válida, tendrá que ser configurada como poder otorgado para cobrar el crédito en nombre del cedente”. Cuando en Derecho alemán la cesión es ineficaz por contraria al *pactum de non cedendo*, se sostiene que se produce la conversión de la cesión en una autorización del cedente al cesionario para el cobro del crédito (Bamberger/Roth en el Online-Kommentar BGB de BECK, comentario al § 399). Es decir, la misma solución que los romanos aplicaron por partir del principio de la intransmisibilidad de los créditos.

4 Panuccio, Cessione dei crediti, en Enciclopedia del Diritto VI, p. 860, nota 107, que atribuye la expresión a Arndt, Zessionrecht, I Berlín y Leipzig 1932, p. 13.

acreedor originario y poder compensar ulteriores créditos, facultad que desaparecería después de la notificación de la cesión⁵. Kötz añade otras, como evitar gastos de administración para controlar el recorrido de una o más cesiones (incluso parciales), ahorrar disputas con el cesionario sobre si un crédito susceptible de compensación es anterior o posterior a su conocimiento de la cesión. También se dice que el acreedor, una vez que ha cedido su crédito, tiende a poner menos interés en el cumplimiento de su propia obligación, así como que es legítimo que un deudor se prevenga frente a la posibilidad de tener que cumplir un contrato a favor de alguien con quien se negó a contratar directamente⁶. Las relaciones entre un deudor y un acreedor determinados pueden ser muy relevantes a los efectos del pacto de que tratamos, porque a un acreedor que mantenga múltiples relaciones económicas con un deudor no le será indiferente la situación de la empresa de éste, mientras que a un acreedor cesionario, que sólo posea algún o algunos créditos aislados contra el deudor cedido, la conservación de la empresa del deudor le importara muy poco una vez que haya cobrado esos créditos, pues no tiene otros contra ese mismo deudor⁷. En contra de la eficacia del pacto también hay, desde luego, muy importantes razones, como son las necesidades de financiación y garantías de las empresas.

El *pactum de non cedendo* es válido en Derecho español, conforme al art. 1112 CC, pues este precepto, después de sentar el principio de la transmisibilidad de los créditos, lo exceptúa, si se hubiere pactado lo contrario.

5 Comentario al Draft, vol 2, p 1033 y s.

6 Kötz, Rights of Third Parties. Third Parties Beneficiaries and Assignment, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. VII, 1992, 13-73

7 En la Pandectística alemana todavía se consideraba vigente por algunos la prohibición de la cesión a los más poderosos. V. sobre esto Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6ª ed. T. 2, Frankfurt 1887. p. 295 notas 18 y 19. K. Luig, Die Reinigung des römischen Rechts am Beispiel des Verbots der *cessio in potentiores*, en Studien zur europäische Rechtsgeschichte, ed. Walter Wilhelm, Frankfurt 1972, p. 208-223. Según Klaus Lodigkeit, Die Entwicklung des Abtretungsverbot von Forderungen bis zum § 354 a HGB, 2004, p. 119, una vez que desaparecieron las prohibiciones romanas de cesión a los „potentiores“ y de los créditos litigiosos, se hizo necesario el *pactum de non cedendo* para la protección del deudor. Sin embargo, añade que también deudores que no estaban en situación de temer la cesión a los “potentiores”, como compañías de ferrocarril, aseguradoras y el Reichsbank necesitaban un *pactum de non cedendo*. Las compañías de ferrocarril querían evitar la cesión de los billetes de ida y vuelta, de circuito y abonos. Las aseguradoras temían que la cesión ilimitada de los créditos contra ellas aumentaran las posibilidades de manipulaciones.

Art. 1112 CC: “Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”. La cuestión difícil es precisar qué trascendencia debe tener el incumplimiento de este pacto. ¿Si el acreedor incumple el pacto y cede el crédito a un tercero, adquiere éste el crédito o, por el contrario, permanece en el patrimonio del acreedor cedente? Esto es especialmente importante, como fácilmente puede comprenderse, para los acreedores de ambos en caso de concurso o de ejecución singular sobre el crédito. ¿Puede liberarse el deudor, que no haya consentido la cesión, pagando al único acreedor que él reconoce, esto es, al cedente? ¿Qué excepciones puede oponer el deudor al cesionario en este supuesto? ¿Qué tipo de ineficacia debe atribuirse a la cesión que viole el pacto, absoluta o relativa? ¿En qué casos la cesión debe ser eficaz a pesar de la prohibición? ¿Si el deudor consiente la cesión después de efectuada, esa autorización tiene efecto retroactivo? ¿Entre las diversas cesiones efectuadas en contra del pacto, puede el deudor elegir a su voluntad la que desee que tenga efecto?

III. *El estado de la cuestión*

En nuestra doctrina existen autorizadas opiniones que disienten entre sí. Por una parte, Díez- Picazo considera que el pacto no es oponible al cesionario de buena fe y que su incumplimiento sólo genera responsabilidad del cedente incumplidor por los daños que cause al deudor⁸. Por otra parte, Pantaleón opina que el *pactum de non cedendo* impide que el cesionario adquiera el crédito⁹. Estas opiniones coinciden, entre otras, respectivamente con las soluciones del Derecho italiano (art. 1260.2), la de Díez-Picazo, y con la del Derecho alemán, la de Pantaleón (con el § 399 BGB según lo interpreta la jurisprudencia y la doctrina dominante, pues el § 354 a HGB, Código de comercio alemán, contiene una regulación diversa).

En la jurisprudencia, dos sentencias del Tribunal Supremo, 10.10.2000 (RJ 2000, 9186) y 26.9.2002 (RJ 2002, 7873), sobre la aplicación de una misma cláusula de un contrato de seguro de crédito, que exigía la conformi-

8 Díez- Picazo, Fundamentos de Derecho Patrimonial II, 2006, p. 978.

9 Pantaleón, Cesión de Créditos, ADC 1988, p. 258 ss. Comentario del Código Civil, II, Ministerio de Justicia, comentario al art. 1526, p. 1024. Carrasco, Tratado de los Derechos de Garantías, II, 2008, p. 255.

dad de la aseguradora para la designación de un nuevo “beneficiario”¹⁰, otorgan eficacia al *pactum de non cedendo* y niegan eficacia a la cesión y a la prenda que, en sus respectivos casos, habían otorgado los asegurados. La citada STS 26.9.2002 resuelve: “En el presente supuesto, exigido explícitamente por voluntad de los contratantes el consentimiento del asegurador para la cesión del crédito, debiendo constar el mismo mediante suplemento a la póliza, este requisito no se ha cumplido y la cesión del crédito no se ha producido por falta de tal requisito”¹¹. M. Cruz Moreno y F. Carbajo y Cascón, comentaristas

10 La cláusula era de este tenor: «El asegurado tiene la facultad de proponer a terceras personas o entidades como Beneficiarios de sus derechos a cobrar las indemnizaciones derivadas del presente Contrato de Seguro. Si la compañía acepta la propuesta, lo hará constar mediante suplemento a la póliza».

11 Los hechos son los siguientes: El 3 de abril de 1990 la demandada y recurrida en casación, Crédito y Caucción, SA», y la entidad «Vocedisc SL» celebraron un contrato de seguro por el que la primera se compromete a asegurar a la segunda el riesgo de pérdida producido por una posible insolvencia de sus clientes; el 15 de abril de 1993 «Vocedisc SL» constituyó sendos derechos de prenda sobre los créditos que pudieran nacer de aquel contrato de seguro, en garantía de dos préstamos que recibió de la entidad demandante y recurrente en casación Bancaja, procediendo «Bancaja», el 5 de mayo de 1993, a notificar notarialmente a «Crédito y Caucción, SA» la constitución del derecho de prenda a su favor; por razón de la insolvencia definitiva de un cliente de «Vocedisc SL», «Bancaja» notificó a la aseguradora, mediante requerimiento notarial con fecha 9 de febrero de 1994, que se había producido la pérdida por insolvencia y que tenía derecho al cobro de la cantidad asegurada por razón del derecho de prenda, ya que «Vocedisc SL» no había satisfecho los préstamos garantizados; posteriormente, «Bancaja» y «Vocedisc SL» alcanzaron un acuerdo por el que se producía la cesión plena a favor de «Bancaja» del crédito que «Vocedisc SL» tenía sobre la entidad aseguradora con motivo del contrato de seguro de crédito, y que fue objeto anterior de la prenda de créditos entre las mismas entidades; finalmente, ante la negativa de la aseguradora a satisfacer el crédito a favor de la entidad cesionaria, el 9 de junio del mismo año 1994, «Bancaja» formuló demanda en reclamación de la cantidad contra Crédito y Caucción, SA, por razón de la cesión del crédito de «Vocedisc SL». La demandada se opuso alegando falta de legitimación activa y por razones de fondo. La Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Alicante, dictó sentencia en fecha 17 de enero de 1997 en la que, revocando la dictada en primera instancia por el Juzgado de Ibi, desestimó la demanda por entender que nunca hubo cesión del crédito, pues no cabe prenda sobre derecho de crédito. Contra esta sentencia se alzó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, quien, a pesar de reconocer la posibilidad en nuestro ordenamiento de la prenda de créditos, acaba desestimando el recurso por el incumplimiento por parte de «Vocedisc SL» de un *pactum de non cedendo* incluido en el contrato de seguro de crédito con Crédito y Caucción, SA que haría nula la cesión de créditos operada finalmente a favor de «Bancaja».

de esta sentencia, se muestran críticos desde el punto de vista de la LCS, en cuanto pueda ser aplicable el art. 3 LCS a la cláusula citada. También censuran la sentencia desde el punto de vista de la eficacia que otorga al *pactum de non cedendo*, porque ellos se inclinan, en el sentido de la opinión de Díez-Picazo, por su eficacia meramente obligacional o inter partes si el tercero desconocía el pacto¹². De otra opinión, Fugardo Estivill, que abunda en las opiniones de Pantaleón¹³. Por su parte, Veiga Copo, que también comenta la sentencia, estima que la cláusula excluye la validez de la cesión y al limitar la transmisibilidad del crédito es limitativa de los derechos del asegurado¹⁴.

En contra de la eficacia atribuida al pacto por las citadas sentencias del Supremo, una sentencia del Juzgado de 1ª instancia de Bilbao nº 1 de 26.7.

12 M, Cruz Moreno, CCJC 63, apenas se ocupa de la eficacia de pacto de no ceder el crédito. Su crítica a la sentencia se centra en la LCS y en el carácter de condición general de la cláusula, incidentalmente alude a la doctrina que confiere al pacto solo eficacia inter partes. F. Carbajo Cascón Prenda y cesión de crédito derivado de contrato de seguro de crédito, en Aranzadi Civil-Mercantil num. 6/2004. Este autor dice: "... frente al rigor de aquellas posturas –como la sostenida por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia que ahora analizamos– que mantienen la absoluta imposibilidad de ceder el crédito a un tercero sin el consentimiento expreso del deudor, declarando la nulidad radical del negocio de cesión que infrinja el pacto de incedibilidad, buena parte de nuestra mejor doctrina considera que la prohibición convencional de transmitir un crédito limita sus efectos a la estricta relación inter partes o relación interna de los estipulantes de la cláusula, ex art. 1257 CC («los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos»), salvo que pudiera probarse que el tercero cesionario conocía la existencia de dicho pacto al tiempo de la cesión . De manera que la eficacia relativa o inter partes del *pactum de non cedendo* haría plenamente eficaz y válida la cesión operada entre el acreedor cedente y un tercero cesionario de buena fe aun sin contar con la autorización expresa o tácita del deudor cedido, sin perjuicio de la obligación del cedente de indemnizar al deudor cedido por los daños y perjuicios que pudiera causarle como consecuencia de la infracción contractual (DÍEZ-PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. «Las Relaciones Obligatorias» Civitas, Madrid, 1993, pg. 813; también García-Cruces González, J. A.: La cesión de créditos . cit., pg. 431)".

13 Fugardo Estivill, La Notaría, núm. 3/2003, Marzo 2003, p. 11-55, La prenda de créditos y la pignoración del seguro de crédito. Requisitos para su constitución. Efectos del «pactum de non cedendo». (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 26 de septiembre 2002), aprueba la decisión de la sentencia y sigue las opiniones de Pantaleón.

14 Veiga Copo, La pignoración de un seguro de crédito y la necesidad del consentimiento de la aseguradora (a propósito de la STS 26 de septiembre 2002), en RDBB 91, 2003, p. 281 y ss.

2004 (JUR 2004\263555) y otra de la Audiencia de Sevilla de 17.1.2001 no otorgaron eficacia al *pactum de non cedendo* frente a cesionarios que no se probó que lo conocieran. En ambos casos, el deudor cedido había pagado al cedente con noticia de la cesión y fue condenado a repetir el pago al cesionario. Las sentencias se apoyan en la mera eficacia inter partes del pacto e invocan el art. 1257. El argumento, sin embargo, creo que es susceptible de retorsión, porque también la cesión es *res inter alios acta* respecto del deudor.

En la sentencia del Juzgado de Bilbao, la demandada alegaba que el contrato principal y la cesión estaban sometidos a sus condiciones generales, y, en cualquier caso, también al Derecho alemán. La aplicación del ordenamiento jurídico alemán venía expresamente contemplada en la cláusula 13 de las condiciones generales. La demandada sostenía, de un lado, que conforme a la cláusula 8 de las condiciones generales, la cesión del crédito requería su aceptación por escrito y, de otro, aún no tomando en consideración lo anterior, que en virtud del artículo 354. a) HGB (Código de comercio alemán), la demandada como deudora cedida hubiera podido efectuar el pago liberatorio tanto a la cedente (su originaria acreedora) como a la cesionaria. Por lo que o bien dicha cesión resultaba inoponible e ineficaz frente a la demandada, habida cuenta que no contó con su aceptación, o bien los pagos efectuados a la entidad cedente, aún con posterioridad a la notificación de la cesión, tuvieron carácter liberatorio. La sentencia, sin embargo, afirma que no se ha acreditado nada sobre la vigencia del artículo 354.a) HGB. Concluye el juez: “No acreditado que por la cesionaria se conocieran tales limitaciones del régimen convencional de la cesión y su eficacia, no resultan oponibles a la misma. En su caso, lo pactado en el negocio principal en cuanto al régimen jurídico de la cesión ciñe su ámbito de eficacia a quienes fueron parte en el mismo (art. 1257 CC). Resultando inoponible al cesionario que actuó de buena fe. No existe nada que justifique el sometimiento de la cesión a la normativa invocada por la demandada. Como régimen convencional, en su caso, pactado por los contratantes de la ejecución de obra, es ineficaz frente al cesionario que desconoció dichas circunstancias. Luego la validez y eficacia de la cesión habrá de ventilarse conforme a las normas del Derecho español”.

No es convincente la argumentación de la sentencia ni en cuanto a la exclusión de eficacia del *pactum de non cedendo*, ni en cuanto a la aplicación de la ley española a la cesión del crédito. En cuanto a lo primero, en mi opinión, ni el art. 1257 CC, ni la mera buena fe del cesionario justifican la ineficacia del

pacto frente a terceros¹⁵. En cuanto a lo segundo, actualmente parece claro, como entiende F. Garcimartín, que la ley aplicable a la eficacia jurídico real de la cesión o pignoración de los créditos es la ley aplicable al crédito cedido¹⁶.

15 Curiosamente mientras la libertad contractual, según la doctrina francesa, impide la eficacia del *pactum de non cedendo*, según la doctrina alemana es la que la permite. En este sentido, E. Cashin Ritaine, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d`argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, 2001, p. 279.

16 Francisco J. Garcimartín Alférez, *Garantías financieras: las modificaciones introducidas en el Real Decreto-Ley 5/2005*, en *Aranzadi Civil-Mercantil* num. 7/2011: “El Real Decreto-Ley 5/2005 (RCL 2005, 503) en su versión original contenía una norma de conflicto sobre la ley aplicable a la eficacia jurídico-real de las garantías financieras cuando su objeto fuesen valores representados mediante anotaciones en cuenta: se aplicará la ley del país donde esté la «cuenta principal». Este concepto se definía como aquella cuenta en la que se realicen las anotaciones por las cuales se presta al beneficiario la garantía pignoraticia (art. 17^o.1). Con la modificación propuesta se extiende el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley a los derechos de crédito. Pues bien, el legislador español ha considerado oportuno resolver el problema conflictual que dicha extensión lleva aparejado. Es cierto que este aspecto no está contemplado en la Directiva, pero es un acierto haberlo resuelto en la norma de transposición si tenemos en cuenta que en el Derecho español no hay una respuesta clara sobre esta cuestión y ello ha generado bastante incertidumbre legal en la práctica. En efecto, y a diferencia de otros Estados miembros, en el Derecho español no hay una norma de conflicto expresa sobre la ley aplicable a la oponibilidad a terceros de las cesiones o prendas de créditos. Esta cuestión tampoco está resuelta a nivel comunitario (pues el Reglamento 593/2008 o Roma I sólo contempla los aspectos contractuales de las cesiones o prendas de crédito , pero ha dejado temporalmente fuera de su ámbito de aplicación la determinación de la ley aplicable a la oponibilidad a terceros de la cesión). Con el fin de despejar esta indefinición, se incorpora un apartado tercero al artículo 17 donde se afirma que, cuando el objeto de la garantía sean derechos de crédito, la ley aplicable a la eficacia frente al deudor o frente a terceros de la cesión o de la prenda será la que rige el crédito cedido o pignorado. Así, por ejemplo, en el caso de una prenda de un crédito entre un banco alemán y una empresa española sometido al Derecho francés, la ley aplicable a la oponibilidad a terceros de dicha prenda será la ley francesa. Esta misma solución conflictual es seguida en países como Alemania o el Reino Unido. Con vocación de provisionalidad, hasta que se adopte una respuesta uniforme en Europa (vid. Art. 27 del Reglamento Roma I), esta solución parece la más prudente y merece, por ello, una valoración positiva. Una última aclaración es importante. La solución adoptada por el Artículo 17.3 del Real Decreto-Ley es generalizable. Tanto dentro del ámbito de las garantías financieras ahí reguladas, como fuera de él, la ley aplicable a la «eficacia jurídico-real» de las cesiones o prendas de créditos debe ser la misma que rige el crédito cedido/pignorado. Aunque se haya incorporado en una norma especial, debe entenderse que esa regla cumple una función aclaratoria o interpretativa dentro del sistema, i.e. una confirmación legislativa”.

Dice este autor: “La aplicación de la ley que rige el crédito cedido/pignorado a la oponibilidad a terceros de la cesión /pignoración conlleva que esa ley gobierne aspectos como: (i) Los requisitos y el momento de perfección de la cesión o pignoración y, por lo tanto, su oponibilidad en general a los acreedores del cedente/pignorante, incluido el administrador concursal en caso de declaración de concurso de éste; (ii) La eficacia frente a terceros de los pactos de *non cedendo* (por ejemplo la resolución del conflicto entre el deudor y el tercero de buena fe que adquiere o recibe en garantía un crédito); (iii) O la resolución de los conflictos entre dobles cesiones/pignoraciones”.

IV. *Una mirada al Derecho Comparado*

En el Derecho comparado las soluciones al problema de la eficacia del *pactum de non cedendo* son muy diversas. Las soluciones extremas son las del Derecho francés, que no le otorga ninguna eficacia, y la del BGB alemán que le otorga una eficacia absoluta. Entre ellas existen otras muchas que contienen variaciones tanto en función de la relación que se contemple (deudor- cedente, deudor-cesionario o cedente-cesionario), como en función del conocimiento que del pacto tenga el cesionario y también en función del tipo de crédito, pues la cesión de créditos pecuniarios tiende a ser considerada eficaz a pesar de violar el pacto y con independencia del conocimiento que del mismo pacto tenga el cesionario¹⁷.

