

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
FACULTAD DE DERECHO



LA NEGLIGENCIA Y LA  
IMPERICIA EN LA PRESTACIÓN  
PROFESIONAL DEL ABOGADO

TESIS DOCTORAL presentada por  
Dña. Adela Serra Rodríguez  
Bajo la dirección del  
Prof. Dr. Vicente L. Montés Penadés  
Valencia, 1997

UMI Number: U607477

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607477

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA  
CC. SOCIALS  
BIBLIOTECA  
Nº Registre 26402  
DATA 09 / 04 / 2001  
SIGNATURA Bid. T  
4432  
Nº LIBIS: 1036020

Nº DDBIS 1035993

# INDICE TEMÁTICO

INTRODUCCIÓN	11
ABREVIATURAS	17
PARTE PRIMERA: LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIOS DEL ABOGADO	
CAPITULO I: LAS RELACIONES DE SERVICIOS PROFESIONALES	20
§ 1. Consideraciones previas. La prestación del abogado como prestación cualificada	20
1. <i>Por el sujeto: el profesional liberal. El abogado</i>	21
2. <i>Por el objeto: el servicio profesional</i>	31
§ 2. La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados. Consecuencias prácticas	34
A) Precisiones de orden terminológico	38
B) Cuestiones de índole material	42
a) Consideraciones en torno a la concepción de toda obligación como de «resultado»	43
b) Consideraciones en torno a la concepción de toda obligación como de «actividad»	50
4. <i>Consecuencias y utilidad de la distinción</i>	53



<b>CAPITULO II: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DEL ABOGADO</b>	<b>60</b>
<b>§ 3. El origen del contrato de arrendamiento de servicios</b>	<b>61</b>
<b>§ 4. Distinción entre el contrato de obra y el arrendamiento de servicios</b>	<b>82</b>
<i>5. Criterios diferenciadores. Doctrina jurisprudencial</i>	<b>82</b>
A) La remuneración. Los honorarios profesionales	<b>82</b>
a) La determinación de la retribución del Abogado	<b>87</b>
b) El pacto de <i>cuota litis</i>	<b>93</b>
c) El régimen de cobro de los honorarios	<b>95</b>
B) La independencia	<b>98</b>
C) La determinación del contenido de la prestación	<b>107</b>
D) El riesgo contractual	<b>112</b>
<b>§ 5. Diversa configuración de la prestación de servicios del abogado</b>	<b>131</b>
<i>6. El mandato</i>	<b>131</b>
A) <i>Operae liberales</i> y mandato	<b>131</b>
B) La actividad de gestión del abogado y el mandato	<b>136</b>
a) La gratuidad del mandato	<b>138</b>
b) La observancia por el abogado de las instrucciones del cliente	<b>140</b>
c) La relación representativa y la gestión	<b>143</b>
d) La sustitución y la actividad de gestión	<b>149</b>
<i>7. Los contratos mercantiles de gestión</i>	<b>155</b>
A) El contrato de mediación, de comisión mercantil y de agencia	<b>155</b>
B) Diferencias entre los contratos mercantiles de gestión y el arrendamiento de servicios	<b>159</b>
C) Conclusión	<b>164</b>
<i>8. Otras propuestas. Breve recapitulación</i>	<b>165</b>
A) Contrato atípico e innominado	<b>166</b>
B) Contrato proteiforme o multiforme	<b>169</b>

<b>§ 6. El Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contratos de obra y de servicios</b>	<b>171</b>
9. <i>Distinción entre el contrato de obra y el de servicios</i>	173
10. <i>El contrato de servicios y el contrato de trabajo</i>	174
11. <i>Duración del contrato de servicios</i>	176
12. <i>Fungibilidad e infungibilidad del servicio</i>	177
13. <i>Contrato de servicios y canon de diligencia</i>	181
14. <i>Contrato de servicios e instrucciones recibidas</i>	182
15. <i>La retribución del servicio</i>	184
16. <i>Extinción del contrato de servicios</i>	185

## PARTE SEGUNDA: EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ABOGADO: LA IMPERICIA

<b>CAPITULO III: LA DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES</b>	<b>190</b>
<b>§ 7. La formación histórica de la noción de diligencia</b>	<b>192</b>
<b>§ 8. El canon de diligencia y los modelos de conducta en el cumplimiento de las obligaciones</b>	<b>204</b>
17. <i>La diligencia quam suis</i>	204
18. <i>La diligencia del buen padre de familia</i>	209
A) Evolución del <i>bonus pater familias</i>	210
B) La función de la diligencia del buen padre de familia a partir de la Codificación	218
a) El artículo 1.137 del Código civil francés	218
a') La posición de los redactores del <i>Code</i> y los comentaristas	220
b') Diligencia en sentido objetivo y en sentido subjetivo	228
c') La relación entre la diligencia del art. 1.137 y los arts. 1.147 y 1.148 del <i>Code</i> en sede de responsabilidad	232
b) El artículo 1.176 del Código Civil italiano de 1942	239

a') Diferencias entre el art. 1.176 del Código civil italiano de 1942 y el art. 1.224 del Código civil italiano de 1865	239
b') La diligencia como criterio objetivo y general en el art. 1.176 del Código civil italiano. La diligencia del buen padre de familia	242
c') La unidad del concepto de diligencia en el art. 1.176 C.C. italiano	250
d') Las relaciones entre el art. 1.176 y el art. 1.218 C.C. italiano	256
e') La diligencia, la buena fe y el principio de « <i>correttezza</i> »	265
C) Otros modelos de diligencia	269
19. <i>El modelo de diligencia del Código Civil español: el art. 1.104 C.C.</i>	274
A) Antecedentes históricos	274
B) Precedentes legislativos	276
C) Diferencias con los ordenamientos jurídicos francés e italiano. La cuestión del fundamento de la responsabilidad contractual	279
D) El concepto de diligencia en el Código Civil	283
a) La diligencia y la culpa en el articulado del Código civil	286
b) La relación entre los dos párrafos del art. 1.104 C.C.	286
c) Caracteres del modelo de conducta del art. 1.104 C.C.	291
d) La moderación de la diligencia exigible en el art. 1.103 C.C.	296
e) La diligencia en el cumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad contractual	299
20. <i>La diligencia del reasonable man: el sistema del Common Law</i>	308
A) Introducción	308

B) Antecedentes históricos del <i>Tort Law</i> y del <i>Contract Law</i>	310
C) Obligaciones contractuales y extracontractuales. <i>Professional Negligence</i>	311
D) Presupuestos de la responsabilidad extracontractual	313
a) <i>Negligence</i> y <i>duty</i>	314
b) Daños resarcibles	317
c) El <i>duty of care</i> y el <i>neighbour principle</i>	321
d) El <i>standard of reasonable care</i>	324
e) Causas de exoneración o limitación de responsabilidad	329
E) Presupuestos de la responsabilidad contractual	329
a) Principios básicos de la acción contractual de daños	330
b) El <i>standard of duty of care</i> y el <i>breach of contract</i>	331
c) Configuración del <i>duty of care</i> de los profesionales	335
a') Los términos del contrato y el <i>duty of care</i>	335
b') El contenido del <i>duty of care</i> del profesional	340
c') El incumplimiento del <i>duty of care</i> del profesional y la responsabilidad	341
d) Otros deberes del profesional	343
e) El <i>duty of care</i> del profesional respecto a terceros a la relación contractual	345
D) Reflexiones en torno a la configuración del <i>duty of care</i> en la responsabilidad contractual y en la extracontractual	348
E) La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual	349
a) La jurisprudencia en torno a la responsabilidad del abogado. La <i>immunity</i> del letrado	353
b) La evolución de la concurrencia de responsabilidad del abogado	358

<b>CAPITULO IV: LA IMPERICIA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ABOGADO</b>	<b>363</b>
<b>§ 9. La diligencia del buen profesional. La pericia</b>	<b>363</b>
21. <i>Evolución de la noción de pericia. Del artifex al profesional. La máxima «imperitia culpa adnumeratur»</i>	364
A) El Derecho Romano clásico y postclásico	364
B) El Derecho de Partidas	371
22. <i>La aplicación del modelo del profesional como modelo de conducta</i>	373
23. <i>La relación entre la diligencia y la pericia en el cumplimiento de las obligaciones</i>	376
A) La diligencia y la pericia como conceptos parcialmente coincidentes. La diligencia engloba la pericia	379
B) La diligencia y la pericia como conceptos funcionalmente idénticos. La pericia como diligencia del profesional	382
C) La diligencia y la pericia como supuestos conceptualmente distintos y no coincidentes (ni siquiera parcialmente)	389
24. <i>Consecuencias de la diversa configuración del binomio diligencia-pericia: el art. 2.236 C.C. italiano. Las prestaciones de carácter técnico de especial dificultad</i>	396
<b>§ 10. La pericia objetiva y las condiciones personales del profesional</b>	<b>402</b>
25. La pericia en sentido objetivo integra el canon de conducta del profesional	402
26. La relevancia de las cualidades personales del profesional	405
<b>§ 11. La diligencia, la pericia y la <i>lex artis</i>. Análisis jurisprudencial</b>	<b>408</b>
27. <i>La lex artis y su configuración jurisprudencial. La lex artis ad hoc</i>	410

28. <i>La carga de la prueba de la culpa y la lex artis. La evolución jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad del profesional (especial referencia al profesional médico)</i>	418
A) La supuesta diversidad de régimen de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual y en la extracontractual: el art. 1.214 C.C.	420
B) La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Propuestas doctrinales y jurisprudenciales	425
C) La distribución de la carga de la prueba en el ámbito profesional y la distinción entre obligaciones de medios y de resultado	429
D) Tendencia objetivadora de la responsabilidad contractual y extracontractual en el ámbito de las relaciones con profesionales	437
29. <i>La carga de la prueba y el incumplimiento del abogado</i>	441
A) Análisis de las sentencias desestimatorias de la pretensión de responsabilidad del abogado	443
B) Análisis de las sentencias estimatorias de la pretensión de responsabilidad del abogado	462
C) Consideraciones finales en torno a la carga de la prueba de la negligencia del abogado. La función de la diligencia y la pericia y su relación con la calificación de la obligación del abogado	471
<b>CAPITULO V: LAS NORMAS CORPORATIVAS Y DEONTOLÓGICAS RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA</b>	<b>477</b>
§ 12. El reconocimiento de la capacidad normativa de los Colegios profesionales	477
§ 13. La regulación por las Comunidades Autónomas de la normativa en materia de Colegios profesionales	479
§ 14. La normativa corporativa básica del Letrado: el Estatuto General de la Abogacía	482
30. <i>Los Consejos Generales y la aprobación de Estatutos Generales y particulares profesionales</i>	482

## ÍNDICE TEMÁTICO

---

31. <i>Finalidades de los Colegios. Delimitación del ámbito de aplicación del Estatuto: la condición de «abogado»</i>	484
32. <i>El estatuto jurídico de los Abogados: obligaciones y deberes previstos estatutariamente</i>	485
A) <i>La defensa jurídica y el deber de diligencia</i>	485
B) <i>Los deberes éticos y deontológicos: el Código deontológico de la Abogacía</i>	487
33. <i>El régimen de responsabilidad del abogado en el Estatuto General de la Abogacía</i>	488
34. <i>La integración de las normas corporativas en el contrato de servicios del abogado</i>	490
CONCLUSIONES	493
BIBLIOGRAFÍA	503

## INTRODUCCIÓN

Las relaciones de intercambio de servicios ostentan una gran trascendencia económica en nuestro tiempo, constituyendo uno de los sectores de la realidad social en los que se muestra de manera más patente el dinamismo del fenómeno de la obligación.

De otra parte, este aumento del tráfico económico de servicios tiene indudable repercusión en el ámbito jurídico, en tanto que pone de manifiesto la insuficiencia de la regulación del Código civil en orden a dotar de un tratamiento jurídico adecuado a las nuevas formas de intercambios de bienes.

En este ámbito de las relaciones de intercambio de servicios ostentan cada día mayor relevancia los servicios desempeñados por los denominados profesionales liberales, entre los que cabe incluir al Letrado, esto es, a aquel sujeto que reuniendo unas determinadas exigencias —Licenciado en Derecho— se dedica de manera habitual a la defensa y asistencia de intereses jurídicos ajenos, haciendo de estas actividades su profesión.

El objeto de la primera parte de esta investigación consiste fundamentalmente en la indagación de la configuración jurídica de la relación de servicios entablada con el Abogado. Esta tarea se torna



una labor complicada, como hemos apuntado, debido al escaso e inadecuado tratamiento jurídico que a las relaciones de servicios da nuestro Código civil que, en cuanto reflejo de la concepción social de su tiempo, contempla únicamente, con escaso interés práctico actual, el servicio de criados y trabajadores asalariados, dentro del Capítulo III —«Del arrendamiento de obras y servicios»— del Título VI —«Del contrato de arrendamiento»— del Libro IV; constituyendo, en principio, la fórmula genérica del art. 1.544 —«En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto»— la principal disposición legal sobre la que construir la relación existente entre el Abogado y sus clientes.

Ante esta regulación obsoleta y en gran medida carente de vigencia, debido a la eficacia derogatoria de las leyes especiales —reguladoras de las relaciones de servicios en régimen de dependencia laboral—, me planteo en el trabajo el análisis del objeto de la relación obligatoria del Abogado, esto es, del contenido de la prestación de hacer y de las notas que caracterizan dicha relación (infungibilidad, intuitus, fiducia), con ocasión del estudio de aquellos supuestos contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico a través de los que se puede articular dicha relación de servicios profesionales (el contrato de obra, el arrendamiento de servicios, el mandato o los contratos mercantiles de gestión de asuntos ajenos); todo ello con la finalidad de determinar el esquema jurídico en el que, de manera más adecuada, puedan tener cabida las prestaciones típicas del abogado, así como las distintas vicisitudes por las que puede atravesar esta relación.

De manera previa, se ha considerado conveniente detenerse en el estudio del origen y posterior desarrollo doctrinal de la distinción entre las obligaciones de «medios» o de «actividad» y las obligaciones de «resultado», que, a pesar de las numerosas críticas planteadas, ha recibido un fuerte respaldo por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

De esta manera, se ponen de manifiesto las diversas propuestas doctrinales en torno a la vigencia de esta distinción con la finalidad de determinar su efectiva utilidad y trascendencia, exponiendo las repercusiones jurídicas derivadas de tal distinción, que se han hecho radicar en tanto en un diverso régimen de incumplimiento y de carga de la prueba, como en erigirse en el criterio básico para delimitar el contrato de arrendamiento de servicios del contrato de obra.

Una vez delimitados los caracteres de la prestación del abogado y configurada su relación dentro de la más genérica figura del arrendamiento de servicios, sin perjuicio de que determinadas actividades llevadas a cabo por aquél puedan tener acomodo en diversas las figuras normativas (las del contrato de obra, o el mandato), he dedicado la parte segunda de este trabajo al estudio de la noción de impericia y su trascendencia en el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Letrado.

Para ello, en el Capítulo III, he querido comenzar por estudiar la noción de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, realizando, al mismo tiempo, un análisis sistemático de los diversos modelos de conducta que, a lo largo de la historia, los ordenamientos jurídicos de los distintos países han impuesto al deudor, con especial detenimiento en el modelo de diligencia del buen padre de familia, consagrado en el art. 1.104-2º del Código civil español.

En este capítulo III se ha intentado describir cómo viene configurado este modelo de diligencia en el Código civil francés (art. 1.173) y en los ordenamientos jurídicos en él inspirados, principalmente en el Código civil italiano de 1865 (art. 1.224) y posteriormente en el Código de 1942 (art. 1.176), para desde esta perspectiva intentar arrojar luz sobre el art. 1.104 C.C. español y la conflictiva relación entre sus dos párrafos que parecen contemplar dos modelos de conducta diversos. Además, se ha considerado útil exponer los criterios de los que se sirve el *Common Law* para

determinar la existencia de una canon de conducta (*standard of duty of care*) impuesto a los profesionales, analizando las soluciones adoptadas y el tratamiento jurídico de los conflictos provocados por la *Professional Negligence*.

A continuación, en el capítulo IV, me detengo a analizar el modelo de conducta aplicable al profesional liberal —así el abogado—, esto es, el modelo de diligencia del buen profesional, ámbito éste en el que encuentra su relevancia práctica la noción de pericia.

Llegados a este punto del trabajo, se pretende delimitar las nociones de diligencia y pericia, y las relaciones existentes entre ellas, en orden a la individualización de la última —como posesión de los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para la correcta ejecución de una prestación de carácter profesional—, y al estudio de la trascendencia jurídica de la falta de pericia en el incumplimiento de la prestación del abogado.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que nuestra investigación se limita al estudio de la incidencia de la impericia en el cumplimiento de la obligación, dejando de lado el estudio de las consecuencias jurídicas que podrían derivarse del incumplimiento obligacional, esto es, la responsabilidad civil. Se trata, por tanto, de averiguar en qué medida la pericia constituye una condición necesaria para el exacto cumplimiento de la prestación, un presupuesto del cumplimiento de la obligación del abogado, pero no de estudiar el régimen de responsabilidad de éste.

Ahora bien, enfrentados al análisis del término «*lex artis*», tal como ha sido configurado por nuestra jurisprudencia, y a su estrecha conexión con las obligaciones del profesional y con el modelo de diligencia que le viene impuesto, ha devenido exigencia ineludible el estudio de la función que se atribuye a la *lex artis* en el ámbito de la responsabilidad del profesional, en especial, en relación con la

diversa distribución de la carga de la prueba. Esto justifica que me haya detenido a realizar algunas precisiones en torno a la carga de la prueba en la responsabilidad contractual y extracontractual en la que pueden incurrir los profesionales.

Todas estas reflexiones en torno a la *lex artis* y a la carga de la prueba se han realizado en la medida en que me permiten dilucidar cómo juega la prueba de la impericia, esto es, cuál es el contenido de la carga del prueba del incumplimiento del abogado y en qué medida dicho contenido viene determinado por la calificación de la obligación del abogado como de medios o de resultado.

Por último, no podía dar por concluido este estudio sin una aproximación a la normativa corporativa y deontológica básica relativa al Abogado, en particular, al estatuto jurídico de éste, en el que quedan integrados una serie de deberes y obligaciones de necesaria observancia.



## ABREVIATURAS

A.C.	Appeal Cases-The Law Reports
A.D.C.	Anuario de Derecho Civil
All E.R.	The All England Law Reports
Ar.C.	Aranzadi Civil
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
C.&P.	Carrington and Payne
CC.AA.	Comunidades Autónomas
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
C.C.	Código Civil
C. Co.	Código de Comercio
C.E.	Constitución Española
Ch.	Chancery Divission
D. I.R.	Recueil Dalloz, Information rapides
D. J.	Recueil Dalloz, Jurisprudence
D.	Recueil Dalloz
D.S.	Dalloz Sirey
EE.UU.	Estados Unidos de Norteamérica
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
J.C.P.	Juris Classeur Pèriodique- Semaine juridique
J.L.S.	Journal Legal Studies
K.B.	King's Bench Divission
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
M.&W.	Meeson & Welsby
N.S.W.L.R.	New South Wales Law Report
O.L.S.	Oxford Legal Studies
Q.B.	Queen's Bench Divission
Q.d.R.	Queensland Reports
R.A.	Repertorio Jurídico Aranzadi
R.D.P.	Revista de Derecho Privado
R.D.S.	Recueil Dalloz Sirey
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
R.J.N.	Revista Jurídica del Notariado
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo
SS.T.S.	Sentencias del Tribunal Supremo
T.L.R.	Tort Law Review
T.L.R.	Tort Law Review

## ABREVIATURAS

---

U.C.L.R.	University of Chicago Law Review
V.R.	Vaugham Reports
W.L.R.	The Weekly Law Reports
Y.L.J.	Yale Law Journal

**PARTE PRIMERA**

**LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIOS  
DEL ABOGADO**



## **CAPITULO I: LAS RELACIONES DE SERVICIOS PROFESIONALES**

### **§ 1. Consideraciones previas. La prestación del abogado como prestación cualificada**

Con la finalidad de satisfacer las necesidades ante las que se encuentran los sujetos en la sociedad, el ordenamiento jurídico prevé una serie de instrumentos a través de los cuales aquéllos pueden articular sus relaciones de intercambio de bienes y servicios, cumpliendo de este modo una importante función social.

De otro lado, el ordenamiento jurídico no puede desconocer la realidad caracterizada por un incremento considerable de las prestaciones de servicios frente al mero intercambio de bienes, debiendo ofrecer respuesta adecuada a las cuestiones de naturaleza jurídica que se plantean en este tipo de relaciones económicas.

Por ello, debido al hecho indiscutible de que nos encontramos en una sociedad en la que los servicios prestados por profesionales liberales han devenido en objeto de tráfico jurídico de gran trascendencia económica y social, en este capítulo, se pretende sistematizar los distintos supuestos que sirven de cauces, es decir, de mecanismos jurídicos para la prestación de servicios por parte de un grupo de profesionales liberales, los abogados, incidiendo en aquel instrumento jurídico que goza de mayor difusión al adecuarse a la naturaleza de la prestación.

Se trata, en definitiva, de estudiar y profundizar en la naturaleza jurídica de la relación, contractual o no, que une al profesional liberal abogado con su cliente, en cuanto que una vez analizado el contenido y el objeto de la prestación del abogado

podremos determinar cuándo se puede entender incumplida o cumplida defectuosamente la prestación profesional, presupuesto necesario de toda cuestión de responsabilidad.

Esta finalidad justifica el hecho de que al plantearnos las diferentes formas jurídicas a través de las cuales se puede articular una prestación de servicios del abogado se haya de partir de la noción misma de la prestación profesional así como del objeto o contenido de la misma.

La prestación del abogado se puede calificar de «cualificada» en un doble sentido:

1. *Por el sujeto: el profesional liberal. El abogado.*

En efecto, la prestación de servicios profesionales es cualificada en cuanto que el sujeto que queda obligado a satisfacer dicha prestación, normalmente mediante una relación contractual, asume una condición especial, esto es, se trata de un profesional liberal que ejecuta y cumple su obligación de acuerdo con los conocimientos teóricos y prácticos así como conforme a la *lex artis* propia de su profesión.

La noción de profesional liberal ya es conocida en el Derecho Romano, como tendremos ocasión de profundizar más adelante, y nos permite identificar a este grupo de sujetos por dos notas comunes, cuales son, su dedicación a las *artes liberales* y su condición de sujetos libres que prestan «el fruto de su propio saber y de la propia mente»<sup>1</sup>.

Sin embargo, en Roma es la condición de hombre libre que ostenta quien desarrolla la actividad la que dota de un régimen particular a las relaciones que se entablan entre sujetos, en cuanto que, hasta la época imperial, ciertas actividades de naturaleza

---

<sup>1</sup> Cfr. MUSOLINO, G., *L'opera intellettuale. Obbligazioni e responsabilità professionali*, Padua, 1995, pág. 17.

intelectual, tales como la medicina o la arquitectura, no se comprendían entre las *artes liberales* a causa de que venían ejercidas normalmente por esclavos y libertos, sobre todo durante el período republicano.

En cambio, dentro de las *artes liberales* se comprendían, entre otras, las actividades de carácter legal que consistían tanto en la asistencia o asesoría jurídica como en la defensa en juicio, quedando, en principio, reservadas al estamento sacerdotal, y que se calificaban de *iuris prudentia*<sup>2</sup>.

Una vez laicizadas estas profesiones y evolucionada tal noción<sup>3</sup>, en la actualidad, se considera abogado a la persona física que se dedica profesionalmente a la representación, asistencia y defensa jurídica prestando su actividad en determinados sectores del Derecho según las numerosas especializaciones que la práctica registra, apareciendo inscrito como tal en el Colegio Profesional<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Véase el fragmento de Pomponio en D. 1, 2, 6: «*Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant*» («Pero la ciencia de la interpretación de estas leyes así como el conocimiento de las acciones se hallaban en el colegio de los pontífices, de los que se designaba uno que cada año atendiera a los pleitos privados»). Esta cita nos demuestra que, en un principio, el conocimiento e interpretación del *ius* (aún no nítidamente separado del *fas*) quedaba reservado a los *pontifices*.

<sup>3</sup> Pone de manifiesto LEGA, C., *La libera professione*, Milán, 1950, págs. 14-16, que en el Derecho romano, durante el período del proceso formulario diversas figuras desempeñaron funciones de asistencia y defensa jurídica. Así, de un lado, el *cognitor* que representando al pupilo, al detenido en condición servil, al enfermo y al ausente, intervenía en el proceso en nombre propio, tanto en el lado activo como pasivo; más tarde, junto a él se admitió que podía representar en juicio a la parte quien tuviera la general administración de los negocios (el *procurator*) o simplemente aquél que se presentara a dirigir los asuntos y a sostener la *litis*, esto es, el llamado *defensor*. Tanto las partes como sus representantes podían presentarse en la *litis* asistidos por personas expertas en la jurisprudencia y en el derecho: los *oratores* y los *advocati*, que si bien en un primer momento eran distintos, terminaron después por confundirse. Su actividad era de carácter técnico, esto es, se trataba de una asistencia técnico-legal.

<sup>4</sup> Cabe poner de relieve que durante la época justiniana sólo gozaban de la cualidad de abogados aquéllos que desempeñaban funciones jurisdiccionales, tal como se desprende del fragmento perteneciente a D. 50, 13, 1, 11 donde, una vez establecido el criterio de determinación de los honorarios, se especifica que por abogados hemos de entender «todos los que se dedican a la defensa de las causas judiciales; no

De este modo, parece claro que el abogado es un profesional liberal; sin embargo, son los contornos esenciales que caracterizan a esta última figura los que difieren según la opinión de los autores.

Por ello, es preciso analizar las notas configuradoras de la noción de «profesional liberal» para concluir si son éstas suficientes para otorgar un régimen especial tanto a estos profesionales como a las actividades que desarrollan, esto es, si justifican un especial tratamiento respecto a las actividades desempeñadas por otros sujetos que no reúnan tal condición.

En primer lugar, y así se ha venido entendiendo tradicionalmente, el profesional liberal se ha caracterizado por su autonomía, entendida como ausencia de subordinación o dependencia en sus relaciones jurídicas. Sin embargo, esta nota viene matizada por la posibilidad, cada vez más frecuente, de que el ejercicio de la profesión se preste en régimen de trabajo subordinado, esto es, existiendo una relación de carácter laboral que una al abogado con su cliente<sup>5</sup>.

No obstante, si por autonomía entendemos discrecionalidad técnica, es decir, la posibilidad que goza el profesional liberal de determinar los medios técnicos de los que se servirá para el desempeño de su actividad, parece que sí se puede individualizar a este sujeto frente a otros que prestan su actividad en la sociedad. Así, el profesional liberal goza de un poder de elección y decisión de los medios que considera más idóneos para la realización exacta de su

---

estarán, en cambio, entre los abogados los que suelen cobrar algo por una consulta sin que vayan a intervenir en las causas». La traducción de los textos del Digesto corresponde a D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J., *El Digesto de Justiniano*, 3 Tomos, Pamplona, 1968-1974.

<sup>5</sup> En efecto, como señala YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, págs. 65 y sigs., ha de admitirse que el profesional liberal pueda prestar su actividad en régimen de dependencia tanto en las empresas privadas como en los organismos públicos.

prestación, y que permanece intacto aun cuando el prestador se halle vinculado por una relación laboral con su cliente.

Sin embargo, esta discrecionalidad es predicable de todos aquellos sujetos que desarrollan actividades especializadas que se caracterizan por determinados conocimientos teóricos o prácticos (esto es, de los profesionales) y no exclusivamente del profesional «liberal»<sup>6</sup>.

De otro lado, aun erigiendo a la autonomía, en la acepción de independencia, en una (no la única) de las notas que nos permiten identificar al profesional liberal, ésta ha de ser matizada en tanto que el ordenamiento jurídico no desconoce la existencia de intereses generales que han de ser tutelados previendo por ello precisas obligaciones para el profesional.

En particular, respecto al abogado, la libertad que goza en el ejercicio de su profesión se traduce, principalmente, en la facultad de asumir o de rechazar el encargo realizado por los clientes, y que, sin embargo, cabría considerar quebrada por obra de la previsión constitucional del art. 119 C.E., que configura el derecho a asistencia jurídica gratuita, el antiguo «beneficio de justicia gratuita» (ya previsto en los arts. 15 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que fue desarrollado por los arts. 20-2º y 440-2º de la L.O.P.J., y que se ha visto reformado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Tal reforma que, teniendo por objeto el otorgar una adecuada regulación al sistema de justicia gratuita que se muestra, de este modo, como corolario evidente del Estado social y

---

<sup>6</sup> Para SANTORO-PASSARELLI, F., Voz «Professioni intellettuali», *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1967, pág. 23, la nota de la discrecionalidad no permite distinguir el «contratto d'opera intellettuale» del «contratto d'opera» ya que aquélla se halla también presente en los contrato de obra en general. Por el contrario, para TACCHI, P., Voz «Professioni (professioni, arti e mestieri-Dir. amm.)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, pág. 6, el profesional liberal viene caracterizado por su autonomía, entendida como libertad de autodeterminación discrecional en la elección de los medios y comportamientos técnicos para la realización del objeto del contrato.

democrático de Derecho, ha venido a ampliar el contenido material del derecho y a establecer garantías necesarias para su ejercicio efectivo<sup>7</sup>.

Como vemos, en consecuencia, la autonomía en cuanto esfera de libertad propia del profesional liberal resulta sacrificada en razón de la consideración de unos intereses que se consideran superiores y, por tanto, merecedores de una protección específica, cual es, el acceso de todos los ciudadanos a una tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad (art. 24-2º Constitución Española de 1978).

Al mismo tiempo, esta autonomía queda también modulada por la obligatoriedad de la incorporación al Colegio profesional correspondiente para el ejercicio de determinadas profesiones, entre ellas, la de la abogacía<sup>8</sup>. Esta obligación pone de manifiesto la

---

<sup>7</sup> Cabe destacar que la Disposición derogatoria única de dicha Ley ha dejado sin efecto lo establecido en los arts. 15 a 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por otra parte, el Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, ha aprobado el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita.

<sup>8</sup> Entre la doctrina italiana se ha suscitado el debate acerca de la noción de «profesional intelectual» debido a que, a pesar de la rúbrica del capítulo II del Título III, Libro IV del Código Civil de 1942 («Delle professioni intellettuali», arts. 2.229 a 2.238), ninguna de las normas contiene definición alguna de tal expresión.

Entre los autores que se han ocupado de precisar esta noción, LEGA, C., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milán, 1974, pág. 532, resalta la nota de autonomía que caracteriza el ejercicio de la profesión liberal. La libertad profesional explica, según LEGA, tanto la ausencia de vínculos jerárquicos y de subordinación, la libertad de autodeterminarse discrecionalmente en la elección de medios como la «libertad respecto de vínculos externos en el ejercicio profesional en cuanto que la obligatoriedad de la «iscrizione nell'albo» (inscripción en el Colegio profesional correspondiente), el monopolio legal de la profesión, la tutela de la independencia de ésta ponen a seguro al colegiado de la competencia de los no inscritos». En sentido diverso, para RIVA SANSEVERINO, L., «Commentario all'articolo 2.229», *Commentario al Codice Civile*, Scialoja-Branca, Roma-Bolonia, 1963, págs. 192-194, la obligación de inscribirse en los Colegios profesionales («albi o elenchi») supone una limitación al principio del libre desarrollo de cualquier actividad, de la autonomía individual en sede de estipulación de un contrato de trabajo.

Sin entrar en la problemática de la naturaleza jurídica de los Colegios profesionales reconocidos en el art. 36 C.E., lo cierto es que en tanto que inciden en el ejercicio de la profesión de los colegiados desempeñan funciones que afectan al servicio de los ciudadanos, tal como señala la S.T.S. de 12 de junio de 1990 (R.A. 4758, 1990).

presencia de unos intereses generales, los de los ciudadanos, cuya satisfacción adecuada se pretende salvaguardar.

En segundo lugar, el término «profesional liberal» permite entrever que la actividad por éstos desempeñada se caracteriza por cierta nota de intelectualidad<sup>9</sup>, en contraposición a aquellas actividades meramente manuales<sup>10</sup>.

Esta nota individualiza la categoría del «profesional intelectual» del Código Civil italiano de 1942, que contrapone el contrato de obra (art. 2.222) al contrato de prestación de «obra intelectual» (art. 2.230), sometiendo este último a un régimen particular y especial<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Como hemos apuntado, ya en Roma se identificaban las *operae* (o *artes liberales*) con actividades de carácter inestimable, fruto de la sabiduría y de la mente de los hombres.

Ya ULPIANO en el Digesto, Libro 50, Tít. XIII (*De extraordinariis cognitionibus*) hace referencia a los distintos grupos de personas que ejercían profesiones liberales –*liberalia studia*– incluyendo aparte de los médicos y abogados, a los retóricos, los gramáticos, los geómetras, las matronas, los profesores de Bellas Artes, los libreros, los notarios, los secretarios y las nodrizas. Los servicios prestados por éstos se consideraban “servicio de amigo”, y sólo más adelante, en el Bajo Imperio, el carácter “desinteresado” de su arte encontró una remuneración especial, el *honos*, justa recompensa de sus servicios.

<sup>10</sup> Realiza un análisis de la tipología humana y profesional del abogado, HERNÁNDEZ GIL, A., *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975, destacando la tensión que se produce en éste entre el trabajo intelectual y el sentido práctico.

<sup>11</sup> En este sentido, CATTANEO, G., *La responsabilità del professionista*, Milán, 1958, pág. 17, para el cual la actividad particular del profesional intelectual viene caracterizada «por un *quid pluris*, consistente en el significativo papel desempeñado por la inteligencia y la cultura». Este autor distingue entre «profesión intelectual» (término empleado por el Código Civil italiano en diversos preceptos) y profesión liberal, ya que si bien «la profesión liberal es siempre efectivamente una profesión intelectual, no es en cambio cierto que siempre la profesión intelectual sea libre». De ello concluye que la denominación «profesión intelectual» es la que se refiere a la característica intrínseca de la actividad.

También, ponen de manifiesto la relevancia del carácter intelectual de la obra prestada por el profesional liberal GIACOBBE, G., Voz «Professionisti intellettuali», *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXVI, Milán, 1987, pág. 1066; BALDASSARI, A. y S., *La responsabilità civile del professionista*, Padua, 1993, págs. 7 y 8.

A la vista de estas notas, podría concluirse que la noción de profesional liberal no es conducible, de manera aislada o exclusiva, a ninguna de las aquí expuestas; de tal modo que para obtener una primera aproximación habrá de atenderse tanto a la discrecionalidad como a la profesionalidad del que desarrolla una actividad de marcado carácter intelectual, valorada de acuerdo con los criterios históricos (*operae liberales*) y por la conciencia social. Además, la propia noción de profesionalidad lleva implícita el que el ejercicio de la profesión ha de ser llevado a cabo con cierta habitualidad o continuidad, no de manera esporádica u ocasional.

Por lo que respecta al abogado es evidente que su actividad tiene un marcado carácter «intelectual» en tanto que, conforme al art. 8º del Estatuto General de la Abogacía, ésta es «una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia, y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas». El abogado, por tanto, viene caracterizado por poseer los conocimientos propios de la Ciencia del Derecho, lo cual le permite aplicarlos para la solución de las cuestiones jurídicas que se le plantean. Debido a esto, la relación que se entabla con el abogado suele tener un fuerte carácter *intuitu personae*, en cuanto el cliente tiene en cuenta los conocimientos que aquél posee, e incluso su experiencia en el ejercicio de la profesión<sup>12</sup>. Además, como veremos,

---

<sup>12</sup> Sobre el origen de la figura del abogado en nuestro Derecho, vid. BONET RAMÓN, F., «Comentarios a los arts. 1.709 a 1.715», *Código Civil, comentado y concordado*, dir. Q. MUCIUS SCAEVOLA, Tomo XXVI, 2ª ed., Madrid, 1976, págs. 187 y sigs.

A estos efectos, se observa que en el Fuero Viejo de Castilla (Libro III, Título I, Ley 2ª) aparecen confundidos los oficios de abogado y procurador bajo la denominación de "bozero", en cuanto que éste estaba obligado no sólo a defender sino también a representar a la parte que lo ha nombrado; viniendo ya diferenciados en el Fuero Real (Libro I, Título IX, Ley 1ª), donde se conserva la denominación de "bozero" para el sujeto que defendía a las partes en juicio —que se identifica con la figura del abogado—, frente al "personero", al que le correspondía la representación de las mismas en el proceso, siendo potestativo su nombramiento —esto es, el procurador—. De este último contiene una extensa regulación la Partida 3ª, Título V, Leyes 1ª a 26ª, al igual que de los abogados en el Título VI de la Partida 3ª, siendo



al constituir objeto típico del contrato que une al cliente con el abogado el encomendarle a éste la gestión de determinados asuntos propios de aquél, la *fiducia* o confianza se erige en elemento característico de dicha relación<sup>13</sup>.

En suma, la prestación típica del abogado en cuanto obligación de hacer se caracteriza por su infungibilidad, esto es, su objeto reviste unos caracteres que lo individualizan cualitativamente, en cuanto que su realización exige la posesión de ciertos conocimientos teóricos y prácticos así como de determinadas habilidades profesionales, no pudiendo ser sustituida dicha prestación por cualquier otra actividad, ya que ello frustraría el interés crediticio. No obstante, ello no significa que, en todo caso, esté presente el elemento *intuitu personae*, en cuanto que puede no haberse señalado expresamente en el contrato que la actividad de dirección de un asunto o de asesoramiento sea llevada a cabo por determinado profesional en virtud de las cualidades en él concurrentes, de tal modo que podrá producirse la satisfacción del interés del acreedor, con independencia del profesional-abogado que en particular haya cumplido la prestación (abogado en un despacho colectivo). Sólo cuando se hayan tenido en cuenta expresamente al pactar el contrato las cualidades personales del deudor el *intuitus personae* aparece con una especial relevancia integrando la prestación.

---

definidos en su Ley 1ª: «Bozero es ome que razona pleyto de otro en juyzio, o el suyo mismo, en demandando o en respondiend. E ha asi nome, porque con bozes, e con palabras vsa de su officio».

<sup>13</sup> Pone de manifiesto MONTÉS PENADÉS, V.L., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial, Separata*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, s.d., págs. 28 y sigs., la confusión existente en la doctrina entre los conceptos de intuitus, infungibilidad y fiducia que si bien complementarios conviene distinguirlos. En un intento por individualizarlos y por precisar los efectos que cabe derivar de cada uno de ellos concluye que frente a la infungibilidad que hace referencia a la cualidad objetiva de la prestación, la fiducia o confianza «consiste en un especial modo de ser de la fides» y que caracteriza a ciertos tipos contractuales (en general, el mandato, la sociedad civil y el depósito) «y que se conecta, más que a las cualidades personales de una de las partes, a la especial posición en que va a encontrarse en el desarrollo de la relación».

Como hemos apuntado, en la relación entablada entre el abogado y su cliente la fiducia o confianza se expresa con bastante intensidad, lo que se deriva de la especial situación de dependencia en que se encuentra el acreedor-cliente, respecto del comportamiento del abogado, en cuanto que la satisfacción del interés de aquél pasa necesariamente por la confianza depositada en la actuación del abogado. Ahora bien, aun distinguiendo entre fiducia e *intuitus personae*, lo cierto es que la confianza se tiene respecto de una persona determinada, lo cual pone de relieve, en ocasiones, la estrecha conexión de este elemento con las cualidades personales del deudor. Entre las consecuencias directas de la impronta que la fiducia deja en el vínculo contractual destaca el reconocimiento de la posibilidad de la revocación *ad nutum*, cuando sobreviene una modificación objetiva e incluso subjetiva de las cualidades personales del deudor<sup>14</sup>.

Por otra parte, hay que señalar que la calificación jurídica de Abogado viene determinada por la definición que del mismo ofrece el art. 10-1º del Estatuto General de la Abogacía: «Quienes, incorporados a un Colegio de Abogados en calidad de ejercientes, se dedican, con despacho profesional, a la defensa de intereses jurídicos ajenos»<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Junto a este efecto, apunta MONTÉS PENADÉS, V.L., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», op. cit., págs. 34 y 35, otros dos típicos y característicos de la fiducia manifestada con especial relevancia en las relaciones representativas (como son el mandato, la sociedad y los servicios profesionales): la relevancia del error sobre la persona (art. 1.266 C.C.) y la actuación personal de aquél al que se confía la gestión representativa, sin perjuicio del auxilio de terceros e incluso de su sustitución, bajo la responsabilidad de aquél.

Sostiene el autor que existen determinadas relaciones a las que cabe atribuir un «carácter marcadamente personal» derivado del «vínculo de confianza y fidelidad» en que se fundamentan (en palabras del Profesor Díez-PICAZO), de tal modo que ese carácter marcadamente personal constituye en puridad «uno de los elementos de la causa». Así, en el mandato, en la sociedad civil y en el arrendamiento de servicios profesionales.

<sup>15</sup> La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de precisar el concepto de abogado en su Resolución de 26 de junio de 1995 (R.A. 5331), al rechazar la denominación de «bufete» en la correspondiente inscripción que se pretendía practicara en el Registro Mercantil, ya que «tan sólo cabe denominar como

En particular, desde una perspectiva social, es destacable que la profesión forense desempeña una función de intermediación que incumbe al interés general y que es socialmente relevante. Ello es así por la propia naturaleza de los servicios prestados y los valores tutelados pues, como se ha señalado, el deber principal del abogado es «tutelar los intereses del propio cliente en el respeto de los deberes deontológicos y de probidad y lealtad, sin comprometer, más bien favoreciendo, el regular curso de la Justicia, quedando como un directo e inmediato auxiliar de la parte y no del Juez»<sup>16</sup>.

De esta manera, surge entre dos personas, el cliente que se encuentra en una situación de necesidad al no poseer los conocimientos ni medios necesarios para tutelar sus propios intereses o derechos, y el abogado, una relación profesional de prestación de un determinado servicio que puede consistir en representarlo y defenderlo en juicio, en asistirlo o en tutelar de cualquier otro modo sus propios intereses<sup>17</sup>. Al mismo tiempo, como hemos apuntado, dicha relación está impregnada de un fuerte carácter personal y fiduciario.

El abogado en el ejercicio de su profesión se halla vinculado tanto por las reglas técnicas de la ciencia del Derecho, esto es, las normas legales sustantivas y procesales, como por los usos profesionales y las normas corporativas ordenadoras de su

---

«bufete» al despacho profesional de quienes merezcan la condición de Abogado, conforme a tal definición, quedando excluido de tal denominación el despacho de aquellos profesionales del Derecho que se limitan a prestar una actividad, de mero asesoramiento sobre temas jurídicos, entendido como consejo, información o recomendación, lo que es posible por cuanto dicha actividad no resulta encuadrable en el concepto de «protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica», que es la reservada de forma exclusiva y excluyente a la Abogacía profesional según el artículo 9 del mismo Estatuto.

<sup>16</sup> Cfr. LEGA, C., «Il cliente dell'avvocato (nota a Cass. 4 aprile 1967, n. 2880)», *Giurisprudenza italiana*, 1968, I, 1, cols. 298 y sigs.

<sup>17</sup> El art. 9º del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, establece que corresponde a la Abogacía «de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica».

profesión, y que, como veremos, integran el propio contrato que liga a éste con su cliente.

### 2. Por el objeto: el servicio profesional

Al mismo tiempo, la prestación del abogado es cualificada atendiendo al objeto propio de la obligación, es decir, al servicio profesional cuya realización se compromete, que parece contraponerse a las «cosas» como objeto de la prestación a la que se compromete un sujeto.

Llegados a este punto, conviene detenerse en el concepto de servicio que, respecto a lo que aquí nos interesa, aparece configurado como el objeto de la relación obligatoria que une a dos sujetos, que es susceptible de valoración económica, y que, por otra parte, guarda una estrecha relación con el sujeto que la desarrolla.

En principio, podemos afirmar que el término «servicio» aparece referido íntimamente a una obligación de hacer (*facere*), distinta de la de dar, configurándose como el objeto de una prestación consistente en «*aliquid faciendum*»<sup>18</sup>. En este sentido, el servicio se revela como el objeto de la actividad que el deudor se compromete a realizar, de modo que no tiene existencia material en el momento de determinar el programa obligacional. Sólo tras la efectiva ejecución y cumplimiento de la prestación, la conducta del deudor se traduce en el servicio que, asume de este modo, entidad objetiva y material<sup>19</sup>.

Además, el servicio presupone una relación intersubjetiva, esto es, la prestación es debida a otra persona que tiene un interés en él.

---

<sup>18</sup> Considera ALBERTARIO, E., *Corso di diritto romano, Le obbligazioni. Parte Generale*, I, Milán, 1936, pág. 195, siguiendo a BONFANTE, que si bien las fuentes distinguen como objeto de la obligación —la prestación— tres categorías: *dare, facere* y *praestare*, «el *dare* y el *facere* agotan efectivamente los posibles objetos de la obligación».

<sup>19</sup> Así, VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, pág. 271.

Consecuentemente, debe existir cierta necesidad o interés en la contraparte que pretende su satisfacción, de modo que dicha necesidad resulta cubierta mediante el desarrollo de una actividad material o inmaterial por parte del deudor. Es por ello que puede resultar que la actividad en sí misma carezca de todo valor económico, en cuanto que su puesta en marcha no implique interés para ninguna de las partes.

En definitiva, con esto se quiere poner de manifiesto que es la utilidad de la prestación del servicio concebida como la finalidad primordial del desarrollo de la actividad, lo que conduce a que el servicio adquiera una inevitable entidad económica y pueda ser configurado como objeto de la relación obligatoria<sup>20</sup>. Desde el punto de vista socio-económico el acreedor espera obtener la prestación de un servicio por parte del deudor que satisfaga sus necesidades (patrimoniales, personales, etc.); ésta es la finalidad o motivo de la relación entablada, si bien esta relación no le asegura, en último término, la consecución de tal finalidad, sino que tan sólo la satisfacción patrimonial en caso de incumplimiento obligacional,

---

<sup>20</sup> Para una aproximación de la noción de «servicio», vid. SANTINI, G., *I servizi*, Bologna, 1987, págs. 13 y sigs. Este autor realiza un análisis del sector llamado terciario que tiene como único o principal objeto la prestación de servicios en favor de cualquiera que quiera utilizarlos, se trate de particulares o de empresas agrícolas, industriales o comerciales. Nos ofrece, a través de su estudio, una definición del servicio en sentido económico y en sentido jurídico; y esta última, a su vez, desde un punto de vista estático y desde uno dinámico.

Así, en la definición estática de servicio destaca la pertenencia de éste a la categoría de los bienes, de lo que sigue la posibilidad de negocios y contratos sobre él. En cuanto a la definición dinámica de servicio, que es la que mayor interés nos ofrece en este trabajo, hace referencia a la actividad, objeto de la prestación a la que se obliga una parte.

En la crítica que elabora FRANZONI, L., *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1983, págs. 112 y sigs., a la teoría que distingue conceptualmente entre prestación y objeto de la prestación, califica de inaceptable la tesis que considera la «utilidad» como objeto de la prestación; ello debido a que la utilidad como concepto de naturaleza eminentemente económica «no representa más que el resultado práctico perseguido por el acreedor; resultado que, respondiendo a una valoración subjetiva del acreedor mismo, resulta elemento extraño a la estructura de la relación y no puede, por tanto, considerarse el punto de referencia objetivo del derecho del acreedor».

máxime teniendo en cuenta «el principio de incoercibilidad del *facere*» vigente en nuestro Derecho<sup>21</sup>.

¿Cómo aparece contemplada la noción de «servicio» en nuestro Código Civil? Ateniéndonos al texto del Código civil, se comprueba que éste se refiere en múltiples de sus preceptos a la noción de servicio como objeto de la relación jurídica obligatoria (así, en arts. 1.544, 1.583, 1.484, 1.709 ...), evocando, si bien de manera implícita, la idea de actividad. Debido a la proximidad de dichos conceptos, en el estudio aquí realizado en torno a la prestación del servicio exigido a un concreto profesional (el abogado) resulta ineludible la referencia a los tipos de actividades en el que aquél se resuelve, ya que, en último termino, el servicio contratado se resuelve en la concreción de las actividades desempeñadas por aquél.

Siendo esto así, se puede observar que el servicio prestado por el abogado debe tender a la consecución del interés particular que le es confiado por un tercero, pero al mismo tiempo, la prestación del servicio confiado en tanto objeto de la relación obligatoria aparece revestido de una especial consideración en cuanto en el cumplimiento del mismo el profesional está realizando una labor social de cooperación con la Administración de Justicia (cfr. art. 39 Estatuto General de la Abogacía).

---

<sup>21</sup> Como considera VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, op. cit., pág. 274, la distinción entre hacer no personalísimo y hacer personalísimo condiciona decisivamente los mecanismos de ejecución del *facere*.

## § 2. La distinción entre obligaciones de medios y de resultado

Constituye una tarea previa en orden a calificar la relación que une a dos sujetos, uno de ellos que, asumiendo la condición de cliente, pretende la satisfacción de un interés frente a otro, que se compromete a la consecución u obtención de dicho interés contractual, realizar una aproximación al estudio sobre la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, que ha gozado de gran difusión y tradición jurídica en países de nuestro entorno tales como Francia e Italia, y que, a pesar de haber sido objeto de numerosas críticas, no puede considerarse totalmente superada, además de que se halla en la base de numerosas decisiones judiciales.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado puede sernos útil en tanto que incide precisamente en la distinta naturaleza de la prestación a la que se obliga un sujeto que asume la condición de «profesional liberal», lo cual, a su vez, repercutirá en el régimen del incumplimiento.

### 3. Teorías defensoras y principales críticas

El origen de dicha distinción se puede ubicar, siguiendo a los estudiosos de la materia, en DEMOGUE quien propuso a principios de los años 20, en atención a la diversa naturaleza de la prestación, la distinción entre obligaciones de medios (*obligations de moyen*) y de resultado (*obligations de resultat*)<sup>22</sup> y que, sin bien gozó de amplia

---

<sup>22</sup> Vid. DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Tomo V, París, 1925, págs. 538 y sigs., n. 1237.

En su *Traité des obligations en général*, Tomo I, París, 1921, págs. 15 y sigs., DEMOGUE se enfrenta a la labor de ofrecer una noción general de obligación, conceptuando la prestación como objeto de la obligación, es decir, «una acción del deudor frente al acreedor» que a su vez tiene un contenido que es «el objeto mediato de la obligación». Este contenido puede ser muy variado, consistiendo en un *dare, facere* o *non facere*. Posteriormente, este autor elaborará la distinción de la que nos ocupamos en atención a la diversa naturaleza de la prestación, entendida en su acepción de contenido de la obligación.

acogida por la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, no quedó exenta de diversas críticas, algunas meramente formales haciendo referencia a cuestiones terminológicas, otras, por el contrario, incidiendo profusamente en su naturaleza y contenido<sup>23</sup>.

---

No obstante, como pone de manifiesto LEGA, C., *La diligenza del lavoratore*, Milán, 1963, pág. 7, una primera aproximación a la distinción aquí tratada ya se hallaba en un comentario al Proyecto del Código civil alemán realizado por BERNHÖFT a finales del siglo pasado. Pero, es la doctrina francesa la que recogió y desarrolló esta distinción. Para MENGONI, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *Rivista di Diritto commerciale*, 1954, III, pág. 305, la paternidad de la distinción no corresponde a Demogue salvo en la terminología empleada, debiéndose aquélla atribuir a BERNHÖFT, K., «Kauf, Miethe und verwandte Verträge», quad. XII en *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs einer BGB für das deutsche Reich*, dirigido por E.I. Bekker y O. Fischer, Berlín, 1889, pág. 17, quien señaló la necesidad de diferenciar las relaciones obligatorias según la correspondencia o no del objeto de la obligación al resultado final esperado por el acreedor, teniendo en cuenta que «toda relación obligatoria implica una tensión de la voluntad del deudor en dirección a un resultado determinado».

Sobre el origen de la distinción, vid. SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997, págs. 37 a 41, quien pone de manifiesto que, a pesar de algún intento doctrinal de ubicar el origen de la distinción en el Derecho romano, la doctrina mayoritaria rechaza la posible génesis romana, como ponen de relieve LOBATO GÓMEZ, J.M., «Estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», *A.D.C.*, abril-junio 1992, pág. 661, y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, págs. 15 y 16.

<sup>23</sup> Entre los autores que aceptan sin matizaciones terminológicas trascendentes la clasificación propuesta por Demogue destacan entre otros, SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile*, I, París, 1951, págs. 235 y sigs.; PLANCQUEEL DE DURRY, A., «Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1972, págs. 334 y sigs.; WERRO, F., «La distinction entre l'obligation de résultat e l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle», *Revue de Droit Suisse*, 1989, págs. 255 y sigs.

En Italia, esta distinción fue seguida por BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, págs. 40 y sigs.; MANCINI, G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milán, 1957; OSTI, G., «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, I, págs. 606 y sigs., quien ya había puesto de manifiesto la importancia de esta diversidad del objeto de las obligaciones para determinar el alcance y significado del art. 1.224 del Código Civil italiano abrogado de 1865 en su trabajo «Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione», *Rivista di Diritto civile*, 1918, págs. 227 y sigs.



La finalidad de este autor al plantear dicha teoría radica en la obtención de un criterio útil en atención a establecer las diferencias existentes la responsabilidad contractual y extracontractual. Pero, sobre todo, tiende a la solución de un problema ya planteado, que no es otro que el de la carga de la prueba del incumplimiento que corresponde al acreedor que demanda el resarcimiento de los daños a él ocasionados y derivado de aquél. Se trata de discernir, *a sensu contrario*, el contenido de la prueba liberatoria de responsabilidad del deudor, en particular, la suficiencia de la constatación de la observancia de la diligencia, esto es, de la ausencia de culpa, para exonerar al deudor en cierto tipo de obligaciones<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> En efecto, DEMOGUE, R., *Traité des obligations*, Tomo V, págs. 523 y sigs., plantea tal distinción de las obligaciones en el marco más amplio de la búsqueda de criterios útiles que permitan distinguir la responsabilidad contractual («contractuelle») y la extracontractual («délictuelle»).

El autor al estudiar las relaciones entre estos dos tipos de responsabilidad pretende obtener argumentos que le permitan sostener la existencia de un único tipo de responsabilidad o, por el contrario, concluir que las dos clases de responsabilidad son diferentes y sus diferencias deben mantenerse. De este modo, realiza un análisis de todos los criterios o aspectos que son tenidos en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia para distinguirlos, matizando, unos y descartando, otros. Entre éstos, destaca —a su juicio— el modo de calcular los daños-intereses entre la responsabilidad delictual y la contractual ateniéndose al art. 1.150 (C.C. francés), que limita la suma de la indemnización si la inejecución del contrato no procede de dolo, no existiendo tal precepto respecto a la responsabilidad delictual. La diferencia más importante entre las dos clases de responsabilidad radicaría en la carga de la prueba. Ahora bien, en principio, estima que el sistema de la prueba es la misma en uno y otro tipo de responsabilidad: se debe probar que la obligación existe para el demandado, que no ha sido ejecutada y que existe un nexo causal entre este hecho y el daño. Sin embargo, —y aquí radicaría la distinción— «la obligación que puede pesar sobre un deudor no es siempre de la misma naturaleza. Ésta puede ser una obligación de resultado o una obligación de medios». De esta manera, —sostiene el autor— si la obligación es de resultado y éste no es atendido, «existen dos puntos constatados: la obligación y la inejecución. El acreedor ganará el pleito a menos que el deudor pruebe que ha existido imposibilidad sobrevenida por caso fortuito o fuerza mayor». En cambio, en lugar de prometer un resultado mismo, se puede estar obligado legal o convencionalmente a adoptar ciertas medidas de tal naturaleza que sean susceptibles, formalmente, de provocar un resultado. En tal caso, el acreedor es quien debe probar que el deudor ha incurrido en culpa, poniendo como ejemplos, entre otros, «el caso del transporte, en que el transportista se compromete a una obligación de medios frente al viajero por los equipajes de mano que él no ha hecho registrar. De este modo, si el viajero los pierde, deberá entonces probar la culpa del transportista»; «o el médico que no promete la curación, sino los cuidados».

Entre los autores que preconizaron la aplicación de esta clasificación destaca FROSSARD, para quien la aportación de la misma estriba en que se convierte en un procedimiento técnico que permite al Juez determinar las condiciones de existencia de la responsabilidad. A su juicio, la teoría de las obligaciones de medios y de resultado refleja la dualidad de la responsabilidad (objetiva y subjetiva), ya que cuando el deudor promete un «resultado», asume el compromiso de realizar una prestación, sin posibilidad, en caso de inejecución, de quedar liberado por sobrevenir dificultades graves, salvo la prueba de la fuerza mayor. El «resultado es una prestación precisa, objeto directo de la obligación. Su carácter objetivo hace inútil para el acreedor la toma en consideración de la conducta del deudor». Frente a esto, cuando el deudor consiente simplemente en hacer lo posible para realizar una obra o evitar un hecho dañoso, tan sólo resulta obligado a conducirse con diligencia, a aportar a la ejecución de la prestación todos los cuidados del buen padre de familia, de tal modo que si el fin no es obtenido, sólo incurrirá en responsabilidad el deudor si se prueba que no se condujo como el *bonus pater familias*»<sup>25</sup>.

Como hemos apuntado, esta distinción tuvo, a pesar de las críticas, una gran acogida por la doctrina motivada, entre otras cosas, por el empuje definitivo de la jurisprudencia francesa que la perfiló, si bien empleando términos diversos a los acuñados por DEMOGUE<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, París, 1965, págs. 10 y sigs., cuyo pensamiento queda sintetizado al afirmar: «Si el demandado es deudor de una obligación de medios, el hecho de no haber procurado al acreedor la ventaja prometida no es susceptible, por sí mismo, de producir la condena; es menester que se establezca su "faute". Por el contrario, el deudor de una obligación de resultado es responsable desde el instante en que no ha ejecutado la prestación prometida en el contrato o impuesta por la ley».

<sup>26</sup> Cfr. especialmente Cass. 20 mayo 1936, *Recueil Dalloz*, 1936, J., pág. 88; además, Cass. 27 junio 1939 y 27 mayo 1940, *ibid.* 1941, J., pág. 53; Cass. 13 julio 1949, *ibid.*, 1949, J., pág. 423; Cass. enero 1951, *ibid.*, 1951, J., pág. 292; Cass. 21 diciembre 1964, J.C.P. 1965, II, pág. 14005; Cass. 8 octubre 1968, D. 1969, pág. 157; 11 mayo 1971, D. 1971, pág. 477; 14 noviembre 1972, J.C.P. 1972, IV, pág. 300 11 diciembre 1973, J.C.P., 1974, II, pág. 17799; 13 noviembre 1974, J.C.P., 1976, II, págs. 18344; 17 junio 1975, J.C.P. 1975, IV, pág. 259; 18 noviembre 1975, J.C.P. 1976, IV, pág. 15; 12 febrero

No obstante, si bien la doctrina francesa parece aceptar, en principio sin objeciones, la clasificación propuesta por Demogue, se sucedieron diversas propuestas dirigidas a precisar terminológicamente las obligaciones denominadas de «medios» y las de «resultado».

### A) Precisiones de orden terminológico

Entre las diversas precisiones de este orden que los autores fueron elaborando, destaca la realizada por H. MAZEUD que, aun siendo seguidor de la distinción estudiada por Demogue, prefiere el calificativo de «determinadas» para referirse a aquellas obligaciones que vienen caracterizadas por el «resultado», frente a las que se configuran como de «general prudencia y diligencia»<sup>27</sup>. Luego, en

---

1975, J.C.P. 1975, II, pág. 18179; 3 diciembre 1975, J.C.P. 1976, IV, pág. 35; 20 enero 1976, D. 1976, I.R., pág. 126; 27 abril 1976, J.C.P. 1976, II, pág. 18477; 13 octubre 1976, J.C.P. 1976, IV, pág. 354; 8 noviembre 1976, D. 1977, I.R., pág. 49; 16 noviembre 1976, D. 1977, I.R., pág. 64; 3 mayo 1977, D. 1977, I.R., pág. 432; 22 junio 1977, J.C.P. 1977, IV, pág. 219; 15 noviembre 1977, J.C.P. 1978, IV, pág. 22. También, en Sentencia de App. París 25 abril 1945, D. 1946, J. pág. 190 y 26 abril 1948, D. 1948, J. pág. 272; París 12 julio 1972, J.C.P. 1974, II, pág. 17603.

En efecto, la Sentencia de Casación de 20 de mayo de 1936 (*Recueil Dalloz*, 1936, I, pág. 88), que abrió la línea jurisprudencial que fue consolidando la distinción aquí tratada, calificó la prestación del médico como una obligación de medios que comportaba «si no el compromiso de curar al enfermo, sí la de dar los cuidados y atenciones necesarios conformes a los datos adquiridos de la ciencia...».

