

Rafael Verdera Server
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Valencia

y
Juan Antonio Fernández Campos
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Murcia

Traducción:

Atlas de Derecho Privado Comparado

con la colaboración de
Franco Ferrari y Giannaria Ajani

Francesco Galgano
coordinador



sobre el traspaso de la propiedad, pueden ser estipulados anticipadamente. El *costituito possessorio* anticipado adquiere eficacia jurídica sólo si en el momento en que el tenedor entra en posesión de la cosa, éste continúa teniendo el *animus* de ejercer el poder físico en nombre del poseedor («poseedor indirecto»). Una cosa destinada a sustituir a la enajenada no es, en el momento en que el enajenante arrendatario la comienza a poseer, automáticamente propiedad del adquirente-arrendatario. Durante un instante «lógico» pasa por el patrimonio (la propiedad) del enajenante. En particular, esta cuestión tiene relevancia si el enajenante lleva a cabo sus negocios en un local arrendado: un eventual privilegio del arrendador del local por las deudas nacidas de esa relación (§ 559 BGB, *cf.* art. 2764 c.c. italiano) se excluye, por efecto de aquel traspaso transitorio, también a los bienes muebles enajenados.

El último modo de transmisión de la propiedad mencionado en el § 931 BGB consiste en el acuerdo acerca de la transmisión (abstracción), mas, como subrogado de la entrega, la cesión de la acción reivindicatoria, § 985 BGB (*cf.* art. 948 c.c. italiano). También aquí, en la hipótesis de que la cosa a enajenar se encuentre en posesión de un tercero (por ejemplo, un arrendatario) la ley privilegia la sencillez y la rapidez de la circulación de los bienes (transmisión del arrendador-enajenante al tercero-adquiriente) a una transacción compleja como sería la resolución de la relación entre enajenante y tercero, restitución al enajenante y sucesiva entrega al adquirente.

7. *Publicidad para los bienes inmuebles*

El principio de tradición para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble se justifica por exigencias generales por cuanto el traspaso de la posesión convierte la situación jurídica en notoria. Se presume propiedad quien ejerce visiblemente el poder físico sobre la cosa, § 1006 BGB. En la hipótesis de la transmisión de la propiedad de un inmueble, las exigencias de publicidad son satisfechas de modo diverso: el contrato con efectos solamente reales (= negocio abstracto), equivalente al acuerdo del § 929 BGB, es redactado en forma pública, y en lugar de la entrega la ley requiere la inscripción en el registro inmobiliario, §§ 873, 925 BGB. Como en el supuesto de cosa mueble (§ 1006), la apariencia creada por la inscripción tiene efectos sustanciales, §§ 891-893 BGB. Por lo demás, dada la particularidad de la enajenación de un inmueble, el legislador prevé la forma pública también para el contrato (obligatorio) de compra-venta, §§ 433, 313 BGB.

TABLA 10

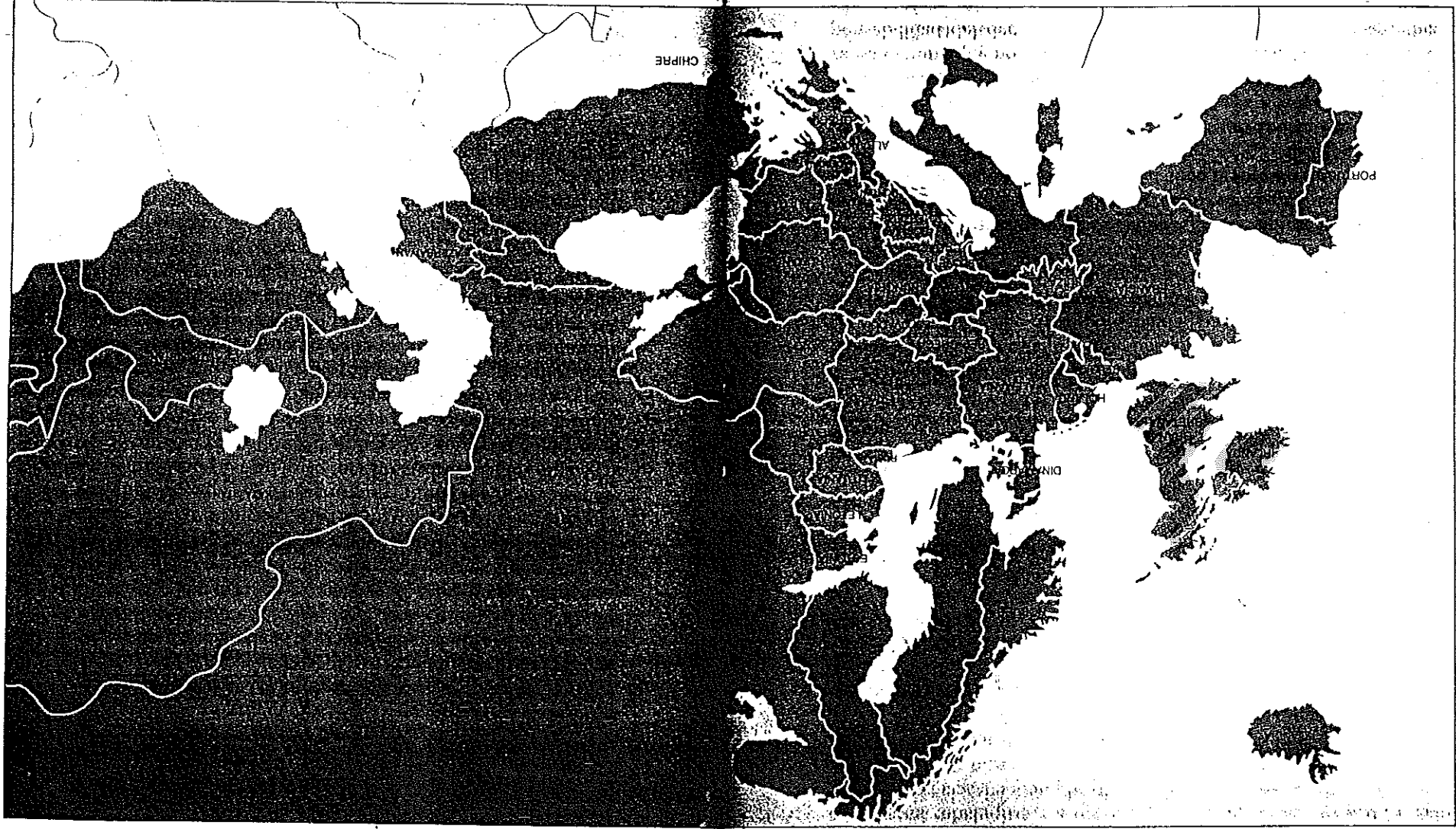
LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

I. EL MODELO FRANCÉS Y SUS DESARROLLOS
por Francesco Galgano

1. *La responsabilidad por incumplimiento en el code Napoléon*

El iusnaturalismo había proclamado el principio «ninguna responsabilidad sin culpa», y este principio había sido concebido de modo unitario para cualquier tipo de responsabilidad, es decir, tanto por ilícito civil como por incumplimiento contractual.

El *code Napoléon* dictó normas que sólo parcialmente eran coherentes con este principio: parecía coherente el art. 1137: «la obligación de custodiar la cosa [...] implica también la de emplear la diligencia del buen padre de familia»; con ello parecía basar el incumplimiento en la negligencia y, por consiguiente, en la culpa. Pero otras normas, de alcance más general, expresaban una orientación distinta, inspirada en una concepción objetiva, y no subjetiva, de la responsabilidad contractual: el art. 1147 establecía que el deudor estaba obligado a la indemnización de daños «siempre que no pruebe que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no pueda serle imputada»; el art. 1148 excluía la responsabilidad «siempre que el deudor si la ejecución de la prestación se debía a «fuerza mayor o caso fortuito»; el art. 1302, relativo a la pérdida de la cosa determinada, objeto de una obligación de dar, excluía la responsabilidad si la cosa se perdía «sin culpa del deudor», pero añadía: «el deudor está obligado a probar el caso fortuito que aduce», con lo que daba a entender que el deudor sólo podía conseguir su liberación ofreciendo la prueba del caso fortuito, no la de su ausencia de culpa, o sea, de su propia conducta diligente.



La responsabilidad por incumplimiento contractual (Europa): tabla 10.

En color azul aparecen los países en los cuales incumbe al deudor, para exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento, la doble carga de probar: a) la imposibilidad sobrevenida de la prestación; b) la específica causa, a él no imputable, que ha hecho imposible la prestación.

En color gris aparecen los países en los cuales la carga de la prueba se reparte así: a) corresponde al acreedor que prueba la condena al deudor por incumplimiento, la carga de probar la imposibilidad sobrevenida de la prestación; b) corresponde al deudor la carga de probar la específica causa, a él no imputable, que ha hecho imposible la prestación.

Las franjas corresponden a los países en los cuales la carga de la prueba se reparte, pero en modo diverso: a) corresponde al deudor la carga de probar la imposibilidad sobrevenida de la prestación; b) corresponde al acreedor la carga de probar

Si se desconocen las causas que han hecho imposible la prestación, éstas corren a cargo del deudor en las dos primeras y a cargo del acreedor en la tercera.

Desde un principio, la doctrina francesa consolidó una lectura de esas normas que trataba de relacionarlas con el mencionado principio iusnaturalista. El fundamento de la responsabilidad según la culpa; pero se debía admitir que el deudor no podía liberarse de responsabilidad probando su propia diligencia, o sea, la ausencia de culpa. Se dijo entonces que el art. 1147 introducía una presunción de culpa, limitándose a invertir la carga de la prueba, de modo que la culpa continuaba siendo el fundamento de la responsabilidad contractual (Lauren, Baudry-Lacantinerie, y más tarde Planiol). También se tuvo que admitir que el deudor, para liberarse, en primer lugar, debía probar la «causa» que le había impedido cumplir y debía, en segundo lugar, demostrar que era una causa «extraña», no imputable al deudor. Los conceptos de «causa extraña», «caso fortuito», «fuerza mayor», fueron considerados equivalentes entre sí; de modo que era preciso admitir que el deudor podía liberarse probando el caso fortuito, y no la ausencia de culpa. Pero ni siquiera ello impidió la calificación de la culpa como fundamento de la responsabilidad: se dijo que el deudor, con la prueba del caso fortuito, demostraba su propia *absence de faute* (Esmein, Tunc).

En cambio, otros autores han acabado por admitir que, en materia contractual, el *code Napoléon* no acoge el principio de la responsabilidad por culpa sino la responsabilidad objetiva, de la que el deudor sólo puede liberarse con la prueba del caso fortuito, que no excluye la culpa, que es irrelevante, sino la relación de causalidad entre su comportamiento y el incumplimiento (Josserand, Maron).

A la vez, para coordinar los arts. 1137 y 1147 entre sí, se utilizaba la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado (Demogue, Mazeaud, Savatier, Carbonnier, Ripert): el primer precepto se refiere a las obligaciones de medios, en las que la diligencia es modalidad de la prestación; por ello, el acreedor, que tiene la carga de probar el incumplimiento, debe probar la culpa del deudor (Cass. civ., 23 junio 1936; Cass. civ., 16 enero 1962). El segundo artículo alude a las obligaciones de resultado para las cuales, según las diversas doctrinas, o una presunción de culpa o una responsabilidad objetiva. La antigua idea de la culpa como fundamento de la responsabilidad también resurge bajo otra perspectiva: la obligación de medios es considerada la regla, la de resultado la excepción (Mazeaud); y así la doctrina francesa confirma uno de sus tradicionales postulados, el del fundamento unitario de la responsabilidad, sea contractual o extracontractual, en todo caso basada, en principio, en la culpa (la *faute* es contractual o extracontractual).