17 Una comparación bastante completa de las diversas soluciones nacionales puede verse en las notas del DCFR al art. 5:108, vol. 2, p. 1036-1038. También en Kötz, *Rights of Third Parties. Third Parties Beneficiaries and Assignment*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, 1992, 13-73 y ss. Kötz, relata el caso inglés *Helstan Securities Ltd. V, Hertfordshire County Council*, 1978, en el que se dio eficacia a la prohibición de cesión. Frente a la demanda del cesionario, se decidió que el deudor (“County Council”) estaba legitimado para rehusar el pago, pues la cesión se había efectuado sin su consentimiento. El juez dijo que el “Council” al incorporar la cláusula al contrato había querido reservarse la posibilidad de oponer excepciones y defensas contra el contratista. Es verdad que defensas, como, por ejemplo, por falta de conformidad de la obra, podrían ser opuestas contra el cesionario. Sin embargo, dijo el juez “por qué tendría que hacerlo contra personas contra las que no habría querido hacerlo en unas circunstancias que no eran las elegidas por él, cuando había convenido contractualmente que no tendría que hacerlo”. Según el juez, la decisión no era de una dureza indebida para el cesionario, pues él podría haber investigado, entre otras cosas, si existía una cláusula de intransmisibilidad

El Código civil francés no contiene un precepto como nuestro art. 1112 CC, que expresamente prevea la validez del *pactum de non cedendo*. La doctrina y jurisprudencia, además de prestarle escasa atención, no otorgan al *pactum de non cedendo* ninguna eficacia, ni siquiera obligacional. Los pocos autores que se refieren a este pacto lo consideran inválido¹⁸. En el siglo XIX

antes de comprar el crédito. El caso, según Kötz, dio lugar en la doctrina a una fuerte reacción en contra. Sobre el pacto en Derecho inglés v. también Treitel, *The Law of Contract*, 11^a ed. 2003, p. 693. Con cita de más casos a favor de la eficacia del pacto de intransmisibilidad. En *Lindons Gardens Trust Ltd v. Lenesta Sluge Disposals Ltd* (1994) se rechazó el argumento de que fuera contrario al orden público (public policy).

En los Estados Unidos de América, explica Kötz (13-78), si bien en un principio las cláusulas de intransmisibilidad precluían la eficacia de la cesión, los tribunales se fueron haciendo cada vez más hostiles a las restricciones contractuales a la transmisibilidad de los créditos. La tendencia contraria se manifestó primero en un plano de la interpretación. Así, se entendió que muchas cláusulas solo excluían la cesión del contrato. El UCC § 2-210 párrafo 2 comienza diciendo “A menos se pacte lo contrario, todos los derechos de ambos, comprador y vendedor, que nazcan de la compraventa de mercaderías son transmisibles libremente”. Pero luego limita el *pactum de non cedendo*, porque afirma que “una pretensión por daños derivados de un incumplimiento completo del contrato” o “un derecho que derive del cumplimiento total del contrato por el cedente” es libremente transmisible a pesar del pacto en contrario. Así, explica Kötz, si un vendedor ofrece al comprador la entrega de bienes conformes al contrato y el comprador indebidamente rechaza la entrega, el comprador ha incumplido completamente el contrato y, en ese caso, el derecho del vendedor a la indemnización de los daños es transmisible a pesar del pacto. Del mismo modo si el comprador ha aceptado bienes que sean conformes al contrato, el vendedor, que ha cumplido totalmente su obligación, puede ceder sus derechos derivados del contrato a pesar de una cláusula de intransmisibilidad que fuera válida en otro caso. Este artículo tiene un ámbito de aplicación limitado y parte de la eficacia del pacto en los demás supuestos. Ahora bien, el § 9-318 párrafo 4 contiene una disposición más amplia, que niega eficacia a los pactos que prohíban la cesión de un “account”. Un “account” se define como el derecho a cobrar por bienes vendidos o arrendados o por servicios prestados... tanto si ese derecho haya sido adquirido ya por el cumplimiento o todavía no. La cesión es eficaz aunque el cesionario tenga conocimiento de la prohibición o limitación. El UCC, dice el mismo autor, parece haber expedido el certificado de defunción de las citadas cláusulas de intransmisibilidad en el contexto comercial en el que son más importantes. Esto es, en el ámbito donde es importante la utilización de los créditos pecuniarios por venta de bienes o prestación de servicios como activos para servir de garantía o financiación. Sin embargo, continúa Kötz, el Derecho americano es generoso al permitir al deudor cedido servirse de la compensación y otras defensas contra el cesionario.

18 Kötz, *Rights of Third Parties. Third Parties Beneficiaries and Assignment*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, 1992, 13-73 y nota 370.

se invocaba en su contra el principio de libre disposición de la propiedad, que incluía la titularidad de los créditos, formulada por el art. 537 del *Code civil*. Laurent invocaba que la libre disposición de los bienes es una máxima de orden e interés público consagrada por los arts. 547 (debe decir 537), 1594 y 1598, que no puede ceder por voluntad de las partes¹⁹. En el mismo sentido, Crome sostuvo que el art. 537 *Code civil* impide el pacto que limite la disponibilidad de los bienes de un sujeto²⁰. Hoy se argumenta con el art. 1165 (equivalente a nuestro 1257) que el pacto no afecta al cesionario, ya que no ha sido parte en él y no lo ha consentido (Sentencia de la « Cour Cassation Chambre Commercial » de 21.11.2000)²¹. De manera distinta Ghestin-Billiau-Loiseau se preguntan si las partes pueden pactar en el contrato generador del crédito la intransmisibilidad de éste. Responden que *a priori* el principio de libertad contractual permite asignar al crédito la cualidad de intransmisible o de transmisibilidad limitada. Sin embargo, dicen, la *Chambre Commercial de la Cour de Cassation* en la sentencia 21.11.2000 no lo ha admitido. Estos autores critican que la sentencia se apoye en una idea superada de la relatividad de los contratos. En efecto, dicen, si es cierto que los contratos no obligan más que a las partes, esto no significa que no sean oponibles a los terceros. La

19 Laurent, Principes de Droit Civil, XXIV, 1878, n° 467, p. 457-459. « La clause est nulle comme contraire à l'art.6 du code ». En el Derecho italiano anterior al vigente Código, Borsari, Commentario del Codice civile, vol. 4-1, 1878, comentario al art. 1538, p. 508, citaba los mismos casos franceses que Laurent, los consideraba bastante raros y afirmaba que ser propietario y no poder disponer constituye una contradicción de conceptos.

20 Crome, Carl, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts, Mannheim 1894, p. 258.

21 Así, la Sentencia de la « Cour cassation chambre commercial » de 21.11.2000 decidió: « *attendu qu'après avoir décidé, à juste titre, que la banque Scalbert Dupont, cessionnaire de la créance née du contrat souscrit entre la société Clemessy et la société Sepi, n'était pas partie à ce contrat, la cour d'appel en a déduit à bon droit que la banque cessionnaire n'était pas engagée par la clause d'agrément y figurant sauf si elle l'avait acceptée, ce que la société Clemessy n'établissait pas; qu'ainsi, sans inverser la charge de la preuve, les juges du fond ont fait une exacte application des textes susvisés; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* ». La Sociedad Sepi había cedido al banco Scalbert Dupont los créditos de los que era titular contra la sociedad Clemessy por los trabajos que había realizado. La sociedad Clemessy no aceptó la cesión y opuso al cesionario la cláusula de sus condiciones generales que prohibía a la otra parte contratante ceder sus créditos sin su previo consentimiento escrito, así como una excepción de compensación, por un cierto importe, con un crédito por daños y perjuicios que pretendía tener contra la sociedad Sepi por razón de defectos de las obras realizadas.

Cámara Comercial, sostienen, desconoce el principio de oponibilidad que ella misma aplica en otras ocasiones. Concluyen con el deseo de que la Cámara Comercial cambie su jurisprudencia y subordine la inoponibilidad de la cláusula a que el cesionario la ignore. Una vía que, según dicen estos autores, la misma Cámara habría seguido en una decisión ulterior de 22.10.2002, que, sin embargo, no ha considerado oportuno publicar²².

Ahora bien, consideran que la situación ha cambiado tras la ley n° 2001-420 de 15 mayo de 2001, relativa a las nuevas regulaciones económicas, pues ha modificado el art. L.442-6 del Código de Comercio en el que ahora se declaran nulas las cláusulas que prohíban la cesión de los créditos que una parte contratante tenga contra la otra si esta es un productor, comerciante, industrial o un artesano. Según estos autores el ámbito de aplicación de las cláusulas de intransmisibilidad de los créditos se encuentra reducida a bien poca cosa y la Cámara Comercial no correrá el riesgo de tener ocasión de cambiar su jurisprudencia²³. Terré/Simler/Lequette se refieren a dicha ley de 15.35.2001 y estiman que, fuera del ámbito de la prohibición que contiene, la cláusula de intransmisibilidad es válida, al parecer en virtud de una conclusión a contrario²⁴.

22 Bordignon, *La cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale. L'esperienza francese*, 2003, p.186 y nota 81, informa que Turcas (Le transfert des créances dans la Loi Dailly peut-il être neutralisé par l'acheteur ?, *Gaz. Pal.*, p. 263 ss) ha imaginado, como medio para impedir por vía de hecho los efectos de la cesión del crédito (al margen del *pactum de non cedendo*), que el comprador notifique a todos los bancos franceses sus condiciones generales de compra y que éstas contengan como único medio de pago la letra de cambio. De esta manera la entidad de crédito que hubiese adquirido el crédito por medio de los instrumentos previstos en el régimen de la "cession de créances professionnelles", se vería expuesta al riesgo de sucumbir ante un precedente pago de la letra negociada, a su vez, por el cedido con otra entidad financiera. Este autor también se hace eco (p. 323) de lo curioso que resulta que Francia, que tradicionalmente ha negado eficacia a las cláusulas de intransmisibilidad, incluso la eficacia meramente obligatoria, haya hecho uso de la posibilidad de formular una reserva a la aplicación del art. 6 de la Convención de Ottawa que niega eficacia a dichas cláusulas. Con lo cual, dice, introduce en el ordenamiento francés la única hipótesis concreta de oponibilidad al cesionario del *pactum de non cedendo*. El autor cita también Una Sentencia del Tribunal de apelación de París (26.1.1996) según la que si un contrato contiene una cláusula de incedibilidad del precio estipulado, el deudor puede oponerla para rehusar el pago al cesionario. Es decir, una sentencia contraria a la doctrina y jurisprudencia francesas.

23 Ghestin-Billiau-Loiseau, *Traité de Droit Civil. Le régime des créances et des dettes*, 2005, p. 309-311.

24 Terré/ Simler/ Lequette, *Les obligations*, 9ª ed., 2005, p. 1218 n° 1278. O yo

En el Derecho italiano el art. 1260.2 priva de eficacia a la cláusula frente a un cesionario que ignore el pacto. Corresponde al deudor cedido la prueba de ese conocimiento²⁵. El Código portugués sigue el mismo criterio sin pronunciarse sobre la carga de la prueba²⁶.

Los Principios europeos del derecho de los contratos (11. 301 PECL) como regla consideran ineficaz frente al deudor la cesión contraria al *pactum de non cedendo*, si el deudor no la consiente. Sin embargo, aunque el deudor no la consienta, también es eficaz la cesión contra el deudor si el cesionario no conocía el pacto ni debía conocerlo (“the assignee neither knew nor ought to have know of the non-conformity”) y también si la cesión se refiere a un crédito pecuniario futuro. En los casos en que la cesión no sea eficaz contra el deudor, en cambio, en la relación cedente-cesionario la cesión es eficaz, de manera que el cesionario tiene acción para exigir al cedente todo lo que este haya recibido del deudor por razón del crédito cedido (art. 11:203).

El DCFR establece una regulación diferente, como veremos después, en la que podemos destacar frente a la de los PECL las siguientes diferencias: a) Como regla de principio, los PECL parten de la eficacia del *pactum de non cedendo*, al contrario que el DCFR cuya primera regla es la ineficacia del pacto; b) El DCFR, a pesar de la regla de la ineficacia del pacto, dispone que el

no he entendido bien a estos autores o el Comentario del art. 5: 108 del DCFR, p.1037, se equivoca cuando afirma que la validez y el efecto de una cláusula de intransmisibilidad ha sido reconocido expresamente por la ley 15.5.2001.

25 En el Derecho italiano, a diferencia del francés, la opinión dominante admitió la validez del *pactum de non cedendo*. La intransmisibilidad convencional, refiere Panuccio (en Enciclopedia del Diritto, VI, p.860), se consideró un fenómeno diverso de la indisponibilidad del derecho en general: esta se refiere a la transmisión de los derechos reales (especialmente de la propiedad), aquella en cambio concierne a los derechos personales surgidos normalmente de un contrato. Es comprensible, dice, que en materia comercial la autonomía de los sujetos pueda llegar a excluir la transmisibilidad de un crédito. Pellegrini, citado por Panuccio, ha observado que el crédito sitúa al deudor en un estado de sujeción patrimonial respecto del acreedor, y es por ello justo reconocer que el deudor, al constituir en su perjuicio dicho estado de sujeción, pueda establecer todas las limitaciones que estime convenientes a su interés.

26 Cc portugués, artículo 577. (Admissibilidade da cessão) 1. O credor pode ceder a terceiro uma parte ou a totalidade do crédito, independentemente do consentimento do devedor, contanto que a cessão não seja interdita por determinação da lei ou convenção das partes e o crédito não esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor. 2. A convenção pela qual se proíba ou restrinja a possibilidade da cessão não é oponível ao cessionário, salvo se este a conhecia no momento da cessão.

deudor pueda pagar con efecto liberatorio al cedente no obstante la cesión y que conserve la facultad de compensar contra el cedente, como si el crédito no hubiera sido cedido; c) Los PECL dan eficacia a la cesión si el cesionario desconocía el pacto o no debía conocerlo, en tanto que para el DCFR eso no es suficiente para privar al deudor de su derecho a pagar al cedente y compensar con él. El DCFR excluye estas facultades del deudor cedido solo si por su causa el cesionario creyó que no existía la prohibición o limitación; d) los PECL dan eficacia en todo caso a la cesión de créditos pecuniarios futuros, el DCFR a los créditos para el pago de prestaciones de bienes o servicios, sin exigir que sean futuros.

Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 2004 en su artículo 9.1.9 establecen: (*Cláusulas prohibiendo la cesión*)

(1) La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

(2) La cesión de un derecho a otra prestación no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión surte efectos si el cesionario, en el momento de la cesión, no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

La Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos excluye la eficacia del *pactum de non cedendo* respecto de los créditos que enumera su art. 9, pero esta convención a lo que sé solo ha sido firmada por cuatro estados (Liberia, Luxemburgo, Madagascar y Estados Unidos de América) y hasta hoy ratificada únicamente por Liberia. No ha entrado en vigor²⁷.

27 *Artículo 9. Limitaciones contractuales de la cesión*

1. La cesión de un crédito surtirá efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad del cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra parte en ese acuerdo no podrá resolver el contrato originario ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo. 3. El presente artículo será aplicable únicamente a la cesión de créditos :a) Cuyo contrato originario sea un contrato de suministro o arrendamiento de bienes muebles o servicios que no sean financieros, un contrato de construcción de obras o un contrato de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles ;b) Cuyo contrato

El Convenio de Unidroit sobre el *factoring* internacional (28.5.1988) establece en su art. 6.1 la ineficacia del *pactum de non cedendo* frente al factor al que el vendedor de mercancías haya cedido los créditos contra sus deudores. Pero en su apartado 2 exceptúa la aplicación de la regla del apartado 1 respecto del deudor que tenga su establecimiento en el momento de la venta en un Estado que haya formulado una reserva a la citada regla del apartado 1. Este convenio ha sido ratificado por siete Estados (Alemania, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Nigeria y Ucrania), ha entrado en vigor en todos ellos, pero con la reserva citada por parte de Francia y Letonia²⁸.

V. La regulación de la eficacia del *pactum de non cedendo*

en el § 352. a HGB, Código de comercio alemán, y en art. 5:108 del DCFR

Hoy merecen especial consideración diferentes textos (§ 352 a HGB, Código de comercio alemán, DCFR art. 5:108) que admiten, en sentido semejante al propuesto por Canaris, que el deudor pueda pagar al cedente, pues ostenta una facultad de elegir entre éste y el cesionario, y aunque el cedente ya no sea acreedor, está legitimado para cobrar (*Empfangszuständigkeit*), e incluso compensar con el deudor cedido, aunque la cesión haya surtido efecto y el crédito, por tanto, haya de reputarse del cesionario. La masa activa del concurso del cedente no se vería incrementada con el crédito cedido, pues el cesionario gozaría

originario sea un contrato de compraventa, arrendamiento o concesión de licencia de un derecho de propiedad industrial o intelectual o de información protegida;c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito; o d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación global concertado entre más de dos partes.

28 Sobre estos dos Convenios, C. Rudolf, *Einheitsrecht für internationale Forderungsbetretung*, Tübingen 2006. Sobre el Convenio de Unidroit sobre el *factoring* internacional, M. Bussani y M. Infantino, *Cessione del Credito e Factoring*, 2006, p. 524 refieren que varias delegaciones se opusieron a este precepto y reclamaron su supresión por constituir una grave derogación a la autonomía de las partes. Los que sostuvieron la opuesta opinión que la regla de la inoponibilidad del pacto facilitaría el desarrollo del *factoring* internacional, así como que la prohibición convencional se contiene en las condiciones generales de las grandes empresas y es impuesto a las pequeñas empresas y que impedir a los pequeños acreedores el acceso al *factoring* sería para ellos un grave hándicap no comparable con el perjuicio que derivaría de la ineficacia del pacto para los grandes deudores,

de un derecho de separación *ex iure domini* en el concurso del cedente. Así, en vez de convertir en mandatario al cesionario, como en Roma, conforme a estas soluciones es el cedente el que actúa como mandatario del cesionario, pues a ello le obliga la eficacia de la cesión en su relación con el cesionario.

Con las soluciones del Código de comercio alemán y del DCFR se llega a una solución que podrá considerarse algo contradictoria desde una lógica de conceptos, que rechace que el crédito a unos efectos se encuentre en el patrimonio del cedente y a otros, en el del cesionario²⁹. ¿Sería esta solución análoga a la aserción de la mecánica cuántica clásica según la que una sola partícula subatómica puede ocupar numerosos espacios al mismo tiempo? Pero en realidad, y en cualquier caso, esta solución no se alejaría mucho de la experiencia romana, en cuanto en esta se admitía que el cesionario fuera un mandatario del cedente, pero *in rem suam*, es decir, un mandatario que actuaba en nombre del mandante, pero por cuenta propia, con autorización para adquirir para sí la prestación del deudor cedido. Propiamente, me parece que esta solución descompone los efectos del incumplimiento del pacto y lo trata de diversa manera en las dos relaciones contractuales existentes (acreedor cedente-deudor cedido y cedente- cesionario), para respetar la respectiva protección que esas relaciones otorgan al deudor y al cesionario, al mismo tiempo que el acreedor obligado por el pacto conserva poder de negociación con el valor de su crédito.

El artículo 5:108 del “*Draft Common Frame of Reference*” regula de manera matizada la eficacia de un *pactum de non cedendo*. Parte de la ineficacia de tal pacto, pues en su número 1 dispone que las prohibiciones o restricciones a la cesión de los créditos no afectan a su transmisibilidad.

Pero, a pesar de ello, a continuación, en su n^o 2, establece dos reglas favorables al deudor: a) puede pagar al cedente no obstante la cesión; b) puede oponer la compensación de los créditos que tuviera contra el cedente.

Estas dos reglas, sin embargo, no son aplicables: a) si el deudor consiente la cesión, b) si el deudor ha suscitado en el cesionario la creencia apoyada en razones fundadas de que no existía la prohibición o restricción a la cesión, c) si el derecho de crédito fuera un derecho a cobrar por el suministro de bienes o servicios.

29 El comentario del DCFR, vol. 2 p.1035, reconoce que la solución que permite al deudor pagar al cedente con efecto liberatorio, si bien puede parecer extraña a primera vista, no obstante, es la misma que ya se consagra generalmente cuando el deudor paga al cedente por no haber sido notificado de la cesión y no tiene conocimiento de ella.

Finalmente se deja a salvo la responsabilidad del cedente por el incumplimiento del pacto.

La cuestión de la eficacia de la cesión que viola el *pactum de non cedendo* se resuelve con técnicas diversas, dice el Comentario. Una, que se aplica en general y otra relativa solo a los créditos para cobrar el precio por bienes o servicios prestados al deudor. En este último caso, la cesión es eficaz sin más.

En la solución general, se concilian los intereses protegidos por los dos contratos. Por una parte, el del deudor que seguramente tiene buenas razones para pactar la intransmisibilidad del crédito, y por otra, la del cedente a quien interesa poder obtener financiación gracias al valor económico de su crédito, y como consecuencia de esto, el interés del cesionario. Se permite al deudor pagar al cedente y oponerle la compensación, aunque este ya no sea su acreedor. Esto no afecta a la facultad del deudor de oponer la compensación y otras excepciones al cesionario, si elige pagar a éste.