También en Italia con ocasión de la prestación del médico se pronunció la Cassazione en Sentencia de 28 de abril de 1961 (*Giurisprudenza italiana* I, 1, 1962, cols. 1247 y sigs. con comentario de C. LEGA) en el sentido de admitir tal distinción y calificar la prestación médica de «mezzi» y no resultado en cuanto que «el profesional asumiendo el encargo, se compromete a prestar la propia «opera intellettuale» para alcanzar el resultado esperado, pero no a conseguirlo».

<sup>27</sup> En efecto, MAZEUD, H., «Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence», *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1936, págs. 1 y sigs., propuso otra clasificación tachando la realizada por Demogue de «sibilina». Para este autor, las obligaciones de «resultado» habrían de recibir otra calificación más precisa, cual es, la de obligaciones «determinadas» contrapuestas a las obligaciones de «general prudencia y diligencia». También, MAZEUD, H. y L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, París, 1951, pág. 108; y MAZEUD, H., L. y J., *Leçons de Droit Civil*, Tomo X, París, 1956, págs. 15-16.

estas últimas el deudor está solamente obligado a actuar con la prudencia y diligencia en una dirección dada; no ha contraído la obligación de conseguir el resultado que él persigue.

El interés práctico de la distinción se halla, para los hermanos MAZEUD, en el plano de la prueba del incumplimiento contractual, de modo que para demostrar la inejecución de una «obligación general de prudencia y diligencia», el acreedor deberá demostrar la falta de prudencia y diligencia, el error de la conducta, la culpa del deudor. Por el contrario, cuando el deudor queda obligado a cumplir un acto (positivo o negativo) determinado y preciso, ante el incumplimiento del mismo, corresponde a él la carga de la prueba de que la inejecución es debida a una causa extraña a él no imputable<sup>28</sup>.

Ya en época más reciente, TUNC prefirió la denominación de obligaciones de «diligencia» (*obligations de diligence*) frente a la de medios, a su juicio más exacta y apropiada para calificar dicha clase de obligaciones<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Para MAZEUD, H., «Essai de classification des obligations», op. cit., pág. 25, esta clasificación de las obligaciones en «determinadas» y de «general prudencia y diligencia» ya se encuentra en el Derecho Romano y llega hasta después del *Code napoléonico*. Así, en Derecho Romano, frente a las obligaciones cuyo contenido estaba plenamente determinado (la restitución) se hallaba otra clase de convenciones en las que el deudor no se comprometía «a un hecho preciso, a un resultado, sino a un esfuerzo constante y sincero; sólo tiene la carga de una obligación consistente, de una parte, en ejecutar sin mala fe, a abstenerse de todo dolo; de otra parte, a ejecutar sin mala voluntad, a demostrar su diligencia; siendo esta doble obligación la que Gaius denominaba *fides et diligentia*». También en MAZEUD, H., L. y J., *Leçons de Droit Civil*, op. cit., pág. 16.

También, DERRIDA, F., Voz «Obligations», *Encyclopédie Dalloz, Droit Civil*, IV, París, 1973, pág. 4, considera que el interés esencial de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado concierne a la prueba de la culpa, al menos en materia contractual: se debe siempre establecer la existencia de la obligación violada y la mayoría de las ocasiones la inejecución material de dicha obligación; en las obligaciones de resultado, el acreedor no tiene que hacer nada respecto a la prueba de la culpa que ha cometido el deudor, ya que ésta se presume; por el contrario, aquél tendrá que probar la culpa en las obligaciones de medios.

<sup>29</sup> Cfr. TUNC, A., «La distinction des obligations de résultats et des obligations de diligence», *Juris Classeur Périodique*, 1945, I, págs. 449 y sigs., y en

De esta manera, como vemos, surgen diversos términos para referirse a las obligaciones de medios (*moyen*), conforme a la expresión originaria utilizada por DEMOGUE, siendo preferidas por ciertos autores la de obligaciones de «actividad» o la de «comportamiento»<sup>30</sup>.

Por otra parte, como venimos apuntando, a pesar de la recepción de esta distinción por un sector importante de la doctrina y por los tribunales franceses, no debemos dejar de exponer las importantes críticas que se realizaron a dicha distinción, y que, en parte, siguen manteniéndose en la actualidad.

Así, entre éstas, cabe resaltar las realizadas por MENGONI, que, de un lado, estima poco aceptables las denominaciones enunciadas por los diversos autores, incidiendo, de otro, en la propia consideración misma de la existencia de dos categorías de obligaciones.

De este modo, rechazó tajantemente la terminología empleada por MAZEUD a la que tacha de «equivoca, desafortunada y arbitraria», en cuanto que siendo requisito esencial de toda obligación tener un objeto determinado o cuanto menos determinable, en ningún caso el término «determinado» referido a una categoría de obligaciones puede ser tenido como criterio útil que permita identificar a éstas diferenciándolas de otro grupo<sup>31</sup>.

---

«La distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza», *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, 1947-48, págs. 126-145.

<sup>30</sup> Así, en nuestro país, LOBATO GÓMEZ, J. M., «Estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», op. cit., pág. 656, considera criticable el empleo del término «obligaciones de actividad», en cuanto que es predicable de todas las obligaciones de hacer, y mantiene que la expresión acuñada por la doctrina francesa («obligaciones de medios») es la única que expresa el objeto de la obligación, que es la actividad diligente, por tanto, la más adecuada para identificar dicha categoría contrapuesta a las obligaciones de «resultado».

<sup>31</sup> MENGONI, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», *Rivista di Diritto commerciale*, 1954, I, págs. 186-187, interpreta las palabras de los Mazeud al acuñar el término de «obligación determinada», y relacionándola con la cuestión de la responsabilidad y sus límites, entiende que la voluntad de los autores

Al mismo tiempo, señala MENGONI, al criticar la expresión de «obligación de general prudencia y diligencia», que la diligencia «no es en sí misma un comportamiento, sino más bien un modo de comportarse y, por tanto, una medida del contenido de un concreto deber de prestación»<sup>32</sup>; de ello se deriva que la diligencia no puede ser el objeto de la obligación, esto es, la prestación misma, ya que el objeto del contrato, de la obligación consiste propiamente en la prestación de la obra realizada diligente y correctamente, así como ajustándose a la buena fe. Teniendo en cuenta tales consideraciones, propone este autor que un término preciso para identificar a las obligaciones de medios sea el de «*obbligazioni di semplice comportamento*»<sup>33</sup>.

Sin embargo, tampoco la expresión utilizada por TUNC (esto es, «obligaciones de diligencia») parece satisfacer a MENGONI, en cuanto que la considera aún más desafortunada que la propuesta por DEMOGUE. Ello es debido a la función que asigna a la diligencia, ya que al configurar la diligencia como una mera cualidad subjetiva de una actividad, ésta es solamente una modalidad del contenido del vínculo, un presupuesto del (exacto) cumplimiento, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, que todas las obligaciones deben ser

---

ha sido la de referirse al contenido de unas relaciones que está rígidamente determinado en función de un resultado preciso, de cuya realización el deudor responde sin duda, salvo el caso fortuito.

<sup>32</sup> Cfr. MENGONI, L., «*Obbligazioni "di risultato"...*», op. cit., pág. 187.

<sup>33</sup> MENGONI, L., «*Obbligazioni "di risultato"...*», op. cit., pág. 192, prefiere esta terminología, teniendo en cuenta que «existe ya un resultado en la actividad en una dirección determinada». Además, este autor pone de manifiesto que las obligaciones llamadas de diligencia se reducen a pocos casos típicos en las denominadas profesiones liberales (incluso no en todas las prestaciones realizadas por el médico y por el abogado).

Parecidas objeciones a la terminología empleada por MAZEUD, realiza, entre nosotros, JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado», op. cit., págs. 15-16, centrandó sus críticas en dos aspectos: uno, en cuanto a la utilización de la expresión «obligación general de prudencia», puede inducir a la confusión del deber general que incumbe a cualquier sujeto *ex art. 1.902 C.C.* con el deber específico del sujeto de la relación obligatoria; el otro, en cuanto al término «obligaciones determinadas», la exigencia de determinación de la obligación se da tanto en la de medios como en la de resultados.

cumplidas diligentemente conforme al art. 1.176 C.C. italiano. Por todo ello, concluye el autor su preferencia por el término obligaciones de «medios», que es utilizado para referirse a cualquier obligación cuyo objeto sea la prestación de una actividad técnica dirigida hacia un fin difícilmente realizable<sup>34</sup>.

Ante las dificultades para precisar estas obligaciones, algún autor, como LEGA, propone distinguir entre las obligaciones de «diligencia» cuyo objeto es el mero comportamiento diligente del deudor, y las obligaciones de «medios», que tienen por objeto «la elección, el empleo y la aplicación de los medios técnicos necesarios según el estado de la técnica oficial o la experiencia para conseguir el resultado final aleatorio e incierto que cae fuera de la obligación»<sup>35</sup>, prefiriendo, por tanto, esta última expresión en cuanto que refleja de manera más precisa las notas características de dicho tipo de obligaciones.

### B) Cuestiones de índole material

Junto a las críticas de carácter meramente terminológico cabe detenerse en el estudio de aquel otro género de críticas que parten de la propia configuración del objeto de la obligación y que requieren un análisis de lo que ha de entenderse por objeto de las obligaciones. Dentro de estas críticas cabe distinguir, a su vez, dos tendencias doctrinales: la de aquéllos que consideran que toda obligación puede

---

<sup>34</sup> También en este sentido, CATTANEO, G., *La responsabilità del professionista*, Milán, 1958.

<sup>35</sup> Cfr. LEGA, C., *La diligenza del lavoratore*, Milán, 1958, pág. 78, y *Le libere professioni intellettuali nelle legge e nella giurisprudenza*, Milán, 1974, pág. 515. Este autor destaca las diferencias que en orden al objeto de la obligación comportan la utilización de los citados términos, así como la insuficiencia de la expresión «obligaciones de diligencia», que hace referencia al simple uso de los medios que resulten más idóneos, pero no a la obligación de «emplearlos con la debida diligencia y pericia, así como a desarrollar cualquier otra actividad complementaria concerniente al fin de la obligación».

Además, se ha de tener en cuenta, como señala el autor, que también en las obligaciones de resultado que tienen por objeto un *opus perfectum* el comportamiento según la diligencia es relevante.

ser calificada de «resultado» y la de los autores que estiman que, por el contrario, toda obligación se concibe como obligación de «medios» o de «actividad».

a) *Consideraciones en torno a la concepción de toda obligación como de «resultado»*

En efecto, una de las principales objeciones que se realizan a la distinción aquí analizada parte de que el objeto de la obligación consiste precisamente en la prestación, que va encaminada a la consecución de un concreto resultado útil que satisfaga el interés del acreedor, de lo que se infiere que toda obligación ha de considerarse de resultado<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Los autores italianos son especialmente críticos al tratar esta distinción. Así, en el sentido de la crítica aquí expuesta, para RESCIGNO, P., Voz «Obbligazioni (Diritto privato)», *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Milán, 1979, págs. 190 y sigs., la distinción parece censurable puesto que en cualquier obligación asume relieve el resultado práctico a conseguir como el empeño que el deudor debe poner para obtenerlo.

GIORGIANNI, M., Voz «Obbligazione», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Turín, 1965, págs. 598 y sigs., es bastante crítico con la distinción entre obligaciones de medios (o de comportamiento) y de resultado, rechazándola abiertamente, en cuanto que el comportamiento del deudor está siempre «*in obligatione*», de modo que su presencia constituye el elemento individualizador de la relación obligatoria; mientras, por otra parte, mantiene este autor que un resultado es siempre necesario, indicando la dirección de la prestación hacia la satisfacción del interés del acreedor. Lo que sucede es que varía la proporción de los dos elementos, pero, no viene alterada la fisonomía de la relación obligatoria, en la que es un elemento característico la presencia de un comportamiento del deudor a través del que viene satisfecho el interés del acreedor.

En esta línea se manifiesta MOSCO, L., Voz «*Impossibilità sopravvenuta*», *Enciclopedia del diritto*, Vol. XX, Milán, 1970, págs. 410 y 411, quien considera errado calificar ciertas obligaciones de medios, ya que el interés del acreedor en cualquier tipo de obligación y, por tanto, también en las de hacer, mira a la obtención de un resultado. De otro lado, critica la denominación de obligación de resultado sobre la base de que una obligación sin comportamiento relevante significaría una obligación que, al faltarle una parte esencial, no puede conseguir su finalidad.

En contra del mantenimiento de la distinción, ESMEIN, P., «*Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1933, págs. 627 y sigs., sostiene que es cierto que el objeto de la obligación puede ser variado, en cuanto que su contenido puede ser determinado libremente por las partes; sin embargo, toda obligación tiene por objeto un resultado cierto, sin el cual la obligación carecería de objeto, que es un elemento necesario de la misma. Así, «en las obligaciones de hacer o de dar, el deudor promete siempre unos



Entre los partidarios de esta postura crítica merece especial atención la posición de MARTON, quien entiende que sólo en una insignificante minoría de casos estas dos fases son coincidentes; es decir, aquellos supuestos donde la actividad personal del deudor en sí misma, sin ningún añadido, sin la necesidad de una intervención externa, produce el resultado estipulado. Por ello, la distinción entre medios y resultado se presenta para este autor sin un real alcance práctico, lo cual le lleva a sostener que todas las relaciones obligatorias son de resultado, considerando las obligaciones de medios como «obligaciones en las que el resultado viene precisado de manera estrecha, fragmentaria y parcial, y siempre alusivas a un fin más amplio»<sup>37</sup>.

---

servicios, un cierto acto personal, como resultado, sin el cual aquél no prometería nada». En este sentido, RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité de Droit civil*, Tomo II *Obligations. Droits réels*, París, 1957, pág. 289.

<sup>37</sup> Para MARTON, M. G., «Obligations de résultat et obligations de moyens», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, págs. 501 y sigs., el único supuesto de este género de prestaciones consistentes en un acto o una actitud estrictamente personal sin resultado ulterior lo constituye aquél que consiste en un *non facere* del deudor, donde éste cumple su deber pura y simplemente con su inactividad, y donde apenas se puede imaginar un evento exterior que le empuje al incumplimiento de su deber. No obstante, admite que además se pueden incluir ciertos casos, a los que tacha de raros, de la *locatio-conductio operarum*, y algunas variedades de la *locatio-conductio operis*.

Este autor llega a esta conclusión al entender que siempre se pactan resultados, siendo los medios empleados por el deudor para obtener tal resultado indiferentes para el acreedor. Incluso cuando la intención de las partes está dirigida a un actividad determinada, esta actividad está dirigida a un resultado preciso (total o parcial), el cumplimiento de una tarea más o menos provechosa. La simple diligencia, pues, no resulta jurídicamente provechosa. «Detrás de todo compromiso debe haber un resultado, y la mera buena voluntad del deudor carece de sentido contractual».

En el mismo sentido, se pronuncia WIGNY, P., «Responsabilité contractuelle et force majeure», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, págs. 19 y sigs., al estudiar la imposibilidad absoluta y objetiva (la falta de «faute» que identifica con la fuerza mayor) de la prestación como presupuesto de la responsabilidad contractual (art. 1.137 *Code francés*) analiza la teoría de la «obligation de moyen, según la cual el deudor se compromete a una determinada suma de esfuerzos (en general aquellos que puede atender un buen padre de familia), descartándola sobre la base de que si estuviera justificada tal teoría de ella se derivaría que una ejecución «directe» (*in natura*) muy difícil podría ser considerada como imposible a efectos del art. 1.137

Frente a tal argumentación se ha sostenido que es el contenido de ese resultado debido (la propia prestación) el que puede definirse de distintas maneras. De este modo, según esta opinión doctrinal, cabe distinguir, dentro de las prestaciones de hacer, aquéllas en las que el fin-resultado perseguido por el deudor se incorpora a la prestación, a lo debido, en cuyo caso se dice que el resultado está "*in obligatione*"; frente a otras en las que el fin-resultado no se incorpora a la prestación (al *debitum*), por tanto, dicho resultado no se halla "*in obligatione*".

En consecuencia, en el primer caso el resultado debido es la realización del *opus*, es decir, «una alteración de la realidad física o jurídica preexistente al vínculo obligatorio»; mientras en el segundo supuesto, el resultado debido es sólo el despliegue de una conducta diligente, técnica o no, en vistas a la consecución de un resultado que queda fuera de la obligación<sup>38</sup>.

---

Code «lo cual debe ser descartado». Por el contrario, la tesis de la «*obligation de résultat*» se ajustaría más exactamente a la voluntad de los contratantes y a los términos empleados por ellos, en cuanto que «el deudor promete directamente un hecho o una cosa, y no fija explícitamente los esfuerzos máximos y sacrificios que dicha prestación podrá costarle». Sostiene este autor que no cabe mantener excepciones en favor de ciertas obligaciones que tienen por objeto el trabajo en sí mismo del deudor (como el médico o el abogado que se comprometen a atender el cuerpo o los intereses de su cliente) y que parecerían de medios, ya que siempre existe una obligación de resultado en cuanto que se concibe que el resultado es precisamente la actividad.

<sup>38</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 173 y 174, y en «Obligaciones de medios y de resultado», *A.D.C.*, 1991, I, págs. 12-13. Por ello, afirma JORDANO FRAGA, F., «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *R.G.L.J.*, 1985, pág. 38, que la normal conceptualización de la obligación del médico es de medios o de actividad en cuanto que «aquello que determina el cumplimiento del médico no es la presencia del *resultado final* no debido, sino del *resultado próximo* que constituye el contenido de la obligación...».

En este sentido, vid. también TRIGO REPRESAS, F., *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, 1987, págs. 34-35, quien conceptúa la obligación de «medios» como aquella que sólo impone diligencia y aptitud para cumplir las medidas que normalmente conducen a un resultado, pero sin asegurar la obtención del mismo; frente a la obligación de «fines» que es aquella que compromete un resultado determinado. Al mismo tiempo expone la vigencia de dicha distinción tanto en el ámbito contractual como extracontractual, configurando el deber genérico de

También, para HERNÁNDEZ GIL la idea central de la distinción radica en la consideración del objeto de la obligación, es decir, la prestación. Ésta, consistente en el desarrollo de una actividad determinada o en la omisión de la misma, tiende a un fin que se muestra como una ventaja para el acreedor; concluyendo que dicho interés del acreedor está siempre presente en las obligaciones de resultado, mientras que en las de simple actividad o de medios el interés reside fuera del objeto de la obligación, es decir, el fin queda fuera de la prestación<sup>39</sup>.

En contra de la argumentación realizada por este último autor, YZQUIERDO TOLSADA defiende que las cosas (objeto de la obligación), entendidas como interés definitorio del acreedor, se encuentran siempre "*in obligatione*". Es decir, el interés está presente en toda

---

«conducirse prudentemente en sociedad, para no ocasionar daños a terceros («alterum non laedere»), recogida en el art. 1.109 del Código Civil (argentino)» como una obligación de medios en el campo extracontractual.

<sup>39</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1983, págs. 99-102 y 124 y sigs. Este autor distingue en atención al objeto de la obligación, entre las prestaciones de dar y las de hacer. Así, mientras en las primeras las cosas se incorporan al objeto de la obligación, no sucede lo mismo respecto a las obligaciones de hacer, donde sólo la conducta integra el objeto de la obligación. En estas últimas, la prestación, que es el objeto de la obligación, y siempre es conducta, no contiene referencia alguna a las cosas.

De este modo, Hernández Gil zanja la vieja polémica doctrinal suscitada en torno al objeto de la obligación que enfrenta a corrientes doctrinales predominantes tradicionalmente que entienden que tan sólo las cosas han de ser consideradas objeto de la obligación, relegando a un segundo plano la prestación, bien como contenido de la obligación (MESSINEO, F., *Manuale di Diritto civile commerciale*, Vol. II, Parte 2ª, Milán, 1952, págs. 33 y sigs.) bien como cumplimiento (CARNELUTTI, F., «Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni», *Studi di Diritto processuale civile in Onore di G. Chiovenda*, Padua, 1927, págs. 213 y sigs.) frente a las posiciones que contemplan la prestación, el comportamiento al que el deudor viene obligado, como objeto de la obligación, abstracción hecha de las cosas.

Al explicar las diferencias entre las obligaciones de medios y las de resultado en atención a la incorporación a la prestación del fin o interés del acreedor, el autor equipara las obligaciones de resultado y las obligaciones de dar en cuanto que en ambas la prestación no se agota en la conducta. No obstante, señala una importante diferencia entre ellas, ya que mientras en las obligaciones de dar se requiere la presencia de una cosa (corporal) que preexiste a la prestación de la actividad, en las de resultado éste es «algo nuevo, no preexistente ni coexistente con la actividad, sino el producto logrado por el desarrollo de ésta».

obligación, sea de medios o de resultado; lo que vendría a confirmar que «las dos clases de obligaciones encuentran una idéntica estructura institucional (en ambas el interés final se muestra presente en el objeto de la obligación)»<sup>40</sup>.

No obstante, este autor sí que reconoce que dicho interés desempeña una distinta función o papel en las obligaciones de actividad y en las de resultado. Así, en las obligaciones de medios aun formando parte de su objeto, el interés es «aleatorio, contingente, potencial, eventual»; por el contrario, en las de resultado el interés es siempre vital en la prestación, asumiendo una relevancia fundamental en el objeto de las obligaciones<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> En el mismo sentido, pone de manifiesto CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., pág. 37, que todo programa de prestación está dirigido a la satisfacción del interés del acreedor, y éste forma parte de toda obligación.

<sup>41</sup> Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, op. cit., págs. 254 a 256. Sostiene, este autor, a partir de la afirmación de que no existen diferencias de carácter ontológico entre las obligaciones de actividad y las de resultado, y a pesar de que el interés está presente en todas ellas como parte de su objeto, que sí existe una variante, en lo específico, entre las de actividad y las de resultado. De modo que dicha variante consiste en que, aunque «en ambas el deudor compromete su cooperación y empeña su comportamiento para dar satisfacción al interés del acreedor, ese interés es de consecución imprescindible sólo en las obligaciones de resultado».

Concluye este autor, utilizando la terminología empleada por HERNÁNDEZ GIL y siguiendo a BUERES, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Buenos Aires, 1981, págs. 138 y sigs., que «el problema será que esa cosa (resultado) sea de consecución exigible (obligaciones de resultado) o no lo sea (obligaciones de actividad)». En suma, «la diferencia, pues, está en el objeto y no en el grado de diligencia». En la misma dirección que YZQUIERDO, apunta CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., págs. 37 y 38, que en las obligaciones de resultado la satisfacción del interés del acreedor es plenamente exigible, provocando el incumplimiento en caso de no producirse, mientras que en las llamadas de actividad la «satisfacción del interés primario del acreedor es sólo potencial».

Para JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado», op. cit., págs. 15 y sigs., la premisa para resolver la cuestión de la distinción entre estas obligaciones estriba en que «el interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación es común a cualquier vínculo obligatorio» — de conformidad con lo mantenido por YZQUIERDO TOLSADA—. Es a continuación donde parece que surjan divergencias, ya que para JORDANO FRAGA en las obligaciones de medios puede distinguirse un resultado próximo (debido) constituido por la conducta diligente debida y útil, que es presupuesto necesario aunque no suficiente del resultado último

En las obligaciones de actividad se «da un doble juego de intereses en el objeto de la obligación: un interés final aleatorio, al que se aspira, y un interés primario, que se satisface con la actuación profesional diligente, y que en definitiva constituye el auténtico objeto del deber (la prestación de las obligaciones de medios)»<sup>42</sup>.

De otro lado, en otro orden de críticas, se ha puesto de manifiesto por algún autor la insuficiencia de esta clasificación, cuyo fundamento radicaría en la extensión o rigidez de la garantía de la ejecución de la obligación hecha al acreedor<sup>43</sup>. Esta insuficiencia —se dice— es debida al hecho de que en realidad las distinciones son más numerosas, pudiendo realizar, a su vez, varias dentro de las obligaciones de resultado y de medios. Así, en las obligaciones de resultado se pueden concebir al menos dos categorías dependiendo del grado de garantía de la ejecución de la obligación: unas obligaciones de resultado ordinarias que se presentan en aquellos casos en los que el deudor asume la garantía de un resultado que, sin embargo, cesa en presencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor; otras, las obligaciones de resultado absolutas, cuando el deudor asume aquel resultado incluso concurriendo fuerza mayor. En este último supuesto, la obligación del deudor es mucho más estricta y el acreedor se beneficia de una garantía absoluta<sup>44</sup>. Idéntica observación se realiza respecto a las obligaciones de medios, esto es,

---

(no debido), mientras en las de resultado el interés creditorio se define por la obtención de un *opus* (resultado-fin).

<sup>42</sup> Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil ...*, op. cit., pág. 267. Con estos argumentos, basados en el interés final, que si bien se halla siempre en cualquier obligación, sea de medios sea de resultado, asume una distinta intensidad y cumple distinta función en orden a la determinación del cumplimiento, afirma que «en las obligaciones de resultado, la diligencia queda fuera de lugar. Sólo importa la satisfacción del interés definitivo o fin último».

<sup>43</sup> Tal es el sentido de la crítica de STARCK, B., *Droit Civil, Obligations*, Vol. 2, *Contrat et quasi-contrat. Régime général*, 2ª ed., París, 1986, págs. 339 y sigs.

<sup>44</sup> Además, sostiene STARCK, B., *Droit Civil, Obligations*, op. cit., pág. 342, se pueden concebir grados intermedios en estas obligaciones de resultado tanto en virtud de la ley como del contrato, cuando se prevé que ciertos eventos de fuerza mayor, pero no todos, queden a cargo del deudor (ej. los arts. 1.772 y 1.773 *Code français*).

dichas obligaciones pueden ser susceptibles de innumerables grados debido a que una obligación de este tipo supone un análisis concreto de la situación<sup>45</sup>.

Por otra parte, volviendo a la crítica realizada por MENGONI cabe poner de relieve su explicación sobre una posible distinción en las obligaciones entre el interés próximo o inmediato y el interés remoto o último. En efecto, para este autor, la contraposición entre obligaciones de medios y de resultado se caracteriza por su relatividad, en cuanto que dicha contraposición, basada en una relación teleológica, también puede ser vista desde un punto de vista etiológico. Así, lo que es medio (instrumento) para alcanzar el fin (resultado) puede verse también como causa de un efecto o resultado.

De esta manera, conforme a lo mantenido por este autor, en una obligación de medios la actividad diligente entendida como contenido de la prestación puede ser concebida como el propio resultado, esto es, el interés próximo o inmediato, o bien como medio, es decir, en cuanto interés remoto o próximo que se encuentra fuera de la prestación debida.

Mientras, las obligaciones de resultado vienen presididas por un interés primario típico, que se incorpora a la obligación y que es el fin-resultado de la obligación. Junto a ese resultado típico pueden aparecer otros fines o resultados ulteriores que no se incorporan a la obligación de tal modo que el resultado típico aparece como medio para la consecución de un fin último<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Así, pone STARCK, B., *Droit Civil, Obligations*, op. cit., pág. 342, como ejemplo la obligación asumida por el médico. Resulta evidente para el autor que los cuidados que promete un médico no son los mismos según que éste sea un gran especialista, un médico de hospital o un médico rural. Los medios de que dispone normalmente el primero y que él promete, implícitamente, a su cliente son totalmente distintos de los que promete el segundo. De esto resulta que un error de diagnóstico podrá ser considerado como culpa contractual para uno y no para el otro.

<sup>46</sup> Para MENGONI, L., «*Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*», op. cit., págs. 188 y sigs., la distinción entre obligaciones de medios y de resultado hace

b) *Consideraciones en torno a la concepción de toda obligación como «de actividad»*

Frente a los partidarios de la posición expuesta, fundamentada en que toda prestación persigue la satisfacción del interés-fin del acreedor, de lo que se desprendería que toda obligación ha de ser considerada de resultado, se hallaría la corriente doctrinal opuesta, que entiende que la obtención de cualquier resultado postula siempre cierta actividad diligente por parte de su deudor. Llevando esto a sus últimas consecuencias, se concluye que todas las prestaciones de hacer serían de medios o de actividad<sup>47</sup>. Desde esta perspectiva se argumenta que el resultado previsto no puede ser alcanzado sin el empleo de determinados medios, es decir, sin el desarrollo por parte del deudor de la conducta adecuada y adaptada a los medios necesarios, de lo que se sigue que toda obligación contractual tiene por objeto una cierta conducta del acreedor, una cierta diligencia, que permite calificarla de obligación de medios<sup>48</sup>.

Conviene en este punto partir de la afirmación de que toda prestación, sea de dar, sea de hacer, implica una actividad por parte del deudor que, realizando un contrato, se ve comprometido a la satisfacción del interés creditorio, y precisamente este

---

referencia no a dos categorías distintas de obligaciones, sino más bien a la mayor o menor amplitud del resultado debido e incorporado a la obligación, respecto al interés final del acreedor.

También JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado», op. cit., págs. 15 y sigs. pone de manifiesto la irrelevancia a efectos de cumplimiento de una obligación de resultado de los fines creditorios no incorporados al contenido de la prestación del deudor no significa la irrelevancia jurídica absoluta.

<sup>47</sup> Vid. FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, op. cit., págs. 76 y sigs., para quien en realidad toda obligación es una conducta, no sólo las obligaciones de *facere* sino también las de *dare*.

<sup>48</sup> Al mismo tiempo, no desconocen los autores de esta postura que el resultado ha de tener cierta relevancia, si bien incidental y meramente accesoria en cuanto que se afirma que para obtener el cumplimiento adecuado de una obligación de medios se ha de lograr, cuanto menos, ciertos resultados intermedios. De este modo, la obligación de medios acaba configurándose, en todo caso, como «una sucesión de obligaciones de resultado».

comportamiento ha de ser diligente, cuidadoso en atención a la realización o la consecución de dicho interés, que constituye el fin o la causa del contrato.

De esta opinión es MORENO QUESADA quien critica la tendencia a excluir o por lo menos a degradar la relevancia del *facere*, al situar el núcleo de la relación obligatoria en el *opus* o el resultado, ya que en «las obligaciones de hacer es la realización de la conducta lo que satisface el interés del acreedor o, por lo menos, es lo que el deudor debe llevar a cabo para que así sea»<sup>49</sup>. Reserva este autor a la prestación entendida como conducta o comportamiento una función principal en la obligación al constituir su objeto, relegando, de este modo, a las «cosas». No obstante, considera que desde el punto de vista del objeto, sí cabe distinguir dentro de las obligaciones de hacer un distinto juego de las «cosas» —entendidas éstas como elemento variable que puede concurrir en la prestación—<sup>50</sup>.

Al estudiar las diversas clasificaciones de las obligaciones de hacer resalta el autor el papel que la diligencia asume en las obligaciones que se han denominado de resultado, en las que también se halla presente, en cuanto que el deudor de una obligación de resultado debe poner en marcha una actividad diligente para conseguirlo<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> MORENO QUESADA, B., «La problemática de las obligaciones de hacer», R.D.P., junio 1976, pág. 469, quien siguiendo a Hernández Gil entiende que el objeto de la obligación lo constituye la prestación, y no sólo las cosas, asignando a estas últimas la función de factor variable en la prestación, ya que «la prestación, que es siempre conducta, puede o no estar referida a las cosas».

<sup>50</sup> Cfr. MORENO QUESADA, B., «La problemática de las obligaciones de hacer», op. cit., pág. 476.

<sup>51</sup> Cfr. MORENO QUESADA, B., «La problemática de las obligaciones de hacer», op. cit., pág. 475, declara que «bien es verdad que las obligaciones de resultado no excluyen, antes bien la imponen, una actividad diligente para conseguirlo; pero las partes al concertarlas piensan en el resultado y no en los medios que han de permitir alcanzarlo, por lo que hacen al resultado objeto directo de la obligación, y en cuanto a la diligencia con que haya de actuarse, será toda la necesaria; no es cuestión de cantidad, sino de eficacia de la utilización, de tal manera que al no alcanzar el resultado se hace presumir que no se empleó la diligencia necesaria».



De otra parte, aun considerando que muchas de estas críticas son parciales o equívocas, lo cierto es que consecuencia inmediata de la admisión de la clasificación de las obligaciones entre las de medios y las de resultados es la tarea de determinar aquellos criterios que en concreto permitan, ante una obligación particular, calificarla e integrarla en uno u otro grupo y que, como demuestran los trabajos de los estudiosos de esta materia, no son unánimes ni en la doctrina ni en la jurisprudencia<sup>52</sup>.

De otro lado, cabe sostener que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no coincide con la distinción entre las obligaciones que tienen por objeto la ejecución de servicios y las que tienen por objeto la ejecución de una obra, en cuanto que, como ha demostrado en diversas ocasiones la jurisprudencia, la prestación de un servicio puede ser considerado como un resultado en sí mismo.

---

Por el contrario, la actuación diligente agota la obligación del deudor en la de medios, en cuanto que el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al deudor la prestación que éste espera, permaneciendo fuera del contrato el resultado.

Para Moreno Quesada la distinción entre estas dos clases de obligaciones radica en el «alea» del resultado, ya que admitiendo que incluso en las de resultado está presente (fuerza mayor), en las de diligencia o medios, «el alea es tal que su incidencia en la consecución del resultado no permite presumir la culpa del deudor».

A esta idea del alea como criterio de distinción de las obligaciones de medios y de resultado hace referencia TUNC, A., «La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence», op. cit., pág. 449, al mantener que la presencia del alea sería característica de una obligación de medios (médico); su ausencia, de una obligación de resultado (transportista). Sin embargo, como pone de manifiesto DERRIDA, F., Voz «Obligations», *Enciclopedia Dalloz*, op. cit., pág. 4, la jurisprudencia francesa no ha seguido tal criterio, sino que éste ha girado en torno a la naturaleza de la obligación que pesa sobre ciertos deudores, mientras que el carácter aleatorio del resultado esperado no supone ningún cambio.

<sup>52</sup> En el estudio que sobre esta distinción realiza SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997, págs. 45 y sigs., analiza los criterios de los que se ha servido la doctrina y la jurisprudencia para calificar una obligación como de medios o de resultado. Entre los propuestos doctrinalmente distingue dos grupos: «los que atienden a la situación de las partes en la relación obligatoria» y los «que hacen referencia al contenido de la obligación» que, sin embargo, como pone de relieve la autora, ninguno ha sido considerado decisivo por la jurisprudencia, aun cuando todos han sido tenidos en cuenta en mayor o menor medida.

En suma, toda obligación comporta un interés contractual que, mediante la actividad desempeñada por el deudor y los medios puestos por el mismo, dirigida al cumplimiento de la obligación, ha de ser satisfecho; en caso contrario, el deudor incumple. Ahora bien, ese interés contractual puede quedar configurado de múltiples maneras, puede exteriorizarse como una obra o resultado material o como una simple conducta.

#### *4. Consecuencias y utilidad de la distinción*

Una vez expuestas las teorías defensoras de esta distinción y sus críticas es conveniente detenerse a analizar la utilidad de la misma, esto es, su virtualidad y eficacia en cuanto instrumento que nos permita determinar el contenido y los perfiles de la prestación cualificada, como hemos denominado, a la prestación del abogado, de tal modo que podamos determinar, en virtud de dicha clasificación, los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la misma<sup>53</sup>.

Lo cierto es que la distinción, aquí someramente analizada, a pesar de ser objeto de numerosas críticas, ha tenido un respaldo doctrinal y jurisprudencial en nuestro país de la que parece haberse hecho eco el legislador en el Proyecto de Ley 121/43, de 12 de abril de 1994, de modificación del Código civil en materia de contratos de obra y de servicios; todo ello a pesar de su relatividad y la escasa aplicación rígida o «pura» de la misma a los supuestos que se dan en la realidad.

En suma, esta distinción asume gran relevancia fundamentalmente bajo tres aspectos:

---

<sup>53</sup> Para un análisis de las críticas aquí planteadas y las consecuencias de ellas derivadas, vid. YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 259 a 269; y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., págs. 33 a 38.

En primer lugar, en cuanto a la determinación del contenido de la obligación de *facere*, esto es, del contenido de la prestación, objeto de la obligación asumida por el deudor; lo cual nos permitirá identificar los presupuestos del exacto cumplimiento de la obligación y, *a sensu contrario*, los extremos de su contravención o del incumplimiento desencadenando las consecuencias legales y convencionales previstas<sup>54</sup>.

De este modo, tras un examen del denominador común del contenido de aquellas obligaciones que son calificadas de «comportamiento», de «medios», o «de diligencia», se podrá concluir la vigencia de la distinción propuesta en orden a las consecuencias a ella conectadas.

Así, como hemos señalado, se mantiene que en las obligaciones de medios, la diligencia es el contenido de la actividad debida<sup>55</sup>, poniéndose ésta en relación con la diligencia del buen padre de familia, que es identificada de este modo con la medida del cumplimiento, como modelo o *standard* que sirve para establecer si la obligación ha sido exactamente cumplida o no. Dicho de otro modo, en las obligaciones denominadas de «medios» la diligencia se constituye en el objeto mismo de la obligación, el deudor viene obligado a prestar una conducta diligente independientemente del interés último perseguido por el acreedor, esto es, el resultado al que tiende la actividad diligente del deudor, pero cuya realización no se compromete a procurarle, sino solamente a realizar un esfuerzo para obtenerlo<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Así, para CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., pág. 37, el núcleo de la distinción radica en el contenido de la relación obligatoria, de tal modo que la dicha distinción indicaría dos tipos de prestaciones.

<sup>55</sup> Cfr. LORENZI, V. DE, «Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato», *Digesto Civile XII*, Turín, 1995, pág. 398.

<sup>56</sup> Así, MORENO QUESADA, B., «Problemática de las obligaciones de hacer», op. cit., pág. 475, quien sostiene que efectivamente en las obligaciones de medios o de actividad, la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación; explicando que ello es así porque «normalmente el resultado perseguido por el

Sin embargo, cabe matizar tal afirmación, ya que aun admitiendo que en ciertas obligaciones la diligencia asume una relevancia singular, ello no significa que se pueda prescindir de un fin último que se halla presente en toda obligación y al que debe tender la prestación, el comportamiento diligente del deudor<sup>57</sup>.

Conviene recordar que toda prestación debe responder a un interés del acreedor merecedor de tutela por el ordenamiento jurídico, esto es, a una causa como elemento esencial de toda obligación. De este modo, todo vínculo obligatorio nace con la finalidad de satisfacer un interés, una utilidad para el acreedor, a cuya consecución tiende la prestación del deudor, lo cual no significa que este interés deba traducirse necesariamente en un resultado externo y material. El comportamiento del deudor se convierte en condición necesaria para la satisfacción del interés, para que se produzca la utilidad de la obligación pretendida por el acreedor.

Ello, sin perjuicio de que en determinadas obligaciones de hacer, en las que se compromete una prestación que se caracteriza por su infungibilidad, la actividad del deudor asuma una especial relevancia jurídica al afectar de manera esencial a la satisfacción del interés del acreedor.

---

acreedor, y que el deudor se esforzará en alcanzar, es demasiado aleatoria; depende demasiado poco de la sola diligencia del deudor para que las partes puedan hacerlo el objeto de la obligación».

<sup>57</sup> En esta línea, sostiene DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Madrid, 1993, págs. 246 y 247, quien entiende que «el interés del acreedor no estriba tanto en que el deudor despliegue esa energía o actividad, cuanto en poder lograr con ella una determinada finalidad, que, en ocasiones, se denomina logro o realización del interés primario del acreedor que subyace en la constitución de vínculos obligatorios». Ahora bien, y siguiendo a Jordano Fraga, sostiene el autor que existen dos formas de configurar el contenido de la prestación debida cuando ésta consiste en un *facere*.

Proponen DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, 6ª ed. reimpr., Madrid, 1990, pág. 145, que en los casos en que sea dudoso el encuadre de la obligación debe resolverse atendiendo a la circunstancia de que el resultado esté o no al alcance de quien despliega la actividad.

En cambio, en las obligaciones de resultado, es éste el que se erige en parámetro o medida de la exactitud del cumplimiento, su no obtención o su consecución defectuosa se tiene por suficiente para tener por no cumplida la prestación, objeto de la obligación, llamada a satisfacer el interés del acreedor. Sin embargo, es conveniente poner de relieve que el art. 1.104 C.C. (al igual que el art. 1.176 C.C. italiano o el art. 1.137 C.C. francés) impone al deudor un deber general de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, independientemente de que lo comprometido mediante la obligación sea una obra-resultado o el despliegue de una cierta actividad.

En segundo lugar, una vez identificados los presupuestos del cumplimiento de la obligación, esto es, cuándo se puede afirmar que la obligación contractual, tal como fue configurada por las partes, ha sido incumplida, es necesario realizar el juicio de responsabilidad por incumplimiento como medida de naturaleza indemnizatoria prevista por el ordenamiento jurídico, es decir, en cuanto remedio puesto a disposición del acreedor frente a la insatisfacción de su interés contractual. Por tanto, es en este momento cuando se han de individualizar los presupuestos de dicho juicio, lo cual implica necesariamente preguntarse acerca de los supuestos de liberación o de exoneración de responsabilidad del deudor.

Es en esta sede del juicio de responsabilidad donde pueden plantearse, a su vez, diversas cuestiones, poniéndose de manifiesto la distinción entre ambas clases de obligaciones: una, ya apuntada, que guarda estrecha relación con la afirmación de la exigencia de que el incumplimiento dañoso de la obligación sea imputable al deudor, es la relativa a los criterios de imputación de responsabilidad del incumplimiento y, por tanto, también a los supuestos de inimputabilidad de dicha responsabilidad; otra, la relativa a la carga de la prueba del hecho generador de responsabilidad y la contraprueba liberatoria de dicha responsabilidad, o más bien al

distinto contenido de la prueba del acreedor y del deudor, en su caso<sup>58</sup>.

Por último, la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado se ha hecho valer, mostrando su relativa utilidad, como criterio básico de otra distinción, la del contrato de servicios y contrato de obra.

La distinción entre estas dos categorías de obligaciones se ha conectado tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia al hecho de que se haya previsto la realización de una obra o de un servicio como resultado (*opus*) de la actividad comprometida por el

---

<sup>58</sup> En esta dirección, LE TOURNEAU, PH., *La responsabilité civile*, 2ª ed., París, 1967, págs. 374 y sigs., entiende que el interés práctico de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado se centra precisamente en la carga de la prueba, de tal modo que la culpa se presume en las obligaciones de resultado mientras que debe ser probada en las otras. Así «cada vez que la obligación inejecutada sea una obligación de resultado, la culpa contractual se presume por el solo hecho de la inejecución. El acreedor no tiene que probar la culpa, sino que deberá probar, de una parte, que el contrato comportaba este compromiso determinado en su beneficio y, de otra parte, que dicho compromiso no ha tenido lugar». Observa el autor que la mayoría de las obligaciones contractuales son de resultado, pero en los casos excepcionales en que la obligación es de medios «es el acreedor el que debe establecer la culpa del deudor».

Por último, señala este autor la existencia de un paralelismo entre la distinción de las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en cuanto a la carga de la prueba.

Por el contrario, para CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, dir. A. Albaladejo, Madrid, 1989, pág. 592, que la única utilidad de la distinción radicaría en articular una diversa distribución de riesgos, pero no en distribuir la carga de la prueba.

Para ÁNGEL YAGÜEZ, R. y ZORRILLA RUIZ, M. Mª, «La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983)», *A.D.C.*, 1985, págs. 209 a 211, la diferencia entre las obligaciones de medios y las de resultado «radica en la necesidad de que la falta de diligencia —reverso de la intensidad psicológica con que todo deudor se ha de aplicar a realizar la prestación— se pruebe en las primeras y se presuma en las segundas». Según esta opinión, el fracaso o la frustración de la utilidad del acreedor de una obligación de resultado lleva a presumir que el deudor «no logró la dosis de animación psicológica que, en caso de haberse alcanzado, provocaría un cumplimiento liberatorio», y para enervar dicha presunción tendrá el deudor que probar que una «concausa externa paralizó los efectos de la causa eficaz a se ipsa para conseguir el fin prometido».

deudor o, en cambio, se contemple la actividad en sí misma (*operae*), prescindiendo del éxito y, en particular, de la perfección de un *opus*.

En consecuencia, cuando el objeto del contrato consista en el desarrollo y ejecución de cierta actividad dirigida finalísticamente a la consecución de un resultado (concebido como interés final o remoto) que, sin embargo, no sea exigible —por poderse deducir del contrato—, coincidirá el contrato de servicios con la obligación de medios tal como aquí ha aparecido configurada. En cambio, si dicho interés final aparece como exigible, en cuanto que constituye el propio objeto de la obligación asumida por el acreedor estaremos en presencia de un contrato de obra, y la obligación vendrá calificada de «resultado»<sup>59</sup>. No obstante esta afirmación, ha de tenerse en cuenta que, en nuestro sistema, no sólo en el contrato de obra el deudor queda obligado a conseguir un resultado (*opus perfectum et consumatum*) determinado asumiendo los riesgos, sino que existen determinadas supuestas procedentes de la antigua *custodiam praestare* que encuentran un encaje perfecto en las obligaciones de resultado, como son las obligaciones del fondista y mesonero (arts. 1.783 y 1.784), o el porteador (art. 1.602), entre otras.

Sin embargo, en la mayoría de los supuestos de prestaciones de servicios que denominamos profesionales nos hallamos ante una complejidad de obligaciones de resultados y de medios, lo cual demuestra la escasa utilidad que en la práctica demuestra tal distinción, poniendo de manifiesto, al mismo tiempo, su relativa

---

<sup>59</sup> En este sentido, SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al art. 1.586», *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pág. 1176 y sigs. Según este autor, «la esencia del contrato de obra está en la asunción de la responsabilidad por la obtención de un resultado».

No obstante, esta identificación contrato de servicios/obligación de resultado y contrato de obra/obligación de medios es matizada por YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 268, para quien «las más de las veces, dentro de un contrato de servicios en general y de servicios profesionales en particular, habrá parciales y fragmentarios resultados exigibles (sin que ello signifique que hay otros tantos contratos de obra), cuya ausencia servirá como clara pauta a la hora de probar el incumplimiento de la global obligación de actividad».

necesidad como instrumento para calificar determinados tipos contractuales.

En suma, atendiendo a las diversas consideraciones expuestas en este apartado cabría concluir, a la vista de los resultados a que conducen, la ya mencionada relatividad de la distinción de las obligaciones aquí estudiada, en cuanto que, si bien tiene la virtualidad de ofrecer un criterio que habrá de ser tenido en cuenta para identificar el contenido de la relación obligatoria, la prestación debida y, en consecuencia, para identificar aquellos supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación, se muestra, en numerosos supuestos, insuficiente por sí mismo para tal objetivo. Esta consideración vendría confirmada por la amplia noción del término «servicio» como objeto de las relaciones contractuales, y en el cual pueden comprenderse múltiples y diversas actividades dirigidas a la satisfacción de un interés que, en ocasiones, exigirá la traducción de dicha actividad en un resultado material y, en otras, se cumplirá con la puesta en marcha de los medios precisos orientados a tal fin.



## CAPÍTULO II: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DEL ABOGADO

Para exponer mejor la naturaleza jurídica de la relación existente entre el abogado y su cliente, hemos de tomar como punto de partida el estudio de las características de los contratos a través de los cuales se suele articular la prestación de un servicio u obra en el ejercicio de las profesiones liberales.

En principio, la relación del profesional con su cliente es de naturaleza contractual; sin embargo, es la determinación del tipo de contrato de que se trata la que plantea mayores problemas<sup>60</sup>. Así, muestra de la dificultad de la calificación de la relación de servicios profesionales es el hecho de que desde el Derecho Romano y hasta nuestros días, diversas teorías han ido sucediéndose, planteándose la figura jurídica en la que debía quedar enmarcada la relación de servicios.

---

<sup>60</sup> No obstante, esta afirmación no ha sido pacífica, en cuanto que diversos autores han mantenido la naturaleza extracontractual de la relación existente entre un profesional liberal y el cliente. Ello es debido a la consideración de que los actos derivados de una profesión no son en sí mismos susceptibles de constituir el objeto de una prestación obligatoria, con la directa consecuencia de que el que promete la prestación de actos que derivan de una profesión liberal carece de «causa suficiente» para exigir su derecho a los honorarios.

Así, entre los partidarios de esta teoría, AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de Droit civil français*, Tomo IV, 5ª ed., 1902, págs. 353 y sigs.

### § 3. El origen del contrato de arrendamiento de servicios

Para aproximarnos al estudio de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios profesionales, constituye presupuesto necesario referirnos al origen de la distinción entre el contrato de obra y el de servicios tal como aparece actualmente configurado, que puede remontarse, según parte de la doctrina, a la distinción surgida en el seno de Derecho Romano entre las figuras de la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*<sup>61</sup>.

Sin embargo, resulta necesario advertir que las opiniones doctrinales son discrepantes en torno al origen de la citada tripartición de la *locatio-conductio*, poniéndose en duda la existencia de ésta en el Derecho Romano y siendo considerada más bien un producto de la Pandectística del siglo XIX<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Para un estudio completo sobre los antecedentes del arrendamiento y la evolución de la figura de la *locatio conductio* vid. SOLÉ RESINA, J., *Arrendamiento de obras o de servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Valencia, 1997, págs. 12-29.

<sup>62</sup> Así, para ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Nápoles, 2ª ed., 1958, pág. 125, la distinción de tres tipos de *locatio-conductio* se debe a la ciencia moderna, puesto que el Derecho Romano habría hecho referencia a un solo concepto de locación, «salvo para reagrupar en diversos modos, según las exigencias, los supuestos a los que se quisieran aplicar reglas particulares»; también en *Istituzioni di Diritto romano*, 3ª ed., Nápoles, 1939, págs. 333 y 334.

Tal opinión sobre la inexistencia en el Derecho Romano de la tripartición hoy conocida del arrendamiento en cosas, obras y servicios es compartida de manera casi unánime por los romanistas. En este sentido, JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, trad. Prieto Castro, Barcelona, 1937, págs. 337 y 338, para quienes resulta claro que los romanos conocieron un tipo contractual único de arrendamiento, ya que su concepción era totalmente distinta a la nuestra; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. J. Daza, Madrid, 1986, pág. 512.

En contra, para MUSOLINO, G., *L'opera intellettuale*, op. cit., pág. 11, nota 9, se debe poner en relieve que la unitariedad de la *locatio-conductio* encuentra dificultades también terminológicas, ya que «mientras en la *locatio rei* y en la *locatio operarum* es el locator quien prestando la cosa o el servicio tiene derecho a la retribución, en la *locatio operis* es el mismo *locator* quien confiando la obra a ejecutar debe pagar el precio al *conductor* y, de todas maneras, a favor de la distinción existen diversos textos en las fuentes».

En el Derecho Romano, partiendo de la división gayana de los contratos en reales (*re*), literales (*litteris*), verbales (*verbis*) y consensuales (*consensu*), la *locatio conductio* quedó enmarcada entre estos últimos, junto a la compraventa, el mandato y la sociedad, tal como se observa en GAI. 3, 140; DIG. 19, 2, 1 pr. y las *Instituta* de Justiniano 3, 22, 1 pr.<sup>63</sup>.

De este modo, la *locatio conductio* aparece configurada en el Derecho Romano como un negocio oneroso y bilateral, que se perfecciona mediante el mero consentimiento de las partes, frente a aquéllos que precisaban para conseguir la plenitud de sus efectos bien de ciertos requisitos formales (*stipulatio*), bien de la entrega de la cosa (*datio rei*)<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> En efecto, GAI. 3, 89 clasifica en cuatro géneros las *obligationes* que nacen de un *contractus*: «*aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*» («pues una obligación se contrae o por la cosa, o por las palabras, o por los escritos o por el consentimiento»). La noción de los contratos consensuales queda reflejada en GAI. 3, 136: «*Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum scripturae ulla proprietates desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consessisse*» («Y decimos que por estos modos las obligaciones se contraen mediante el consentimiento porque no se requiere ninguna formalidad ni de palabras ni de escritura, sino que el suficiente que consientan aquellos que llevan a cabo el negocio»).

Así, respecto a la inclusión de *locatio-conductio* en los contratos consensuales, en D. 19, 2, 1 (PAULO): «*Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio venditio*» («El arrendamiento, como es natural en todos los pueblos, se contrae no por las palabras sino por el consentimiento, como la compraventa»).

En *Instituta* de Justiniano encontramos tal manifestación acerca de la naturaleza consensual de este contrato en el Libro III, Título 22 («Sobre la obligación consensual»): «En los contratos de compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, las obligaciones nacen del mero consentimiento». La versión española corresponde a HERNÁNDEZ-TEJERO, F., *Las Instituciones de Justiniano*, Madrid, 1961.

<sup>64</sup> Si clasificamos los contratos en virtud de las acciones que de ellos surjan para su protección, los cuatro contratos consensuales constituyeron la expresión más acabada del contrato fundado en la buena fe, como expone D'ORS, A., *Derecho privado romano*, Pamplona, 1968, pág. 431, quien los considera «el modelo dominante para la evolución histórica del contrato hasta nuestros días».

La clasificación gayana atendió fundamentalmente a la *causa civilis* como elemento que determinaba su perfección. De este modo, los literales y verbales conformaban los contratos formales, en los que el consentimiento debía manifestarse en una determinada forma para que se desplegaran todos los efectos, esto es, se trataban de negocios jurídicos no causales. Frente a éstos, los reales necesitaban de la *datio rei* o entrega de la cosa que constituía, de este modo, su *causa civilis*.

Se trata de un negocio con base en el cual el *locator* tiene la obligación de poner a disposición (*locare*) del *conductor* una determinada cosa o bien su trabajo durante un cierto período de tiempo, quedando obligado quien obtiene la ventaja (normalmente el *conductor*), en que se traduce el *locare*, en pagar como contraprestación una *merces* <sup>65</sup>.

Sin embargo, pese a la aparente sencillez conceptual, esta figura contractual unitaria es utilizada como instrumento para la consecución de muy diversas finalidades y objetivos, tal como resulta reflejado en los textos de la época, y así se podía contraer la *locatio-conductio* "*ad fruendum*" (D. 19, 2, 25, 1; 1, 6 *Codex Iust.* 4, 65); "*ad pascendum*", "*ad sarciendum vel poliendum*" (D. 19, 2, 9, 5)<sup>66</sup>; o "*ad transportandum et vehendum*" (D. 19, 2, 25, 7; D. 19, 2, 31)<sup>67</sup>; "*ad docendum*" (D. 19, 2, 13, 3)<sup>68</sup>; "*ad faciendum*" (D. 19, 2, 25,

---

De otro lado, junto a la clasificación clásica de los contratos expuesta, se ha de tener en cuenta la aparición y progresiva consolidación de los contratos innominados en el Derecho Justiniano y cuya diferencia con los cuatro típicos radicaba en que en los innominados «la contraprestación no consiste en la devolución de la misma cosa recibida, sino que es siempre de naturaleza distinta a la de la prestación previa del acreedor, que es la que le sirve de causa», tal como apuntan ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano*, Vol. II, 16ª ed., Madrid, 1981, pág. 603.

<sup>65</sup> Para ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano*, op. cit., pág. 622, parece hoy comprobado que la tripartición del contrato debió «ser desconocida tanto para la jurisprudencia clásica como para la justiniana» y además «que la terminología *locator* y *conductor* usada en las fuentes romanas para designa a cada una de las partes contratantes, no puede traducirse, respectivamente por «arrendador» y «arrendatario», sin con la segunda se indica al que ha de pagar el precio y con la primera al que se compromete a la correspondiente contraprestación, porque aquellas palabras de la terminología latina no se refieren al precio ni distinguen a quien lo paga de quien lo recibe, pues unas veces lo paga el *conductor* y otras el *locator*». En idéntico sentido, respecto al empleo de los términos de *locator* y *conductor* en Derecho Romano, JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, op. cit., pág. 338.

<sup>66</sup> D. 19, 2, 5: «... si alguno tomó en arriendo el apacentar terneros o el remendar o limpiar alguna cosa...».

<sup>67</sup> D. 19, 2, 25, 7; «El que tomó en arriendo el transporte de una columna, si ésta se rompió al retirarla, llevarla o dejarla en su sitio ha de ser responsable de este riesgo si hubiese ocurrido con culpa del mismo o de aquéllos que están a su servicio, y está exento de culpa si ha realizado todo lo que cualquier otra persona diligentísima hubiera hecho. Lo mismo se ha de entender, por supuesto, si alguno hubiera tomado

8; D. 19. 2, 38 pr.)<sup>69</sup>; “*ad custodiendum*”. Debido a tal diversidad de finalidades llamadas a cumplir este contrato comienzan a surgir reglas contractuales particulares que casuísticamente tienden a ofrecer soluciones a los distintos supuestos<sup>70</sup>.

Ahora bien, no es, conforme a la doctrina mayoritaria moderna, el Derecho Romano sino la tradición romanista la que comienza a distinguir los tres tipos de *locatio conductio*.<sup>71</sup>:

a) La *locatio conductio rerum* consistente en la cesión de una cosa por el *locator* a cambio de precio cierto (*merces*) para el uso y disfrute de la misma por el *conductor*, debiendo restituirla después de haberla utilizado, en interés propio o en el del *locator*, en el modo y el tiempo pactado<sup>72</sup>.

---

en arriendo el transporte de unas tinajas o vigas, y esto mismo puede aplicarse a otras cosas».

<sup>68</sup> D. 19, 2, 13, 3: «Si alguno hubiese tomado en arriendo la enseñanza de un esclavo...».

<sup>69</sup> D. 19, 2, 25, 8: «Si un batanero o sastre hubiere perdido las ropas recibidas y hubiese pagado al propietario por este motivo, es necesario que ceda el propietario la acción reivindicatoria y la condición de aquéllas» (GAI. 10 ed. prov.).

D. 19, 2, 38 pr.: «El que dió en arriendo sus servicios debe recibir la merced correspondiente a todo el tiempo, si no dependió de él el no poder realizar dichos servicios».

<sup>70</sup> Para ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Nápoles, 1939, pág. 334, el Derecho romano no conoció los tres tipos de *locatio*, no existiendo diferencia alguna entre *locatio conductio rei* y *operis*: quien *locat* es siempre el propietario o poseedor de la cosa, y objeto de la locación es siempre la cosa misma, salvo que ésta es arrendada para diversas finalidades.

<sup>71</sup> Esta distinción la encontramos en GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, Libro XIX, traducido y anotado por U. GREGO, Milán, 1891, págs. 38 y sigs., en virtud de cual sea el objeto del contrato: *opera* y *opus*. Así, entiende que «se da el primer nombre sólo al trabajo en sí mismo, o al servicio materialmente considerado, mientras con *opus* es indicado aquello que con el trabajo se pone en marcha y es ejecutado». No obstante, resalta el autor que en ocasiones se ha utilizado *opus* por *opera*, y «*opus* en sentido propio es llamado a un trabajo absolutamente cumplido, como resulta del fragmento de L. 5, 1 Dig. de Verbor. signif. (50, 16)».

<sup>72</sup> Como apunta COSTA, E., *La locazione di cose nel Diritto Romano*, Roma, 1966, pág. 1, este contrato «que tiene por objeto la prestación del goce del uso y disfrute de una cosa a cambio de una contraprestación en dinero» aparece ya netamente configurado en los últimos juristas republicanos, como en Servio (D. 19, 2, 35, *Afric. 3, quaest.*).

b) La *locatio conductio operarum* caracterizada por el compromiso de la prestación de un servicio, esto es, del trabajo de una persona a cambio de precio. El *locator (mercennarius)* se obliga frente a una determinada remuneración (*merces*) a ponerse a disposición del *conductor*, desarrollando la actividad que éste le exige.

Dos son las acciones que nacen de este contrato: la *actio conducti* para exigir la realización del trabajo prometido que debía ser prestado personalmente por el *locator* y la *actio locati* para exigir este último la *merces* convenida, aun si no se hubiera hecho uso de sus servicios. Este tipo contractual se fundamenta en la *bona fides*, de lo que resulta que es sancionado por *iudicia bonae fidei*, como son la *actio locati* y la *actio conducti*<sup>73</sup>.

c) Por último, la *locatio conductio operis*, cuya diferencia respecto de las anteriores radica en el objeto de la misma consistente en la realización por un artífice (*artifex*) de una obra con materiales puestos por el dueño de la misma (*locator operis*) a cambio de un precio, una vez obtenido el *opus perfectum*. En este supuesto, se observa que, a diferencia de los anteriores, se denomina *locator* al

---

<sup>73</sup> Así se deriva de lo dispuesto en GAI. 3, 137; en D. 44, 7, 2, 3; y en *Inst. Iust.* 3, 22, 3.

En D. 44, 7, 2 pr. tras disponer que existen cuatro contratos consensuales (el arrendamiento, la compraventa, la sociedad y el mandato) se dice que «en estos contratos cada parte se obliga respecto a la otra por lo que debe cada una a la otra según lo que sea bueno y justo». En idéntico sentido, Gai. 3, 137: «*Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*» («Además, en estos contratos una persona se obliga con la otra por aquello que debe hacer una a la otra de acuerdo con la equidad, mientras que, por el contrario, en las obligaciones por las palabras una estipula y otra promete, y en las transferencias de créditos, una obliga anotando el desembolso y la otra queda obligada»). La versión española corresponde a ABELLÁN VELASCO, M., ARIAS BONET, J.A., IGLESIAS-REDONDO, J., ROSET ESTEVE, J., *Instituciones de Gayo*, coord. F. HERNÁNDEZ-TEJERO, ed. bilingüe, Madrid, 1985.

que encarga la obra, no al que viene obligado a su ejecución, que es, por el contrario, quien aparece como *conductor*<sup>74</sup>.