2. Los desarrollos en otros países

Durante el siglo XIX los códigos de otros países recogieron normas paralelas a las del *code Napoléon*, ocasionando en las respectivas doctrinas las mismas discusiones. En Italia la dirección objetivista, propugnada por una doctrina minoritaria (Osti) durante la vigencia del código civil de 1865, se convirtió en criterio legislativo con el código civil de 1942. En España las afirmaciones de principio de la doctrina y de la jurisprudencia continuaban basando la responsabilidad del deudor en la culpa, pero en la solución de los casos concretos se llega a conclusiones conformes con una concepción objetiva, como cuando se afirma que, si se ignoran las causas que han hecho imposible la prestación, se imputan al deudor (Tribunal Supremo, 30 junio 1952); y la doctrina más moderna reconstruye el sistema normativo del código civil español, basado en los arts. 1101, 1104, 1105 y 1182 ss., reconociendo su adhesión a la concepción objetiva de la responsabilidad contractual (Jordano Fraga).

El sistema del código civil italiano de 1942 se fundamenta en la norma del art. 1218: «el deudor que no ejecute exactamente la prestación está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retraso ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de una causa a él no imputable». Esta norma se debe relacionar con la del art. 1256: «la obligación se extingue cuando, por causa no imputable al deudor, la prestación deviene imposible». El favor *creditoris* es, pues, evidente; el acreedor puede pretender del deudor la indemnización de daños por incumplimiento con base en el solo hecho, objetivo, de la inexecución o inexacta ejecución de la prestación. En cambio, el deudor sólo puede liberarse de responsabilidad probando que la obligación se ha extinguido por imposibilidad sobrevenida de la prestación debida a causa a él no imputable, o sea ofreciendo una doble prueba:

- 1) debe probar que la prestación debida ha devenido imposible; y la imposibilidad de la prestación que libera al deudor debe ser una imposibilidad objetiva, no subjetiva; imposibilidad de la prestación en sí, que la hace inexecutable para cualquier deudor, no imposibilidad de ejecución para ese concreto deudor;
- 2) una vez probada la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el deudor todavía no queda liberado, pues debe posteriormente probar que la imposibilidad sobrevenida de la prestación se ha producido por una causa que no le es imputable, y por «causa no imputable» se entiende, en general, todo evento que no sea previsible y evitable por

el deudor o, si éste se ha valido en el cumplimiento de la actuación de terceros, que no fuera previsible y evitable por parte de sus auxiliares (art. 1228).

El evento imprevisible e inevitable, que el deudor debe probar para obtener su liberación, es el caso fortuito, que corresponde al concepto común de «fuerza mayor», o la fuerza mayor, que indica una fuerza a la que no se puede resistir: una fuerza de la naturaleza o una fuerza humana, como el «acto de tercero» o el acto del propio acreedor o, en fin, la disposición de los poderes públicos (el llamado *factum principis*).

En este ámbito se contraponen interpretaciones llamadas objetivistas,

fieles a la letra del art. 1218, e interpretaciones subjetivistas, que se basan en la norma del art. 1176, el cual impone al deudor la ejecución de la prestación con la diligencia del buen padre de familia. Estas doctrinas subjetivistas no conciben el incumplimiento sino como incumplimiento culposo y, en homenaje a la tradición, consideran que el fundamento de la responsabilidad no puede ser sino la culpa del deudor (Ciorghianu, Bianca, Naroji, Di Majo). Pero las diferencias son, especialmente en la jurisprudencia, menos amplias de lo que puede parecer. Cuando se afirma, como a menudo también afirma la jurisprudencia, que el art. 1218 solamente introduce una «presunción de culpa» del deudor, se enuncia una premisa que sólo excepcionalmente se lleva a su lógica consecuencia: que el deudor pueda vencer esta presunción probando su diligencia, es, la ausencia de culpa; en la mayor parte de las ocasiones se considera que dicha prueba no es idónea para liberar al deudor, al cual se exige la prueba de la específica causa, extraña a su esfera de control, que ha impedido el cumplimiento. De manera que el concepto de presunción de culpa no se usa aquí en el sentido técnico de la expresión: acaba por no ser otra cosa que un homenaje, puramente nominal, al antiguo dogma según el cual no puede haber responsabilidad sin culpa (Franzoni, Cabella Pisu).

Para comprender el sentido y el alcance del art. 1218 es preciso referirse a las diversas clases de prestaciones:

a) Prestaciones de dar que tengan por objeto una cosa genérica. En estos casos el deudor siempre será responsable de la falta de ejecución de la prestación; nunca podrá alegar, para exonerarse, la imposibilidad sobrevvenida de la prestación debida. La jurisprudencia es constante: según Cass, 16 marzo 1987, n. 2691, «la imposibilidad que, conforme al art. 1256, extingue la obligación debe entenderse en sentido absoluto y objetivo y consiste en la superveniente de una causa, no imputable al deudor, que impide definitivamente el cumplimiento; lo cual,

según el principio *genus nunquam perit*, sólo puede evidentemente verificarse cuando la prestación tenga por objeto la entrega de una cosa determinada o de un género limitado, y no cuando se trata de una suma de dinero». Aquí rige el principio por el cual la *difficultas prestandi* es irrelevante (Cass, 14 abril 1975, n. 1409).

En estos supuestos ni siquiera se toma en consideración el problema de la causa imputable. No se admite que el deudor pruebe que el hecho no le era previsible o evitable: la prueba de la no imputabilidad sólo se admite respecto a las causas que han determinado una imposibilidad objetiva, y en estos supuestos la prestación, al tener por objeto un género, nunca es objetivamente imposible.

b) Prestaciones de dar que tengan por objeto una cosa específica. En estas hipótesis la prestación puede devenir objetivamente imposible y el deudor puede conseguir su liberación; pero no se liberará probando el cumplimiento de la obligación de custodia (ex art. 1177) con la diligencia del buen padre de familia, o sea invocando el art. 1176. Para conseguir ese fin debe probar que la prestación ha devenido imposible por causa que no le es imputable; ante todo, debe identificar la causa de la imposibilidad, por lo que se le imputan las llamadas causas ignoras. Debe, pues, probar que la causa constada no era previsible ni evitable por el o sus dependientes.

c) Prestaciones de hacer consistentes en prestaciones de medios. En estas prestaciones, y sólo en éstas, el parámetro para calibrar si el deudor cumple o incumple puede ser el ofrecido por el art. 1176 (Betti, Visintini). Aquí el fundamento de la responsabilidad puede ser efectiva-inerte la culpa, entendida como falta de diligencia, pericia, prudencia, debida; y la carga de probar la culpa del deudor, o sea su incumplimiento, incumbe al acreedor.

Pero también la prestación de medios puede devenir objetivamente imposible: el abogado no se presenta a la audiencia de confirmación de un desahucio porque un atasco en la carretera le ha impedido llegar al palacio de justicia. ¿Puede, para liberarse de responsabilidad respecto al cliente, que ha sufrido la confirmación del desahucio, invocar la imposibilidad de la prestación? La respuesta negativa deriva de la consideración que el hecho impeditivo de la prestación no era enteramente imprevisible e inevitable (Pret. Taranto, 14 mayo 1986).

d) Prestaciones de hacer consistentes en obtener un resultado: son los casos de la prestación del contratista o *appaltatore*, del transportista,

En materia de *appalto* el comitente sólo debe probar la existencia de vicios o de defectos de la obra, o sea el hecho objetivo de la falta de realización del resultado, que por sí sólo integra los extremos del incumplimiento. Y el contratista no se libera de responsabilidad probando que el resultado no se ha conseguido a pesar de haber respetado todas las reglas de diligencia y pericia: debe indicar la causa específica del vicio o del defecto, ajena a su empresa, como la conducta del comitente que le ha suministrado un proyecto con errores no reconocibles, o como el *factum* principal.

Un razonamiento semejante es aplicable al depósito y al transporte: el deudor no se libera de responsabilidad con la prueba de que la pérdida, la destrucción o la sustracción de la cosa que le ha sido confiada ha ocurrido a pesar de haber empleado la diligencia del buen padre de familia, sino probando el hecho que ha provocado el evento que, además, no le es imputable.

Ne falian, incluso recientemente, sentencias que parecen inspirarse en una orientación opuesta, en las que el cumplimiento del depositario o del transportista se valora con el criterio de la diligencia del art. 1176. Pero se trata, en realidad, de adhesiones simplemente nominales a las teorías subjetivistas de la responsabilidad por incumplimiento: la *Cassazione*, si alude a la «diligencia debida en el cumplimiento del deber de custodia», precisa sin embargo que este deber «puede consistir en modo diverso según el régimen de ganancias del negocio»: ello equivale a decir que la unidad de la contraprestación pactada es la medida de la obligación asumida. Añade que no se puede dar relevancia a «medidas ulteriores que, aunque imaginables para prevenir el evento, exceden de dicho deber»; lo cual significa que la imposibilidad que libera es aquella relativa a la específica prestación de custodia que, atendida la contraprestación contractual, debe considerarse deducida del contrato.

Las sentencias que distinguen entre hurto, que no exige de responsabilidad, y robo, que sí exige, no están necesariamente en contradicción con las que extienden la responsabilidad también al caso de robo (Cass., 16 diciembre 1986, n. 7532, de donde proceden las palabras antes mencionadas). Una cosa es el pequeño empresario, del cual no se puede pretender la predisposición de una organización con instrumentos suficientes para prevenir el riesgo de robos; y otra es la empresa de transportes para prevenir el riesgo de robos; a la cual son exigibles dichos instrumentos. Entonces el problema es la interpretación del contrato que genera la obligación: conforme a la buena fe, no se puede considerar que el pequeño empresario

está obligado a hacer frente al robo; mas esa posibilidad, de acuerdo con la buena fe, sí puede entenderse respecto a la gran empresa. En suma, el robo hace imposible la prestación del pequeño depositario o del pequeño transportista; da lugar, en cambio, a incumplimiento del gran depositario o del gran transportista. Con ello el juicio de responsabilidad se revela siempre determinado por la aplicación del art. 1218, sin necesidad de recurrir a la diligencia del art. 1176. También bajo este aspecto, aparte del aspecto antes señalado, la contraposición entre teorías objetivistas y teorías subjetivistas de la responsabilidad contractual se revela más nominal que sustancial.

El código civil holandés sigue siendo reconducible al modelo francés. El art. 74 párr. 1º del libro tercero establece: «la falta de cumplimiento obliga al deudor a indemnizar el daño sufrido por el acreedor, salvo que el incumplimiento no sea imputable al deudor». Hay, a primera vista, una diferencia respecto al art. 1218 del código civil italiano: la «no imputabilidad» se refiere directamente al incumplimiento, en lugar de a la causa que ha hecho imposible la prestación. Parece faltar ese paso intermedio, no es la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Pero el segundo párrafo de ese art. 74 hace referencia a la hipótesis en que la prestación «no sea imposible de modo permanente»; y eso revela cómo el primer párrafo alude, implícitamente, a la imposibilidad definitiva de la prestación y, por tanto, cómo el juicio de no imputabilidad debe ser referido —de forma no distinta al del sistema italiano— a la causa que ha hecho imposible la prestación.