Con algunas variantes, el nuevo § 354 a del Código de comercio alemán sigue una línea semejante en el caso de créditos pecuniarios. El primer número fue introducido en 1994, mientras que el número 2 lo ha sido en 2008 por el art. 10 de la ley para la limitación de los riesgos vinculados a las inversiones financieras (*Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken* de 12.08.2008).

HGB § 354 a: Eficacia de la cesión de un crédito pecuniario (*Wirksamkeit der Abtretung einer Geldforderung*): (1) 1 Si la cesión de un crédito pecuniario está excluida por medio de un pacto con el deudor conforme al § 399 BGB y el negocio jurídico por el que se ha constituido este crédito es un acto de comercio para ambas partes, o el deudor es una persona jurídica de derecho público o un patrimonio especial de derecho público, la cesión es, sin embargo, eficaz. 2 El deudor puede, no obstante, pagar con efecto liberatorio al acreedor originario. 3 Los pactos en contra son nulos.

2) El párrafo 1 no es aplicable a un crédito derivado de un contrato de préstamo cuyo acreedor sea una entidad financiera en el sentido de la ley de entidades de crédito.

Como ya se ha dicho, según la discutida, pero constante jurisprudencia del BGH una cesión que contravenga una prohibición contractual de cesión de créditos conforme al § 399 BGB es absolutamente ineficaz. Como consecuencia de la generalizada aplicación en condiciones generales, por ejemplo en las condiciones de compra en el sector industrial, así como en los contratos del sector público, las empresas sobre todo medianas, se encontraban impe-

didadas hasta la ley 30.7.1994 de emplear sus activos para garantizar créditos o para financiarse. Con esta reforma se introdujo una excepción a la regla general del § 399 BGB que persigue que los créditos pecuniarios derivados de suministros de mercaderías o de prestaciones de servicios puedan ser cedidos bien a efectos de garantía a las entidades de crédito, bien para financiación mediante las empresas de *factoring*. Se atribuye a la norma un doble efecto, pues no sólo facilita el tráfico de créditos, sino que también protege al deudor para que no tenga necesidad de ajustar su conducta a los diversos cambios de acreedor. A tal efecto se mantiene la eficacia del *pactum de non cedendo* a favor del deudor, pues se le permite pagar al cedente con efecto liberatorio a pesar de la cesión, lo que incluye también la compensación. Esta protección es importante a los efectos de su libertad de elección y del concepto de prestación. Es importante en casos de cesiones parciales. El precepto en su apartado 2 posibilita a los comerciantes pactar un *pactum de non cedendo* plenamente eficaz cuando se trate de préstamos concedidos por entidades de crédito³⁰.

VI. Ineficacia relativa de la cesión contraria al *pactum de non cedendo*

Como se dice en el comentario del art. 5:108 del DCFR (Vol. 2 p. 1033) cuando un contrato contiene una cláusula que prohíbe al acreedor ceder los créditos derivados del mismo contrato inmediatamente surgen dos intereses contrapuestos.

Hay, en efecto, un choque de intereses contrapuestos derivados ambos del uso de la libertad contractual que, como tal, tiene, entre otros, el límite de los derechos ajenos. La citada STS 26.9.2002 apela al que llama principio de la autonomía de la voluntad para otorgar eficacia al pacto conforme al art. 1112. Frente al argumento del recurrente que invocaba el art. 99 de la LCS y

30 Hopt, en Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, 34. ed. 2010. Señala este autor además que, conforme a este precepto, la cesión que viola el pacto de intransmisibilidad es eficaz de manera absoluta y no sólo relativa con la consecuencia de que el cesionario disponga de una tercería de dominio, derecho de separación en el concurso del cedente, y que sus acreedores (del cesionario) puedan embargar el crédito. Die Forderungsabtretung ist danach *wirksam*, und zwar absolut, nicht nur relativ. Folge zB Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO), Aussonderungsrecht des neuen Gläubigers in der Insolvenz, Pfändung durch dessen Gläubiger (keine Doppelpfändung notwendig). Die abgetretene Forderung stellt damit eine vollwertige Kreditsicherheit dar.

el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), la sentencia responde: "...el crédito derivado del contrato de seguro puede ser pignorado y cedido y el principio de la autonomía de la voluntad es esencial, pero lo es tanto para la cesión del crédito como para la limitación de la misma".

En mi opinión, como ya he dicho, no creo que sean razones suficientes para resolver el conflicto a favor del cesionario su ignorancia del pacto y el carácter relativo de la eficacia del contrato (art. 1257). Desde otro punto de vista, más bien puede sostenerse que una vez adquirida por el deudor la facultad de consentir la cesión, porque acreedor y deudor se han obligado en ese sentido por este *pactum de non cedendo*, esta facultad no debe perderse por un pacto *inter alios*, es decir, el que tiene lugar entre cedente y cesionario, si es que se quiere invocar el art. 1257 CC para resolver el conflicto. La cesión contraria al pacto es *res inter alios acta* para el deudor, además de un incumplimiento del pacto. No se ve la razón por la que el pacto, por ser *res inter alios acta*, deba ser ineficaz respecto del cesionario (art. 1257 CC) y, en cambio, la cesión, que también es *res inter alios acta* para el deudor cedido, deba ser eficaz contra éste.

Seguramente en favor de la ineficacia del pacto frente al cesionario pesan más otros argumentos, como, por ejemplo, la necesidad de fomentar la circulación de los créditos para la financiación de las empresas. Es decir, a mi juicio la buena fe del cesionario es condición necesaria para su eventual protección, pero no es suficiente. Sí sería relevante la buena fe del cesionario, si su confianza se apoyara en una conducta del deudor cedido (en este sentido el DCFR y el Código holandés, que coinciden con la opinión de Pantaleón³¹). Corresponde al legislador determinar si ha de anteponerse el favor a la libre circulación de los créditos a la libertad de obligarse en las condiciones que cada cual estime oportunas. Supuesto que el legislador no haya tomado partido en favor de la libertad de circulación a costa de la libertad de obligarse del deudor, como es el caso de nuestro Derecho (art. 1112), no parece que corresponda al intérprete la decisión de sacrificar esa manifestación de la libertad contractual en beneficio de una mejor circulación de los créditos.

Ahora bien, es necesario insistir en que el *pactum de non cedendo* no es un pacto de intransmisibilidad entre el acreedor y un tercero respecto de un crédito que ya hubiera nacido con la cualidad de transmisible, lo que consti-

31 Pantaleón, ADC 1988, 1082. Sobre el tema de la limitación del derecho por la confianza suscitada en un tercero, también mi comentario al art. 7.1 del Código civil, Ministerio de Justicia, 1993.

tuiría una propia prohibición de disponer, sino un pacto coetáneo al surgir el crédito, que, por tanto, lo pretende configurar desde un principio como intransmisible. La cuestión se concreta, por tanto, en la libertad de obligarse del deudor en las condiciones que estime oportunas y en la medida en qué esa libertad haya de ser reconocida, así como en las consecuencias que deba producir el incumplimiento de ese pacto. La respuesta a la primera cuestión, en principio, es afirmativa, pues así puede deducirse del art. 1112: los derechos de crédito son transmisibles, salvo pacto en contrario. El pacto en contra de la transmisibilidad, visto como un presupuesto o incluso como una cualidad de la obligación del deudor, no sería así un pacto que sólo originase una obligación de no transmitir. Por el contrario, sería un pacto que configuraría el derecho del acreedor como intransmisible. Ahora bien, otra cuestión es qué eficacia posea una cesión que contravenga el pacto. Desde la perspectiva anterior la consecuencia de la infracción del pacto debería ser que el crédito no se habría transmitido, sin perjuicio naturalmente de la responsabilidad del cedente frente al cesionario. Sin embargo, esta consecuencia puede ir más allá del interés protegido por el pacto. A este efecto, es preciso atender a una interpretación que contemple la finalidad del pacto de manera que la exigencia de su respeto no se lleve más allá de lo necesario para proteger ese legítimo interés.

También es relevante tomar en cuenta el interés protegido por el pacto desde otro punto de vista, porque si al deudor le fuera indiferente pagar al cedente o al cesionario la negativa a consentir la cesión podría ser abusiva. Especialmente podría serlo si pagase al cedente sin interés propio y con conocimiento del daño que su conducta pudiera ocasionar al cesionario, como sería si el cedente estuviera en concurso y el cesionario no dispusiera de un derecho de separación.

Desde un punto de vista de política económica, parece conveniente, sin duda, fomentar la circulación de los créditos en cuanto son activos necesarios para la financiación de las empresas. Se ha dicho que desde un punto de vista económico el pacto de no ceder es perturbador, porque afecta sobre todo a las pequeñas y medianas empresas. Pero el respeto a la libertad contractual es así mismo un valor esencial, y se supone que las partes usan de ella racionalmente, pues se reconoce que cada cual es el mejor árbitro de sus propios intereses. Los deudores, como hemos dicho ya, pueden tener importantes razones para consentir obligarse de cierta manera y no de otra. En este caso, en obligarse con un acreedor y no con otro. La libertad contractual, en principio,

les concede a ellos la facultad de obligarse conforme a su voluntad sin ulteriores pesquisas acerca de sus motivos y no parece suficiente el interés de un tercero para que las condiciones en que se obligó el deudor se vean alteradas. Por tanto, en mi opinión, como el art. 1112 no hace ninguna salvedad a la intransmisibilidad pactada, no cabe que el interés del cesionario de una cesión contraria al pacto prevalezca sobre el del deudor, fuera de los límites que al ejercicio los derechos, facultades y poderes traza el art. 7 CC.

El *pactum de non cedendo*, insisto, no es exactamente igual a una prohibición de disponer, como sería la que el acreedor acordara con un tercero adquirente del crédito. Es más bien una condición bajo la que nace el crédito y bajo la que se obliga el deudor³². El crédito no existía antes de que naciera

32 Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. ed. T. 2, Frankfurt 1887, p. 292 nota a. No es correcto, dice, configurar el *pactum de non cedendo* como una prohibición de disponer. No se trata de que a un crédito transmisible se le arrebatase después esta cualidad, sino que el crédito desde un principio nace con un límite en virtud del que sólo dentro de esa frontera puede el acreedor exigir la prestación al deudor. A favor de la validez del pacto, también en la relación deudor-cesionario, cita Windscheid a diversos autores (Regelsberger, Stegeman, Brunner, y Attenhofer). Windscheid habla de validez (Gültigkeit) en la relación deudor-cesionario, y no como hoy hacen los autores alemanes de eficacia (Wirksamkeit), y mucho menos, como hacen los franceses y muchos españoles, de oponibilidad. En la doctrina alemana posterior se ha discutido si la cesión que contraviene el *pactum de non cedendo* es ineficaz absolutamente (así, la jurisprudencia y la doctrina dominante) o sólo relativamente (Canaris y otros). A juicio de Bülow, Zu den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers über die absolute Wirkung rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, NJW 1993, p. 902: las ideas del legislador histórico sobre la eficacia del *pactum de non cedendo* son inequívocas: eficacia absoluta, no meramente relativa como en el § 137 BGB („Die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers, wie rechtsgeschäftliche Abtretungsverbote wirken sollten, sind also eindeutig: absolute, nicht wie in § BGB § 137 BGB lediglich relative Wirkung“).

También F. Pantaleón pone énfasis en distinguir las prohibiciones de disponer de los pactos de *non cedendo* (ADC 1988, 1096): “Ante todo, dice, conviene subrayar la radical diferencia de régimen jurídico entre las prohibiciones de disponer y los pactos de *non cedendo*”. En sentido contrario, Catalina Ruiz-Rico, en su recensión al libro de Javier García-Enterría, El contrato de factoring, ADC 1996, II, p. 711, invoca el régimen de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso para negar eficacia frente a terceros al *pactum de non cedendo*.

A lo largo de la historia, la cesión de créditos ha debido superar especialmente el obstáculo representado por la originaria necesidad de consentimiento del deudor para que se produjera el cambio de acreedor. A lo largo de esa evolución, el crédito obtuvo una autonomía respecto de la persona del acreedor y se identificó como un objeto semejante a las cosas corporales que por tanto debía ser susceptible de enajenación como ellas.

por voluntad del deudor y del acreedor, a diferencia de lo que sucedería si a un crédito ya existente su titular, el acreedor, le impusiera una prohibición de disponer.

Es una máxima aceptada generalmente que la cesión del crédito no debe agravar la posición del deudor, por tanto, como ya he dicho, la mera buena fe de un tercero no basta para producir un resultado contrario a los términos en que el deudor se obligó. Desde este punto de vista no me parecen acertadas las citadas sentencias de Bilbao y de Sevilla, porque, fundadas en el art. 1257 y en que el cesionario ignoraba el pacto, produjeron como resultado que el deudor pagara dos veces, en contra de una de las finalidades del *pactum de non cedendo*.

A la inversa, la prohibición de la cesión no debe provocar consecuencias perjudiciales para otros más allá de lo necesario para la protección de los intereses del deudor. Por ello, la ineficacia absoluta *erga omnes* de la cesión contraria al pacto, tal como se sostiene por la jurisprudencia y por la doctrina dominante alemana en relación con el § 399 BGB tampoco es una buena solución, porque va más allá de lo necesario para proteger los intereses a los que debe servir el pacto. Así, por ejemplo, si se reconoce al deudor la facultad de pagar al cedente con efecto liberatorio, a pesar de la cesión, no se ve qué interés pueda tener, una vez liberado, en que el crédito se considere del cedente y no del cesionario, tal como estos han pactado. Como dijo Serick, no hay razones para que la protección del deudor se lleve al extremo de incrementar la masa de la quiebra del cedente, como se produce con la citada solución alemana de la ineficacia absoluta³³. Cumplida la protección que al deudor otorga el pacto, este no debe afectar a la relación cedente-cesionario y producir un efecto protector de los acreedores del cedente en perjuicio del cesionario, ni

La identificación de la transmisibilidad de la propiedad de las cosas corporales con la de los créditos puede observarse, por ejemplo, en Laurent, , Principes de Droit Civil, XXIV, 1878, n° 467, p. 457-459. De esa equiparación deduce la inadmisibilidad de las limitaciones a la transmisibilidad de los créditos, a semejanza de la ineficacia de las prohibiciones de disponer de la propiedad.

33 Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsbereinigung, T. VI, p 570: “Desde el punto de vista de la situación de los intereses y del fin de la norma, tiene un peso decisivo que el *pactum de non cedendo* deba servir exclusivamente a los intereses del deudor y por ello solamente en la medida en que este interés se vea afectado, puede impedir la aplicación del § 46 KO – una justificación para el incremento de la masa del concurso no se puede derivar de él” „ Citado por Canaris, Die Rechtsfolgen Rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbote, en Festschrift Rolf Serick, Heidelberg 1992, p. 11.

alterar la regla que determina la preferencia entre las diversas cesiones por el principio de prioridad.

En la jurisprudencia alemana, en algún caso, el pacto de no ceder se ha vuelto contra un deudor que había aceptado la cesión y había pagado al cesionario. El administrador concursal del cedente reclamó el pago y el BGH condenó al deudor a repetirlo, efecto que, como dice Canaris, es uno de los que se pretende evitar con el pacto. Este aberrante resultado se produjo por aplicar un razonamiento dogmático maquinal y erróneo. El BGH se apoyó en la ineficacia absoluta de la prohibición que, según él, opera *erga omnes*. El pacto favoreció a los acreedores del cedente y perjudicó al deudor que consintió la cesión y pagó al cesionario, porque no se dio efecto retroactivo a su consentimiento, tal como sugiere Serick. En opinión de Canaris, esto último tampoco hubiera sido necesario si se atribuyera al incumplimiento del pacto una ineficacia relativa y no absoluta³⁴. La eficacia retroactiva del asentimiento del deudor a una cesión ya efectuada, que hubiera violado el pacto, también puede provocar alteraciones indebidas en la preferencia entre las diversas cesiones efectuadas por el cedente.

A juicio de Canaris, la cesión que viola el *pactum de non cedendo* debe considerarse ineficaz solo de modo relativo, es decir ineficaz para el deudor cedido y eficaz para el cesionario³⁵. Con esta solución se atienden adecuadamente los intereses de ambos sin ir más allá de lo necesario y, por tanto, sin interferir en los intereses de otros.

Desde un punto de vista finalista, dice Canaris, la tesis de la ineficacia relativa convence a primera vista. Esta tesis, según la que la cesión prohibida es ineficaz frente al deudor cedido y eficaz en relación a todos los demás, tiene ventajas esenciales. La primera consiste en que las consecuencias jurídicas no van más allá de lo necesario para proteger al deudor, mientras que la tesis de la ineficacia absoluta posee una excesiva tendencia a sobrepasar la finalidad de protección que cabe atribuir al pacto. La segunda ventaja consiste en la amplia protección que proporciona al cesionario, pues el crédito ha de ser tratado como un crédito suyo en relación a los acreedores del cedente. Así, el cesionario puede ostentar un derecho de separación (*Aussonderungsrecht*) o de ejecución separada (si la cesión es en garantía, *Absonderungsrecht*) en el concurso del cedente, y disponer de una tercería de dominio (*Drittwiderrspruchsklage*) frente a embargos del crédito, y quedar protegido por el princi-

34 Canaris, Rechtsfolgen, cit. en nota anterior.

35 Canaris, Rechtsfolgen, p. 12 yss.

pio de prioridad respecto a otras cesiones efectuadas por el cedente que colisionen con la suya. Todo esto protege no solo al cesionario frente a desagradables e injustas sorpresas, sino que también de un modo reflejo confiere una revalorización al derecho del acreedor originario. Esto es así, porque, gracias a la relatividad de la ineficacia, al cedente se le facilita negociar con el valor de su crédito. En efecto, si el cesionario dispone de una eficaz protección frente al concurso del cedente y frente a embargos por deudas de éste, así como frente a ulteriores cesiones incompatibles con la suya, el crédito del cedente posee para él, a pesar de la prohibición, un considerable valor, aunque en relación con el deudor le falte legitimación para exigir el pago a éste³⁶.

Con esta tesis de la ineficacia relativa de la cesión que viole el *pactum de non cedendo*, a mi juicio, se da adecuada respuesta a los interrogantes que antes planteábamos.

1. El crédito se encuentra en el patrimonio del cedente a los efectos de la relación de éste con el deudor, en el sentido que se explica en el siguiente número 2, pero se encuentra en el del cesionario a los efectos de la relación de éste con el cedente y sus acreedores.

2. El deudor puede pagar al cedente y oponerle las excepciones que tuviera contra él, a pesar de haber sido notificado de la cesión.

3. La cesión es plenamente eficaz si el deudor la ha consentido o por su conducta ha suscitado en el cesionario la confianza legítima en que el crédito era transmisible.

4. La colisión entre las diversas cesiones del cedente se rige por el principio de prioridad y no por la elección que entre ellas haga el deudor cedido.

El legislador puede obviamente alterar estas conclusiones y declarar la eficacia de las cesiones contrarias al *pactum de non cedendo* a favor de ciertos cesionarios, por su buena fe o solo las de ciertos créditos, pero un Derecho como el español que, en general, ha considerado a los créditos intransmisibles por pacto, en mi opinión, no debe ser interpretado en el sentido de que la cesión que incumpla el pacto sea eficaz sólo por la ignorancia del cesionario respecto de la existencia del pacto. La eficacia de derechos o facultades adquiridos, conforme a la ley, no puede quedar como regla general pendiente de la ignorancia que otro sujeto tenga de su existencia. Es necesaria una disposición legal que así lo establezca. La solución alemana de la absoluta ineficacia de una cesión contraria al pacto tampoco se puede compartir para el Derecho español, porque, como queda dicho, excede en sus consecuencias de lo ne-

36 Canaris, p. 12-13.

cesario para la protección del interés del deudor, que es el único al que debe servir el *pactum de non cedendo*. La limitación de la eficacia del pacto por tratarse, por ejemplo, de determinados créditos pecuniarios necesita o una intervención del legislador o una aplicación, en su caso, de los límites que el art. 7 CC impone al ejercicio de los derechos subjetivos.

El análisis efectuado hasta aquí y los criterios expuestos deben considerarse como base para resolver los complejos problemas que este tipo de operaciones plantean en un escenario concursal. Un detenido estudio de los mismos requiere un trabajo específico que excede a la finalidad de este artículo.

PRE-CONTRACTUAL GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW:
IS THE EUROPEAN COMMISSION READY TO EMBRACE A EUROPEAN DOCTRINE
OF *CULPA IN CONTRAHENDO*?