Sólo este último supuesto queda configurado como contrato de obra, teniendo en cuenta que si el artífice de la obra ponía los materiales se entendía que ya no se estaba ante una *locatio conductio*, sino más bien ante un supuesto de venta (*emptio-venditio*)<sup>75</sup>.

Por tanto, el «contrato de servicios» tal como viene siendo configurado en el Derecho actual aparece, pues, concebido en la

---

<sup>74</sup> Como expone WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, Vol. II, trad. C. Fadda y P.E. Bensa, Turín, 1925, pág. 539, nota 7, en el supuesto de la *locatio-conductio operis*, los romanos entienden que *locare* indica asumir el trabajo; por tanto, *locator* es aquél a quien se promete el trabajo, mientras que *conductor* es aquél que trabaja.

Entre nosotros, conforme al Derecho actual, se llama *locator* al arrendador y *conductor* al arrendatario, esto es, al que paga la *merces* o contraprestación.

De este modo, siguiendo a TRAVIESAS, M., «Contrato de arrendamiento», R.D.P., 1919, núm. 69, pág. 1, nuestro Código Civil denomina «arrendador al que se obliga a ceder el uso de la cosa, ejecutar la obra o prestar el servicio; y arrendatario al que adquiere el uso de la cosa o el derecho a la obra o servicio que se obliga a pagar (art. 1.546 C.C.)».

<sup>75</sup> Esta preocupación para calificar de locación o de compraventa determinados supuestos dudosos así como de delimitar de manera nítida sus propios caracteres se refleja en GAI. 3, 145 y en D. 19, 2, 2, 2 : «De tal modo, pues, parecen tener alguna familiaridad la compraventa y la locación y la conducción que, en ciertos casos, suele preguntarse si se trata de compraventa o arrendamiento. Por ejemplo, si yo hubiese convenido con un joyero que me hiciese de su propio oro unos anillos de cierto peso y cierta forma a cambio de una cantidad ¿será compraventa o arrendamiento? Se admite que es un negocio único y una compraventa; pero si yo le hubiera dado el oro señalando una merced por el trabajo, no hay duda de que es arrendamiento».

También, en lo relativo a la delimitación de las figuras de la compraventa y la *locatio* las *Instituta* de Justiniano Libro III, Título 24, 4: «Se discute también si hay compraventa o arrendamiento, en el caso de que Ticio hubiese convenido con un artífice que le confeccionase unos anillos de determinada forma y peso poniendo éste el oro y recibiendo en pago diez áureos, por ejemplo. Casio dice que hay compraventa en cuanto a la materia y arrendamiento en cuanto al trabajo. Pero la duda fue resuelta en el sentido de que sólo había compraventa. Ahora bien, si Ticio hubiese sido el que ponía el oro, concertándose el pago de una cantidad por el trabajo, sin duda alguna habría sido un caso de arrendamiento». La versión española corresponde a HERNÁNDEZ-TEJERO, F., cit.

doctrina romanista y desde la época de la Recepción, bajo el esquema de la *locatio conductio operarum* del Derecho Romano<sup>76</sup>.

En efecto, la romanística distingue la *locatio conductio operarum* como un desgajamiento del arrendamiento de cosas, que, sin embargo, gozó de una relevancia menor frente a las otras formas de *locatio*, debido fundamentalmente a que el concepto romano de trabajo se reservaba al prestado por esclavos, en cuanto que, según la concepción de la época, el trabajo digno de un hombre libre se prestaba sin remuneración<sup>77</sup>.

Por tanto, en una primera etapa, el primer trabajo en ser disciplinado por el ordenamiento romano fue el desempeñado por el esclavo, considerado como una cosa, que deviene en el objeto del primitivo contrato de locación, en el que el *conductor* adquiriría el trabajo concebido como fruto, en analogía a la locación de fundos, donde el *conductor* del terreno hace suyo los frutos de éste<sup>78</sup>. Esta situación explica que la *locatio conductio operarum* fuera

---

<sup>76</sup> Cfr. GIERKE, O. VON, *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. BARREIRO GONZÁLEZ, Madrid, 1982, pág. 11. Este autor realiza un profundo estudio acerca del origen del contrato de servicios en el Derecho alemán poniendo de manifiesto que tanto el Derecho Común como los pandectistas siguieron la concepción unitaria de la *locatio conductio*, tratando conjuntamente el contrato de servicios y el arrendamiento de cosas, y que, sin embargo, las grandes codificaciones alemanas rompieron con dicha concepción desde hace mucho tiempo.

<sup>77</sup> De ahí, que un primer intento dirigido a obtener un criterio que permita distinguir el mandato del arrendamiento lo haya centrado en el dato del precio que, además de ser un elemento esencial en el arrendamiento, debe ser proporcional al servicio prestado.

Por ello, el jurista Paulo se ve obligado en pleno siglo III d.C. a confirmar que también las prestaciones de las personas libres pueden ser deducidas en un negocio de *locatio conductio*. en Digesto 33, 2, 3: «*Hominis quoque liberi operae legari possunt sicut locari et in stipulationem deduci*».

<sup>78</sup> De este modo, los servicios de los esclavos eran objeto del derecho de usufructo, tal como aparece en D. 7, 7, 3: «*In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes*» («En el usufructo de un esclavo se comprenden sus servicios y las retribuciones que por ellos se obtengan») y en D. 7, 7, 4: «*Fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt*» («El usufructo de un esclavo consiste en sus servicios, y viceversa en el usufructo del esclavo se comprenden sus servicios»). La traducción procede de D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA GARRIDO, M. y BURILLO, J., *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Pamplona, 1968.



considerada, al menos, en esta etapa más primitiva, como una subespecie del arrendamiento de cosa, dando lugar a una obligación *in dando no in faciendo* (al contrario de lo que sucedió más tarde en el período justiniano)<sup>79</sup>.

Por ello, aun cuando el trabajo prestado por las profesiones de las más altas jerarquías (las *operae liberales*) comienza a ser retribuido, éste fue sustraído de la figura de la *locatio conductio*, y de este modo quedó enmarcado bajo el contrato de mandato que, a pesar de ser esencialmente gratuito, permitía que se pactase *ex post* una promesa de honorarios o recompensa, que no eran susceptibles de exigirse a través de una *actio mandati*, sino por la vía de la *cognitio extraordinaria*<sup>80</sup>

Esto es debido a que en la concepción del Derecho romano late una importante desvalorización del trabajo remunerado, como objeto de contrato, conduciendo a notables diferencias en el régimen jurídico de los trabajos realizados por hombres libres respecto a los realizados por esclavos<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> En las fuentes aparecen mencionados bajo la forma de la *locatio conductio* los servicios prestados por personas sometidas a la potestad del padre y concluidos por él (D. 19, 2, 13, 4), los servicios de los esclavos (D. 19, 2, 13, 3 y D. 19, 2, 42) así como los concluidos por el patrono para aprovechar el trabajo de sus libertos (D. 38, 1, 25).

A este efecto, apunta LEGA, C., *La libera professione*, Milán, 1950, pág. 11, que en cuanto las *operae iliberales* eran reconducidas al esquema de la *locatio* la relación obligatoria se establecía entre el propietario del esclavo (ya que éstos no podían obligarse personalmente al carecer de capacidad jurídica) y aquél que pretendía disfrutar del trabajo del esclavo.

<sup>80</sup> En efecto, como apunta VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho privado romano*, op. cit., pág. 511, la contraprestación designada con el término técnico de *merces* o con el más infrecuente de *pretius* constituye un elemento esencial para la existencia de este *contractus*. Sin embargo, duda la doctrina romanística si ya en el Derecho clásico debía consistir necesariamente en dinero (excluido el caso de la colonia parciaria en la que la *merces* consistía siempre en una parte de los productos del fundo), o si esta regla fue introducida por los compiladores justinianos, inclinándose el autor por la primera.

<sup>81</sup> Tal como señala MUSOLINO, G., op. cit., págs. 14 y 15, el desprecio por el trabajo asalariado, autónomo o subordinado, nace de la consideración de que con él se adquieren vínculos similares a aquéllos de los esclavos. El salario es considerado índice de esclavitud, por lo que cualquier actividad ejercitada con fines de ganancia,

Pero además, quedan sometidos a un tratamiento jurídico diverso los trabajos (*operae*) en orden a una cierta cualidad intrínseca, esto es, a si son susceptibles de ser calificados de manuales o de intelectuales, radicando la causa última de la disparidad de regímenes contractuales en la consideración del carácter elevado de las ocupaciones intelectuales (*operae liberales*), que se entendían inestimables y, en consecuencia, no susceptibles de pago, sino de honorarios.

Esto provoca que la figura de la *locatio conductio operarum* vaya quedando paulatinamente relegada para los servicios prestados por jornaleros libres o artesanos que, a su vez, podían prestarlos bajo la cobertura de la *locatio conductio operis*.

En suma, durante la época clásica, la concepción de la *obligatio* como vínculo jurídico que implica deberes que sólo se pueden hacer valer a través de las *actiones in personam* nos conduce a sostener que, por el contrario, el deber jurídico nacido de la relación de prestación de las *operae liberales* no podía ser considerado una auténtica *obligatio*, en cuanto que su cauce adecuado para hacer efectivo tal deber era el de la *cognitio extraordinem*<sup>82</sup>.

Sólo en un estadio más avanzado del desarrollo socio-económico comienzan a producirse ciertos cambios en el Derecho de obligaciones, de modo que las relaciones obligatorias empiezan a ser consideradas vínculos de carácter económico, desprendiéndose de este modo del carácter de relación jurídico-personal similar al estado

---

a excepción del cultivo de los campos, deviene indecorosa e indigna de un hombre libre romano.

<sup>82</sup> Cfr. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, Barcelona, 1960, pág. 436. En efecto, la primera definición de la *obligatio* se remonta a la época postclásica: D. 44, 7, 13 pr.; *Inst. Iust.* 3, 13 pr.

Respecto al concepto clásico de *obligatio personae* y *obligare personam*, éste queda reducido al *Ius civile*, y sólo podía ser reconocida a través de *actiones in personam*, no existiendo en sentido propio en el Derecho pretorio que, frente al término *obligatio*, utilizaba el de *debere adstringere*.

de esclavo que implicaban. Esta transformación permite la configuración de los servicios prestados por hombres (libres) como objeto de relaciones contractuales.

En el Derecho Común, es el jurista BARTOLO DE SASSOFERRATO quien profundizó en la figura unitaria de la *locatio conductio* sobre la base del disfrute de una cosa o de un hecho de otra persona<sup>83</sup>.

La labor llevada a cabo por los glosadores y postglosadores durante la época de la Recepción del Derecho romano no desvirtuó la unidad de la *locatio* prescindiendo de la tripartición que de la *locatio* introdujeron posteriormente los pandectistas<sup>84</sup>.

La Rota Romana, en una Sentencia de 7 de mayo de 1576, sobre la base de los argumentos de Azon, Placentino y del Ostiense, definió el arrendamiento, en cuanto figura genérica, diciendo: "*Locatio nihil aliud est quam personae vel rei ad usum facta concessio, certa mercede in pecunia numerata et constituta*"<sup>85</sup>.

Entre los precedentes en nuestro Derecho patrio hallamos las Leyes 11 a 15 del Título 1º del Libro X del Fuero Juzgo; el Título III del Libro VI del Fuero Viejo de Castilla —que dedica cinco leyes al arrendamiento— y el Título XVII del Libro III del Fuero Real —que en nueve leyes trata de las «cosas alogadas»—.

---

<sup>83</sup> Aclara BARTOLO DE SASSOFERRATO la denominación de las partes cuando el arrendamiento tiene por objeto la prestación de un trabajo, como resulta del fragmento de *Opera Omnia*, Venetiis, 1590, ad. 1.2, C. 4, 65: «*quod ille qui praestat operas dicitur conductor; ille qui dat pecuniam dicatur locator*».

A su vez COSTA recogió las enseñanzas de Bartolo sobre la *locatio*, como resulta de «L'opera di Bartolo nel contratto di locazione», *Atti del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, 1916-1917, II, págs. 293.

<sup>84</sup> Como pone de manifiesto SOLÉ RESINA, J., *Arrendamiento de obras o servicios*, op. cit., pág. 33, los humanistas siguieron el tratamiento dado por los glosadores y postglosadores al arrendamiento como un contrato unitario.

<sup>85</sup> AZON, *Summa Codicis*, IV, 65, n.1 Basiliae, 1572, escribe: «*Est autem locatio, personae reive ad usum facta concessio, mercede in pecunia numeranda et conventa*».

Las Leyes de Partidas vienen a sistematizar la doctrina existente, y de este modo, la Ley 1ª, Título VIII, Partida 5ª de Las Siete Partidas recoge de manera clara esta concepción unitaria del arrendamiento, de base romana, configurándola como una obligación de dar, que tiene por objeto bien el trabajo de una persona o de animal, bien de cosas<sup>86</sup>.

El Código Civil francés de 1804 recogió la sistematización romanista del arrendamiento, con una salvedad, ya que calificó también de contrato de obra y no de venta el supuesto en el que el artífice (el contratista) ponía los materiales para su realización. Por tanto, responde el *Code* a la idea de la unidad conceptual de la *locatio conductio*, idea que fue seguida por el Código civil italiano de 1865 y el español de 1889.

El *Code* napoleónico recibió, en la regulación de esta concreta figura contractual, al igual que en otras instituciones, el influjo de

---

<sup>86</sup> La Ley 1ª del Título VIII de la Partida 5ª dice: «Aloguero es propiamente 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 usar de su cosa, o de seruirse della por cierto precio, que le ha de pagar en dineros contados. Ca si otra cosa recibiese, que non fuessen dineros contados, non seria loguero, mas seria contrato innominado: assi como diximos en la postrimera ley del título de los cambios. El arrendamiento, según el lenguaje de España, es arrendar heredamiento, o almoxerifadgo, o alguna otra cosa, por renta cierta, que den por ella. E aun ha otra manera, a que dicen en latín afletamiento: que pertenece tan solamente a los logueros de los nauios».

Además, respecto al objeto del arrendamiento dice la Ley 3ª, Título VIII, Partida 5ª: «Obras que ome faga, con sus manos, o bestias o nauios para traer mercadurias o para aprouecharse del vso dellas; e todas las otras cosas, que ome suele alogar, pueden ser alogadas, o arrendudas. Otrosi el vsufructo de heredad, o de viña, o de otra cosa semejante; puede ome arrendar prometiendo de dar cada año precio cierto por ella....».

En su comentario a las Leyes de Partidas, destaca GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, Tratado de las obligaciones*, Tomo IV, 2ª ed., Madrid, 1871, págs. 385, la variedad de acepciones que tiene el término arrendamiento, la equivocidad de la palabra arrendar, poniendo de relieve la necesidad de conocer su sentido técnico. Con esta finalidad, considera que «aloguero» es una adulteración de la antigua palabra *locatio* y que significa dos cosas: «el servicio que uno se compromete a prestar a otro con su persona o sus bestias, y el uso de una cosa cualquiera ». De este modo, respecto al objeto del arrendamiento distingue, de un lado, las cosas que están en el comercio de los hombres y de otro, «los servicios materiales, las obras, el trabajo o industria de la persona».

las tesis de DOMAT y POTHIER quienes contemplaban en sus respectivas obras el contrato de arrendamiento de manera unitaria, si bien diversas determinadas clases todas ellas subsumidas en el único tipo contractual («*le contrat de louage*»)<sup>87</sup>.

Recogió DOMAT, en el Libro I, Título IV de su obra, la regulación unitaria del arrendamiento (*louage*) que viene definido en general como «el contrato por el cual uno da a otro el goce o el uso de una cosa, o de su trabajo durante algún tiempo por un precio cierto»<sup>88</sup>. En la Sección VII («*De la nature des prix faits & autres louages de travail & de l'industrie*») se ocupa DOMAT de manera indistinta del arrendamiento de obras y de servicios, estableciendo en la Sección VIII («*Des engagements de celui qui entreprend un ouvrage ou un travail*»), de manera conjunta, las obligaciones y la responsabilidad del prestador de la obra y del servicio por los daños derivados de la ignorancia y la negligencia en que han incurrido aquéllos en la ejecución de su obra o servicio<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> En efecto, la sistemática del *Code* deriva esencialmente de la que POTHIER, J., había dado a su *Traité du contrat de louage*, Tomo IV, *Ouvres de Pothier*, (annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par M. Bugnet), París, 1847, págs. 2 a 170, y en menor medida de la influencia de la doctrina de DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectum*, París, 1777.

Pone de relieve TABET, A., *La locazione conductione*, Tomo XXV, *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. Cicu-Messineo, Milán, 1972, pág. 23, que característica del *Code* es «la simbiosis de las reglas romanas con las consuetudinarias locales (coutumes) y con la disciplina positiva de los países del *droit écrit*, y el principio dominante es la naturaleza dispositiva o supletoria de las normas», lo que se traduce en que la única norma imperativa en materia de arrendamiento sea la que se refiere a la temporalidad de la relación arrendaticia (art. 1.709).

<sup>88</sup> En efecto, dentro de la Sección I que lleva por rúbrica «De la naturaleza del arrendamiento» mantiene DOMAT, M., *Les loix civiles...*, op. cit., pág. 87, que «*le louage en général, & y comprenant toutes les especes de baux, est un contrat par lequel l'un donne à l'autre la jouissance ou l'usage d'une chose, ou de son travail pendant quelque tems pour un certain prix*». Asimismo, en la introducción al Título IV, expone Domat que el mismo comprende el comercio que hacen los hombres, por el que se comunican el uso de las cosas, o de su industria y su trabajo por un precio cierto.

<sup>89</sup> Comienza DOMAT, M., *Les loix civiles...*, op. cit., pág. 101, la Sección VIII del Título IV estableciendo la responsabilidad por ignorancia de los prestadores de servicios y de obra: «*Utre les engagements qui font communs à tous les preneurs, & qui ont été expliqués dans les sections 2 & 5, ceux qui entreprennent quelque travail ou*

Así mismo, define POTHIER el contrato de arrendamiento como «un contrato por el cual uno de los dos contratantes se obliga a hacer disfrutar o usar al otro una cosa durante el tiempo convenido, y mediando precio cierto que el otro, por su parte, se obliga a pagarle»<sup>90</sup>.

De este modo, el Título VIII del Libro III del Código civil francés contiene bajo la unidad de la figura contractual del arrendamiento la regulación de dos especies (*des choses et d'ouvrage*), distinguiendo un primer capítulo con unas disposiciones generales (arts. 1708 a 1712); un segundo dedicado al arrendamiento de cosas (arts. 1713 a 1778); el tercero que regula el arrendamiento de obra y de industria («*louage d'ouvrage et d'industrie*», arts. 1779 a 1799) y un cuarto que se ocupa de la regulación de la aparcería («*bail à cheptel*», arts. 1800 a 1830).

El contrato de arrendamiento de obra es definido por el art. 1.710 de manera general, en el que tiene cabida todo género de obras y servicios, poniendo el elemento distintivo respecto al arrendamiento de cosas en el compromiso por una de las partes de hacer alguna cosa para la otra, a cambio de precio<sup>91</sup>.

---

*quelque ouvrage, doivent de plus répondre des défauts causés par leur ignorance; car ils doivent favoir faire ce qu'ils entreprenneur, & c'est leur faute s'ils ignorent leur profession».*

<sup>90</sup> POTHIER, J., *Traité du contrat de louage*, op. cit., pág. 2: «un contrat par lequel l'un des deux contractants s'oblige de faire jouir ou user l'autre d'une chose pendant le temps convenu, et moyennant un certain prix que l'autre, de son côté, s'oblige de lui payer».

<sup>91</sup> Art. 1.710 C.C. francés: «Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles».

Para BEUDANT, CH., *Cours de Droit Français*, IV, Vol. 2º, *La vente et le louage*, París, 1908, pág. 342, al igual que en el arrendamiento de cosas, el arrendamiento de obra consiste en el intercambio de un servicio a cambio de un precio; sin embargo, el servicio, en lugar de consistir en la puesta a disposición de otros del disfrute de una cosa, «consiste en el desarrollo de una actividad de una persona a la disposición de otra a cambio de un salario». En la misma dirección, BAUDRY-LACANTINEIRE, G. y WAHL, A., *Trattato Teorico-pratico di Diritto civile, Del contratto di locazione*, Vol. II, Parte I, traducido con notas comparativas al Código

A su vez, dentro del arrendamiento de obra y de industria al que, como hemos apuntado, se dedica el Capítulo III se distinguen tres especies: 1ª.— el del trabajador que se obliga al servicio de alguien; 2ª.— el de los transportistas por tierra o por agua que se encargan del transporte de personas y de mercancías; 3ª.— el de los arquitectos, contratistas de obras y técnicos, por ajuste o precio alzado (cfr. art. 1779)<sup>92</sup>.

Conforme a tal clasificación, tan sólo la primera de las modalidades podría calificarse de arrendamiento de servicios que, del mismo modo que posteriormente pasó a nuestro Código civil, queda limitado en su alcance a los prestados por el servicio doméstico y por trabajadores asalariados<sup>93</sup>.

Por otra parte, cabe apuntar que el Código civil italiano de 1865 recogió la división napoleónica del arrendamiento —al que se

---

Civil italiano, notas explicativas y adiciones de BONFANTE, P., PACCHIONI, G. y SRAFFA, A., Milán, 1930, págs. 1-3, ponen el acento en la «naturaleza de la prestación prometida» consistente en una «actividad» como nota distintiva del arrendamiento de obra respecto del de cosas.

<sup>92</sup> El art. 1.779-3º tal como he expuesto procede de la Ley nº 67-3, de 3 de enero de 1967 que modificó el anterior.

<sup>93</sup> Aclara LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Français*, Tomo XV, 3ª ed., París, 1878, pág. 540, que el término «gens de travail» empleado por el art. 1.779-1º no es sinónimo de «domestiques», término que aparece en la rúbrica de la Sección 1º del Capítulo III sobre arrendamiento de obras y de industria, sino que aquél comprende también a los «ouvriers», siendo por tanto más general.

Para BAUDRY-LACANTINEIRE, G. y WAHL, A., *Trattato Teorico-pratico di Diritto civile, Del contratto di locazione*, op. cit., pág. 4, el arrendamiento de trabajo al que se refiere el art. 1.779-1º, al hablar de «gente de trabajo», es a veces denominado, y muy exactamente, contrato de trabajo». Según los citados autores, esta modalidad de arrendamiento de obra y de industria cabe otorgarle la denominación más genérica de arrendamiento de servicios que se distingue de otros contratos por el elemento de subordinación que atribuye al prestador del trabajo.

Los dos últimos apartados del art. 1.779 se referirían para BONNECASE, J., *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, traducción por J.M. Cajica Jr., Méjico, 1945, págs. 555 y 556, al contrato de obra cuya regulación se encontraría en los arts. 1.782 a 1.799, en tanto que sólo el primer apartado del art. 1.779, además de los arts. 1.780 a 1.781, estarían reservados al contrato de trabajo.

dedica el Título III—<sup>94</sup> si bien distinguiendo, dentro de la locación de obras y de industria tres especies: 1ª aquélla por la cual las personas obligan su propio esfuerzo al servicio de otra; 2º la de los transportistas que se encargan por tierra o por mar al transporte de personas o cosas; 3ª la de los contratistas de obras a tanto alzado o a precio por unidad (art. 1627)<sup>95</sup>.

El Código abrogado articulaba el régimen de la *locatio* en cinco capítulos: el primero con las «disposiciones generales»; el segundo reservado a la «*locazione delle cose*» (arrendamiento de cosas), dividido en tres secciones; el tercero dedicado a la «*locazione delle opere*» (arrendamiento de obras y servicios); el cuarto a la «*mezzadria, o masseria, o colonia*» (aparcería rústica); y el quinto a la «*locazione a soccida o socio*» (aparcería pecuaria).

Con el término empleado por el Código italiano de 1865, «*locazione di opere*», se designaba una figura jurídica única y típica que comprendía, según los autores, las principales formas de trabajo

---

<sup>94</sup> Acoge ABELLO, L., *Trattato della locazione*, en *Il Diritto civile italiano*, Vol. I, *Locazione di cose*, Nápoles, 1907, págs. 1 y 2, la definición ya propuesta por Pothier: «*Locazione* es el contrato en virtud del cual una persona se obliga a hacer gozar a otra una cosa o una obra suya por un precio determinado». De esta noción del contrato de arrendamiento en general emerge, según el autor, la fundamental distinción que hace la doctrina y la ley de la *locazione di cose* y la *locazione di opere*. Dicha diferencia es tan sustancial que no permite, a su juicio, que se integren en una única construcción jurídica de la que puedan derivarse siempre normas comunes. Reconoce ABELLO que entre ambas especies de arrendamiento existen muchas afinidades, ya que idénticos son los requisitos para su existencia jurídica (cosa, precio, consentimiento) y único es el sustrato de la obligación, esto es, el objeto directo consistente en el uso o el disfrute de una cosa (entendida en sentido amplio de objeto del derecho); sin embargo, tal es diversidad de la naturaleza y la entidad de la cosa que se da en goce —«la actividad consciente y libre del hombre que se traduce en trabajo o en obras no puede equipararse a una *res inanimada*»— que justifica tanto una vida y estructura diversa como un complejo de fenómenos y de normas peculiares para cada una de ellas.

<sup>95</sup> La primera de estas especies del contrato de arrendamiento coincidía, siguiendo a GASPARRI, P., «*Il rapporto di lavoro autonomo*», *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1942, I, págs. 109 y sigs., con aquella tradicionalmente conocida por la doctrina romanista como *locatio operarum*, a la que no se atribuía, al igual que el Código napoleónico sobre el que fue configurada, un gran importancia.



de retribuido, esto es, tanto la *locatio operis* como la *locatio operarum*<sup>96</sup>.

En otro orden de cosas, el origen y la evolución del contrato de servicios en el Derecho germánico parece haber discurrido por una vía diversa en cuanto que se separa de la figura de la *locatio conductio* romana, constituyendo su punto de partida el contrato de servicio fiel que es un contrato de personas, y no un contrato de obligaciones, tal como lo hace notar GIERKE<sup>97</sup>.

De este modo, los Códigos civiles de origen germánico renunciaron al concepto de arrendamientos de servicios y a su vinculación con el arrendamiento de cosas, con regulaciones diversas para cada tipo de arrendamiento, «partiendo del concepto genérico de contrato de trabajo remunerado que subsume tanto el contrato de servicios como el de obra»<sup>98</sup>.

Así, el Código civil austríaco trata del contrato de servicios en el apartado dedicado a «los contratos sobre prestaciones de servicios» (Österr. A.B.G.B., § 1151 y sigs.); el Código sajón le otorgó independencia con la denominación «contrato de servicios», de la misma manera que el Código suizo de las obligaciones<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Justifica ABELLO, L., *Trattato della locazione*, Vol. II, en *Il diritto civile italiano*, coord. P. Fiore, Nápoles-Turín, 1910, págs. 11 y sigs., el empleo del término «*locazione di opere*» en el Código civil de 1865 frente al de «*locazione di lavoro*» o de «*contratto di lavoro*», sobre la base de la amplitud de estos últimos, que comprendiendo cualquier contrato que tuviera por objeto una prestación de trabajo, podrían dar lugar a equívocos, destacando, además, que tales expresiones son más usadas para las *opere* (servicios) que para las *opera* (obras) por lo que no serían de utilidad cuando se quisiera distinguir estas dos formas de arrendamiento.

<sup>97</sup> GIERKE, O. VON, *Las raíces del contrato de servicios*, op. cit., págs. 13 y sigs. No obstante, expone este autor que de la relación jurídico-personal por este contrato creada surge una relación obligacional de carácter duradero que, por una parte, obliga a la prestación de servicios y, por otra, garantiza la retribución. En consecuencia, dicho contrato de servicio fiel viene a cumplir la función de contrato de trabajo remunerado.

<sup>98</sup> Cfr. GIERKE, O. VON, *Las raíces del contrato de servicios*, op. cit., pág. 17.

<sup>99</sup> El Código suizo de las obligaciones de 1911 (que entró en vigor el 1 de enero de 1912) regula por separado el arrendamiento de uso de bienes corporales, muebles o inmuebles, («*bail à loyer*», arts. 253 y sigs.) del arrendamiento de uso y disfrute de

En esta línea se ha mostrado el Código Civil alemán, cuyos preceptos sobre el contrato de servicios (§ 611 a 630 B.G.B.) no contienen remisión alguna al derecho de los arrendamientos, centrandó la regulación de este contrato en la idea de prestación de un trabajo remunerado, y distinguiéndose del contrato de obra (§ 631 a 651) en el objeto de la obligación pactada, que en este último consistiría en la realización de una obra o «de cualquier otro resultado a producir por trabajo o prestación de servicios»<sup>100</sup>.

---

bienes productivos («*bail à ferme*», arts. 275 y sigs.), distinguiendo además el contrato de trabajo (arts. 319 y sigs.), el de empresa (arts. 363 y sigs.) y el de transporte (arts. 440 y sigs.).

Distingue el Código suizo, como expone GUHL, T., *Le Droit fédéral des obligations*, Zurich, 1947, págs. 249 y sigs., dos grandes grupos de contratos: unos, que suponen la cesión del uso de un bien (entre los que se hallan el *bail à ferme*, el *bail à loyer*, el *prêt à usage*, el *prêt de consommation*) y aquéllos que tienen por objeto la disposición de trabajo (*contrat de travail*, *contrat d'entreprise*, *contrat d'édition*, *mandat*, *gestion de affaires*, *commission*, *contrat de transport*). De este modo, la prestación de un servicio había de quedar enmarcada en alguno de dichos tipos contractuales, teniendo en cuenta que, conforme al art. 319-1º, y como señala GUHL, op. cit., pág. 273, el contrato de trabajo viene caracterizado por la relación de subordinación que se establece entre las partes y, por tanto, por la presencia de un «salario».

Además, se preveía por el art. 361 (antes de la reforma operada el 16 de diciembre de 1983) que las normas establecidas para este contrato de trabajo debían aplicarse a los contratos que tuvieran por objeto una prestación que exigiera «una especial cultura científica o artística» siempre que presentasen los elementos constitutivos del contrato de trabajo. Tal disposición podía interpretarse en el sentido de admitir que todo contrato de servicios profesionales en el que se identificase cierta «dependencia» entre el profesional y el cliente quedaba sometido a la regulación del contrato de trabajo.

<sup>100</sup> En efecto, por el contrato de servicios ("*Dienstvertrag*") alemán «aquél que promete los servicios se obliga a la prestación de los servicios prometidos y la otra parte a procurar la remuneración pactada» (§ 611 B.G.B.); mientras en el contrato de obra ("*Verkvertrag*") el artífice se obliga a la realización de la obra prometida, resultado del trabajo del aquél (§ 631 B.G.B.).

Así, para ENNECCERUS, L. y LEHMANN, H., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de las obligaciones*, Vol. 2º, 1ª parte, Barcelona, 1966, trad. esp. B. Pérez González y J. Alguer, págs. 433 y 434 y 509, en el contrato de servicios «el objeto inmediato de la promesa de la prestación consiste en el trabajo, en la actividad misma, la labor como tal, una determinada medida de prestaciones laborales que en sus detalles son determinadas por las necesidades, diversas en cada caso, del titular: pero siempre sin consideración a su resultado», mientras que en el contrato de obra se promete «el resultado».

La amplitud del objeto del contrato de servicios tal como viene configurado en el § 611-2° B.G.B.— «*servicios de toda clase*» — conduce a que este contrato comprenda las más diversas especies de relaciones lo que ha provocado, de un lado, que el legislador alemán efectúe frecuentes diferenciaciones en la regulación del contrato de servicios, bien introduciendo disposiciones nuevas para los conceptos de relación laboral, empresario, trabajador, bien declarando la aplicación preferente de las reglas especiales para el contrato de trabajo<sup>101</sup>.

Junto a estas dos principales figuras contractuales, el Código Civil alemán se ocupa además del corretaje (§ 652 a 661), del mandato (§ 662 a 676), de la gestión de negocios sin mandato (§ 677 a 687) y del depósito (§ 688 a), como un grupo de contratos cuyo denominador común queda constituido por que mediante ellos una persona se obliga a realizar una actividad en servicio o interés de otra<sup>102</sup>.

Tal concepción también ha sido seguida por el Código Civil italiano de 1942 que distingue en capítulos diversos —si bien dentro del mismo Libro IV— el contrato de arrendamiento de cosas («*Della locazione*») y el contrato de empresa («*Del'appalto*»), mientras que el arrendamiento de servicios y de obra («*contratto d'opera*») queda comprendido en un Libro diverso (Libro V: «*Del lavoro*») donde aparecen reguladas todas las relaciones de trabajo, distinguiendo a su vez si éste se presta de manera autónoma (Título III) o subordinada (Título IV). El trabajo en cualquiera de sus formas constituye el elemento esencial de la disciplina de estos contratos, tal como se desprende de la disposición general del art. 2060 C.C.: «*Il lavoro é*

---

<sup>101</sup> Cfr. MEDICUS, D., *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I, edición española de A. Martínez Sarrión, Barcelona, 1995, págs. 552 a 525.

<sup>102</sup> Así, LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo II, versión esp. J. Santos Briz, Madrid, 1959, pág. 280, quien destaca, al mismo tiempo, la extraordinaria importancia de estos contratos de actividad en servicio o en interés de otro «tanto para el trabajador asalariado como para todo el cuerpo social».

*tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive, intellettuali, tecniche e manuali*<sup>103</sup>.

Respecto al Derecho español, el Proyecto de Código Civil de 1851 siguió al *Code* en cuanto a la regulación del arrendamiento de servicios y su vinculación con el arrendamiento de cosas, al venir tanto unos como otros regulados en el mismo Título IX bajo la rúbrica común «Del contrato de arrendamiento» y con unas disposiciones comunes aplicables a todos ellos (arts. 1.473 y 1.474)<sup>104</sup>.

En el Capítulo V de este Título se contemplaba con la denominación «Del arrendamiento del trabajo y de la industria» los tres contratos que hoy aparecen diferenciados y que se consideraban las «especies principales» de aquél: el arrendamiento de servicio de criados y trabajadores asalariados; de obras, por ajuste o precio alzado; y de transportes por agua o tierra, tanto de personas como de cosas<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Este artículo abre el Título I del Libro V prescribiendo una serie de normas comunes en la disciplina de las actividades profesionales, en la que destaca la entidad económica del ejercicio de las mismas.

<sup>104</sup> En efecto, el art. 1.475 del Proyecto isabelino de 1851 recoge una definición del arrendamiento, en gran parte coincidente con la que pasaría a los arts. 1.542 y 1.543 C.C. de 1889, destacando aún más, si cabe, su concepción unitaria: «El arrendamiento es un contrato por el cual una de las partes se obliga a ceder a la otra el goce o uso de una cosa, o a prestarle un servicio personal por precio determinado».

Apunta GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, reproducción anastática, Barcelona, 1973, págs. 443 y 444, que a diferencia del art. 1.709 del Código civil francés, que exige que el arriendo sea hecho para tiempo cierto o determinado, se ha preferido la doctrina romana que dispone expresamente lo contrario en D. 19, 2, 4: «*Locatio precariive rogatio ita facta, quad is qui eam locasset, dedisselve, vellet, morte eius qui locavit, tollitur*» («El arriendo o el precario hecho hasta que el arrendador o el que dio la cosa, quiera, se extingue por muerte del que arrendó»).

<sup>105</sup> Considera GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios ...*, op. cit., pág. 478, conveniente señalar la confusión e impropiedad que existen en las leyes romanas «porque a veces aplican las palabras *locator, conductor* (arrendador, arrendatario), promiscuamente al que presta el trabajo o industria y al que lo paga, cuando en realidad el primero es el verdadero arrendador por prestar el servicio o industria que es la materia del contrato, y el segundo, el verdadero arrendatario por pagar el precio o venta de la materia: la ley 1 recopilada, título 26, libro 8, habla de este concepto».

Tal concepción unitaria del contrato de arrendamiento llega hasta el Código Civil de 1889, cuyo art. 1.542 recoge la triple configuración del arrendamiento de cosas, de obras o de servicios, definiéndolos, no obstante, separadamente en los arts. 1.543 (para el arrendamiento de cosas) y art. 1.544 (arrendamiento de obra y de servicios) a los que no se conecta una identidad de efectos, como expondremos más adelante<sup>106</sup>.

En efecto, partiendo el Código Civil de un concepto unitario de arrendamiento, no recoge, en cambio, una definición del arrendamiento en general. De este modo, el art. 1.544 es el único precepto que nos ofrece una aproximación a la definición de los de obra y servicios, caracterizados los primeros porque en ellos una de las partes se compromete a ejecutar una obra, mientras en los segundos se compromete a prestar un servicio, siempre por precio cierto<sup>107</sup>. Es esta exigencia del precio cierto la que se erige en elemento común de estos contratos y el arrendamiento de cosas.

Siguiendo el texto del Código Civil, se consideran especies del arrendamiento de obras y servicios: el de los criados y trabajadores

---

<sup>106</sup> Siguiendo a MANRESA, J.M., «Comentario a los arts. 1.542 a 1.545», *Comentarios al Código Civil español*, Tomo X, vol. II, Madrid, 1969, págs. 11 y 13, resulta evidente que el Código Civil español no quiso introducir novedades en esta materia, respetando la tradición existente, y ateniéndose a la Ley de Bases, agrupando bajo la común denominación de arrendamiento «un conjunto de materias que no tiene la homogeneidad necesaria para que puedan ser consideradas como partes integrantes de una sola entidad contractual».

Para DIEGO, F. C. DE, *Derecho civil español común y foral*, Tomo II, Madrid, 1914, pág. 69; e *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1930, pág. 212, «en el fondo del arrendamiento no hay otra cosa sino el cambio o transmisión del goce de una cosa o del servicio de una persona a otra mediante un precio», resultando las distintas especies reconocidas en la legislación positiva «según la índole del servicio o la naturaleza de la cosa objeto del arrendamiento».

<sup>107</sup> Habla DIEGO, F. C. DE, *Derecho civil español común y foral*, op. cit., págs. 121 y 122, de «arrendamiento de servicios, "locatio operarum" de los romanos cuando el hecho prometido en el contrato es considerado como trabajo personal, sin relación al resultado que produce (servicios) y de arrendamiento de obra o empresa, "locatio operis" de los romanos, cuando aquél se contempla como resultado sin relación al trabajo que lo produce».

asalariados (Sección 1ª); el de obras por ajuste o precio alzado (Sección 2ª); y el de los transportes por agua o por tierra (Sección 3ª).

Varias son las críticas que a esta regulación se elaboran, destacando, entre ellas, el silencio respecto a los servicios prestados por profesionales liberales; o la parquedad de los preceptos mediante los que se reglamentan relaciones tan frecuentes en la vida civil<sup>108</sup>.

A partir de la regulación que de los arrendamientos de obra y de servicios contiene nuestro Código Civil en el art. 1.544 y en los arts. 1.583 a 1.600, es preciso plantearse bajo qué esquema contractual puede configurarse la prestación del profesional liberal (abogado), sin que la conclusión a la que lleguemos suponga un obstáculo a la posibilidad de que puedan determinadas relaciones profesionales articularse a través de figuras contractuales diferentes.

---

<sup>108</sup> DIEGO, F. C. DE, *Derecho civil español común y foral*, op. cit., pág. 129, da una serie de razones que explican esta pobreza del articulado del C.C. en la materia que nos ocupa, como su parecido al modelo francés; que «el Derecho romano no podía inspirar otras disposiciones; que el trabajo industrial en el antiguo régimen estaba sometido o a la disciplina de los gremios y corporaciones, o a las reglas de las industrias privilegiadas, siendo todo ello considerado como materia más bien de policía que de legislación civil». De deficiente es calificada por VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III, *Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, 2ª ed., Valladolid, 1920, págs. 442 y 443, la regulación que de los arrendamientos de obra y de servicios realiza el C.C. español, de una parte, porque ambos son variedades del contrato de trabajo, de otra, porque prescinde el legislador en su regulación de aquéllos que afectan al trabajo intelectual, «cosa verdaderamente inexplicable, pues para nosotros no existe fundamental distinción entre el trabajo llamado manual y el intelectual».

**§ 4. Distinción entre el contrato de obra y el arrendamiento de servicios.**

*5. Los criterios diferenciadores. Doctrina jurisprudencial*

Teniendo en cuenta lo apuntado respecto al concepto unitario del arrendamiento por el que opta nuestro Código Civil, varios han sido los criterios propuestos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en orden a una distinción nítida entre el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios<sup>109</sup>. Merece destacar entre estos aquéllos que han gozado de mayor seguimiento por parte de los autores:

*A) La remuneración. Los honorarios profesionales*

A este efecto, se ha pretendido hacer radicar la diferencia entre los contratos de arrendamiento de obra y de servicios en el elemento de las modalidades de retribución de la prestación ejecutada por el profesional liberal.

La nota común de estos dos contratos en orden a la contraprestación es que, conforme al art. 1.544 C.C., el precio ha de

---

<sup>109</sup> Como hemos apuntado, dicha distinción entre contrato de obra y de servicios, si bien con distintas expresiones para referirnos a esta último, se encuentra en los Códigos Civiles austríaco, sajón, alemán y en el Código suizo de las obligaciones.

ser cierto<sup>110</sup>. Por tanto, debe estar determinado o ser determinable, de acuerdo a las reglas generales<sup>111</sup>.

De manera general entiende la jurisprudencia que existe precio cierto cuando éste puede ser conocido por la costumbre y los usos del lugar, o sea conforme a la equidad, aun no habiéndose pactado expresamente<sup>112</sup>.

El elemento diferenciador entre los dos contratos, siguiendo esta postura, estribaría en que mientras en el arrendamiento de servicios, la retribución de éstos suele fijarse en atención al tiempo empleado o prefijado, respecto al contrato de arrendamiento de obra,

---

<sup>110</sup> La existencia de precio cierto (*merces*) constituye un elemento esencial de la *locatio conductio*, tal como aparece en GAI. 3, 142: «*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio conductio contrahi*».

Para LUCAS FERNÁNDEZ, F., «El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales», A.D.C., 1983, XXXVI, Fasc. II, pág. 1469, la fijación del precio cierto que debe pagar el arrendatario, y que constituye la obligación más importante de entre las que le incumben, constituye un requisito esencial de este contrato, de modo que se puede afirmar que «sin precio cierto no puede haber arrendamiento de servicios».

<sup>111</sup> Muestra de que el precio constituye un elemento esencial del arrendamiento de servicios del abogado es el pronunciamiento del TS en la Sentencia de 25 de mayo de 1992 (R.A. 4378, 1992) donde el Alto Tribunal, estimando el recurso de casación, consideró que no existía un contrato de arrendamiento de servicios entre el abogado habilitado para defender a su esposa y al hermano de ésta y éstos al carecer de carácter oneroso la prestación de servicios, de lo que se seguía que era improcedente la reclamación de honorarios al litigante vencido y condenado en costas. En efecto, sostuvo el Tribunal que para que el contrato de arrendamiento surja, «de acuerdo con el art. 1.544, es necesario que la prestación del servicio tenga como contraprestación un precio cierto que ha de satisfacer el comitente, por lo que la asunción de la defensa de parientes dentro de los límites que establece el art. 20 del Estatuto General de la Abogacía por quien tiene título de licenciado en Derecho y es habilitado para ello, carece de ese carácter de onerosidad esencial del contrato de arrendamiento de servicios...».

<sup>112</sup> Así, en las SS.T.S. de 18 de octubre de 1899 (J.C. núm. 25), 25 de octubre de 1970 (J.C. núm. 108), 8 de enero de 1909 (J.C. núm. 11), 27 de diciembre de 1915 (J.C. núm. 159), 15 de diciembre de 1917 (J.C. núm. 207), 1 de julio de 1924 (J.C. núm. 69), 5 de diciembre de 1925 (J.C. núm. 186), 3 de marzo de 1926 (J.C. núm. 3), 8 de julio de 1927 (J.C. núm. 43), 14 de mayo de 1929 (J.C. núm. 35), 10 de noviembre de 1944 (J.C. núm. 42), 20 de marzo de 1947 (J.C. núm. 79), 19 de diciembre de 1953 (J.C. núm. 445), 24 de noviembre de 1954 (J.C. núm. 388), 19 de enero de 1957 (R.A. 136, 1957), 30 de septiembre de 1967 (J.C. núm. 524).



el contratista promete el resultado de su actividad mediante una remuneración fijada no en proporción al tiempo empleado en su ejecución, sino en razón de la importancia y de la extensión de la obra<sup>113</sup>.

A ello aludirían los arts. 1.592, 1.593 y 1.597 del Código Civil que, bajo la rúbrica de la Sección 2ª «De las obras por ajuste o precio alzado», contemplan varias modalidades de retribución del contratista directamente relacionadas con la entrega de la obra: una, por piezas o unidades de medida; otra, por ajuste o precio alzado<sup>114</sup>.

No obstante, de un análisis de la realidad social contemplada por las decisiones jurisprudenciales resulta que este criterio se muestra insuficiente debido a que dichas modalidades de retribución pueden darse en los dos tipos contractuales, y aunque sea más frecuente que en el contrato de servicios la remuneración lo sea en atención al tiempo empleado, no cabe excluir que se pague por pieza o a destajo<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> En este sentido, DIEGO, F. C. DE, *Derecho civil español común y foral*, Tomo II, op. cit., pág. 170, al mantener como categoría especial del contrato de obras por ajuste o precio alzado el contrato de empresa, ya que en éste su objeto es una obra por hacer y «la remuneración es proporcional a la importancia de la obra y no al tiempo, como en el arrendamiento de servicios».

<sup>114</sup> A pesar de esto, van apareciendo en la realidad de nuestro tiempo diversas modalidades de fijación inicial del precio de la obra que caen dentro de la libertad de pacto entre los contratantes. De este modo, además de las modalidades expuestas, puede pactarse la remuneración por unidades de tiempo trabajado (un tanto por hora de mano de obra), por unidad de peso de material aplicado; o bien la fijación de un porcentaje sobre el coste real de la obra, adquiriendo el contratista los materiales de la obra de terceras personas y contratando la mano de obra por cuenta y nombre del comitente.

<sup>115</sup> En esta línea, entre otros, SALVADOR CODERCH, P., «Comentarios al art. 1.588», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1181; CAPILLA RONCERO, F., «Contratos de servicios (I): prestación de servicios y ejecución de obra», *Derecho de obligaciones y contratos*, A.A.V.V., coord. Mª R. Valpuesta, 2ª ed., Valencia, 1995, pág. 711.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra», *A.D.C.*, 1964, XVII, fasc. I, pág. 32, en su examen acerca de las similitudes y diferencias del contrato de ejecución de obra y el contrato de trabajo, comprendiendo bajo este término el arrendamiento de servicios tanto civil como laboral, todo ello desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, rechaza de plano el criterio basado en la retribución como distintivo de estos dos tipos de contratos ya que

En efecto, de la S.T.S. de 18 de enero de 1941, de la que fue ponente Don José Castán, se puede inferir que el modo de fijar la remuneración de los servicios prestados por profesionales, en este caso por médicos, no constituye un elemento esencial de dicho contrato de prestación de servicios, al tener declarado que *«el contrato de prestación o arrendamiento de servicios, molde amplísimo que cobija, sin género de duda, los servicios muy superiores y muy calificados de quienes, como los Médicos, ejercen las llamadas profesiones y artes liberales, tiene como elementos esenciales la promesa de determinados servicios por una de las partes y la estipulación de una remuneración a cargo de la otra, la cual remuneración puede ser fijada por períodos de tiempo o por unidades de obra realizada (piezas, medidas o actuaciones singulares)...»*<sup>116</sup>.

---

tanto en la retribución por unidad de tiempo como en la retribución a destajo (como retribuciones típicas del arrendamiento de servicios o contrato de trabajo) no se prescinde del resultado, quedando constituido en la primera modalidad en el rendimiento mínimo a que se condiciona la percepción del salario, y adquiriendo en la segunda una singular relevancia.

<sup>116</sup> En esta Sentencia (R.A. 5, 1941), el Tribunal Supremo resuelve en casación la reclamación realizada por un médico de una herencia yacente como precio de los servicios facultativos prestados al causante de aquélla durante siete años, suma muy elevada, a lo que se opuso la parte demandada. La Audiencia absolvió a los herederos demandados, ya que si bien resultó probada la existencia del contrato de servicios de asistencia facultativa y la realidad de dichos servicios, faltó la puntualización cuantitativa y cualitativa de los servicios prestados. Por idéntico motivo, el TS hace fracasar el recurso de casación, esto es, por la falta de prueba del actor de la efectiva prestación de los servicios, ya que al haber fijado la remuneración de los servicios médicos por actuaciones singulares, es imprescindible la prueba de la determinación cuantitativa de la obra o del trabajo realizado.

No obstante, y a pesar de la irrelevancia del criterio distintivo basado en la remuneración que parece deducirse de este pronunciamiento, cabe destacar la S.T.S. de 22 de febrero de 1954 (Sala 6ª, R.A. 618, 1954) en la que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo distingue con bastante nitidez ambas figuras sobre la base del mismo criterio que de manera previa había desechado. Sostiene el TS en este caso: «La diferencia de mayor relieve entre las expresadas modalidades contractuales está en su aspecto económico, pues en el contrato de trabajo se retribuye el tiempo y en el de obras el resultado, de donde se sigue que el riesgo de trabajo en el contrato de esta denominación lo asume el empresario a quien se presta el trabajo, y en el de obras corre a cargo del contratista, el cual no puede exigir una retribución si la obra se

Esta idea ya había sido recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de octubre de 1905 (J.C. núm. 58) y es, a su vez, confirmada en la de 24 de enero de 1961 (R.A. 116, 1961), contemplando ambas supuestos de manera específica prestaciones llevadas a cabo por letrados. En la primera, el contrato se calificaba de obra, en cuanto que el letrado se comprometía a la elaboración de un dictamen cuya remuneración, no obstante, podía ser fijada en razón a las horas empleadas en su ejecución, separándose del criterio del precio alzado. Por el contrario, en la S.T.S. de 24 de enero de 1961, aun calificándose de arrendamiento de servicios la relación entre el cliente y el abogado en el que éste se comprometía a defender y asesorar al primero en todos los pleitos que tuviera, la remuneración se pactaba a precio alzado sin relación alguna con el tiempo empleado en la preparación y desarrollo de aquéllos<sup>117</sup>.

Esta modalidad de fijación de la retribución, tradicionalmente denominada régimen de igualas, no es extraña ni excepcional en la prestación de los servicios del abogado, por lo que puede constituir un elemento suficientemente indiciario en orden a calificar el contrato celebrado con el abogado de arrendamiento de servicios. En virtud de este régimen, las partes determinan convencionalmente el

---

destruye antes de entregarla y responde, después de entregada, de los vicios que determine su ruina (art. 1.590-1.591 C.C.)». Continúa el Tribunal su distinción en torno al elemento económico al disponer: «En el contrato de trabajo el locator no tiene interés económico en el resultado, salvo en algunas modalidades de participación en los beneficios de la empresa, siendo, por tanto, su interés la percepción del salario, mientras que en el contrato de obra no se concierta salario, sino la retribución en que se calcula el coste de la obra, buscando el locator una ganancia aleatoria en compensación de su trabajo y, a veces, de los elementos materiales que suministre».

<sup>117</sup> En esta Sentencia (R.A. 116, 1961) declaró el Tribunal Supremo improcedente la inclusión por parte del letrado en la minuta de sus honorarios los pleitos en los que defendió al actor durante la vigencia del contrato de arrendamiento de servicios que les ligaba, en cuanto que se debían estimar comprendidos en la contraprestación pactada a tanto alzado. Entendió el Tribunal que, presupuesta la existencia de un contrato verbal de arrendamiento de servicios profesionales mediante un precio alzado, éste comprendía tanto las consultas y asesoramientos extrajudiciales como la defensa en los pleitos de orden civil que mantuviera el actor ante los Tribunales de Justicia.

precio de la contraprestación o remuneración del profesional por todos los servicios prestados a su cliente durante un tiempo determinado mediante una cantidad fija y periódica en sus vencimientos.

a) *La determinación de la retribución del Abogado*

La compensación económica a la que tiene derecho el abogado (cfr. art. 56 del Estatuto General de la Abogacía), como obligación derivada del contrato de prestación de servicios, puede asumir tanto la forma de retribución periódica o continuada en el caso de desempeño permanente de su función para un determinado cliente, como por servicio encargado realizado o por tiempo empleado en su labor<sup>118</sup>.

Además, dicha retribución frecuentemente no queda determinada *a priori*, sino que la determinación del precio de la prestación suele realizarse *a posteriori* mediante la presentación de una minuta detallada, en relación con los trabajos desempeñados, como prescriben los arts. 12 y 423-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que quepa entender por ello vulnerado el art. 1.544 en cuanto a la exigencia esencial de precio cierto en el contrato de arrendamiento<sup>119</sup>. Ello es debido a que, normalmente, el profesional

---

<sup>118</sup> La S.T.S. de 7 de marzo de 1988 (R.A. 1559, 1988) resuelve un incidente de impugnación de costas procesales, en cuanto que impuestas éstas a la parte recurrente en casación, al haber sido desestimado el recurso, la condenada considera indebida la inclusión de los honorarios del Letrado de la entidad recurrida. El Alto Tribunal, además de calificar la relación del abogado con su cliente de arrendamiento de servicios, entiende que «cualquiera que sea la forma de pago de los servicios profesionales del abogado», en este caso se trata de un sistema de retribución continuada, éstos deben ser incluidos en la tasación de las costas a cuyo abono se condena a la recurrente.

Es normal, por otra parte, que cuando el abogado presta sus servicios de manera habitual y continuada a un mismo cliente, con el que tiene concertado un contrato cuyo contenido puede abarcar desde la defensa en cuantos procedimientos se planteen por él o contra él, u orientar y asesorar en todos los problemas jurídicos, venga retribuido en razón de una cantidad fija, mediante precio alzado, que se denomina «igual». Así, en S.T.S. de 24 de enero de 1970 (R.A. 116, 1970).

<sup>119</sup> En la S.T.S. de 27 de diciembre de 1915 (J.C. núm. 159), en relación con los honorarios del letrado en pleito, se declaró que, «según doctrina legal, no es precisa

no puede determinar el precio antes de prestar el servicio, en cuanto que aquél se hace depender de diversos factores que pueden variar conforme a las circunstancias y que no pueden ser previstas, en muchas ocasiones, en el momento de estipular el contrato como, por ejemplo, el tiempo empleado en su ejecución, la dificultad de estudio del asunto que se le ha confiado, conocimiento especializado en materias particulares, etc.

En la fijación del precio de la prestación del abogado como profesional liberal, que se conceptúa, tal como hemos visto, como honorarios<sup>120</sup>, el Colegio profesional desempeña una elemental función orientadora en tanto que puede establecer unas tarifas oficiales o minutas de honorarios mínimos, como prevén los arts. 3º. II) y 56.1º *in fine* del Estatuto General de la Abogacía, en cuyo establecimiento se tienen en cuenta la naturaleza del asunto, su valor económico, la complejidad de la labor desarrollada, etc.<sup>121</sup>.

---

la determinación de su cuantía (la del precio)», sino que bastaba la posibilidad de establecer su cuantía, según costumbre o ley, no siendo necesaria la determinación *a priori*, en cuanto que no puede apreciarse entonces la importancia y, por tanto, la cuantía de los honorarios que en el curso de una reclamación judicial haya de devengar un Letrado. Así, sigue diciendo el Tribunal que «la costumbre de su retribución sancionada también en el art. 12 de la L.E.C. ha establecido su determinación *a posteriori* mediante la presentación de minuta detallada, en relación con los trabajos prestados y expresión de su cuantía, si bien sujeta por la misma Ley a su impugnación, pues no sería justo que ello quedase completamente al arbitrio de una de las partes contratantes».

En este sentido, las S.S.T.S. de 20 de marzo de 1947 (R.A. 355, 1947), 22 de diciembre de 1954 (R.A. 3013, 1954), 4 de julio de 1961 (R.A. 2880, 1961), 7 de octubre de 1964 (R.A. 4326, 1964), 10 de octubre de 1970 (J.C. 439) y 6 de junio de 1983 (R.A. 3291, 1983).

<sup>120</sup> Realiza WAHL, A., «Le droit de l'avocat aux honoraires», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1095, págs. 497 y sigs., una exposición de la evolución de los honorarios desde su consagración como derecho para los abogados hasta la prohibición del pacto de *quota litis*.

<sup>121</sup> En virtud de lo establecido en el art. 6º la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, (que hubo de ser adaptada al texto constitucional mediante la Ley 74/1978, de 26 de diciembre), se delega en los Consejos Generales de cada profesión la promulgación de los Estatutos Generales respectivos que regirán la misma, regulando, entre otras materias, el régimen de cobro de honorarios. Además, conforme a lo dispuesto en el art. 5º ñ) corresponde a los Colegios «regular los honorarios mínimos de las profesiones...».

En este sentido, el Tribunal Supremo considera cumplido el requisito de determinabilidad del precio de la prestación del profesional liberal por la simple referencia en el contrato a las tarifas de honorarios mínimos fijadas por la organización profesional correspondiente<sup>122</sup>.

No obstante, ello no significa que dichas normas corporativas relativas a las tarifas de honorarios tengan valor vinculante para el Letrado, ya que éste puede discrecionalmente fijarlos, cumpliendo más bien la función de proporcionar un criterio estimable para su determinación<sup>123</sup>. Es más, ni siquiera impiden, al mismo tiempo, la

---

El reconocimiento por parte de dicha Ley a los Colegios profesionales de amplias facultades en la materia de fijación, cobro y reclamación de honorarios, y en otras (como la concertación de seguro obligatorio), remitiendo a lo dispuesto en sus respectivos Estatutos y normas reglamentarias, ha suscitado en la sociedad actual una polémica en torno a su posible inconstitucionalidad, por atentar a principios reconocidos constitucionalmente, tales como la libertad de empresa o de competencia, y por violar la reserva de ley establecida en el art. 36 C.E.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestar en la STC 83/1984, de 24 de julio, que la reserva de ley prevista en el art. 36 C.E. no resulta infringida cuando una ley (como es la de Colegios profesionales) reenvía para la regulación de determinados aspectos a normas reglamentarias. Además, conforme la interpretación del TC expresamente tal precepto vendría a consagrar la existencia de normas corporativas. Para una exposición de la cuestión, vid. ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997, págs. 45 a 56.

No obstante, la posible extralimitación de los Colegios profesionales en algunas de las competencias que se le atribuyen ha pretendido ser subsanada mediante el Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996 y la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales que, entre otros preceptos, han modificado los relativos a la fijación de honorarios y el cobro de los mismos por los Colegios Profesionales (arts. 5<sup>o</sup> apartados ñ y p, y art. 6<sup>o</sup> apartado j), cuestión que analizaremos más adelante.

<sup>122</sup> Así, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1959 (R.A. 123, 1959), 4 de julio de 1984 (R.A. 3797, 1984) y 25 de abril de 1991 (R.A. 3028, 1991).

Respecto a los honorarios de arquitectos declaró el TS en su Sentencia de 16 de abril de 1980 (R.A. 1419, 1980) que es suficiente para estimar la existencia de precio cierto que «su determinación pueda llevarse a cabo por los propios interesados —SS. de 4 de julio de 1961 y 7 de octubre de 1964— y con mayor razón en el caso del recurso, en el que el precio cierto aparecía elevado según tarifa oficial y conforme al presupuesto ...».

<sup>123</sup> Sin embargo, tiene el TS declarado que si bien es posible que el profesional cobre una cantidad superior a la fijada en la tarifa del Colegio Profesional

impugnación por parte de los interesados de la minuta por excesiva, sometidos a control jurisdiccional, a través del procedimiento previsto en los arts. 427 y 428 L.E.C.<sup>124</sup>.

Tal afirmación vendría respaldada por la nueva redacción que se ha dado al art. 5º apartado ñ) de la Ley de Colegios profesionales de 1974, modificada a través de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales. En efecto, mediante tal modificación se prevé, ya de

---

correspondiente es necesario la existencia de pacto expreso de las partes a tal efecto. En su defecto, la pretensión del cobro de honorarios deberá ajustarse a los señalados en las tarifas oficiales (S.T.S. de 13 de marzo de 1978, R.A. 976).

<sup>124</sup> En efecto, la S.T.S. de 18 de abril de 1951 (R.A. 1308, 1951) excluye la naturaleza de costumbre de las tarifas de los Colegios de Abogados al declarar que «no son normas jurídicas elaboradas por la conciencia social mediante la repetición de actos realizados con intención jurídica», de lo que se infiere el derecho de quien solicitó los servicios de impugnar la minuta, correspondiendo en tal caso a los tribunales la fijación del precio que tampoco se ven constreñidos por aquéllas.