El siguiente art. 75 regula el juicio de no imputabilidad: «la falta de cumplimiento no es imputable al deudor, si no deriva de culpa o si no le puede ser atribuida por ley o por acto jurídico o por opinión común». Se está, pues, en presencia de una cláusula mucho más general: la culpa es mencionada, pero sólo como una entre las posibles causas de responsabilidad, que puede ser referida al deudor con base en otros títulos. La imputabilidad del incumplimiento puede basarse en la ley (y derivar, por ejemplo, de las normas reguladoras de cada contrato, que configuran la obligación como de medios o de resultado), o en las cláusulas del contrato del que nace la obligación o, en fin, en la «opinión común», conforme a la cual se valore cuál es, en relación con las circunstancias, el alcance de la obligación exigible al deudor. La casuística italiana antes señalada —y en particular el último caso examinado— ofrece al respecto ejemplos esclarecedores.

II. EL MODELO ALEMÁN
por Daniela Alemán

1. El sistema de las «perturbaciones del cumplimiento»

El análisis de la responsabilidad contractual en el ordenamiento jurídico alemán ha de tener como punto fundamental de partida la consideración del sistema de las *Leistungstörungen*, es decir, de aquellos eventos que obstaculizan la exacta ejecución de la prestación e impiden al acreedor obtener su pretensión. En cuanto reconducibles a un hecho del deudor, las llamadas perturbaciones del cumplimiento pueden dar lugar a un juicio de responsabilidad y obligar al deudor al resarcimiento del daño.

Como «perturbaciones del cumplimiento» se califican, de un lado, las hipótesis, tomadas en consideración por el BGB, de la imposibilidad sobrevvenida (*Unmöglichkeitwerden*) de la prestación (§§ 275-283 y 323-325 BGB) y de la mora (*Verzug*) del deudor (§§ 284-289 y 326 BGB), y de otro lado, las vicisitudes no expresamente disciplinadas por el BGB y calificadas por los intérpretes como «violaciones positivas del contrato» (*positive Vertragsverletzungen*) (la definición tiene su origen en Staub;

Con esta última definición se alude tanto al cumplimiento inexacto (*Schlechtleistung*) como el incumplimiento de los llamados deberes accesorios (*Vertretung von Nebenpflichten*). Entre estos deberes accesorios a la obligación principal, cuyo incumplimiento es calificado en términos de «violación positiva del contrato», pueden recordarse, por ejemplo, el deber de protección, entendido como obligación de comportarse en el desarrollo de la relación obligatoria de manera que no se ocasione perjuicio a la persona y a los bienes del otro contratante, o los deberes de información y de aclaración.

En el sistema alemán de la responsabilidad contractual un elemento característico y distintivo es la falta de una noción unitaria de incumplimiento. De ello se deduce que el jurista debe constantemente enfrentarse con esta fragmentación de los supuestos de hecho en la aplicación de una normativa, como la de los §§ 275 ss. BGB, directamente elaborada sobre el modelo de una sola de las posibles «perturbaciones», la de la imposibilidad sobrevvenida de la prestación (la introducción de un supuesto unitario de incumplimiento fue una de las propuestas centrales avanzadas por la doctrina alemana al inicio de los años ochenta en su discusión acerca de un proyecto de reforma del derecho de las obligaciones).

La imposibilidad sobrevvenida de la prestación es regulada por el BGB en diversas normas: el § 275 trata de la imposibilidad por causas no imputables al deudor (*nicht zu vertretende Unmöglichkeit*); en cambio, el § 280 prevé la imposibilidad por hecho del deudor y establece la correspondiente responsabilidad (*Haftung bei zu vertretender Unmöglichkeit*); en fin los §§ 323-325 reglamentan las consecuencias de la imposibilidad en los contratos sinagmáticos.

Generalmente la imposibilidad se entiende en sentido objetivo; existe cuando la prestación resulta inexecutable por parte de cualquier sujeto. Y ello puede depender de causas físicas (por ejemplo: destrucción de la cosa a entregar), de impedimentos legales (por ejemplo: prohibición de entrada en un determinado lugar en los contratos de viaje), de la necesidad de emplear medios que por su carácter extraordinario e impracticables no pueden ser tomados en consideración (ejemplo de libro: búsqueda de un anillo perdido en el fondo del mar).

Según una difundida orientación doctrinal y jurisprudencial, a la imposibilidad (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*). Se trata del caso en que la prestación todavía es posible en sí, pero a su ejecución se oponen tales dificultades que aquella no puede ser razonablemente pretendida, ya que superaría el «límite de sacrificio» exigible del deudor conforme a la buena fe. Iniciadas tras el primer conflicto mundial (cfr. Stoll, Brecht), la orientación ha perdido sin embargo su original importancia entre los intérpretes, que, para el tratamiento jurídico de esta clase de excesiva onerosidad sobrevvenida de la prestación, prefieren más bien el recurso a las reglas sobre la «pérdida del fundamento negocial» (*Fortfall der objektiven Geschäftsgrundlage*) (Larenz, Locher).

A la imposibilidad (sobrevvenida) objetiva el BGB equipara la imposibilidad (sobrevvenida) subjetiva del deudor de ejecutar la prestación (Unvermögen) (§ 275 párr. 2º). Una situación de Unvermögen puede darse cuando, incluso no siendo la prestación imposible por sí ya que podría ser ejecutada por otro sujeto, aquel particular deudor ya no se encuentra en grado de efectuarla. También en este caso la imposibilidad puede derivar de causas materiales o de impedimentos jurídicos (sobre la relevancia de la imposibilidad subjetiva de la prestación en el derecho alemán, cfr. ampliamente Mengoni).

2. La imposibilidad sobrevvenida de la prestación

Por otra parte, la imposibilidad objetiva y subjetiva tienen un tratamiento jurídico diverso en caso de que sean originarias: sólo la imposibilidad objetiva originaria de la prestación hace nulo el contrato (§ 306 BGB), mientras la imposibilidad subjetiva, si es originaria, no libera al deudor. Además, una diferencia relevante de régimen jurídico entre los dos tipos de imposibilidad afecta a las obligaciones que tiene por objeto una prestación de cosa genérica. En este caso la imposibilidad subjetiva, aun cuando sea sobrevenida y no imputable, no libera al deudor. En efecto, el § 279 BGB (*Unvermögen bei Gattungsschuld*) establece que el deudor no se libera por su situación de impotencia, incluso no imputable, en tanto la prestación del género de cosas expresado en la obligación resulta posible de cualquier modo.

3. *La imposibilidad por causa no imputable al deudor*

La imposibilidad sobrevenida de la prestación, objetiva o subjetiva, debida a causa no imputable al deudor o mejor, como establece el § 275 BGB, a causa de las cuales no debe responder, libera al deudor. El acreedor ya no puede exigir la prestación y, por tanto, soporta el riesgo de la imposibilidad sobrevenida.

La regla encuentra su correspondiente aplicación en los contratos sinalagmáticos. En esta clase de contratos el contratante que se libera de la obligación por imposibilidad sobrevenida también pierde el derecho a la contraprestación (§ 323 BGB), según un principio que refleja la lógica del sinalagma. Por su parte, la parte acreedora de la prestación debe nada imposible se libera *ipso iure* de su propio deber, sin que sea necesaria una declaración de desistimiento. La imposibilidad sobrevenida de la prestación debida a causa no imputable al deudor tiene, pues, como consecuencia, la resolución del contrato con prestaciones recíprocas. También puede suceder que la prestación haya devenido imposible por un hecho del acreedor. Desde el punto de vista del derecho de obligaciones se mantiene la regla del § 275 BGB y con ella el efecto liberatorio para el deudor, ya que de cualquier modo se trata de una causa de imposibilidad no imputable a éste. En los contratos sinalagmáticos, sin embargo, este reunion de las diversas causas de imposibilidad en una única categoría sería discutible. La aplicación de la regla descrita, de la pérdida del derecho a la contraprestación respecto al contratante cuya prestación ha devenido imposible (§ 323 BGB), produciría de hecho consecuencias inicuas en el caso en que la imposibilidad fuera causada

por un hecho de la otra parte. En efecto, ésta se liberaría del deber de cumplir su propia obligación y del vínculo contractual, incluso habiendo provocado la imposibilidad de la prestación de la contraparte, frustrando así toda la relación contractual.

Precisamente la necesidad de aislar y distinguir el tratamiento jurídico de la imposibilidad sobrevenida por hecho del acreedor en los contratos con obligaciones sinalagmáticas, está en la base de la norma dictada por el § 324 BGB (*Vom Gläubiger zu vertretendes Unmöglichkeitwerden*). Se establece que si la prestación de una parte se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que la otra parte debe responder, la parte que no puede cumplir conserva el derecho a la contraprestación, teniendo en cuenta «cuánto ha ahorrado en virtud de la liberación de la prestación, o cuánto ha obtenido, o dolosamente dejado de obtener, por el diverso empleo de la propia capacidad de trabajo». Por tanto, el código civil alemán excluye, con una norma expresa, la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida de la prestación, en caso de que se deba a un hecho del otro contratante, acreedor de esa prestación (en el código civil italiano, por ejemplo, falta una solución normativa correspondiente a la alemana: sobre este particular cfr. Santoro, *Chessa*).

4. *La responsabilidad del deudor*

Si la prestación se hace imposible «por un hecho del cual el deudor está obligado a responder», el deudor incurre en responsabilidad y debe resarcir al acreedor el daño por incumplimiento de la obligación (§ 280 BGB).

El punto central del análisis en torno a la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones se sitúa, consecuentemente, en la individualización de los hechos por los que el deudor está obligado a responder, es decir, de las circunstancias de las que *der Schuldner zu vertreten hat*. Las correspondientes normas se contienen en los §§ 276-278 BGB, que establecen los criterios de imputabilidad del incumplimiento. Aunque están incluidas entre las normas sobre imposibilidad sobrevenida de la prestación, es opinión generalizada que dichas normas ofrecen criterios para un juicio sobre la imputabilidad al deudor en cualquier hipótesis de perturbación del cumplimiento y, por tanto, se aplican también al retraso en el cumplimiento y a las violaciones positivas del contrato (en el significado sintéticamente apuntado en el n. 1).

adoptados por otros legisladores. La afirmación de esta tendencia más moderna del derecho de obligaciones ha empujado a los intérpretes a la búsqueda de una justificación teórica satisfactoria. Aquí me limito a aludir en particular a la elaboración del concepto de «deber de garantía» (Garantiepflicht) del deudor, entendido como una clase de deber de garantía y de salvaguardia no tanto de un efectivo resultado satisfactorio, evidentemente objeto principal de la pretensión acreedora, como de la condición de eficiencia y de buen rendimiento del deudor en la medida deducida en la obligación (sobre la cuestión, cfr. Larenz).

5. La distribución de la carga de la prueba

El acreedor que no obtiene el cumplimiento de la prestación porque se ha hecho imposible a causa de una circunstancia imputable al deudor o porque de cualquier modo se han verificado «perturbaciones» reconducibles a esta parte, puede reclamar la indemnización de daños conforme al § 280 BGB.

En los contratos con prestaciones singulares a este derecho a la indemnización del daño se añaden los otros posibles remedios que tienen al contratante acreedor. Este puede alternativamente: 1) accionar por la indemnización del daño (§§ 280 y 325 BGB); 2) accionar por el cumplimiento (salvo que la imposibilidad de la prestación no se haya constatado definitivamente, en cuyo caso resultaría evidente la inadmisibilidad de una condena a una prestación imposible); 3) resolver el contrato (la resolución del contrato es, por tanto, a diferencia de otros ordenamientos, como el ordenamiento italiano, una posibilidad alternativa respecto a la indemnización del daño; sobre la alternativa resolución-indemnización del daño sancionada por el § 325 BGB, cfr. ampliamente Larenz); 4) hacer valer los derechos que le correspondieran en el supuesto de imposibilidad no imputable al deudor, es decir, conforme al § 323, preterir cuando el deudor eventualmente haya recibido del tercero a título de resarcimiento por la pérdida de la cosa prometida u obtener la cesión del crédito correspondiente.