Paula Giliker

Introduction:

On 11th October 2011, the European Commission published its proposal for a regulation on a Common European Sales Law (“CESL”).¹ CESL, it was envisaged, would provide consumers and businesses alike² with the option of choosing a self-standing set of contract law rules governing cross-border contracts for the sale of goods, supply of digital content and provision of related services. Its publication marked the end of a consultation process starting in 2001,³ in which the Commission had sought to find a means of improving the quality and coherence of existing EU law on contract law (the so-called *acquis communautaire*) and put forward a proposal for an optional instrument on European Contract law as a means of facilitating cross-border trade, and increasing the protection of consumers contracting across national boundaries. Such work has received particular support from the European Parliament, which has long advocated the benefits of a harmonised European contract law.⁴ It also resulted

1 COM (2011) 635 final.

2 The draft regulation covers business to consumer contracts and contracts where one party is a small or medium-sized enterprise (“SME”) but does not extend to domestic sales or business contracts not involving SMEs.

3 See ‘Communication from the Commission on European Contract Law’, 11 July 2001 COM (2001) 398 final, ‘A more coherent European contract law: An action plan’ 12 February 2003 COM (2003) 68 final, ‘European Contract Law and the revision of the *acquis*: The way forward’ 11 October 2004 COM (2004) 651 final and ‘Green paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses’ 1 July 2010 COM (2010) 348 final.

4 See, for example, European Parliament resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (2011/2013(INI)). Its support for some form of harmonised instrument may be traced

in the publication in late 2009 of the six volume work based on research funded by the Commission, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference* (“the DCFR”).⁵ The DCFR was swiftly followed by a major consultation exercise,⁶ combined with expert revision of the contract law principles, resulting in the publication of CESL in late 2011. The Commission’s stated intention was that the Regulation should be adopted in 2012, the 20th anniversary year of the Single European Market.

This chapter will focus on the place of pre-contractual liability and, in particular, the concept of pre-contractual good faith in the harmonisation process. As will be indicated, this is a topic which has traditionally divided the common from the civil law. The challenge, therefore, for any harmonisation project is to find a common notion of pre-contractual liability which will be interpreted uniformly across Member States, regardless of legal tradition. This chapter will track the proposals from the Draft Common Frame of Reference to the subsequent work of the Expert Group and finally into CESL itself and examine to what extent CESL is capable of meeting this challenge and providing a uniform notion of pre-contractual good faith (or *culpa in contrahendo*) which will act as a behavioural standard for contracting parties across the whole of the European Union.

1. *The pre-contractual good faith problem*

As identified in the Draft Common Frame of Reference,⁷ at present considerable divergence exists between the laws relating to pre-contractual liability, and in particular pre-contractual good faith, among Member States.⁸

back to its resolution of 26 May 1989 recommending action to bring into line the private law of the Member States: OJ C 158, 26.6.1989, p. 400.

5 C. von Bar and E. Clive (eds) (Munich, Sellier, 2009 and Oxford, OUP, 2010).

6 *Green paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses* Brussels, 1.7.2010 COM (2010) 348 final.

7 See (n 5) 249ff.

8 See, classically, F. Kessler and E. Fine, ‘*Culpa in contrahendo*, bargaining in good faith and freedom of contract: A comparative study’ 77 Harv L Rev 401 (1964), E.A. Farnsworth, ‘Precontractual liability and preliminary agreements: Fair dealing and fair negotiations’ 87 Colum L Rev 217 (1987) and S.A. Mirmina, ‘A comparative survey of culpa in contrahendo, focussing on its origins in Roman, German and French law as well as its application in American law’ 8 Conn J Int’l L 77 (1992).

This is well chronicled.⁹ Generally, one may identify a threefold division between the common law, still attached to minimum intervention and the doctrine of *caveat emptor* (buyer beware), civil law adherence to the doctrine of *culpa in contrahendo* (a *sui generis* form of liability with greater analogies to the law of contract than tort)¹⁰ and non-contractual liability in civil law.¹¹ The common law approach is perhaps the most distinctive.¹² Despite rejecting a general principle of negotiation in good faith as “inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations”,¹³ pre-contractual liability is nevertheless recognised to arise under discrete heads of liability, for example where a negotiating party misleads the other party in order to persuade her to enter a contract (the doctrine of misrepresentation), or exerts duress, undue influence or engages in unconscionable dealing which induces a party to enter a contract to their disadvantage.¹⁴ The late Lord Bingham expressed the English position well in *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*:¹⁵

9 The literature is voluminous. For a recent survey, see J. Cartwright and M. Hesselink (eds), *Precontractual Liability in European Private Law* (Cambridge, CUP, 2009). See also J.H.M. van Erp, ‘The Pre-contractual Stage’, in A.S. Hartkamp et al (eds), *Towards a European Civil Code* (4th revised ed, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2010); P. Giliker, *Precontractual liability in English and French Law* (The Hague, Kluwer, 2002); R. Zimmermann and S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law (The Common Core of European Private Law)* (Cambridge, CUP, 2000).

10 See C. von Bar and U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law And Tort And Property Law in Europe: A comparative study* (Munich, Sellier, 2004) at [437]. The doctrine can be traced back to the work of Rudolf von Jhering in 1861: ‘*Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*’, originally printed in 4 *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen privatrechts* 1 (1861). See also J. Benedict, *Culpa in Contrahendo: Transformationen des Zivilrechts. Band 1: Entdeckungen oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2012).

11 See Cartwright and Hesselink (n 9) at 60-1.

12 See J. Stapleton, ‘Good faith in private law’ (1999) 52 C.L.P. 26; J. Shaw, ‘Pre-contractual negotiations in English Law: *Walford v Miles* and its aftermath’ (1994) 2 E.R.P.L. 269.

13 *Walford v Miles* [1992] A.C. 128 at 138 per Lord Ackner. For comment, see A. Berg, ‘Promises to negotiate in good faith’ (2003) 119 L.Q.R. 357 and J. Cumberbatch, ‘In freedom’s cause: the contract to negotiate’ (1992) 12 O.J.L.S. 586.

14 H. Beale et al (ed), *Chitty on Contracts* (revised 31st ed., London, Sweet and Maxwell, 2012) Chapter 7 - Duress and Undue Influence.

15 [1989] Q.B. 433 at 439.

In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith...English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hire-purchase agreements.¹⁶ The common law also has made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good faith,¹⁷ by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach,¹⁸ and in many other ways.

The current English position is thus characterised by its refusal to accept an overriding principle of good faith in contracting,¹⁹ but with a parallel acceptance that some misconduct should be condemned provided that it can be confined to a discrete area of English contract law. This leaves, as I stated in 2003, very little role for tort law in the absence of a particular tort of wrongful contracting behaviour,²⁰ although the English law of unjust enrichment has to a certain extent risen to the challenge.²¹ The result is a rather haphazard area of law with the courts generally reluctant to interfere with the risks associated with the period prior to contract, particularly if no contract actually results.²²

In contrast, Romanistic legal systems do rely on the law of delict (or tort)²³ to render parties liable for pre-contractual misconduct, supported by other

16 His Lordship is referring to the Unfair Contract Terms Act 1977.

17 The classic example being insurance contracts.

18 See *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd* [1915] A.C. 79.

19 Confirmed recently in *Knatchbull-Hugessen v SISU Capital Ltd* [2014] EWHC 1194 (QB), [21]-[22]. See also M. Bridge, 'Does Anglo-Canadian contract law need a doctrine of good faith?' (1984) 9 *Canadian Business Law Journal* 385 argues strongly that it would not fit within the commercially-orientated common law tradition.

20 P. Giliker. 'A Role for Tort in Precontractual Negotiations? An Examination of English, French, and Canadian Law' (2003) 52 *I.C.L.Q.* 969.

21 C. Mitchell et al, *Goff & Jones The Law of Unjust Enrichment* (revised 8th ed., London, Sweet and Maxwell, 2010) 16-01ff.

22 See, classically, *Regalian Properties Plc v London Docklands Development Corp* [1995] 1 W.L.R. 212, but contrast *British Steel Corp v Cleveland Bridge and Engineering Co Ltd* [1984] 1 All E.R. 504.

23 See, for example, article 1382 of the French Civil Code; article 1902 of the Spanish Civil Code.

doctrines such as mistake and fraud.²⁴ The Italian Civil Code goes further and Article 1337 of the Italian *Codice Civile* provides that, in the context of the negotiation and formation of a contract, the parties must act in good faith. Italy apart, what is distinctive is the role of the courts in formulating a standard of good faith in contracting with reference to general codal provisions touching on good faith.²⁵ Such reliance on general tort law provisions contrasts with the Germanic preference for a distinctive doctrine: *culpa in contrahendo* (fault at the conclusion of a contract). Developed by the courts, it imposes mutual obligations on parties who negotiate with one another. Such is its importance it was recently inserted into the German Civil Code as para 311(2), BGB²⁶ in the 2001 German reform of the law of obligations (*Schuldrechtsreform*). It imposes a duty, therefore, not to arbitrarily break off negotiations, but also arises where, in the legitimate expectation that an agreement will be concluded, one party allows another to exercise influence over its rights and legal interests to its detriment.²⁷ As Von Bar and Drobnig indicate, in practice, this leads to three types of action, based on (i) unjustified breaking off of negotiations, (ii) where property has been damaged or rights of the future contracting party infringed (for which the counterparty has a duty of protection) prior to contract and (iii) where false information is supplied either by the person intended to become a party to the contract or by a third party.²⁸

24 See, for example, articles 1110 and 1116 of the French Civil Code.

25 For the development of good faith in contracting in France, see Article 1382 of the *Code civil* and Cass. com., 20 March 1972 Bull. civ. 1972, IV, n° 93 ; JCP G 1973, II, 17543, note J. Schmidt ; RTD civ. 1972, p. 779, obs. G. Durry; J. Schmidt, 'La sanction de la faute précontractuelle' RTD civ.1974 .46 ; J. Ghestin, 'La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers' JCP éd. G, n° 20, 16 May 2007, I 155 et s; F. Terré, P. Simler and Y. Lequette, *Droit Civil: Les Obligations* (11th ed., Paris, Dalloz, 2013) at N° 183-185.

26 See para 311(2), German Civil Code (BGB): "An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by: (1) the commencement of contract negotiations; (2) the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or; (3) similar business contacts."

27 Damages may be awarded under para 280(1), BGB: "(1) If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty."

28 *Supra* (n 10) at [438].

The above picture clearly indicates divergence between common law and civil law systems and, indeed, between civil law systems themselves.²⁹ There is, as conceded by Hugh Beale (one of the drafters of the DCFR),³⁰ a positive resistance still to notions of good faith in English law which expects less co-operation between negotiating parties. Beale attributes this to the type of cases which create precedents (mainly commercial), but also to the common law preference for party autonomy with law merely setting the outer limit of permissible behaviour. Divergence also exists how conceptually to classify pre-contractual liability,³¹ and, of course, in interpreting the standard by which good faith in negotiations should be adjudged.

2. *The Draft Common Frame of Reference: Marketing and pre-contractual duties*

The challenge therefore for any harmonisation project was to identify a common form of pre-contractual liability acceptable to all 28 Member States. Article 2:301 of the predecessor to the DCFR, the Principles of European Contract law (PECL),³² advocated a general principle of good faith and dealing in the negotiation process: “a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.”³³ The treatment of pre-contractual liabil-

29 See Cartwright and Hesselink (n 9) at 60-1.

30 ‘The impact of the decisions of the European courts on English contract law: The limits of voluntary harmonization’ (2010) 18 E.R.P.L. 501 at 516, although he argues that English lawyers have no legitimate reason to object to good faith when used as ‘an expansion joint’ to develop new principles or ‘excluder’ to prevent parties benefiting from bad behaviour, and their hostility is, in reality, to its use as a policing power.

31 J. Dietrich, ‘Classifying precontractual liability: a comparative analysis’ (2001) 21 L.S. 153.

32 O. Lando and H.G. Beale, *Principles of European Contract Law Parts 1 and 2* (The Hague, Kluwer Law International, 1999).

33 Entitled Liability for negotiations. To this was added a duty of confidentiality (Article 2:302): “If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach

ity in Chapter 3 of Book II of the DCFR³⁴ expands on this. Divided into two main sections, it sets out both information duties,³⁵ and negotiation and confidentiality duties.³⁶ As has been observed,³⁷ this twofold approach is a result of the two main sources for the DCFR: the *acquis* group³⁸ seeking to rationalize existing EU law, notably Directives imposing informational duties on contracting parties,³⁹ and the Study Group on a European Civil Code (SGECC)⁴⁰ proposing general principles of liability. The result is a rather uneasy mixture of specific rules of consumer law, extended in places to all types of contract,⁴¹ and a general principle of pre-contractual good faith: what Castronovo has termed “two different levels of generality”.⁴²

Such express recognition of the importance of information duties is consistent with the Commission’s view that inequality of bargaining power between trader and consumer may be counteracted by ensuring the consumer is better informed.⁴³ It does raise issues, however, structurally and substantive-

of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party.”

34 Books II (“Contracts and other juridical acts”) and III (“Obligations and corresponding rights”), DCFR essentially follow the life cycle of a contract from pre-contractual duties to contents and effects to remedies for non-performance. Chapter 3 of Book II deals with Marketing and pre-contractual duties.

35 II.-3:101-3:108 (information duties); II.-3:109 (remedies for breach of information duties); II.-3:201-3:202 (Duty to prevent input errors and acknowledge receipt).

36 II. – 3:301- II. – 3:302 (Negotiation and confidentiality duties).

37 C. Castronovo, ‘Informational duties and precontractual good faith’ (2009) 17 E.R.P.L. 559.

38 The Research Group of Existing EC Private Law: see <http://www.acquis-group.org/>.

39 For a critical overview of the informational duties in EU Directives, see H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner and M. Ebers (eds), *EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis* (Universität Bielefeld, 2007) 743 (http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf)

40 The successor to Commission on European Contract Law, see <http://www.sgecc.net/>.

41 For example, Article II.-3:101 (duty to disclose information about goods, other assets and services), expanding the provisions of Directive 1999/44/EC (Consumer Sales Directive) to cover both B2B and B2C contracts.

42 ‘Common frame of reference: Conciliation or clash?’ in K. Boele-Woelki and W. Grosheide (eds), *The future of European Contract Law* (The Hague, Kluwer Law International, 2009) at 159 ff.

43 See, for example, Articles 4 and 5 of the Council Directive 85/577/EEC (off prem-

ly in this context. Chapter 3 starts with a section setting out detailed duties to inform (II.- 3:101-3:109) and to prevent input errors and acknowledge receipt (II.- 3:201-3:202) prior to a general statement of pre-contractual good faith and fair dealing (II.-3:301), despite the fact that, logically, informational duties would in any event fall within a general duty to negotiate in good faith. Further one might also question to what extent informational duties prepared in the consumer context to meet the specific needs of consumer welfare may be readily extended to commercial contracts.⁴⁴ The result is an extension of the consumer *acquis* to produce more generalized principles of contract law with a mixture of measures some still targeted at consumers and others applicable more generally.

Focussing, here, on a general duty to negotiate in good faith, Article II.-3:301 provides:

(1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.

(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.

(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

The resemblance to Article 2:301, PECL (set out above) is self-evident and the DCFR thus represents recognition of the merits of the PECL formula for harmonising the contracting behaviour of parties across national boundaries. The act of engaging in negotiations thus imposes a duty to negotiate in good faith and, most importantly, not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. “Good faith and fair dealing” are defined at Book I. – 1:103, DCFR to signify “a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transac-

ises contracts): traders required to give consumers written notice of their right of cancellation, together with the name and address of a person against whom that right may be exercised.

⁴⁴ See R. Schulze, ‘Precontractual duties and conclusion of contract in European law’ (2005) 13 E.R.P.L. 841. See also C. Herresthal, ‘Consumer law in the DCFR’ in G. Wagner (ed), *The Common Frame of Reference: A view from law and economics* (Munich, Sellier, 2009) at 178.

tion or relationship in question. It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment." In addition to this specific example – to the common lawyer resembling the doctrine of estoppel, to the civilian the principle *venire contra factum proprium*⁴⁵ – may be added the specific concern of 3:301(4): it is contrary to good faith and fair dealing for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party. The remedy will be damages based on reliance loss (which may, however, extend to loss of opportunities), but not specific performance or expectation loss per se.⁴⁶

The very title of the DCFR provisions ("Negotiations contrary to good faith and dealing") indicates, as noted by Bertrand Fagès,⁴⁷ that freedom of negotiation is placed in a negative context. In providing specific examples of bad faith negotiating practice in the Article and accompanying notes,⁴⁸ the drafters advocate a pan-European behavioural standard of negotiating practice. This formula is not without criticism,⁴⁹ but does indicate a policy in favour of a general duty of pre-contractual good faith in addition to the more precise informational duties of the DCFR.⁵⁰

45 'No one may set himself in contradiction to his own previous conduct (in German, *Zuwiderhandlung gegen das eigene frühere Verhalten*). On this basis there is a general principle in the DCFR that a person who has induced another to incur a change of position on the faith of an act should not be allowed to exercise rights inconsistent with the resultant state of affairs: Comments to I. – 1:103 (n 5) at 90.

46 DCFR (n 5) at 248.

47 'Pre-contractual Duties in the Draft common Frame of Reference – What Relevance for the Negotiation of Commercial Contracts?' (2008) 4 E.R.C.L. 304.

48 The commentary to Book II.-3:301 divides liability into two categories: entering negotiations contrary to good faith and fair dealing (the ubiquitous no intention to contract example) and continuing or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing. The examples for the second category include carrying on with negotiations having clearly decided not to contract and breaking off negotiations having used information provided by the other party to obtain a lower bid from a third party.

49 See, notably, H. Eidenmüller et al, 'The common frame of reference for European private law - policy choices and codification problems' (2008) 28 O.J.L.S. 659 at 675 and S. Whittaker, 'A Framework of Principle for European Contract Law?' (2009) 125 L.Q.R. 616.

50 Although a number of commentators have questioned the advisability of extending essentially consumer based provisions to business to business contracts: see N. Jansen

The question remained how the Commission would use the DCFR and to what extent it would provide a draft for a future instrument of European Contract Law.⁵¹

3. *From consultation to draft Regulation*

On 1 July 2010, the European Commission opened a public consultation on the future of European Contract Law, publishing its *Green paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*.⁵² By engaging in a large-scale consultation exercise, the Commission made it clear that, from its own perspective, a common European Contract law would maximise the benefits of the internal market and increase cross-border trade, giving consumers a high level of consumer protection and rendering it easier and cheaper for businesses, particularly small and medium-sized enterprises (SMEs), to contract with parties from other Member States.⁵³ The Green Paper, setting out 7 policy options ranging from no policy change to a new Civil Code,⁵⁴ resulted in 320 responses from a wide range of stakeholders. Option 4 (an optional instrument of European contract law) received considerable (if qualified) support; many respondents giving conditional support dependent on the existence of a high level of consumer protection, and the clarity and user-friendliness of the provisions.⁵⁵ The Commission sought to address such concerns by means of

and R. Zimmermann, 'Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the 'Principles of the Existing EC Contract Law'' (2008) 71 M.L.R. 505.

⁵¹ The underlying ambition of the DCFR was to provide a model for politicians to use: "The DCFR presents a concrete text, hammered out in all its detail, to those who will be deciding questions relating to a CFR": Introduction (n 5), para. 6.

⁵² COM (2010) 348 final.

⁵³ *Citizens' summary: Public consultation – EU contract law for consumers and businesses* (2010): http://ec.europa.eu/justice_home/news/summary/docs/contract_law_en.pdf.

⁵⁴ These options were: the baseline scenario (no policy change), a toolbox for the legislator, a Recommendation on a Common European Sales Law, a Regulation setting up an optional Common European Sales Law, a Directive (full or minimum harmonisation) on a mandatory Common European Sales Law, a Regulation establishing a European contract law and a Regulation establishing a European Civil Code.

⁵⁵ It was unfortunate that the consultation took place prior to any final formulation

consultation with stakeholders and by appointing an Expert Group to undertake a Feasibility Study providing simpler and more user-friendly rules of European contract law.⁵⁶ The Expert Group in May 2011 produced a text of 189 Articles covering issues central to contract law.⁵⁷ The European Parliament on 8 June 2011 issued a resolution expressing its strong support for an instrument which would improve the establishment and functioning of the internal market and bring benefits to traders, consumer and Member States' judicial systems.⁵⁸ Further, the Commission's impact assessment of October 2011 indicated that an optional Common European Sales Law would best meet the overall policy objective of supporting economic activity in the internal market by improving the conditions of cross-border trade by reducing the barriers caused by differences in contract law between Member States.⁵⁹ Responses to the Green Paper also expressed preferences as to the scope of the instrument, favouring contracts for the sale of goods.