Destaca la S.T.S. de 8 de julio de 1927 (J.C. núm. 43) donde el Tribunal Supremo distingue entre aquellas prestaciones que revisten el «carácter indiscutible de trabajos de la profesión de Abogado y los que carecen de tal carácter», estimando el Tribunal que los primeros son los únicos que constituyen un verdadero contrato de arrendamiento de servicios, al tener «establecida la costumbre en forma notoria ya admitida por la Sala 1º del Tribunal Supremo, que se retribuirán con lo que el profesional señale en su minuta, y en caso de disconformidad con lo que resuelvan los Tribunales, oyendo previamente a los Colegios de Abogados», mientras que respecto a los otros «es necesario para que integren tal contrato que se haya demostrado que por la costumbre y uso frecuente en el lugar en que se suponen frecuentes tienen un precio cierto». Niegan el carácter vinculante, reforzando el elemento orientativo de las tarifas de honorarios de abogados, entre otras, las SS.T.S. de 12 de julio de 1984 (R.A. 3848, 1984), 13 de diciembre de 1991 (R.A. 9002, 1991), 5 de febrero de 1992 (R.A. 826, 1992) y 15 de diciembre de 1994 (R.A. 10114).

Niega LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra*, coord. J. González García, Universidad de Jaén, Conferencia pronunciada en las Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el Área de Derecho civil de la Universidad de Jaén, durante los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1995, págs. 49 y 50, el carácter normativo de las normas corporativas relativas a la retribución de los profesionales, rechazando, en consecuencia, en cuanto que no engendran usos que las normas corporativas sean mecanismos de integración del contrato de servicios profesionales. Para el autor, tan sólo, en cuanto normas de carácter interno, podrán tener como destinatarios a los propios colegiados, llevando aparejada su inobservancia una sanción disciplinaria a éstos.

manera expresa, que los baremos de honorarios que pueden establecer los Colegios profesionales en el ejercicio de sus funciones en el ámbito territorial correspondiente tienen un «carácter meramente orientativo»<sup>125</sup>.

La jurisprudencia estimó, en un principio, que se entendía cumplida la exigencia que se impone al letrado de presentar minuta detallada conforme al art. 423.2º L.E.C., cuando ésta expresaba «por separado y detalladamente cada uno de los conceptos objeto de minutación», rechazándose una estimación global de los trabajos desempeñados, al objeto de posibilitar a los Tribunales, en su caso, la detracción de las cantidades que se correspondan a las partidas que se consideren de improcedente abono<sup>126</sup>. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha ido evolucionando en el sentido de entender que si bien el art. 423 L.E.C. exige la aportación de minuta detallada, no lo hace respecto a la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto pormenorizado, considerando, en consecuencia, que no es preciso que se cuantifiquen separadamente los honorarios de los

---

<sup>125</sup> Además, ha de subrayarse que, conforme a lo dispuesto en la Disposición final segunda de la Ley 7/1997, tal precepto tiene carácter de legislación básica al amparo del art. 149-1º, números 1º y 18º, lo cual significa que lo preceptuado en tal artículo es de aplicación inmediata, directa y preferente en todo el territorio español, incluso en aquellas CC.AA. que, habiendo asumido competencias en dicha materia a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, la hayan desarrollado a través de las leyes correspondientes. Así, han dictado, hasta ahora, ley sobre la materia, la C. A. Catalana —Ley 13/1982, de 17 de diciembre, que aprueba las normas reguladoras de los Colegios profesionales—, la canaria —Ley 10/1990, de 23 de mayo, de Colegios profesionales— y la andaluza que se ocupa de ciertos aspectos —Ley 6/1995, de 29 de diciembre que regula los Consejos Andaluces de Colegios Profesionales; otras CC.AA., sin dictar ley, han desarrollado parcialmente dicha competencia a través de otros instrumentos normativos: la Comunidad Valenciana, por Decreto 123/1986, de 20 de octubre, que aprueba la regulación de los Consejos Valencianos de Colegios profesionales, y por el Decreto 17/1987, de 13 de abril, que crea y regula el Registro de Colegios Profesionales y de Consejos Valencianos de Colegios; País Vasco, que aprobó mediante Decreto 314/1990, de 28 de diciembre, el Consejo Vasco de la Abogacía; y Galicia, creando el Consejo de la Abogacía Gallega y aprobando sus Estatutos mediante Decreto 130/1993, de 3 de junio.

<sup>126</sup> Entre otras, las SS.T.S. de 8 de noviembre de 1971 (R.A. 4802, 1971), 21 de octubre de 1972 (R.A. 4105, 1972), 11 de junio de 1974 (R.A. 2632, 1974), 17 de marzo de 1976 (R.A. 1382, 1976), 21 de octubre de 1977 (R.A. 3903, 1977) y 30 de junio de 1980 (R.A. 2728, 1980).



diferentes conceptos o partidas. Basta, por tanto, que se establezca en la minuta en qué proporción el total minutado debe distribuirse entre las distintas actuaciones que el abogado ha dirigido o llevado a cabo, de tal manera que la cuantía de cada concepto adquiere un aspecto proporcional<sup>127</sup>.

La imprecisión de dicha proporcionalidad en la minuta correspondiente a los honorarios del Letrado, impidiendo la ulterior operación de asignación de una cuantía a cada partida, habrá de producir como efecto en el ámbito de la imposición de las costas procesales a las partes la sanción prevista en el art. 424 L.E.C., esto es, la no inclusión en la tasación de costas de aquellas minutas de honorarios que no se hubieren especificado en la forma expuesta anteriormente, al entender el legislador que la ausencia de tal requisito puede impedir a la parte condenada el conocimiento que precisa para ejercer plenamente su derecho de contradicción.

Además, el ajuste de los honorarios a las tarifas oficiales no es el único criterio de que se sirven los Tribunales para valorar la contraprestación del abogado, en cuanto consideran que la conformidad de las minutas de honorarios profesionales formuladas por el abogado con los usos del lugar en el que se contrataron y prestaron los servicios jurídicos autoriza a reputar dichas minutas conformes a la buena fe, a los usos y a la ley (art. 1.258 C.C.)<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Tal interpretación ya reiterada la encontramos, entre otras, en las S.T.S. de 26 de noviembre de 1980 (R.A. 4200, 1980), 15 de julio de 1991 (R.A. 5386, 1991), 16 de diciembre de 1991 (R.A. 489, 1992), 5 de mayo, 14 de julio, 30 de septiembre, 24 de octubre y 4 de noviembre de 1992 (R.A. 3884, 6074,7425, 8281 y 9192, 1992), 10 y 15 de marzo de 1993 (R.A. 1833 y 2275, 1993), 9 de junio de 1993 (R.A. 4475, 1993), 19 de julio de 1993 (R.A. 6157, 1993).

De esta doctrina jurisprudencial resulta que la impugnación de costas por indebidas, conforme al art. 429 L.E.C., habrá de basarse exclusivamente en la inclusión de partidas de derechos de honorarios cuyo pago no corresponda al condenado en costas, pero sin imponer la minutación por separado de cada uno de los conceptos detallados (S.T.S. de 9 de junio de 1993).

<sup>128</sup> Así, la S.T.S. de 6 de junio de 1983 (R.A. 3291, 1983) respecto a la minuta formulada por un abogado que no tuvo en cuenta las normas de orientación del Colegio de Abogados de su lugar de ejercicio, pero que se no considera arbitraria al estimarse

### b) El pacto de cuota litis

Cabe poner de relieve que, expresamente el art. 56-1º, párrafo 2º, inciso 2º del Estatuto General de la Abogacía proscribía una forma de determinación de la retribución del abogado, la que tradicionalmente se ha denominado «pacto de cuota litis», consistente en la fijación del precio en proporción a un tanto o parte alícuota del valor que se obtenga de la *litis* o de los bienes litigiosos.

El pacto de «cuota litis» ya es conocido en Derecho Romano, resultando expresamente prohibido en Digesto 50, 13, 1, 12 donde viene definido de *piraticum mos* y de *abhominanda negotio*<sup>129</sup>. En nuestro Derecho histórico, la prohibición del pacto de cuota litis aparece contemplada expresamente en el Fuero Real, en la Novísima Recopilación, así como en Partidas (la Ley XIV, Título VI, Partida 3ª)<sup>130</sup>.

---

conforme con los usos del lugar, conformidad que resulta «acreditada palmariamente mediante informe favorable del Colegio de Abogados».

<sup>129</sup> Los emperadores Severo y Caracalla definieron como un *malum mos* la convención de retribución consistente en una participación en el resultado del litigio, prohibiéndolo mediante un rescripto, permitiendo el *palmarium*, un emolumento convenido por causa determinada dentro de los límites legales, tal como resulta de parte del fragmento de D. 50, 13, 1, 12: «... si vero post causam actam cauta est honoraria summa, peti poterit ad probabilem quantitatem, etsi nominem palmarii cautum sit; sic tamen ut computetur id quod datum est cum eo quod debetur neutrumque compositum licitam quantitatem excedat» («... pero si se promete una suma de honorarios después de haber terminado el litigio, podrá reclamarse aquella hasta el límite de lo aceptable, aunque se haya convenido en concepto de premio por el éxito»).

<sup>130</sup> Dice la Ley XIV, Título VI, Partida 3ª: «Otrosi defendemos, que ningún Abogado no sea osado, de fazer postura con el dueño del pleito, de recibir cierta parte de aquella cosa, sobre que es la contienda. Porque touieron por bien los Sabios antiguos, que quando el Abogado sobre tal postura razonasse, que se trabaxaría fazer toda cosa, por que la pudiesse ganar, quier a tuerto, quier a derecho. E aun lo defendieron por otra razón, porque quando tal pleyto les fuesse otorgado, que pudiesen fazer con la parte a quien ayudassen, non podrian los omes falla abogado, que en otra manera les quisiesse razonar, ninayudar, si non con tal postura: lo que sería contra derecho e cosa muy dañosa a la gente. Pero si algun abogado fuesse tan ateuido, que fiziesse tal postura como esta, con la parte a quien ayudasse; mandamos, que despues que le fuere prouado, non pueda razonar por otri en juyzio, assi como persona enfamada; e demas, que el pleyto, que ouiere puesto con la parte, que non le vala».

La prohibición del empleo del pacto de cuota litis, impidiendo a los Abogados la adquisición de cualquier interés económico en los asuntos que estén dirigiendo, o la participación en las cuantías litigiosas en los procesos en que intervienen, responde a unas exigencias de carácter ético profesional tal como se desprende de las normas deontológicas de la Abogacía.

De este modo, el art. 11 número 7º del Código deontológico de la Abogacía se ocupa de definir este pacto como «aquél acuerdo entre un abogado y su cliente, formalizado con anterioridad a terminar el asunto, en virtud del que el cliente se compromete a pagar al Abogado un porcentaje del resultado del asunto, independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por el asunto».

La admisión de la licitud de este pacto conduciría a que el resultado desfavorable del litigio supusiera para el Abogado la pérdida de su derecho de remuneración, haciendo partícipe al profesional de la aleatoriedad del resultado del pleito y atribuyéndole el riesgo de que su actividad en el proceso finalizara con un resultado adverso<sup>131</sup>. Además de la justificación de carácter ético, se ha mantenido que la proscripción del empleo de la cuota litis tiene como causa inmediata la evitación de la competencia desleal «que a su vez se produce porque la generalidad de los colegiados no recurren a ella, en acatamiento de los principios institucionales que la prohíben, lo que puede convertir en situación de ventaja al profesional que la utiliza» —S.T.S. de 9 de noviembre de 1988, Sala 4ª (R.A. 8915, 1988)—.

---

<sup>131</sup> Para ALONSO PÉREZ, Mª T., *Los contratos de servicios...*, op. cit., págs. 390 y 391, el contrato de servicios jurídicos con pacto de cuotalitis sería nulo *ex art.* 1.271 C.C., en cuanto que «supondría convertir en elementos objetivos de la relación cosas que se encuentran fuera del comercio de los hombres, como pueden ser la Justicia en las actuaciones judiciales, o la libertad de los individuos en otro tipo de negociaciones», derivando de ello que la prohibición de este pacto debe interpretarse en el sentido de que «no caben contratos de obra en el ámbito de los servicios jurídicos».

Por último, cabe señalar que el art. 1.459-5º párrafo 3º C.C. prohíbe que los abogados adquieran mediante compra, por sí o por persona intermedia, los bienes y derechos que constituyan objeto de un litigio en el que intervengan por su profesión y oficio. Sin embargo, en virtud del párrafo 2º del art. 1.459-5º C.C. queda exceptuada de dicha prohibición los supuestos de adquisición de dichos bienes por cesión en pago de créditos, lo cual ha planteado en la doctrina si tal previsión está contemplando los pactos de cuota litis que quedarían fuera de la norma general prohibitiva (art. 1.459-5º-3º) o si, por el contrario, habría de entenderlos incluidos en ésta<sup>132</sup>.

*c) El régimen de cobro de los honorarios*

El titular del derecho de crédito de los honorarios es el profesional liberal que ha llevado a cabo el servicio, luego es éste quien, en principio, se halla legitimado activamente para el cobro de los mismos. Sin embargo, los Estatutos de los distintos Colegios Profesionales prevén la legitimación de éstos para reclamar los honorarios profesionales correspondientes a los trabajos particulares realizados por sus colegiados, habiendo reconocido los Tribunales tal legitimación en favor de sus colegiados «no como representantes de aquéllos, sino en uso de las atribuciones que las leyes les otorgan»<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> Vid. ALONSO PÉREZ, Mª T., *Los contratos de servicios...*, op. cit., págs. 3993 y 394.

<sup>133</sup> Las S.S.T.S. de 21 de noviembre de 1958 (R.A. 3795, 1958), 30 de junio de 1970 (R.A. 3764, 1970), 8 de junio de 1972 (R.A. 2608, 1972), 28 de febrero de 1973 (R.A. 612, 1983), 4 de octubre de 1974 (R.A. 3652, 1974), 23 de marzo de 1977 (R.A. 1248, 1977), 29 de septiembre de 1983 (R.A. 4685, 1983), 23 de julio de 1987 (R.A. 5810, 1987) y 22 de noviembre de 1993 (R.A. 9177, 1993), referidas a la reclamación de honorarios de arquitectos, mantienen la doctrina de la sustitución procesal en todos los casos en que se ofrezca un ligamen o vínculo legal de interés, entre sustituto y sustituido, reconociendo, en consecuencia «la facultad que asiste a tales Colegios para actuar en nombre de quienes a ellos están adscritos como Colegiados» (S.T.S. de 29 de septiembre de 1983). En tal sentido, tiene declarado la S.T.S. de 23 de marzo de 1977 que los Colegios oficiales de Arquitectos «gozan de capacidad plena para actuar ante los tribunales pretensiones de Derecho material en favor de sus colegiados e incluso para reclamar los honorarios profesionales correspondientes a los trabajos particulares realizados por éstos, que deben hacerlos efectivos por mediación de las

Sin embargo, a la vista de las modificaciones sufridas por la Ley de Colegios Profesionales a través de la Ley 7/1997, de 14 de abril, y en virtud de su Disposición derogatoria única hemos de entender derogadas las normas de los Colegios (Estatutos, reglamentos de régimen interior, etc.) que prevén como únicos legitimados activamente para el cobro a éstos, en cuanto incompatibles con lo dispuesto en los actuales arts. 5º p) y 6º-3 j). Así, el primero de tales preceptos condiciona la legitimación del Colegio para el cobro de «las percepciones, remuneraciones u honorarios profesionales» a la solicitud libre y expresa del colegiado, así como a la posesión por parte del Colegio de los servicios necesarios para hacerlos efectivos, remitiendo el art. 6º-3 j) a los Estatutos del Colegio para la determinación de las condiciones para el cobro de honorarios a través de ellos, así como el régimen del presupuesto o de la nota-encargo que los colegiados deberán presentar o, en su caso, exigir a los clientes<sup>134</sup>.

El abogado podrá exigir el cumplimiento de la obligación de pago de sus honorarios a través de los cauces ordinarios previstos

---

mismas, a quienes está encomendada la organización de los servicios necesarios para su cobro».

Esta legitimación de los Colegios profesionales de arquitectos, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ COSTALES, J., «Reclamación de honorarios por Colegio oficial de arquitecto. Contrato de transacción. Novación de la obligación. Comentario a la S.T.S. (Sala 1ª) de 20 de abril de 1989», *La Ley* 1989-3, pág. 312-314, y en *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, págs., se prevé como obligatoria en la normativa existente en los Colegios oficiales de arquitectos. En efecto, el art. 8º de los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos de 13 de junio de 1931, «los colegiados vendrán obligados, por intermedio de los Colegios, a hacer efectivos los honorarios que según la tarifa vigente les correspondan, deduciendo de éstos el tanto por ciento que debe aplicarse». Con apoyo en este texto y en los términos del art. 5 de la Ley de 13 de febrero de 1974, de los Colegios profesionales, el Tribunal Supremo ha sentado el principio de que los arquitectos únicamente puedan cobrar sus honorarios por medio de los Colegios que, aparecen como los únicos legitimados procesalmente.

<sup>134</sup> Cabe apuntar que, a diferencia de lo dispuesto para el art. 5º ñ, p o q), a este art. 6º-3 j) no se le atribuye por la Disposición final segunda de la Ley 6/1997 el carácter de legislación básica, lo cual lleva implícito la libertad de las CC.AA. con competencia asumida para establecer su propia regulación respecto al aspecto concreto al que se refiere tal apartado.

para las reclamaciones de cantidad. Además, cuando ha desempeñado una actividad jurisdiccional podrá seguir el procedimiento especial previsto en la L.E.C. (arts. 7, 8 y 12) para el cobro de sus honorarios<sup>135</sup>.

En el supuesto de que la actividad llevada a cabo por el abogado no tenga naturaleza jurisdiccional la obligación de pago de los honorarios se derivará del efectivo asesoramiento y dirección de los asuntos confiados, sin que quepa sostener que la ausencia de la firma del abogado en los documentos en que aquél se tradujo sea determinante para negar tal retribución<sup>136</sup>; no impidiendo, por tanto, al Letrado minutar por la actuación que efectivamente realizó,

---

<sup>135</sup> Como señala LUCAS FERNÁNDEZ, F., «El pago en el arrendamiento de servicios profesionales», op. cit., págs. 1490 y 1491, «cuando el letrado ha prestado sus servicios fuera de juicio puede reclamar sus honorarios en el juicio declarativo correspondiente». En tal caso, según este autor, no resultan vinculantes las normas de los arts. 423 y 424 L.E.C. en cuanto a la exigencia de que la minuta de los honorarios venga detallada y firmada, tal como señalan las SS.T.S. de 4 de enero de 1977 (R.A. 4, 1977) y 13 de marzo de 1968 (R.A. 1577, 1968).

Distinta de la cuestión sobre la reclamación de honorarios es la suscitada con ocasión de la interpretación que del art. 33 del Estatuto General de la Abogacía se ha realizado, extendiéndose en virtud de ella una práctica habitual en torno al cambio de abogado consistente en que el abogado que ha sido relevado por su cliente condiciona la concesión de la venia al abogado elegido por aquél para sucederle al pago de los honorarios devengados y no satisfechos. Critica OLIVA SANTOS, A. DE LA, «Cambio de abogado, honorarios y "venia"», *La Ley* 1989-4, págs. 1015 y sigs., esta práctica en cuanto que del tenor del art. 33 E.G.A. no es posible inferir que se permite denegar la venia a causa de que el cliente no haya satisfecho los honorarios devengados, ya que ello supondría bloquear el ejercicio del derecho fundamental del art. 24 C.E.

<sup>136</sup> Así, en la S.T.S. de 4 de enero de 1977 (R.A. 4, 1977) se suscita el conflicto ante el impago de los honorarios a un abogado que había prestado sus servicios en relación al cobro a la Administración de una indemnización por causa de expropiación forzosa, deduciendo el cliente que al no haber sido firmados los documentos de reclamación al Estado que fueron presentados, no existía obligación alguna de pago de los honorarios profesionales de aquél. El TS casa la sentencia de la Audiencia que había estimando la demanda del abogado, precisando que la obligación de pago de los honorarios se deduce no de la firma de los documentos, sino de la efectiva dirección técnica del Letrado, calificando de «detalle no trascendente» la ausencia de firma, «pues la dirección técnico-jurídica de un asunto extrajudicial puede llevarse a cabo aunque el Letrado no firme los escritos».

debiéndose sostener idéntica consecuencia respecto a las actuaciones jurisdiccionales<sup>137</sup>.

En orden a la reclamación de los honorarios profesionales, el art. 1967.1º C.C. dispone que la acción para la reclamación de los mismos prescribe a los tres años, plazo que debe computarse, según la interpretación jurisprudencial, a partir del momento en que dejaron de prestarse los servicios (art. 1967 *in fine* C.C.)<sup>138</sup>. Por tanto, cuando el abogado mantiene una relación permanente y continuada de prestación de servicios con un determinado cliente, debe tenerse como «dies a quo» de dicha prescripción el del término de la relación contractual y no la conclusión de una actividad aislada<sup>139</sup>.

b) *La independencia*

Otro de los criterios considerado decisivo para la distinción entre estos dos contratos ha sido el de la independencia, entendida tanto en sentido técnico como económico.

De este modo, se sostiene que mientras en el contrato de obra el contratista viene caracterizado por la independencia de que goza en la ejecución de la obra, de modo que no existe lazo de subordinación que le una al comitente, no sucede lo mismo en el ámbito del arrendamiento de servicios donde el prestador se halla en una situación de dependencia respecto de aquel frente al que se comprometió a prestar dicho servicio.

---

<sup>137</sup> S.T.S. de 14 de julio de 1992 (R.A. 6074, 1992).

<sup>138</sup> En efecto, existe una doctrina ya consolidada que estima que el número 1º del art. 1.967 C.C. también está afectado por el último párrafo no numerado del mismo, interpretando que su exclusión conforme al tenor literal de este último se debió a un «lapsus legislatoris» y que una interpretación literal sería ilógica y absurda, por lo que debe ser rechazada absolutamente. Se acoge a tal interpretación la S.T.S. de 15 de noviembre de 1996 (R.A. 7977, 1996) sosteniendo que «la iniciación del cómputo trienal no puede contarse a partir de las distintas partidas relativas a variadas acciones particularizadas, sino a partir de la dejación de la prestación del servicio total...» producido, en dicho supuesto, en el momento del éxito de la pretensión arrendaticia ejercitada por el abogado de la parte recurrente.

<sup>139</sup> En este sentido, las S.T.S. de 5 de mayo de 1989 (R.A. 3664, 1989) y 12 de febrero de 1990 (R.A. 680, 1990).

Tampoco este criterio se presenta como preciso y suficiente en orden a discernir las diferencias de los contratos objeto de nuestro estudio, en cuanto en numerosas ocasiones el contratista se halla sujeto a las instrucciones y al *ius variandi* del comitente, de tal modo que no se puede hablar de independencia técnica. En otras, es el propio comitente quien al señalar las características que debe reunir la obra contratada limita notoriamente el poder discrecional del contratista en la ejecución de la misma<sup>140</sup>.

Por otra parte, la realidad nos demuestra que la mayoría de los profesionales liberales suelen gozar de mayor independencia técnica que muchos contratistas, en cuanto que desarrollan su actividad profesional según las reglas de su profesión o arte, esto es, conforme a la propia *lex artis*; de tal modo que el cliente que se dirige a un profesional y conviene la prestación de una actividad profesional, ya que normalmente carece de los conocimientos teóricos y prácticos de dicha profesión, siendo ésta una de las razones por las que contrata la realización de la actividad, se ve ampliamente limitado en la facultad de decidir sobre los medios más adecuados para el desarrollo del servicio contratado.

Además, junto a esta libertad de criterio en la elección de los medios y la ejecución del servicio encomendado, la autonomía económica de los profesionales liberales que prestan sus servicios en régimen de arrendamiento de servicios suele ser más amplia que la

---

<sup>140</sup> SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al art. 1.588», op. cit., pág. 1176. También, LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario al art. 1.544», *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. I, dir. M. Albaladejo, Madrid, 1980, pág. 86, que afirma que en múltiples supuestos de arrendamiento de obra existe una posible dependencia en sentido relativo del que realiza la obra en relación con el dueño, en los casos en los que «no sólo se detallan las características que ha de reunir la obra contratada, sino que incluso se pacta la propia dirección o mejor la subordinación a las instrucciones y directrices que señale el dueño».

Tacha CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, 12ª ed., Madrid, 1985, pág. 472, de «equivoca y discutible» la idea de la dependencia o independencia de quien ejecuta el trabajo como nota diferenciadora de las dos típicas especies del arrendamiento de obras y de servicios.



del que realiza su prestación bajo el esquema contractual del arrendamiento de obra.

En Italia, suscitada también la cuestión acerca de la distinción entre el «*contratto d'opera*» y el «*contratto d'opera intellettuale*» se ha mantenido que el hecho diferenciador radica en la mayor discrecionalidad que ostenta el prestador de la obra intelectual («*prestatore d'opera intellettuale*») frente al prestador de una obra («*prestatore d'opera*»), esto es, al contratista<sup>141</sup>. Frente a esta opinión, se ha objetado que esta nota de la discrecionalidad se predica necesariamente del «*contratto d'opera*» en general (art. 2.222 C.C. it.) como especie del «*Lavoro autonomo*», de tal modo que no es éste un criterio válido para delimitar estas figuras en cuanto que está presente en ambas<sup>142</sup>.

Parece más acertado mantener que este criterio se revela eficaz, sin embargo, como instrumento en orden a distinguir los servicios profesionales cuando media un contrato de arrendamiento de los mismos de aquéllos que vienen prestados a través de un contrato de trabajo<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Así, LEGA, C., *Le professioni intellettuali nelle legge e nella giurisprudenza*, Milán, 1974, págs. 495 y sigs., el cual sostiene que el criterio distintivo entre los dos tipos de contratos es aquél que tiene en cuenta la discrecionalidad y la personalidad del prestador, de modo que mientras es posible afirmarlas en el «*contratto d'opera intellettuale*» no sucede lo mismo respecto al «*contratto d'opera*».

<sup>142</sup> SANTORO PASSARELLI, F., Voz «*Professioni intellettuali*», *Novissimo Digesto italiano*, Vol. XIV, Turín, 1967, págs. 23 y sigs., rechaza que las notas de la discrecionalidad y la personalidad propuestos por Lega sean eficaces para establecer la distinción entre dichos contratos, en cuanto que la primera aparece también en los contratos de obra, así como la personalidad, ya que en el contrato de obra también se puede confirmar la prevalencia del trabajo propio del contratista del art. 2.222 C.C. y, sin embargo, esta característica se debilita cuando el contratista se sirve de auxiliares o sustitutos conforme al art. 2.232 C.C. italiano.

<sup>143</sup> En esta dirección se pronunciaba CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, op. cit., págs. 473, que engloba bajo la denominación común de «*contratos de trabajo y gestión*» una diversidad de supuestos como el arrendamiento de servicios, el contrato de trabajo, el de empresa o de obras por ajuste o precio alzado y mandato, en cuanto todos tienen idéntico objeto (el trabajo o los servicios). Al delimitar cada tipo contractual considera la nota de la dependencia «más que

En cuanto la prestación de servicios profesionales retribuidos puede constituir también objeto del contrato de trabajo, pudiendo existir, por tanto, una identidad de objeto entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios, parece que puede centrarse la nota diferenciadora en la dependencia jurídica que revela el contrato sometido a la legislación laboral, frente al arrendamiento de servicios sometido a la legislación civil<sup>144</sup>.

Tradicionalmente dos son los elementos específicos del contrato de trabajo que lo permiten distinguir de otros contratos cuyo objeto pueda ser coincidente: la ajenidad y la dependencia.

A ello responde básicamente la formulación del art. 1.1º del Estatuto de Trabajadores que dispone que los servicios sujetos a tal normativa se prestan «por cuenta ajena» y «dentro del ámbito de organización y dirección» de quien paga los salarios. Por el contrario,

---

característica del contrato de arrendamiento de servicios, tal como lo regula el Código Civil, distintiva del contrato de trabajo».

En el sentido de considerar la dependencia como exigencia del contrato de trabajo que lo individualiza frente al arrendamiento de servicios, LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario al art. 1.544», op. cit., pág. 91; si bien, admitiendo la relatividad de dicho criterio tal como expone posteriormente en «Comentario al art. 1.544», *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pág. 1059.

<sup>144</sup> Este criterio de la dependencia como diferenciador de los servicios prestados bajo régimen del contrato de trabajo y aquéllos propios del contrato civil de arrendamiento fue acogido por la S.T.S. de 27 de junio de 1947 (J.C. núm. 40), en la que se resuelve un conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la laboral suscitado por la cuestión de la calificación que debía recibir el contrato-nombramiento presentado por un médico del que resultaba que «que se obligaba éste a visitar en su propio despacho los días y horas convenidos y en el domicilio de los asegurados a los que estuvieran comprendidos en los grupos que en tal contrato se establecían», entendió el TS que «es nota esencial y característica del contrato de trabajo la relación de dependencia del que presta el servicio o realiza el trabajo a la persona o entidad que lo recibe o aprovecha», de modo que habiendo advertido el Tribunal que la prestación del servicios del médico se realizaba «sin sujeción a una jornada legal de trabajo, ejerciendo, además, libremente su profesión médica fuera de los servicios prestados a la entidad aseguradora contratante», concluye que tales notas de independencia vincular, libertad económica y autodeterminación excluyen la dependencia y, por tanto, no se le puede reconocer al médico «la condición de obrero o productor».

el profesional no ligado por un contrato laboral los desempeña con plena autonomía, por cuenta propia y sin relación de ajenidad con el cliente<sup>145</sup>.

Frente a esto, se puede constatar que el legislador del Código Civil en los arts. 1.583 a 1.587 sólo se ocupa de la regulación de aquellos servicios prestados en régimen de dependencia o por cuenta ajena, tal como declara la propia rúbrica de la Sección «Del servicio de criados y trabajadores asalariados»<sup>146</sup>. Esto provoca que por gran

---

<sup>145</sup> Esta nota de dependencia constituye una exigencia ineludible de la definición del contrato de trabajo contenida en el art. 1.1º del Estatuto de los trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) al establecer su ámbito de aplicación. Así, contrato de trabajo es el que liga «al trabajador que voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Sin embargo, es de notar que tanto el Estatuto de los trabajadores como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha abandonado la fórmula tradicional de la dependencia o subordinación del trabajador al empresario, sustituyéndolo por el criterio de la prestación del servicio «en el círculo organicista, rector y disciplinario de aquél por cuya cuenta realice una labor específica». En este sentido, ALONSO OLEA, M., *Derecho del trabajo*, 10ª ed. revisada, Madrid, 1987, pág. 45, para quien esa «dependencia jurídica —otros tipos de dependencia (social, técnica, económica) pueden o no existir en el seno del contrato, y en cualquier caso envuelven nociones metajurídicas—... es efectivamente el carácter normal del contrato».

Somete SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., « Un contrato especial de trabajo...», op. cit., págs. 38 y 40, la nota de la dependencia a un examen crítico en su configuración como característica esencial y exclusiva del contrato de trabajo, concluyendo que tal criterio le parece poco fecundo, en cuanto que no puede negarse que también en la ejecución de la obra existe una dependencia, entendida como sometimiento a las órdenes de la otra parte. Lo que caracteriza a la relación de trabajo es «la pertenencia a la empresa o círculo privado del acreedor de trabajo, durante la cual el trabajador se halla en estado de cumplimiento».

Señala GOERLICH PESET, J.Mª, «Contrato de trabajo y prestaciones de servicios sujetas al Derecho Común: nuevos problemas y nuevos criterios de solución para un antiguo problema interpretativo», *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, vol. I, Valencia, 1996, págs. 87 y sigs., que las elaboraciones doctrinales en torno a la dependencia y ajenidad, como elementos propios y delimitadores del contrato de trabajo, y a la primacía de uno sobre el otro han ido sucediéndose con escasa trascendencia práctica. Propone el autor el recurso al «tipo subordinación» como instrumento para resolver los problemas calificación de un contrato resolviendo su carácter de contrato de trabajo y su distinción respecto de otros «afines».

<sup>146</sup> En efecto, el Derecho del trabajo regula la mayor parte de las prestaciones de servicios dependientes comprendidas en la Sección 1ª del Capítulo III Título VI

parte de la doctrina se haya cuestionado la vigencia de estos preceptos, siendo calificada la normativa del Código en este punto de arcaica o desfasada de la realidad<sup>147</sup>. Teniendo en cuenta esta

---

del Libro IV del Código Civil, derogando por ello todos aquellos preceptos a los que hace referencia.

Así, el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regula la relación especial del servicio del hogar familiar afectando por derogación al art. 1.584 C.C. Idéntica situación se produce con el art. 1.586 C.C. que al contemplar relaciones laborales de carácter especial ha de entenderse afectado por el principio de especialidad de la legislación laboral, así como por la fuerza derogatoria de la Disposición Final Tercera del Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado, la remisión en blanco que realiza el art. 1.585 C.C. hace que el propio precepto quede sin vigencia material, en cuanto que las normas especiales a las que remite son las que las derogan. Tan sólo el art. 1.587 aunque referido a algún aspecto de la relación laboral puede entenderse vigente en cuanto que no existe una regulación semejante en el Estatuto de los trabajadores o cualquier otra norma de carácter laboral que venga a sustituirla.

Esta realidad ha llevado a entender que «el contrato de arrendamiento de servicios, por tanto, es algo residual, una forma organizativa en la que se han situado a veces históricamente relaciones que han sido excluidas del campo laboral (servicio doméstico y personal directivo) y que hoy se va reduciendo a supuestos en los que no se da la nota de laboralidad» (cfr. ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L., GARCÍA NINET, I., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T., *Derecho del trabajo*, dir. Sala Franco, 8ª ed., Valencia, 1994, pág. 182).

<sup>147</sup> En tal sentido, TORRES LANA, J.A., «Comentario al art. 1.583», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1170; CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de obligaciones y contratos*, op. cit., pág. 707.

La aparición y consolidación del contrato de trabajo llevó y ha llevado a diversos autores ha cuestionarse la existencia misma del contrato de arrendamiento de servicios que quedaría subsumido en el primero. Así, PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil Français*, 2ª ed., Tomo XI, 2ª parte, París, 1954, págs. 6 y sigs. Por el contrario, LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario al art. 1.544», *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., págs. 88 y 89, estima como inaceptable la postura de estos autores franceses, y confirma la plena vigencia y aplicabilidad de la regulación de arrendamiento de servicios del Código Civil porque «todavía hoy existen relaciones de prestación de servicios que encajan» en la misma.

En una línea más restrictiva, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El llamado arrendamiento de servicios (§ 97)», en *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 2º, *Contratos y cuasicontratos, Delito y cuasidelito*, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., 3ª ed., Barcelona, 1995, págs. 219 y 220, entiende que «realmente sólo siguen en vigor, para todos los asalariados, una par de normas que, por tratar de materia distinta y por ser de algún modo aplicables a relaciones no laborables, al menos por analogía, no pueden considerarse derogadas, aunque su ámbito de acción haya quedado muy reducido». Se está refiriendo a los arts. 1.583 y 1.587 C.C. [cito la última edición de *Elementos*, haciendo notar las dificultades que he encontrado para identificar al autor del mismo epígrafe en la 2ª edición del libro

situación, para salvar el vacío de contenido de estos preceptos, provocado por la remisión en blanco a legislación especial (laboral, en este caso) que realiza el art. 1.585, se ha propuesto la posible aplicación del ámbito del art. 1.583 a todos los contratos de servicios realizados por los profesionales liberales, que el Código Civil no incluyó expresamente dada su concepción poco profesionalizada de las relaciones de servicios que quedaban reducidos a los oficios manuales<sup>148</sup>.

En general, puede afirmarse que la diferencia entre la prestación de un servicio articulada a través de un contrato de arrendamiento o a través de un contrato de trabajo debe situarse en el elemento de dependencia jurídica en sentido amplio, y no tanto en la cualificación del objeto de la prestación, es decir, el servicio profesional, ya que es pacíficamente admitido que actividades típicas de profesiones liberales (intelectuales) pueden ser desarrolladas como expresión de un contrato de trabajo subordinado<sup>149</sup>.

---

(año 1986) que se encontraba entonces en el Tercer Volumen dedicado únicamente a los *Contratos y cuasicontratos*, y que se correspondía con el § 112, en cuanto que, siguiendo las indicaciones allí contenidas la autoría del § 112 se atribuye al Prof. Rivero Hernández; sin embargo, una vez comprobado el texto, se puede observar que el § 112 se encuentra duplicado, correspondiéndole el estudio tanto del arrendamiento de servicios como del mandato (que en esta última edición realiza el Prof. Rivero). Ante la identidad del contenido del texto sobre arrendamiento de servicios en las dos ediciones (la de 1986 y 1995), salvo la supresión de un epígrafe, sobre el que volveremos, he optado, por tanto, por citar la última edición].

<sup>148</sup> Para TORRES LANA, J. A., «Comentario al art. 1.583», op. cit., pág. 1170, esta ampliación del ámbito de aplicación de estos preceptos derivaría más bien de los amplios términos del art. 1.544 que de los restrictivos del art. 1.583 C.C. En este sentido, también DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El llamado arrendamiento de servicios», en *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 3º, op. cit., pág. 221.

<sup>149</sup> La Ley de Contrato de Trabajo de 1931 supuso la ampliación del ámbito de aplicación de las normas laborales a los «trabajadores intelectuales» quebrando su exclusión del contrato de trabajo. A partir de este momento, el profesional liberal puede articular la prestación de su servicio no sólo a través del arrendamiento sino también mediante un contrato de trabajo que le ligue a su cliente. Ya ALONSO OLEA, M., «En torno al concepto de contrato de trabajo», *A.D.C.*, 1967, pág. 129, en un intento de identificar los indicios que permitan individualizar la relación laboral respecto a otros regímenes, mantenía que «lo que hoy es terminante, en cambio, es que el carácter "intelectual" del trabajo nada dice contra la existencia del contrato de trabajo».

En este sentido, siguiendo a LARENZ, podría mantenerse que todo contrato de trabajo es un contrato de servicios; pero no todo contrato de servicios es un contrato de trabajo en el sentido del Derecho del trabajo<sup>150</sup>.

En particular, respecto a la actividad del abogado, en cuanto ésta puede ser sometida a la organización de una empresa y desarrollada por cuenta ajena, su disciplina puede venir delimitada por un contrato de trabajo y no por uno de arrendamiento de servicios<sup>151</sup>, sin que suponga impedimento alguno al sometimiento a tal

---

<sup>150</sup> Cfr. LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo II, op. cit., págs. 280 y 281. Este autor afronta la delimitación del contrato de trabajo y del de servicios desde el punto de vista de la aplicación del B.G.B. Así, mantiene que cuando la relación de servicios se funda en una *actividad de dependencia*, estamos ante «una relación de trabajo, a la cual se refiere exclusivamente la regulación que se hace en el Derecho del trabajo»; mientras, para los contratos de servicios basados en una «*actividad autónoma* es sólo decisiva la aplicación del B.G.B.».

<sup>151</sup> La calificación laboral de la relación del abogado se ha planteado, fundamentalmente, cuando éste desarrolla su actividad en el seno de una empresa, reconociendo el Tribunal Supremo carácter laboral a tal prestación con base en una serie de elementos indiciarios entre los que destacan la dependencia o la ajenidad, esto es, el encontrarse bajo el ámbito de organización y dirección de una empresa, y negando tal carácter en caso contrario. Así, el TS (Sala de lo Social) en sus Sentencias de 4 de diciembre de 1984 (R.A. 6332, 1984), 6 de octubre de 1986 (R.A. 5384, 1986), 9 de febrero de 1990 (R.A. 886, 1990), 24 de febrero de 1990 (R.A. 1911, 1990), 10 de mayo de 1990 (R.A. 3990, 1990), 21 de mayo de 1990 (R.A. 4993, 1990), 18 de junio de 1990 (R.A. 5151, 1990), 21 de septiembre de 1990 (R.A. 7926, 1990), 6 de febrero de 1991 (R.A. 805, 1991). En la S.T.S. de 6 de octubre de 1986 se estableció que el vínculo existente entre el Letrado y la Asociación a la que asesoraba en sus propios locales, percibiendo por ello una retribución fija mensual, tenía la naturaleza de un arrendamiento de servicios «porque no se encontraba bajo el ámbito de organización y dirección de la Asociación demandada».

Sin embargo, viene considerando el Tribunal Supremo que difícilmente se puede admitir la ajenidad y dependencia cuando el trabajo del abogado se desempeña en un bufete junto a otros abogados. En tal sentido las S.S.T.S. (Sala de lo social) de 23 de enero de 1990 (R.A. 197 1990), 9 de febrero de 1990 (R.A. 886, 1990) ya que «no es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo pues —Sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1985 (R.A. 1985, 5738)— su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta un servicio a las personas a favor de quien se ejecuta, bastando para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una específica labor, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil».

régimen el art. 8º del Estatuto General de la Abogacía al declarar que «la Abogacía es una profesión libre e independiente».

En tal caso, aun siendo aplicable a la relación jurídica la normativa laboral, resulta evidente que el abogado continúa vinculado por los usos profesionales, por las normas corporativas de su Colegio profesional, así como por las normas deontológicas propias de su profesión y que pasan a integrar su contrato (art. 1.258 C.C.).

Sin embargo, dicha relación laboral no debe confundirse con la relación existente entre un cliente y un abogado cuando éste presta sus servicios a aquél de manera habitual y no meramente ocasional o esporádica. En este supuesto, a pesar de que pudiera verse mayor dependencia o vinculación jurídica, no existe relación laboral en tanto el profesional continúe desempeñando su actividad con su propia organización y dirección.

En efecto, la función del criterio de la dependencia funcional y técnica como elemento decisivo empleado por los jueces al valorar el sometimiento del abogado a un contrato de trabajo viene en parte desvirtuada, ya que este profesional liberal goza de una mayor discrecionalidad en el cumplimiento del servicio contratado que el resto de los «trabajadores», sometiéndose en menor medida a las instrucciones del empresario sobre el modo de resolver o gestionar los asuntos encomendados<sup>152</sup>.

---

<sup>152</sup> Como señala GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> A., «La calificación de los servicios prestados por los abogados: ¿contrato de trabajo o arrendamiento de servicios?», *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, Vol. II, Valencia, 1996, págs. 666 y 667, «la efectiva y progresiva incorporación de los profesionales liberales en el seno organizativo de las empresas obligó a los órganos judiciales a atenuar la noción de dependencia hasta entonces manejada». Expone la autora que, sin embargo, éste sigue siendo el criterio más utilizado por los Tribunales al declarar la laboralidad de la relación del abogado, relegando a un papel secundario a aquellos otros como el lugar de trabajo, la sujeción a jornada y horarios fijos etc. que han sido tenidos como indicios típicos de la relación laboral.

Como pone de relieve YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 54 y sigs., la actividad profesional puede prestarse en régimen de

De otro lado, esta delimitación de dos regímenes jurídicos distintos, en orden al ejercicio de la profesión por cuenta ajena o por cuenta propia, no impide la duplicidad de servicios que el mismo profesional puede desempeñar, unos en la esfera laboral, al existir un vínculo profesional que le ligue con una empresa, y otros en la civil, en cuanto profesional liberal vinculado por un arrendamiento de servicios con otras personas distintas<sup>153</sup>.

Admitida la posibilidad de que el abogado preste sus servicios en régimen de dependencia laboral, además de serle aplicable las especialidades propias de la normativa laboral, parece claro que de su actuación negligente en el cumplimiento de su prestación puede derivarse su responsabilidad tanto frente a la empresa que le contrató como frente al tercero que contrató los servicios con ésta última, si bien respecto de éste por vía extracontractual<sup>154</sup>.

### c) *La determinación del contenido de la prestación*

Ante la incapacidad de los criterios tratados anteriormente para poner en relieve por sí las diferencias existentes entre el contrato de obra y el de servicios, se han propuesto otros, como el que gira en torno a la individualización del objeto del contrato, esto es, de la propia prestación debida<sup>155</sup>.

---

dependencia, esto es, por cuenta y dirección ajenas. Sin embargo, «carece de la nota característica definitoria de la relación de naturaleza laboral: la actuación en régimen de dependencia y subordinación», en tanto que el profesional podrá producir una obra o realizar un servicio «por medio de una actividad personal prestada mediante contrato, pero en ningún caso bajo la aludida disciplina de empresa».

<sup>153</sup> El Tribunal Supremo ha admitido este doble vínculo contractual en las Sentencias de 21 de septiembre de 1990 (Sala 4ª R.A. 7926, 1990) y de 25 de noviembre de 1991 (R.A. 8261, 1991), entre otras.

<sup>154</sup> La responsabilidad del abogado derivada de su actuación negligente cuando desempeña su actividad en el seno de una empresa frente a terceros resulta exigible, en todo caso, a través del art. 1.902 C.C. De igual modo, teniendo en cuenta el art. 1.903 C.C. cabría sostener la responsabilidad de la empresa por los actos del abogado cuyos servicios ha contratado una persona.

<sup>155</sup> Dicho criterio fue propuesto en Alemania por HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, pág. 334, al distinguir entre trabajo específico y genérico, que se hacían corresponder con el arrendamiento de obra y el de servicios



En virtud de este criterio, tratándose de prestaciones de hacer, si el objeto del contrato ha sido determinado de manera genérica, sin especificación del mismo, la relación jurídica entablada deberá ser calificada de arrendamiento de servicios; mientras, cuando el objeto de la prestación que debe llevar a cabo el deudor ha sido suficientemente determinado e individualizado de forma específica, el contrato celebrado habrá de calificarse de arrendamiento de obra.

De este planteamiento se infiere la conclusión de que mientras el trabajo en especie coincide con el contrato de obra, el trabajo genérico se corresponde con el arrendamiento de servicios, por el propio carácter de éstos.

Esta identificación es deudora en parte de la consideración de que el trabajo intelectual, caracterizado por su genericidad, constituye el objeto del contrato de arrendamiento de servicios; en cambio, el trabajo manual, en cuanto que normalmente viene determinado de manera específica, se considera propio del contrato de obra<sup>156</sup>. Conforme a tal razonamiento, la nota diferencial de los contratos analizados residiría en el contenido de la actividad o del trabajo que se ha de prestar como objeto de la relación obligatoria.

En efecto, esta idea remite a la concepción de la actividad intelectual como propia del contrato de arrendamiento de servicios, frente a la meramente manual que en cuanto objeto de contrato se entiende que encaja de manera más apropiada en el contrato de obra.

---

respectivamente. Para YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 41, fue HOENIGER quien planteó esta diferencia.

<sup>156</sup> Siguiendo a YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 41, el presupuesto de esta concepción gira en torno a un presupuesto defectuoso, cual es el hecho de que las normas contenidas habitualmente en los Códigos sobre el contrato de obra suelen tener en cuenta las relaciones cuyo objeto resulta del empleo o combinación de elementos materiales, «lo cual ha dado lugar a que se haya considerado que las labores tendentes a la obtención de un resultado no material son preferentemente las propias de un arrendamiento de servicios».

Este criterio, como ya hemos apuntado, parece haber seguido el Código Civil italiano de 1942 al distinguir entre el «*contratto d'opera*» y el «*contratto d'opera intellettuale*». En efecto, el «*contratto d'opera intellettuale*» aparece como un supuesto de «Trabajo autónomo» —que contiene una disciplina específica en el Capítulo II del Título II del Libro V para las «Profesiones intelectuales» (arts. 2.229 y siguientes)—, siendo, no obstante, las reglas del contrato de obra («*contratto d'opera*») en general aplicables a aquél siempre en los «límites de la compatibilidad con la disciplina particular y con la naturaleza de la relación» (art. 2.230 C.C. italiano)<sup>157</sup>.

Atendiendo al espíritu de estos preceptos del Código Civil italiano, puede observarse que el Derecho italiano se basa en una concepción económica unitaria del trabajo, considerado como actividad humana relevante dirigida finalmente a la producción o intercambio de bienes y servicios<sup>158</sup>.

De esta manera, la relación de trabajo (autónomo y subordinado) sale en el Código Civil italiano de 1942 del esquema de arrendamiento, en cuanto que ese tipo contractual no se considera idóneo para valorar la implicación de la persona y de la personalidad del trabajador (prestador), con la consecuencia de que la figura del arrendamiento se disciplina a través de diversos contratos típicos desvinculados de la antigua *locatio-conductio*. Uno de estos

---

<sup>157</sup> En efecto, el Código Civil italiano de 1942 dentro del Título III del Libro V bajo la rúbrica «Del trabajo autónomo», distingue el contrato de obra, regulado en el capítulo I dedicado a las «Disposiciones generales» (arts. 2.222 a 2.228), del contrato de obra intelectual cuya regulación se contempla en el capítulo II que bajo la denominación de «Profesiones intelectuales» engloba toda la normativa de dichas actividades.

<sup>158</sup> Tal concepción, como apunta RIVA SANSEVERINO, L., «Commentario al Codice Civile, att. 2.222-2.228», *Commentario del Codice Civile, Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1963, págs. 151 y sigs., aparecía ya en el Código Civil de 1865, que contemplaba cualquier negocio que tuviese por objeto «el trabajo entendido en la anterior acepción en el esquema de arrendamiento de obras y de industria, distinguiendo el trabajo subordinado o arrendamiento de «*operae*» (art. 1.627.1º) y el trabajo autónomo o arrendamiento de «*opus*» (art. 1.627.2º y 3º)».

contratos es el llamado «contratto d'opera» cuya regulación se halla en el Capítulo I del Título II del Libro V, en especial en el art. 2.222 que dispone: «Cuando una persona se obliga a cumplir a cambio de una retribución una obra o servicio, con trabajo prevalentemente propio y sin vínculo de subordinación frente al comitente, se aplican las normas de este capítulo, salvo que la relación tenga una disciplina particular en el Libro IV»<sup>159</sup>.

Por tanto, la especialidad del «contratto d'opera intellettuale» y en general del objeto de la disciplina dictada en los arts. 2.229 y siguientes del C.C. italiano viene representada por una actividad humana cualificada por la presencia de dos requisitos: la profesionalidad, entendida como continuidad en el ejercicio de la profesión y la intelectualidad, como expresión de la producción intelectual idónea para cualificar el carácter de la actividad desarrollada respecto de otras actividades del mismo sujeto<sup>160</sup>. Bajo

---

<sup>159</sup> Por tanto, el contrato del art. 2.222 C.C. se tipifica como un negocio a título oneroso, y la prestación típica es la descrita por el art. 2.222 que sin embargo es tratada de manera particularmente distinta cuando la obra es intelectual, desarrollada en la esfera de profesiones «para cuyo ejercicio es necesario la inscripción en los libros o elencos apropiados» o fuera de éstas.

En cuanto al reenvío a las actividades reglamentadas en el Libro IV que realiza el art. 2.222, éste encuentra su justificación en el hecho de que cuando nos encontremos ante una hipótesis que coincida con la definición del «contratto d'opera», esto es, ante un contrato en los que una de las partes se obligue a cumplir con trabajo prevalentemente propio y sin vínculo de subordinación frente al comitente, pero aparezca contemplada de manera más amplia en el Libro IV, hemos de entenderse que los arts. 2.222 y siguientes encuentran aplicación por vía integrativa, dando prioridad, por tanto, a las disposiciones específicas. Esto es lo que viene sucediendo con los supuestos históricamente derivados de la antigua *locatio operis* (contrato de transporte, agencia) y que se encuentran regulados en dicho Libro IV.

<sup>160</sup> Para ASSANTI, P., «Le professioni intellettuali e contratto d'opera», *Trattato di Diritto Civile*, dir. P. Rescigno, Tomo XV, Turín, 1986, pág. 1474, el Código civil italiano ha optado, en orden a distinguir el contrato de obra del contrato de obra intelectual, por la condición subjetiva del que ha elegido como actividad normal el desempeño de un trabajo en condición de autonomía. Concluye TORRENTE, A., «La prestazione d'opera intellettuale», *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1962, I, págs. 2 a 4, de un estudio de los elementos diferenciales entre los dos contratos, la relatividad de la noción de contrato de obra intelectual, exigiéndose para que exista un contrato de tal tipo, a pesar de que la distinción sea dudosa, que el deudor ejercite la actividad objeto del contrato «profesionalmente, esto es, sistemáticamente».

este perfil se mantiene que es fácil la distinción entre la prestación de obra intelectual de la prestación consistente en el cumplimiento de una obra o de un servicio a cambio de contraprestación. De tal modo que en la primera hipótesis el elemento cualificante de la obra y decisivo para definir la naturaleza jurídica bajo el aspecto de la determinación de los efectos ha de ser buscado en la naturaleza de creación intelectual de la obra. Mientras, en la segunda dicho el elemento distintivo reside en la consecución de un resultado material<sup>161</sup>.

Sin embargo, trasladadas tales consideraciones a la distinción de los contratos planteada, es posible objetar a este criterio basado en la determinación genérica o específica del objeto del contrato, o más propiamente en la naturaleza o cualidad del mismo, su escasa utilidad como criterio distintivo en cuanto que tales circunstancias referentes al objeto del *facere* pueden darse tanto en el contrato de obra como en el de otra naturaleza en el Derecho español. De hecho, tanto el resultado de una actividad intelectual como el resultado de la puramente manual pueden ser objeto del contrato de obra<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Para GIACOBBE, G., Voz «Professioni intellettuali», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milán, 1987, págs. 1065 y sigs. éste es el criterio de distinción del «contratto d'opera» respecto del «contratto d'opera intellettuale», que queda reconducido, de este modo, a la diversidad del objeto de la prestación, aun teniendo en cuenta que ambos supuestos forman parte del mismo género, el «trabajo autónomo».

Sin embargo, según DE ANGELIS, «Il contratto d'opera intellettuale», Parte IV, en *Le professioni intellettuali*, Giurisprudenza Sistemática di Diritto civile e commerciale Bigiavi, Turín, 1987, págs. 137 y sigs., la nota de la intelectualidad no permite una plena identificación del concepto de obra, en contraposición al trabajo físico o manual. Para este autor es preferible fundar la contraposición en un discurso de «prevalencia», siendo al mismo tiempo consciente de que los límites son vagos y difusos. DE ANGELIS identifica el elemento peculiar en la intrínseca «liberalidad» de la actividad profesional, dirigida a indicar no tanto el estado de independencia que caracteriza cualquier forma de trabajo autónomo, sino el empleo de la capacidad y competencia del profesional donde encuentra realización su libertad de juicio al satisfacer las necesidades de otras personas.

<sup>162</sup> Así, YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 41 y 42. Indica este autor, tal como pusieron de manifiesto los anotadores de Enneccerus, que quizás este criterio de diferenciación pudiera tener cierta utilidad para distinguir el mandato del arrendamiento de servicios, pero no para diferenciar este último del contrato de obra, como demuestra la variedad de grados de individualización del trabajo.

De otra parte, se ha de tener en cuenta que nuestro Código Civil acusa, particularmente, en este punto la concepción social decimonónica de los servicios, en tanto que en la regulación de los arts. 1.583 y sigs. no constituyen unas reglas aplicables al arrendamiento de servicios en general, sino que sólo contempla aquellas prestaciones consistentes en un trabajo puramente manual, quedando fuera las *operae liberales*, en cuanto prestación de carácter netamente intelectual.

*d) El riesgo contractual*

Uno de los criterios que ha gozado del favor de parte de la doctrina es aquél basado en la distribución del riesgo contractual, ya que la imputación subjetiva del mismo sería distinta en los supuestos de arrendamiento de obra y de servicios.

En virtud de este criterio, en el contrato de obra el contratista que se compromete a la realización de una obra debe cargar con el riesgo de la no consecución del resultado debido cuando éste no se logra por causas no imputables a ninguna de las partes. Dicha imputación del riesgo se traduce en la pérdida de la contraprestación pactada, con la consecuencia inmediata de que no podrá exigir la remuneración prometida.

En atención de esto, los arts. 1.589 y 1.590 C.C. responderían a tal planteamiento en cuanto contemplan los distintos supuestos en que el contratista se haya obligado a poner su trabajo o industria, o también los materiales, con ciertas diferencias en cuanto al régimen de imputación del riesgo de la pérdida de la obra. No obstante,

---

La insuficiencia del criterio basado en el contenido de la prestación es puesta de relieve por TORRENTE, A., «La prestazione d'opera intellettuale», op. cit., pág. 2, al sostener que el objeto del contrato de obra puede consistir tanto en el cumplimiento de una obra como en un servicio, destacando, además, que la noción de servicio es tan amplia que permite comprender la mera actividad, sin relación con el resultado.

ambos tienen en común el hecho de que el contratista trabaja a propio riesgo y ventura<sup>163</sup>.

Mientras, y a pesar del silencio del Código Civil al respecto, cuando el arrendamiento se califica de servicios, aunque el desarrollo de la actividad en que se traduce el servicio carezca de resultado por causa inimputable a cualquiera de lo contratantes, (se mantiene que) el que se obligó a prestar dicho servicio conserva su derecho a la contraprestación, a la remuneración pactada, de manera que el riesgo contractual de la falta de consecución del resultado pesa o recae sobre el contratante que pactó la realización de dicho servicio y no sobre el que se obligó a llevarlo a cabo.

Tampoco este criterio de distinción permanece exento de críticas en cuanto que en ocasiones se puede mostrar insuficiente ya que las partes pueden haber pactado una diferente distribución del riesgo contractual, de manera que la imputación del mismo no se

---

<sup>163</sup> Para SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al art. 1.588», op. cit., págs. 1176 y sigs. es la distribución contractual del resultado el criterio principal de distinción entre el arrendamiento de obra y de servicios, si bien existen otros accesorios —aquí apuntados— que han de ser tenidos en cuenta en caso de no existir pacto entre las partes. Para este autor, las prestaciones constructivas inmobiliarias son el mejor exponente y «objeto paradigmático del contrato de obra».

De este modo, entre los elementos que nos permiten identificar la ejecución de una *obra* destaca el ya mencionado de la distinta distribución del riesgo contractual, en cuanto que el profesional que se compromete a realizar una obra soporta el riesgo de la pérdida de ésta antes de su entrega y por causa a él no imputable, en virtud de lo dispuesto en los arts. 1.589 y 1.590. Ello es debido a que el cliente no adquiere la propiedad de dicha obra, concebida como fruto del trabajo desempeñado por el profesional de modo previo sino una vez efectivamente producida y cuando tenga lugar su transmisión.

Por el contrario, sostiene TRAVIESAS, M., «Contrato de arrendamiento», op. cit., pág. 36, al rebatir la tesis de Barassi sobre el trabajo subordinado —que se correspondería con el arrendamiento de servicios— y el trabajo autónomo —que haría referencia al contrato de obra— que «no es exacto que el trabajo sea siempre autónomo en quien lo presta y que el riesgo de la obra corra a cargo del trabajador, tratándose del arrendamiento de obra», ya que no existe obstáculo alguno a que se pacte que la contraprestación se pagará aunque la obra se fruste.

rija por las pautas señaladas y sin que por ello se altere la esencia de los contratos<sup>164</sup>.

No obstante, es de advertir que también en Italia ha ocupado una posición dominante este criterio fundamentado en la distinta distribución del riesgo contractual, afirmándose que mientras en el contrato de obra («*contratto d'opera*») el prestador soporta cierto riesgo, es decir, queda sujeto a responsabilidad en caso de falta de obtención del resultado, incluso cuando éste depende de imposibilidad sobrevenida (inimputable), cosa distinta sucede en el «*contratto d'opera intellettuale*», ya que en éste el prestador de la obra no viene obligado, por regla general, a la satisfacción del interés final del acreedor, sino simplemente al cumplimiento de una serie continuada de actos intermedios (*operae*), a los que la satisfacción en sí resulta comúnmente condicionada<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Entiende LACRUZ BERDEJO, J.L., «El llamado arrendamiento de servicios», *Elementos de Derecho civil*, II, Vol. 3º, *Contratos y cuasicontratos*, SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., 2º ed., Barcelona, 1986, pág. 309, [realizo, otra vez, un inciso, para advertir que de nuevo me encuentro ante la dificultad de atribuir la autoría de tal opinión, en cuanto que precisamente fue vertida en el subapartado c) del nº 574 del § 112 bajo el título de «arrendamiento de obra y de servicios» cuya reelaboración era atribuida, al principio de la obra colectiva, al Prof. Rivero, apartado este que ha sido suprimido en la última edición, en la que, como hemos visto, es el Prof. Delgado el encargado de estudiar el arrendamiento de servicios. No obstante, considero más razonable entender que tal opinión fuera sostenida por Lacruz (redactando todo el epígrafe sobre el arrendamiento de servicios), en cuanto que fue éste quien redactó el epígrafe relativo al arrendamiento de obra] que la distinción con fundamento en el criterio del riesgo «se hace difícil en muchos supuestos en los que el servicio produce un resultado material, sea en cosas del arrendador, o en su propia persona, o con relación a sus asuntos».

ENNECCERUS, L. y LEHMANN, H., *Tratado de Derecho civil*, Tomo II, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 434, mantienen que si bien de la indicada distinción puede desprenderse que en el contrato de obra el empresario soporta el riesgo a diferencia del contrato de servicios, «existen determinados diferencias en cuanto a los efectos que no son conexos con la imputación de los riesgos».