La plena comprensión del complejo sistema de remedios concedidos al acreedor en caso de incumplimiento, y con ello, más en general, de la disciplina de la responsabilidad contractual, sólo se alcanza con el estudio de las reglas en materia de distribución de la carga de la prueba, a las que el legislador alemán ha dedicado particular atención.

El § 276 BGB (Haftung für eigenes Verschulden) establece que, «salvo que la ley o el contrato prevean otra cosa, el deudor está obligado a responder por dolo y por culpa». Por lo tanto, la responsabilidad por incumplimiento surge de un juicio de culpabilidad referido al comportamiento del deudor, al cual se imputa no haber actuado en aquella determinada situación en el modo en que habría debido y podido actuar si hubiera usado la normal diligencia y atención.

El principio de la responsabilidad por culpa (Verschuldensgrundsatz), codificado en el § 276, es expresión de la tradición romanística y conviene, en el ordenamiento jurídico alemán, con una tendencia inversa a la objetivación de la responsabilidad del deudor. Indicios en este sentido provienen no sólo de las reglas de responsabilidad elaboradas para determinados tipos contractuales (es el caso, por ejemplo, del contrato de trabajo subordinado, en el cual la jurisprudencia extiende la responsabilidad del empresario más allá de los límites del § 276 con base en la buena fe y en el correspondiente § 242; BAG, 9 noviembre 1967; BAG, 10 junio 1969), sino también de las normas generales sobre las obligaciones, que en determinados casos establecen la responsabilidad del deudor incluso a falta de dolo o de culpa.

Así, en primer lugar, el § 278 BGB (Verschulden des Erfüllungshilfen) establece que el deudor responde en todo caso del hecho doloso o culposo de sus auxiliares. Igualmente, el ya mencionado § 279 (Unvermögen bei Gattungsschuld) excluye la liberación del deudor en caso de imposibilidad subjetiva de la prestación que tenga como objeto una cosa genérica, aunque dependa de causa no imputable al deudor, a falta, pues, de un comportamiento negligente. Ya que la prestación del género siempre resulta posible, en este tipo de obligaciones el deudor soporta el riesgo de su situación de «impotencia», al menos hasta que la especificación en el género o la mora del acreedor (§ 300 BGB) no transformen ese riesgo a éste último. Por último, un agravamiento de la responsabilidad por incumplimiento se produce como consecuencia de la constitución en mora del deudor desde dicho momento el deudor es responsable incluso en caso de imposibilidad de la prestación debida a caso fortuito, como expresamente sanciona el § 287 BGB (durch Zufall ein-tretende Unmöglichkeit).

De las reglas mencionadas se deduce que el deudor también responde por hechos y circunstancias distintos a su comportamiento culposo, junto a la tradicional forma de responsabilidad por culpa proclamada por el § 276 BGB, se afirma una responsabilidad objetiva del deudor, que acerca el ordenamiento jurídico alemán a los criterios

ceres encontrados respecto a su posibilidad de aplicación también a las perturbaciones calificables como «violaciones positivas del contrato». Una parte de la doctrina le atribuye alcance general y, en consecuencia, considera que también en estas hipótesis incumbe al acreedor probar que se ha producido una violación positiva del contrato, es decir, el cumplimiento inexacto o el incumplimiento de los llamados deberes accesorios, mientras por su parte el deudor debe demostrar que dicha violación no le es imputable (así Raape; para observaciones críticas cfr., en cambio, Proß, Larenz).

En el reparto de la carga de la prueba en las positive Vertragserletzungen, la jurisprudencia, que también ha acogido con mucha prudenencia y sólo para determinados tipos contractuales la aplicación directa del § 282 BGB (en particular, con referencia a las violaciones positivas producidas en los contratos de arrendamiento o de obra: BGH, 5 julio 1973; BGH, 31 mayo 1978; BGH, 7 julio 1980), se ha valido del criterio de la llamada «área de riesgo» (Gefahrenbereich). Se entiende por dicha área aquel ámbito definido y reconocible de dominio y de organización del sujeto, respecto al que sólo este individuo asume la correspondiente responsabilidad. Según dicho criterio, la carga de la prueba de la no imputabilidad de la violación positiva incumbe al deudor, en correspondencia con cuanto establece el § 282 para la imposibilidad sobrevenida, cuando el evento lesivo proviene del «área de riesgo» del propio deudor (para una referencia de los pronunciamientos más significativos sobre la materia vid. BGH, 18 diciembre 1990; cfr. Baumgärtel).

La aplicación del § 282 está rodeada de límites y excepciones respecto a las perturbaciones de las prestaciones de medios. En particular, la distribución de la carga de la prueba sigue criterios especiales en el caso de la responsabilidad de los médicos y de los centros hospitalarios. En este caso la jurisprudencia ha elaborado una distinción entre el núcleo central de la prestación sanitaria, respecto al cual se aplica la regla del § 282 BGB en virtud de la naturaleza particular de la propia prestación, y las actividades colaterales inherentes al ejercicio de la empresa sanitaria comprendidas en la esfera de dominio y control (la llamada esfera de riesgo) del centro hospitalario y del personal sanitario que allí opera, para las cuales, en cambio, la carga probatoria se distribuye según el criterio general establecido por el § 282. Conforme a esta interpretación jurisprudencial, en el primer tipo de prestaciones sanitarias, esto es, aquellas que constituyen el núcleo central de la actividad del profesional, «el médico no se obliga a obtener la curación del paciente sino más bien al esfuerzo diligente de cuidado y de asistencia

En el sistema del BGB el juicio de responsabilidad del deudor se articula acreditando dos presupuestos: a) la existencia de una Leistungsstörung, en forma de imposibilidad de la prestación, sea objetiva (Ummöglichkeit), sea subjetiva (Unvermögen), de violación positiva del contrato (positive Vertragserletzung), o de retraso (Verzug); b) la imputabilidad al deudor de la causa que ha determinado la imposibilidad, o, más en general, la perturbación.

Por cuanto respecta a la primera fase del juicio, opera el principio general según el cual la carga de la prueba de la imposibilidad incumbe a quien hace valer derechos derivados de la misma: es decir, recae sobre el acreedor, si éste acciona directamente por la indemnización de los daños por incumplimiento ex § 280 BGB, o bien sobre el deudor, si éste es demandado por el incumplimiento y opone la imposibilidad de la prestación requerida. En cambio, con referencia a la segunda fase del juicio, que versa sobre la acreditación de la causa de la imposibilidad y de su imputabilidad al deudor, el BGB dice una norma específica. El § 282 BGB establece que en caso de que se discuta «si la imposibilidad de la prestación es consecuencia de una circunstancia de la que ha responder el deudor, la carga de la prueba corresponde a éste».

La norma no regula la prueba de la imposibilidad de la prestación que, como se ha subrayado anteriormente, sigue los principios generales, sino que regula la prueba de la causa de la imposibilidad y de su imputabilidad, incumbiendo al deudor. Por tanto, éste debe probar que el evento que ha hecho imposible la prestación se encuentra fuera de su esfera de influencia y control. Sin embargo, jurisprudencialmente se considera suficiente la demostración del deudor que por su parte y por sus auxiliares se ha usado la diligencia necesaria. El contenido y los límites de la llamada Endastungsbeweis son precisados con claridad por el BGH, 12 noviembre 1952: «para demostrar que la imposibilidad no le es imputable, el demandado es libre de ofrecer la prueba de que su comportamiento no ha sido determinante para la verificación de la perturbación o de probar la falta de un comportamiento culpable. En todo caso, conforme al § 282 BGB, no deben imponerse requisitos excesivamente rigurosos a esta prueba. No se puede pretender que el deudor ofrezca siempre la prueba del evento que ha determinado la imposibilidad no imputable [...] Por otra parte, el ámbito de la Endastungsbeweis no debe resultar tan reducido que en la práctica incumba al acreedor el riesgo de la imposibilidad de probar la causa de la perturbación». Expresamente dicha para el caso de imposibilidad sobrevenida (Beweislast bei Ummöglichkeit), la norma del § 282 BGB da lugar a pare-

del mismo; las reacciones del organismo humano no siempre pueden ser controladas ni siquiera por el mejor médico, de manera que no puede deducirse un comportamiento negligente y por tanto culpable de una falta de éxito en el tratamiento o de la no obtención del resultado esperado» (BGH, 18 diciembre 1990). Por lo tanto, este planteamiento supone que, como regla general, el paciente debe probar tanto el error específico en el tratamiento sanitario como el nexo causal entre éste y el daño.

En cambio, se valoran de modo distinto las prestaciones inherentes a la organización y a la coordinación de la actividad sanitaria: la jurisprudencia «ha impuesto a los directores del centro hospitalario y a los médicos la carga de probar el respecto de las condiciones necesarias para un tratamiento sanitario adecuado y seguro», también desde el punto de vista de un mantenimiento regular y de una utilización no arriesgada de los aparatos y de los materiales necesarios para la concreta finalidad (sobre los varios supuestos de hecho, vid. las amplias referencias contenidas en BGH, 18 diciembre 1990).

6. *La presunción de imposibilidad de la prestación*

El acreedor puede reclamar para obtener la indemnización de los daños por incumplimiento ex § 280 BGB (y § 325 BGB). En este caso afirma en el juicio que la prestación se ha hecho imposible por una circunstancia imputable al deudor y que, en consecuencia, este último incurra en responsabilidad: hemos visto cómo el acreedor debe, según los principios generales, probar la imposibilidad alegada. Obtenida la correspondiente prueba y no estando ya en discusión este primer presupuesto del juicio de responsabilidad, el mencionado § 282 establece a su favor una presunción de imputabilidad al deudor de la causa de la imposibilidad. En efecto, incumbe al deudor que pretenda oponerse a la reclamación de la indemnización dar la prueba contraria, es decir, demostrar que la imposibilidad no ha dependido de un hecho a él imputable. A falta de dicha prueba, el deudor es considerado responsable.

Por otra parte, el acreedor puede decidir reclamar el cumplimiento forzoso. Y la dificultad de la prueba que éste sea el cauce preferido, cuando la imposibilidad de indemnización explícita que éste sea el cauce preferido, cuando barta. Frente a una acción de cumplimiento, siempre según los principios generales, el deudor será, a través de una excepción, quien deba probar,

en primer lugar, que la prestación se ha hecho imposible y, después, que la imposibilidad ha dependido de una circunstancia a él no imputable. Sin embargo, se prevé una atenuación en el rigor probatorio que caracteriza la posición del acreedor. Considerando la larga espera que le sería impuesta por la necesidad de recorrer todo el iter procesal de la acción de cumplimiento hasta el infructuoso resultado de la ejecución forzosa, para demostrar la efectiva imposibilidad de cumplimiento del deudor y en consecuencia su responsabilidad, el propio código civil alemán asiste al acreedor con una norma que le facilita el paso de la acción de cumplimiento a la de rescindimiento y le permite valerse de una presunción de imposibilidad.