The result of this process was the publication by the European Commission on 11th October 2011 of a draft Regulation on a Common European Sales Law (CESL).⁶⁰ The Regulation is in two parts, containing 37 recitals, the draft Regulation, which consists of 16 key articles, followed by the second part (Annex I) which sets out the text of CESL (186 Articles) and in Annex II, the Standard Information Notice to be sent to consumers. The overall objective of the proposal is stated to be that of improving the establishment and the functioning of the internal market by facilitating the expansion of cross-border trade for business and cross-border purchases for consumers. This objective is to be achieved by making available a self-standing uniform set of contract

of a draft contractual instrument and so such comments had to be given in the abstract. Many respondents also saw value in Option 1 (publication of the results of the Expert Group) and Option 2 (a toolbox for the Union legislator).

56 Decision of 26 April 2010 OJ L 105, 27.4.2010, p. 109; 'European Commission convenes legal expert group to seek solutions on contract law' (Brussels, 21 May 2010) IP/10/595.

57 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf. The consultation on the Feasibility Study was opened on 3 May 2011 and closed on 1 July 2011. The Commission received 106 contributions: http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm.

58 European Parliament resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (2011/2013(INI)).

59 Brussels 11.10.2011 SEC(2011) 1166 final.

60 Brussels, 11.10.2011 COM(2011) 635 final.

law rules, which would be considered as a second contract law regime within the national law of each Member State.⁶¹ Articles 3-5 of the draft Regulation specify that CESL will act as an optional instrument for cross-border contracts for the sale of goods, supply of digital content and provision of related services,⁶² where the seller of goods or supplier of digital content is a trader and the other party is a consumer or where at least one of the parties is in a small or medium-sized enterprise.⁶³ Member States would, however, have choice of extending CESL to domestic contracts and/or ordinary commercial contracts.⁶⁴ The Commission stated its intention that the Regulation would be adopted in 2012, the 20th anniversary year of the Single European Market.

4. *CESL and the harmonisation of pre-contractual good faith*

Recital 11 to CESL declares that “In line with Article 114(3) of the Treaty, [the] rules should guarantee a high level of consumer protection with a view to enhancing consumer confidence in the Common European Sales Law and thus provide consumers with an incentive to enter into cross-border contracts on that basis. The rules should maintain or improve the level of protection that consumers enjoy under Union consumer law.”⁶⁵ This is particularly relevant in relation to pre-contractual liability, which, as we have seen above, plays a part in the Commission’s strategy to ensure consumers are fully informed when entering contracts and in terms of European private law in that the majority of jurisdictions utilise some form of *culpa in contrahendo*/pre-contractual liability principles. The majority of the Expert Group, despite a few dissenting opinions, recommended the inclusion of a general duty of good faith and fair dealing in any contractual instrument, following the wording of II.-Art 3:301 DCFR.⁶⁶ This did not, however, prevent the Euro-

61 Ibid., Explanatory Memorandum at pg 4.

62 Article 6 (draft Regulation) excludes mixed-purpose contracts and contracts linked to a consumer credit.

63 Article 7 (draft Regulation) which defines an SME as a trader which (a) employs fewer than 250 persons; and

(b) has an annual turnover not exceeding EUR 50 million or an annual balance sheet total not exceeding EUR 43 million.

64 Article 13 (draft Regulation).

65 Ibid., recital 11. See also Explanatory Memorandum p 9.

66 Synthesis of the second expert group’s meeting on 24th June 2010, page 4 (see,

pean key stakeholders' Round Table group from expressing concerns that the term "good faith" would leave too much room for interpretation by courts.⁶⁷

This recommendation did, however, raise an interesting question. Pre-contractual liability (excluding liability arising from defects of consent) is commonly seen as a form of tortious liability or at least liability *sui generis* to contract law. How would one integrate such a principle into an optional instrument of contract law? Given that the Rome II regulation 864/2007/EC treated such liability as non-contractual, would this give rise to problems with Article 12 (*culpa in contrahendo*)? Nevertheless, the provision survived into the initial report of the Expert Group of 3 May 2011 (Art 27).⁶⁸ However, by August 2011 a transformation occurs. Part II, Chapter 2 (Pre-contractual information and negotiation) becomes Part II, Chapter 2 (Pre-contractual information), with a particular focus on distance and off-premises contracts.⁶⁹ The latter is understandable with a view of ensuring consistency with the Consumer Rights Directive of October 2011,⁷⁰ which introduces new provisions for distance and off-premises contracts. More significant is the removal of any mention of general duties of negotiation and confidentiality.

This is reflected in the content of CESL itself. Articles 13-19 of the main body of CESL deal with pre-contractual information duties imposed on traders dealing with consumers. This reflects the framework of Chapter II of the

generally, http://ec.europa.eu/justice/contract/expert-group/index_en.htm). See Article 27: Negotiations contrary to good faith and fair dealing: (1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.(2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.(4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

67 Operational conclusions of the second meeting of the European key stakeholders' round table on European contract law on 30 September 2010.

68 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

69 http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf.

70 Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of Council of 25 October 2011 on consumer rights OJ 22.11.2011 L 304/65, repealing Council Directive 85/577/EEC (off premises contracts) and Directive 97/7/EC (distance contracts) of the European Parliament and of the Council

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:EN:PDF>

Consumer Rights Directive (Consumer information and right of withdrawal for distance and off-premises contracts).⁷¹ Although the wording is slightly different, Beale and Howells explain that it was felt appropriate in places to render the text more comprehensible and easier to operate,⁷² although one might query whether such laudable concerns are sufficient to overcome the fear that the unwary will be confused by two parallel consumer protection instruments with, we are told, the same substantive effect. Article 20, which deals with business-to-consumer contracts (“B2C contracts”) which are not distance and off-premises contracts, provides more general provisions, although equally inspired by the Consumer Rights Directive, and are therefore more relevant to our theme. This provides:

1. In contracts other than distance and off-premises contracts, a trader has a duty to provide the following information to the consumer, in a clear and comprehensible manner before the contract is concluded or the consumer is bound by any offer, if that information is not already apparent from the context:

(a) the main characteristics of the goods, digital content or related services to be supplied, to an extent appropriate to the medium of communication and to the goods, digital content or related services;

(b) the total price and additional charges and costs, in accordance with Article 14(1);

(c) the identity of the trader, such as the trader’s trading name, the geographical address at which it is established and its telephone number;

(d) the contract terms in accordance with points (a) and (b) of Article 16;

(e) where applicable, the existence and the conditions of the trader’s after-sale services, commercial guarantees and complaints handling policy;

(f) where applicable, the functionality, including applicable technical protection measures of digital content; and

(g) where applicable, any relevant interoperability of digital content with hardware and software which the trader is aware of or can be expected to have been aware of.

2. This Article does not apply where the contract involves a day-to-day transaction and is performed immediately at the time of its conclusion.

Its content reflects Article 5 of the Consumer Rights Directive which has a similar exclusion of contracts involving day-to-day transactions performed immediately at the time of its conclusion. The focus is on specific informa-

⁷¹ See also Section III: Contracts concluded by electronic means.

⁷² H. Beale and G. Howells, ‘Pre-contractual information duties in the optional instrument’ in R Schulze and J. Stuyck (eds), *Towards a European Contract law* (Munich, Sellier, 2011) at 49.

tion duties, rather than any general duty of good faith. Traders are instructed what information to divulge and when, rather than being set a standard of contracting behaviour. While such detailed provisions may render it easier to ensure uniformity across different jurisdictions, it is a very different technique to the general good faith standard for pre-contractual behaviour and, indeed, perhaps more reminiscent of the common law preference for precise duties which may have an underlying basis of good faith but do not attempt to state any general principle *per se*. The burden of proof lies with the trader to establish that it has provided the requisite information.⁷³ Article 22 concludes this section by providing that parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of these duties or derogate from or vary their effects.⁷⁴ Article 29 provides for compensation if the recipient suffers loss as a result of reasonably relying on information supplied by the other contracting party.⁷⁵ In providing specific remedies for breach of the informational duty, this provision seeks to deal with the often inconsistent approach of the *acquis communautaire* whereby Directives frequently left the issue of remedies to be wholly or partially regulated by the Member States within the limits of the principle of effectiveness.⁷⁶

Such specific requirements arising from the framework of the *acquis communautaire* contrast with the more general information duty placed on traders where at least one trader is a SME. It is this general duty which gives us a greater insight into the extent to which the policy of CESL on pre-contractual liability and good faith differs from the DCFR itself. As Jansen has stated, “For while the information requirements of the consumer *acquis* are primarily concerned with the regulation of markets, the general information duty of Article 23 dCESL is conceived as genuine private law”.⁷⁷ Article 23 provides:

73 Article 21, CESL.

74 For criticism that this places a disproportionate burden on traders without a corresponding consumer benefit, see N. Jansen, ‘Revision des Verbraucher-*acquis*? Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kauf-rechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts’ http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1997191&rec=1&srcabs=1991705.

75 The remedies are without prejudice to any remedy available under Articles 42 (2) [withdrawal period], 48 [avoiding contract for mistake] or 49 [avoiding contract for fraud]. Article 29 cannot to the detriment of the consumer be excluded in B2C contracts.

76 See T. Wilhelmsson and C. Twigg-Flesner, ‘Pre-contractual information duties in the *acquis communautaire*’ (2006) 2 E.R.C.L. 441 at 466.

77 (n 74) at 23 (my translation).

Duty to disclose information about goods and related services

1. Before the conclusion of a contract for the sale of goods, supply of digital content or provision of related services by a trader to another trader, the supplier has a duty to disclose by any appropriate means to the other trader any information concerning the main characteristics of the goods, digital content or related services to be supplied which the supplier has or can be expected to have and which it would be contrary to good faith and fair dealing not to disclose to the other party.

2. In determining whether paragraph 1 requires the supplier to disclose any information, regard is to be had to all the circumstances, including:

- (a) whether the supplier had special expertise;
- (b) the cost to the supplier of acquiring the relevant information;
- (c) the ease with which the other trader could have acquired the information by other means;
- (d) the nature of the information;
- (e) the likely importance of the information to the other trader; and
- (f) good commercial practice in the situation concerned.

This Article expressly refers to a duty to disclose information concerning the main characteristics of the goods, which it would be contrary to good faith and fair dealing not to disclose and, indeed, identifies a number of relevant factors to assist courts in determining whether such a duty arises. The duty is defined as taking reasonable care to ensure that the information supplied is correct and not misleading.⁷⁸ This is supported by Articles 48 (mistake) and 49 (fraud), which both refer to defects in consent arising from a failure to comply with a pre-contractual information duty under Chapter 2. Article 48(1)(b)(iii) refers specifically to mistakes where the other party “knew or could be expected to have known of the mistake and caused the contract to be concluded in mistake by not pointing out the relevant information, provided that good faith and fair dealing would have required a party aware of the mistake to point it out”. Equally, Article 49(1) includes fraud arising from non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose. Article 49(3) lists exactly the same criteria for identifying the good faith and fair dealing standard as that set out in Article 23(2) above. These provisions thus collectively provide for a good faith pre-contractual *information* duty; mistake and fraud giving the innocent party a right to avoid the contract and to damages from the other party for loss suffered, provided that the other party knew or could be expected to have known of the relevant circumstances.⁷⁹

⁷⁸ Article 28.1, CESL.

⁷⁹ Articles 52-56, CESL.

The non-exclusive factors listed in Articles 49(3) and 23(2) are similar to those stated in Article 4:107 of PECL on fraud.⁸⁰ As I have stated elsewhere,⁸¹ the PECL provision raises interpretative difficulties of its own in terms of the comparative weight to be given to these relevant factors and the tensions which exist between economic factors such as the cost to the supplier of acquiring the relevant information and the ease with which the other trader could have acquired the information by other means, and more subjective factors such as good commercial practice and the importance of the information to the other trader. In comparing the approaches of the English and French courts, I concluded that a French court would be most likely to concentrate on the relative expertise of the parties and the importance of the information, displaying a natural preference for a subjective approach, whilst an English court would be most likely to emphasise the ability of the parties to acquire information for themselves.⁸² There is no reason to believe that the situation would be different in 2015. The courts will also be left with the task of reconciling such factors with the general definition of good faith and fair dealing at Article 2(b) of the draft Regulation as “a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question”. Without any further definition, it is difficult not to predict that Member States will find it difficult to interpret these provisions consistently without further guidance and the support of case-law examples.

5. *Where does this leave good faith in contracting?*

As shown above, CESL is but a shadow of the pre-contractual liability provisions of the DCFR. It follows the path of the Consumer Rights Directive in terms of B2C contracts and its main original contribution to good faith in contracting is, therefore, Article 23. “Good faith and fair dealing” as a general

80 (3) In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

- (a) whether the party had special expertise;
- (b) the cost to it of acquiring the relevant information;
- (c) whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and
- (d) the apparent importance of the information to the other party.

81 P. Giliker, ‘Regulating contracting behaviour: the duty to disclose in English and French law’ (2005) 13 E.R.P.L. 621.

82 *Ibid.*, at 640.

principle, it should be stressed, is still present as stated at Article 2(b) of the draft Regulation and Article 2 of CESL, which provides for a non-excludable general principle that “Each party has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing”.⁸³ All parties are thus expected to observe good faith and fair dealing in their transactions and this should guide the extent to which parties have to cooperate. In terms of pre-contractual behaviour, however, Chapter 2 is confined to pre-contractual informational duties (as supplemented by the section on defects of consent). Parties are indeed set a minimum standard of good faith in contracting, but it is focussed on duties of disclosure, although it does extend beyond B2C contracts to include business contracts involving at least one SME. This is an extension of current EU law and will set a mandatory standard for parties opting into CESL.

The question remains whether this is a satisfactory end to the harmonisation process dating back to PECL and the founding of the Commission on European Contract Law in the 1980s. Responding to criticism of the breadth and ambition of the DCFR, the CESL provisions must be regarded as a compromise: a more limited provision with the goal of rendering acceptance more likely for the majority of Member States. One must also suspect a certain amount of structural neatness. CESL creates within each Member State’s national law an optional second contract law regime for contracts within its scope.⁸⁴ Whilst it is accepted that pre-contractual information duties would be regarded as non-contractual within the meaning of Rome II, Article 11 of the draft Regulation confines the application of remedies for failure to comply with these duties to circumstances where a contract has actually been concluded. Cartwright notes the real practical difficulties which would be created if CESL (as an opt-in provision) applied in circumstances where the party broke off negotiations and therefore no contract actually resulted.⁸⁵ Further, by focussing on pre-contractual information as the key element to good faith in contracting in CESL, the draft Regulation builds on existing EU Directives already applicable in Member States and reduces the possible interpretative difficulties which would be likely to arise from a more general notion of good faith in the negotiating process.

83 Breach of this duty may preclude the party in breach from exercising or relying on a right, remedy or defence which that party would otherwise have, or may make the party liable for any loss thereby caused to the other party: Art 2.2.

84 Recital 9 of the Regulation.

85 ‘Choice is good. Really?’ (2011) 7 E.R.C.L. 335 at 341.

Despite such arguments, it is submitted, that the CESL compromise is unsatisfactory. Three main reasons will be identified below. First, there is no consensus that information duties provide the protection for weaker parties which the Commission assumes. On this basis, it is questionable whether the Commission achieves its target of a high level of consumer protection. Secondly, using CISG as a comparison, it is questionable whether the national courts, notably those with a strong tradition of *culpa in contrahendo*, will confine their interpretation of the pre-contractual provisions of CESL to the limited extent provided in the draft Regulation. While many would argue that this is not necessarily a bad thing, it does indicate a potential source of uncertainty in the application of the provisions, possibly undermining the goal of providing provisions which will be applied uniformly across all Member States. Finally, CESL, by continuing to use open-textured terms such as “good faith” and “reasonableness” does little to address the well-recognised problems of uncertainty in interpretation which will arise. Without further guidance, it cannot be guaranteed that such terms can be applied uniformly by national courts.

(a) *Dealing with inequality of bargaining power through information duties*

The Commission has placed considerable faith in using information provision prior to a contemplated transaction as a means of protecting consumers. “Pre-contractual information duties”, it has been said, “are one of the hallmarks of modern EU consumer law”.⁸⁶ Pre-contractual transparency is deemed to provide a level playing field for parties and enable consumers to make better and informed choices. This will, the argument continues, enhance competition and drive up standards, whilst avoiding the imposition of undue burdens on businesses, thereby reaching optimal trading conditions for the good of society.⁸⁷ Such “light touch” regulation has the advantage of imposing fewer barriers to free movement and is easier to accommodate within national legal traditions.⁸⁸ It does not, however, directly address the

⁸⁶ Beale and Howells (n 72) at 49.

⁸⁷ From the perspective of law and economics, see G.K. Hadfield, R. Howse and M.J. Trebilcock, ‘Information-based principles for rethinking consumer protection policy’ (1998) 21 *Journal of Consumer Policy* 131.

⁸⁸ S. Weatherill, ‘The role of the informed consumer in European Community law’ (1994) 2 *Consumer Law J* 49.

fairness or otherwise of the content of the transaction, but assumes that inequality of bargaining power can be sufficiently corrected by adjusting the environment within which the bargain is struck by giving the consumer extra information in advance and, at times, more time to consider the merits of the transaction.⁸⁹ While this may be praised for prioritising consumer autonomy and, arguably, addressing market failure by levelling out information asymmetries, the question remains as to the extent to which such regulatory measures are likely to be successful in improving consumer choice. To what extent are consumers able and willing to take the time to process the information given? Wendlandt reports that “with regards to information, ‘more means less’ because consumers only get confused by vast amounts of information ... Normally individuals react to information overload by perceiving information only selectively and taking into consideration only key terms which are chosen by employing criteria that are not necessarily proper.”⁹⁰ Ebers goes further and suggests that too much information may lead to consumers making incorrect choices: “Consequently, information should always be concise and precise, clear and exact and provided in a ‘succinct’ manner.”⁹¹ The key is therefore optimum, not maximum, information. That said, providing information as a means for correcting transactional imbalance is dependant on consumers acting as rational entities and using information to influence their choices. Wilhelmsson notes that the bulk of EU welfarist contract law may be described as market-rational (as opposed to market-recertifying) with the image of the rational consumer as its focus.⁹²

Yet, the question remains as to the extent to which this is a realistic pic-

89 S. Weatherill, *EU consumer law and policy* (2nd ed., Cheltenham, Edward Elgar, 2005) at 84. See also S. Grundmann, W. Kerber and S. Weatherill (eds), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin, Walter de Gruyter, 2001). Wilhelmsson and Twigg-Flesner argue, however, that as duties to provide information are usually used in a protective manner, the underlying purpose of such rules is often also to contribute to substantive fairness of the contract: (n 76) at 452.

90 B. Wendlandt, ‘EC Directives for self-employed commercial agents and on time-sharing: Apples, oranges and the core of the information overload problem’ in G. Howells, A. Janssen and R. Schulze (eds.), *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness* (Aldershot, Ashgate, 2005) at 76.

91 M. Ebers, ‘Information and advising requirements in the financial services sector: Principles and peculiarities in EC Law’ *E.J.C.L.*, vol. 8.2 (June 2004), <http://www.ejcl.org/82/art82-2.PDF>.

92 ‘Varieties of welfarism in European Contract Law’ (2004) 10 *E.L.J.* 712 at 727.

ture. If one considers a classic example of an impulse purchase – the purchase of a holiday to cheer up the family – one must wonder to what extent the informational duties contained in the Package Travel Directive actively makes a difference.⁹³ Howells and Wilhelmsson argue that we should be cautious about over reliance on such duties, in that their effectiveness has yet to be demonstrated and behavioural economics suggests that consumers (even when confident and well educated) do not always use information in the rational manner that traditional economists have assumed.⁹⁴ A common view, therefore, is that such duties are desirable and do offer some measure of consumer protection, but are not sufficient in themselves to satisfy the demand or need for more extensive consumer protection.⁹⁵ The choice of the Commission to confine pre-contractual good faith to informational duties which do not directly address substantive unfairness and in the face of existing doubts as to their utility as a means of consumer protection thus seems inconsistent with its advocacy of a high level of consumer protection. The Commission cannot have been unaware of criticism prior to CESL which openly challenged the failure of the DCFR to re-evaluate the utility of informational duties as a means of consumer protection.⁹⁶ It does bear all the hallmarks of a political compromise,⁹⁷ seeking to achieve consensus across Europe and encourage businesses to opt in on the basis of a minimum level of consumer protection based on procedural fairness. Informational duties possess the advantage of being more predictable and building on existing EU provisions and are less intrusive (and uncertain?) than substantive intervention in the bargaining process. Political realities do, however, seem to have led to a lower level of pre-contractual protection than that envisaged in the DCFR. In favouring in-

93 Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours (Package Travel Directive) [1990] OJ L158/59.