<sup>165</sup> Entiende BARASSI, L., *Il contratto di lavoro*, II, Milán, 1946, págs. 599 y sigs., que el criterio distintivo es aquél basado en la dependencia o subordinación, de modo que en el arrendamiento de servicios el trabajador que ha de realizar la prestación queda sujeto al criterio directivo del destinatario del trabajo (el acreedor) que es a quien corresponde la «gestión del trabajo». Esta concepción lleva consigo el afirmación de que los riesgos deben recaer sobre el destinatario; al contrario de lo que sucede en el arrendamiento de obra en el que el trabajador al poder

En realidad, todos los planteamientos realizados en torno a este criterio de la distribución y carga del riesgo remiten a la ya apuntada distinción entre obligaciones de medios y de resultado, esto es, evocan implícitamente la diversidad del objeto de la prestación pudiendo consistir bien en la realización de una actividad bien en la obtención de un resultado.

A este efecto, se mantiene que si el deudor contrae la obligación de obtener un resultado y no se obliga al mero despliegue de su



actividad, está asumiendo el riesgo de la prestación antes de la entrega de la cosa en que se materializa el resultado<sup>166</sup>.

Visto cuanto antecede, cabe concluir que ninguno de los criterios aquí apuntados se muestran suficientes en sí mismos como delimitadores del contrato de obra y de servicios cuando vienen prestados por profesionales liberales. Sin embargo, no hay que desechar su utilidad en cuanto que ofrecen indicios del modo en que

---

imprimir a su trabajo los criterios directivos que le parezcan más adecuados se halla sujeto a los riesgos.

Para RIVA SANSEVERINO, L., «Commentario al art. 2.230», *Commentario al Codice Civile*, op. cit., págs. 209 y sigs., la disciplina específica del «contratto d'opera intellettuale» en el capítulo II y la adopción de disposiciones legales especiales aparece justificada por dos elementos diferenciales: uno, el carácter marcadamente intelectual de la obra, y otro, la discrecionalidad del prestador que se traduce en la responsabilidad por la elección del modo conforme al cual debe realizarse la prestación. No obstante, es la distinta carga del riesgo soportado por el prestador en uno y en otro contrato el criterio decisivo, y ello a pesar de que el prestador de la obra intelectual se comprometa también a la obtención de un resultado, ya que, según este autor, siempre que demuestre estar en posesión de los necesarios requisitos profesionales y haber empleado en la ejecución de su obligación la diligencia particularmente exigida, no será responsable si el resultado no es alcanzado o no viene alcanzado en la forma prevista. En este sentido, TORRENTE, A., «El contratto d'opera intellettuale», op. cit., pág. 2.

Para GALGANO, F., *Diritto Privato*, Milán, 1992, págs. 540 y sigs., a pesar de estar contemplados ambos contratos en el mismo Título, existen notables diferencias radicando la principal en la asunción del riesgo. Además, para este autor, el «contratto d'opera» tiene por objeto la prestación de una obra manual, siendo por tanto la cualificación del objeto de la prestación (manual o intelectual) elemento determinante de la distinción entre uno y otro contrato. De este modo, según GALGANO el riesgo del «contratto d'opera manuale» recae sobre el prestador de la obra, no sobre el comitente, y ello conforme al art. 2.225 C.C. italiano que, ubicado en el Capítulo I «Disposiciones generales», determina que cuando los contratantes no hayan pactado retribución, se determina en relación «al resultado obtenido y al trabajo necesario para obtenerlo». Mientras, por otra parte, en el «contratto d'opera intellettuale» el riesgo es asumido por el cliente.

Frente a esta postura, SANTORO PASSARELLI, F., Voz «Professioni intellettuali», op. cit., págs. 23 y sigs., niega que se pueda establecer tal distinción sobre la base de la distinta asunción del riesgo del resultado por las partes, sosteniendo que el profesional no estaría expuesto a éste, ya que no se puede excluir el hecho de que también la propia prestación del profesional tienda a un resultado.

<sup>166</sup> En este sentido, GARCÍA IGLESIAS, D., «El contrato de obra: concepto y contenido. Los riesgos y la responsabilidad según la doctrina del Tribunal Supremo», *La Ley* 1993-4, pág. 1120, estima «esencial en el contrato de obra la asunción de responsabilidad por al obtención de resultado».

ha quedado configurado el programa de prestación al que aspiran las partes contratantes, permitiéndonos apuntar una calificación de cuál sea la naturaleza de la relación jurídica existente entre el abogado y su cliente.

No obstante, esta consideración de la función desempeñada por estos criterios como meros indicios o indicadores de un tipo contractual determinado no debe desembocar en la elevación de los mismos a la categoría de esenciales. Esto es, tales notas diferenciadoras pueden conformar un sistema de configuración del contrato de servicios (profesionales) y de delimitación del mismo respecto a una serie de figuras afines, pero teniendo en cuenta la relatividad de sus componentes, tal como demuestra la práctica contractual.

De entre todos los expuestos, el criterio basado en la distinta configuración del objeto de la obligación — de medios o de resultado— asumida por el prestador en uno y otro contrato parece mostrar su virtualidad como diferenciador de ambos, permitiendo la individualización del elemento identificativo en estos contratos<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 42 y sigs., contempla este criterio de distinción refiriéndose al «fin de contrato», identificando de este modo “objeto” y “fin” del contrato celebrado. En virtud de este criterio, «cuando la finalidad del mismo (del contrato) mira a un resultado determinado es trascendental discriminar si la consecución del último resultado se encuentra o no en manos de quien asume el trabajo». De este modo, si la respuesta es negativa –sigue manteniendo el autor– el contrato ha de calificarse de servicios; mientras que «si el resultado no queda fuera del contenido del contrato, sino que se promete algo más que la simple actividad, si se obliga el deudor a alcanzar y obtener el resultado último, nos encontraremos ante el contrato de arrendamiento de obra».

YZQUIERDO, tras un análisis de la distinción entre el objeto y la causa del contrato de servicios y del contrato de obra, concluye que «lo verdaderamente característico del arrendamiento de obra se encuentra en el dato de la absoluta coincidencia entre la causa y el objeto del contrato». Así, conforme a su teoría, en el arrendamiento de servicios existe una disociación entre el objeto del contrato, constituido por la actividad en sí misma, esto es, el trabajo mismo y no los frutos de tal trabajo, y la causa del contrato, entendida tanto en sentido objetivo como finalidad social que el Derecho atribuye al negocio jurídico como en sentido subjetivo en cuanto propósito perseguido por las partes, que viene representada por la cesión retribuida de los frutos resultantes de la actividad del que ofrece sus servicios, no la propia actividad. Por el contrario, en el contrato de ejecución de obra –sigue

Además, como hemos visto, esta distinción suele comportar una diversa distribución del riesgo entre el deudor y el acreedor por la falta de consecución del resultado.

En suma, a pesar de la relatividad de la contraposición entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, constituye el instrumento más utilizado para la distinción de estos dos esquemas contractuales típicos: de un lado, cuando el contenido de la obligación de *facere* consiste en el puro desarrollo de una actividad, cuando el objeto de la obligación estriba en la prestación de una actividad en sí misma, esto es, de *operae*, respondiendo al esquema contractual de la antigua *locatio conductio operarum*, se afirma que estamos en presencia de un contrato de servicios; de otro, cuando el objeto del *facere* consiste en la obtención de un resultado —para la que se exige el desarrollo de una actividad idónea— (una obra, un *opus*) nos hallamos ante un contrato de obra, que podría corresponder a la antigua figura de la *locatio conductio operis*<sup>168</sup>.

En efecto, gran parte de la doctrina española se ha mostrado favorable a la utilización de esta distinción entre obligaciones de medios y de resultado en orden a calificar el contrato de servicios de

---

afirmando YZQUIERDO— la coincidencia entre el objeto y la causa (tanto objetiva como subjetiva) del contrato es plena, que no consisten sino en los frutos de la actividad, en cuanto que las partes no contemplan la obligación asumida por quien desarrolla la actividad como un simple reflejo de todo trabajo, siendo, por tanto, su deuda de estricto resultado.

<sup>168</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, F., «Distinción de las obligaciones de medios y de resultado», op. cit., pág. 11, y en *La responsabilidad contractual*, op. cit., pág. 173. En este sentido, GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios de Derecho público y privado en homenaje al Profesor Serrano y Serrano*, Universidad de Valladolid, 1963, pág. 357, para quien si en el arrendamiento de servicios se promete el simple comportamiento diligente, en el arrendamiento de obra lo prometido consiste en la «concreción final de la actividad desplegada en el resultado convenido», y en «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)», A.D.C., 1977, pág. 307.

ciertos profesionales, en particular, aquéllos propios de médicos y arquitectos<sup>169</sup>.

<sup>169</sup> Además, de los autores de la nota anterior, se muestran favorables a la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado al ámbito de los contratos de arrendamientos de servicios y de obra, entre otros, TRAVIESAS, M., «Contrato de arrendamiento», *R.D.P.*, 1919, págs. 35, quien considera que el criterio que ha de ser mantenido es el clásico: «si se promete con precio siempre, un *quantum* de trabajo, hay arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*); si se promete el resultado del trabajo, hay arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*)». También, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II, vol. 2º, 8ª ed., Barcelona, 1989, pág. 300; BONET RAMÓN, F., «Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y las demás personas que ejercen profesiones liberales (Comentario a la S.T.S. de 18 de enero de 1941)», *R.D.P.*, 1941, pág. 164; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo 4º, 12ª ed., revisado Ferrandis Vilella, Madrid, 1985, pág. 471; DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, op. cit., págs. 238 y 246 y sigs.; GARCÍA IGLESIAS, D., «El contrato de obra: concepto y contenido. Los riesgos y la responsabilidad según la doctrina del Tribunal Supremo», *La Ley* 1993-4, pág. 1119; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Comentario al art. 1.544», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. 1º, op. cit., pág. 85, al considerar que «el criterio diferenciador más aceptable es el de atender al servicio en sí mismo (arrendamiento de servicios) o al resultado del servicio (contrato de obra)», y en «Comentario al art. 1.544», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, op. cit., pág. 1058. Para NART, I., «Contrato de obra y empresa», *R.D.P.*, octubre 1951, págs. 815 y 816, resulta decisivo en la distinción entre el contrato de servicios y de trabajo, de un lado, y el contrato de obra y de empresa, de otro, la diversa consideración de la actividad humana, «ya que puede tomarse contractualmente en consideración de un modo directo y exclusivo (servicios o trabajo), como medio de un resultado (obra), o no ser considerado en ninguna manera, por atender exclusivamente al resultado (empresa), aunque aquélla actividad sea de hecho un presupuesto necesario para éste». También ROCA TRÍAS, E., «Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos», *R.D.P.*, octubre 1979, pág. 787, al afirmar que la relación jurídica entre un arquitecto al que se le encarga la elaboración de un dictamen pericial y su cliente es un arrendamiento de obra porque «lo que se busca fundamentalmente es la obtención de un resultado, con completa indiferencia acerca de la actividad que dichas personas hayan tenido que llevar a cabo para emitirlo».

Parece apartarse de la total equiparación entre las obligaciones de medios y arrendamiento de servicios LACRUZ BERDEJO, J.L., «El llamado arrendamiento de obra (§ 110)», en *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 3º, 2ª ed., op. cit., pág. 271 y en, «El llamado arrendamiento de servicios», op. cit., págs. 309 y 310. Este último autor [sobre la autoría de esta opinión, vid. *supra* nota 147] remonta a la tradición la distinción entre el arrendamiento de servicios y el de obra basada en el objeto del contrato, dependiendo si se persigue la simple actividad, en cuyo caso estaríamos ante un arrendamiento de servicios, o algo ajeno a tal actividad, un resultado, como ocurre en el contrato de obra. No obstante, advierte posteriormente el autor (pág. 309), esta distinción según se pretenda una actividad o un resultado olvida que en muchos supuestos el servicio produce un resultado material. Por ello, es —a su juicio— criterio determinante «no si el servicio desemboca en la producción de una

Sin embargo, ante aquella afirmación ha de tenerse en cuenta que en toda obligación que podamos calificar de *facere*, la actividad está llamada a desempeñar una función elemental, ya que, incluso en los contratos de obra o de empresa, aquélla se muestra como presupuesto necesario para la satisfacción del interés del acreedor, para el exacto y preciso cumplimiento de la obligación.

En consonancia con esto, podemos observar que la regulación del arrendamiento de obras contenida en nuestro Código Civil no prescinde de manera absoluta de la actividad desplegada por el deudor aun cuando no habiendo obtenido el resultado final comprometido (la obra), objeto de la relación obligatoria, se ha visto, de tal modo, frustrado el interés contractual del que contrató con aquél.

A este efecto, a mi juicio, resulta relevante lo dispuesto en los arts. 1.594 y 1.595 C.C. El primero regula la facultad de desistimiento *ad nutum* que se concede al dueño de la obra ya comenzada, viniendo obligado a indemnizar al contratista «de todos sus gastos, *trabajo* y utilidad que pudiera obtener de ella». Ante la facultad que se concede al dueño de la obra de desistir del cumplimiento del contrato, se le impone la obligación legal de indemnizar al

---

cosa sino si la actividad desarrollada por el contratante se relaciona o no con incumbencias personales del arrendador y su circunstancia, presentando en el primer caso un aspecto preponderante de servicio, aunque se resuelva en la extracción de una muela o en levantar el plano de una finca». DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El llamado arrendamiento de obra (§ 95)», op. cit., 3ª ed., págs. 189 y 190, no se ha apartado del sentido de las palabras del Prof. Lacruz Berdejo vertidas en la anterior edición.

De otro lado, argumenta FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1983, págs. 28 y sigs., al entender que la naturaleza del contrato médico encuentra su mejor encuadramiento en el arrendamiento de servicios y no en el de obra, que no es objeción suficiente para desechar el encaje de este contrato en el arrendamiento de obras que en éste se quiera ver siempre un resultado y éste pueda no tener lugar en el contrato de servicios médicos, en cuanto que «la obligación de resultado que se asume por el médico no es realmente de curación, sino de tratamiento». Cuestiona el autor dicha distinción (medios/resultados), no obstante admitir que «en determinados supuestos específicos la obligación sea de resultado debido a las circunstancias del contrato que liga al médico con el paciente».

contratista el interés contractual positivo. De esta manera, al dueño de la obra se le somete a la obligación de resarcir al contratista la actividad por él realizada, que se ha podido concretar en una obra incompleta o inacabada y, por tanto, sin haber obtenido el resultado último prometido<sup>170</sup>.

El art. 1.595 C.C. contempla los efectos de la muerte del contratista y de la imposibilidad sobrevenida de la ejecución de una obra por causa no imputable al mismo, cuando en el encargo se tuvieron en cuenta las cualidades personales de quien había de realizar la obra. En estos supuestos, nace una obligación de abonar a cargo del dueño de la obra bien a sus causahabientes, bien al propio contratista, «en proporción del precio convenido, el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados, siempre que de estos materiales reporte un beneficio». Prescindiendo de la obligación de pagar los materiales, que se trataría de una acción dirigida a evitar el enriquecimiento injusto por parte del que encargó la obra<sup>171</sup>, prevé el precepto la obligación de pagar el valor de la obra ejecutada, que no es más que una retribución del esfuerzo, del servicio prestado, de la actividad del contratista que, por causas a él no imputables, se ve imposibilitado en la consecución de la misma y, por tanto, en la satisfacción del interés contractual del que la encargó.

Vista la previsión legal de estos dos supuestos, insertos en la regulación del contrato (de arrendamiento) de obra, en el que la ejecución de la misma se contempla como objeto del contrato, y que trasladando la distinción de las obligaciones vendrían a identificarse

---

<sup>170</sup> Entiende SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al art. 1.594», *Comentario del Código Civil*, op. cit., pág. 1202, que se indemniza el daño que le comporta al contratista la no realización de la obra en sí misma considerada, y sin embargo «el contratista alcanza el interés final que persigue con la realización de la obra».

<sup>171</sup> En este sentido, vid. SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al art. 1.595», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1205.

con las de resultado, parece claro que no se puede sostener que, en estos contratos, se prescinde de cualquier consideración en torno a la actividad personal prestada.

No pudiendo prescindir de la función del comportamiento o actividad del deudor, resultará ineludible para la definición conceptual de la figura jurídica de la que se han hecho valer las partes la averiguación del fin del contrato y si en él se ha tenido en cuenta un resultado determinado, así como el que su consecución esté o no al alcance de quien ha asumido el trabajo<sup>172</sup>; teniendo en cuenta que, de otra parte, toda actividad debe ir dirigida a un resultado<sup>173</sup>. Sin embargo, es el plano en que se sitúa tal resultado en la obligación, en uno principal o secundario, el que deviene en indicio más que fundado para discernir que calificación merece el contrato ante el que nos hallamos. De otro lado, el lugar que ocupa dicho resultado depende de la voluntad de los contratantes, lo cual nos remite a la voluntad expresa o implícitamente manifestada por el deudor de asumir la realización de aquél<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Así, ENNECCERUS, L. y LEHMANN, H., *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 436.

Propone LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo II, op. cit., pág. 281, que lo que interesa al examinar si estamos ante un contrato de servicios o un contrato de obra es «el contenido de la prestación: si lo debido es una actividad como tal o un resultado, para cuya producción la actividad es sólo el medio».

<sup>173</sup> Para PALÁ BERDEJO, F., «Naturaleza jurídica de la comisión», op. cit., pág. 916, la diferencia radica en el hecho de que el resultado esté o no previsto en correlación con las circunstancias externas que puedan dificultar o entorpecer el trabajo. «En el arrendamiento de obra el trabajador se obliga a conseguir un resultado fijo, sin consideración a factores externos. Por el contrario, en la locación de servicios el operario promete un cierto resultado (y no un determinado esfuerzo), de acuerdo con aquellas circunstancias».

<sup>174</sup> En este sentido, la S.T.S. de 7 de febrero de 1995 (R.A. 745, 1995), a pesar de seguir como criterio el de la distinción entre obligaciones de resultado y de medios, se puede ya observar alguna matización del mismo cuando al confirmar el TS la calificación de arrendamiento de servicios de un contrato de suministro de dos grúas en concepto de alquiler con aportación de personal para su manejo y asistencia con especificación de los «trabajos a realizar» sostiene que tal especificación supone una concreción necesaria de los servicios a prestar, «no obstante la realidad de que también se persiga un resultado, lo que no excluye la calificación de arrendamiento de servicios cuando aquél no es determinante del contrato ni quien deba prestarlos asuma la obligación fundamental de obtenerlo».

En definitiva, aun teniendo en cuenta las precisiones apuntadas, el criterio del objeto de la prestación o de la finalidad del contrato —e incluso, el del interés próximo o remoto del acreedor, incorporado a la prestación debida por el deudor— que se muestra como fundamental para distinguir entre las dos categorías de obligaciones (de medios, diligencia o actividad frente a las de resultado) es, asimismo, considerado decisivo para diferenciar los contratos de arrendamiento de servicios y de arrendamiento de obra, junto con el de la distribución del riesgo contractual, al que se le relaciona intrínsecamente<sup>175</sup>.

Es ésta la dirección que parece haber seguido nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias al distinguir entre estos dos tipos de arrendamiento e identificar la obra con el resultado, de tal modo que la obligación que deriva del arrendamiento de obra aparece configurada como una obligación de resultado, calificando, por el contrario, de arrendamiento de servicios los contratos celebrados por profesionales cuando se obligan a prestar propiamente su actividad profesional<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> En este sentido, vid. SOLÉ RESINA, J., *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997, pág. 14 y 30 a 33. Como pone de manifiesto la autora esta utilización, mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, del criterio basado en la diversa naturaleza del objeto de la obligación de hacer se relaciona con la establecida entre obligaciones de medios y de resultado que, sin embargo, a su juicio, y a pesar de su respaldo por la doctrina y la jurisprudencia, carece de «base o sustento legal» en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>176</sup> Las S.T.S. de 7 de octubre, 23 de noviembre y 19 de diciembre de 1964 (R.A. 4326, 5453 y 5900, 1964) se ocupan de individualizar el contrato de obra o de empresa, cuya obligación consiste en la «obtención de un resultado (*opus consumatum et perfectum*) al que se encamina la actividad creadora del contratista o empresario, que asume los riesgos de su cometido, de acuerdo con la regla «res perit domino», y con lo preceptuado en los arts. 1.589 y 1.592, de suerte tal que precisamente ese requisito es el que diferencia este contrato del de trabajo o servicio».

Se manifiestan en esta dirección, también las SS.T.S. de 14 de octubre de 1968 (R.A. 4386, 1968), 23 de noviembre de 1974 (R.A. 4376, 1974), 3 de noviembre de 1983 (R.A. 5953, 1983), 24 de septiembre de 1984 (R.A. 4303, 1984), 10 de febrero de 1987 (R.A. 703, 1987), 4 de octubre de 1989 (R.A. 6881, 1989), que refiriéndose todas ellas al contrato del arquitecto, en el que éste compromete a la realización de un proyecto, establecen esta identificación entre el arrendamiento de obra y la calificación de las obligaciones derivadas de dicho contrato como de resultado.



Entre los pronunciamientos jurisprudenciales, merece especial relieve la S.T.S. de 10 de junio de 1975 (R.A. 3265), que declara: «*Que de los diferentes criterios ideados por la doctrina para distinguir el arrendamiento de servicios del de obra, el que goza de mayor predicamento y el aceptado por este Tribunal, radica en el objeto inmediato de la obligación del arrendador, de manera que si éste se obliga a la prestación de servicios o de trabajo o de una actividad en sí misma, no del resultado que aquella prestación produce, el arrendamiento es de servicios y, en cambio, si se obliga a la prestación de un resultado, sin consideración al trabajo que lo crea, el arrendamiento es de obra, sin que para suponer la existencia de un contrato de esta última especie sea suficiente que la actividad se prometa en dirección a un resultado determinado, cosa no infrecuente dado que toda actividad humana va dirigida a un fin o resultado*» (Considerando Primero)<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> La cuestión que viene a resolver la S.T.S. de 10 de junio de 1975 se suscita con ocasión de un contrato por el cual el arquitecto se obliga a la dirección facultativa de las obras de construcción de un edificio que «ha de ser calificado, conforme a la doctrina precedente, de arrendamiento de servicios, puesto que mediante él no se compromete un resultado, sino solamente una actividad de dirección» (Considerando Segundo).

Esta misma idea es acogida en sucesivas sentencias, con el denominador común de que en todas ellas se plantea la cuestión de dilucidar si el contrato debe quedar enmarcado en la figura del arrendamiento de obra o de servicios, resolviéndose por los tribunales en función del criterio del objeto de la relación contractual.

Por tanto, se califica de arrendamiento de obra si el objeto de la obligación consiste en un *opus*, un resultado; por el contrario, se considera la existencia de un arrendamiento de servicios cuando se ha comprometido simplemente el despliegue de una actividad diligente y prudente. Así, entre otras, las S.S.T.S. de 19 de enero de 1957 (R.A. 136, 1957), 4 de junio de 1968 (R.A. 3759, 1968), 11 de noviembre de 1974 (R.A. 3798, 1974), 19 de junio de 1982 (R.A. 3433, 1982), 6 de junio de 1983 (R.A. 3291, 1983), 29 de septiembre de 1983 (R.A. 4685, 1983), 3 de noviembre de 1983 (R.A. 5953, 1983), 29 de junio de 1984 (R.A. 3441, 1984), 24 de septiembre de 1984 (R.A. 4303, 1984), 26 de mayo de 1986 (R.A. 2005, 1986), 7 de octubre de 1986 (R.A. 5330, 1986), 27 de octubre de 1986 (R.A. 5960, 1986), 10 de febrero de 1987 (R.A. 703, 1987), 29 de mayo de 1987 (R.A. 3852, 1987), 30 de mayo de 1987 (R.A. 3848, 1987), 13 de julio de 1987 (R.A. 5488, 1987), 1 de diciembre de 1987 (R.A. 9170, 1987), 12 de febrero de 1988 (R.A. 943, 1988), 25 de mayo de 1988 (R.A.5111, 1988), 17 de junio de 1988 (R.A.5112, 1988), 2 de julio de 1988 (R.A. 5991, 1988), 12 de diciembre de 1988 (R.A. 9430), 14 de junio de 1989 (R.A. 4633, 1989), 17 de junio de 1989 (R.A. 4696, 1989), 17 de julio de 1989 (R.A. 5709, 1989), 4 de octubre de 1989 (R.A. 6881, 1989), 7 de noviembre de 1989

No obstante, aun admitiendo el criterio basado en la consecución o no de un resultado (*opus*) como fin último del contrato para calificar un contrato como de obra o de servicios, la diligencia es igualmente exigible al deudor en el cumplimiento de toda obligación (cfr. art. 1.104), de lo que resulta que también en aquellas obligaciones que hemos denominado de resultado y que parecerían corresponderse con la típica de un contrato de obra, tanto la diligencia como su falta u omisión, esto es, la culpa desempeñan cierta relevancia en orden a la imputación del incumplimiento obligacional, es decir, a la afirmación de la responsabilidad<sup>178</sup>.

---

(R.A. 7875, 1989), 7 de febrero de 1990 (R.A. 668, 1990), 12 de febrero de 1990 (R.A. 677, 1990), 20 de febrero de 1992 (R.A. 1326, 1992), 6 de julio de 1990 (R.A. 5780, 1990), 6 de noviembre de 1990 (R.A. 8528, 1990), 13 de octubre de 1992 (R.A. 7547, 1992), 25 de noviembre de 1992 (R.A. 9588, 1992), 2 de febrero de 1993 (R.A. 793, 1993), 15 de febrero de 1993 (R.A. 771, 1993), 4 de marzo de 1993 (R.A. 2001, 1993), 29 de marzo de 1994 (R.A. 2305, 1994), 25 de abril de 1994 (R.A. 3073, 1994), 12 y 25 de mayo de 1994 (R.A. 3573 y 3743, 1994), 6 de octubre de 1994 (R.A. 7465, 1994), 11 de marzo de 1995 (R.A. 3133, 1995), 30 de mayo de 1995 (R.A. 4200, 1995), 31 de enero de 1996 (R.A. 546, 1996), 10 de febrero de 1996 (R.A. 866, 1996).

Por consiguiente, el Tribunal Supremo se suma al criterio del fin u objeto del contrato como el que goza mayor fiabilidad para discernir si el contrato ha de ser calificado de obra o de servicios, cuando mantiene, entre otras, en la S.T.S. de 7 de octubre de 1964 que «para que el contrato sea de obra será necesario que se haya pactado la obligación de llegar al resultado final, al *opus consumatum et perfectum*».

Así, el ámbito de la responsabilidad médica es uno de los que mayor aplicación ha se ha hecho de este criterio de obligaciones de medios y de resultado. Realiza FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Madrid, 1995, pág. 56 y sigs., una crítica a esta doctrina constante del Tribunal Supremo, aunque la comparte en esencia, pero discrepa de las consecuencias que hace derivar el Tribunal. A juicio de este autor, si bien la obligación general y principal del médico está constituida por una obligación de medios y no de resultado, como es la obligación de prestar asistencia facultativa con la debida diligencia, surge derivada de ésta «una obligación de eficacia que a su vez está compuesta por los deberes profesionales de poseer los conocimientos médicos y los medios técnicos necesarios en función de la especialidad que desarrolla el médico, así como el deber de continuidad del tratamiento». Esta obligación de eficacia «modula claramente la simple obligación de medios, sin que haga tránsito hacia la obligación de resultado, como supuesto general y sin perjuicio de la especialidad desarrollada en el caso concreto».

<sup>178</sup> Tal afirmación resulta, entre otras, de la S.T.S. de 21 de marzo de 1950 (R.A. 393, 1950) donde al calificar el convenio celebrado por dos cirujanos para la

En el Derecho italiano la distinción entre obligaciones de medios y de resultado como subespecies de las prestaciones de hacer ha gozado también de cierto respaldo doctrinal y jurisprudencial. Además, de la diversa configuración de la prestación de hacer derivan, como apuntamos, una diversa distribución del riesgo contractual: sobre el acreedor si la obligación es de medios, sobre el deudor si es de resultado<sup>179</sup>. De este modo, a pesar de que entre las primeras se ha incluido, tradicionalmente, las obligaciones del prestador de «lavoro subordinato» (art. 2094 C.C. italiano), y en las segundas la del contratista («*appaltatore*» ex art. 1.665) o el del prestador de obra (art. 2.222), esto es, figuras contractuales pertenecientes al «Lavoro autonomo», la jurisprudencia configura la prestación del profesional intelectual como típica obligación de medios, a pesar de constituir dicho contrato una especie del contrato de obra, encajable, por tanto, como trabajo autónomo<sup>180</sup>. Esta

---

realización de una operación de cirugía estética como contrato de obra con base en su correspondencia a una obligación de resultado, declara el TS que existió incumplimiento de la obligación en cuanto que no se alcanzó el resultado debido pero ello no les fue imputable ya que «la operación fue correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido fue por un infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados»; de tal modo que se afirmó que «no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fue por un suceso no imputable a los demandados... que encaja en el artículo 1.105 del Código civil».

<sup>179</sup> Así lo pone de manifiesto GALGANO, F., «La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali», *Contratto ed impresa*, 1989, pág. 38. En las primeras el deudor cumple si ha desarrollado la actividad deducida en el contrato con el debido grado de diligencia (art. 1.176), aunque el resultado de la actividad no se haya obtenido; mientras en las segundas el deudor queda obligado a realizar el resultado, siendo incumplidor si, a pesar de la diligencia empleada, no lo obtiene.

<sup>180</sup> Así, en particular, respecto al abogado la Cass. 10 diciembre de 1977, n. 5363, *Mass. Foro it.*, 1977, ha entendido que aquél como profesional intelectual «asume una obligación de medios, no de resultado; por tanto, el incumplimiento no puede ser deducido de la no consecución del resultado útil al que mira el cliente, sino sólo de la violación por parte del profesional del deber de diligencia inherente y adecuado a la naturaleza de la actividad ejercitada».

Entre las sentencias que aplican esta distinción a las relaciones de trabajo subordinado (obligaciones de medios) y de trabajo autónomo (obligaciones de resultado) Cass. 14 de diciembre de 1982, n. 6882, *Mass. Foro it.*, 1982; Cass. 22 de

distinción asume relevancia, como veremos, por el diverso juego de la diligencia *ex art.* 1.176 para liberar al deudor de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de la prestación, conforme al art. 1.218 C.C. *it.*, esto es, en relación a la responsabilidad por incumplimiento.

Por lo que respecta a la actividad típica que lleva a cabo el abogado, si atendemos a los criterios expuestos, fundamentalmente a la distinta configuración del objeto de la obligación o de la imputación del riesgo contractual, en la mayoría de los casos su prestación constituirá objeto de un arrendamiento de servicios, en tanto que el acreedor (cliente) pretende la realización de todas las actividades necesarias para la protección de sus intereses susceptibles de defensa jurídica, de manera que el deudor (abogado) se halla comprometido a la consecución de ese interés mediante el despliegue de sus conocimientos y técnicas, y sin embargo, no queda obligado a la satisfacción del interés último del acreedor, como puede ser la obtención de una sentencia favorable en el litigio, a pesar de que, como consecuencia del cumplimiento de su prestación, se pudiera obtener<sup>181</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el abogado desempeña actividades de muy diversa naturaleza, jurisdiccionales o no, de tal modo que su servicio puede desembocar en resultados materiales (como sucede al encargársele la elaboración de un

---

noviembre de 1984, n. 6029, *Giust. Civ.* 1985, I, págs. 2815 y sigs.; Cass. 10 de junio de 1986, n. 3841, *Mass. Foro it.*, 1986.

<sup>181</sup> En efecto, el abogado al comprometerse a llevar a cabo la defensa en juicio del asunto del cliente lo hace normalmente sin asumir el resultado, esto es, la certeza de la obtención de una sentencia favorable, en tanto que no cae dentro de la esfera de su actuación, pero sí, en cambio, la realización «diligente» de todos los actos encaminados a tal fin.

En este punto, resulta muy expresivo TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, 9ª ed., Londres, 1995, pág. 754, al señalar que resulta especialmente claro que quien presta el servicio no garantiza el resultado en el caso del abogado que asume la dirección jurídica de un proceso cuando una de las partes ha de perder inevitablemente.

dictamen jurídico, o con la redacción de un escrito de demanda), deviniendo en una labor difícil la calificación del contrato de obra o de servicios, en tanto que cualquier actividad llevada a cabo por éste puede traducirse en un resultado<sup>182</sup>.

La propia complejidad de la actividad típica del abogado, esto es, la defensa jurídica de los intereses del cliente y su asesoramiento, puede abarcar múltiples actividades que pueden concebirse como resultados u obras en sí mismas. Si se tiene en cuenta la diversidad de formas que puede asumir la actividad profesional del abogado en su cualidad de tal es fácil comprender las dificultades que comporta caracterizar el vínculo que se establece entre el abogado y el cliente por su actuación en sus diferentes aspectos.

Por tanto, es, a mi juicio, necesario, en orden a calificar la relación del abogado, contemplar cada una de las actividades realizadas por éste no como inconexas, sino como una totalidad

---

<sup>182</sup> En la doctrina, consideran la obligación típica del abogado una obligación de actividad o de medios: ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II, Vol. 1º, Barcelona, 1989, págs. 37-38. Con ciertas matizaciones, mantiene DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El llamado arrendamiento de servicios», op. cit., pág. 223, (siguiendo lo dispuesto por LACRUZ BERDEJO, J.L., «El llamado arrendamiento de servicios», 2ª ed., op. cit., págs. 308-310 y 314 y 115 [vid. *supra* nota 147]) que, si bien tales obligaciones entran en el concepto amplio de arrendamiento de servicios, en algún caso es posible que el contrato del abogado se configure de mandato cuando éste «gestiona en nombre del cliente o por cuenta de éste..., pero no es lo corriente».

Sin embargo, la mayoría de la doctrina se muestra de acuerdo en calificar la obligación de emitir un dictamen por parte del abogado en obligación de resultado o de contrato de obra, como excepcional a la normal inclusión de su actividad en el arrendamiento de servicios. Así, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, op. cit., pág. 248; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op. cit., págs. 70-71. Para ALONSO PÉREZ, Mª T., *Los contratos de servicios...*, op. cit., pág. 154, resultan asimilables a éste otros supuestos en los que «el profesional se compromete a la elaboración de determinado documento».

En esta línea, si bien con ocasión de estudiar el supuesto particular del arquitecto, califica ROCA TRÍAS, E., «Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes...», op. cit., pág. 787, de arrendamiento de obra y no de servicios el encargo a un determinado profesional, en razón de su pericia, de la emisión de una opinión técnica, fundamentando tal opinión en que «lo que se busca fundamentalmente es la obtención de un resultado, con completa indiferencia acerca de la actividad que dichas personas hayan tenido que llevar a cabo para emitirlo».

orgánica, una unidad determinada finalísticamente por la obtención de un resultado, que la mayoría de las ocasiones vendrá entendido no como *opus perfectum*, sino más bien como objetivo al que tiende la actividad desarrollada por el abogado<sup>183</sup>.

Por ello, nada obsta, por otra parte, a que el abogado preste su servicio cualificado en régimen de contrato de obra, cuando se compromete a la obtención de un resultado, una obra en sí (*opus*) —como es el supuesto en que se obliga a la realización de dictámenes jurídicos, o de formalización de documentos—, lo cual no significa que este profesional se obligue a la consecución de la pretensión última fundamentada en tal obra, que cae fuera de su actividad comprometida, de su prestación.

Será, por tanto, necesario un análisis particular del objeto de la obligación profesional del abogado, de la configuración de la prestación asumida por éste según los pactos de las partes y los usos del tráfico, para determinar la naturaleza de la relación que, en cada caso, liga al abogado con su cliente, así como el régimen aplicable a dicha relación, constituyendo un criterio bastante fiable el que se fija en si en la prestación se ha considerado en sí misma la actividad o si, por el contrario, ésta se ha contemplado en virtud del resultado incorporada a ella lo cual, en principio, implica importantes consecuencias en orden a la determinación del exacto cumplimiento de la prestación y la afirmación de responsabilidad por incumplimiento contractual.

El Tribunal Supremo cuando ha debido calificar la relación del abogado con su cliente se ha basado principalmente en la diversa

---

<sup>183</sup> Así, la S.T.S. de 12 de febrero de 1990 (R.A. 680, 1990) en la que tras asumir la calificación jurídica que hacía la Sentencia del Juzgado apelado del contrato del abogado actor con los codemandados como de «relación de servicios profesionales desarrollados al margen de la actividad jurisdiccional», y que comprendían servicios de muy diversa índole, señala el Tribunal este criterio de la unicidad orgánico como decisivo a la hora de calibrar la entidad del trabajo desenvuelto por el Letrado demandante.

configuración de la prestación del abogado, calificándola como regla general de arrendamiento de servicios. Por ello, no descarta que dicha relación pueda calificarse de auténtico contrato de obra cuando «lo contratado sea el resultado en sí, no los servicios —como sería el caso del dictamen—»<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Así, en la S.T.S. de 4 de febrero de 1950 (R.A. 191), en la que se suscitaba la cuestión de la calificación de la relación contractual entre un Letrado y su cliente, siendo el objeto de la prestación asumida por el Letrado la emisión de un dictamen, el Tribunal Supremo, a pesar de que considera que generalmente los servicios prestados por los Letrados, y otros profesionales liberales, constituyen un arrendamiento de servicios, admite que dicha relación puede quedar configurada como un arrendamiento de obra y no de servicios, «supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga aquél a prestar no propiamente su actividad profesional sino el resultado producido por la misma, cual ocurre entre otros casos, en el de aceptar el Letrado el encargo de emitir un dictamen». En el mismo sentido, S.T.S. de 28 de noviembre de 1984 (R.A. 5688, 1984).

En general, el Tribunal Supremo ha tenido declarado de manera reiterada que «los servicios de las personas que ejercen profesiones liberales encajan en el contrato de arrendamiento de servicios» aun teniendo por objeto servicios de muy diversa índole, tal como demuestran las SS.T.S. de 9 de octubre de 1928 (J.C. núm. 74), 13 de junio de 1929 (J.C. núm. 130), 18 de enero de 1941 (R.A. 5, 1941), 24 de noviembre de 1954 (R.A. 2875, 1954), 22 de diciembre de 1955 (R.A. 3640, 1955), 12 de abril de 1956 (R.A. 1558, 1956), 7 de junio de 1958 (R.A. 2139, 1958), 2 de junio de 1960 (R.A. 2072, 1960), 20 de enero de 1961 (J.C. núm. 17), 3 de abril de 1961 (R.A. 1237, 1961), 30 de octubre de 1967 (J.C. núm. 627), 30 de junio de 1970 (R.A. 3764, 1970), 21 de noviembre de 1970 (R.A. 4884, 1970), 5 de febrero de 1972 (J.C. núm. 51), 13 de marzo de 1978 (R.A. 956, 1978), 16 de abril de 1980 (R.A. 1419, 1980), 15 de abril de 1991 (R.A. 2686, 1991).

Sin embargo, este criterio que se basa en la condición del deudor para calificar el contrato y la obligación asumida por aquél ha sufrido un cierto abandono, aunque no total, en favor del basado en la distinta configuración del objeto de la obligación, un resultado o una mera actividad, tal como hemos señalado. Vid. supra nota 164. Así, entre otras, 7 de marzo de 1988 (R.A. 1559, 1988), 6 de octubre de 1989 (R.A. 6891, 1989), 16 de julio de 1990 (R.A. 5881, 1990), 5 de julio de 1991 (R.A. 5568, 1991), 4 de febrero de 1992 (R.A. 812, 1992), 30 de marzo de 1992 (R.A. 2306, 1992), 22 de noviembre de 1993 (R.A. 9177, 1993) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de julio de 1995 (R.A. 5930, 1995).

**§ 5. Diversa configuración de las relaciones de servicios del abogado**

**6. El mandato**

Una vez expuesta la distinta configuración del contrato de obra y el de servicios, resulta necesario apuntar que la inclusión de la relación de servicios profesionales en el contrato de arrendamiento de servicios exige el análisis de otras figuras contractuales, como el mandato, en la que pueden llegar a tener cabida ciertos servicios prestados por los abogados.

**A) Operae liberales y mandato**

Como señalamos anteriormente, la tesis que mantiene que la figura del mandato aparece como la más idónea para recoger todas las hipótesis de prestación de servicios encuentra su origen histórico en la concepción del Derecho romano fundamentada en el hecho de que el trabajo que venía remunerado era únicamente el prestado por esclavos, de modo que los servicios de un hombre libre debían prestarse sin remuneración.

Además, la inclusión de la prestación de servicios profesionales en la figura del mandato se debe a la consideración de las *operae liberales* (prestadas por las llamadas “profesiones liberales”) como actividades preciosísimas que, teniendo por objeto un bien inestimable, gozaban de supremacía frente a las meramente manuales, de tal modo que si bien estas últimas se remuneraban mediante un precio cierto (*merces*), por el contrario, se entendía que cuando los servicios prestados por profesionales tuvieran como contenido cierta actividad intelectual, ésta, por su propia cualidad, no podía ser objeto de arrendamiento, no teniendo cabida en la *locatio*, sino en el mandato<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano*, Vol. II, Milán, 1952, pág. 363, pone de relieve el desprecio que por el trabajo manual se tenía en el mundo pagano,



Por tanto, la diferencia de tratamiento entre una y otra clase de prestaciones —intelectuales o profesionales y manuales— radica tanto en la naturaleza de la prestación como en la condición de quien ha de prestarla. Esto es debido al hecho de que durante el Derecho Romano se llegaron a identificar los servicios profesionales, esto es, las *operae liberales* con aquellas actividades adaptadas a los hombres libres, desarrolladas con un espíritu de liberalidad y, por tanto, gratuitamente.

No obstante, a pesar del carácter gratuito del contrato de mandato, la actividad del profesional liberal (intelectual) comienza, en una época más avanzada, a ser remunerada mediante la promesa de honorarios (*honorarium*), concebidos a título de agradecimiento. De este modo, la nota esencial del mandato, su gratuidad, se mantenía a pesar de que aquél que se dedicaba a las *artes u operae liberales* (como el abogado) viniera remunerado, siempre y cuando los honorarios se hubiesen pactado *ex post facto*, pudiéndose reclamar a través de la *cognitio extra ordinem*, ya que si venía remunerado *ab initio* no era considerado mandatario, pero tampoco arrendatario en cuanto que sus servicios no tenían aptitud para conformar el objeto del arrendamiento<sup>186</sup>.

---

entendiéndose que sólo el trabajo servil podía formar objeto de *locatio*, considerando incluso indecoroso que el trabajo intelectual pudiera ser disciplinado jurídicamente y compensado económicamente.

En el Derecho intermedio, BARTOLO DE SASSOFERRATO también apuntaba esta distinción según se tratara de actos de puro hecho o materiales, que podían ser objeto de *locatio*, o de otros en que hubiera *admistrum ius*, perfilándose la división que asigna al arrendamiento de servicios la prestación de trabajo manual y al mandato los servicios intelectuales o de profesiones liberales.

<sup>186</sup> El procedimiento de reclamación de honorarios, cuya concesión se debió a un Rescriptum de Severo y Caracalla, es incluido y desarrollado por ULPIANO en D. 50, 13, Ley primera (*De extrordinariis cognitionibus*), donde se indica que el Pretor (gobernador) podía aumentar o disminuir, según las circunstancias, el importe de los honorarios prometidos, ya que éstos sólo podían reclamarse a través de un procedimiento extraordinario (*extra ordinem y cognita causa*) siempre que hubiese existido una convención o una promesa formal de una suma determinada.

Así, respecto de los honorarios que debían recibir los abogados, los criterios con los que el juez debía decidir se establecen en D. 50, 13, 1, 10: «*In honorariis advocatorum ita versari iudex debet, ut pro modo litis proque advocati facundia et*

Debido fundamentalmente a que las razones históricas y sociales que desde el Derecho Romano llevaron a tratar de modo distinto los trabajos de las profesiones liberales de los puramente manuales, por causa del carácter elevado que se otorgaba a los primeros, parecen haber cesado, así como a la progresiva transformación que sufre la prestación de los servicios calificables de *operae liberales*, en cuanto que comienzan a ser retribuidos, puede considerarse superada la tesis del mandato como instrumento a través del que se articula en todo caso la prestación de los profesionales liberales<sup>187</sup>. Actualmente, es posible sostener que toda

---

*fori consuetudine et iudicii in quo erat acturus, extimationem adhibeat: dummodo licitum quantitas non egrediat: ita enim rescripto imperatoris nostri et patris eius continetur. Verba rescripti ita se habent: "Si Julius Maternus, quem patronum causae tuae esse voluisti, fidem susceptam exhibere paratus est, eam dumtaxat pecuniam, quae modum legitimum egressa est, repetere debes"*. («Respecto de los honorarios de los abogados debe el juez tener en cuenta para estimarlos la importancia del litigio y la facundia del abogado, según lo acostumbrado en el foro, siempre que la cuantía no exceda de los que es un honorario lícito. Así se dice en un rescripto de nuestro emperador (Antonino Caracala) y su padre (Septimio Severo). He aquí el texto del rescripto: "Si Julio Materno, que tú quisiste que fuera abogado de tu causa, está dispuesto a defenderte, debes reclamar tan sólo la cantidad que exceda de la medida legal"»).

También la actividad del procurator *ad litem* sufrió idéntica evolución en cuanto a su retribución. En principio, su actividad era gratuita en cuanto que se instrumentaba a través del contrato de mandato, desarrollada consuetudinariamente *beneficii loco*. Sin embargo, posteriormente se reconoció que podía mediar una retribución periódica de dinero, el *salarium*, y que puede ser exigida coactivamente a través de la *cognitio extra ordinem*, rechazándose, como vimos para el abogado, el pacto de *quota litis*, como resulta del pasaje de D. 17, 1, 7: «*Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum maioris pecuniae praemio contra bonas mores procurator redemerit*» («Si reclama a través de la cognición extraordinaria el salario del procurador, habrá de verse si el mandante quiso remunerar el trabajo y para ello ha de prestarse el asentimiento de lo convenido, o si acaso el procurador ha comprado el evento del litigio por un premio de cantidad mayor contra las buenas costumbres»).

<sup>187</sup> Para PLANIOL, M. y RIPERT, G., «Contrats civils», *Traité pratique de Droit civil français*, Tomo XI, 2ª parte, París, 1932, pág. 20, la teoría del mandato ha de desecharse, dejando paso a la teoría del arrendamiento de servicios. Ponen de manifiesto estos autores que ya desde el Derecho Romano se consolida la tradición de que las *artes liberales* no pueden ser objeto de contrato de trabajo, sino de mandato, debido al carácter de arrendamiento que se asignaba tradicionalmente al contrato de

actividad humana puede ser objeto de arrendamiento de servicios y obra, dentro de los límites de la autonomía privada (la ley, la moral y el orden público, cfr. art. 1.255 C.C.).

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la concepción que distingue estos contratos en atención a la diversa entidad cualitativa entre los trabajos intelectuales y los manuales, así como la apreciación del mandato como una figura superior al arrendamiento, han de entenderse superadas, en cuanto que «desde el punto de vista de la calificación jurídica no puede tenerse en cuenta más que los elementos

---

trabajo, en pugna con el objeto de ciertas profesiones, pero esta distinción entre artes serviles y profesiones liberales ha de entenderse superada.

No obstante, existen autores que con base en idénticos argumentos a los que llevaron a los juristas en el Derecho romano a calificar a las *operae liberales* de inestimables, sostienen que los servicios propios de las profesiones liberales tan sólo son susceptibles de ser objeto del contrato de mandato en cuanto esencialmente gratuito.

En este sentido, POTHIER, «Traité du contrat du mandat», *Oeuvres*, París, 1821, nº 23, pág. 182, quien pretende distinguir el contrato de arrendamiento de servicios y el de mandato en virtud de la calidad humana de la actividad desempeñada, lo que le lleva a afirmar que «la recompensa del profesional no es precio del arrendamiento ni de los servicios prestados inapreciables por su especial índole». En virtud de lo sostenido por este autor, la promesa de una contraprestación (más propiamente, recompensa) es una convención, que aun celebrada al mismo tiempo que el contrato de mandato, sin embargo, no forma parte de él, le es extraña. En esta concepción, la diferencia con el arrendamiento de servicios se establecerá reservando a éste la actividad material y subordinada del que presta el trabajo, dejando para el mandato la actividad jurídica con efectos directos para el que encarga el asunto.

Esta dirección es seguida, en nuestro Derecho, por DE BUEN, D., *Derecho civil*, Tomo II, Madrid, 1940, págs. 137 y 138, que sostuvo que para nuestro Código civil el mandato es normalmente gratuito, pero no necesariamente, de donde cabe deducir que la diferencia con el arrendamiento de servicios «es la naturaleza de los servicios», haciendo derivar de la tradición romana reflejada en el Código, ya que sólo se regulan en éste como arrendamiento los servicios prestados por criados y asalariados, que «aquellos trabajos que no sean de esa clase caen dentro del contrato de mandato: entre ellos, naturalmente, los de las profesiones liberales, cuyo pago no tiene el carácter de una prestación equivalente, porque se consideran de valor inestimable». Para ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., *Los contratos de servicios...*, op. cit., pág. 165, la concepción que subyace en la regulación del Código civil es la de considerar las relaciones contractuales de los profesionales como mandato, especificando que sólo mantiene tal concepción para los servicios, no para las obras, que quedan reguladas en sede de arrendamiento.

constitutivos del contrato, y éstos son idénticos, así en el que tiene por objeto la prestación de un trabajo material, como aquél cuyo objeto es la prestación intelectual, teoría recibida por el artículo 1.544 de nuestro Código civil»<sup>188</sup>.

Muestra de ello es la regulación de las legislaciones europeas modernas, como el Código Civil alemán (B.G.B.) que en su § 611 declara que pueden constituir objeto de arrendamiento de servicios «servicios de todo género»; así como el § 361 del Código de obligaciones suizo que dispone que «las normas sobre el contrato de trabajo son aplicables en cuanto concurren las condiciones exigidas a los contratos que tienen por objeto prestaciones que suponen una especial cultura científica o artística, a cambio de determinados honorarios»<sup>189</sup>.

De otro lado, es de notar que algún Código Civil como el mejicano de 1884, que contiene por primera vez una regulación del contrato de prestación de servicios profesionales como contrato típico en los artículos 2.406 y 2.415, bajo la denominación de «Prestación de servicios profesionales», muestra la similitud con el mandato al tener declarado que «sus normas se aplican supletoriamente al contrato de servicios profesionales»<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> Con este pronunciamiento de la S.T.S. de 2 de junio de 1960 (J.C. núm. 399) queda patente que el Tribunal Supremo se aparta del criterio sentado en la S.T.S. de 14 de junio de 1907 (J.C. núm. 103) favorable a la tesis del mandato para las prestaciones intelectuales.

<sup>189</sup> En esta misma línea se encuentran también el art. 1.216 C.C. brasileño, el art. 1.154 C.C. portugués y el art. 1.627 C.C. argentino. El art. 1.154 C.C. portugués dispone: «Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu *trabalho intelectual ou manual*, com ou sem retribuição». En este sentido, el art. 1.627 del C.C. argentino establece que «el que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su *profesión no modo de vivir...*».

<sup>190</sup> Para PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B., *Representación, poder y mandato*, Méjico, 1991, pág. 166, estos dos contratos guardan gran similitud, como ya mostró la Exposición de Motivos del Código Civil mejicano de 1870 que, a pesar de no regular dicho contrato, declaraba que mayor semejanza tenía la prestación de servicios con el mandato que con el arrendamiento (de cosas), «porque en ambos contratos el mandante encarga a otro la ejecución de ciertos actos que no puede o no

**B) *La actividad de gestión del abogado y el mandato***

Teniendo en cuenta la posible coincidencia de objeto de estos contratos, cabe plantearse si las actividades de gestión que puede desempeñar el abogado en interés de la otra parte del contrato deben quedar encuadradas en el esquema contractual del mandato, o por el contrario, han de entenderse subsumidas en las actividades propias del contrato de arrendamiento de servicios.

El mandato en nuestro Código Civil aparece configurado, de manera un tanto vaga y difusa, como un contrato de gestión de asuntos de otro (cfr. art. 1.709 C.C.). En efecto, la realización de asuntos para otra persona, el mandante, que se los encarga, constituye el objeto típico de este contrato.

Por tanto, en principio, si nos atenemos con rigor a la definición amplia del objeto de este contrato del art. 1.709 («prestar algún servicio por cuenta o encargo» de otra persona) podría comprenderse en el contrato de mandato cualquier relación de servicios y, de tal manera, incluir la prestación desempeñada por el abogado.

En efecto, en ambos contratos, el de mandato y el de arrendamiento de servicios prestado por el abogado, existe una relación de intercambio de servicios, una prestación de hacer que tiende a satisfacer el interés de uno de los contratantes y que se resuelve en una actividad de gestión de asuntos ajenos. Existe, por tanto, una identidad del objeto de la relación obligatoria que surge de estos contratos, y que permite distinguirlos de otros muchos contratos en los cuales también se halla presente una prestación de *facere*. De este manera, se erige en objeto común a ambos contratos el servicio prestado, concebido como actividad de gestión de asuntos

---

quiere ejecutar por sí mismo; porque en ambos contrae el mandatario proporcionalmente obligaciones personales, y porque en ambos se busca la aptitud».

de otra persona centrada, fundamentalmente, en actos jurídicamente relevantes<sup>191</sup>.

Además, en la búsqueda de elementos coincidentes o, cuanto menos, similares en ambos contratos, se puede afirmar tanto el arrendamiento de servicios profesionales como el mandato pertenecen al grupo de contratos inspirados por el principio «*intuitus personae*», de tal modo que las cualidades personales de quien ha de prestar el servicio o realizar la gestión encomendada pueden ser consideradas relevantes al contraer la obligación. De otro lado, en ambos, se entabla una relación basada en la confianza (*fiducia*) en la persona que ha de prestar el servicio, en cuanto que se

---

<sup>191</sup> La amplitud de las actividades susceptibles de ser objeto del mandato conforme al art. 1.709 C.C. se intenta especificar en el art. 1.713 en actividades diversas: administrar, transigir, enajenar, hipotecar, etc..

La mayoría de la doctrina se muestra de acuerdo al entender que la actividad que el mandatario se compromete a realizar ha de ser jurídicamente relevante. Así, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 6ª ed., op. cit., pág. 475; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El mandato (§ 112)», en *Elementos de Derecho Civil*, II, Vol. 3º, 2ª ed., op. cit., pág. 317, aun precisando que no necesariamente ha de consistir en la realización de negocios jurídicos, bastando que la actuación del mandatario tenga trascendencia jurídica en la esfera del mandante (en igual sentido en «El mandato (§ 98)», *Elementos de Derecho civil*, II, Vol. 2º, 3ª ed., op. cit., pág. 226); y CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de obligaciones y...*, op. cit., pág. 730.

Para GARCÍA VALDECASAS, G., «La esencia del mandato», *R.D.P.*, 1944, pág. 773, pueden ser objeto de mandato los actos más diversos, y no precisamente consistir «en negocios jurídicos y ni siquiera en negocios de orden económico». En el mismo sentido, PÉREZ DE CASTRO, N., «Comentario a la S.T.S. de 17 de mayo de 1993 (R.A. 3556)», *C.C.J.C.*, núm. 32, 1993, pág. 856, para quien el objeto contemplado por el art. 1.709 es más amplio, existiendo casos en los que la prestación es de otra índole (no tratándose de actos jurídicamente relevantes).

Por el contrario, tampoco faltan autores que consideran que, en virtud de la diversa naturaleza del objeto del contrato, el mandato queda reservado para los actos jurídicos, mientras el arrendamiento de servicios para el resto de actos (materiales). Así, DIEGO, F.C. DE, *Derecho civil español común y foral*, op. cit., pág. 122; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, vol. 2º, 8ª ed., Barcelona, 1989, págs. 351 y 352, entiende que el objeto del contrato de mandato «en nuestro Derecho positivo es sólo la realización de actos jurídicos» aunque de la dicción literal del art. 1.709 C.C. se deduzca otra cosa, excluyendo la realización de actos materiales no jurídicos; FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, pág. 95.

le atribuye, normalmente, facultades decisorias en orden al cumplimiento exacto de la obligación<sup>192</sup>.

De esta manera, resultan evidentes las afinidades existentes entre ambos contratos, lo que ha llevado a la doctrina a plantear aquellas notas que permitan diferenciarlos, cuestionando, de otra parte, los distintos aspectos que, en principio, se han tenido por característicos de uno y otro.

Por otra parte y además, el estudio de estos elementos diferenciadores ha de aproximarnos a la naturaleza de la relación jurídica del abogado, permitiéndonos concluir sobre la posibilidad de encajar la prestación de determinadas actividades típicas de aquél en el contrato de mandato o, por el contrario, demostrar la inidoneidad de éste para configurar dichos servicios.

a) *La gratuidad del mandato*

En primer lugar, se ha hecho radicar la distinción en la nota de la gratuidad que caracterizaría al tipo mandato, frente al arrendamiento, en el que, como ya se ha reiterado, el precio cierto constituye una exigencia del mismo a tenor de lo dispuesto en el art. 1.544 C.C.

No obstante, como hemos visto, el Código Civil de 1889 se aparta de la concepción romana del mandato en cuanto que si bien lo configura como un contrato naturalmente gratuito, permite el

---

<sup>192</sup> Considera MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., «Sustituto, subapoderado y auxiliar: una interpretación de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil», *R.J.N.*, octubre-diciembre 1993, pág. 67, que las cuestiones que plantea la sustitución en el mandato tienen su origen en los principios fundamentales en que se apoya nuestro Código civil: el de la confianza o fiducia intransferible y el carácter *intuitu personae* de la relación de mandato.

Entiende DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 99, que el *intuitus personae* o carácter marcadamente personal que cabe atribuir a la relación representativa deriva de que ésta encuentra su fundamento y base en el vínculo de confianza y fidelidad que se establece entre el representante y el representado.

juego de la autonomía privada desvirtuando, mediante el pacto en contrario, tal nota típica<sup>193</sup>.

Además, se excepciona, en nuestro Derecho, de esta presunción de gratuidad el supuesto de que el mandatario se dedique profesionalmente a los servicios a los que se refiere el mandato, en cuyo caso se presume retribuido (art. 1.711 C.C.)<sup>194</sup>. Por dichas razones, desde la aceptación del mandato retribuido, la nota de gratuidad como característica propia del mandato frente al contrato

---

<sup>193</sup> La gratuidad del mandato que se mantiene como nota esencial durante el Derecho intermedio pasa a ser sólo elemento o carácter natural a partir de la Revolución Francesa, al admitirse su retribución en virtud de pacto entre las partes. Así aparece en el art. 1.986 del Código Civil de Napoleón: «El mandato es gratuito si no existe pacto en contrario».

Por el contrario, la concepción romana fue seguida por el Código civil alemán que en su § 662 concibe al mandato como «el contrato por el cual una de las partes se obliga hacia la otra a la gestión gratuita de negocios que se le encargan». Debido a esta configuración del mandato, como ponen de manifiesto ENNECERUS, L. y LEHMANN, H., *Tratado de Derecho de obligaciones*, Tomo II, Vol. 2º, 1ª parte, traducción española con anotaciones de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, Barcelona, 1966, pág. 588, por la gratuidad se distingue este contrato del contrato de servicios y obra. No obstante, para LENEL, O., «El mandato retribuido», *R.D.P.*, 1928, págs. 369, en la medida en que el § 675 del Código civil alemán dispone que para los «contratos de servicios o contratos de obra que tengan por objeto la gestión de negocios» son aplicables por analogía todas las reglas del contrato de mandato, se está admitiendo la existencia de un mandato retribuido cuya delimitación con el arrendamiento de obras o servicios se torna en una tarea especialmente complicada.

En nuestro Derecho de Partidas, tal como resulta de la S.T.S. de 18 de junio de 1889 (J.C. núm. 266) y 17 de junio de 1886 (J.C. núm. 34), se configuraba el mandato como un contrato por naturaleza gratuito a no pactarse una retribución para el mandatario en virtud de lo dispuesto en la Ley 20, Título XII, Partida V.

A este respecto, destaca el pronunciamiento del TS en su Sentencia de 30 de abril de 1993 (R.A. 2954, 1993), donde se admite que no siendo la gratuidad elemento esencial en el mandato sino elemento natural, la retribución puede derivarse de tanto de convenio explícito como «implícito», con lo cual se deja vía abierta a que sin necesidad de pacto expreso en tal sentido, sean los usos profesionales o la práctica social los que determinen la existencia de remuneración del mandato.

<sup>194</sup> No obstante, existen aún pronunciamientos jurisprudenciales vacilantes en los que al calificar la relación objeto del litigio, la mera apreciación de la existencia de un precio y la profesionalidad se tienen por suficientes para calificar el contrato de arrendamiento de servicios. Así entre otras, las S.S.T.S. de 18 de diciembre de 1958 (J.C. núm. 769), 4 de mayo de 1960 (J.C. núm. 317), 3 de abril de 1961 (J.C. núm. 251).



de obra o el arrendamiento de servicios no es útil para distinguirlos<sup>195</sup>.