El § 283 BGB (*Fristsetzung nach Verurteilung*) establece que el acreedor, después de haber obtenido una sentencia de condena al cumplimiento, puede fijar un plazo al deudor con la declaración que, transcurrido dicho plazo, rechazará la prestación (conforme al § 255 ZPO, en el primer proceso iniciado con la acción de cumplimiento el acreedor ya puede pedir la fijación de dicho plazo al juez, que lo pronunciará junto a la sentencia de condena). Después del vencimiento infructuoso de ese plazo, el propio acreedor está legitimado para reclamar la indemnización de daños sin necesidad de probar la imposibilidad de la prestación, pudiendo el deudor excepcionar que la prestación ha devenido imposible por un hecho a él no imputable.

Por lo tanto, el legislador conecta una presunción de imposibilidad a la falta de prestación en el plazo impuesto al deudor condenado judicialmente al cumplimiento, a través de un mecanismo que atenúa la gravosa carga probatoria impuesta al acreedor en aplicación de la regla general en materia de responsabilidad por incumplimiento (§ 280 BGB).

III. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN COMMON LAW

por Laurana Cabella Pisu

1. *La responsabilidad por breach of contract como strict liability*

Como bien sabe quienquiera que se haya acercado a un derecho extranjero, y en particular al common law, una de las equivalencias más comunes es la siguiente: dar por desconocido que existe una real coincidencia, en la estructura y en los contenidos, entre figuras que en los diversos derechos son calificadas con términos en apariencia semejantes. Al contrario, las eventuales coincidencias o divergencias sólo pueden ser

establecidas como conclusión de una investigación que muestre, al compararlas, las reglas operativas presentes en los diversos ordenamientos o, en otras palabras, verifique las semejanzas o las diferencias en el planteamiento y resolución de casos análogos.

En particular esta apreciación es cierta con referencia al tema de la responsabilidad contractual, término que en *civil law* delimita un campo no totalmente coincidente con el área de la *contract liability* de los sistemas de *common law*. En efecto, esta última surge con un *breach of contract*, es decir, con el incumplimiento de un contrato; y en especial, con el incumplimiento de una promesa contractual expresa o con el incumplimiento del deber de ejecutar el contrato conforme a la buena fe (principio elaborado sobre todo en el área estadounidense).

En cambio, en nuestro derecho, responsabilidad contractual es sinónimo de responsabilidad por incumplimiento de una obligación: cualquier obligación, haya surgido en virtud de un contrato, de un acto unilateral o de la ley. Ello no impide, como se verá, que se puedan hallar analogías, incluso notables, en las reglas operativas que, en los diversos sistemas, se aplican a un ámbito común, que es el incumplimiento de las obligaciones de origen contractual; pero impone una notable cautela en la valoración de dichas reglas, puesto que la no coincidencia de ámbitos supone como consecuencia una diferencia más profunda de perspectiva.

En efecto, los problemas de la *contract liability* son enfocados desde una óptica, precisamente, contractual en la medida que los perfiles de la responsabilidad por incumplimiento se relacionan con los perfiles de extinción del vínculo contractual a través de un nexo bastante más estrecho del que se aprecia en *civil law*. Por otro lado, esta apreciación no es cierta tanto para las relaciones entre responsabilidad y resolución por incumplimiento, sino más bien para las relaciones entre exoneración de responsabilidad y (usando por comodidad la terminología latina, por otra parte impropia con referencia al *common law*) resolución por imposibilidad o excesiva onerosidad sobrevenida.

(Considerar a un contrato en *breach of contract* siempre significa considerarlo responsable por los daños ocasionados; pero también significa dar a la otra parte la posibilidad de elección entre mantener la pretensión de cumplimiento o reputar el contrato como *discharged*, siempre que concurre el incumplimiento de una *condition*, es decir, de una promesa que condiciona el derecho a la contraprestación; y para identificar cuáles sean las *conditions* se acude a la noción de *fundamental breach*, en el sentido de que cuando el incumplimiento de una cláusula afecta a la raíz misma del contrato, entonces se está sin duda en presen-

cia de una *condition* (Atiyah, Cheshire y Froom, Treitel). Hasta aquí, pues, las relaciones entre responsabilidad y resolución no son más estrechas que en *civil law*, y la afirmación de responsabilidad de un contratante no es necesariamente seguida de la extinción (*discharge*) del contrato, que no puede obtenerse ante cualquier *breach of contract*, sino solo ante un *fundamental breach*.

En cambio, el nexo entre cuestiones de responsabilidad y de resolución se hace casi insensible cuando, volviendo del revés la moneda, se analiza dentro de qué límites la parte está obligada a cumplir. Cuando la falta de ejecución de la prestación es justificada por el contratante con la superveniencia de un impedimento más o menos intenso, el problema que se plantea a los jueces del *common law* es el de establecer si la parte está en *breach of contract*, con las consecuencias ya expuestas, o si, en cambio, el contrato debe considerarse automáticamente *discharged* y ambas partes deben exonerarse de responsabilidad por la no ejecución del contrato. Y la tendencia a concebir el contrato como *bargain* induce a valorar en un mismo plano todos los obstáculos a la realización del negocio y, por tanto, a la correcta actuación de la relación de intercambio entre las prestaciones, sin distinguir entre eventos que hayan incidido en la prestación debida por el contratante incumplidor y eventos que, en cambio, hayan afectado a la prestación prometeda como contraprestación. Tanto para la disolución del contrato como para la exoneración del deudor de responsabilidad, el problema se concreta así en valorar la intensidad del obstáculo, no su dirección (si afecta a la prestación o a la contraprestación); y en esta perspectiva resulta casi inevitable extender el análisis también a aquellos eventos sobrevenidos que, aun no obstaculizando propiamente la ejecución de una de las prestaciones correspondientes, ocasionan, de cualquier forma, el efecto de impedir la realización de la operación económica en los términos en que había sido programada por las partes.

Esta superposición de los problemas de equilibrio sinérgico del contrato respecto al problema de los límites de la responsabilidad del deudor puede inducir a los juristas continentales a no comprender el hecho, es corriente la constatación de que los sistemas del *common law* han abandonado las antiguas posiciones, bastante rígidas, según las cuales las obligaciones contractualmente asumidas eran indeliberables y debían ser cumplidas incluso en presencia de obstáculos insuperables, llegando a soluciones más clásicas que permiten dar relevancia a circunstancias que pueden haber alterado la economía del negocio. Esto es

desde luego cierto, con los límites que a continuación aclararemos, con referencia al ámbito del equilibrio sinágmático; pero no debe inducir a considerar que, en el campo de la responsabilidad del deudor, se haya abandonado el originario planteamiento, ciertamente objetivo.

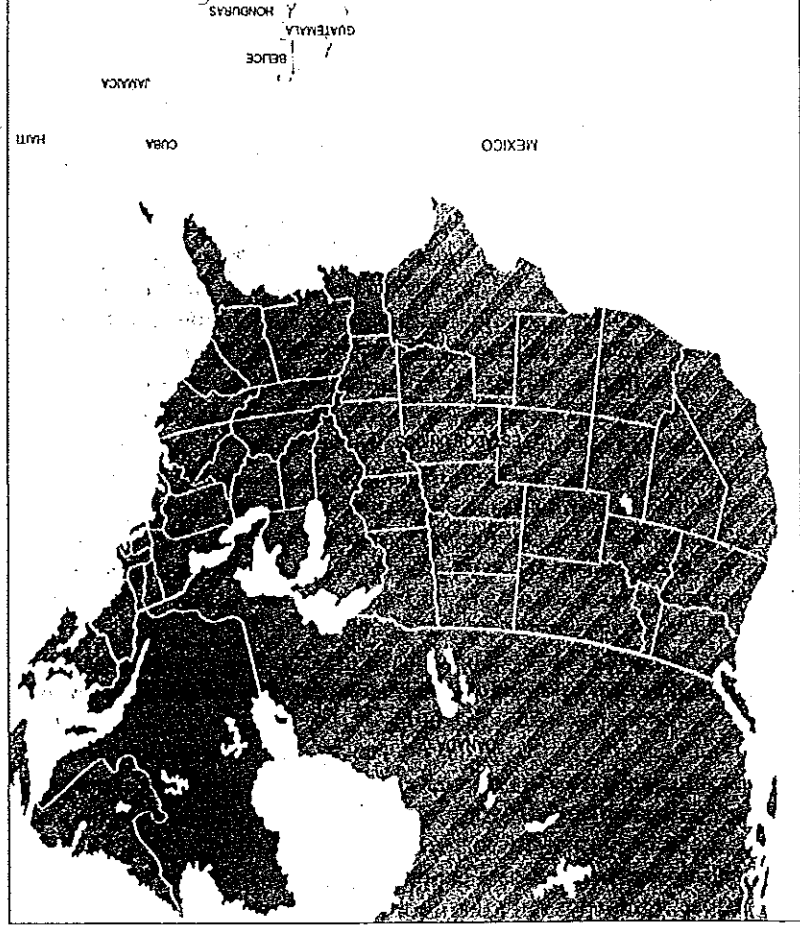
En otras palabras, quien lee en los autores ingleses o estadounidenses que la *contract liability* ya no es absoluta no debe deducir que también haya dejado de ser *strict*, y se admira la liberación del deudor que puede que, a pesar de su esfuerzo diligente, no ha conseguido superar el impedimento.

Dicha afirmación significa, sencillamente, que el principio de la inde-rogabilidad de las obligaciones contractuales ha admitido una serie cada vez más creciente de excepciones que han comportado una proliferación de las hipótesis de extinción del contrato; la racionalización de estas hipótesis ha llevado a la elaboración de una doctrina de la impossibility (en los Estados Unidos convertida más tarde en impracticability) y de la frustration, es decir, de la extinción del contrato; teoría rápidamente extendida para abarcar las hipótesis de frustration of the common venture (o frustration of purpose), esto es, las hipótesis en las que el cambio de circunstancias hace irrealizable el programa económico originariamente perseguido por las partes. En esta doctrina también han confluido, inevitablemente, los problemas de exoneración de responsabilidad del deudor, sin que por otra parte se viera afectado el panorama inicial de *strict liability*, es decir, de responsabilidad objetiva.

2. La superación del principio de absolute liability

La confirmación de estas últimas consideraciones resulta fácil si, al profundizar en el *common law* anglosamericano, se asistan aquellos precedentes en los que el *thema decidendum* se centra precisamente en la exoneración de responsabilidad (y del vínculo contractual) de un contratante por impedimentos en su prestación, distinguiéndolos de aquellos precedentes en los que, en cambio, un contratante trataba de desligarse del vínculo contractual por la superveniente de obstáculos en la consecución de la contraprestación o porque, ante la modificación de ciertas circunstancias, el negocio perdía su significado.

A esta segunda categoría pertenece el famoso caso *Paradine v. Jane* (1647, *Allyn* 26), que, precisamente, no se refiere a la imposibilidad de la prestación, sino de la contraprestación: en un contrato de *lease for years*, el *lessee* no había podido disfrutar del inmueble durante tres años



La responsabilidad por incumplimiento contractual (América del Norte); tabla 10.

En color azul aparecen los países en los cuales incumbe al deudor, para exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento, la doble carga de probar: a) la imposibilidad sobreviniente de la prestación; b) la específica causa, a él no imputable, que ha hecho imposible la prestación.

En color gris aparecen los países en los cuales la carga de la prueba se reparte así: a) corresponde al acreedor que pretende la condena del deudor al resarcimiento de los daños por incumplimiento, la carga de probar la imposibilidad sobreviniente de la prestación; b) corresponde al deudor la carga de probar la específica causa, a él no imputable, que ha hecho imposible la prestación.

Las franjas corresponden a los países en los cuales la carga de la prueba se reparte, pero en modo diverso: a) corresponde al deudor la carga de probar la imposibilidad sobreviniente de la prestación; b) corresponde al acreedor la carga de probar que la específica causa que ha hecho imposible la prestación es imputable al deudor.