94 'EC Consumer Law – Has it come of age?' [2003] E.L. Rev 370. See also G. Howells, 'The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information' (2005) 32 *Journal of Law and Society* 349 and the classic article of W.C. Whitford, 'The functions of disclosure regulation in consumer transactions' [1973] *Wis L. Rev* 400.

95 Whitford *ibid.*, at 470; R Sefton-Green (ed), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law* (Cambridge, CUP, 2005) at 396: "providing information is clearly not a panacea to consumer problems."

96 Eidenmüller (n 49) at 694 .

97 See Weatherill (n 89) at 85: "Aspects of EC Consumer policy are, like many areas of the legislature's output, the result of political expediency rather than considered selection among available regulatory techniques."

formational duties above that of a general duty of contracting in good faith, CESL will be providing a lesser form of protection to that currently existing in many Member States and, in so doing, will limit the ability of the courts to protect the quality of the parties' consent to the transaction in question.⁹⁸

(b) *National courts and pre-contractual liability: confined to information duties?*

The majority of Member States, with the notable exception of the common law, currently favour the imposition of some general duty of good faith in contracting. The question, therefore, remains whether these States would adhere to the confinement of pre-contractual good faith to informational duties. CESL itself defines good faith and fair dealing as a general principle which cannot be excluded by the parties.⁹⁹ If there is a “duty to act in accordance with good faith and fair dealing”, it is not a great step for the courts to extend this duty into the pre-contractual period. Indeed, when one considers the development of pre-contractual liability in Member States, the technique of generalising a pre-contractual duty of good faith from existing codal provisions is not unknown.¹⁰⁰ It therefore appears possible that national courts may seize on the rather ambiguous wording of Article 2 and develop pre-contractual liability despite the policy choices of the Commission.¹⁰¹ The experience of CISG lends further support for this possibility. CISG famously does not cover pre-contractual liability.¹⁰² Disagreement at the drafting stage between those favouring a provision imposing a duty to act in good faith directly on the parties and those who opposed any explicit reference to the principle

98 S. Whittaker, ‘The optional instrument of European contract law and freedom of contract’ (2011) 7 E.R.C.L. 371.

99 Article 2, CESL.

100 Consider, for example, the development of pre-contractual liability in France: see J. Schmidt-Szalewski, ‘La période précontractuelle en droit français’ (1990) 42 R.I.D.C. 545

101 See C. Cravetto and B. Pasa, ‘The ‘Non-sense’ of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts’ (2011) 19 E.R.P.L. 759 at 765.

102 M. G. Bridge, *The international sale of goods: law and practice* (3rd ed., Oxford, OUP, 2013) at 11.33; P. Schlechtriem and I. Schwenzer (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (2nd ed., Oxford, OUP, 2005) at 95. The debate succinctly described by Lisa Spagnolo in ‘Opening Pandora’s Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG’ (2007) 21 *Temple International & Comparative Law Journal* 261 at 268-273.

of good faith in the Convention led to an uneasy compromise in the form of the vaguely worded Article 7 CISG, which requires those interpreting CISG (judges, arbitrators, lawyers) to have regard to the need for the observance of good faith in international trade. There is therefore no explicit duty to act in good faith during the negotiation period. Article 7 provides:

(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Article 7(1) thus uses good faith as an instrumental policy that courts must attempt to advance when they interpret the Convention.¹⁰³ Nevertheless, the gap-filling provision of Article 7(2) has been identified by a number of commentators as a possible basis for finding a general principle of good faith and fair dealing applicable at the pre-contractual stage.¹⁰⁴ Alternatively, and more radically, it has been argued that a broad reading of “the observance of good faith” under Article 7(1) places a duty directly upon the contracting parties.¹⁰⁵ Goderre also argues that the increasing influence of UNIDROIT principles, which provide for a duty not to negotiate in bad faith,¹⁰⁶ may in-

103 R.A. Hillman, ‘Applying the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Illusive Goal of Uniformity’ 1 *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1995) 21.

104 For conflicting views, see E. Allen Farnsworth, ‘Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant Conventions and National Laws’ (1995) 3 *Tul. J. Int’l & Comp. L.* 47; S. Gil-Wallin, ‘Liability under pre-contractual agreements and their application under Colombian Law and the CISG’ *Nordic Journal of Commercial Law* (2007/1).

105 See M. Bonell, ‘Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen (1990) 36 *Recht der Internationalen Wirtschaft* 693 and Comments on Article 7 CISG [Interpretation of Convention] in C.M. Bianca and M.J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law* (Milan, Giuffrè, 1987). Farnsworth (above) comments, however, at 56: “As one of the delegates who opposed any reference to good faith, it strikes me as a perversion of the compromise to let a general principle of good faith in by the back door.”

106 Article 2.1.15 (*Negotiations in bad faith*), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010.

cline courts in this direction, and notes also a tendency of judges and arbiters to rely on the interpretation of Article 7 which supports their established legal tradition, thereby rendering civil law jurisdictions far more likely to adopt this interpretation than common law jurisdictions.¹⁰⁷

While there is considerable disagreement as to the role of good faith in CISG and many commentators would strongly disagree with the above analysis,¹⁰⁸ which does appear to fly in the face of the drafting history of CISG, the fact that there is still a debate as to the existence or not of pre-contractual good faith liability under the CISG (which came into force in 1988) indicates that this debate would also be likely to arise under CESL. On this basis, despite the wording of CESL, some national courts may try to resist the potential diminution of consumer rights and seek to rely on a “general principle” of good faith in contracting to ensure vulnerable parties are protected. There would also likely be a common law/civil law divide, as identified by Goderre above. In so doing, these national courts might indeed be fulfilling the Commission’s desire to provide a high level of consumer protection, but it would be unlikely to lead to the consistency and uniformity which a harmonized transnational regime requires.

(c) Providing a uniform definition of “good faith and fair dealing”

Based on the work of the Expert Group, CESL seeks to provide a framework for a clear and user-friendly law of sales. In so doing the Expert Group sought to respond to concerns raised in the context of the DCFR as to the use of open-textured language.¹⁰⁹ For example, in its evaluation of the DCFR, the Common Core Evaluating Group specifically drew attention to the likely difficulties in ensuring the consistent interpretation of broad concepts such as “reasonableness” and “good faith”:

¹⁰⁷ ‘International negotiations gone sour: Precontractual liability under the United Nations Sales Convention’ 66 U Cin L. Rev. 257 at 278 (1997), arguing that good faith could in any event be developed from doctrines such as detrimental reliance and restitution found in CISG itself. For case-law see Goderre at 276-278. Note also more recently the so-called New Zealand mussels case (Bundesgerichtshof 8 March 1995 VIII ZR 159/94) which may be interpreted as supporting a pre-contractual information duty: see Cravetto and Pasa (n 101) at 766.

¹⁰⁸ Spagnolo, for example, (n 102) urges caution. See also Schlechtriem and Schwenger (n 102) at 100-101.

¹⁰⁹ See (n 49) above.

... if the aim of the DCFR is to foster legal harmonization, this aim is particularly hard to reach by employing general clauses, because their meaning and scope cannot be defined *a priori*, and it is very likely that national interpreters will rely on the rules applied in their own system, which they know best, thereby reproducing at the European level the discrepancies that exist among national legal systems.¹¹⁰

Nevertheless, good faith and fair dealing remains a general principle as stated at Article 2, CESL. Further, Articles 23, 48 and 49 all use the term “good faith and fair dealing” in relation to pre-contractual informational duties.¹¹¹ In addition to the relevant factors stated at Articles 23(2) and 49(3), Article 2(b) of the draft Regulation defines good faith and fair dealing as “a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question”. This is not further defined. Assuming a similar meaning to the terms used in the DCFR, the notes to the DCFR indicate that “honesty” should be given its “normal” meaning, whilst “openness” denotes an element of transparency in a person’s conduct.¹¹² In contrast, consideration of others will depend on the circumstances, including the nature of the contract. While it is not a requirement to prefer the other, one should exercise a basic level of consideration and not act out of pure malice.¹¹³ Such comments give limited assistance and appear to be peculiarly fact dependant.

The vagueness of such guidance highlights the fact that there remains considerable room for manoeuvre in interpreting how these requirements will operate in practice. Willett has remarked on the difficulty of interpreting such terms without pre-existing agreement on the policy basis underlying these provisions: “the open textured nature of [such] general clauses ... means that they can often only be given real practical meaning and direction by reference to some background ethic: some vision of the ideal market and civil order”.¹¹⁴ In view of the lack of pre-existing consensus on the meaning

110 L. Antonioli and F. Fiorentini (eds), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference* (Munich, Sellier, 2010) at 255.

111 The term is also used in relation to interpretation of contracts (Article 59), implied terms (Article 68), unfair terms (Articles 83, 86 and 170) and more generally by virtue of Article 2 e.g. Article 89.

112 Comments, Book 1, Article 1:103 (n 5) at 89.

113 Ibid.

114 C. Willett, ‘General clauses and the competing ethics of European consumer law in the UK’ [2012] C.L.J. 412.

of good faith and the specific problem of ensuring the uniform interpretation of open-textured concepts, it is submitted that more detailed guidance and examples will be needed to ensure that these Articles are interpreted correctly at national level. The current provisions do not provide the clarity necessary to avoid interpretative asymmetries.

Conclusion:

Pre-contractual good faith is the classic example of a concept which divides European jurisdictions, notably those of the common law and civil law. As we have seen, from the Principles of European Contract Law (PECL) onwards, drafters seeking to harmonise European Contract law have sought to diminish the perceived harshness of the common law and embrace developments in civilian jurisdictions such as culpa in contrahendo. As such this is seen as a part of the development of consumer protection across Europe. And yet the outcome of this process – the proposed Common European Sales Law – primarily provides a framework of information duties and sidesteps the controversial question of a general duty of pre-contractual good faith. This represents a compromise, but it is one which threatens to diminish consumer protection in Europe and, in view of the uncertainty in terms of the scope and meaning of CESL, may make businessmen reluctant to opt in. It is legitimate to question, therefore, whether pre-contractual liability under CESL would in fact meet the Commission’s goal to provide “firms with an easy and cheap way to expand their business to new markets in Europe while giving consumers better deals and a high level of protection.”¹¹⁵ For those familiar with the history of CISG, there may also be a sense of déjà vu, in seeing a compromise which seeks to avoid the introduction of a general duty to negotiate in good faith, but which leads to an ongoing doctrinal debate whether such a duty may nevertheless be developed by the courts. Further, one of the reasons for opposing this general duty – the interpretative uncertainty associated with open-ended concepts such as “good faith and fair dealing” – has not been ad-

¹¹⁵ European Commission, ‘Common European Sales Law to boost trade and expand consumer choice’ Press Release 11 October 2011 (IP/11/1175). Aksoy, for example, argues that the status quo bias of businessmen would be a huge barrier to CESL’s future success: H.C. Aksoy, ‘Status quo bias, CISG and the future of the Common European Sales Law’ (2013) 24 E.B.L. Rev 459.

dressed and still exists within CESL. This has led commentators quite rightly to call for further guidance on this point or, as the English and Scottish Law Commissions graphically put it, for “flesh on the bare bones of the text.”¹¹⁶

In the light of such criticism, it is not wholly surprising that even with the strong backing of the European Parliament on 26 February 2014, the Commission ultimately failed to persuade its stakeholders of the merits of introducing a Common European Sales Law. On 16 December 2014, the Commission indicated that it no longer intended to proceed with CESL, but would, in its 2015 Work Programme, replace it with a narrowed-down proposal to “fully unleash the potential of e-commerce in the Digital Single Market”.¹¹⁷ Pre-contractual good faith remains, therefore, an area of law which, notwithstanding recent suggestions that English courts may be warming to the concept,¹¹⁸ divides European States. Despite the intervention of the European Commission, the prospect of a European doctrine of culpa in contrahendo seems further away than ever.

116 The Law Commission and the Scottish Law Commission, *An optional common European Sales Law: advantages and problems. Advice to the UK Government* (November 2011) at vii. See also C. Kelly, ‘The proposal for a common European sales law: Looking beyond the merits of optional instruments’ [2013] *J.B.L.* 703.

117 Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *Commission Work Programme 2015 Strasbourg 16.12.2014 COM (2014) 910 final, Annex 2, No 60.*

118 See, for example, *Petromec Inc v Petroleo Brasileiro SA Petrobras* (No 3) [2005] *EWCA Civ* 891; [2006] 1 *Lloyd’s Rep* 121 at [121].

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

Reiner Schulze

I. Introducción

Hace apenas unos años, una visión científica se concretó en un proyecto legislativo europeo: la Comisión Europea presentó en octubre del 2011 la propuesta para una Normativa Común de Compraventa Europea (en adelante NCCE)¹. Posteriormente, el Parlamento Europeo y el Consejo, en cuanto órganos legislativos de la Unión Europea, se ocuparon de esta propuesta; y el Parlamento aprobó el Proyecto con algunas modificaciones importantes. También se inició en los Estados miembros una discusión por parte de las instituciones políticas² y de los juristas, tanto académicos como prácticos del Derecho.³ Aunque en el año 2014 la nueva Comisión Europea electa anunció que quería sustituir la propuesta de NCCE original por un nuevo proyecto que previsiblemente tendría más en cuenta los desafíos de la revolución digital para el Derecho de contratos, esta propuesta de NCCE no sólo marca el actual nivel de desarrollo del Derecho contractual. Más bien permanecerá también

1 Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa común de Compraventa Europea [COM(2011) 635 final].

2 Véase, por ejemplo, en Alemania, la postura del “Deutscher Bundestag” acerca de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre una Normativa Común de Compraventa Europea (Drucksache 17/7713 Nr. A.5), y la postura del “Deutscher Bundesrat” acerca de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre una Normativa Común de Compraventa Europea (Drucksache 617/11). Una consulta de los Ministros de Justicia de los distintos Bundesländer alemanes fue publicada en la obra: J. Hahn, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Munich 2012.

3 Por ejemplo: H. Schulte-Nölke/F. Zoll/N. Jansen/R. Schulze (eds.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Munich 2012; C. Wendehorst/B. Zöchling-Jud (eds.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts*, Wien 2012; O. Deshayes, *Le droit commun européen de la vente: Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, Paris 2012.

como una base importante para futuros proyectos de legislación europea en el ámbito del Derecho de contratos y, además, podrá servir de inspiración para el desarrollo de Derechos nacionales.

La pequeña contribución⁴ que a continuación sigue reproduce, sin cambios fundamentales, la ponencia que tuvo lugar tres semanas después de la publicación de la propuesta de NCCE de la Comisión. Desde esta perspectiva quiere recordar, en primer lugar, el proceso de desarrollo de este proyecto para abordar, a continuación, de forma breve, algunas de las disposiciones referidas a la responsabilidad contractual, en particular, las cuestiones acerca de la adaptación contractual cuando acontece un cambio en las circunstancias, la subsanación en el caso de que la oferta de cumplimiento no sea conforme con el contrato y la jerarquía de los remedios previstos para los supuestos de incumplimiento contractual.

II. *Del proyecto académico a la legislación europea*

De la génesis que precede a la propuesta de la Comisión de 11 de octubre de 2011, merece destacarse, sobre todo, un aspecto: la relación entre la Ciencia Jurídica y la Política en el camino hacia el Derecho contractual europeo. Esta relación se caracteriza por una secuencia de iniciativa, distancia y colaboración alternativas y recíprocas.⁵

Uno de los puntos de partida del diálogo entre Política y Ciencia Jurídica sobre el Derecho privado europeo lo constituyó, hace casi cincuenta años, el

4 Esta ponencia tuvo lugar como parte del Workshop “La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual” de 28 de octubre de 2011. Las numerosas publicaciones, que se han sucedido desde entonces en relación a la NCCE no han podido, por eso, tenerla en cuenta. Para una visión general véase: R. Schulze, (ed.), *CESL Commentary*, Baden-Baden 2012; R. Schulze, “Nuevos Rasgos del Derecho Privado en Europa”, en: S. Díaz Alabart (dir.), *Cien años de la Revista de Derecho privado. 1913-2013*, Madrid 2014; R. Schulze/F. Zoll, *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden 2015.

5 Véanse las siguientes obras: R. Schulze/J. Stuyck, “Towards a European Contract Law – An Introduction”, págs. 3–8, en: R. Schulze/J. Stuyck (eds.), *Towards a European Contract Law*, Munich 2011; R. Schulze, “The academic Draft of the CFR and the EC Contract Law”, págs. 3–23, en: R. Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich 2009; R. Schulze, “Contours of European Private Law”, págs. 3–26, en: R. Schulze/H. Schulte-Nölke (eds.), *European Private Law – Current Status and perspectives*, Munich 2011 (contribución también impresa en la obra: A. Janssen (ed.), *Auf dem Weg zu einem Europäischen Privatrecht*, Baden-Baden 2012).

artículo publicado por el entonces Presidente de la Comisión Europea, Walter Hallstein, en una revista jurídica.⁶ Frente a la orientación unilateral hacia el Derecho público, que predominaba hasta ese momento, Walter Hallstein resaltó de forma programática la importancia del Derecho privado y del Derecho procesal para la integración europea. En el Derecho de las Comunidades Europeas ya se habían producido planteamientos iniciales para un Derecho privado europeo, sobre todo en el Derecho de sociedades y de la competencia. El artículo de Walter Hallstein incitaba a ampliar estos planteamientos en la legislación y en la Ciencia Jurídica.

A pesar de ello, durante las siguientes décadas, los caminos de la Política y la Ciencia Jurídica se separaron con frecuencia, sin que tuviera lugar un diálogo intenso entre ellas. Por una parte, durante los años ochenta y noventa, la Política fue extendiendo cada vez más su actuación legislativa en partes importantes del Derecho contractual. En particular, se adoptaron muchas Directivas dirigidas a la protección de los consumidores y de las pequeñas y medianas empresas (por ejemplo, relativas a las ventas fuera de establecimiento comercial⁷, a los agentes comerciales⁸, a los contratos a distancia⁹, etc.). La responsabilidad contractual fue objeto de la Directiva sobre bienes de consumo de 1999¹⁰ (Directiva que impulsó en Alemania la completa “Mo-

6 W. Hallstein, “Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft”, págs. 211 y ss., en: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ), 28 (1964).

7 Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985 referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° L 372 de 31/12/1985 págs. 0031 - 0033). Actualmente se encuentra derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores (Diario Oficial de la Unión Europea n° L 304/64 de 22/11/2011).

8 Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° L 382 de 31/12/1986 págs. 0017–0021).

9 Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° L 144 de 04/06/1997 págs. 0019 - 0027). Actualmente se encuentra derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores (Diario Oficial de la Unión Europea n° L 304/64 de 22/11/2011).

10 Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de

dernización del Derecho de Obligaciones” en el año 2002¹¹). Sin embargo, esta legislación no se fundaba sobre conceptos y principios generales que pudieran garantizar la coherencia de las numerosas disposiciones. De ahí que fuera calificada con frecuencia como excesivamente puntillista, arbitraria o, incluso, contradictoria.¹²

Por otra parte y, de forma simultánea, científicos – como los integrantes de la conocida “Comisión Lando”¹³ – formulaban, a modo de estudio académico, un Derecho contractual europeo relativamente consistente. El único punto débil del estudio era el alejamiento del entonces estado actual del *Acquis communautaire* y de los principios que subyacen a éste, ya que el trabajo sólo se basaba en estudios comparados de los Derechos nacionales en Europa. No tenía en cuenta el Derecho de las Comunidades Europeas o, mejor dicho, de la Unión Europea, que, sin embargo, se extendía cada vez más en el ámbito del Derecho privado.

Ciertamente, algunos planteamientos procuraban salvar, ya en un primer momento, este abismo que se abría entre la realidad política y las ideas académicas, como por ejemplo, las Resoluciones del Parlamento Europeo a partir de 1989.¹⁴ Pero hasta principios del siglo XXI no se produjo un diálogo real entre la Ciencia Jurídica y la Política. A partir de ese momento, empezó

1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° L 171 de 07/07/1999 págs. 0012–0016).