Así, en cuanto que el mandatario puede ser un profesional dedicado habitualmente a la prestación del servicio propio del mandato, es decir, a la gestión de asuntos de determinada especie, podría entenderse que el abogado al realizar determinados actos jurídicos por encargo de otra persona ha de ser considerado como un mandatario, con la consecuencia inmediata de la aplicación del régimen del mandato (siéndole aplicable, entre otras, la obligación de rendir cuentas de su gestión conforme al art. 1.720 C.C., así como las normas de responsabilidad de arts. 1.725 y 1.726 C.C.)<sup>196</sup>.

Frente a esto, se ha sostenido que en diversos aspectos resulta absolutamente imposible aplicar a los profesionales liberales los principios y los elementos normativos propios del contrato de mandato, como, por ejemplo, las notas de sustituibilidad y de representatividad.

### b) *La observancia por el abogado de las instrucciones del cliente*

---

<sup>195</sup> En este sentido GARCÍA VALDECASAS, G., «La esencia del contrato de mandato», op. cit., págs. 669.

<sup>196</sup> Cabe destacar que en el Proyecto de 1851 el mandato se configuraba como contrato gratuito (art. 1.602) siguiendo la tradición romana expresada en D. 17, 1, 1, llamando la atención GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios*, Tomo IV, op. cit., págs. 34 y 35, en la diferencia existente entre las palabras *merces* y *honorario*, «con la que vino a oscurecerse esta materia», al permitir D. 17, 1, 16 que en el contrato de mandato mediara honorario («*Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*»). Tal preocupación la demuestra García Goyena al decir: «Que por decoro o vanidad se llame al precio de ciertos trabajos honorario, y al de otros precio o jornal, no altera la verdad y sustancia de las cosas. En buena hora que no se llame arriendo al de un abogado con su cliente, al de un doctor con su discípulo; ¿pero dejará de ser un contrato innominado, *do ut facias, facio ut des*? Esta es la verdad, aunque algunos califican de mandato al primer caso, y de contrato innominado al segundo».

De tales palabras, parece derivarse que en el proyectado Código de 1851, los servicios desempeñados por los profesionales liberales no podían ser articulados a través del contrato de mandato, a pesar de su ideal subsunción en esta figura, por la presencia del elemento de precio, prefiriendo, por ello, el redactor y comentarista de aquél la calificación de contrato innominado.

En segundo lugar, se ha pretendido ver como nota típica del contrato de mandato el deber de subordinación en el desenvolvimiento de la actividad de gestión a las directrices del mandante. En atención a esta nota configuradora, el mandatario siempre actúa por cuenta del mandante sometido a sus instrucciones, careciendo, por tanto, de la libertad de elegir los medios que estime convenientes en la ejecución del mandato, o de desarrollar la gestión encomendada en toda su extensión y alcance, y que vendría a ser propia, en cambio, de los contratos de servicios celebrados por los profesionales.

No obstante, también esta afirmación se hace merecedora de alguna matización. Resulta indiscutible a la luz del art. 1.719 C.C. que, entre las obligaciones del mandatario, se encuentra la de atender en el cumplimiento del encargo a las instrucciones del mandante, erigiéndose éstas en un límite infranqueable para el mandatario (art. 1.714)<sup>197</sup>. Sin embargo, no se considera traspasado dicho límite y, por tanto, no incurre el mandatario en extralimitación alguna cuando el negocio jurídico —objeto de la obligación de gestión— se concluye en forma más ventajosa que la que se hubiere obtenido de haber seguido las instrucciones del

---

<sup>197</sup> La doctrina ha intentado determinar los límites del mandato interpretando de manera armonizadora los arts. 1.714, 1.715 y 1.719, distinguiendo unos meros límites técnicos del mandato y el alcance frente al mandatario de las concretas instrucciones dictadas por el mandante. En tal sentido, LEÓN ALONSO, J., «Comentario al art. 1.714», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, op. cit., pág. 1536, el cual distingue entre exceso y abuso en la gestión, dándose el primero cuando «aún traspasando los límites del mandato por realizar actos no expresamente comprendidos en el contenido inicial del mismo, actúa inequívocamente en interés exclusivo del mandante», en tanto que en la gestión abusiva la extralimitación se realiza «no ya sólo en el propio interés del mandatario, sino incluso en perjuicio del representado». Para MARTÍN-RETORTILLO, C., «Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante», *R.D.P.*, 1953, págs. 732 y 733, siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN, el art. 1.715 C.C. agrega una explicación normativa que altera el contenido formal del art. 1.714 «desplazando a un momento posterior el discernir si hubo o no extralimitación en el mandato, pues queda ello condicionado a que resulte o no perjuicio para el mandante».

mandante (art. 1.715)<sup>198</sup>. No parece extraño encontrarnos ante tal supuesto cuando el mandatario se dedica profesional y habitualmente a la gestión de ciertos asuntos ajenos, pues aunque venga obligado a ajustarse al contenido del mandato, su propia condición de profesional por la cual ha sido designado le otorga cierta iniciativa en la gestión de aquéllos.

Desde el punto de vista contrario, se sostiene que la nota de la independencia o autonomía es típica del mandato, en cuanto que atribuye una facultad decisoria sobre intereses ajenos, constituyendo tal concesión de poder la esencia del mandato, a diferencia de la locación de obras y servicios donde la determinación volitiva es meramente accesoria<sup>199</sup>.

A tal construcción se puede objetar que tanto el mandato como el arrendamiento de servicios cuando son desempeñados por profesionales, sobre todo cuando el objeto de la gestión exige determinados conocimientos especializados, coinciden en la independencia o discrecionalidad que posee el deudor en el cumplimiento de su encargo, siendo, además, la determinación de su voluntad traducida en un comportamiento en un determinado

---

<sup>198</sup> Para DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, op. cit., pág. 102, dentro del complejo de deberes del representante hacia el representado se comprende el deber de llevar a cabo la gestión encomendada con arreglo a las directrices emanadas de las instrucciones del principal, y así resulta tanto del art. 1.719 C.C. como del art. 254 C.Co., siendo aplicable lo dispuesto en el art. 255 C.Co., en caso de que la observancia rigurosa de las instrucciones recibidas resulte arriesgada o perjudicial.

<sup>199</sup> Así, CÁMARA ÁLVAREZ, M., DE LA, «Sustitución de poder», *AAMN*, 1939, I, pág. 574, que distingue en todo acto encaminado a desenvolver los propios intereses «una determinación volitiva básica y una serie de determinaciones accesorias»; mientras la primera es «la decisión inicial», «las segundas son mero desarrollo y complemento de la anterior»; la primera tiene por sí misma un significado y es propia del mandato; las segundas no presentan valor ni sentido si no es como complemento de una determinada decisión principal y constituyen una locación de obras o servicios.

sentido o dirección presupuesto necesario para la satisfacción del interés del acreedor (mandante o arrendatario)<sup>200</sup>.

Sin embargo, aun dentro de estos límites de autonomía e iniciativa que cabe reconocer al mandatario, hay que tener en cuenta que el criterio de actuar un sujeto por cuenta de otro, no ya sólo por encargo, configurará la mayoría de las veces la relación contractual de mandato individualizándola frente a la derivada del contrato de servicios. Será necesario centrarse en la nota de la ajenidad, en el obrar por cuenta ajena que, siendo esencial en el mandato, deviene en criterio fundamental para diferenciarlo del arrendamiento de servicios; poniéndose de relieve el matiz representativo de la actuación del mandatario en cuanto que su actividad incide en la esfera jurídica del mandante<sup>201</sup>.

### *c) La relación representativa y la gestión*

---

<sup>200</sup> Es claro que la índole de los asuntos cuya gestión se encarga al abogado, para la cual es menester la posesión de ciertos conocimientos teóricos y prácticos especializados así como aparecer inscrito en el Colegio profesional correspondiente, comporta que si bien es posible que el abogado actúe como mandatario de su cliente para determinados asuntos, lo contrario resulte absolutamente imposible, en tanto el mandatario no posea dicha condición.

Estima PALÁ BERDEJO, F., «Naturaleza jurídica de la comisión», R.D.P., noviembre 1951, pág. 907, que «pueden calificarse como propias del mandato todas aquellas actividades encaminadas directamente a la mejor adopción de una decisión, todos aquellos actos indispensables para conseguir suficientes elementos de juicio»; mientras que cuando esas mismas funciones no van unidas a un poder o autoridad, configuran un arrendamiento de servicios». Además, sigue diciendo el autor, «las decisiones volitivas que se adoptan por el trabajador en el arrendamiento de obras o en el de servicios se caracterizan porque no influyen en el resultado final, porque sólo transitoria y funcionalmente afectan a los intereses ajenos», esto es, la facultad de opción se reduce a los medios. En cambio, en el mandato, «el poder de disposición se refiere al resultado, afecta al fin».

<sup>201</sup> El criterio de la ajenidad o alienidad de la actuación del mandatario como distintivo de otros contratos es recogido por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 7 de noviembre de 1947 (R.A. 1218, 1947), 13 de mayo de 1961 (R.A. 2318), 21 de abril de 1971 (R.A. 1784), 14 de marzo de 1986 (R.A. 1252, 1986), 21 de diciembre de 1992 (R.A.10707, 1992) y 17 de mayo de 1993 (R.A. 3556, 1993). Así, en esta última sentencia al individualizar la principal diferencia existente entre el arrendamiento de obra y de servicios se hace ubicar en «la independencia con que el primero realiza su trabajo, teniendo derecho a la correspondiente remuneración; mientras que el segundo actúa, no sólo por encargo sino por cuenta de quien le confiere el mandato».

En tercer lugar, retornando a lo ya apuntado, cabe destacar la noción de la representación que, frente a su configuración en una época anterior como elemento diferenciador de los contratos analizados<sup>202</sup>, por el contrario, actualmente podría ser considerada como aquel punto común en el que convergen el mandato y el arrendamiento de servicios cuando son ejecutados por un abogado y a la que parecen evocar los llamados contratos de gestión<sup>203</sup>.

En efecto, no pretendiendo estudiar aquí las diferencias entre mandato y representación, ni las vicisitudes por las que atraviesa la construcción del concepto de «representación»<sup>204</sup>, es necesario

---

<sup>202</sup> Exponente de esta postura, entre otras, la S.T.S. de 21 de abril de 1950 (J.C. núm. 194) en la que el Tribunal Supremo, aun distinguiendo entre representación y mandato, fundamenta la distinción entre el mandato y el arrendamiento de servicios en el «matiz representativo, que a veces se incorpora al mero mandato y que no se da en la esfera civil del arrendamiento de servicios». Se trataba en este supuesto de dilucidar la calificación que merecía el contrato por el que una persona encargaba a otra la parcelación y venta de fincas de su propiedad con derecho a una comisión en el precio de la venta y con la facultad de otorgar a su nombre las escrituras de venta, siendo este último elemento el considerado decisivo para inclinarse el Tribunal por la calificación de dicho contrato como «típico de mandato retribuido».

<sup>203</sup> Para una visión de la evolución del contrato de mandato, vid. PACHECO CABALLERO, F.L., «La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas», R.D.P., 1990, págs. 655 a 670. Explica este autor cómo el *mandatum* —denominación que desde el Derecho romano se otorga a la relación existente entre el que encarga y el que recibe y cumple el encargo, e incluso al encargo mismo— va sufriendo diversas transformaciones a partir del Bajo Imperio romano coincidiendo con el fenómeno de la decadencia del *procurator*, que se produce como consecuencia de su pérdida de autonomía frente al mandato, hasta el punto de convertirse en éste en el único fundamento jurídico de la actuación del *procurator*. Para un estudio de la evolución histórica de la figura de la representación, vid. Díez-Picazo y Ponce de León, L., *La representación en el Derecho privado*, op. cit., págs. 23 a 44. Realiza este autor una exposición de la reelaboración de la figura de la representación por los pandectistas alemanes del siglo XIX —desde Savigny a Laband, pasando por Ihering y Windscheid— destacando los puntos claves de la construcción de la representación como es la distinción entre mandato y poder y que se encuentra en la base de la doctrina de aquéllos.

<sup>204</sup> Nuestro Tribunal Supremo recibió la teoría doctrinal basada en la distinción entre el contrato de mandato y la representación, como demuestran las S.T.S. de 16 de febrero de 1935 (R.A. 462, 1935), 22 de mayo de 1942 (R.A. 634, 1942), 6 de marzo de 1943 (R.A. 306, 1943), 1 de diciembre de 1944 (R.A. 1272, J.C. núm. 66), 21 de marzo de 1946 (R.A. 272, 1944), 10 de julio de 1946 (R.A. 938, 1946), 12 de junio de 1947 (R.A. 771, 1947), 3 de junio de 1950 (R.A. 1017, 1950), 13 de noviembre de 1958 (J.C. núm. 671), 2 de noviembre de 1961 (R.A. 3631, 1961), 20 de marzo de 1964 (R.A. 1450, 1964), 28 de febrero de 1975 (R.A. 825, 1975). Elabora BONET RAMÓN, F., «La

recordar que —siendo pacíficamente admitido— el mandato hace referencia a la relación jurídica subyacente de la representación, pero que el poder de representación puede tener su fuente en otras relaciones jurídicas distintas del mandato, entre ellas el arrendamiento de servicios (junto a otras de muy diversa naturaleza como la sociedad, la relación laboral, la situación de ausencia, etc.)<sup>205</sup>.

Con tal aseveración se pone de manifiesto que la concesión de un poder de representación suele implicar la idea de gestión, a la que responde tanto el contrato de mandato como el arrendamiento de servicios propios de profesionales liberales<sup>206</sup>.

---

naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *R.D.P.*, 1935, págs. 392 y sigs., una exposición de los cambios operados en la doctrina jurisprudencial sobre la separación entre mandato y representación. Así, frente a unas primeras SS.T.S. de 25 de abril de 1902 (J.C. núm. 118), 1 de julio de 1924 (J.C. núm. 69) y 1 de junio de 1927 (J.C. núm. 83) en las que se fijaba la naturaleza jurídica del mandato con base en la representación, se observa un cambio de orientación a partir de la S.T.S. de 2 de febrero de 1925 (J.C. núm. 62) distinguiendo el contrato de mandato del poder de representación, tendencia que se consolida con las SS.T.S. de 8 de octubre de 1927 (J.C. núm. 39) y 17 de octubre de 1932 (J.C. núm. 93).

<sup>205</sup> En este sentido, MONTÉS PENADÉS, V.L., «La representación», en *Derecho Civil. Parte General*, A.A.V.V., coords. A. LÓPEZ y V.L. MONTÉS, Valencia, 1992, págs. 391 y sigs., para quien la revisión por la doctrina moderna de las notas diferenciadoras del mandato y la representación que los autores alemanes habían perfilado (fundamentalmente, LABAND, IHERING, WINDSCHEID) ofrecen una visión un tanto distinta de la tradicional. Así, la nota esencial de la representación habría que ubicarla no tanto en la actuación del representante en nombre del representado, cuanto en la «alienidad del asunto o interés actuado o gestionado». Ya DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, op. cit., págs. 97 y 98, había puesto de relieve que la característica principal de la representación desde el punto de vista objetivo consiste en el «carácter ajeno o alienidad del asunto gestionado», distinguiendo los asuntos que por su propia naturaleza o por la posición del sujeto respecto de los bienes o intereses gestionados aparecen y son considerados como ajenos de aquellos otros que por sí mismos son neutros o indiferenciados y que precisan de alguna exteriorización de la alienidad.

<sup>206</sup> En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El mandato», 2ª ed., op. cit., págs. 320 y 321, y «El mandato», 3ª ed., op. cit., págs. 227 y 228, para quien, admitida la doctrina revisadora de la teoría de la representación (PUGLIATTI, FERRARI, MÜLLER-FREIENFELLS), que estima que difícilmente se puede desvincular aquélla del contrato causal básico, «la realidad es que la representación se integra

Por ello, la idea de representación no es ajena, en muchos casos, al desarrollo de la actividad propia del Letrado, con quien el cliente contrata la prestación de sus servicios<sup>207</sup>. De este modo, cada vez es

---

en el negocio gestorio que le sirve de base: mandato las más de las veces (pero también arrendamiento de servicios, sociedad, entre otros)». De manera rotunda entiende LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La gestión típica derivada del mandato», *R.D.P.*, julio-agosto 1996, pág. 555, que la doctrina según la cual mandato y representación son instituciones distintas «no responde a la visión legal de la gestión típica del paradigma mandato» ya que —a juicio de este autor— «tal gestión es siempre una gestión representativa», justificando su afirmación de la deducción de la correcta lectura de los preceptos legales en sede de mandato, lo que le lleva a sostener que el «mandato es arquetípicamente representativo». En contra, NUÑEZ LAGOS, R., «Mandatario sin poder», *R.D.P.*, septiembre 1946, págs. 609 y sigs., para quien el Código civil recoge la doctrina francesa de la distinción del mandato en dos figuras autónomas, la interna de gestión —mandato— y la externa de representación directa —poder—. De este modo, para el autor, la figura del mandato sin representación está plenamente consagrada en el art. 1709 C.C.

En su estudio ALBALADEJO GARCÍA, M., «La representación», *A.D.C.*, 1958, pág. 773, estima que la distinción entre representación y mandato se halla establecida de manera clara y aceptada por nuestra jurisprudencia y doctrina. El mandato como relación material tiene su origen en un negocio bilateral *inter partes*, mientras que la representación surge de un negocio unilateral, de tal modo que puede darse representación sin mandato (así, en el contrato de sociedad o el arrendamiento de servicios).

Como expone la S.T.S. de 11 de mayo de 1993 (R.A. 3539), cuya decisión fundamental gira en torno a la irrevocabilidad del mandato, los poderes de representación tienen carácter instrumental en cuanto que, en dicho caso, traían su causa en un contrato de arrendamiento de servicios subyacente para cuya ejecución y cumplimiento era necesario la habilitación de tales poderes.

<sup>207</sup> No obstante, ya desde el Derecho Romano se distinguían las figuras del abogado y del procurador (*procurator ad litem*), distinción que persiste en nuestro Derecho sobre la base de una especialización en razón de las actividades realizadas en el proceso.

Así, el Procurador tiene como función primordial la de representar los derechos e intereses de su poderdante ante los Tribunales de Justicia, de tal modo que les corresponde a ellos exclusivamente la representación de las partes en todo tipo de procesos, con las excepciones que establecidas por la ley (cfr. art. 438 L.O.P.J.; arts. 2º a 9º L.E.C.; art. 2º del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España aprobado por Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio). La misma distinción se mantiene en Francia entre el *avocat* y el *avoué*, considerando a estos últimos unos mandatarios profesionales en cuanto que se le confiere un mandato *ad litem* para cumplir con sus deberes profesionales. Vid. SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, Tomo II, París, 1951, págs. 443 y sigs.

Se plantea BONET RAMÓN, F., «Comentario a los arts. 1.709 a 1.715», *Comentarios al Código Civil*, Q. Mucius Scaevola, Tomo XXVI, 2ª ed., Madrid, 1976, págs. 684 y sigs., la calificación que merece el encargo hecho al Procurador de los

más normal en el tráfico jurídico que el cliente otorgue poderes de representación a su abogado para la realización de toda clase de actos y contratos a él concernientes en orden a una mayor efectividad de sus servicios.

En este ámbito de actuación, al constituir el contrato de mandato la disciplina típica de la relación representativa, aunque ésta encuentre fundamento en un contrato de gestión distinto del mandato, es decir, aun trayendo causa en un negocio jurídico distinto —en particular, en el arrendamiento de servicios profesionales— podría plantearse la aplicación de las normas propias del mandato a dicha relación<sup>208</sup>.

---

Tribunales al que se confía la prosecución de una demanda o la defensa contra quien la ha intentado, esto es, la representación judicial de un asunto, concluyendo que aunque pudiera verse que tal relación tiene la naturaleza de arrendamiento, cabe reputar que se trata de un contrato de mandato «cuyo objeto se gestiona *antes* los Tribunales», configurando un negocio que denomina «mandato *ad litem*». En esta línea, TABOADA ROCA, M., «Los poderes generales para pleitos: facultades que otorgan y actividades procesales que no autorizan», *RDN*, julio-diciembre 1970, pág. 25, para quien el poder representativo otorgado a un Procurador «acompaña a la cualidad de mandatario, es decir, a la cualidad de persona autorizada y obligada en determinados modos en interés de otra».

<sup>208</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, op. cit., pág. 26, en el análisis de los caracteres de la relación jurídica de la gestión representativa en el Derecho romano, considera el contrato de mandato como la forma típica de la relación de gestión, lo que justifica, a su juicio, que la doctrina del mandato haya sido durante siglos la sede de todos los problemas de la gestión representativa. Posteriormente, en el estudio por él realizado (op. cit., págs. 38 a 43) de la revisión moderna de la doctrina clásica y, en particular, del presupuesto de ésta consistente en la distinción entre mandato y poder, analiza la pretendida abstracción e independencia del poder respecto de la relación jurídica subyacente, concluyendo que en nuestro ordenamiento jurídico «aunque el poder de representación tenga su causa en un relación jurídica especial (v. gr. servicios, sociedad, etc.), la concesión del poder hace aplicables a esta relación las normas del mandato» (cit., pág. 43).

Esto explicaría que el art. 4º del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales establezca que las relaciones del Procurador con el cliente se regirán por «las normas del contrato de mandato y las corporativas establecidas en su Estatuto».

Así, para TABOADA ROCA, M., «Los poderes generales para pleitos: facultades que otorgan y actividades procesales que no autorizan», op. cit., págs. 18 y 19, aun compartiendo la teoría que admite que mandato y representación son dos instituciones distintas, y que puede haber mandato sin representación y que existen múltiples representaciones que no nacen de un mandato antecedente, opina que «no



Como hemos señalado, desde otro punto de vista se ha centrado la distinción entre estos contratos en la ajenidad de los asuntos gestionados que, como elemento típico del mandato, estaría ausente en la prestación de servicios<sup>209</sup>. De esto se deriva el establecimiento de una relación triangular en el caso del mandato (al gestionar el mandatario asuntos del mandante frente a terceros), mientras en la prestación de servicios esta relación entablada queda reducida a dos partes<sup>210</sup>.

No obstante, si bien es indudable que el encargo de obrar con eficacia jurídica frente a terceros es propio del contrato de mandato, en la relación entablada con un abogado para la prestación de sus servicios dicha vertiente externa resulta, frecuentemente, ineludible y, ante todo, necesaria para el cumplimiento exacto de la prestación. Es decir, se trata, en la mayoría de los casos, de que en la ejecución del contrato la actuación del prestador del servicio —en este caso, el abogado— tenga una trascendencia jurídica, más allá de los meros efectos *inter partes*, frente a terceros. Debido a la singularidad de la prestación profesional del abogado, por la amplitud de su contenido, la configuración del mandato como aquel tipo contractual caracterizado por que la ejecución de la gestión que constituye su

---

cabe una autonomía del poder respecto al negocio que le trae causa», de modo que siempre habrá que encontrarle «la causa originadora o en un contrato —mandato, arrendamiento de servicios— o en una disposición legal...».

<sup>209</sup> Con tal criterio PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil II-2º, Contratos en particular*, 2ª ed. revisada y ampliada, Barcelona, 1982, pág. 396, considera cerrada la discusión acerca de la diferencia entre el mandato, la prestación de servicios y la ejecución de obra. Según este autor, mientras el mandatario gestiona los intereses de su principal frente a terceros, «en los de contratos de prestación de servicios y de ejecución de obras es el principal quien gestiona sus propios asuntos, aunque lo haga ayudado por los servicios o por el resultado de la actividad de otras personas».

<sup>210</sup> En este sentido, hay que admitir con LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La gestión típica derivada del mandato», op. cit., pág. 554, que la gestión cooperativa típica del mandato es «la conexión de esferas jurídicas ajenas», de tal modo que la sustitución, en la que se ha querido ver por algún autor lo típico del mandato, carece de sentido «como no sea para conectar la esfera jurídica del mandante con terceros, no para conectar la esfera jurídica del mandante y mandatario».

objeto repercute necesariamente a terceros resulta predicable también de los supuestos en que la prestación del servicio profesional lleva implícito la producción de efectos frente a un tercero ajeno a la relación jurídica entablada.

d) *La sustitución y la actividad de gestión*

Si se parte de la afirmación de que el mandato constituye un mecanismo de cooperación, precisamente por vía de la sustitución, se podría hacer radicar en la sustituibilidad la nota diferencial con el arrendamiento de servicios, en el que por regla general dicho efecto no se produce<sup>211</sup>. La doctrina jurisprudencial parece haberse inclinado por este criterio para la diferenciación de estas figuras contractuales.

En este sentido, resulta significativo el pronunciamiento de la S.T.S. de 14 de marzo de 1986 (R.A. 1252) que considera que *«es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo puedan ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea los que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y*

---

<sup>211</sup> Para GARCÍA VALDECASAS, G., «La esencia del mandato», op. cit., págs. 770 y sigs., es la sustitución la causa específica del contrato de mandato, «la idea rectora que inspira la regulación legal de la relación de mandato» y, por ende, la nota característica que lo distingue del arrendamiento de servicios.

Tal idea es aceptada por RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El mandato», op. cit., 2ª ed., pág. 322, y en 3ª ed., pág. 230, quien entiende que «la prestación del mandatario se caracteriza porque mediante ella el mandante viene sustituido por otro (mandatario) en la actividad directiva de sus intereses, preponderando el aspecto de gestión así realizada sobre la materialidad del hecho del prestador de servicios (a la inversa en el arrendamiento)».

Estudia DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho privado*, op. cit., págs. 59 a 64, de una parte, la idea de sustitución y su relación con el fenómeno representativo, deteniéndose en la doctrina italiana que ha encajado la representación dentro de la idea genérica de sustitución —en tal sentido, Torrente—; de otra, la idea de cooperación y su conexión con la idea de gestión. En relación con este último problema entiendo que se ha de concluir, con este autor, que no toda cooperación es representativa, esto es, «no toda colaboración que se presta a otro se sitúa dentro de la idea de representación».

*que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona, cuando así no es o lo que es lo mismo, cuando se encomienda a otro, que precisamente necesita acudir a él para que lleve a cabo la actividad que aquél no podría utilizar... Es conducente la situación de arrendamientos de servicios desde el momento que en su perfección es influida una consideración intuitu personae, es decir, las cualidades técnicas o profesionales...»<sup>212</sup>.*

De ello se infiere, a sensu contrario, que cuando un sujeto encomiende a otro la gestión de asuntos que normalmente no puede realizar por sí mismo en tanto no constituyen la actividad propia de quien los encomienda, nos hallaremos ante un supuesto de arrendamiento de servicios<sup>213</sup>. Por tanto, perteneciendo el objeto del

---

<sup>212</sup> La S.T.S. de 14 de marzo de 1986 (R.A. 1252) traza la diferencia existente entre el mandato y el arrendamiento de servicios con ocasión de calificar la relación existente entre un Director General de una Sociedad y ésta. También basa en el criterio de la sustituibilidad la distinción entre el mandato y el arrendamiento de servicios la S.T.S. de 25 de marzo de 1988 (R.A. 2429, 1988), al calificar la relación jurídica establecida de arrendamiento de servicios declarando: «El conjunto de prestaciones que había que realizar el actor implica una actividad de relación con terceros pero que está fuera de la actividad normal del que encarga la gestión lo cual sitúa la relación dentro del arrendamiento de servicios que había de prestar la actora, propios de su actividad profesional».

En la S.T.S. de 27 de noviembre de 1992 (*Actualidad Civil* nº 12/ 22-28 marzo 1993, págs. 717 y sigs.) se enfrenta el Tribunal a la calificación que merece el negocio jurídico celebrado entre un paciente y una Clínica mediante el cual se contrataba la gestión por parte de la Clínica (Sociedad) de todas las actividades necesarias para la intervención del primero en un Centro de Houston, haciendo entrega de cierta cantidad a tal efecto. La Sociedad demandada defiende la tesis de que se trata de un arrendamiento de servicios y lo recibido el precio del arrendamiento; mientras la parte actora, así como la Sentencia de la Audiencia, mantienen que el negocio jurídico celebrado era un mandato, la cantidad recibida lo fue en concepto de provisión de fondos, debiendo la Sociedad rendir cuentas así como devolver las cantidades no justificadas. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia que sigue el criterio de la sustituibilidad, examinando la relación jurídica a la que califica de compleja en cuanto que se han combinado dos tipos de contratos: el arrendamiento de servicios respecto a una serie de chequeos realizados por un médico de la Sociedad, y el mandato en el resto «de mayor importancia y trascendencia, por lo que si se aplica la doctrina de la absorción y la preponderancia del mandato, es indudable el acierto del fallo recurrido al ordenar la rendición de cuentas, llegándose a igual resultado con la teoría de la combinación que obliga a tener en cuenta tanto el fin pretendido al contratar, como la buena fe...».

<sup>213</sup> De este modo, GARCÍA VALDECASAS, G., «La esencia del mandato», op. cit., pág. 774, tras hacer radicar en la sustitución, como fin esencial del mandato, la

contrato, la gestión encomendada a la esfera propia de la actuación del sujeto que llevará a cabo dicho encargo, la relación existente habrá de calificarse de arrendamiento de servicios; y gozando tal gestor de la condición de abogado consistirá, precisamente, dicho servicio en la gestión de un acto jurídicamente relevante<sup>214</sup>.

Conforme a lo anterior, la actuación del abogado a quien un lego en Derecho encarga la gestión de asuntos de índole jurídica quedaría subsumida en el arrendamiento de servicios profesionales, siendo, en cambio, calificable de mandato cuando el comitente, aun teniendo la condición de abogado e, incluso gozando de cierta experiencia en la materia, prefiere encargar la dirección o asesoramiento de dicho asunto a otro compañero abogado<sup>215</sup>.

Esta reflexión pone, de otro lado, de relieve una nota diversa que caracteriza a la relación del abogado con su cliente, cual es la consideración en la perfección del contrato de las cualidades técnicas y profesionales que se aprecian en aquél con quien se contrata, lo que lleva a sostener que el contrato a través del cual el abogado se obliga a prestar sus servicios puede tener un fuerte carácter *«intuitu*

---

diferencia con el arrendamiento, en el que la idea de sustitución permanece totalmente extraña, de ello deduce otra diferencia referente al objeto, ya que «objeto del mandato sólo pueden serlo aquellos actos en que el mandante puede ser sustituido por otra persona; en cambio, objeto de arrendamiento pueden ser, y es lo más frecuente, actos enteramente ajenos a la esfera de actividad propia del arrendatario».

<sup>214</sup> En contra de la utilización general de este criterio para distinguir ambos contratos, LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», op. cit., págs. 36 y 37, poniendo de manifiesto que tal criterio encubre la concepción de que para prestar algún servicio se ha de tener unas mínimas cualidades técnicas o profesionales, que no son, en cambio, imprescindibles para el mandato. Tal idea resulta reforzada por la constatación en la realidad de cantidad de prestaciones de servicios consistentes en actos materiales que quien los encarga podría realizarlos por sí mismo, y que conforme a este criterio habrían de ser calificados de mandato «lo que es evidentemente absurdo».

<sup>215</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 6ª ed., 1989, reimpresión 1990, pág. 475, consideran que el criterio de la sustituibilidad es discutible para diferenciar ambos contratos, en cuanto que esta característica «depende de la persona, y así tendríamos que si un médico contrata para sí los servicios de otro médico no habría un arrendamiento de servicios...».

*personae*», basado primordialmente en la confianza que éstos depositan en aquéllos.

En suma, aun quedando subsumidos ambos contratos en un género común, el de los contratos de servicios (sin olvidar el carácter impreciso de esta expresión<sup>216</sup>), el mandato como contrato típico de gestión parece gozar de mayor especificidad respecto del arrendamiento de servicios<sup>217</sup>.

Por ello, aunque el abogado contraiga en virtud de un contrato la obligación de desarrollar una actividad consistente en la realización de actos jurídicos en interés de la otra parte, coincidente, por tanto, con el objeto propio del mandato, la complejidad y diversidad de los servicios por él prestados, que pueden comprender otras actividades, entre ellas, asesoramiento y consejo jurídico, provocan que dicha obligación quede usualmente enmarcada en el arrendamiento de servicios.

Esta controversia suscitada en torno a la naturaleza del contrato cuyo objeto es la prestación de actividades peculiares de los profesionales liberales, y en concreto, del abogado, queda también reflejada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sus sucesivos pronunciamientos varía la calificación de la relación del letrado desde el mandato al arrendamiento de servicios, calificación que parece que acaba consolidando<sup>218</sup>.

---

<sup>216</sup> Como advierte CAPILLA RONCERO, F., *Derecho de obligaciones y ..*, op. cit., pág. 705, esta categoría de «contratos de servicios es atécnica, subsumiéndose bajo ella los tipos contractuales básicos, que en el lenguaje vulgar, se conocen como los servicios».

<sup>217</sup> Entiende ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., *Los contratos de servicios...*, op. cit., págs. 164 y 165, en su estudio acerca de la naturaleza jurídica de las relaciones contractuales de los médicos, arquitectos y abogados, que cabe rechazar los argumentos utilizados por la doctrina para negar el encuadre de estas relaciones en el marco jurídico del mandato, sosteniendo, por el contrario, que encuentran su encaje perfecto en tal figura «y ello tanto sean de obra como de servicios propiamente dichos». Tal sería para la autora la concepción mantenida por el codificador español de derivación jurídica romana.

<sup>218</sup> Son significativas respecto a la apreciación de esta variación jurisprudencial las SS.T.S. de 14 de junio de 1907 (J.C. núm. 103), en la que se califica

En esta dirección, de manera clara e indubitada se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de febrero de 1935 donde al plantearse la controversia sobre el carácter del contrato de servicios celebrado por los Abogados y demás personas que desempeñan profesiones liberales tiene declarado que *«aunque de una manera eventual y accesoria pueden ser encomendadas a los Abogados gestiones propias del contrato de mandato o poderes de representación, en su esencia los servicios de los letrados, como los de las demás personas que ejerzan profesiones liberales, no constituyen más que una modalidad, siquiera lo sea muy elevada y destacada, del que la tradición jurídica y nuestro Código Civil vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios»*<sup>219</sup>.

---

de mandato al vínculo que une al letrado que prestó sus servicios a los albaceas de una testamentaria; la de 27 de diciembre de 1915 (J.C. núm. 159), que entendió que los servicios solicitados a un abogado por un litigante han de ser retribuidos «tanto si los prestó con el carácter de mandatario (art. 1.711 C.C.) como con el de prestatario de aquellos servicios, en razón de un arrendamiento de servicios de los mismos, conforme al art. 1.544 del mismo cuerpo legal»; hasta la de 25 de febrero de 1920 (J.C. núm. 72), donde se aparta del criterio sentado por el TS en la primera Sentencia, al declarar que «el convenio entre un cliente y su Letrado en virtud del cual el primero requiere los servicios profesionales del segundo y éste se compromete a prestárselos, mediante el pago de los correspondientes honorarios, reviste por su propia naturaleza el carácter de un contrato de arrendamiento de servicios»; doctrina que es seguida ya por la de 22 de enero de 1930 (J.C. núm. 77) donde distinguiendo las actividades no jurisdiccionales (investigaciones históricas y jurídicas) y las jurisdiccionales del abogado se entiende que todas ellas deben encuadrarse bajo el marco del arrendamiento de servicios profesionales.

<sup>219</sup> En la Sentencia de 16 de febrero de 1935 (*Jurisprudencia Civil 1935, I, núm. 106*) aborda el Tribunal Supremo dos cuestiones fundamentales: una, la naturaleza jurídica del mandato, que la deslinda de manera tajante de la representación (concepto jurídico meramente formal), afirmando de este modo que «ni es esencial que coincidan, ni son idénticos los principios y normas a que respectivamente han de sujetarse el poder y la relación jurídica obligatoria que dé base a su otorgamiento»; la otra, la naturaleza jurídica de la relación de servicios profesionales.

En esta Sentencia el Tribunal debía decidir acerca de la validez o nulidad de un convenio realizado entre los antiguos clientes del Banco de Castilla, que se había declarado en suspensión de pagos, y el Letrado Director del mismo Banco, ostentando la representación legal del Banco en el expediente de suspensión de pagos, debiendo para ello discernir si las actuaciones de mediación y gestión llevadas a cabo por el Letrado quedaban enmarcadas en el ámbito de un contrato de mandato o, por el contrario, debía entenderse que aquél actuó en nombre propio, por sí y para sí, y no

Esto no obstaría —a mi juicio— para aplicar al contrato de servicios del abogado, cuando tenga por objeto gestionar ciertos asuntos propios de su esfera, preceptos del mandato, cumpliendo, de este modo, una función de integración de la normativa aplicable a la relación de servicios del abogado<sup>220</sup>.

En definitiva, habrá que tener en cuenta que los criterios de sustituibilidad, representación, gratuidad, dependencia o subordinación al *dominus* no tienen por sí mismos virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos

---

como mandatario del Banco, pudiendo, por tanto, retener ciertos valores que había recibido en concepto de remuneración por sus servicios sin tener que rendir cuenta justificada de su gestión, ni devolver tales valores como pretendía el Banco.

El Tribunal Supremo confirma la Sentencia de la Audiencia, desvinculando las nociones de representación y arrendamiento de servicios en tanto que la «condición de Letrado de la suspensión de un Banco no presupone la idea de representación en sentido técnico ni puede ser ligada a ella».

Respecto al carácter de la prestación del Letrado, aparece configurado como arrendamiento de servicios como regla general, aunque no desecha el Tribunal la posibilidad de que eventualmente puedan ejercer los Abogados gestiones propias de un contrato de mandato.

BONET RAMÓN, F., «La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter del contrato de servicios celebrado por los Abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», op. cit., págs. 392 y sigs., al comentar la Sentencia aquí reseñada, además de analizar los conceptos de mandato y representación, ofrece una visión general de las distintas concepciones sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios por parte de los profesionales liberales mostrándose de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo que ve en dicho contrato un arrendamiento de servicios, «dejando a salvo aquellos casos en que por su contenido peculiar impliquen los servicios de los letrados y demás personas que ejerzan profesiones liberales un mandato civil o mercantil».

Ésta fue la tendencia seguida por la jurisprudencia, durante gran período de tiempo, al calificar de arrendamiento de servicios la relación contractual de los profesionales liberales, teniendo por objeto, servicios de diversa naturaleza. Vid. supra nota 171.

<sup>220</sup> En este sentido, SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al art. 1.588», op. cit., pág. 1182, si bien haciendo referencia al contrato de obra, entiende que «la regulación del mandato no es, para nada, incompatible con la del contrato en estudio (el de obra), antes bien, a menudo la complementan», de modo que cabe utilizarla como elemento de integración del contrato de obra, pues «en el cumplimiento de su obligación principal, la ejecución de obra, el contratista actúa en interés ajeno».

En este sentido, el § 675 B.G.B. dispone que «al contrato de servicios o de obra que tenga por objeto una gestión de negocios, además de las reglas sobre esos contratos, se le aplican en lo pertinente casi todas las disposiciones sobre el mandato».

y «habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto» (S.T.S. de 27 de noviembre de 1992)<sup>221</sup>.

### *7. Los contratos mercantiles de gestión*

#### *A) El contrato de mediación, de comisión mercantil y de agencia*

Junto a los contratos de arrendamiento de servicios y de mandato, existen otras figuras jurídicas mediante las que se pueden articular la prestación de servicios especializados. En concreto, podría plantearse si ciertos servicios prestados por los abogados tienen cabida en los contratos de mediación o corretaje, de agencia o de comisión mercantil.

La posible inclusión de la relación de servicios del abogado en alguno de estos contratos puede plantearse en cuanto que mediante estas figuras contractuales una persona se obliga a realizar un servicio por encargo de otra, descansando su fundamento, principalmente, en una relación de confianza entablada entre las partes. Los tres contratos mercantiles tienen en común el que se trata de contratos de colaboración, de contratos de gestión de intereses ajenos por parte de sujetos que se dedican profesionalmente a tal actividad. Constituyen figuras que implican interposición gestoria<sup>222</sup>, y en este sentido, hacen referencia, de manera implícita, a una cierta gestión representativa.

---

<sup>221</sup> En efecto, en esta Sentencia (R.A. 9596, 1992) en un intento de distinguir el mandato y el arrendamiento de servicios, el TS enfrentado a la calificación de un contrato, objeto litigioso, y a la interpretación de la voluntad de los contratantes, declara que la expresión «prestar algún servicio» contenida en el art. 1.709 del C.C. es «tan vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, de tal manera que... habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto, con la vista puesta siempre en que la regulación legal del mandato se refiere siempre a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario».

<sup>222</sup> Cfr. MONTÉS PENADÉS, V.L., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», en *Contratos de gestión*, op. cit., pág. 15. En efecto, como pone de relieve este autor, existe en el tráfico jurídico una serie de actividades que responden a esta



Es en la función que desempeñan como instrumento jurídico de esa cooperación donde convergen estos contratos con los que hemos analizado anteriormente, como el arrendamiento de obras, de servicios o el mandato.

La complejidad del tráfico mercantil moderno ha hecho sentir al empresario o a los agentes jurídico-económicos la necesidad de emplear profesionales a los que se suele encargar la gestión de numerosos asuntos que integran la actividad típica de aquéllos. Esto ha impulsado la aparición, junto a la tradicional figura de la comisión, de una serie de nuevos contratos caracterizados por la colaboración del empresario con otros profesionales especialistas, como son el contrato de agencia, mediación...

De este modo, el contrato de comisión mercantil encuentra una regulación detallada en los arts. 244 a 280 del Código de Comercio, donde aparece configurado como un mandato que versa sobre objetos mercantiles y tiene por objeto una operación de comercio, y en el cual es parte, sea como comitente o como comisionista, un comerciante o agente mediador de comercio (cfr. art. 244)<sup>223</sup>.

De este precepto se desprende que, en definitiva, la comisión se configura como un mandato cualificado por la naturaleza mercantil del acto u operación que constituye su objeto y por la intervención

---

idea de gestión o interposición gestoria, muchas de las cuales han cristalizado en modelos contractuales típicos como la comisión o la agencia.

<sup>223</sup> Las SS.T.S. de 14 de noviembre de 1925 (J.C. núm. 122), de 3 de diciembre de 1926 (J.C. núm. 141), de 14 de junio de 1941 (R.A. 748, 1941), de 26 de enero de 1943 (R.A. 22, 1943) y de 25 de enero de 1989 (R.A. 122, 1989), entre otras, se han ocupado de la distinción entre la comisión y el mandato. En ellas, la comisión se configura como un mandato aplicado a las operaciones de comercio, en el que el comisionista queda obligado a cumplirlo, debiendo ajustarse en su ejecución a las instrucciones recibidas, «respondiendo, en todo caso, de los daños que irroque, doctrina consignada en los arts. 244 y siguientes del Código de Comercio y 1.718 y 1.719 del Civil» (S.T.S. de 3 de diciembre de 1926).

De otra parte, entre otras, las SS.T.S. de 23 de julio de 1991 (R.A. 5417, 1991), 17 de julio de 1992 (R.A. 6429, 1992) y 25 de marzo de 1993 (R.A. 2232, 1993) revelan la estrecha conexión entre la comisión, el mandato y la representación.

de un sujeto que reúne la condición de comerciante o empresario, que suele ser el propio comisionista, que se dedica habitual y profesionalmente a tal actividad<sup>224</sup>.

La regulación del contrato de agencia se halla en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, que incorpora la Directiva 86/653/C.E.E., de 18 de diciembre de 1986, sobre agentes comerciales<sup>225</sup>.

A través de este contrato un intermediario independiente profesional (el agente) se obliga, de manera permanente, a promover actos u operaciones de comercio —la venta o compra de mercancías, e incluso de servicios— por cuenta de otra persona, o a promover y

---

<sup>224</sup> Así, opina URÍA, R., *Derecho mercantil*, 17ª ed., Madrid, 1990, pág. 619, que, de acuerdo a la regulación del Código de comercio, existe una identificación sustancial entre comisión y mandato. Partiendo de esta premisa la comisión puede ser definida como «contrato convenido entre dos comerciantes, o entre un comerciante y otra persona, por el que una de las partes (comisionista) se obliga a realizar, por encargo y cuenta de la otra (comitente), una o varias operaciones mercantiles». En idéntico sentido, RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Bilbao, 1992, pág. 616; ANGULO RODRÍGUEZ, L., «El contrato de comisión», en *Derecho mercantil*, dir. y coord. G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992, pág. 742.

Para GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 6ª ed. revisada por A. Bercovitz, Madrid, 1972, pág. 163, son tres los elementos diferenciadores del concepto legal de comisión: «1º el elemento objetivo; 2º el elemento subjetivo; 3º el elemento de la retribución (el mandato civil es, por naturaleza, gratuito: art. 1.707 C.C.; la comisión mercantil es retribuida, salvo pacto en contrario: art. 277 C. de C.)».

Para PALÁ BERDEJO, F., «Naturaleza jurídica de la comisión», op. cit., pág. 905, la comisión representa «el mandato de obra mercantil», mientras que «los dependientes y factores ostentan un mandato de servicios de igual género», coincidiendo, a juicio del autor, la diferencia entre ambos tipos de mandato con la que separa el arrendamiento de servicios del arrendamiento de obra. Muestra de ello es que «en la comisión la merced, como en el arrendamiento de obra, se determina con arreglo al resultado»; en cambio, «para los factores, dependientes y mancebos, como en el arrendamiento de servicios, se fija en relación al tiempo».

<sup>225</sup> Esta Directiva acoge una definición de agente comercial en la que se omite el requisito de la colegiación obligatoria, y en la que destacan su independencia, su carácter de mandatario y su permanencia.

Con anterioridad a la promulgación de la citada Ley, el contrato de agencia se caracterizaba por su tipicidad, pero se le consideraba dotado de propio contenido sustantivo «con aproximaciones al mandato, corretaje, contrato de trabajo y arrendamiento de servicios, predominando en el mismo la gestión de mediación...» (S.T.S. de 26 de marzo de 1992, R.A. 2332).

concluir dichas operaciones en nombre y por cuenta ajenos, a cambio de una remuneración (cfr. art. 1º de la Ley 12/1992). El carácter duradero o estable del contrato de agencia lo distingue de la comisión, que es de carácter ocasional.

Por último, la mediación o corretaje es el contrato por virtud del cual un sujeto, el corredor, pone en relación a su cliente con un tercero, para concertar un contrato determinado que, de celebrarse, genera un premio en favor del corredor. Este contrato no viene expresamente regulado por las leyes, sino que se trata de un contrato atípico<sup>226</sup>. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo configura con sustantividad propia, como un contrato innominado «*facio ut des*», consensual y bilateral, aplicándole «*la regulación de las obligaciones y contratos del Código Civil y de manera subsidiaria la regulación del contrato de mandato de los artículos 1.709 a 1.739 C.C.* » (S.T.S. de 6 de octubre de 1990, R.A. 7478)<sup>227</sup>. Conforme a lo

---

<sup>226</sup> Para BONET RAMÓN, F., «Algunas figuras afines al contrato de mandato», *R.G.L.J.*, 1948, II, págs. 665 y 666, en tanto no se regule de manera autónoma el contrato de mediación, «sería preferible aplicar las disposiciones del arrendamiento de obras convenientemente adaptadas», ya que no la esencia y el contenido de los contratos de corretaje no cuadran en las reglas insuficientes del contrato de servicios.

<sup>227</sup> En idéntico sentido, la S.T.S. de 5 de febrero de 1996 (R.A. 1088, 1996).

Sin embargo, rechaza el TS en su Sentencia de 18 de octubre de 1956 (R.A. 3203, 1956) la aplicación de las normas propias del mandato, en particular, los arts. 1.711 y 1.728 C.C. —sostenida por la recurrente— al contrato de mediación. Respecto al art. 1.711 C.C., en cuanto establece la obligación de retribuir el mandato si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a la que se refiere el mandato, estima que carece de aplicación en el corretaje «porque en este contrato los honorarios del agente interviniente dejan de satisfacerse, si no hay convenio especial sobre ello, sino en el caso de que el negocio haya tenido efecto», reiterando, al desestimar la aplicación del art. 1.728 C.C., que no se retribuye la mediación cuando las gestiones y gastos no dan el resultado apetecido. Esta idea ya es recogida por las SS.T.S. de 26 de noviembre de 1919 (J.C. núm. 33) y 3 de junio de 1950 (R.A. 1016, 1950).

En la S.T.S. de 10 de enero de 1922 (J.C. núm. 13) se descartó la calificación de comisión mercantil del contrato celebrado entre una Sociedad y los recurrentes sobre la base de que la intervención de la Sociedad se limitó a realizar las gestiones necesarias «para poner en relación a los recurrentes con la Compañía Transmediterránea para la celebración de un contrato de compraventa, sin contratar en nombre propio ni en el de su pretendido comitente», constituyendo, por el contrario, un contrato de mediación, considerado como «innominado “*factio ut des*”,

que tiene dispuesto el Tribunal Supremo, por el contrato de mediación o corretaje *«una persona se obliga a pagar una remuneración para que realice una actividad encaminada a ponerle en relación con un tercero, a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna»* (S.T.S. de 4 de diciembre de 1953, J.C. núm. 422)<sup>228</sup>.

Además, y al igual que sucede con el contrato de agencia, tanto éste como el de corretaje han sido objeto de sucesivas definiciones por los estatutos de los Colegios profesionales correspondientes; lo cual, de otra parte, pone de manifiesto la creciente profesionalización de estas actividades de gestión de asuntos ajenos, dirigida a una amplia especialización por sectores de actividad.

B) *Diferencias entre los contratos mercantiles de gestión y el arrendamiento de servicios*

La principal diferencia de dichos contratos mercantiles respecto del contrato de arrendamiento de servicios profesionales estriba en que el comisionista mercantil, el agente o el mediador se comprometen a la obtención de un resultado —la estipulación de un contrato, o el cumplimiento y ejecución del mismo—, de modo que la retribución, premio o comisión sólo es exigible cuando el mismo se alcanza. Se trata de contratos en los que se compromete un resultado, frente al arrendamiento de servicios, en el que, como hemos visto, se entiende por la doctrina y jurisprudencia

---

contrato principal, consensual y bilateral, que impone a las partes obligaciones recíprocas, y se rige por las disposiciones contenidas en el Libro 4º, Títulos I y II del C.C.».

<sup>228</sup> La misma definición la encontramos en las S.S.T.S. de 11 de junio de 1947 (R.A. 770 y 770 bis, 1947), 16 de abril de 1952 (R.A. 882, 1952), 18 de octubre de 1956 (R.A. 3203, 1956), 28 de noviembre de 1956 (R.A. 3844, 1956), 28 de febrero de 1957 (J.C. núm. 176), 27 de diciembre de 1962 (R.A. 5140, 1962), 3 de marzo de 1967 (R.A. 1243, 1967).

mayoritaria, que el deudor se obliga al mero despliegue de una conducta diligente conforme al programa previsto en el contrato<sup>229</sup>.

Sin embargo, la diversa configuración de lo que ha de entenderse por «resultado», que puede abarcar desde la simple estipulación del contrato pretendido por el comitente con un tercero hasta la consumación del mismo e incluso su perfecta ejecución, puede conducir a consecuencias jurídicas diversas en cuanto a la determinación exacta del cumplimiento del contrato de comisión, agencia y corretaje y, por ende, al momento del incumplimiento de los mismos.

En particular, respecto al contrato de corretaje ha sido la jurisprudencia quien lo ha configurado «no como una obligación de medios, sino de resultado o de fin determinado a alcanzar la consumación del contrato» (S.T.S. de 23 de septiembre de 1991, R.A. 6843)<sup>230</sup>. De este modo, el cumplimiento del contrato de mediación

---

<sup>229</sup> Cfr. VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, *Contratos. Títulos valores. Derecho concursal*, 3ª ed., Barcelona, 1990, págs. 290 y 291. Parece claro, para este autor, que «en ellos la causa o finalidad no es tanto la actividad desplegada por el comisionista, agente o corredor, sino el resultado de estipular un contrato con un tercero».

Para ANGULO RODRÍGUEZ, L., «El contrato de comisión», op. cit., pág. 740, en los contratos de comisión, de agencia y de mediación o corretaje destaca como objeto la consecución del resultado mismo, frente a los contratos de actividad o de medios en los que basta la realización de ésta con la debida diligencia para que quede cumplido el contrato y el colaborador tenga derecho a percibir la retribución pactada.

<sup>230</sup> En idéntica dirección, las SS.T.S. de 3 de junio de 1950 (R.A. 1016, 1950), 16 de abril de 1952 (R.A. 822, 1952), 18 de octubre y 28 de noviembre de 1956 (R.A. 3202 y 3844, 1956), 3 de marzo de 1962 (R.A. 1243, 1962), 18 de septiembre de 1986 (R.A. 4713, 1986), 1 y 17 de diciembre de 1986 (R.A. 7190 y 7450, 1986), 3 de enero de 1989 (R.A. 91, 1989), 6 de octubre de 1990 (R.A. 7478, 1990), 26 de marzo de 1991 (R.A. 2447, 1991), 8 de abril de 1991 (R.A. 2678, 1991), 10 de marzo de 1992 (R.A. 2167, 1992), 22 de diciembre de 1992 (R.A. 10634, 1992), 19 de octubre de 1993 (R.A. 7744, 1993), 30 de noviembre de 1993 (R.A. 9222, 1993) y 15 de diciembre de 1994 (R.A. 10114, 1994).

No obstante, la caracterización del contrato de mediación como típica obligación de resultado (en el que se pretende la consecución del mismo) resulta francamente matizada en la S.T.S. de 5 de febrero de 1996 (R.A. 1088) al apreciar la existencia de un contrato de corretaje o mediación, constituido «por una obligación de resultado o fin determinado a alcanzar», se apunta otra modalidad de este contrato, que se da cuando el «corredor civil» que actúa sólo por una parte con la cual únicamente tiene relaciones contractuales se obliga a indicar la ocasión para

se halla condicionado a la celebración del contrato pretendido por la parte —que es lo que se configura como resultado de su actuación— debiendo tener éste lugar como consecuencia de la actuación del corredor, sin necesidad de esperar, sin embargo, a la ejecución del mismo. Debido a esto, la retribución de los corredores sólo se devenga cuando el negocio final se realice por la intervención de aquéllos o si se aprovecharon sus actividades de gestión.

Haciéndose eco de tal configuración, en particular, el Tribunal Supremo ha deslindado ambos contratos, el de mediación y el arrendamiento de servicios, en la Sentencia de 15 de diciembre de 1994 (R.A. 10114) al asumir la calificación jurídica que realiza la Sala «a quo» sobre el encargo realizado a un abogado de estudiar la posibilidad de venta de un inmueble mediante el estudio de la posible recalificación urbanística de la finca, asumiendo el cliente la obligación de retribuir dicha actividad. En tal caso, en contra de la tesis de la recurrente (el cliente) que pretende considerarlo un contrato de mediación, entiende el Alto Tribunal que se trata de «un arrendamiento de servicios o, en su defecto, de un mandato», en tanto que el actor (el abogado) asumió la obligación únicamente de «ofertar y posibilitar» la venta de un inmueble propiedad del demandado recurrente. Por tanto, no se pretendió la obtención de un determinado resultado como hubiera sido la venta del inmueble, sino simplemente la realización de una actividad o servicio, «siendo la remuneración independiente del resultado»<sup>231</sup>.

Por lo que se respecta a este contrato de comisión, las diferencias con el arrendamiento de servicios se han centrado básicamente en dos aspectos: el elemento objetivo, puesto que en la

---

contratar con el dueño de la obra a emprender, sin ningún tipo de compromiso respecto a la satisfacción del resultado.

<sup>231</sup> De «contractus sui generis» califica el TS en sus SS.T.S. de 27 de diciembre de 1962 (R.A. 5140, 1962) y 3 de marzo de 1967 (R.A. 1243, 1967) el contrato de mediación, al que no considera ni contrato de obra ni tampoco de servicios «porque el mediador no tiene derecho a la retribución si el contrato previsto no se celebra».

comisión aquél queda referido a actos u operaciones jurídicas de carácter mercantil; y el precio cierto, ya que conforme al art. 277 C. Co. se puede pactar comisión sin premio, cosa que no es posible en el arrendamiento en el que el precio es elemento esencial del contrato<sup>232</sup>. Además, como apuntábamos, la comisión sólo se entiende consumada cuando se realiza el acto u operación de comercio, objeto del encargo que se realizó al comisionista, a diferencia del arrendamiento de servicios que queda consumado con independencia de que efectivamente se llegue a lograr el resultado al que tiende la actividad del prestador<sup>233</sup>

Por último, en cuanto al contrato de agencia, como el instrumento jurídico a través del cual un empresario mercantil, llamado agente, se obliga a promover y/o estipular contratos en una zona determinada, por cuenta y en nombre de otro, durante un tiempo, determinado o no, a cambio de una retribución, al igual que en la comisión, sólo nace el derecho a la retribución del agente cuando se ejecuta el contrato promovido o concluido por el agente con un tercero contratante.

No obstante, a pesar de la configuración unitaria de estos contratos mercantiles de gestión de asuntos ajenos como obligaciones de resultado, lo cual los individualizaría frente a la prestación de servicios articulada a través de un contrato de arrendamiento, cabría poner de relieve las notas que permiten su distinción, y que se han hecho radicar en la inclusión, en el propio objeto contractual, de la obtención de un ulterior resultado —la ejecución del negocio que se celebró en virtud de la gestión del

---

<sup>232</sup> Cfr. URÍA, R., *Derecho mercantil*, op. cit., pág. 620, en cuanto que la retribución del comisionista no es elemento esencial del contrato, sino natural, frente al arrendamiento de servicios en el que es esencial la existencia de un precio cierto.

De otro lado, la admisibilidad de un pacto (de exclusión de precio cierto) semejante en el arrendamiento de servicios nos llevaría a plantear la cuestión de los efectos derivados del incumplimiento de la prestación a la que se comprometió el profesional.

<sup>233</sup> En tal sentido, ANGULO RODRÍGUEZ, L., «El contrato de comisión», op. cit., pág. 743.

deudor— distinto al de la simple perfección del negocio, consecuencia directa de la actuación del sujeto al que se encomendó tal actividad<sup>234</sup>.

Así, conforme a esta opinión, si en los contratos de comisión y de agencia no nace el derecho a la retribución, llámese premio o comisión, hasta que el negocio jurídico, consecuencia de la actuación típica del profesional, no se cumpla o ejecute, no sucede esto tratándose del contrato de mediación o corretaje, donde el corredor cumple cuando las partes puestas por él mismo en relación estipulan o celebran el negocio jurídico, sin tener que esperar al efectivo cumplimiento del mismo.

No obstante, cabe realizar alguna matización al respecto ya que es unánimemente admitido que el comisionista de ordinario no responde de la solvencia del tercero con el que contrató, ni del retraso en el pago del precio o en la entrega de los géneros (en caso de comisión de compraventa). Sin embargo, en la práctica mercantil es frecuente encontrar una cláusula por la que el comisionista se obliga a responder del buen fin de la operación.; pacto éste que se conoce como «comisión de garantía» y que aparece recogido en el

---

<sup>234</sup> Así, para VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico...*, op. cit., pág. 292, constituye una diferencia elemental entre estos contratos la del resultado «en atención al cual nace el derecho a cobrar el premio o comisión (generalmente concebida como un porcentaje sobre el importe del negocio)». Esto debido a que «al menos en España se entiende que en la comisión y agencia es el cumplimiento o ejecución por el tercero contratante del contrato de realización; en tanto que en el corretaje surge en el momento mismo en que las partes aproximadas por el corredor estipulan el contrato proyectado, sin necesidad de esperar a su ejecución». También, en este sentido se manifiesta ANGULO RODRÍGUEZ, L., «El contrato de comisión», op. cit., pág. 744,

En este sentido parece inclinarse la S.T.S. de 26 de noviembre de 1920 (J.C. núm. 33) que, en relación a la reclamación planteada por un comisionista, declaró que «es doctrina legal reiterada que salvo estipulación en contrario, cuando del abono de premio de comisión por una gestión encomendada se trate, precisa esperar el comisionista a que el comitente o mandante haga efectivo el precio del que haya de deducirse y entregar la cantidad importe de aquella comisión; espera obligada cuando surjan diferencias esenciales entre el vendedor y el comprador acerca de la subsistencia del contrato y sus condiciones concertado mediante corredor o intermediario».



art. 272 C. Co.<sup>235</sup>. En principio, por tanto, en la comisión el resultado que determina la consumación del contrato consiste generalmente en la estipulación del negocio jurídico de ejecución de la comisión, salvo que se pacte la asunción por parte del comisionista del cumplimiento por el tercero del contrato estipulado.

Del mismo modo, aunque se entiende que el contrato de agencia suele consumarse con la estipulación y cumplimiento por el tercero del contrato a cuya promoción se ordene aquélla, el art. 1º de la Ley de agencia prevé que este intermediario independiente no asume, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de las operaciones comerciales por él promovidas. En consecuencia, sólo se entiende cumplido el contrato de agencia cuando el acto o negocio jurídico promovido se ha concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente, o si se ha llevado a cabo con persona respecto de la cual el agente hubiera promovido, con anterioridad, un acto u operación análoga<sup>236</sup>.