Si se desconocen las causas que han hecho imposible la prestación, estas corren a cargo del deudor en las dos primeras áreas, y a cargo del acreedor en la tercera.

a causa de su ocupación por parte de un ejército invasor y, consiguientemente, no había pagado el canon. El *King's Bench* lo consideró obligado en todo caso al pago y emitió el llamado principio de los *absolute contracts*: las obligaciones contractuales deben cumplirse a pesar de la supervenencia de any accident by inevitable necessity, si el obligado no ha tomado precauciones introduciendo cláusulas específicas en el contrato,

Se suele afirmar que este principio prevaleció sin contradicciones hasta 1863, año de otro famoso caso, *Taylor v. Caldwell* (1863, 3 B. & S. 826), en el cual se resolvió una controversia relativa a la responsabilidad contractual. *Caldwell* había pactado con *Taylor* el uso de los *Surrey Gardens* y del *Music Hall* allí existente para cuatro conciertos de gala, pero una semana antes de la fecha estipulada un incendio accidental había destruido por completo la sala de conciertos. *Taylor*, que ya había efectuado importantes gastos publicitarios, solicitó el rescarcimiento del daño, que le fue negado por falta de una expresa cláusula relativa a incendios: el *Queen's Bench* consideró que el contrato no era *absolute*, sino que contenía una *implied condition* relativa a la existencia de la sala, y declaró su resolución, afirmando en consecuencia la falta de fundamento de la pretensión rescarctoria.

El giro dado por este *leading case* es indudable, puesto que ha sentado la base para los posteriores y afortunados desarrollos de la doctrine of *frustration*, requeridos por las perturbaciones políticas, económicas y sociales del siglo XX. Sin embargo, hay que destacar que, en realidad, su carácter innovador ha sido exagerado: de hecho, ya en casos bastante antiguos la *rule de los absolute contracts* había conocido excepciones, ya resaltadas, precisamente, en *Taylor v. Caldwell* por el juez *Blackburn* (aunque con el expediente de acenruar a veces la importancia de simples *obiter dicta*); y dichas excepciones encontraron más tarde su natural desarrollo tras este *leading case* al admitirse la *frustration* y la exoneración de la responsabilidad del deudor en una serie de casos de imposibilidad de la prestación rigurosamente entendida. Las hipótesis, sobre las que volveremos a continuación, contemplan en particular: a) la destrucción de la cosa específica objeto de la prestación; b) la imposibilidad derivada de una prohibición legal, administrativa o judicial; c) para las prestaciones que debían ser cumplidas personalmente, los casos de muerte, incapacidad o indisponibilidad física del deudor.

En cambio, es conveniente subrayar rápidamente que la *rule de los absolute contracts*, enuncjada en relación con un contrato de lease en el caso *Paradine v. Jane*, ha sobrevivido para el lease casi hasta nuestros días,

y solo en 1981 la *House of Lords* ha admitido en principio la posibilidad de aplicar también la *frustration* a este contrato, limitándola, por otra parte, a casos excepcionales y excluyéndola en la concreta controversia que se le plantea: cfr. *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd.*, 1981, 2 W.L.R. 45; 1981, 1 All E.R. 161 (*House of Lords*). En los Estados Unidos la resolución del lease ya se admite desde tiempo, pero siempre con notable cautela: se tiende sobre todo a reducir el riesgo que grava sobre el lessee en las relaciones de breve duración (en las que por contrato el inmueble puede ser destinado a un solo uso) con carácter limitado a los casos en que el acontecimiento sobrevenido incide sobre dicho uso, reduciendo por completo (o casi por completo) el valor del inmueble durante buena parte de la duración del contrato (*Williston, Corbin, Farnsworth*).

El antiguo rigor y las actuales cautelas para acuñar lo se comprenden mejor si se reflexiona acerca del equilibrio económico plasmado por el lease: el lessee no adquiere un simple derecho de crédito, sino un este-lease; es decir, un verdadero *proprietary right*, y ello justifica una amplia asignación de riesgos a su cargo. En otras palabras, especialmente si el lease es de larga duración, se opera con una regla sobre la transferencia del riesgo en muchos aspectos similar a la de la venta (*Alyah*).

De ello se deduce claramente que en sede de lease la atención de los tribunales se ha concentrado siempre en los aspectos de equilibrio sinagmático del contrato; la solución de los problemas de responsabilidad en sentido exurenamadamente riguroso es una consecuencia casi automática: si el contrato no se resuelve, el lessee sigue obligado al pago de la renta y es responsable en caso de incumplimiento. Pero si se cuestiona el incumplimiento de una obligación del lessee distinta de ese pago, se da por desconocida la exoneración de responsabilidad mientras perdura la imposibilidad (temporal): así, un *building lease* de noventa y nueve años de duración, en el que el lessee se había obligado a construir unos locales en un cierto plazo, no fue considerado *frustrated* por las restricciones edificatorias del período bélico, pero se consideró obvio que el lessee debía ser exonerado de responsabilidad por el retraso en las construcciones (*Cricklewood Property and Investment Trust, Ltd. v. Leighton's Investment Trust, Ltd.*, 1945, A.C. 221).

También en tema de *building contracts*, es decir, de contratos de obra, podría parecer que el caso *Taylor v. Caldwell* no haya inducido a los tribunales a abandonar por completo el rigor ya manifestado en el siglo XVIII. En efecto, si la extinción del contrato ha sido admitida en el caso de prohibiciones o restricciones introducidas por la ley o por disposición

nes administrativas (Metropolitan Water Board v. Dick, Kerr & Co., Ltd., 1918, A.C. 119), en cambio, ha sido negada cuando un act of God, un evento natural totalmente fortuito e imprevisible, ha destruido la obra parcialmente realizada: en dicho caso se afirma que la reconstrucción y la conclusión de la obra son onerosas pero no imposibles, y se imputa, pues, el consiguiente riesgo al constructor [Brecknock and Abergavenny Canal Navigation v. Pritchard, 1796, 6 T.R. 750; para la casuística estadounidense cfr. entre otros Adams v. Nichols, 36 Mass. (19 Pick) 275, 1837; School District N. 1 v. Daumichy, 25 Conn. 530, 1857; Garman Bros v. Hoover, 95 Pa. Super 203, 1928]. Pero casi inmediatamente –probablemente el caso Taylor v. Caldwell haya ejercido una influencia en el plano sustancial, aunque no en el plano de la solución técnico-jurídica–, dicho rigor ha sido atenuado recurriendo al *escamotage* de distinguir de los *building contracts* los llamados *repair contracts*, es decir, los contratos y subcontratos relativos a construcciones parciales, reparaciones, restauraciones o instalaciones en edificios ya existentes: se ha considerado implícita la condición de que el edificio a reparar o en el que cumplir la obra subcontratada no perezca por hecho no imputable a las partes (para Inglaterra cfr. Appleby v. Myers, 1867, L.R. 2 C.P. 651; para los Estados Unidos, Schwartz v. Saunders, 461 111. 18, 1867; Butterfield v. Byron, 153 Mass. 517, 27 N.E. 667, 1891; Carroll v. Bowersock, 100 Kan. 270, 164 P. 143, 1917; Acme Plumbing & Heating Co. v. Hirsch, 121 Neb. 134, 236 N.W. 137, 1931); y al perecimiento fortuito se ha conectado la resolución del contrato. Y puesto que, especialmente para construcciones de cierta importancia, el constructor único tiende a ser sustituido por una serie de empresas arrendatarias o subarrendatarias, especializada cada una en un sector particular, la aplicación a cada una de ellas de la regla de los *repair contracts* resulta inevitable también en el caso de perecimiento fortuito de un edificio en construcción y se vacía así, de hecho, el principio según el cual la destrucción fortuita de la obra todavía no acabada es un riesgo del constructor (Cullmore).

Si se considera que en civil law la obligación del contratista se califica como obligación de resultado, puede ser más fácil comprender las razones del inflexible rigor inicial de los tribunales de *common law*, y comprender además el tortuoso camino seguido para llegar a una adecuada asignación de los riesgos que permite al contratista la desvinculación del contrato (exonerándose consiguientemente de responsabilidad) cuando la prestación ha devenido imposible, o tan onerosa que desde luego resulta desnaturalizada.

3. *La impossibility como límite de la responsabilidad del deudor*

Hasta aquí, pues, se ha podido comprobar que el particular equilibrio económico de algunos contratos justifica la cautela de los tribunales en el abandono de la rule de los *absolute contracts* y en la aceptación de la relevancia (sea respecto a la resolución, sea respecto a la exoneración de responsabilidad) de la superveniencia de casos de imposibilidad objetiva de la prestación: esto, al menos, por lo que respecta a las obligaciones principales, porque la exoneración de responsabilidad por la imposibilidad de cumplir una obligación accesoria no se enfrenta con los mismos obstáculos. Para otros contratos (recuérdese que en Taylor v. Caldwell se trataba de un *hiring*, es decir, de un arrendamiento) la relevancia de la *subsequent impossibility* fue admitida sin especiales dificultades.

Ya se ha mencionado que el *discharge of contract* actuaba desde tiempos antiquísimos para el caso de muerte del deudor de personal services: a este propósito cfr. un antiguo dictum del *Queen's Bench* en Hyde v. Dean of Windsor, 1597, Cro. Eliz. 552, 78 E.R.; y en los años inmediatamente posteriores a Taylor v. Caldwell, cfr. Stubbs v. Holwell Railway Co., 1867, L.R. 2 Ex. 311. El principio ha sido extendido al caso de enfermedad que incapacita al deudor para ejecutar la prestación (el ejemplo es el de una famosa pianista imposible para dar un concierto: cfr. Robinson v. Davison, 1871, L.R. 6 Ex. 269; para la jurisprudencia estadounidense Spalding v. Rosa, 71 N.Y. 40, 1877); y también se ha dado relevancia a causas de imposibilidad física distintas de la enfermedad, como en Morgan v. Mauser, 1948, 1 K.B. 184; 1947, 2 All E.R. 666 (llamada a las armas de un artista de *music hall*); en Horlock v. Beal, 1916, A.C. 486 (internamiento de la tripulación de una nave inglesa en período bélico); en Hare v. Murphy Brothers Ltd., 1974, 3 All E.R. 940 (*Court of Appeal*, por Lord Denning); y en F.C. Shepherd & Co. Ltd. v. Jerron, 1986, 3 All E.R. 589 (condena de un trabajador a pena de prisión).

Particularmente rica es la casuística en los contratos relativos al suministro de mercancías. En la *sale of goods* (venta de bienes) (o mejor, en el *agreement to sell specific goods*) la pérdida fortuita de la cosa antes del traspaso del riesgo al comprador excluye la responsabilidad del vendedor (Atiyah, Cheshire y Fifoot, Treitel); en las ventas genéricas se aplica la regla *genus numquam perit*, pero cabe apreciar una *impossibility* cuando do se ha pactado que las cosas tengan un origen preciso y todo el *genus limitatum* se pierde o resulta de cualquier modo sustraído a la disponibilidad del vendedor: como en los *crop failure cases*, en los que eventos

naturales destruyen la cosecha del fundo, del que estaba previsto que proviniere los bienes (Howell v. Coupland, 1876, 1 Q.B.D. 258; Snipes Mountain Co. v. Benz Bros & Co., 162 Wash. 334, 298 P. 714, 1931; cfr. Bruce) que, en general, los tribunales afirman el *discharge of contract* a favor del vendedor-cultivador, pero no a favor del vendedor-mayorista o comerciante: esto se confirma en un caso (Blackburn Bobbin Co. Ltd. v. Allen & Sons Ltd., 1918, 2 K.B. 467), en el que la Court of Appeal británica excluyó la *frustration* invocada por un importador inglés de made-*ra finlandesa de abedul*, que no pudo cumplir respecto a su cliente inglés porque el estallido de la segunda guerra mundial había bloqueado los

transportes marítimos entre los dos países.