11 Al respecto: H. Schulte-Nölke/R. Schulze (eds.), *Die Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 2001; A. Lamarca i Marquès, “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, en: *InDret*, 01/2002 (2002).

12 Problemática resumida, por ejemplo, en: Franz Werro, “Comparative Studies in private law” (con referencia a otras obras), pág. 215, en: Mauro Bussani/Ugo Mattei, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge 2012.

13 Comisión de Derecho europeo de los contratos. Véase: O. Lando/H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Partes I y II, La Haya 2000; O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law Part III*, La Haya, Londres y Boston 2003.

14 Resolución de 26 de junio de 1989 sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados Miembros (Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 158 de 26.6.1989 págs. 400–401); Resolución, de 2 de septiembre de 2003, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – Un derecho contractual Europeo más coherente - Plan de acción (Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 76 E de 25.3.2004, pág. 95); Resolución, de 3 de septiembre de 2008, sobre el marco común de referencia para el Derecho contractual europeo (Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 295 E de 4.12.2009, pág. 31).

a cambiar la situación, dado que la investigación se decantó cada vez más por el Derecho Privado europeo y se dedicó, con intensidad, al estudio de los principios aplicables al Derecho contractual que ya se podían identificar en el existente Derecho europeo – el *Acquis communautaire* – (el así denominado “research on *acquis principles*”).¹⁵ A este respecto, por parte de la Política, el hito lo constituyó el Plan de Acción de la Comisión para un Derecho contractual europeo más coherente.¹⁶ Este Plan de Acción del año 2003 no sólo pone de manifiesto la necesidad de integrar las diversas disposiciones pertenecientes a diferentes “políticas” y “sectores” de la legislación europea a través de un concepto común de “Derecho contractual” y de principios generales,¹⁷ sino que además, abre el camino al notable diálogo entre la Política y la Ciencia Jurídica en dos nuevas fases del proyecto para un Derecho contractual europeo. De conformidad con la propuesta de la Comisión recogida en el citado Plan de Acción, una red de científicos de muchos Estados europeos diseñó, a partir del 2005, un Marco Común de Referencia académico que¹⁸ ha sido muy debatido y – en algunos puntos con razón – muy criticado.¹⁹ No obstante,

15 Al respecto: R. Schulze, “El derecho contractual europeo y sus textos básicos”, págs. 633 y ss., en: S. Espiau Espiau/A. Vaquer Aloy (coords.), *Bases de un derecho contractual europeo*, Valencia 2003; R. Schulze, “European Private Law and Existing EC Law”, págs. 3 y ss., en: *European Review of Private Law (ERPL)*, 1-2005 (2005); de esta investigación sobre los “*Acquis principles*” se desprende: Research Group on the Existing EC Private Law (*Acquis Group*), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, Munich 2009.

16 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12.2.2003 – Un Derecho Contractual Europeo más coherente, Plan de Acción [COM(2003) 68 final].

17 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12.2.2003 – Un Derecho Contractual Europeo más coherente, Plan de Acción: “La Comisión considera que un marco común de referencia que establezca principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo constituye un paso importante para mejorar el acervo en materia de Derecho contractual. Este

marco común de referencia será un documento accesible al público que ayudará a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del Derecho contractual europeo.[..]”.

18 C. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich 2009.

19 Véase por ejemplo: R. Schulze/C. von Bar/H. Schulte-Nölke (eds.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen*, Tübingen 2008; R. Schulze (ed.), *Common Frame*, Munich 2009; A. Vaquer Aloy/E. Bosch Capdevila/M. P. Sánchez

mantiene el mérito de haber realizado, por primera vez, una síntesis de los principios que proceden del Derecho de la Unión Europea y de los extraídos de los estudios comparados de los Derechos nacionales.

En la siguiente fase, la Comisión creó un grupo de expertos compuesto principalmente por científicos, así como por algunos profesionales del derecho, que elaboró un “estudio de viabilidad” sobre un Derecho contractual europeo.²⁰ Este “estudio de viabilidad” seguía ampliamente las pautas establecidas en el Marco Común de Referencia académico y, a través de ellas, de los “Principios Lando” y de los “Principios del Derecho contractual comunitario”. A diferencia del Marco Común de Referencia académico, cuyo amplio planteamiento excedía las necesidades de la legislación europea, este estudio se concentra en el Derecho contractual y, en concreto, en el régimen de la compraventa.

A pesar de algunas desviaciones y complementos importantes, la propuesta presentada por la Comisión el 11 de octubre de 2011 descansaba, en gran medida, sobre este “estudio de viabilidad”. Este último, junto con la propuesta de la Comisión, tomaban un nuevo camino legislativo europeo: ninguno de ellos quería conseguir un Derecho europeo uniforme en vez de los Derechos nacionales (como muchos reglamentos anteriores de la UE); ni tampoco intervenir en los Derechos nacionales armonizándolos (armonización mínima, armonización máxima). No se dirigían hacia un Derecho contractual europeo que sustituyera los Derechos nacionales. Más bien prevían un Derecho contractual *opcional* a disposición de las partes del contrato como una posibilidad adicional y alternativa a los Derechos nacionales. Está en manos de las partes contratantes el determinar si prefieren que su contrato se rija por un derecho nacional o por este Derecho común europeo.

En esencia, este Derecho contractual opcional debía, según la propuesta

González (coords.), *Derecho Europeo de Contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomos I y II, Barcelona 2012; J. M. Smits, “The Draft-Common Frame of Reference (CFR) for a European Private Law: Fit For Purpose?”, págs. 145–148, en: *Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ)*, Vol. 15 (2008); F. J. Infante Ruiz, “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo”, en: *InDret*, 2/2008 (2008).

²⁰ http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf. Al respecto: R. Schulze/J. Stuyck (eds.), *Towards a European*; F. Gómez Pomar/M. Gili Saldaña, “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, en: *InDret*, 1/2012 (2012).

de la Comisión Europea, ser contenido en el anexo de un reglamento de la Unión Europea, mientras el reglamento en sí sólo abarca 16 artículos – referidos, en particular, a definiciones y ámbito de aplicación – (en adelante me referiré a estos 16 artículos con la abreviatura Rgto NCCE). Las partes de un contrato deben poder emplear esta Normativa Común de Compraventa Europea para contratos transfronterizos (art. 4 Rgto NCCE). No obstante, un Estado miembro puede también decidir que las partes puedan emplear este instrumento europeo para contratos que no tengan dicho carácter transfronterizo (art. 13 Rgto NCCE). Las partes pueden elegir el Derecho europeo contractual para tres tipos de contratos: contratos de compraventa, contratos sobre suministro de contenidos digitales, contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes de un contrato de compraventa, estando estos servicios relacionados con el contrato de compraventa (art. 5 Rgto NCCE).

Por lo que respecta a las partes del contrato, la Normativa Común de Compraventa Europea debe aplicarse tanto a los contratos entre comerciantes²¹ como a los celebrados entre una comerciante y un consumidor (con disposiciones parcialmente comunes y parcialmente especiales). Ésta contiene – de forma similar a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG) – en parte, disposiciones capaces de aplicarse a todo tipo de contratos (“Derecho contractual general”), referidas, en particular, a la formación, contenido y efectos del contrato. Frente a ello, otra parte de las disposiciones está formulada específicamente para los contratos de compraventa o de prestación de servicios que se refieren a contratos de compraventa (por ejemplo, de mantenimiento y reparación). Estas disposiciones especiales atañen, sobre todo, al incumplimiento y a los remedios por incumplimiento del contrato y, con ello, a cuestiones centrales de la responsabilidad contractual.

III. *El derecho al cumplimiento específico*

Aunque el incumplimiento y sus consecuencias son el tema principal de la responsabilidad contractual, se plantea al principio la pregunta acerca de si en realidad existe, en la Normativa Común de Compraventa Europea, el

²¹ Por lo menos uno de estos comerciantes debe ser una pequeña o mediana empresa (art. 7 Rgto NCCE). Sin embargo los Estados miembros pueden renunciar a este límite y pueden decidir que la Normativa Común de Compraventa Europea sea también aplicable a contratos entre comerciantes, los cuales no sean PYMES (art. 13 Rgto NCCE).

derecho al cumplimiento específico. Esto no es tan evidente como pudiera parecer desde una perspectiva alemana o española: a diferencia de la tradición continental europea, el Common Law no conoce con carácter general un derecho de esta naturaleza. Por ello, también la CISG contiene una disposición al respecto: de conformidad con el art.46 CISG, el comprador puede exigir del vendedor “el cumplimiento de sus obligaciones” (acorde con la tradición continental europea). Pero según el art.28, un tribunal sólo está obligado a ordenar “el cumplimiento específico” cuando también lo estaría en virtud de su Derecho nacional (excepción para los Estados del Common Law). En relación con el Derecho contractual europeo, los “Principios Lando” ya se habían orientado, en un primer momento, más hacia la vía continental europea, pero con cierto respeto al Common Law. En este sentido, los “Principios Lando” prevén para el acreedor el Derecho a exigir el cumplimiento como un remedio específico (art. 9:101, 9:102 PECL). Los “Principios del Derecho Contractual Comunitario” (Acquis Principles) van en la misma dirección (art. 7:101). Para ello se basan en las disposiciones correspondientes de algunas directivas comunitarias (por ejemplo, artículo 2.1 de la Directiva sobre bienes de consumo²²) y, sobre todo, en el principio “pacta sunt servanda” reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²³

Por ambas partes –tanto por los estudios de Derecho comparado, como por las investigaciones sobre el acervo comunitario- se allanó el camino para un reconocimiento del derecho al cumplimiento específico en el Derecho contractual europeo. No sorprende que el borrador académico del Marco Común de Referencia, en cuanto síntesis del Derecho comparado y de los Principios del Derecho Contractual Comunitario, siguiera estos ejemplos (art. III. – 1:102, y art. III. – 2:101 y siguientes). La NCCE – según la propuesta de la Comisión – parece partir más bien del mismo principio que los anteriores. Este principio se refleja especialmente en los artículos 110 y 132 NCCE en relación, respectivamente, a la reclamación por parte del comprador del cumplimiento de las obligaciones del vendedor y a la reclamación por parte del vendedor del cumplimiento de las obligaciones del comprador. Los artículos 155.1 y 157. 1 letra a) NCCE contienen las disposiciones correspondientes para los contratos de servicios relacionados. Con ello, el derecho al cumplimiento se

22 Véase nota al pie de página n.º 10.

23 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1992, Asunto C-26/91 (Jakob Handte & Co. GmbH/Traitements Ménaco-chimiques des Surfaces SA), Párrafo 15.

establece claramente como un núcleo de los remedios y de la responsabilidad contractual en la Normativa Común de Compraventa Europea.

IV. *Adaptación contractual cuando acontece un cambio en las circunstancias*

Además, una peculiaridad a tener en cuenta frente a algunos derechos nacionales (y frente a la CISG) consiste en que la Normativa Común de Compraventa Europea limita la regla que obliga a las partes a cumplir el contrato mediante la importante excepción prevista en el art. 89 NCCE relativa al llamado “cambio en las circunstancias”. Este precepto aclara, en primer lugar, el principio según el cual las partes deberán cumplir sus obligaciones aun cuando el cumplimiento resulte más oneroso, ya sea porque los costes de la ejecución se han incrementado, ya sea porque el valor de la contraprestación ha disminuido (art. 89.1 NCCE). La excepción atañe simplemente a casos en los cuales el cumplimiento, como consecuencia de un cambio excepcional en las circunstancias, se convierte en una carga excesiva (art. 89.1 *in fine* NCCE). Requisitos adicionales se desprenden del artículo 89.3 NCCE. El cambio en las circunstancias es sólo relevant cuando éste acontece tras la celebración del contrato y cuando la parte afectada no tuvo en cuenta, y no puede esperarse que tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo. Según este artículo, también es necesario que esta parte no asumiese el riesgo de un cambio en las circunstancias o que sea razonable suponer que no lo hubiera asumido. Ésto requiere un cuidadoso examen de los riesgos que, por lo general, deben ser soportados por las partes en los contratos de la clase en cuestión. En muchos casos, este examen será decisivo para que el equilibrio contractual no cambie en perjuicio de una parte.

Cuando se dan todos estos requisitos, las partes están obligadas a iniciar las negociaciones para adaptar o resolver el contrato (art. 89.1 *in fine* NCCE). Una adaptación contractual por parte de un órgano jurisdiccional es posible si las partes no alcanzan ningún acuerdo en un plazo razonable (art. 89.2 NCCE). Esta adaptación puede orientarse hacia lo que las partes hubiesen acordado en el momento de la celebración del contrato si estas hubiesen tenido en cuenta el cambio en las circunstancias. El tribunal competente también tiene la facultad de resolver el contrato en fecha y condiciones que deberán ser fijadas por el juez.

Con esta disposición, la Normativa Común de Compraventa Europea considera los planteamientos de la justicia contractual y limita el principio “pacta sunt servanda”. Cuando el art. 89 NCCE nombra como consecuencia de dichos cambios excepcionales, en primer lugar, la adaptación contractual, se refleja (como también en otras partes de la nueva Normativa Común de Compraventa Europea referidas a la interpretación según el art. 63 NCCE y a la subsanación regulada en el art. 109 NCCE), el principio de que, a ser posible, el contrato debe conservarse (“favor contractus”). No obstante, el artículo 89 NCCE toma también en consideración la posibilidad de que el cambio en las circunstancias pueda ser tan profundo que una adaptación contractual no sea adecuada y, para tales casos, prevé la resolución judicial del contrato. Con ello sigue una tendencia, que en las últimas décadas se ha perfilado tanto a nivel europeo como, en parte, a nivel nacional. A nivel europeo, los Principios del Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando²⁴ han esbozado el modelo que fue el que más tarde empleó el “Draft Common Frame of Reference” véase art. 6:111 PECL; art. III.–110 DCFR). A nivel nacional, Alemania – basada en una jurisprudencia que se ha desarrollado desde hace 80 años – ha acogido, mediante la modernización del Derecho de obligaciones alemán, una disposición parecida en su Código Civil (§ 313 BGB).²⁵ Las recientes reformas del Código Civil de la República Checa y de Hungría prevén – dentro de fronteras claramente definidas – la adaptación contractual cuando acontece un cambio en las circunstancias (§§. 1764 y ss. Občanský zákoník; sección 6:193 törvény a Polgári Törvénykönyvről). En la discusión de reforma del Código civil que tuvo lugar en España, se propuso asimismo una adaptación contractual cuando acontece un cambio en las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. En Francia, están sobre la mesa propuestas controvertidas; el proyecto del Ministerio de Justicia francés de contiene una prudente apertura frente a la tendencia europea: la parte perjudicada puede requerir de la otra parte la renegociación del contrato. Pero éste sigue siendo de aplicación mientras se suceden las negociaciones y, en el caso de que éstas

24 Véase nota al pie de página nº 13.

25 Al respecto: R. Schulze, § 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage, págs. 454 y ss., en: R. Schulze et al., *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, Baden-Baden 2012; H. Heinrichs, “Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage”, en: S. Lorenz et al. (eds.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München 2005; F. Loyal, “Vertragsaufhebung wegen Störung der Geschäftsgrundlage”, págs. 417 y ss., en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 66 (2013).

fracasen, el juez puede decidir la adaptación o la resolución del contrato si las partes están de acuerdo. En los próximos años, las diferentes experiencias nacionales y consideraciones para la Normativa Común de Compraventa europea podrían servir de enriquecimiento mutuo.

V. *Incumplimiento – Reglas generales y especiales*

Como sucede en los Derechos nacionales, también en el Derecho contractual europeo los conceptos de “cumplimiento” e “incumplimiento” se encuentran referidos el uno al otro y ambos al concepto de la obligación. En el Libro III del DCFR esta relación ya encuentra un reflejo en la estructura del mismo: el Libro se titula “Obligaciones y correspondientes Derechos”; y, tras un capítulo general, le siguen respectivamente un capítulo sobre el “Cumplimiento” (“Performance”) y otro sobre los “Remedios por incumplimiento” (“Remedies for non-performance”). Ahora bien, el siguiente Libro IV del DCFR contiene, adicionalmente, capítulos específicos sobre las obligaciones del vendedor y del comprador, así como sobre los remedios por incumplimiento (Libro IV, capítulos 2, 3, 4). La sintonía entre las disposiciones generales contenidas en el Libro III y las relativas a la compraventa en el Libro IV, no siempre es clara. En relación con la terminología llama la atención que, por ejemplo, en el Libro III “Performance” en el sentido de “cumplimiento” juega un papel central, mientras que el Libro IV parece evitar más bien la utilización de este término (y prefiere emplear, en lugar de “to perform”, fórmulas como, por ejemplo, “to fulfil obligation”; cfr. art. IV. A.- 2:201 (1)). Sin poder profundizar aquí más en estas cuestiones, se puede defender, al menos, en relación con el Derecho general de las obligaciones contenido en el Libro III DCFR, que se basa en un concepto general de “cumplimiento” e “incumplimiento” (y que lo desarrolla con más detalle en los capítulos 2 y 3).

Este planteamiento difiere, por ejemplo, del contenido originario del Código Civil alemán (BGB) antes de la Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2002. El viejo BGB no partía de un supuesto de hecho unitario para regular el incumplimiento y sus consecuencias. Más bien partía de diversas formas y causas que pueden dificultar o impedir el cumplimiento y las regulaba en particular: imposibilidad y, mora. Ello se completaba con la jurisprudencia sobre “positive Vertragsverletzung” (violación positiva del contrato) Frente a ello la CISG y, bajo su influjo, los “Principios Lando” se han orientado más por el concepto unitario del “incumplimiento” en otras tradi-

ciones jurídicas del continente europeo y del “breach of contract” del Common Law (y el nuevo Derecho de Obligaciones alemán lo ha incorporado en mayor o menor medida). Los “Acquis principles” coinciden con esta moderna tendencia. Así, definen la “non-performance” como: “cualquier cumplimiento insuficiente, incluido el cumplimiento moroso, el cumplimiento defectuoso y la infracción del deber de cooperar con el fin de procurar la plena eficacia de una obligación” (art. 8:101).

A la vista de esta tendencia coincidente en los borradores académicos y en las reformas del Derecho nacional, no resulta sorprendente que la Normativa Común de la Compraventa Europea prevea asimismo un supuesto de hecho unitario para el incumplimiento: “Cualquier falta de cumplimiento, con independencia de que sea o no excusable, constituye el incumplimiento de una obligación (...)” (art. 87.1 NCCE). Con ello se determina con claridad y carácter general el concepto de incumplimiento.

Para la estructura de la Normativa Común de Compraventa Europea es característico que esta definición general del incumplimiento en el marco del art. 87 NCCE es directamente aplicable sólo a los contratos de compraventa y contratos de suministro de contenidos digitales. Sin embargo, mediante el art. 147 NCCE esta disposición también será aplicable a los servicios que estén relacionados con los contratos señalados anteriormente. La definición general, la cual se encuentra al inicio del párrafo primero del artículo 87 NCCE, se concreta mediante ejemplos concretos, de los cuales algunos se refieren específicamente a la compraventa²⁶ y suministro de contenidos digitales, no haciendo estos ejemplos alusión a otros tipos de contratos.