### C) *Conclusión*

Una vez expuestas las diferencias existentes entre estos contratos mercantiles y el arrendamiento de servicios, resulta, en todo caso, necesario precisar su posible relación con la prestación típica a la que viene obligado el abogado como profesional. Parece claro que existe un elemento común a todos estos contratos, cual es, el tratarse de contratos de colaboración, de gestión de los asuntos de terceros que quedan confiados a un sujeto que se ocupa profesionalmente de tal actividad.

Sin embargo, aun cuando el abogado pueda dedicarse a la gestión de los asuntos que constituyen los objetos típicos del contrato mercantil de comisión, mediación o agencia, esto es, aun cuando

---

<sup>235</sup> Así, URÍA, R., *Derecho mercantil*, op. cit., pág. 625; RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho mercantil*, op. cit., pág. 618.

<sup>236</sup> Cfr. RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho mercantil*, op. cit., pág. 625.

pueda llevar a cabo tales actividades, lo hará en su condición de comisionista, mediador o corredor, o agente, pero en, caso alguno, en su condición de letrado, cuya actividad típica está dirigida al asesoramiento y defensa jurídica de los asuntos de sus clientes, para lo cual se le exigen una serie de conocimientos jurídicos, además de la inscripción en el Colegio Profesional correspondiente.

#### *8. Otras propuestas. Breve recapitulación*

Llegados a este punto, y conforme al estudio precedente, es conveniente señalar que, a pesar de que la prestación de servicios del abogado normalmente adopta en el tráfico jurídico la forma contractual del arrendamiento de servicios, constituyendo éste el tipo genérico de contratos sobre servicios, ello no significa que en determinadas ocasiones y tratándose de la gestión de asuntos de otro, puedan prestarse a través de contratos diversos, como el de mandato (art. 1.709), gestión de negocios sin mandato<sup>237</sup>, agencia, corretaje o mediación, contrato de arbitraje e incluso que diversas actividades de gestión y de servicios se presten conjuntamente<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> En relación con el cuasi-contrato de gestión de negocios ajenos o *negotiorum gestio* cabe señalar que, al igual que en los otros contratos que hemos visto, se configura como un tipo de cooperación. Se trata, como pone de manifiesto MONTÉS PENADÉS, V.L., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», op. cit., pág. 20, de un «supuesto de interposición en un negocio ajeno, en el que la alienidad es requisito esencial».

<sup>238</sup> En la línea de sostener que la complejidad de la relación contractual con el Abogado no altera, en términos generales, la naturaleza jurídica de la misma, de arrendamiento de servicios, se ha consagrado una doctrina jurisprudencial como demuestran las SS.T.S. de 25 de febrero de 1920 (J.C. núm. 103), 22 de enero de 1930 (J.C. núm. 77), 13 de junio de 1929 (J.C. núm. 130), 18 de enero de 1941 (R.A. 5, 1941), 24 de noviembre de 1954 (R.A.2875, 1954), 12 de abril de 1956 (R.A. 1558, 1956), 17 de septiembre de 1983 (R.A. 4544, 1983), 4 de diciembre de 1984 (Sala de lo Social, R.A. 6332, 1984), 7 de marzo de 1988 (R.A. 1559, 1988), 6 de octubre de 1989 (R.A. 6891, 1989), 16 de julio de 1990 (R.A. 5881, 1990), 24 de junio de 1991 (R.A. 4619, 1991), 9 de julio de 1992 (R.A. 6228, 1992), 23 de octubre de 1992 (R.A. 8277, 1992), 15 de diciembre de 1994 (R.A. 10114, 1994), 15 de noviembre de 1996 (R.A. 7977, 1996), 16 de diciembre y 28 de diciembre de 1996 (R.A. 8971 y R.A. 9509, 1996). Así, también las Sentencias de la AP de Sevilla de 15 de marzo de 1994 (Ar. C. 485, 1994-I, AP de Lugo de 14 de abril de 1994 (Ar.C. 567, 1994-I), AP de Asturias de 25 de abril de 1994 (Ar. C. 561, 1994-I), AP de Guipúzcoa de 12 de septiembre de 1994 (Ar.C. 1905, 1994-III), AP de Valencia de 28 de septiembre de 1994 (Ar.C. 1461, 1994-II), AP de La Coruña

No obstante, el arrendamiento de servicios en cuanto tipo contractual genérico, susceptible de comprender la prestación de servicios de cualquier naturaleza y bajo cualquier forma, constituye el esquema contractual típico a través del cual se articula, por regla general, la relación de servicios con abogados.

*A) Contrato atípico e innominado*

De otro lado, se ha de tener en cuenta que no faltan autores que sostienen que el contrato que liga a un profesional con su cliente es un contrato innominado o atípico al cual no se le pueden aplicar con propiedad ninguna de las denominaciones clásicas<sup>239</sup>.

---

de 19 de octubre de 1994 (Ar.C. 2455, 1994-III), AP de Granada de 28 de octubre de 1994 (Ar.C. 1712, 1994-III), AP de Jaén de 7 de noviembre de 1994 (Ar.C. 1929, 1994-III), AP de Segovia de 5 de diciembre de 1994 (Ar.C. 2107, 1994-III), AP de León de 16 de diciembre de 1994 (Ar.C. 2226, 1994-III), AP de Tarragona de 16 de junio de 1995 (Ar.C. 1201, 1995-II), AP de Asturias de 19 de junio de 1995 (Ar.C. 1101, 1995-II), AP de Ciudad Real de 1 de septiembre de 1995 (Ar.C. 1701, 1995-III), AP de Cantabria de 23 de noviembre de 1995 (Ar.C. 2110, 1995-III), AP de Palma de Mallorca de 18 de diciembre de 1995 (R.G.D. núms. 628-629, pág. 1081), AP de Teruel de 19 de enero de 1996 (R.G.D. núms. 628-629, págs. 1208), AP de Barcelona de 16 de marzo de 1996 (R.G.D. núm. 624, pág. 10430), AP de Málaga de 26 de abril de 1996 (Ar.C. 727, julio 1996), AP de Lérida de 24 de mayo de 1996 (R.G.D. núms. 627-628, pág. 1015), AP de Las Palmas de 23 de octubre de 1996 (Ar.C. 1809, enero 1997), AP de Madrid de 23 de noviembre de 1996 (R.G.D. núm. 630, págs. 2971-2972), AP de Palencia de 15 de enero de 1997 (Ar.C. 1, abril 1997).

Esta configuración compleja de las prestaciones de actividades profesionales del Letrado queda reflejada en la afirmación sostenida por el TS en la Sentencia de 24 de junio de 1991 al establecer que aquélla se engloba en el arrendamiento de servicios de los artículos 1.544 y 1.583, apuntando, no obstante que «si bien, dada la insuficiencia de normativa legal, reguladora de los servicios profesionales de los abogados y, al amparo de la libertad de contratación que establece el artículo 1.255 del Código Civil, la prestación de los referidos servicios, rebasa en muchas ocasiones, los términos del simple arriendo para concurrir, con los propios del mandato, representación y gestión e incluso del arriendo de obra». Para un análisis de parte de la jurisprudencia en este tema, vid. EGÚSQUIZA, M<sup>a</sup> A., «La prestación de servicios del abogado: perspectiva jurisprudencial», *Aranzadi Civil*, junio 1996, págs. 11 y sigs.

<sup>239</sup> En esta línea se manifestaba PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. II, 1<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1956, págs. 387 y sigs. No obstante, matiza esta opinión en *Fundamentos...*, Tomo II, Vol. II, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1982, págs. 433 y 434, entendiendo que entre el profesional liberal y el cliente no sólo es que puedan mediar relaciones contractuales que correspondan a figuras jurídicas diferentes, «sino

La realidad nos ofrece ejemplos de dichos contratos cuando las partes, en virtud del principio de autonomía privada ex art. 1.255 C.C., elaboran un nuevo instrumento jurídico a través del cual articulan sus relaciones jurídicas, partiendo para ello de negocios ya existentes, de modo que dan origen a un contrato distinto de aquéllos de los que se ha servido para su propia configuración<sup>240</sup>. Una vez nacido tal contrato atípico surgen diversas teorías de construcción doctrinal en orden a la determinación de las reglas jurídicas a las que debe someterse dicho contrato, cuando existe un vacío o laguna en la regulación del mismo<sup>241</sup>.

No parece que sea posible calificar de contrato atípico o innominado al que celebra un abogado con su cliente para la prestación de sus servicios profesionales, aun cuando éstos sean de la más diversa naturaleza e índole; más bien estaremos ante una relación compleja en la que tienen cabida contratos diversos si bien conservando cada uno su causa típica y, por tanto, no dando lugar a una nueva figura jurídica, a un contrato complejo o mixto<sup>242</sup>,

---

que, además, los rasgos propios de algunas de ellas sufren también importantes modificaciones».

<sup>240</sup> Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, *Teoría del Contrato*, 4ª ed., Madrid, 1993, págs. 362-363; SANTOS BRIZ, J., «Contratos fácticos y atípicos. El contrato como objeto de otro contrato», *AAMN*, Tomo XX, 1976, pág. 319; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Contratos atípicos», en *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 2º, *Teoría General del Contrato*, LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., 2ª ed., Barcelona, 1987, pág. 252.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1973, págs. 206 y 207 distingue cinco modalidades de negocios atípicos, entre las que destacan los contratos de doble tipo o híbridos y los contratos mixtos.

<sup>241</sup> De este modo, se propone bien la aplicación de las normas del contrato más relevante o preponderante (teoría de la absorción) bien la aplicación combinada de las normas procedentes de los contratos diversos cuyos elementos han sido tenidos en cuenta en el nacimiento de la figura atípica (teoría de la combinación).

<sup>242</sup> Excede del objetivo de este estudio un análisis de las figuras del contrato complejo o mixto y de sus diferencias respecto de los contratos coligados, conexos o unidos; sin embargo, baste recordar que la figura del contrato complejo o mixto viene caracterizado por la presencia de una causa compleja, pero única, siendo esta univocidad el elemento esencial para estimar la presencia de un único contrato. En este sentido, JORDANO BAREA, J.B., «Contratos mixtos y unión de contratos.

siendo aplicables las normas propias que conforman el régimen jurídico respectivo<sup>243</sup>.

No obstante, teniendo en cuenta el vacío legal existente en esta materia (arrendamiento de servicios), supone una exigencia mínima ineludible la tarea de la identificación de las reglas en virtud de las que se ha de regir la relación entre el abogado-prestador del servicio y su cliente, necesarias para determinar los presupuestos del cumplimiento de la prestación y, a *sensu contrario*, de su incumplimiento y posible responsabilidad.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la obligación de prestar un servicio profesional puede tener su origen, además de en un contrato de arrendamiento de servicios, de obra o de cualesquiera de los mencionados (mandato, agencia, etc.), en un contrato de trabajo; esto es, la prestación de servicios puede realizarse de modo dependiente y subordinado<sup>244</sup>.

---

Sentencia de 27 de febrero de 1951 (rectius: 1950)», A.D.C., 1951, Fasc. I, pág. 328. En torno a las teorías del contrato innominado, del atípico y del mixto para calificar la relación del profesional liberal, vid. ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> T., *Los contratos de servicios...*, op. cit., págs. 70 a 73.

<sup>243</sup> Para ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 146, el contrato de servicios médicos es un contrato mixto o complejo, resultante de la combinación de elementos que claramente corresponden a contratos típicos (así, el arrendamiento de servicios, el de obras y el contrato de mandato). El contrato médico tiene una tipicidad social, de modo que su atipicidad está en el solo hecho de no estar previsto por la ley.

<sup>244</sup> Como ya apunté anteriormente, el Código Civil italiano de 1942 distingue dentro del Libro V, el «Lavoro autonomo» al que dedica el Título III, del «Lavoro subordinato»; de modo que tanto el «contratto d'opera» como el «contratto d'opera intellettuale» si bien distintos en cuanto especies distintas, forman parte del mismo género, el trabajo autónomo.

Merece la pena destacar por su influencia en la doctrina italiana la tesis sostenida por RIVA SANSEVERINO, L., «Commentario del art. 2.222 a 2.228», op. cit., págs. 154 y sigs., que en atención a la distinción que realiza el Código Civil italiano entre «Lavoro autonomo» y «Lavoro subordinato» mantiene que en principio, el trabajo subordinado supone o pone en marcha una obligación de medios, o sea la obligación a una prestación continuada de hacer, dado que el prestador pone a disposición de la otra parte una cierta cantidad y calidad de trabajo, que implicando ella misma un resultado, viene inserta normalmente en la organización de una empresa, de tal modo que el empresario adquiere a título originario el derecho de

### B) Contrato proteiforme o multiforme

Por último, para finalizar este apartado, cabe poner de relieve que cierto sector doctrinal ha propuesto la configuración de los contratos de servicios de ciertos profesionales (médicos, principalmente, pero también abogados y arquitectos) como contratos multiformes o proteiformes<sup>245</sup>. Con tal término se

---

propiedad sobre el resultado de sus dependientes. En cambio, se sostiene que en los contratos insertados en el «Lavoro autonomo» (trabajo autónomo), la prestación continuada de hacer viene formalmente considerada en función de un determinado resultado del que el trabajador mismo ha personalmente asumido el compromiso según las modalidades preestablecidas. De este modo, el cumplimiento final se traduce normalmente en una prestación instantánea de dar y en la transmisión del eventual derecho de propiedad sobre la obra conseguida.

Considera el autor que la relación de continuidad en la ejecución de la prestación, típica del trabajo subordinado, se reproduce sólo en determinadas hipótesis de prestación de obra intelectual.

Sin embargo, más adelante, el mismo autor pone de manifiesto la relatividad de dicho criterio diferencial, basado en la distinta importancia recíproca del trabajo desarrollado y del resultado obtenido en sede de trabajo subordinado —donde el acento recae en el desplegamiento de una determinada actividad— o en trabajo autónomo —el acento recae sobre un determinado resultado—, en cuanto que este criterio asume distinto relieve según que el objeto de la relación de «trabajo autónomo» («contratto d'opera» ex art. 2.222 C.C. italiano) consista en una obra o en un servicio, ya que en el primer caso la primacía del resultado sobre la actividad es más evidente. En cambio, tratándose de la prestación de un servicio o de una obra intelectual, «se considera de hecho como resultado la misma prestación, viniendo, por tanto, a delinarse una obligación de medios o de comportamiento, mientras el resultado final, aquello que las partes pretenden perseguir, permanece más allá del contenido de la obligación».

<sup>245</sup> Así, TRIGO REPRESAS, F.A., *La responsabilidad civil de los profesionales*, op. cit., págs. 45 y 58; y en *La responsabilidad civil del abogado*, Buenos Aires, 1991, págs. 119 y 122, mantiene que en general la prestación de servicios profesionales y, en particular, la relación jurídica entre el abogado y el cliente ha de ser considerada un «contrato multiforme o variable», de tal modo que «la caracterización del vínculo contractual establecido depende de las circunstancias específicas de cada relación».

En tal dirección, aunque no referido a la abogacía, MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad del médico*, Buenos Aires, 1979, págs. 104 y sigs.; FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato de servicios médicos*, Madrid, 1988, pág. 67. SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *R.D.P.*, 1984, pág. 666, y en *Derecho médico*, Vol. I, dir. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, Madrid, 1986, pág. 171, califica de contrato de proteiforme el de atención médica, si bien destacando que en determinados casos dicha relación puede revestir la forma del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos. Respecto al contrato que celebra el arquitecto, también, FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato del arquitecto ...*, op. cit., págs. 113 y 122, estima que no cabe reducir a un solo tipo de contrato la actividad

pretende poner de manifiesto por estos autores la imposibilidad de atribuir una única calificación jurídica a las relaciones de servicios de aquellos profesionales, que admiten múltiples variedades, de donde se desprende que es, por tanto, necesario analizar el contenido de la relación en cada supuesto.

Esta variabilidad o mutabilidad del contenido del contrato de servicios impide su encuadre en alguna de las figuras contractuales existentes, pero no su configuración como un único contrato<sup>246</sup>.

---

de aquél, ya que su encuadramiento en una figura jurídica única perdería su fuerza al aplicarse a casos concretos, proponiendo en virtud de las diversas formas de ejercicio de la profesión tres figuras: el contrato de obra, el de servicios, y el contrato de mandato (contrato de obra complejo).

<sup>246</sup> Critica ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, pág. 143, la expresión «contrato multiforme» a la que califica de desafortunada, porque admitiendo la variedad de prestaciones que puede desempeñar el profesional (el autor se refiere específicamente al médico) «en cada caso concreto el contrato sería uno u otro, pero nunca hay un solo contrato con muchas formas».

**§ 6. El proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de contratos de obra y de servicios**

El Proyecto de Ley 121/43, de 12 de abril de 1994, de modificación del Código Civil, afecta fundamentalmente al Título VI del Libro IV de éste, esto es, a la regulación del arrendamiento, en especial al de obra y al de servicios que, ni tan siquiera aparecen en tal Proyecto englobados bajo la común denominación de «arrendamiento»<sup>247</sup>.

Por la importancia y trascendencia que podría llegar a tener esta proyectada modificación merece la pena acometer un estudio crítico de aquellos aspectos del arrendamiento de servicios que se pueden ver afectados por dicha reforma y que, por otra parte, pueden tener cierta incidencia en la reflexión que sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios se ha realizado en las páginas anteriores.

El Proyecto de modificación propone básicamente, y en cuanto a lo que aquí nos interesa, la desaparición de la teoría unitaria del arrendamiento que tradicionalmente ha recogido nuestro Código Civil en sus art. 1.542 y 1.544, así como en los arts. 1.583 a 1.600, y que deriva de la figura romana de la *locatio conductio* que, como vimos, fue recibida por el Derecho Común. Esta pretensión de acabar con la unidad del arrendamiento se fundamenta, siguiendo la Exposición de Motivos, en la falta de justificación que su mantenimiento tiene en la actualidad, en cuanto se considera residuo de «un precedente histórico completamente superado».

Además, otra de las razones para promover esta modificación consiste en el hecho de que la regulación que de los arrendamientos de servicios realiza el Código civil se ha mostrado insuficiente e inadecuada para las realidades del tiempo presente en el que, como

---

<sup>247</sup> El Proyecto de Ley de modificación del Código Civil 121/43, de 12 de abril de 1994, se encuentra publicado en B.O.C.G., *Congreso de los Diputados*, serie A, 12 de abril de 1994, núm. 58-1.



ya apuntamos, el intercambio de servicios cumple una función preponderante en el tráfico jurídico-económico. El legislador actual se ve desbordado ante la proliferación de nuevas figuras contractuales de prestación de servicios que no fueron contempladas por el codificador de 1889.

Este motivo remite a una posible revisión de la regulación que de los arrendamientos de servicios contiene el Capítulo III del Título VI del Libro IV, en cuanto que tanto la propia rúbrica de la Sección Primera —«Del servicio de criados y trabajadores asalariados»— como su contenido se han mostrado obsoletos, careciendo la mayoría de los preceptos en ella incluidos de aplicabilidad jurídica como consecuencia directa del principio de especialidad, que ha determinado la aplicación de la legislación específica que regula la relación laboral, constituida de manera principal, por el Estatuto de los Trabajadores, refundido en el R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, así como disposiciones laborales especiales<sup>248</sup>.

Además, a la calificación de «desfasada» respecto del momento actual que se realiza de la normativa del Código civil, debido al paso del tiempo, hemos de añadir la ausencia de una regulación de las actividades típicas de los profesionales liberales, que actúan en la mayoría de las ocasiones, como prestatarios de servicios<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> En efecto, de los preceptos comprendidos en dicha Sección y relativos al arrendamiento de servicio, tan sólo los arts. 1.583 y 1.587 resultan plenamente aplicables, así como el art. 1.544, que incluido en las «Disposiciones generales» (Capítulo I del Título VI) contiene una definición global de aquél. Esta reducción del ámbito de aplicación de la Sección se debe principalmente a que parte de los servicios regulados en la misma, en particular, el servicio doméstico aparece expresamente contemplado por el R.D. 1424/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, dejando inaplicables los arts. 1.584 y 1.585; además, el art. 1.586 ha de entenderse afectado por la derogación que realiza la Disposición Final 3ª del Estatuto de los Trabajadores (RD Leg. 1/1995, de 24 de marzo).

<sup>249</sup> En particular, respecto a la profesión de arquitecto ROCA TRÍAS, E., «Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos», *R.D.P.*, octubre 1976, pág. 783, pone de relieve que «la legislación civil sobre la materia, que se concretan en los arts. 1.588 y sigs.

*9. Distinción entre el contrato de obras y el de servicios*

Haciendo una breve descripción de las novedades introducidas por el Proyecto, cabe señalar que éste parte de la distinción entre el «contrato de obra» y el «contrato de servicios» con base –dice la Exposición de Motivos– en la “consagrada” distinción entre las obligaciones de «medios» y las obligaciones de «resultado», de tal modo que en el contrato de servicios se promete una actividad de prestación en cuanto tal, mientras que el contrato de obra se asume la obligación de producir un resultado. Pero, además, esta distinción deviene en criterio fundamental para discernir la calificación de los supuestos dudosos o fronterizos, evitando un análisis casuístico de los numerosos posibles supuestos<sup>250</sup>.

Dicha afirmación ha sido criticada —acertadamente a mi juicio— por A. LÓPEZ Y LÓPEZ, que pone en duda la solidez de tal distinción, a la que se le atribuye el carácter de «consagrada», poniendo de relieve, de otra parte, que el problema «no es tanto que haya supuestos fronterizos en los que resulte problemática la adscripción de un contrato a un tipo u otro, en función de la calificación de las obligaciones resultantes de él como de medios o de resultados, sino más bien que una prestación configurada al servicio de un intento o propósito contractual único, está compuesta de obligaciones, de medios y de resultados, que se encadenan funcionalmente e inescindiblemente a ese único intento»<sup>251</sup>.

La tripartición clásica del arrendamiento, de cosas, obras y servicios, recogida en el art. 1.542 –como he apuntado– desaparece

---

del Código Civil, constituye un buen ejemplo de cómo puede una institución quedar absolutamente vacía de contenido por el simple paso de los años...»

<sup>250</sup> En esta labor interpretadora de los elementos del contrato, en particular con la finalidad de adscribirlo a uno u otro tipo contractual, la Exposición de motivos del Proyecto otorga un papel decisivo a la referencia que el art. 1.258 hace a la buena fe y a los usos.

<sup>251</sup> Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», op. cit., pág. 34.

en el Proyecto, reservándose la denominación de arrendamiento exclusivamente para el arrendamiento de cosas, si bien estos tres contratos siguen regulados en un único Título rubricado "Del arrendamiento y de los contratos de servicio y de obra"; e inevitablemente lo mismo sucede con el actual art. 1.544 C.C., que tras ser eliminado pasa a los nuevos arts. 1.583 y 1.588; el primero de ellos dedicado al contrato de servicios y el segundo al de obra<sup>252</sup>.

Este Título se articula en unas «Disposiciones generales», comprendidas en el Capítulo I del Proyecto que, a pesar de su colocación sistemática y la pretensión de su generalidad y, por tanto, de ser aplicables a todos los contratos que aparecen comprendidos en dicho Título VI, esto es, al arrendamiento de cosas, a los contratos de servicios, de obra y al de transporte, sin embargo, tan sólo hace referencia y son aplicables al arrendamiento de cosas, en tanto que el contrato de servicios y el de obra encuentran su propia regulación en los Capítulos III y IV, respectivamente, del Proyecto<sup>253</sup>.

#### *10. El contrato de servicios y el contrato de trabajo*

Por lo que al contrato de servicios se refiere, el Proyecto le dedica cinco preceptos (arts. 1.583 a 1.587), englobados en el Capítulo III bajo el Título «Del contrato de servicios», describiendo dicho tipo

---

<sup>252</sup> Dice el art. 1.583 del Proyecto: «Por el contrato de servicios una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado. Los contratos de trabajo se regirán por su propia legislación».

Por su parte, dispone el art. 1.588, encuadrado en la regulación del contrato de obra: «Por este contrato el contratista se obliga a ejecutar determinada obra a cambio de la prestación convenida o, en su defecto, de la que resulte de los usos...».

<sup>253</sup> Como pone de manifiesto CORDERO LOBATO, E., «Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra», R.D.P., 1995, pág. 876, debido a la desaparición de la tripartición clásica del arrendamiento (art. 1.542) así como del art. 1.544 de dicho Capítulo introductorio, «pierde todo sentido el referido Capítulo I del Proyecto el cual bajo la rúbrica "Disposiciones generales" ... recoge tan sólo normas que conciben el tipo del contrato de arrendamiento de cosas, por lo que las mismas deberían aparecer contenidas en lo que será la nueva regulación 1ª del Capítulo II, destinada exclusivamente a las disposiciones generales de aquel contrato».

en el párrafo 1º del art. 1.583, y diferenciándolo del contrato de obra con base en el mismo criterio de distinción entre obligaciones de medios y de resultado, esto es, en la asunción por el deudor de una obligación de mera actividad o yendo más allá, en el compromiso de alcanzar un resultado cierto.

Por tanto, ya con base en la propia rúbrica del Capítulo III, es posible afirmar que el Proyecto amplía considerablemente el ámbito de aplicación del régimen previsto frente al reducido ámbito que resulta de la Sección I del Capítulo III del C.C. que, como vimos, lleva por título «Del servicio de criados y trabajadores asalariados».

El párrafo 2º de dicho precepto remite la regulación de los contratos de trabajo a la legislación especial laboral. Sin embargo y, a pesar de lo que podría en principio sostenerse, la remisión a las leyes especiales no supone una reproducción de la realizada por el vigente art. 1.585.

Las diferencias radican fundamentalmente en el supuesto de hecho de ambos preceptos, esto es, el objeto de la remisión, así como en la amplitud de la remisión, esto es, a las leyes a las que remite.

Así, mientras el art. 1.585 del Código civil vigente sólo se refiere a las relaciones contractuales entre amos y sirvientes, en el art. 1.583 del Proyecto, de acuerdo con la realidad llamada a regular, desaparece cualquier referencia a dicha clase de relación para extender la remisión efectuada a cualquier contrato de trabajo que ligue a dos personas.

Al mismo tiempo, en la previsión del Proyecto las leyes especiales no se aplican conjuntamente a las propias normas del Código Civil, como se desprende del tenor literal del art. 1.585 C.C., sino que cuando una prestación de servicios revista un carácter laboral, y aparezca regulada de manera específica por una normativa especial, ésta será la aplicable, relegando las normas civiles a una aplicación supletoria (que puede ser tanto de primer como de

segundo grado). De llevar hasta sus últimas consecuencias el planteamiento que se desprende de la dicción literal del segundo párrafo del art. 1583 del Proyecto, podría parecer que partiendo de que todo contrato de trabajo es, al mismo tiempo, contrato de servicios, *a sensu contrario*, ello significaría que el contrato de obra, por el hecho de serlo, no es contrato de trabajo<sup>254</sup>. Ahora bien, tal conclusión no parece ajustada a la realidad social, donde encontramos múltiples ejemplos de relaciones jurídicas calificables de laborales en las que el trabajador-prestador se obliga a realizar y ejecutar una obra determinada. Lo determinante para calificar un contrato (sea de obra sea de servicios) de trabajo estriba en la presencia de aquellos elementos que lo identifican, esto es, la dependencia y la ajenidad (el desarrollo de la actividad dentro del círculo organicista del empresario)<sup>255</sup>.

#### *11. Duración del contrato de servicios*

En cuanto al art. 1.584 del Proyecto, sus dos primeros párrafos se ocupan de la duración del contrato que puede ser por tiempo indefinido, es decir, mientras dure la obra, por tiempo determinado o por el usual. Se proscribía el contrato de servicio vitalicio o de por vida, respondiendo al viejo principio consagrado en el Código civil de que nadie puede obligarse perpetuamente.

Sin embargo, no prevé el Proyecto la sanción para el caso de que se celebre un contrato donde se comprometa la prestación de un servicio de por vida. Ante esta omisión cabría entender que es aplicable la sanción de la nulidad del contrato, tal como prevé el vigente art. 1.583, o bien abogar por una nulidad parcial, tal como parece prescribir el último inciso del art. 1.594 del Proyecto respecto

---

<sup>254</sup> Llama la atención sobre esta cuestión LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», op. cit., pág. 38.

<sup>255</sup> Vid. *supra*

de los pactos de exoneración o limitación de responsabilidad del contratista por vicios o defectos de la obra<sup>256</sup>.

### 12. *Fungibilidad e infungibilidad del servicio*

El siguiente párrafo del art. 1.584 se refiere al contrato de servicios cuando éste se ha pactado teniendo en cuenta las cualidades personales del obligado a prestarlos, esto es, tratándose de una prestación en la que existe un *intuitu personae*, estableciendo la consecuencia de que el deudor de la relación de servicios viene obligado a prestarlos personalmente<sup>257</sup>.

El supuesto de hecho de la norma consiste, pues, en una obligación de hacer infungible, en cuanto que el interés del acreedor no queda satisfecho con la realización de la prestación por otra persona distinta de aquél con el que contrató. Se trata de una

---

<sup>256</sup> Esta cuestión es también planteada por LOBATO GÓMEZ, E., «Notas al Proyecto de ley ....», op. cit., pág. 877, quien opta por la nulidad parcial con subsistencia del contrato celebrado, de modo que «la cláusula se tendrá por no puesta, con lo que el contrato se entenderá celebrado por tiempo indefinido». Respecto al art. 1.583 C.C. entiende LACRUZ BERDEJO, J.L., «El llamado arrendamiento de servicios», en *Elementos de Derecho civil*, II, Vol. 3º, op. cit., pág. 311, [y sin ninguna modificación, DELGADO ECHEVERRÍA, J., op. cit., en 3ª ed., pág. 221], que el arrendamiento hecho para toda la vida más que nulo «es anulable o denunciabile unilateralmente por el prestador de los servicios, pues mientras éste quiera continuar en su colocación, no hay razón para aplicar la norma en contra suya privándole de aquélla». Por la nulidad como sanción al pacto de vincularse durante toda la vida se decanta LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil», op. cit., pág. 42.

Para TORRES LANA, «Comentario al art. 1.583», *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, págs. 1771, al declarar nulo el art. 1.583 C.C. el contrato hecho para toda la vida, propone que la naturaleza de esta ineficacia estriba en que se produciría «una posible conversión del negocio nulo en la especie "sin tiempo fijo"».

<sup>257</sup> Como pone de relieve VERDERA SERVER, R., *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, op. cit., pág. 272, «como se desprende del art. 1.161 C.C., en principio, la autoría no forma parte de la prestación, lo cual significa que quien quiera puede ser su autor, tanto el deudor, como un tercero», de modo que la identidad del autor sólo adquiere relevancia de manera excepcional.

Ahora bien, en la tarea de determinación de la fungibilidad o no de la obligación considera el autor —acertadamente, a mi juicio— que el criterio fundamental estriba en la valoración del «interés del acreedor-ejecutante, valorado objetivamente».

prestación personalísima en virtud de las cualidades concurrentes en la persona del deudor. La previsión de este párrafo supone un reflejo de la regla del art. 1.161 C.C. que dispone que «en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubieren tenido en cuenta al establecer la obligación», facultando, por tanto, al acreedor a rehusar la prestación por otro realizada (cfr. art. 1.166 C.C.). Ha de tenerse en cuenta, en este punto, que tratándose de obligaciones de hacer infungibles, el incumplimiento se produce, en la mayoría de las ocasiones, cuando se ejecuta de modo no conforme con el programa obligacional, esto es, cuando la prestación no se ha ajustado al tenor de la obligación (art. 1.091 C.C.), produciéndose más bien un cumplimiento defectuoso<sup>258</sup>.

No obstante, dispone la segunda parte de este párrafo que aun cuando se hayan tenido en cuenta al pactar la obligación las circunstancias y las cualidades personales del deudor, la regla general, salvo pacto en contrario, es que el deudor-prestador podrá servirse de colaboradores o auxiliares para el cumplimiento de la obligación, respondiendo siempre de la actuación de éstos<sup>259</sup>. Ante el silencio de la norma, cabe plantearse cuál es el ámbito y extensión que ha de atribuirse a la noción de «auxiliar», esto es, si ha de entenderse que éste queda relegado a simples tareas accesorias respecto de la principal encargada al deudor-prestador o, yendo más

---

<sup>258</sup> El principio de la incoercibilidad del *facere* (*nemo ad factum praecise cogi potest*) despliega toda su eficacia tratándose de aquellas prestaciones de hacer en las que, incumplidas o cumplidas defectuosamente, se tuvieron en cuenta las cualidades y circunstancias del deudor —es decir, el supuesto de hecho de la norma del art. 1.161—. De tal modo que si el obligado no realizara su prestación conforme a lo pactado, no podrá ser compelido a hacerlo, sino que será responsable de los daños y perjuicios causados.

<sup>259</sup> Considera loable LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil», op. cit., pág. 40, la previsión del Proyecto en torno al empleo por parte del prestador de servicios de auxiliares en la ejecución del mismo, lo cual resulta conforme a «las características de la sociedad moderna, en la que todas las actividades económicas, y entre ellas los servicios están presididos por una muy acentuada división del trabajo».

allá, incluir una propia delegación a aquél de la completa ejecución de la obligación, e incluso que actuara como un verdadero y propio sustituto.

La adopción de cualquiera de las propuestas requiere, a mi juicio, tener presente que si la prestación es infungible, esto es, es personalísima, el acreedor tiene derecho a exigir que la prestación se ejecute por aquél con quien contrató, que se podrá valer de auxiliares en toda la extensión del encargo—en el caso del abogado, los llamados pasantes—, condicionando, no obstante, esta posibilidad a que los auxiliares realicen la prestación bajo la dirección y supervisión del deudor, quien resulta responsable de la actuación de aquéllos, en virtud de la llamada «responsabilidad contractual indirecta». Otro me parece el juego de la «sustitución» ya que en este supuesto el cumplimiento de la obligación por un tercero distinto al que se encargó aquella, implicaría la entrada de un nuevo obligado frente al deudor<sup>260</sup>.

En cambio, cuando el servicio no es “personalísimo”, el acreedor no podrá oponer ningún obstáculo ni impedimento, ante el silencio de la ley, a la posibilidad de que el obligado se sirva del auxilio de terceros, e incluso de sustitutos, desapareciendo la nota distintiva respecto al mandato —para aquéllos que postulan tal teoría—, pudiéndose asimilar al supuesto previsto por el art. 1.721 C.C. relativo al sustituto del mandatario. En tal caso, la fungibilidad de la gestión en que se resuelve el servicio permite el mecanismo de la sustitución, quedando el sustituto como un nuevo obligado frente al acreedor, con la consecuencia de que será responsable por sí ante el acreedor<sup>261</sup>.

---

<sup>260</sup> Opina LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación ...», op. cit., pág. 41, que no cabe definir la actividad del auxiliar en virtud del criterio de accesoriadad de las tareas desempeñadas, siendo decisivo el hecho de «la introducción voluntaria por el deudor del auxiliar en cualquier faceta del programa prestacional».

<sup>261</sup> En relación al ámbito de responsabilidad del sustituto, considero susceptible de alguna matización la opinión de LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada



Pero el Proyecto va más allá en cuanto que en dicho supuesto de que auxiliares y colaboradores asistan al deudor de la prestación prevé que este último será responsable de la actuación de aquéllos aun cuando no se dé ninguna de las circunstancias que provocan la responsabilidad del mandatario por su sustituto en virtud del art. 1.721 C.C.

Desde otro punto de vista, podría sostenerse que de lo dispuesto en este párrafo del art. 1.584 se desprende el criterio de distinción entre el servicio prestado a través del instrumento «contrato de servicios» de aquél articulado mediante un contrato de mandato, en cuanto que si la prestación en que se resuelve el servicio es infungible, la diferencia con el mandato se fundamentaría en el criterio de la sustitución o sustituibilidad en la *intuitus personae*.

Sin embargo, esto no es pacíficamente mantenido, como vimos en un anterior apartado, en cuanto que para cierto sector doctrinal una vez planteadas a esta nota de la sustituibilidad objeciones verdaderamente acertadas, el elemento diferenciador habría que ubicarlo en la representación que está siempre presente en el

---

nueva regulación del contrato...», op. cit., pág. 41, cuando al sostener que «ya no se puede hablar de responsabilidad contractual indirecta del sustituto, sino de una suya y propia responsabilidad» (opinión que comparto plenamente) identifica tal supuesto con algunos de los contemplados en el art. 1.721 del Código Civil, cuando de un análisis de tal precepto se deduce que en él se toma como punto de partida la distinción entre si la sustitución se autorizó o no, cuestión ésta que no parece extrapolable al contrato de servicios. En efecto, tal premisa parece deducirse del número 1º del art. 1.721, en cuanto que si el mandante no ha dado facultad al mandatario para nombrar sustituto, aquél (el mandatario sustituyente) responderá de la actuación de éste. De lo cual, *a sensu contrario*, parece deducirse que el mandatario sustituyente queda desvinculado de la actuación del sustituto tan sólo en el supuesto de que el mandante haya autorizado la sustitución, designándolo, al mismo tiempo, y sin designación si la persona nombrada por el mandatario es solvente y capaz para la gestión que se le encomienda (así, LEÓN ALONSO, J.R., «Comentarios a los arts. 1.721 y 1.722», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, Vol. 2º, dir. M. Albaladejo, Madrid, 1986, págs. 276 y sigs.). Ahora bien, entiendo que ante un contrato de servicios del que se deriven prestaciones de hacer fungibles, la responsabilidad principal y directa del sustituto del obligado no requiere una autorización del acreedor de dicho servicio.

contrato de mandato y, de la que carece, normalmente, el prestador de un servicio<sup>262</sup>.

### 13. Contrato de servicios y canon de diligencia

El párrafo 4º del art. 1.584 establece dos reglas: la primera, relativa al canon de diligencia exigible al prestador en la realización del servicio, que viene dado por dos pautas, la de la «índole del servicio» y la de la «lex artis».

De este modo, la obligación asumida por el deudor viene caracterizada por el hecho de que la ejecución de la prestación debe realizarse de acuerdo con las reglas del arte, profesión u oficio, que, al mismo tiempo, integran el propio contrato de servicios.

Cabe criticar en este punto al Proyecto por la falta de mención de los «usos profesionales», a los que debería haberse referido en cuanto parámetro a seguir en el modo de realización del servicio, y que suelen quedar reflejados en las normas corporativas de los profesionales, respecto de las cuales también guarda silencio este texto. Ambos, los usos profesionales y las normas corporativas (dictadas por los Colegios profesionales) desempeñan funciones especialmente significativas en lo relativo a la identificación de las reglas de la profesión, arte y oficio, esto es, la *lex artis* a las que ha de conformarse el servicio prestado por el profesional.

La expresa referencia al modelo de conducta exigible al prestador del servicio —la que exija la «índole del servicio»— tiene como función especificar el criterio general establecido en el art. 1.104-1º, que prevé, según vimos, que en la concreción del parámetro de diligencia del deudor ésta habrá de ajustarse a la «naturaleza de la obligación» teniendo en cuenta, al mismo tiempo, las «circunstancias de las personas, tiempo y lugar». Debido a ello, se ha mantenido que la exigencia de ponderación de la índole del servicio

---

<sup>262</sup> Vid. supra .

que realiza del art. 1.584-4° del Proyecto es redundante, «ya que tal elemento no define el modelo del perito, sino que se incluye entre los instrumentos de adecuación de la diligencia del art. 1.104.I (v. gr. la naturaleza de la obligación) que son aplicables a cualquier modelo de conducta»<sup>263</sup>.

#### 14. Contrato de servicios e instrucciones recibidas

El último inciso del apartado 4° del art. 1.584 se ocupa de determinar el deber del prestador del servicio de sujetarse a las instrucciones que reciba de aquél con el que contrató el servicio, salvo que «supongan una intromisión en el ámbito profesional, ocasionen perjuicios o impliquen modificación de la prestación convenida».

Luego, el obligado por un contrato de servicios, aunque sea *intuitu personae*, queda sujeto a idéntica obligación del mandatario que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.719 C.C., en la ejecución del mandato ha de ajustarse a las instrucciones del mandante. En suma, queda sujeto a una especie de *ius variandi* del acreedor, lo cual carece de sentido cuando el prestador posee ciertos conocimientos teóricos o prácticos de los que aquél carece, es decir, cuando se trata de una prestación eminentemente profesional, prestada por aquéllos que ejercen las llamadas “profesiones liberales”.

Movido probablemente por tal circunstancia, el propio párrafo del precepto establece, a continuación, una serie de supuestos en los que el prestador queda exento del deber de ajustarse a las instrucciones del acreedor. Así, entre éstos, se incluye el supuesto de que las instrucciones dadas al profesional supongan una “intromisión en el ámbito profesional”, fórmula esta que, como ha sido puesto de manifiesto por LÓPEZ Y LÓPEZ, por su genericidad

---

<sup>263</sup> Cfr. CORDERO LOBATO, E., «Notas al Proyecto de ley...», op. cit., pág. 877, nota 6. En el mismo sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación...», op. cit., pág. 38.

impide averiguar a qué supuestos concretos se refiere<sup>264</sup>. Podría interpretarse, de manera un tanto audaz, que dentro de ese ámbito profesional inmune a las órdenes e instrucciones del acreedor del servicio (el cliente) cabe entender incluidas las normas deontológicas, las corporativas, las técnicas propias para la ejecución del servicio, entre otras. La indeterminación de tal límite pone de relieve la inseguridad a que podría conducir la aplicación de este criterio en las concretas relaciones obligatorias.

También se suscitan dudas acerca de la interpretación que debe darse a otra de las excepciones al poder directivo o instructor del que encargó el servicio, en particular, respecto a lo que hay que entenderse por «modificación de la prestación convenida», ya que al no precisar la norma la intensidad o amplitud de la modificación que ha de ser sufrida por la prestación en relación a la prevista en el momento de contratar, cabría pensar que cualquier alteración, variación o modificación, aunque fuese mínima, de aquella bastaría a efectos de exonerar al prestador del sometimiento a las instrucciones recibidas.

Del mismo modo, también, podría acusarse de indeterminación y ambigüedad a la última de las excepciones al *ius variandi* del comitente del servicio, que se hace radicar en la causación de perjuicios derivados de aquellas instrucciones, debido fundamentalmente a la falta de indicación del sujeto pasivo que ha de resultar perjudicado (el acreedor, el deudor o un tercero)<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Destaca LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación...», op. cit., pág. 39, el alto grado de ambigüedad de esta norma, al no quedar claro «cuál es ese ámbito profesional que unas instrucciones del que encarga el servicio no puede modificar».

<sup>265</sup> Continúa criticando LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación...», op. cit., pág. 40, la declaración que prohíbe aquellas instromisiones que causen perjuicios, en cuanto que de entenderse referido el supuesto a los perjuicios que pueda causar al acreedor, ello no tendría mucho sentido tanto porque «en este terreno, el acreedor es juez inapelable de su propia conveniencia» como por el juego de otros límites «el deontológico, entre otros, pero de manera muy principal». La existencia del principio general de no dañar a otro haría innesaria la prohibición.

**15. La retribución del servicio**

Se ocupa el art. 1.585 del Proyecto de la retribución del servicio y, en especial, de la determinación del precio ante la falta de pacto de las partes especificándolo.

En este sentido, cabe recordar que para nuestro Código civil el precio constituye un elemento esencial del contrato de arrendamiento de servicios lo que conforme a lo dispuesto en el art. 1.261 en relación con el art. 1.300 C.C., supone que ante la falta del mismo, o la imposible determinación de la remuneración o contraprestación (objeto del contrato junto al servicio, que han de ser cierto, posible, determinado o determinable), el contrato debería ser declarado nulo, con la consecuencia prevista en el art. 1.303, de la restitución de las prestaciones recíprocas.

Sin embargo, para salvar esta consecuencia jurídica, ante la falta de previsión de las partes, recoge el Proyecto la orientación jurisprudencial ya consolidada en el ámbito de la prestación de servicios por profesionales en virtud de la cual la exigencia de precio cierto se considera satisfecha mediante la aplicación de los usos del lugar donde se contrataron los servicios que integran de este modo dicho contrato (cfr. art. 1.258 C.C.)<sup>266</sup>. Guarda silencio el precepto en relación a las normas de los Colegios profesionales que establecen unas tarifas de honorarios mínimos para las prestaciones llevadas a cabo por sus colegiados cuya remisión en el contrato, como vimos, se ha considerado suficiente por el Tribunal Supremo para entender cumplido el requisito de la determinabilidad del precio.

Pues bien, a falta de estos criterios, establece el precepto que la remuneración se determinará en virtud del valor común o de mercado, que en la mayoría de las ocasiones coincidirá con aquél que

---

<sup>266</sup> Sobre la determinación del precio y la jurisprudencia existente al respecto, vid. supra § 4. 5, pág.

se derive de los usos. De este modo, el precio así fijado parece justificarse en una presunta voluntad de las partes<sup>267</sup>.

### *16. Extinción del contrato de servicios*

Siguiendo con la exposición de los preceptos del Proyecto de Ley que se refieren al contrato de servicios, el art. 1.586 se ocupa de una de las causas de extinción de las obligaciones derivadas de aquel contrato, consistente en el fallecimiento de la persona que encargó los mismos.

De este modo, una vez acaecida la muerte del que contrató la realización, desarrollo o ejecución de ciertos servicios, permite la norma a los herederos de aquél desistir del contrato, con la obligación subsiguiente de indemnizar al obligado a prestarlos.

Conforme al tenor literal del precepto, para que se produzca el efecto aquí previsto, esto es, la extinción de la obligación del prestador del servicio de llevarlo a cabo, habrá de tratarse de un servicio que, a pesar de la muerte del que los contrató, aun sea posible, ya que de otro modo, la obligación quedaría extinguida al desaparecer o devenir imposible el objeto de la prestación.

La facultad de desistimiento que se concede a los herederos se condiciona a la pérdida de utilidad del servicio para aquéllos, actuando como justa causa de imprescindible constatación para que se pueda extinguir el contrato. Con tal concepción, en último término, se hace depender la admisión o denegación del desistimiento de la interpretación que se haga de la falta de utilidad del servicio para los herederos. El resultado podrá variar, en gran medida, dependiendo de la perspectiva que se adopte para la

---

<sup>267</sup> Observa CORDERO LOBATO, E., «Notas al Proyecto de Ley...», op. cit., pág. 879, nota 9, que con dicha norma del Proyecto se obtiene idéntico efecto económico que el que seguiría a la obligación de restitución por equivalente resultado de la nulidad del contrato, pero «no ocurre lo propio con las eventuales garantías accesorias que aseguren el cumplimiento de la obligación, que no serían exigibles, por ser nulas».

constatación de tal exigencia, desde un punto de vista subjetivo a uno más rígido objetivo.

En la medida en que la interrupción de la relación obligatoria quiebra las expectativas generadas en el prestador del servicio, prevé la norma el derecho de éste a recibir una indemnización que se cuantificará siguiendo las pautas fijadas por la misma. En tal caso, la indemnización consistirá en «la mitad de la retribución correspondiente al tiempo comprendido entre el desistimiento y la conclusión del plazo previsto», lo cual, de manera indirecta, pone de manifiesto otra condición conformadora del supuesto de hecho de la norma: el contrato tiene una duración determinada, es decir, los servicios fueron contratados por tiempo fijo y no por tiempo indefinido. Además, ante el silencio de la norma, no será necesario cumplir plazo alguno de preaviso para que los herederos ejerciten la facultad prevista en este precepto.

¿*Quid* si el contratante fallecido contrató los servicios sin un plazo prefijado, indefinidamente? La respuesta pasa, a mi juicio, por el estudio de la consecuencia jurídica prevista en el artículo posterior.

El art. 1.587 prevé otra causa de extinción de los contratos de servicios, si bien el supuesto de hecho de la norma resulta restringido a aquellos contratos que no tengan previsto un plazo de duración determinado, esto es, a los contratos de duración indefinida a los que se refiere el art. 1.584-1º. En tal caso, cualquiera de las partes contratantes tiene derecho a desistir del contrato siempre con un plazo de preaviso de seis meses, salvo que del pacto o de los usos resulte otro plazo menor.

Se configura, de esta manera, una especie de desistimiento *ad nutum*, ligado a la autonomía de las partes, que no requiere, por tanto, ninguna causa que lo justifique bastando con el cumplimiento de la exigencia del preaviso.

A diferencia del precepto anterior nada dice el art. 1.587 en relación a la existencia de una indemnización, de donde parecería desprenderse que el exacto cumplimiento del requisito temporal del preaviso niega cualquier pretensión indemnizatoria a la parte que no desistió<sup>268</sup>. Ahora bien, la cuestión, entonces, queda reducida a las consecuencias que cabe derivar del incumplimiento o de un cumplimiento irregular del citado plazo de preaviso.

De entre las posibles soluciones, me inclino, siguiendo al Profesor LÓPEZ Y LÓPEZ, por entender que el ejercicio intempestivo o el no ejercicio del mencionado plazo de preaviso de seis meses más que hacer ineficaz el desistimiento lo que provoca es el derecho de la parte que se ha visto perjudicada ante tal omisión o acción irregular a ser indemnizada en tal perjuicio<sup>269</sup>.

En cuanto a la cuestión planteada acerca de la indemnización a la que se refiere el art. 1.586 en el supuesto de que el contrato celebrado tenga duración indefinida, dos son las interpretaciones principales que se pueden realizar: de un lado, podría entenderse que el supuesto de hecho del art. 1.586, a pesar de su tenor literal, no cabe restringirlo a las hipótesis de contratos por tiempo fijo, preconizando, por tanto, idéntica solución para todos los supuestos de desistimiento que traiga su causa en el fallecimiento del que contrató los servicios; de otro, de una conexión sistemática de los arts. 1.587 y 1.586 cabe concluir que la posibilidad ofrecida a los herederos de desistir del contrato pactado por el causante (con la obligación de indemnizar al prestador) debe reducirse al supuesto

---

<sup>268</sup> Sostiene tal interpretación LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación...», op. cit., págs. 44 y 45, que se justifica por la propia finalidad del plazo de preaviso. En efecto, siguiendo a este autor, «el preaviso, sirve, más bien, para evitar que una interrupción a discreción de una de las partes, en la medida en que sea deudora, ocasione un daño excesivo en su derecho de crédito a la otra», asegurando dicho período de tiempo una ordenada cesación de la relación existente entre las partes.

<sup>269</sup> Para este autor, op. cit., pág. 45, dicha interpretación resulta respaldada por lo dispuesto en sede de mandato en el art. 1.736 C.C. en relación a la renuncia del mandatario cuando ésta causa perjuicios al mandante.



específicamente previsto, esto es, al contrato pactado por tiempo fijo, de modo que cuando el contrato tenga una duración indefinida también se hallan los herederos sujetos al plazo de preaviso de seis meses establecido en el art. 1.587 del Proyecto<sup>270</sup>. La opción por esta última interpretación lleva implícita la denegación de la indemnización prevista en el art. 1.586 al prestador del servicio que ha visto frustrado su prestación por causas a él no imputables, salvo en la hipótesis de que no se cumpla debidamente el plazo de preaviso, en cuyo caso, habríamos de aplicar idéntica solución a la propuesta para el art. 1.587, esto es, entender que debe indemnizarse al prestador de servicios por los daños generados por el ejercicio incorrecto del plazo antedicho<sup>271</sup>.

Por último, resulta necesario resaltar, aunque no lo haya hecho el Proyecto para los contratos de servicios, que entre otras causas de extinción de las obligaciones derivadas de aquéllos destaca la del fallecimiento del prestador cuando se trate de un contrato *intuitu personae*, esto es, cuando se tuvieron en cuenta las cualidades personales (profesionales o técnicas) de aquél al encargar el servicio. La extinción de la obligación deriva de una sobrevenida imposibilidad de la prestación, tal como prevé el art. 1.184 C.C. para las obligaciones de hacer en general.

Idéntica solución se prevé para el supuesto de que lo pactado entre las partes sea un contrato de obra en el art. 1.597 del Proyecto, que ya aparece contemplada en el art. 1.595 del C.C.

---

<sup>270</sup> Dicha interpretación es mantenida por CORDERO LOBATO, E., «Notas al Proyecto de Ley ...», op. cit., pág. 879-880.

<sup>271</sup> No parece convencer ninguna de las interpretaciones a LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «La proyectada nueva regulación...», op. cit., pág. 47, quien pone de manifiesto que en este aspecto el Proyecto «carece de hilo conductor claro, mezclando aspectos que se pueden relacionar en una hipótesis real, que puede ser todo lo compleja que es lo real, pero cuyas consecuencias cabría deslindar autónomamente en el terreno de explicación de las normas: influencia del fallecimiento sobre la relación contractual, posibilidades de desistimiento *ad nutum* y posibilidades de desistimiento por justa causa, requisitos y condiciones de ejercicio del desistimiento, procedencia o improcedencia de indemnización, cálculo de la misma según los casos».

**PARTE II. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN  
DEL ABOGADO: LA IMPERICIA**

### CAPITULO III: LA DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Una vez analizada la estructura de las obligaciones denominadas de «medios», y diferenciadas de aquéllas que se consideran de «resultado», así como delimitadas las figuras contractuales a través de las que se puede articular la prestación del abogado, distinguiéndolas en atención del fin último o causa del contrato, se hace necesario incidir en un concepto que goza de gran trascendencia en el ámbito de las relaciones contractuales con profesionales, sin el cual difícilmente se puede llegar a realizar un estudio acerca de la impericia del profesional, ni menos aún un análisis sobre los principios que rigen el incumplimiento obligacional de éste.

En efecto, en este capítulo se pretende la indagación del significado y funciones de la diligencia que, como hemos visto, se erige el elemento esencial de las obligaciones que se han venido denominando de «medios», pero que también desempeña un papel fundamental en el desarrollo de la conducta del deudor en que se traduce cualquier obligación y no sólo en aquellas cuyo objeto sea un *facere*, en cuanto se erige en presupuesto de la determinación del exacto cumplimiento de las obligaciones.

De otra parte, la ausencia de diligencia, en cuanto puede comportar la insatisfacción del interés primario del acreedor al no ver cumplida la prestación prometida o verla defectuosamente cumplida —y, por tanto, no llegando a la satisfacción de su interés—

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

puede llegar a desencadenar el juicio de responsabilidad del deudor ante dicho incumplimiento contractual en el que se ha manifestado la omisión de la diligencia debida.

No se puede olvidar que junto a las nociones de dolo, buena fe y riesgo, la diligencia y la negligencia constituyen los elementos estructurales básicos de todo el sistema de responsabilidad contractual.

Además, cabe poner de relieve que el abogado al entablar una relación contractual debe llevar a cabo la actividad encaminada a la realización del servicio prometido conforme a la *lex artis* de su profesión, de tal modo que el contenido de la prestación queda determinado por tales reglas profesionales, así como por la diligencia exigible a un profesional, que ha venido siendo configurada como pericia.

Teniendo presente lo anterior, constituirá también objeto de esta segunda parte de la investigación tanto el estudio de los presupuestos del exacto cumplimiento de la prestación del abogado, delimitando las nociones de diligencia y pericia (Capítulo IV), como la determinación de las funciones que desempeña la diligencia, en particular la exigible al buen profesional, en la determinación del cumplimiento de la obligación.

Para llevar a cabo tal labor resulta conveniente realizar una sucinta exposición de los modelos de conducta típicos que se consideran, a lo largo de la historia, jurídicamente exigibles al deudor, resaltando, entre éstos, el representado por la diligencia del buen padre de familia como modelo de conducta aplicable a las obligaciones contraídas por un deudor no cualificado en relación con una prestación no cualificada y frente a éste, el del buen profesional, el de perito, al que debe ajustarse el deudor en la ejecución de una prestación cualificada, y que presupone la posesión de los conocimientos propios de una profesión, arte u oficio.

### § 7. La formación histórica de la noción de diligencia

El estudio del origen y la evolución de la noción de diligencia no resulta una tarea sencilla, sino que, por el contrario, requiere un conocimiento exhaustivo de los textos romanos clásicos y post-clásicos, y sobre todo del Derecho común, como ha demostrado el Profesor BADOSA COLL en su importante monografía<sup>1</sup>.

Por ello, en este capítulo, tan sólo pretendo realizar una aproximación a este concepto con la finalidad de profundizar sobre su significado y funciones en el ordenamiento jurídico vigente, teniendo en cuenta, además, que no existe unanimidad en la doctrina científica sobre las funciones que originariamente desempeñaban la diligencia y la culpa en las obligaciones<sup>2</sup>.

La noción de *diligentia* aparece en diversos textos como los de Cicerón (*De oratore* 2, 35, 150) según el cual «*in cura, attentione animi, cogitatione, vigilantia, assidue, labore et ut complectar uno verbo ... diligentia*»<sup>3</sup>.

En efecto, en el lenguaje jurídico romano, durante la etapa clásica, la noción de *diligentia* apela, referida en el ámbito del Derecho de obligaciones, al cuidado o el celo que el deudor debe

---

<sup>1</sup> Para un estudio del concepto de diligencia y de los modelos de conducta en que ésta se individualiza resulta imprescindible la extraordinaria obra de BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987. Sobre el origen de la noción de «diligencia» vid. también LEGA, C., *La diligenza del lavoratore*, Milán, 1963, págs. 203 a 233.

<sup>2</sup> Así, advierte OSTI, G., «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, I, pág. 608, que el estudio de las diversas soluciones adoptadas progresivamente en torno a la función que desempeña la diligencia en el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, desde el derecho romano al derecho justiniano, pone en evidencia la «imposibilidad de extraer de dicho desarrollo histórico un principio lógico dominante que pueda arrojar luz al sistema moderno».

<sup>3</sup> Cfr. MUSSOLINO, G., *L'opera intellettuale*, Milán, 1995, pág. 121. Para LEGA, C., *La diligenza del lavoratore*, Milán, 1963, la expresión «*diligentia*» aparece también en Cicerón (*Familia*, 9, 71), en Isidoro de Sevilla (*De Differentis* I, 17) y en Santo Tomás (*Summa Theologica*, 2a-2ae, q. 54).

adoptar en el cumplimiento de sus obligaciones; en particular, a la conducta atenta y previsoras de quien desarrollaba una actividad de gestión de intereses ajenos<sup>4</sup>. Resulta, por ello, corriente que el término *diligentia* apareciera en los textos clásicos unido, fundamentalmente, a otros dos: *officium* y *fides*. Con tales términos se prescribía a los sujetos que por razón de su oficio, público o privado, desempeñaran actividades de gestión de asuntos ajenos (tales como la tutela, el mandato, la *fiducia*, la sociedad, la *negotiorum gestio*) una manera cualificada de cumplimiento de sus obligaciones, es decir, debían ejecutar su obligación con cuidado, celo, atención, sin causar perjuicio alguno a los intereses de los que les encomendaban sus asuntos<sup>5</sup>.

La dificultad que entraña el estudio de la formación histórica de la noción de diligencia es debida, en parte, a la variedad terminológica y de acepciones que dicha noción acogió en su seno desde sus orígenes.

Así, de una parte, etimológicamente a la «*diligentia*» se le contraponen el término de «*neglegentia*» - «*nec legere*»— que aparecen configurados, por algunos autores, como aspectos de signo contrario del mismo juicio valorativo de la conducta del deudor<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Siguiendo a CANCELLI, F., Voz «Diligenza (Diritto Romano), *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Milán, 1964, pág. 525, durante la época clásica y postclásica del Derecho romano la noción de diligencia aparecía sólo referida a las relaciones jurídicas que implicaran una actividad gestoria y administrativa indicando el deber de desarrollarla de manera escrupulosa.

<sup>5</sup> Para CANCELLI, F., Voz «Diligenza (Diritto Romano)», *op. cit.*, págs. 519 y 520, la premisa de «*diligentia et fides*» era indispensable en estas obligaciones cuyo contenido era un *facere*, un *gerere*, debiéndose entender «*fides* no sólo como fidelidad hacia la persona, sino también como constancia en el esfuerzo del cumplimiento del encargo, del *officium*, asumido».

<sup>6</sup> En este sentido, BIANCA, C.M., Voz «Negligenza (Diritto Privato)», *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IX, Turín, 1965, pág. 191, pone de manifiesto la plena correlatividad entre negligencia-diligencia como momentos positivos y negativos de una misma valoración normativa. Entiende, además, que un tratamiento autónomo de la negligencia no aparece justificado ya que «los comportamientos específicos de la negligencia son siempre reconducibles al juicio de omisión de una cierta medida de la diligencia».