También se plantean problemas de imposibilidad cuando existen prohibiciones de exportación o de importación de determinados pro-*ductos*, o respecto de determinados países, o cuando no sea concedida la licencia para el vendedor, si el riesgo por la obtención de la licencia corre a cargo del vendedor; este queda obligado a un esfuerzo razonable [Re Anglo-Russian Merchant Traders and John Bat & Co. (London) Ltd., 1917, 2 K.B. 679; Overseas Buyers Ltd. v. Granadex S.A., 1980, 1 Lloyd's Rep. 605], pero no se libera si la licencia puede ser obte-*nida de algún modo*, aunque en condiciones muy desfavorables desde un punto de vista económico (Brauer & Co., Ltd. v. James Clark, Ltd., 1952, 2 All E.R. 497; y cfr. Exportelisa S.A. v. Rocco Giuseppe e Figli Soc. Coll., 1978, 1 Lloyd's Rep. 433).

En las ventas con transporte, se considera que el vendedor puede ser liberado de la obligación de entrega si no consigue encontrar un *transportista* a causa de las numerosas requisas de naves, producidas en período bélico (Acelyene Co. of C.B. v. Canada Carbide Co., 1921, 8 Ll. L. Rep. 456). También es frecuente la hipótesis de *discharge of contract* cuando la nave, en la que debían ser cargadas las mercancías, se vara, se encalla, o sufre de cualquier otra forma daños que impiden la carga en la fecha prevista: cfr. Nickoll & Knight v. Ashton Edridge & Co., 1901, K.B. 126 (venta de semillas de algodón «a expedit por medio del navio Ortando», que por tanto representaba el único medio convenido de cum-*plimiento*). Pero en condiciones normales se tiende a poner el riesgo de la falta de localización de otro medio de transporte a cargo del vendedor: en particular, en una venta CIF, el vendedor fue condenado al resarcimien-*to de daños* por no haber conseguido encontrar sitio en la única nave disponible durante el tiempo útil (Lewis Emanuel & Son Ltd. v. Sammut, 1959, 2 Lloyd's Rep. 629).

Respecto a ventas CIF (pero también respecto a contratos de *fiat*, y en particular de *fiat* y *viage*), puede suceder que el coste del transporte (o del *viage*) aumente por hechos sobrevenidos, hasta incidir sensible-*mente* en el equilibrio del contrato: sobre este particular son famosos los llamados «casos de Suez», originados por el cierre del Canal por los cono-*cidos* hechos bélicos de 1956 y de 1967. Tras dos decisiones iniciales que reconocieron la *frustration* invocada por el vendedor CIF (Carapanayoti & Co. Ltd. v. E.T. Green Ltd., 1959, 1 Q.B. 131; 1958, 2 Lloyd's Rep. 169) o del licitador [Société Franco-Tunisienne d'Armement v. Sidermar S.P.A. (The Massalia), 1961, 2 Q.B. 278; 1960, 1 Lloyd's Rep. 594] prevaleció la opinión que negaba la *frustration*, a pesar del aumento de los costes sub-*siguientes* a la necesidad de rodear África: los *leading cases* ingleses, seguidos luego por los tribunales estadounidenses, son Tsakiroglu & Co., Ltd. v. Noble Thorl GmbH, 1962, A.C. 93 (venta) y Ocean Tramp Tankers Corp. v. V.O. Sowfracht (The Eugenia), 1964, 2 Q.B. 226; 1964, 2 W.L.R. 114, 1964, 1 All E.R. 161 (fiat).

Por otra parte, un atento análisis de los hechos juzgados revela que solo raramente en los «casos de Suez» se planteaban cuestiones de res-*ponsabilidad* por la no expedición de las mercancías o por la no ejecu-*ción del viage* (como en un caso estadounidense, Chidden Co. v. Hellenic Lines, 275 F2d 253, 2d Cir. 1960): más a menudo se trataba de un cálculo efectuado por el vendedor, que se habría beneficiado de la *frustration*, porque el precio de mercado de los bienes había aumentado mucho más que los gastos de transporte (Tsakiroglu & Co., Ltd. v. Noble Thorl GmbH, cfr.); o bien se trataba de casos en los que de todos modos se había efectuado el *viage* por el Cabo de Buena Esperanza, y el armador contaba con obtener, una vez resuelto el contrato, una indemnización superior al *fiat* originalmente pactado (además del caso inglés del buque Massalia, cfr., para los EE.UU. Transatlantic Financing Corp. v. United States, 124 U.S. App. D.C. 183, 363 F2d 312, 1966; American Trading and Production Corp. v. Shell International Marine, 453 F2d 939, 2d Cir. 1972).

4. La *frustration of purpose*; la *atenuación de la impossibility* en *impracticability* en el derecho estadounidense

De los casos mencionados se deduce claramente que allí donde se cuestiona la responsabilidad por incumplimiento propiamente dicha los tribunales son muy rigurosos y sólo admiten la exoneración del deudor

en hipótesis de imposibilidad objetiva de la prestación. En cambio, una mayor apertura y una indiscutible evolución del sistema en el sentido de dar relevancia a circunstancias sobrevenidas distintas de la imposibilidad de una de las prestaciones se presenta en el plano de la extinción del contrato, con la introducción de la llamada *frustration of adventure* (o *frustration of the common venture*, o *frustration of purpose*), que significa una reacción frente a la imposibilidad de ejecución del programa económico buscado por las partes, subsiguiente a la desaparición de unas circunstancias presupuestas como existentes. Es obligado recordar, a título de ejemplo, los famosos *coronation cases*: el cortejo y las manifestaciones programadas para la coronación de Eduardo VII fueron aplazados por una enfermedad del rey, y mientras en un caso (*Krell v. Henry*, 1903, 2 K.B. 740) se afirmó la *frustration* del contrato de alquiler de algunas habitaciones en Pall Mall para los días previstos de cortejo, en otro caso (*Herne Bay Steam Boat Company v. Hutton*, 1903, 2 K.B. 683; 72 L.J.K.B. 879; 89 4 L.T. 422) se negó la *frustration* del contrato por el que una nave había sido alquilada para seguir la parada naval programada y luego aplazada.

Ante hipótesis de este tipo los jueces son muy conscientes de que el principio de la indelegabilidad de las obligaciones contractuales se arriesga a sufrir auténticos acunados, en lugar de una razonable atención por unas limitadas excepciones. Consideran, pues, necesario un control atento para evitar resultados destructivos, esto es, para impedir que quien descubre que sencillamente ha efectuado un mal negocio pueda suscribirse al vínculo contractual.

Con esta perspectiva se constata inmediatamente la artificialidad de la técnica de *implication of condition* y el hecho que la *frustration* es «un expediente con el que las reglas relativas a contratos absolutos se concilian con una especial excepción requerida por la justicia» (así, Lord Sumner en *Huji Muiji v. Cheong Yue S.S. Co., Ltd.*, 1926, A.C. 497, 510, 95 P.C. 121); y para limitar estas especiales excepciones se aclara que el contrato sólo se rescive si los hechos sobrevenidos causan la desaparición de su fundamento, provocando un cambio en la sustancia de las obligaciones asumidas por las partes (*Coddard, J.*, en *Talein, Ltd. v. Cambou*, 1939, 1 K.B. 132, 139; 1938, 3 All E.R. 135, 144). En esencia, más allá de estas justificaciones retóricas, los jueces proceden a asignar el riesgo de las circunstancias que turban el equilibrio económico del contrato a partir de una acentuada reconstrucción de dicho concreto equilibrio, actuando con notable prudencia al consentir la extinción del contrato (Trottel, Farnsworth).

Precisamente un ejemplo de este prudente procedimiento se ofrece en las sentencias inglesas sobre los «casos de Suez» que niegan la *frustration* al considerar que la agravación de los costes no suponía la desaparición del fundamento del contrato. Parcialmente diverso, en cambio, es el cuadro teórico del que forman parte las correspondientes decisiones norteamericanas que en la mayoría de ocasiones no razonan en términos de *frustration*, sino de *commercial impracticability*. En efecto, en el actual derecho norteamericano se tiende a distinguir netamente entre *frustration* (identificada con la *frustration of purpose*) y *discharge by impossibility*; y se matiza el rigor de este último concepto, recurriendo a la noción más clásica de *impracticability*, que erosiona el principio, no conoverrido aún en derecho inglés, según el cual el riesgo de un aumento de la objetiva dificultad u onerosidad de la prestación corre a cargo del deudor (a menos que, obviamente, no se produzca en un marco más amplio de imposibilidad de realización del fin perseguido de común acuerdo por las partes, donde opera la *frustration of purpose*). En el origen de esta evolución se encuentra un caso de 1916 en el que, ante el carácter ruinoso para el deudor de unos costes más que decuplicados, el Tribunal Supremo de California consideró impracticable la prestación con la subsiguiente liberación del deudor y extinción del contrato (*Mineral Park Land Co. v. Howard*, 156 P. 458, 172 Cal. 289, 1916). Con base en esta jurisprudencia el primer *Restatement of Contracts*, § 454, combinaba en la noción de imposibilidad la *strict impossibility* y la *impracticability* because of extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss involved.

Posteriormente esa noción ha pasado al *Uniform Commercial Code*, § 2-615, que ha excluido la responsabilidad del vendedor (que no haya asumido una obligación más amplia) por falta o retraso en la entrega, cuando el cumplimiento se haya hecho impracticable por la superveniencia de un evento cuya ausencia constituía un fundamento (basic assumption) del contrato. El comentarista oficial aclara que no es suficiente un aumento de los costes y exige la producción de un evento imprevisible que altere la naturaleza esencial de la prestación; no basta una alteración de las condiciones del mercado; en cambio se requiere, por ejemplo, una importante reducción de las materias primas o de los suministros causada por guerra, embargo, crisis local de las cosechas, clausura imprevisible de las principales de abastecimiento. En fin, en esta misma línea se coloca el segundo *Restatement*, que extiende el principio de la *sale of goods* a los contratos en general. Se aclara, además, que la

impracticabilidad sólo se verifica si el deudor ha ejercitado un razonable esfuerzo para eliminar el impedimento.

Así formulada, la impracticabilidad sólo parece que pueda configurarse en casos extremos, que lleguen a confundirse con las hipótesis de imposibilidad. Y efectivamente, la jurisprudencia ha procedido con una notable cautela para considerar impracticable una prestación, analizando cuidadosamente la excepcionalidad de las circunstancias en las que se basa para imputar el riesgo, y limitando rigurosamente las derogaciones al principio relativo a la falta de liberación del deudor por el aumento de dificultad en el cumplimiento (Farnsworth). Un ejemplo puede ser el siguiente: si, como se ha visto, en los contratos de personal services se considera imposible la ejecución de la prestación por parte del contratante enfermo, en cambio se repudia que es impracticable cuando el obligado tenga el razonable temor de que el cumplimiento ponga en peligro la salud o la propiedad del deudor o de terceros (Williston, Corbin).