Esta forma de proceder caracteriza tanto la estructura general como un problema fundamental del nuevo régimen europeo de la compraventa: en muchas partes (pero no en todas), vincula el Derecho contractual general con disposiciones especiales sobre la compraventa y los contenidos digitales (y, en otras partes, incluye además disposiciones especiales para las prestaciones de servicios referidas a contratos de compraventa). Esta combinación del Derecho contractual general y de las disposiciones especiales sobre la compraventa constituye en cierto modo un compromiso entre el hasta ahora desarrollo del Derecho contractual europeo, por una parte, y los limitados objetivos de la legislación actual. Desde los “Principios Lando”, la tradición se centró en proyectar un Derecho contractual general que sirviera de base para el pos-

26 Así “la no entrega de los bienes o los retrasos en su entrega” y “la entrega de bienes que no sean conformes con el contrato”; véase art. 87.1 a) y c) NCCE.

terior desarrollo de todos los tipos contractuales en Europa. Por el contrario, la propuesta de la Comisión para la legislación actual se limita a disposiciones aplicables a los contratos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados. De conformidad con la estimación de la Comisión Europea, al parecer no existe actualmente una necesidad similar en relación con otro tipo de contratos o no existe una disposición política de los Estados miembros para aceptar normas comunitarias. La forma de la integración del Derecho de compraventa en el Derecho contractual de la NCCE es singular. Y es que a una adaptación del Derecho de compraventa al Derecho contractual general o a las disposiciones generales del Derecho de obligaciones, ya habían aspirado otros proyectos (por ejemplo, la Modernización del Derecho de Obligaciones alemán o el académico DCFR) – pero mediante una estructura diferente: éstos habían regulado, en primer lugar, la parte general del Derecho de obligaciones y, después, el Derecho de compraventa en una parte especial. Por el contrario, la NCCE integra disposiciones específicas y normas que se pueden aplicar con carácter general dentro del mismo artículo o secciones para las correspondientes materias – por ejemplo, dentro del art. 87 NCCE, para el incumplimiento. Esta integración “tema por tema” se asemeja parcialmente al modelo, que los “Acquis Principles” han desarrollado para la unión de disposiciones generales y especiales en el Derecho Europeo de los Contratos.²⁷ Por lo menos en lo que al ejemplo del incumplimiento se refiere, la NCCE muestra que esta forma de unión es un enfoque discutible.

Una integración de las disposiciones sobre los contratos de compraventa en un Derecho contractual general ofrece varias ventajas: permite que en el futuro actuaciones legislativas europeas relativas a otro tipo de contratos puedan construirse sobre las mismas bases que la compraventa. Esto podría, por ejemplo, ser tomado en consideración en los próximos años para algunos tipos de contratos de seguros; los “Principles of European Insurance Law”²⁸ han efectuado importantes trabajos preparatorios en este ámbito. Además, un procedimiento de este tipo introduce disposiciones especiales en el sistema del Derecho contractual. De este modo, la NCCE puede asumir parcial-

27 Al respecto: H. Schulte-Nölke/F. Zoll, “Structure and Values of the Acquis Principles: New features and their possible use for political purposes”, págs. xxiii y ss., en: Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing*.

28 Project Group “Restatement of European Insurance Contract Law” (ed.), *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Munich 2009.

mente funciones que la Comisión Europea había previsto originariamente para el Marco Común de Referencia, proyectado para mejorar la coherencia del Derecho contractual europeo. A pesar de los trabajos académicos previos, este Marco Común de Referencia “político” todavía no existe; y más que probablemente la Comisión ya no convierta este proyecto en realidad. La combinación del Derecho de compraventa y del Derecho contractual general abre una puerta al futuro y a la coherencia del Derecho contractual europeo. Debe celebrarse que se encuentre en grandes partes de la Normativa Común de Compraventa Europea. Y debe lamentarse que no se haga realidad de forma consecuente en su totalidad.

VI. *Los tipos de remedios*

En lo que a las consecuencias del incumplimiento se refiere, la NCCE regula, en los respectivos capítulos, los remedios del comprador y del vendedor (Capítulos 11 y 13), mientras los remedios del cliente y del prestador del servicio únicamente se establecen en una sección dentro del capítulo relativo a las obligaciones y remedios de las partes en contratos de servicios relacionados (parcialmente con referencia a las disposiciones sobre los remedios en la compraventa). Ante el incumplimiento, la nueva Normativa Común de Compraventa Europea reconoce cinco remedios del comprador:

- La pretensión de cumplimiento
- La suspensión del cumplimiento de su propia prestación
- La resolución del contrato (y la restitución del precio)
- La reducción del precio
- La indemnización por daños y perjuicios

Todos estos remedios corresponden al comprador (art. 106), cuando se dan los requisitos que se regulan detalladamente en las disposiciones siguientes. Con carácter general, el vendedor dispone de los mismos remedios, aunque no le corresponde el referido a la reducción del precio, pero, en cambio, sí el derecho al cobro de intereses sobre el precio cuando se cumplan determinados requisitos (art. 131 NCCE). Estas disposiciones resultan, asimismo, de aplicación a las prestaciones de servicios relativas a contratos de compraventa (art. 147).

No es posible entrar ahora en los pormenores de cada uno de estos remedios de forma individualizada (a pesar de lo importante que sería). Por lo que sólo puede resaltarse una decisión estructural y dos diferenciaciones. La

decisión estructural se refiere al ya mencionado primer elemento del catálogo de remedios del comprador: el cumplimiento. A este respecto, la NCCE no parece partir de una estricta distinción conceptual y sistemática entre cumplimiento y remedios por incumplimiento. Desde la Directiva sobre bienes de consumo²⁹, esta distinción no puede adoptarse estrictamente en lo que atañe al punto siguiente: el comprador, en caso de incumplimiento, tiene tras esta Directiva el derecho a exigir un cumplimiento posterior. El artículo 106.1 NCCE introduce este derecho expresamente en el catálogo de remedios. De ahí que el derecho del comprador, el cual se desprende de los art. 106.1 a) y 110 NCCE, sea tanto un derecho a exigir el cumplimiento como un remedio, porque el derecho a reclamar el cumplimiento es considerado como uno de estos remedios. A modo de ejemplo, esta perspectiva está claramente establecida en el artículo 110.2 NCCE: “El cumplimiento que podrá reclamarse incluye la subsanación gratuita del cumplimiento que no sea conforme con el contrato.” Esta variante también muestra la subsanación como un tipo de cumplimiento posterior integrada en un concepto general de cumplimiento.

En lo que a diferenciación en materia de remedios se refiere, es un criterio importante el hecho de si el incumplimiento es excusable o no lo es. El incumplimiento es excusable cuando se cumplen dos requisitos: primero, tiene que ser debido a un impedimento que se encuentra fuera de la esfera de control de la parte incumplidora. Segundo, no puede ser esperado, es decir, que quien incumple no podía tener en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato o, no pudiese evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias (art. 88 NCCE).

Cuando de conformidad con esta norma el incumplimiento del vendedor resulte excusable, el comprador no podrá ejercitar los siguientes remedios: la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios (artículo 106.4 NCCE). Pero sí le corresponden los demás remedios mencionados (en particular, la resolución del contrato y la reducción del precio). En el fondo, la Normativa Común de Compraventa Europea adopta con ello una diferenciación cuyos fundamentos encuentran su parecido en el, por ejemplo, nuevo Derecho de obligaciones alemán: la resolución del contrato, con independencia de que el incumplimiento sea o no culposo; la indemnización por daños y perjuicios sólo en el caso de que fuera culposo, pero unido con la suposición de que el deudor ha actuado culposamente (con la consecuencia de que el deudor debe “excusarse”, esto es, probar que ha actuado sin culpa).

29 Véase nota al pie de página n.º 10.

Queda por ver hasta qué punto los criterios para la exoneración del incumplimiento conducen, a pesar de su formulación divergente, a resultados prácticos muy parecidos a los de la presunción de la culpa. En todo caso es unánime la graduación entre la indemnización por daños y perjuicios, por un lado, y el derecho a la resolución del contrato, por otro.

Otra diferenciación importante se halla en el ámbito de aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea y se extiende también a los remedios: la diferenciación entre contratos celebrados entre comerciantes (contratos B2B), por un lado, y contratos de consumo (contratos B2C), por otro. Cuando se trata de un contrato entre dos comerciantes, el comprador encuentra un obstáculo adicional para poder hacer valer el remedio por falta de conformidad de la mercancía entregada: debe examinar la mercancía en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias y comunicar los defectos al vendedor en un plazo razonable (art. 106.2, 121.1, 122.1 NCCE). Estos deberes de examen de los bienes y de comunicación de los defectos no existen cuando el comprador es un consumidor (art. 106.3 NCCE).

Con ello, la Normativa Común de Compraventa Europea sigue una diferenciación que es habitual, de forma similar, en algunos, pero no en todos, los Estados miembros. El Derecho europeo de consumidores ya tendía en esta dirección, aunque de forma menos inequívoca. La Directiva sobre bienes de consumo³⁰ tampoco preveía deberes de examen y de comunicación a cargo del comprador, pero admitía regulaciones divergentes de los Estados miembros (art. 5.2 de la Directiva sobre bienes de consumo). La nueva Normativa Común de Compraventa Europea debía alcanzar, por tanto, una regulación unitaria y consecuente para facilitar las operaciones transfronterizas, decidiéndose por una regulación favorable a los consumidores.

VII. *La jerarquía de los remedios*

La diferenciación entre contratos celebrados entre comerciantes y contratos con consumidores afecta además a otro aspecto importante: a la jerarquía de los remedios que, para concluir, merece una consideración más detallada. Se trata de una cuestión de gran relevancia práctica: ¿Puede el comprador resolver inmediatamente el contrato y/o pedir una indemnización por los daños y perjuicios cuando los bienes entregados por el vendedor no son conformes con el contrato o cuando el vendedor incumple de otro

³⁰ Véase nota al pie de página n.º 10.

modo el contrato? ¿O, por el contrario, existe una jerarquía de los remedios, en la que la pretensión de cumplimiento tiene preferencia sobre los demás? En este caso, el comprador le debería dar al vendedor, en principio, una “segunda oportunidad” para poder cumplir con sus obligaciones (con posterioridad). Sólo cuando el vendedor no haga uso de esta posibilidad, el comprador tendrá derecho a resolver el contrato o a reclamar una indemnización por daños y perjuicios en lugar del cumplimiento.

La Directiva sobre bienes de consumo se ha decidido por esta jerarquía (art. 3 de la Directiva sobre bienes de consumo). Inicialmente, la Comisión también quería seguir este planteamiento de la Directiva relativa a los derechos de los consumidores – ahora bien, con la importante modificación de que no era el comprador, sino el vendedor, quien podía elegir el medio para cumplir sus obligaciones: o la subsanación de la falta de conformidad (es decir, la reparación de la cosa) o la sustitución del bien (es decir, la entrega de otra cosa similar).³¹ Ahora bien, esta parte de la Directiva sobre los derechos de los consumidores no ha sido aceptada por los órganos legislativos europeos y, por tanto, no está contenida en la versión final de esta Directiva.

La crítica de esta parte de la propuesta de la Comisión no se refería únicamente a la mencionada modificación en perjuicio del comprador respecto de la parte del contrato que puede decidir el medio para subsanar la falta de conformidad con el contrato. Se refería, más bien, a la intención de pasar de una “armonización de mínimos” a una “armonización máxima”.³² Las disposiciones sobre la jerarquía de los remedios contenidas en la Directiva sobre bienes de consumo sólo permiten una “armonización de mínimos”. Los legisladores nacionales pueden desviarse de estas previsiones en beneficio del consumidor cuando actúa como comprador. En virtud de ello, algunos Estados miembros han otorgado al consumidor el derecho para resolver el contrato inmediatamente en caso de falta de conformidad de los bienes, sin necesidad de ofrecer primero al vendedor la posibilidad de subsanar la falta de conformidad (en particular, el Reino Unido ha reconocido el “right to

31 Artículo 26. 2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM(2008) 614 final].

32 Véase por ejemplo: G. Howells/R. Schulze, “Overview of the Proposed Consumer Rights Directive”, págs. 3 y ss., en: G. Howells/R. Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich 2009; F. Zoll, “The remedies for Non-Performance in the Proposed Consumer Rights Directive and the Europeanisation of Private Law”, págs. 279 y ss., en: G. Howells/R. Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising ...* M. Ebers, “De la armonización mínima a la armonización plena”, en: *InDret*, 2/2010 (2010).

reject”³³). En otras palabras, de conformidad con la Directiva sobre bienes de consumo, la jerarquía de los derechos es Derecho europeo, pero el principio de la “armonización de mínimos” admite la supresión de esta jerarquía en la trasposición al Derecho nacional. En el caso de una “armonización máxima”, tal y como la preveía la propuesta de la Comisión para la Directiva sobre los derechos de los consumidores, en el Derecho nacional ya no hubiera sido posible suprimir esta jerarquía en beneficio del consumidor. Y ésta ha sido una de las razones por las que esta parte de la Directiva sobre los derechos de los consumidores proyectada originariamente, no ha entrado en vigor.

Con estos antecedentes, la Comisión tuvo que tener en cuenta ambas posibilidades para la Normativa Común de Compraventa Europea: por una parte, la jerarquía, en cuanto solución en la ponderación de los intereses del comprador y del vendedor establecido por el Derecho europeo en la Directiva sobre bienes de consumo; por otra parte, las disposiciones divergentes, favorables al comprador consumidor existentes en determinados Estados miembros. La Normativa Común de Compraventa Europea no se ha orientado hacia la jerarquía de la Directiva sobre bienes de consumo, sino hacia una modificación en favor del comprador, en la medida en que se trate de contratos celebrados con consumidores. Acorde con la elevada protección de los consumidores en algunos Estados miembros, se ha abstenido, en este sentido, de la primacía del cumplimiento posterior. Así, el art. 106.3 a) NCCE prevé que los remedios del comprador, cuando este sea un consumidor, subsistan, “sin perjuicio de la subsanación del incumplimiento por el vendedor”. Cuando el comprador sea un comerciante, el vendedor puede ofrecer, en primer lugar, la “subsanación”, corriendo los gastos generados por ésta a cargo del vendedor; conservándose, sólo con esta salvedad, los remedios del comprador (art. 106.2 a), 109 NCCE. Estas disposiciones de la propuesta de la Comisión están formuladas de forma que no son fácilmente entendibles. No obstante, se desprenden de ellas que, en contratos celebrados entre comerciantes, el vendedor tiene, en principio, la posibilidad de cumplir a posteriori (de conformidad con el modelo de la Directiva sobre bienes de consumo), mientras que en los contratos con consumidores ello no es posible (lo cual dista de lo dispuesto en la Directiva sobre bienes de consumo).

Visto en su conjunto, la nueva Normativa Común de Compraventa Europea fija con ello las consecuencias del incumplimiento de maneras muy

33 G. Howells/S. Weatherill, *Consumer Protection Law*, Aldershot 2005, págs. 191 y ss.

distintas para contratos entre comerciantes, por un lado, y contratos con consumidores, por otro. Sólo para los primeros establece la primacía del cumplimiento a posteriori sobre los otros remedios (aunque este principio fue originariamente introducido en el Derecho europeo mediante la Directiva sobre bienes de consumo para contratos de consumo). Únicamente para estos contratos entre comerciantes se requiere además la observancia de los deberes de examen de los bienes y de comunicación de los defectos para que el comprador puede invocar la falta de conformidad (art. 106.3, 121, 122 NCCE). Además, sólo en estos contratos la resolución del contrato está limitada al caso de incumplimiento “esencial” (art. 87.2, 114.1 NCCE). La Directiva sobre bienes de consumo no incluía este criterio, sino que, como pequeña barrera para la aplicación del remedio de la resolución contractual, establecía que la falta de conformidad no debía ser de “escasa importancia” (art. 3.6 Directiva sobre bienes de consumo). Frente a ello, la Normativa Común de Compraventa Europea recurre, en los contratos entre comerciantes, a la exigencia superior de un incumplimiento “esencial”, tal y como se prevé desde hace tiempo en la CISG. En este punto, la Normativa Común de Compraventa Europea propicia un acercamiento entre los principios europeos e internacionales en el Derecho de compraventa. No obstante, este acercamiento se limita a los contratos celebrados entre comerciantes, mientras que la nueva Normativa Común de Compraventa Europea se orienta hacia la norma que la Directiva sobre bienes de consumo prevé: el consumidor puede resolver el contrato, a no ser que la falta de conformidad de los bienes sea insignificante (art. 114.2 NCCE). Se tiene en cuenta que la jerarquía de los remedios y los deberes de examen de los bienes y de comunicación de los defectos (art. 106.3 b) NCCE) no son aplicables en los contratos con consumidores; se hace así evidente la manera diferente en que la NCCE determina la relación de las partes contractuales dependiendo de si el comprador es consumidor o comerciante.

La acumulación de ventajas para los consumidores les garantiza un alto nivel de protección (art. 169 TFUE). Esto puede ser un motivo para que los comerciantes duden en aplicar la nueva Normativa Común de Compraventa Europea con los consumidores. No obstante, ésto no tiene por qué significar que los comerciantes no tengan ninguna clase de interés en aplicarla. Es más, estas disposiciones sobre responsabilidad contractual a favor de los consumidores pueden suponer un instrumento para fortalecer, en algunos segmentos del mercado, la confianza de los clientes hacia los contratos transfronterizos.³⁴

34 R. Schulze, “Ein fakultatives europäisches Kaufrechtssystem – Wahlfreiheit als

VIII. *Conclusiones*

Habría que discutir otros muchos aspectos de la responsabilidad contractual en la Normativa Común de Compraventa Europea – por ejemplo, el tipo y alcance de la indemnización por daños y perjuicios (también a la vista de los daños inmateriales) (art. 159 y ss.), la relación de los remedios con un breve, pero intenso capítulo sobre la restitución (en vista de las obligaciones ya cumplidas al momento de la resolución del contrato etc.). Los artículos de la Normativa Común de Compraventa Europea sobre la responsabilidad contractual ponen nuevos acentos importantes – también respecto de la CISG – al incluir de forma explícita desarrollos modernos, como el suministro de productos digitales (abarcando, en consecuencia, contenidos extraños a los clásicos objetos de la compraventa). También habría que ocuparse de disposiciones problemáticas – como, por ejemplo, sobre la naturaleza de los intereses por retraso en el pago del precio al faltar en la regulación el requisito del vencimiento (art. 167.2 NCCE).

Para finalizar la exposición de las conclusiones de lo que antecede, se pueden resumir en cinco puntos:

(1) La Normativa Común de Compraventa Europea no sólo es mucho más voluminosa, sino también mucho más coherente que proyectos previos de la legislación europea en materia de Derecho Privado, porque surge después de un largo “recorrido” de trabajos científicos con origen en la “Comisión Lando” y de un intenso diálogo entre la Ciencia Jurídica y la Política.

(2) En esta Normativa se mantienen las tendencias que ya se habían perfilado en el desarrollo del Derecho contractual europeo en materia de responsabilidad contractual (sobre todo en la Directiva sobre bienes de consumo y en los “Acquis principles” de 2007), en particular, en relación con el uniforme supuesto de hecho del incumplimiento, el catálogo de remedios y el reconocimiento de la pretensión de cumplimiento como remedio.

(3) Pero la Normativa Común de Compraventa Europea también pone acentos nuevos que hasta la fecha no se percibían, o no se percibían con tanta claridad, en el Derecho europeo, por ejemplo, en la combinación (aunque lamentablemente sólo sea parcial) del Derecho contractual general y del Derecho de compraventa; en disposiciones especiales para la prestación de servicios que se refiera a contratos de compraventa; en la inclusión de contenidos

Alternative zur Vollharmonisierung?”, págs. 69 y ss., en: J. Hahn, *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, Frankfurt, 2012.

digitales; y en la renuncia a la primacía de la pretensión de cumplimiento posterior en los contratos con consumidores (la cual junto con la renuncia a los deberes de examen de los bienes y de comunicación de los defectos y a la necesidad de un incumplimiento esencial fortalece la posición del consumidor frente a la del vendedor).

(4) Frente a la CISG, en la Normativa Común de Compraventa Europea se muestra la evolución del derecho internacional de la compraventa con una serie de innovaciones destacables como, por ejemplo, la consideración del creciente número de contratos transfronterizos celebrados por consumidores en la regulación aplicable a los productos digitales y el comercio electrónico, así como la posibilidad de adaptación contractual cuando acontece un cambio en las circunstancias y las disposiciones específicas sobre la prestación de servicios referidos a compraventas.

(5) El proyecto de la Normativa Común de Compraventa Europea merece, por ello, en la actual fase decisiva del proceso legislativo europeo, una atención crítica por parte de científicos y profesionales del derecho, tanto dentro como fuera de Europa, para que un derecho de la compraventa moderno pueda facilitar pronto las transacciones en el mercado interior y, quizás, inspirar futuros desarrollos del Derecho contractual internacional.

NOTICIA DE LOS AUTORES

Manuel Ángel Bermejo Castrillo, Profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad Carlos III de Madrid.

Giovanni Chiodi, Profesor de Historia del Derecho Medieval y Moderno. Università degli Studi di Milano-Bicocca.

Paula Giliker, Profesora de Derecho Comparado. University of Bristol.

José María Miquel González de Audicana, Profesor emérito de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid.

Pierangelo Schiera, Profesor emérito de Historia de las Doctrinas Políticas. Università degli Studi di Trento

Reiner Schulze, Profesor de Derecho Civil alemán y europeo. Westfälische Wilhelms-Universität Münster.