Por tanto, la *increasing liberality in discharging obligations* que la *introductionary note* al cap. I del segundo *Restatement* atribuye a los tribunales es más bien tímida en tema de impracticability; y todavía lo es más en tema de *frustration of purpose*. En efecto, también esta forma de discharge se subordina al requisito de que el contrato se hubiera concluido con la *basic assumption* de la no supervenencia de un evento, que por el contrario se ha verificado; e incluso se subordina al requisito de que la finalidad principal del actor haya sido *substantially frustrated*. Y no se considera substancial la *frustration* de la finalidad si no es prácticamente total (Farnsworth).

5. *La self induced frustration y la causa ajena a la esfera de control del obligado*

Sintéticamente esbozado, este panorama muestra cuán estrechamente se entrecruzan los problemas de responsabilidad por incumplimiento y de exoneración del deudor, cuya prestación haya devenido imposible, con los problemas de equilibrio sinálgmático del contrato. En un marco de este tipo es inevitable que la preocupación de no reconocer con excesiva liberality la exención del vínculo contractual se traduzca en cautela en la conexión del efecto de exoneración de responsabilidad debitoria, con los sobrevenidos obstáculos al cumplimiento. En otras palabras, la responsabilidad contractual ya no es absoluta ni siquiera en aquellos contratos en que en un tiempo lo fue, al admitirse una prueba liberatoria;

pero, de todos modos, dicha prueba se halla limitada a los casos de imposibilidad objetiva y absoluta de la prestación, aunque sea con ciertas matices. Y estas matizaciones son vistas como excepciones, que deben introducirse con particular atención al tipo de prestación devenida imposible y a su función en la economía del contrato en que se incluye. De cualquier modo las sentencias precisan que la imposibilidad (o la impracticabilidad) no libera al deudor cuando dependa de su *fault* o *default*: se habla entonces de *self induced frustration*, o de *impracticability due to the fault of the promisor*. Y *fault* o *default* concurren con seguridad si la imposibilidad sobreviniente es imputable a negligencia del deudor; pero, al menos en el derecho inglés, no puede decirse que la realización de la conducta diligente del obligado respecto a la supervenencia de la imposibilidad sea suficiente para excluir la responsabilidad por incumplimiento, porque se considera que la *frustration* (y la exoneración de responsabilidad) sólo se da cuando el *frustrating event* es ajeno a la esfera de control (*outside the control*) del deudor.

Dicho principio, ya enunciado obiter por la House of Lords [Pal Wilson & Co. A/S v. Partenreedererei Hannah Blumenthal (The Hannah Blumenthal), 1983, 1 Lloyd's Rep. 103] ha fundamentado recientemente la ratio de una decisión del Queen's Bench [Laurenzen A.S. v. Wisniewski B.V. (The Super Servant Two) [1989] 1 Lloyd's Rep. 148], confirmada por la Court of Appeal (cfr. 1990, 1 Lloyd's Rep. 1). Un transportista marítimo se había comprometido al transporte de una carga especial con alguna de sus dos naves, adecuadamente aparejadas, la *Super Servant One* y la *Super Servant Two*; pero la segunda se hundió algunos meses antes de la fecha prevista para el embarque, cuando ya la primera estaba completamente comprometida para otros transportes. La *frustration*, opuesta como excepción por el transportista demandado por el resarcimiento del daño, fue excluida porque la elección del destino de la *Super Servant One* a otros transportes era un hecho *within the control* del transportista: de este modo se desestimó explícitamente la opinión de Treitel para quien la *frustration* no debía considerarse *self induced* cuando la única elección dejada al contratante era cual de los varios contratos incumplía, ya que resultaba imposible cumplirlos todos.

Esta última opinión estaba inspirada en la experiencia estadounidense, en la que se ha aceptado que el deudor no es responsable si, en presencia de eventos que hacen imposible el cumplimiento total de los varios contratos estipulados con sus clientes, ofrece a cada uno de ellos un cumplimiento parcial, proporcionado a la conjunta reducción de las posibilidades de cumplimiento (Williston). Dicha solución, codificada

por el Uniform Commercial Code (U.C.C.), se aplica a las relaciones comerciales de suministro de mercancías cuando la fuente de abastecimiento del proveedor reduce su hijo; el *pro-rata* debe ser efectuado por el proveedor in any manner which is fair and reasonable (U.C.C., § 2-615 (b)); y la *reasonableness* parece, en este contexto, un criterio muy próximo al parámetro italiano de corrección o buena fe objetiva, cuando para el deudor una fuente de deberes de comportamiento dirige los a proteger los intereses de sus acreedores realizando un principio de equidad distributiva.

Al adaptar esos principios al derecho inglés, Treitel sugiere que, en el caso de obligaciones indivisibles que no admiten un cumplimiento parcial, se debía considerar razonable y exento de responsabilidad el comportamiento del deudor que eligiera ejecutar los contratos en el orden cronológico en que hubieran sido espulados, dejando por tanto actuar a la *frustration* para los más recientes. Una solución menos rígida, por consiguiente, que la rule del caso *Super Servant Two*, pero que no significa necesariamente la apreciación de la *fault* de quien invoca la *frustration* en una valoración de su diligencia. En efecto, esa solución podría racionalizarse de este modo: puesto que el cumplimiento de todos los contratos espulados deviene imposible por una causa ajena a la esfera de control del deudor, éste no es responsable si determina que contratos cumplir, y cuáles incumplir, a partir de un criterio de *reasonableness*, y por ello, de equidad y corrección.

De todos modos también en el derecho norteamericano parece que el criterio de exclusión de la responsabilidad del deudor no es tanto una valoración de su diligencia, como más bien de la agilidad de los hechos sobrevinidos respecto a la esfera de control del propio deudor: en este sentido es significativa la evolución en cuanto al contrato de obra con referencia a la ruina o los defectos del edificio ocasionados por un proyecto inadecuado. Los casos más antiguos atribuyen al contratista el correspondiente riesgo en consideración a su competencia profesional, incluso cuando el proyecto era facilitado por el comitente; pero posteriormente se invirtió el principio de que el riesgo de la elección del proyectista se imputa al contratista, que normalmente, salvo pacto en contrario, garantiza al contratista el carácter adecuado del proyecto, siempre que el constructor tenga un nivel de conocimientos técnicos inferior al proyectista y no haya advertido de algún modo lo inadecuado del proyecto (Williston, Corbin). Y en un sentido parecido puede entenderse la jurisprudencia relativa a las huelgas en la empresa del deudor (Corbin, Calamano y Perillo): una jurisprudencia, ya antigua y superada por la

6. La carga de la prueba

extendida adopción de *strike* clauses que disciplinan la incidencia del riesgo de huelga, tendía a constatar un *default* del deudor-empresario, al considerar que podía evitar la huelga o reducir sus consecuencias. En la práctica se configuraba esta huelga como una distracción de la empresa de deudor, y por consiguiente, un riesgo a su cargo, hasta que la praxis contractual procedió a asignar diversamente los riesgos de dicha distracción.

Queda por ver sobre quién grava la carga de la prueba de la *fault* que provoca la *frustration self induced*. Aquella ha sido, puesta a cargo del acreedor por el *leading case* en la materia, *Joseph Constantine S.S. Line Ltd. v. Imperial Smelting Corporation Ltd.* (1941, 70 Lloyd's Rep. 1; 1942, A.C. 154): poco antes de la entrega de una nave al fletador, la explosión de una caldera por causas desconocidas causó daños tan graves que imposibilitaron la ejecución del contrato; la *House of Lords* rechazó la demanda de rescancimiento del fletador porque, para constatar eficazmente la excepción de *frustration* alegada contra el fletador, éste debería haber probado la *fault* del armador.

Desde luego es cierto que, en particular respecto al tráfico marítimo, la mayoría de las veces los eventos catastróficos son incontables y, en efecto, la *House of Lords* se muestra especialmente incluída por la analogía con el régimen probatorio de los llamados «*periligos exceptuados*» en el transporte marítimo. Pero también es verdad que la ejecución de la prestación se controla mejor por el promitente, y que su exoneración de responsabilidad sólo debería resultar de la demostración de haber adoptado las precauciones idóneas para conjurar el impedimento de la ejecución: es decir, de la prueba de todos los presupuestos de exoneración de responsabilidad (Bruce). (Consideraciones de este género explican algunas perplejidades al imputar al acreedor el riesgo de la causa desconocida en ámbitos distintos del marítimo; y efectivamente en un caso *dominense* (*Blount-Midyette & Co. v. Aeroglide Corp.*, 119 S.E. 2d 225, 254 N.C. 484, 1961) se impuso a un contratista, que ejecutaba reparaciones en el montacargas de un edificio dejado a su control, la carga de probar que el incendio, que destruyó el edificio, no se produjo por su negligencia, para poder mantener el anticipo sobre la retribución ya pagada por el comitente.

Por tanto, sintetizando los resultados del análisis del sistema anglo-americano, se puede concluir que:

a) La responsabilidad contractual puede configurarse como responsabilidad objetiva: el deudor responde por el mero hecho del incumplimiento o del incumplimiento, si no aporta la prueba liberatoria de la imposibilidad absoluta y objetiva de cumplir, o de impedimentos de tal intensidad que se aproximen a la imposibilidad. La apreciación de la intensidad de los impedimentos es constantemente referida al equilibrio económico de las concretas relaciones contractuales, reconstruido también según una valoración de razonesabientes.

b) La imposibilidad (o la impracticabilidad) no debe depender de fault o default de una de las partes, y en particular del deudor, y se tiene de a equiparar ese criterio de imputación de la imposibilidad con la ajenidad al riesgo controlado por el propio deudor, riesgo que —también este— se aprecia con una cuidadosa atención al equilibrio económico del contrato.

c) La prueba de la fault, esto es, de la imputabilidad al deudor de la imposibilidad o impracticabilidad, corre a cargo del acreedor; pero, en ámbitos distintos a los contratos de utilización de naves, se aprecian ciertas dudas sobre la oportunidad de esa distribución de la carga de la prueba.

TABLA II TIPICIDAD Y ATIPICIDAD DEL HECHO ILÍCITO

I. LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LOS MODELOS FRANCÉS Y ALEMÁN
por Franco Ferrar

I. El art. 1382 del code Napoléon

Con las codificaciones del siglo XIX se abre, en los países de la Europa continental, y a pesar de la base común romanista, una clara escisión entre el modelo francés, adoptado por el code Napoléon en 1804, y el modelo alemán elaborado por la pandectística y que desemboca al finalizar el siglo XIX en el BGB. El primero opta por la atipicidad del ilícito, innovando respecto al derecho romano; el segundo, por la tipicidad, permaneciendo fiel a las fuentes romanas.

Es conveniente traer a colación los artículos del code Napoléon que son relevantes en esta materia: art. 1382: «cualquier hecho humano que cause daño a otro obliga, a quien por cuya culpa ha sucedido, a reparar el daño ocasionado»; art. 1383: «todo sujeto responde del daño que ha causado, no sólo en virtud de hecho propio, sino también por su negligencia o por su imprudencia»; art. 1384: «se responde no sólo del daño ocasionado por hecho propio, sino también del daño causado por actos de las personas por las que debe responder o de las cosas que se tienen en custodia [...]».

El ordenamiento francés ha recibido, en materia de ilícito civil, las enseñanzas del iusnaturalismo consentidas en la fórmula de *neminem laedere*, es decir, de autores como Crocio, que fue el primero en enunciar el principio por el cual «todo daño —sea contractual o extracontractual— debe ser resarcido», o como Pufendorf, que se había ocupado de una amplia enumeración de los daños resarcibles, desde la lesión de la integridad física y del honor, hasta la falta o inexacta ejecución de la prestación debida por el deudor.