De otro lado, la diligencia es concebida como la antítesis de la culpa, viniendo ésta a identificarse, en ocasiones, con la negligencia<sup>7</sup>. Tal es la concepción que quedó reflejada en el art. 1.104-1º del Código

---

<sup>7</sup> La categoría de la culpa como omisión de la diligencia es recogida en varios pasajes de las fuentes justinianeas. Así, en D. 18, 1, 68 pr. en sede de compraventa, se identifica el *culpam praestare* con el *diligentiam praestare*: «Si al vender un fundo hubieses declarado en una cláusula que lo que se hubiera exigido del arrendatario habrá de acceder al comprador, estimo que del cobro de la renta *deber responder no solamente por la buena fe, sino también por la diligencia; es decir, no solamente carecer de dolo, sino también de culpa*»; y en D. 18, 6, 12 donde se prevé que la existencia de diligencia excluye la culpa, cuando dice: «Si se hubiere incendiado una casa que se había vendido, toda vez que un incendio no puede realizarse sin culpa, ¿cuál sería la solución? Respondió que, aunque pudo haber ocurrido sin culpa de una persona cabeza de familia, si fue por negligencia de los esclavos, el dueño estará incurso en culpa; por lo cual, si el vendedor hubiese custodiado la cosa *con aquella diligencia que deben poner los hombres cuidadosos y diligentes*, si algo hubiese ocurrido, *de nada debe responder él*».

En este sentido, también D. 19, 2, 25, 7, que contiene idéntica afirmación respecto a la *locatio-conductio*: «El que tomó en arriendo el transporte de una columna, si ésta se rompió al retirarla, llevarla o dejarla en su sitio, ha de ser responsable de este riesgo si hubiese ocurrido con culpa del mismo o de aquéllos que están a su servicio, y *está exento de culpa si ha realizado todo lo que cualquier persona diligentísima hubiera hecho*». De idéntico modo en D. 13, 6, 5, 3 y 15 respecto al contrato de comodato al declarar: «El comodato no tiene utilidad generalmente más que para el comodatario, y así es más exacta la opinión de Quinto Mucio cuando cree que *debe responder por la culpa y de su diligencia*, y si la cosa se dio acaso con estimación, que debe responder de todo riesgo aquél que aceptó pagar la estimación» y «... Pero en el caso del vehículo comodado o arrendado, tengo de hecho un uso parcial, pues no ocupo todas las partes del vehículo, aunque es más exacto, dice Labeón, que deba responder totalmente del dolo, la culpa, la diligencia y la custodia...»; y en D. 50, 17, 23 donde se prevé que existen ciertos contratos respecto de los que cabe exigir «responsabilidad por dolo y culpa» como el mandato, el comodato, la compraventa, la prenda, la *locatio-conductio*, la dación de dote, la tutela y la gestión de negocios, «en los cuales se exige también la diligencia».

Por otra parte, son también numerosos los pasajes en los que la culpa viene identificado con el opuesto de la diligencia, esto es, con la *neglegentia*. Así, aparece en D. 27, 7, 4 y *Codex Iust.* 5, 54, I en sede de tutela y en relación a la responsabilidad exigible al heredero del tutor por la administración de los bienes del tutelado: «Cuando decimos que también el heredero puede ser demandado con la acción de tutela, debe considerarse si el heredero responde de su propio dolo y propia administración... Claro que la propia negligencia no se toma en cuenta al heredero del tutor»; y en D. 17, 2, 23, 1, (e *Inst. Iust.* 3, 25, 9) donde en relación a la responsabilidad en el contrato de sociedad se tiene declarado que «si el esclavo de uno de los socios colocado al frente de la sociedad por su dueño hubiese hecho malversación *negligentemente*, el dueño que lo colocó habrá de responder ante la sociedad...»; en *Codex Iust.* 4, 354, 21 respecto al mandato; en *Inst. Iust.* 3, 14, 3, en relación al depósito; y, por último en D. 50, 16, 226 de modo genérico.

civil español que, como veremos, considera sinónimos la culpa y la negligencia definidos, asimismo, como la omisión de la diligencia<sup>8</sup>.

A este efecto, conviene señalar que, si bien la noción de culpa ya aparecía en ciertos textos clásicos, fueron los compiladores justinianos —según opinión de algún autor—, o los bizantinos —conforme otra posición doctrinal— quienes interpolando el término culpa en aquellos textos, la identificaron como la omisión de la diligencia, y la convirtieron en un criterio de imputación distinto del dolo<sup>9</sup>.

Debido a tales interpolaciones, la culpa aparecerá condicionada de manera necesaria a la noción de diligencia, tal como resulta de la definición contenida en D. 9, 2, 31: «*Culpam esse quod cum a*

---

<sup>8</sup> En su intento de indagar sobre el significado técnico de la palabra *culpa*, entiende CHIRONI, G.P., *La culpa en el Derecho civil moderno*, Vol. I, traducción a la 2ª ed. italiana corregida y aumentada por A. Posada, reimpr. 2ª ed., Madrid, 1978, pág. 107, que la culpa representa el término por el cual el hecho o la omisión se liga a la conducta del agente, siendo su significado, incluso en materia extracontractual, «omisión de la diligencia o imprudencia». Para ALTAVILLA, E., *La colpa (Il reato colposo, riflessi civilistici, analisi psicologica)*, Roma, 1949, pág. 16, si bien referido al ámbito penal y en particular al art. 43 C.P. italiano, no cabe dar un significado tan amplio a la negligencia que comprenda cualquier forma de culpa, sino que aquella expresión debe restringirse a una de las formas de la culpa, consistente en un comportamiento omisivo, contrastante con aquellas normas que imponen una determinada conducta, solícita, atenta y cuidadosa, dirigida a impedir un evento dañoso o peligroso.

<sup>9</sup> La doctrina romanista no se muestra unánime en la atribución de la titularidad de este cambio de concepción de la diligencia como antitética de culpa y como criterio de imputabilidad del incumplimiento de las obligaciones. Así, mientras para BETTI, E., *Istituzioni di Diritto romano*, II, Padua, 1960-1962, págs. 355 y sigs., este cambio se produjo en el Derecho post-clásico por obra de los compiladores justinianos, ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª ed., Nápoles, 1958, pág. 5 y sigs., sostiene que se debió a la influencia de las escuelas postclásicas orientales a las que se adhirieron los justinianos. En la misma línea de este último, para CANCELLI, F., Voz «Diligenza (Diritto romano)», op. cit., pág. 522, resulta justificado que por el propio carácter de los bizantinos que gustaban de clasificaciones, de distinciones y de contraposiciones de conceptos, fueron éstos quienes concibieron la culpa como un valor distinto del *dolus*, cuyo presupuesto era la *diligentia* omitida. En cambio, para DE ROBERTIS, F.M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Vol. I, Bari, 1983, págs. 186 y sig., tal cambio se opera en la época de Justiniano, por obra de los compiladores.



*diligenti praevideri poterit, non esset provisum* («Es culpa lo que pudiendo ser previsto por una persona diligente, no ha sido previsto»)<sup>10</sup>.

De esta manera, en la compilación justiniana el término culpa asume un significado variable, utilizándolo, fundamentalmente, con tres acepciones: como ilícito, sea penal sea civil; como negligencia; y como criterio de imputación de responsabilidad al deudor<sup>11</sup>.

A partir del Derecho post-clásico y debido fundamentalmente a la clasificación elaborada por los maestros bizantinos y posteriormente profundizada por los glosadores, el concepto de *diligentia* es explicado por los romanistas como la antítesis de la «culpa leve», consistente ésta en no usar los cánones normales de diligencia y prudencia, la perspicacia propia del hombre regulado y ordenado en sus tareas domésticas, y que viene representado bien por el modelo del «buen padre de familia» (*diligens paterfamilias*), bien por la habitual conducta que el obligado tiene respecto a sus cosas (*diligentia quam suis*)<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Expone CANNATA, C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Vol. I, Milán, 1966, págs. 7 a 9, que el presentar la culpa y la diligentia como dos aspectos opuestos del mismo grado de responsabilidad es un comportamiento postclásico, tal como en su momento puso de relieve KUNKEL, lo cual significaba sobre todo suprimir cualquier base a una concepción de la culpa como criterio subjetivo de responsabilidad. Al asumir tal posición gran parte de la doctrina romanista, se pone de manifiesto la renuncia de la misma a configurar la responsabilidad por *custodia* como responsabilidad derivada de la falta de *diligentia in custodiendo*, para concebirla como una responsabilidad objetiva.

<sup>11</sup> Según TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VII, Milán, 1960, pág. 518, en la última acepción, el término culpa es adoptado para indicar el nexo entre el incumplimiento de una obligación, en la responsabilidad contractual, y un comportamiento del deudor, de donde se deriva la responsabilidad del deudor mismo. En el Derecho justiniano los límites de la culpa está constituidos por el *casus* y por el *dolus*. El primero porque más allá de este límite no existe responsabilidad (D. 19, 2, 9, 3, respecto a la *locatio-conductio*) y el segundo porque la responsabilidad por culpa sólo comienza donde termina aquella por dolo (como criterio diverso de determinación de la responsabilidad del deudor).

<sup>12</sup> La doctrina romanista no se ha mostrado de acuerdo sobre el origen de la graduación de la culpa que dió origen a la conocida tripartición en culpa lata, leve y levísima; aun que según la doctrina mayoritaria inicialmente, en época postclásica y

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

Frente a esto, cuando se omite una *nimia diligentia*, se entendía en el Derecho justiniano que dicha omisión adquiriría proporciones notables incurriendo su infractor, conforme a la clasificación de las fuentes justinianas, en una *culpa lata* o *nimia neglegentia*, equiparándose, en ciertos supuestos al dolo<sup>13</sup>. Esta diligencia nimia o mínima cuya violación constituye culpa lata, se identifica por los glosadores según la definición del D. 50, 16, 213, 2 y 223 pr. con el *non intellegere quod omnes intelligunt*.

Por último, en época más tardía, al adicionarse un tercer grado de culpa, se entendió que exigiendo la obligación una diligencia más rigurosa y escrupulosa, esto es, una *exactissima diligentia*, si el particular en el cumplimiento de sus obligaciones no la observaba o no alcanzaba tal nivel, había incurrido en una *culpa levissima*<sup>14</sup>.

---

justiniana, se distinguió dos grados de culpa, siendo los glosadores los artífices de la adición de la *culpa levissima*. Así, ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Nápoles, 1978, págs. 387 y sigs.; JÖRS, P. y KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, op. cit., págs. 257 y sigs.

<sup>13</sup> Para algunos autores la equiparación al dolo de la culpa lata aparece ya en los textos clásicos, en concreto, en Celso D. 16, 3, 32, en relación a la responsabilidad del tutor («Lo que decía Nerva de que el dolo es una culpa más lata, no gustaba a Próculo, pero me parece certísimo»).

Sin embargo, lo cierto es que la terminología del *Corpus Iuris* es equívoca en ciertos fragmentos y la investigación de las interpolaciones por parte de los estudiosos del Derecho romano ha llevado a parte de la doctrina a estimar, como hace CANNATA, C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milán, 1966, pág. 5, de manera rotunda, que tales investigaciones demuestran que «el derecho clásico no conocía el concepto de culpa lata, y en consecuencia, era extraña a tal período la equiparación de ésta al dolo». En el mismo sentido, ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, op. cit., págs. 251 y sigs. Tal demostración fue aceptada por KRÜGER en su edición del Digesto.

Ahora bien, de los textos del Digesto se desprende que como regla general, a la culpa lata le corresponde una *nimia neglegentia*: D. 50, 16, 213, 2; D. 17, 1, 29 pr.: «... pues la negligencia desordenada se acerca al dolo...».

<sup>14</sup> Para BELLOMO, M., Voz «Diligenza (Diritto intermedio)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIV, Milán, 1974, pág. 535, la categoría unitaria de la *exactissima diligentia* y la correlativa responsabilidad por culpa levissima no existió en la compilación justiniana —salvo referencias accidentales y casuales a la *diligentissimus paterfamilias* o *exactissima diligentia*—, siendo su creación mérito de la doctrina jurídica medieval. En el mismo sentido, TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», Vol. VII, Milán, 1960, págs. 520 y sigs.

Teniendo en cuenta tales construcciones se puede concluir que el sistema de responsabilidad justiniano se configuraba como un sistema subjetivo de responsabilidad basado en los conceptos de culpa y *diligentia*; donde la *diligentia diligentis* ocupa un lugar privilegiado, deviniendo en el modelo común de conducta diligente. Sólo en algunos casos particulares la diligencia asume una particular configuración como *diligentia in custodiendo*, esto es, como un tipo particular de diligencia, cuya existencia se justifica por la sustitución que de la responsabilidad objetiva propia del período clásico se realiza en la época post-clásica y justiniana<sup>15</sup>.

Posteriormente, van surgiendo diversas nociones que inciden, bien en su vertiente positiva bien en su vertiente negativa, en la figura de la diligencia, viniendo a coincidir total o parcialmente con su contenido. Este sistema de división de la culpa en tres grados prevaleció entre los intérpretes del Derecho romano, desde BARTOLO y durante toda la Glosa<sup>16</sup>.

A partir del siglo XII, por obra de los maestros de la glosa en su descubrimiento de las fuentes romanas, el problema de la diligencia se convierte en objeto principal de múltiples estudios, sucediéndose interpretaciones diversas influidas por la tradición canonista y el renovado estudio de la filosofía aristotélica<sup>17</sup>. Así, a finales del siglo

---

<sup>15</sup> Pone de manifiesto TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», op. cit., pág. 521, que esta *diligentia custodiendum*, como tipo particular de diligencia que se separa de la *diligentia diligentis*, no es puesta nunca en relación con la culpa; pero si se tiene en cuenta que existen textos en los que se contraponen culpa y custodia, viniendo esta última a ser reinterpretada en el sistema justiniano como *diligentia in custodiendo*, cabe concluir que los dos conceptos aún permanecen, en este período, antitéticos.

<sup>16</sup> Como pone de manifiesto GIORGI, G., *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a la legislación españolas y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Vol. II, Madrid, 1928, págs. 28 y sigs., ya BARTOLO decía: «*In contractibus, qui celebrantur gratia dantis tantum venit dolus et lata culpa; in his, qui gratia accipientis tantum venit levis et levissima; in his, qui gratia utriusque, venit lata et levis*».

<sup>17</sup> Cfr. BELLOMO, M., Voz «Diligenza (Diritto intermedio)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIV, Milán, 1974, pág. 530.

XIII, la *Summa Theologica* de Santo Tomás de Aquino definía la diligencia como «*electio... recta eorum quae sunt ad finem*», opuesta a la *negligentia* y asimilándola, a su vez, a la prudencia (contrario al concepto de imprudencia)<sup>18</sup>.

La esencia de la culpa en el sistema de la Glosa está en la omisión de una diligencia que es diversa según los grados de la culpa, y que no debe corresponderse a un intento defraudatorio, ya que si no entraría en el dolo. La falta de *diligentia*, en que consiste la culpa, tiene como efecto la producción de un evento dañoso previsible mediante un cierto comportamiento del deudor pero no previsto por él mismo<sup>19</sup>.

En su significado originario esta noción tenía una base subjetiva e interna referente al ánimo del sujeto, a su comportamiento psíquico-volitivo; sin embargo, como veremos, va adquiriendo paulatinamente un sentido técnico y objetivo, al hacer referencia a determinados modelos abstractos de conducta, que se sobrepone al primero y es el que resulta plasmado en la mayoría de las legislaciones modernas.

A medida que va extendiéndose la aplicación de la noción de diligencia a todas las obligaciones, no sólo a las relaciones obligatorias gestoras, ésta deviene en el modelo abstracto de una conducta atenta y prudente del obligado, cuya inobservancia provoca que la pérdida del objeto de la prestación o de la imposibilidad de la prestación le sea imputable, salvo que sean debidas a *casus fortuitus* o *vis maior*.

---

<sup>18</sup> *Summa Theologica*, II, II, q. 54, a.2.

<sup>19</sup> Conforme a este razonamiento, según TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», op. cit., pág. 524, la culpa se identificaría con el contrario de la diligencia, es decir, con la *negligentia*. No obstante, existe una corriente de pensamiento en la Glosa que distingue de una parte, la culpa y, de otra, la *diligentia* y la *negligentia* (como su opuesto) considerando la primera como comportamiento positivo del deudor (y en consecuencia, violación de un deber de abstención) y las segundas como aspecto positivo y negativo de un deber de colaboración del deudor que podría dar lugar a la culpa omisiva.

Respecto al sentido objetivo que cabe atribuir a la diligencia podemos entender por ésta, con BADOSA COLL, «la mera indicación o proposición formal de una conducta en relación a una actividad debida (art. 1094 C.C.) o legítima (art. 1.555-II C.C.) cuyo contenido material hay que integrar en base a un determinado modelo de comportamiento (padre de familia, *quam suis*, pericia)»<sup>20</sup>. En este sentido, la diligencia se mide en relación a un modelo de comportamiento que se estima exigible al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, siendo independiente, si no se ajusta a tal medida, el que el deudor haya puesto toda su «buena voluntad».

Frente a esto, en sentido subjetivo, la noción de diligencia haría referencia al cuidado, atención, celo, esfuerzo, interés, etc. que el deudor ha de poner en el cumplimiento de la obligación asumida por él, debiendo consistir, por tanto, en la especificación o individualización del modelo abstracto del «buen padre de familia»<sup>21</sup>. Se trata de una diligencia entendida como tensión de voluntad y no tanto como modelo de conducta del deudor.

Un ejemplo paradigmático de la diligencia en su connotación subjetiva viene constituida por su referencia a la «custodia» en los textos post-clásicos, esto es, la *diligentia in custodiendo*. Así,

---

<sup>20</sup> Cfr. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., pág. 34 y sigs. Este autor en su magnífico estudio, en particular, en el capítulo I dedicado a precisar el concepto de diligencia, distingue un significado objetivo de la diligencia respecto de otro subjetivo. Dentro del primero, a su vez, cabe diferenciar la diligencia en relación a la actividad jurídicamente calificada que es su objeto, y la configuración objetiva del modelo del «buen padre de familia». El significado subjetivo de la diligencia se muestra inadecuado tanto para caracterizar la diligencia del deudor en el Código civil como para configurar un modelo de conducta.

<sup>21</sup> Para BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., págs. 77 y 78, los modelos de conducta pueden ser sistematizados en dos grupos en atención a que dichos modelos sean creados con datos proporcionados por la misma obligación o ajenos a la misma. Así, entre los primeros incluye el modelo de *diligentia quam suis* y el enunciado en el art. 1.104-I C.C.; entre los segundos, destacan el modelo del buen padre de familia y el del experto (que haría referencia a la pericia).

mientras los clásicos entendían que la custodia integraba la obligación de conservar el objeto dado en custodia al garantizar su restitución, resolviéndose, por tanto, en una obligación de *dare*, que determinaba una responsabilidad objetiva —en contraposición al criterio subjetivo del dolo, referente al *animus* del sujeto—, los autores post-clásicos aplican a la custodia la noción de *diligentia* en su sentido psicológico, variando su significado originario, y concibiéndola como una conducta de vigilancia de la cosa custodiada dirigida a su restitución, e introduciendo, en consecuencia, una responsabilidad subjetiva en la misma<sup>22</sup>.

La evolución sufrida por la noción de *custodia* y la diversidad de concepciones (subjetivas u objetivas) en torno a la obligación de *custodiam praestare* constituye uno de los temas centrales de los romanistas<sup>23</sup>.

A este efecto, basta apuntar que durante la época clásica la custodia deviene en criterio fundamental de la responsabilidad sobre la base de que se entendía que ella misma era idónea para evitar cierto tipo de daños, lo cual tuvo como consecuencia una progresiva ampliación de su ámbito de aplicación, asumiendo, de este modo, el papel de criterio de responsabilidad por pérdida debida a causas evitables empleando custodia. Durante la última fase del período

---

<sup>22</sup> Conforme a ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale nel diritto romano*, op. cit., págs. 62 y sigs., y CANCELLI, F., Voz «Diligenza...», op. cit., pág. 522, la natural relación de la custodia, que ya en sí implicaba una garantía de restitución, y la diligencia provocó este cambio de concepción.

A ello aludirían los textos del D. 13, 6, 5, 5: «*custodia plane commodate rei etiam diligentem debet praestare*» («Debe responder, claro está, de la custodia, incluso diligente, de la cosa comodada»); D. 18, 6, 2, 1: «*custodiam... qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet (Gai. 2)*» («debe el vendedor prestar custodia, si acaso plena, de tal modo que responda de diligencia»); D. 18, 6, 3: «*custodiam autem venditor talem praestare debet... ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus (Paulo 2)*» («Sin embargo, debe el vendedor responder de aquella custodia... de modo que responda de la más exacta diligencia, la que pone en sus propias cosas»).

<sup>23</sup> Para un estudio de la evolución de la responsabilidad por custodia y el significado de la *custodiam praestare*, vid. CANNATA, C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milán, 1966.

clásico, la responsabilidad por custodia evolucionó hasta el límite de la *vis maior* que se configura como característica de aquélla. En todo este período existe una estrecha relación funcional entre la responsabilidad por custodia y la custodia como prestación<sup>24</sup>.

Es en la época postclásica cuando esta conexión comienza a debilitarse debido a la introducción por parte de los autores postclásicos del concepto de diligencia que, a diferencia del de custodia, prescinde de la naturaleza específica de la prestación y puede ser referido a cualquier aspecto del contenido de la relación, viniendo aquéllos a confundir los problemas de la *custodia* y los del incumplimiento de otras prestaciones contractuales.

Esta transformación de la prestación de *custodia* y del propio fundamento de la responsabilidad contractual explicaría la antítesis entre la concepción subjetiva y la concepción objetiva de la responsabilidad por custodia, que estriba en que para los autores seguidores de la primera concepción la palabra *custodia* expresaría una actividad y, en consecuencia, no diría nada acerca del régimen de responsabilidad, que debe, por tanto, ser determinado recurriendo a un criterio específico que, en general, se identifica con aquél de la *diligentia*. En cambio, para los partidarios de la segunda, la expresión *custodia* (en particular, *custodiam praestare*) indicaría un criterio de responsabilidad en sí mismo, que prescindiría que cualquier connotación subjetiva, y sin referencia, por supuesto, a ningún criterio ulterior, como el de la culpa o negligencia; de este modo, la custodia es responsabilidad sin culpa, o sea, objetiva<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Así, CANNATA, C.A., *Ricerche sulla responsabilità...*, op. cit., págs. 97 y sigs.

<sup>25</sup> Sin embargo, niega CANNATA, C.A., *Ricerche sulla responsabilità...*, op. cit., pág. 128, que se pueda seguir este razonamiento de la doctrina objetiva de la responsabilidad por custodia, en tanto que, a su juicio, la *custodiam praestare* no expresa un criterio de responsabilidad, sino una obligación contractual: «si, para determinar el régimen de responsabilidad relativo al incumplimiento de tal obligación, los romanos no debían recurrir a otros criterios, ello no dependía de hecho de que la custodia fuera en sí misma un criterio de dicho género, sino del hecho de que

---

no eran necesarios criterios de responsabilidad: era decisivo el modo particular con el cual los juristas valoraban la prestación misma».

En esta dirección se manifiesta ARANGIO RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, op. cit., págs. 12 y sigs., al sostener, al igual que sucedía en el régimen jurídico de las obligaciones de *dare*, que la *custodiam praestare* significaba que se estaba obligado a procurar aquel resultado que con la custodia podía obtenerse, de tal manera que la falta de obtención del resultado constituía por sí incumplimiento imputable.



## § 8. El canon de diligencia y los modelos de conducta en el cumplimiento de las obligaciones

Al realizar un análisis de la figura del «buen padre de familia» se ha de tener en cuenta la existencia de otros modelos de conducta en el ámbito de las relaciones entre particulares, algunos de los cuales vinieron sustituidos o desplazados por el del «buen padre de familia», mientras que otros gozan de su propio ámbito de aplicación, funcionando en distintos órdenes.

### 17. La diligencia quam suis

Entre los modelos de conducta integradores de la diligencia cabe resaltar el modelo *quam suis*, identificado con el actuar propio del deudor en sus «asuntos propios», y que puede remontarse al *Corpus Iuris*<sup>26</sup>.

Este tipo de diligencia estaba previsto en el Derecho romano para una serie de relaciones obligatorias: así, v. gr., para el *socio*<sup>27</sup>;

---

<sup>26</sup> Así, encontramos referencias a este modelo de diligencia *quam suis* en D. 7, 9, 1, 3: «Mas debe dar caución de que se aprovechará del usufructo según el arbitrio de un hombre recto, esto es, que no perjudicará la condición de la cosa en usufructo, y que se comportará por otra parte, como lo haría con sus propias cosas»; y en D. 10. 2, 25, 16: «*Nec tamen diligentiam praestare debet qualem diligens pater familias... talem igitur qualem in suis rebus*» («Pero no debe prestar la diligencia del buen padre de familia, ... sino la misma que presta en sus propias cosas»).

No obstante, para TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», op. cit., págs. 521 y 523, la diligencia *quam suis* ya es conocida por los clásicos, equiparándola, en ciertas ocasiones, a la culpa lata y aproximándola a la responsabilidad por dolo.

<sup>27</sup> D. 17, 2, 72: «Un socio queda obligado respecto al otro por culpa, es decir, por abandono y negligencia, pero la culpa no ha de alcanzar hasta una exactísima diligencia; pues basta que ponga en las cosas comunes la diligencia que suele poner en las suyas, porque el que se busca un socio poco diligente debe culparse a sí mismo (Gai. 2 res. cott.)». Tal modelo de diligencia es recogido asimismo en el ámbito del contrato de sociedad por *Inst. Iust.* 3, 25, 9.

para el tutor respecto de la administración de los bienes pupilares<sup>28</sup>; para el coheredero en relación con los bienes hereditarios<sup>29</sup> y, excepcionalmente, para el marido respecto de los bienes integrantes de la dote<sup>30</sup>, en las cuales se prescribía que la omisión del empleo de tal diligencia *quam suis* determinaba bien una culpa *levis* (en la *societas*), bien una *levissima* (en la dote).

La aplicación del modelo de diligencia *quam suis* implica que el deudor ha de comportarse en el cumplimiento de sus obligaciones del mismo modo que actúa la gestión de sus propios negocios o asuntos. De esta manera, viene vinculado por su conducta habitual que deviene en el parámetro conforme al cual se coteja su manera de proceder en las obligaciones por él asumidas.

El deudor no ha de seguir como pauta de comportamiento en el cumplimiento de sus obligaciones una diligencia específica y distinta de la usual y normal en sus relaciones. No se trata, por tanto, de un *quantum* fijo de diligencia, sino variable en función de las

---

<sup>28</sup> D. 26, 7, 33, pr.: «De los tutores y de los curadores de los pupilos se debe exigir en la administración de los bienes pupilares la misma *diligencia que un cabeza de familia debe poner, de buena fe, en sus propias cosas*»; y en D. 27, 3, 1 pr.: «Por cuanto hizo el tutor que no debía hacer, así como por lo que dejó de hacer, deberá justificarse en esta acción, por la que responde de su dolo, culpa y la misma *diligencia que pone en sus propias cosas*».

<sup>29</sup> D. 10, 2, 25, 16: «El coheredero debe responder respecto a una cosa de la herencia no sólo por dolo sino también por culpa; pero como con el coheredero no contratamos, sino que concurrimos, *no debe prestar el coheredero la diligencia de una persona diligente*, porque él por razón de su parte tenía causa para administrar, y así, no le compete la acción de gestión de negocios. *Debe, por consiguiente, prestar la misma diligencia que en sus propias cosas*. Lo mismo ocurre si una cosa hubiera sido legada a dos, pues también a éstos les unió en sociedad, no el consentimiento, sino la cosa».

<sup>30</sup> D. 23, 3, 17 pr.: «Por los bienes dotales el marido responde tanto por dolo como por culpa, pues recibe la dote a causa de su propio interés; pero *deberá poner la diligencia que acostumbra respecto a sus propios asuntos*»; y D. 24, 3, 24, 5: «Si el marido trató cruelmente a los esclavos dotales, cabe preguntarse si se le puede demandar por eso. Si sólo fue cruel con los esclavos de la mujer, consta que responde por ello, mas si era de tal naturaleza que también maltrataba a los suyos, todavía hay que decir que debe reprimirse con esta acción su inmoderada crueldad; aunque la mujer sólo le exija la misma diligencia que pone en sus propias cosas, y no más, sin embargo, la crueldad, que ya es censurable si es sobre los propios esclavos, debe reprimirse si se trata de esclavos ajenos, es decir, los dotales».

condiciones del sujeto obligado (*eiusdem conditionis homo*). En efecto, el modelo de conducta representado por la diligencia *quam suis* toma como medida las condiciones personales del sujeto, su aptitud y esfuerzo, en definitiva, su comportamiento corriente en la gestión de sus asuntos e intereses<sup>31</sup>.

Debido a ello, es prácticamente imposible, en la mayoría de las ocasiones, acertar el contenido de dicho modelo en el momento del nacimiento de la obligación, ya que estará condicionado en grado sumo a lo que se considere normal en particular para el deudor concreto. Además, no podrá considerarse culposo el incumplimiento de la prestación cuando para conseguir el cumplimiento fuera necesario un esfuerzo superior a las manifiestas posibilidades del obligado.

En este sentido, se dice que la comparación de la conducta del obligado, no con un modelo abstracto, sino con su propio comportamiento habitual implica una atenuación del rigor del canon de la diligencia, ya que mientras no se exija más de lo que se exigiría al buen padre de familia, una diligencia menor, pero habitual en el obligado —*rebus suis consuetuda neglegentia*—, será suficiente.

Constituye una pauta de conducta calificable subjetiva, en cuanto que se pone en relación con la esfera personal de quien sea deudor en cada relación obligatoria, y por tanto, sujeta a múltiples variaciones. En este sentido, la referencia a los asuntos e intereses propios del deudor implica una diligencia entendida de manera subjetiva como esfuerzo, atención o tensión de voluntad<sup>32</sup>. La

---

<sup>31</sup> En efecto, como dice BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., pág. 136, la característica de este modelo *quam suis* «es que la cualidad de deudor que asume el sujeto no impone modificación alguna en el tipo de conducta que el sujeto venía observando hasta el momento».

<sup>32</sup> Para BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* op. cit., pág. 138, este modelo «sólo se transforma o funciona como diligencia en sentido objetivo o comportamiento en el momento posterior en que se encara la actividad que será su objeto».

violación de la diligencia *quam suis* lleva consigo la culpa *in concreto*, frente a la culpa *in abstracto*, que surgiría de aquellos modelos de conducta abstractos como la del *bonus et diligens pater familias*.

Por tanto, este modelo *quam suis* constituye un parámetro concreto, y ello a causa de que no es susceptible de ser trasladado a otras relaciones obligatorias distintas ni a otros sujetos, ya que la referencia de la diligencia exigible viene dada por el modo de comportarse habitualmente un particular deudor<sup>33</sup>.

La imprecisión del criterio de la diligencia *quam suis* exige una determinación de lo que se considera comportamiento "habitual" del deudor, que se llevará a cabo a través de un proceso de abstracción que, por la consideración durante un determinado período de tiempo de un cierto número de actos y comportamientos del deudor permita extraer el *quantum* de diligencia empleado de manera habitual por el deudor.

Por tanto, la diligencia *quam suis* constituye el parámetro con el cual valorar la conformidad del comportamiento habitual "debido" a aquél tenido en concreto por el deudor en el cumplimiento de la obligación contraída. De ello se sigue que, en el Derecho justiniano, se incurre en culpa *in concreto* al haber una desviación *in peius* del propio comportamiento habitual.

Sin embargo, aun determinado el comportamiento del deudor que se considera "normal o cotidiano" en su actuar, parece claro que para que tal modelo pueda operar deben imponerse ciertos límites a la discrecionalidad que de otro modo podría acarrear, ya que, de lo contrario, el carácter variable y mutable de este modelo de conducta

---

<sup>33</sup> Entiende ROBERTIS, F.M. DE, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, Vol. I, Bari, 1983, págs. 295 y 296, que frente a la culpa *in abstracto* se encuentra en la Compilación justiniana, un tipo diverso de culpa, la que deriva de la *diligentia quam suis* y que, a diferencia de la culpa *in abstracto*, no es susceptible de graduación alguna.

en función de las circunstancias particulares de cada sujeto dejaría al acreedor en una situación ampliamente desfavorable, al arbitrio del comportamiento de una persona totalmente negligente en sus asuntos.

Para solventar esta situación, además de incitados por la pretensión de encajar en la tripartición de la culpa la *diligentia quam suis*, los glosadores y post-glosadores concibieron como límite el modelo abstracto del “común de los hombres”, que constituía una diligencia mínima exigible<sup>34</sup>, de tal modo que si el deudor en sus cosas propias observaba una diligencia inferior a la exigida por la *communis natura hominum*, aunque hubiera adoptado en la relación obligatoria la *diligentia quam suis*, se consideraba que había incurrido en culpa lata con base en la diferencia existente entre los criterios<sup>35</sup>.

Durante el Derecho intermedio siguió vigente la diligencia *quam suis* para determinadas relaciones obligacionales (las cuatro derivadas de las fuentes romanas); a pesar de que los glosadores operaban con una noción algo diversa a la utilizada en el Derecho romano al hacer coincidir su falta con una presunción de dolo (o culpa lata). Conforme a la construcción medieval, se trataba de establecer, en las hipótesis de incumplimiento de una obligación (fuera de los cuatro supuestos), si el sujeto incumplidor había prestado la *exacta diligentia*, que era la exigida como norma general; en caso afirmativo, no se seguía ninguna responsabilidad por culpa; en caso negativo, se le consideraba responsable por *culpa levis*. Pero, al mismo tiempo, se trataba de establecer si el sujeto incumplidor

---

<sup>34</sup> BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., pág. 143, entiende que la aplicación de este modelo abstracto cumple una función atípica sustitutoria, correctora de los abusos a que puede conducir el carácter remisivo del modelo *quam suis*, constituyéndose «en la última garantía de que la diligencia exista dentro de una obligación».

<sup>35</sup> Pone de manifiesto TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», op. cit., pág. 526, que tal es la construcción de la Glosa para asumir la *diligentia quam suis* en la culpa lata, y en particular de ACCURSIO, *Gl. nam et si quis*, y *gl. ad eum modum*, y de la *gl. minorem a l. quod Nerva*, ff. *depositi* (D. 16, 3, 32).

había utilizado *in rebus alienis* la misma diligencia que él solía emplear o que empleaba en concreto en sus propios asuntos. Si el resultado de la indagación era positivo no se podía suponer un comportamiento doloso, mientras que si no era así, se presumía que había incurrido en dolo<sup>36</sup>.

Frente a este modelo de conducta que paulatinamente irá abandonándose va cobrando importancia el abstracto del buen padre de familia y que será recogido por gran parte de los Códigos europeos modernos como parámetro en la valoración del cumplimiento obligacional.

### 18. *La diligencia del buen padre de familia*

Con la finalidad de comprender mejor el sentido hacia el que ha ido evolucionado este modelo de conducta conviene realizar una breve reseña sobre el origen de la figura del buen padre de familia; comprobando los cambios sufridos en su concepción desde el Derecho Romano hasta la época de la Codificación, lo cual nos permitirá un mejor análisis de la figura tal como aparece configurada en nuestro Código Civil. Además, esta tarea puede justificarse en la utilidad que nos ha de aportar, en cuanto que, una vez estudiado este modelo de diligencia, podremos cotejarlo con aquel que sirve de parámetro de comportamiento cuando el sujeto obligado a tal ostenta una condición «especial» o adicional al del

---

<sup>36</sup> Tal razonamiento es expuesto por BELLOMO, M., Voz «Diligenza (Diritto intermedio)», op. cit., pág. 535.

Los comentaristas post-glosadores, principalmente BARTOLO, en su intento de superar la tripartición de la Glosa y de construir un sistema de la culpa dividida en seis especies, identificaron la culpa lata con la violación de la diligencia exigida por la *communis hominum natura*. Posteriormente, en la elaboración realizada por DONELLO, que supone un retorno a ciertos aspectos del sistema de la Glosa, se mantiene el principio de que la violación de la *diligentia quam suis* da lugar sólo a la culpa lata.

buen padre de familia, al que viene a sustituir, esto es, cuando se trata de un «profesional».

A) *Evolución del bonus pater familias*

La figura del buen padre de familia, de derivación romana y teorizada sobre todo en el Derecho post-clásico y justiniano, responde a la necesidad de los Códigos modernos de encontrar la referencia de un sólo grado de diligencia exigible al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones y que viene medida en relación con un tipo abstracto de hombre.

Este modelo del «buen padre de familia» va adquiriendo creciente importancia, como figura que, siempre que aparezca referida a una conducta materialmente idónea, cumple la función de objetivación de la diligencia exigible a cualquier deudor. Se erige en el modelo de diligencia por excelencia, en cuanto que es un modelo de diligencia universal o abstracto, que ha sido recogido en distintos textos legales civiles.

Las fuentes romanas hablan de «*bonus, prudens o diligens pater familias*»; sin embargo, esta expresión no se corresponde idénticamente con la que más tarde, por obra de la Codificación, va a acuñarse en la del «buen padre de familia». Esto es debido a que en Roma la expresión mencionada hace referencia en todo caso al ciudadano «*sui iuris*», que viene caracterizado por la administración diligente y cuidadosa de sus propios asuntos. Esta figura, destinada a convertirse en el modelo abstracto de conducta exigible en el cumplimiento de las obligaciones, se encuentra ya en los escritores no jurídicos de la época republicana, indicando el hombre activo y moderado en su actividad agraria<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Vid. GIORGIANNI, N., Voz «Buon padre di famiglia», *Novissimo Digesto italiano*, II, Turín, 1958, págs. 596 y sigs. En el mismo sentido, JORDANO FRAGA, F.,

Bien pronto la figura alcanzó los límites de la obligación o mejor dicho, de cierto tipo de obligaciones, fundamentalmente aquéllas de dar, sirviendo para los autores clásicos a la necesidad de reducir a un modelo abstracto el comportamiento al que el deudor está obligado<sup>38</sup>. En este sentido, el Derecho romano de las obligaciones, situando en el centro de la valoración del comportamiento del deudor la figura del «*paterfamilias*», se pone decididamente en contraste con los ordenamientos más antiguos, que excluían cualquier consideración subjetiva de la responsabilidad.

La diligencia se gradúa según la naturaleza del negocio jurídico, de tal modo que el concepto de diligencia «en concreto» se contrapone al de diligencia «en abstracto».

Para juzgar la suficiencia del *quantum diligentiae* empleada por el deudor en el supuesto concreto se podían emplear dos referencias: de una lado, la figura abstracta del *bonus pater familias*; y de otro, el *quantum* habitual del propio deudor, de donde surge la referencia a la *culpa in abstracto e in concreto*<sup>39</sup>.

De este modo se configuran dos modelos de diligencia *in abstracto* (el del *bonus pater familias* y el del *artifex*) frente al modelo concreto que vendría representado en la figura de la diligencia *quam suis*, como hemos apuntado anteriormente.

Durante la época postclásica, como vimos, según parte de la doctrina, es cuando se elabora una división de la culpa en *lata* y *levis* a la que se hacía corresponder diversos grados de diligencia

---

*La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág.; «Las reglas generales de la responsabilidad contractual del Código Civil», *A.D.C.* 1985, Fasc. II, págs. 314-315.

<sup>38</sup> En efecto, tal como apunta DI MAJO, A., «Dell'adempimento in generale», *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, págs. 409 y sigs., la noción de diligencia tuvo históricamente referencia a los deberes sociales de gestión, de goce y administración de las cosas ajenas donde existían, correlativamente, obligaciones de restitución de las mismas.

<sup>39</sup> Cfr. ROBERTIS, F.M. DE, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, Vol. I, Bari, 1983, pág. 185.



(*diligentia, diligentia diligentis, diligentia diligentissimi*) normalmente en relación con la ventaja que las partes obtenían en el contrato («*utilitas contrahendum*»)<sup>40</sup>. En tal armónica construcción la diligencia del «buen padre de familia» y el correspondiente grado de culpa figuraban en el centro<sup>41</sup>.

No obstante, los autores no se muestran unánimes en determinar los diversos grados de culpa y de diligencia que aparecen en la compilación justiniana, existiendo, de otra parte, discrepancias en torno al significado que ha de atribuírsele al modelo abstracto de referencia, esto es, a la figura del *bonus et diligens pater familias*<sup>42</sup>

Así, mientras se mantiene por algunos que de la posición “mediana” (o central) que la diligencia del «padre de familia» ocupaba en aquella construcción post-clásica y bizantina nació la idea del «padre de familia» como hombre «medio».

---

<sup>40</sup> El criterio de la «*utilitas partium contrahendum*» asumía una considerable relevancia en el ámbito contractual cuando se trataba de establecer si en ciertas relaciones obligatorias una de las partes sólo quedaba vinculada a prestar una diligencia mínima en el cumplimiento de su obligación cuando ésta no obtenía utilidad alguna del contrato (p. ej. en el depósito).

<sup>41</sup> A partir de esta tripartición, según ROBERTIS, F.M. DE, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, op. cit., pág. 185, la referencia al término culpa sin ninguna otra especificación se entenderá a la medida usual constituida por la *culpa levis*.

<sup>42</sup> Así, las fuentes justinianas, según TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», op. cit., pág. 520, se establecieron a su vez diversos grados de la *diligentia diligentis*. De este modo, junto a una *diligentia diligentis* en sentido estricto, que se correspondería con la *culpa levis*, se contrapondría una *diligentia* que venía de algún modo cualificada: *exacta, exactior, exactissima, diligentioris, diligentissimi patrisfamilias*. Mientras, para DE ROBERTIS, F., *La responsabilità contrattuale nel sistema delle grande compilazioni*, op. cit., pág. , la *exactissima diligentia* es un *genus* diverso de la *diligentia diligentis*, consistente en la suma de ésta con la *diligentia quam suis*.

De las últimas indagaciones realizadas por notables autores resultaría que en el sistema de la compilación justiniana no podría distinguirse en atención a los diversos grados de los adjetivos que cualifican a la *diligentia* o al *diligens paterfamilias*, distintos grados de diligencia.

Por el contrario, para otros, se entiende que, en realidad, el adjetivo "bonus" o "diligens" ( y más modernamente el de "buen") prescinde del todo de la idea de la "media" o de la "normalidad", y es ciertamente más idóneo para indicar un valor superior que muy probablemente el hombre "normal" no puede alcanzar; se trataría más bien de un modelo valorativo del comportamiento del deudor<sup>43</sup>.

De otro lado, durante la época justiniana la diligencia adquiere una nueva dimensión, ya que comprende junto a la consideración o compromiso de un buen hacer, también componentes de capacidad (*mens, consilium, sanitas, prudentia*) y de competencia (*scientia, peritia*)<sup>44</sup>. De esta manera, se hace entrar en la culpa la impericia del *artifex*, configurada como la omisión de la diligencia o la falta de previsión de lo previsible, teniendo en cuenta la profesión del deudor, y que constituye el motivo esencial para la conclusión del contrato.

Esto provocará la variedad de las expresiones que los comentaristas bizantinos van otorgando al término culpa y, en

---

<sup>43</sup> Cfr. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa ...*, op. cit., pág. 86. En cambio, ROBERTIS, F.M. DE, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, op. cit., pág. 232, rechaza la doctrina que concibe la figura del *bonus pater familias* en la Compilación justiniana como un modelo de infalibilidad y de perfección sobre la base del texto del D. 22, 3, 25 pr.: «... *qui enim solvit numquam ita resupinus est ut facile suas pecunias iactet et indebitas effundat, et maxime si ipse qui indebitas dedisse dicit homo diligens est et studiosus pater familias, cuius personam incredibile est in aliquo facile errasse...*» («... pues aquél que paga nunca es tan tonto para tirar sus dinero fácilmente y hacer pagos indebidos, y máxime si el mismo que dice haber hecho pagos indebidos es hombre diligente y un cuidadoso padre de familia, de cuya persona es increíble que errase en algo tan fácil...»).

Entiende el autor que se trata de un gran equívoco, ya que la Compilación justiniana prevé varias posibilidades de excusabilidad del *error facti*, además de otras causas de incumplimiento reconducibles a defectos de capacidad y de competencia especializada, también allí donde la imputabilidad está relacionada a la *diligentia diligentis patris familias*.

<sup>44</sup> Muestra de esta nueva acepción del término diligencia es el pasaje del D. 19, 2, 9, 5: «*Celsus etiam imperitiam culpa adnumeranda libro octavo disgestorum scribit...*» («Celso escribió que la impericia debe ser tomada como culpa...»).

consecuencia, la exigencia de aclarar y precisar en cada supuesto cuál es la más apropiada a la hipótesis concreta<sup>45</sup>.

El modelo de conducta representado en el buen padre de familia viene caracterizado por su no profesionalidad, frente a la figura del «*artifex*» como poseedor de unos conocimientos teóricos o prácticos que son tenidos en cuenta al contratar una prestación determinada. Por ello, la diligencia del buen padre de familia deviene en el modelo de diligencia exigible al deudor en el cumplimiento y ejecución de sus obligaciones, siempre y cuando la prestación debida no venga determinada por la posesión de ciertos conocimientos particulares<sup>46</sup>.

La doctrina medieval, tomando como punto de partida la sistematización de la culpa realizada en las fuentes justinianas, pretendió la elaboración doctrinal de una conceptualización de ésta, armonizando las diversas clasificaciones existentes. El sistema

---

<sup>45</sup> Así, considera ROBERTIS, F.M. DE, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, op. cit., pág. 192, que la terminología del *Corpus Iuris* es más firme y apropiada que la empleada por los compiladores bizantinos en la reinterpretación del pensamiento de Justiniano.

<sup>46</sup> Así, expone BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., págs. 87 y 88, que el concepto de «padre de familia» es equivalente a no profesional, o no experto o no poseedor de conocimientos especializados. Sin embargo, apunta acertadamente el autor que la excusabilidad de la ignorancia del padre de familia no puede ser absoluta, ya que debe poseer ciertos conocimientos: «los no inherentes a ninguna profesión, aquellos que pueden definirse como estando al alcance de cualquiera o conocimiento del funcionamiento habitual de los fenómenos corrientes de la vida». De esta afirmación hace derivar dos conclusiones: «puede constituirse en modelo predicable de todos los sujetos sin distinción y su infracción es inexcusable».

Para ROBERTIS, F.M. DE, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, op. cit., pág. 230, en el sistema de la Compilación el deudor está obligado a prestar, además de la diligencia propia del *diligens pater familias*, un *quantum* adicional de capacidad y competencia tal que permita calificarlo de *bonus*. Sin embargo, no queda obligado hasta prestaciones especialistas fuera de las posibilidades naturales de la categoría natural y social a la que pertenece.

Explica DI MAJO, A., «Dell'adempimento in generale», *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, op. cit., pág. 420, que tal graduación de la culpa acaba derivando en una propia «teoría de las prestaciones de las culpas» en atención de la naturaleza de los contratos, y que va a ser desarrollada durante todo el Derecho intermedio.

elaborado por los glosadores se basa en la tripartición de la culpa en tres especies: la *culpa lata*, la *culpa levis* y la *culpa levissima*. En efecto, al mismo tiempo, correlativamente se distinguen tres principales grados de diligencia: una mínima *diligentia*, una *diligentia exacta* y una *diligentia exactissima*, precisando que la *culpa levissima* es la falta de la diligencia del padre de familia extraordinariamente cuidadoso, *diligentissimus*.

Los glosadores introducen, por primera vez, en su clasificación, la referencia a la *culpa levissima* y que no era desconocida para los justinianos y los comentaristas bizantinos post-justinianos<sup>47</sup>.

Además, durante el Derecho intermedio, los comentaristas o post-glosadores multiplicaron aún más los grados de diligencia y de culpa, apareciendo una infinidad de diferenciaciones en función del objeto o el modo de exteriorizarse, reservando, sin embargo, al «*paterfamilias*» una posición «mediana» en tales distinciones<sup>48</sup>.

En el Derecho Común, el modelo del *paterfamilias* integra la *diligentia exacta* exigible en el cumplimiento obligacional, pero no es el único, sino que junto a él se halla el genérico de «*natura hominum*» (u «*homines*» según la terminología empleada por

---

<sup>47</sup> Así, lo sostiene TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», op. cit., pág. 524, que pone de manifiesto que tal tripartición fue acogida por diversos glosadores y fue constantemente aplicada, entre otros, por AZON, *Summa Codicis, mandati*, n. 26, IV, Basilae, 1572.

<sup>48</sup> No obstante, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., págs. 84 y sigs., al explicar la génesis del modelo del buen padre de familia lo considera como el modelo «cualificado por exceder de la media de estadística de comportamiento».

Siguiendo a TALAMANCA, M., Voz «Colpa civile (storia)», op. cit., pág. 527, entre los comentaristas destaca la clasificación de la culpa de Bartolomeo de SALICETO que recogió el pensamiento de JEAN DE BLANOT y que fue seguido por BALDO y BARTOLO. El aspecto central de esta tesis era la configuración de la culpa como un criterio general, como elemento subjetivo del ilícito que comprendía también el dolo y que se subdivide en seis especies: la culpa *latissima*, la culpa *latior*, la culpa *lata*, la culpa *levis*, la culpa *levior* y la culpa *levissima*.

BÁRTOLO<sup>49</sup>). Sin embargo, frente al *paterfamilias*, este modelo de comportamiento representado por la conducta común y habitual de los hombres responde al deber de prestar una diligencia mínima, y no una *diligentia exacta*, de modo que su infracción se hace corresponder con la *culpa lata*.

Además, conforme a la expresión acuñada por BÁRTOLO «*eiusdem professionis et conditionis*»<sup>50</sup>, se podía ser negligente de manera máxima cuando se ignorasen las reglas de comportamiento propias, no de todos los hombres, sino de todos aquellos que ejercitan la misma actividad o profesión. Sin embargo, dicho modelo de conducta «*homines*» desapareció, provocando la unicidad del modelo del padre de familia que, con el adjetivo «bueno» se hace sinónimo de «diligente»<sup>51</sup>.

En efecto, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, para los juristas medievales no sólo se debía actuar con una diligencia mínima, sino con una *exacta diligentia*, que se corresponde, acogiendo la expresión de las fuentes justinianeas, a la actuación del *diligens pater familias*<sup>52</sup>. Constituye la diligencia que,

---

<sup>49</sup> BÁRTOLO DE SASSOFERRATO, *Repetitio in lege quod Nerva*, Quaest. 5ª, 6ª y 7ª, elabora una construcción de este modelo de conducta como único al definir los tres grados de culpa con referencia al mismo.

<sup>50</sup> BÁRTOLO DE SASSOFERRATO, *Repetitio in lege quod Nerva*, Quaest. 5ª, n. 17, ofrece un modelo de conducta «*homines*» que sirve tanto para el artífice como el no artífice. En tal concepción podía nacer la culpa lata además de por la falta de una mínima *diligentia* por la falta de una mínima *peritia*.

<sup>51</sup> En este sentido, vid. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., págs. 96 y sigs.

<sup>52</sup> Pone de manifiesto BELLOMO, M., Voz «Diligencia (diritto intermedio)», op. cit., pág. 533, que en BALDO (Comm. 4, 24, 6, de *pignoratitia actione*. 1. *quae fortuitis*, n. 37), esta correspondencia entre la *exacta diligentia* y el *diligens pater familias* acoge, sin embargo, un matiz diferente al sostener que se debe ser diligente de modo diverso en el *facere* y en el *non facere*: cuando se actúa, se debe actuar con una *diligentia exacta* (en todas las relaciones obligatorias, salvo alguna excepción); cuando uno se debe abstener de actuar es suficiente que la oportunidad del *non facere* sea valorada con una diligencia mínima. De ahí, seguía la consecuencia: el *facere* con *diligentia* mínima, pero sin *diligentia exacta*, da lugar a la *culpa levis*; el *non facere* sin *diligentia* mínima da lugar a responsabilidad por *culpa lata*. Sin embargo, parece que BALDO sigue esta opinión sólo en caso de «dubio» como resulta de Comm.

como regla general se exigía a todas las relaciones obligatorias. En particular, este grado de diligencia debía estar presente en el comportamiento de quien concluía una serie de contratos típicos como la compraventa, la *locatio*, la prenda y la *stipulatio*<sup>53</sup>.

Por el contrario, en ciertas relaciones jurídicas que comprometían al máximo la responsabilidad del obligado se le exigía el empleo de una *exactissima diligentia*, consistente en prever aquello que un *diligentissimus pater familias* prevería. Entre éstas, destacan el comodato, el mandato, la *negotiorum gestio* y el legado<sup>54</sup>.

De esta manera, como hemos apuntado, la doctrina de Derecho Común y la Codificación operaron con un concepto valorativo del «buen padre de familia», lo cual significa que no sirve cualquier comportamiento o conducta del no profesional en cualquiera de sus manifestaciones para integrar dicho modelo del «buen padre de familia», sino que se exige un determinado nivel cualitativo no abarcando aquellas conductas que no lo alcanzan.

---

C. 4, 24, 6, n.42: «... *maior culpa praesumitur in dubio in faciendo, quam in omittendo*».

<sup>53</sup> Para el depósito bastaba emplear una diligencia mínima, salvo en tres casos en los que los glosadores exigían una diligencia exacta: si tal grado hubiera sido pactado; si el depositario recibía una merces; y si el depósito se cumplía «*depositarii gratia*».

<sup>54</sup> Expone BELLOMO, M., Voz «Diligenza (Diritto intermedio)», op. cit., págs. 537 y 538, que respecto al comodato, se entendió en el Derecho intermedio que de la propia naturaleza del contrato se derivaba la obligación del comodatario de una *exactissima diligentia*. En cuanto al mandato, se formaron dos corrientes: una representada por AZON, JEAN DE BLANOT, BALDO, BARTOLOMEO DE SALICETO conforme a la que el mandatario debía ser, por regla general, *diligentissimus*; otra, con ACCURSIO, para la que el mandatario debía ser sólo diligente y excepcionalmente diligentísimo. Fue BARTOLO DE SASSOFERRATO quien renovó la solución sosteniendo que el grado de diligencia debía quedar referido a la cualidad y a la dificultad del negocio respecto al cual el mandato había sido conferido (*Comm. in Dig. 16, 3, 32, de mandato*, n. 31). Para el gestor, en la *negotiorum gestio*, se exigía una *exactissima diligentia* sólo excepcionalmente, conforme a AZON, *Summa Codicis* 2, 18, *negotiis gestis*, n. 16.

*B) La función de la diligencia del buen padre de familia a partir de la Codificación*

En la época moderna y hasta la Revolución Francesa la figura de un tipo abstracto de diligencia identificada en la del «buen padre de familia» ha estado siempre presente en las diversas legislaciones estatales, siendo acogida por el *Code* de Napoleón en el art. 1.137 así como en los Códigos Civiles en éste inspirado.

En este sentido, cabe poner de relieve que, en principio, y según opiniones doctrinales, parece que las modernas codificaciones desecharon la «teoría de la prestación de las culpas» de origen medieval, prefiriendo la solución que hace referencia a un sólo grado o medida de diligencia, la correspondiente a la diligencia del buen padre de familia. No obstante, tal afirmación no es respaldada por todos los autores, existiendo discrepancias doctrinales en torno a la recepción por parte de los Códigos civiles modernos de la antigua gradación de la culpa.

De otra parte, aun admitiendo la recepción del modelo único de conducta del «buen padre de familia», la noción de diligencia que se transfiere a los distintos Códigos adquiere una diversidad de matices que pueden dejar entrever la opción por una concepción subjetiva u objetiva de la misma. Conviene, por tanto, detenerse en el estudio de la configuración de la diligencia del buen padre de familia en el Código civil francés para, posteriormente, analizar cómo queda caracterizado este modelo de conducta en el resto de los ordenamientos jurídicos.

*a) El artículo 1.137 del Código civil francés*

El art. 1.137 del *Code civil* supuso la consagración positiva del modelo abstracto del padre de familia al disponer: «La obligación de velar por la conservación de la cosa, bien la convención tenga por

objeto la utilidad de una de las partes, bien tenga por objeto la utilidad común, somete a quien está encargado de ella a aportar todos los cuidados ("soins") de un buen padre de familia»<sup>55</sup>.

Sólo una norma del *Code civil*, en sede de depósito, recoge el modelo concreto de la diligencia *quam suis*, al imponer al depositario que emplee la diligencia que él aporta a las cosas que el pertenecen (art. 1.927).

Siguiendo el modelo francés, el Código Civil italiano de 1865 acogió la figura del buen padre de familia en el art. 1.224 C.C., que fue transplantada al Código Civil de 1942 en la norma fundamental del art. 1.176<sup>56</sup>.

La novedad de los art. 1.224 C.C. italiano abrogado y el art. 1.176 vigente respecto al art. 1.137 del *Code civil* radica en que mientras, de hecho, el citado precepto del *Code* formula la regla de la diligencia del buen padre de familia respecto a la sola obligación de custodia, a la obligación de conservación de la cosa («*l'obligation de veiller à la conservation de la chose... soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon pere de famille*»), ya el art. 1.224 C.C. italiano de 1865 generaliza esta regla, extendiéndola a todas las obligaciones<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> El art. 1.137 C.C. declara: «*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 tous les soins d'un bon père de famille.*

*Cette obligation est plus o moins étendue, relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.*

<sup>56</sup> A estos efectos:

Art. 1.224 C.C. italiano 1865: «*La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o di ambedue è sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1.843.*

*Questa regola per altro si deve applicare con maggior o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice.*

<sup>57</sup> El art. 1.001 del Código Civil de las Dos Sicilias así como el art. 1.228 del Código civil sardo, precedentes del Código civil italiano de 1865, contenían formulaciones idénticas a la del art. 1.137 *Code civil*.



a') *La posición de los redactores del Code y los comentaristas*

A pesar de la aparente dicción restrictiva del art. 1.137 *Code* los comentaristas franceses de éste ya expresaron la idea de que el art. 1.137 contenía un principio que, si bien aparece dictado para la concreta obligación de custodia, es susceptible de ser generalizado a todas las obligaciones.

Entre éstos, destaca DEMOGUE quien distinguiendo entre las obligaciones de hacer y no hacer, y las obligaciones de dar, al igual que hace el *Code*, considera que el art. 1.137 descansa sobre un *principe rationel*, resultando que la diligencia no sólo se aplica a las obligaciones de dar, a la que está dirigida la de conservar la cosa, sino también a las primeras, esto es, a las de hacer y no hacer<sup>58</sup>.

En este sentido, para LAURENT no debe hacerse distinción alguna en materia de culpa entre las obligaciones de dar o de hacer, debiéndose la redacción aparentemente restrictiva del artículo al hecho de que los legisladores del *Code* siguieron la sistemática de Pothier, quien trataba la culpa a propósito de la obligación de conservar la cosa, pero sin pretender por ello limitar la teoría de las culpas sólo a las obligaciones de dar<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, Tomo VI, París, 1932, pág. 137. Para este autor, la generalización del art. 1.137 derivaría del principio de buena fe.

Sin embargo, comentaristas franceses más antiguos mantienen esta misma generalización del art. 1.137 *Code* a toda clase de obligaciones sin basarse ni hacerla derivar del principio de buena fe. En este sentido, AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, Tomo IV, 4ª ed., París, 1871, págs. 40 y sigs.

<sup>59</sup> Cfr. LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, Tomo XVI, Bruselas-París, 1878, págs. 273 y sigs., n. 213 y sigs., quien entiende que, siguiendo a Demolombe, a pesar de la colocación de la disposición del art. 1.137 *Code*, ésta tiene un ámbito de aplicación general, es decir, se refiere a todas las obligaciones cualquiera que sea el contenido (dar, hacer o no hacer) y la fuente (contrato o cuasi-contrato). De las palabras de FAVARD en el *Rapport au Tribunal*, n° 32, resulta a juicio de LAURENT, que el párrafo primero del art. 1.137 ha rechazado la teoría tradicional de los diversos grados de culpa que viene reemplazada por el principio de una culpa única, a la que todo deudor viene obligado, culpa que consiste en no aportar en la ejecución de su obligación todos los cuidados de un buen padre de familia y que se corresponde con la culpa leve *in abstracto*. Sin embargo, esta regla

En efecto, siguiendo la posición doctrinal predominante, el pensamiento de Pothier, plasmado en su «*Traité des obligations*», no fue acogido por los compiladores franceses, lo que justificaría la posición de los exégetas<sup>60</sup>. Los redactores del *Code* quisieron abrogar

---

general establecida en el primer párrafo del art. 1.137 *Code* encuentra una excepción prevista el segundo párrafo para ciertos contratos.

<sup>60</sup> En efecto, el rechazo del sistema de Pothier, esto es, de la tripartición de la culpa en función de la utilidad de las partes, se desprendería de una lectura de los trabajos preparatorios del *Code*, de las relaciones de BIGOT DE PRÉAMENEU y de FAVART DE LANGLADE y de las discusiones de MARICAULT y de TREIHLARD ante el cuerpo legislativo, (FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, Osnabrück, 1827, págs. 229 y sigs.), en los que subyace el pensamiento de éstos consistente en entender que no respondía a justicia tomar por único criterio de la responsabilidad la ventaja que el deudor recaba del contrato.

Para BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L., *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, Tomo XII, *Des obligations*, Tomo I, 3ª ed., Burdeos, 1906, págs. 393-395, de la regla del art. 1.137 se puede concluir que el legislador del *Code*, que redactó una «obra esencialmente práctica», ha reducido la teoría de la prestación de las culpas a unas proporciones totalmente exiguas. La regla general consiste en que el deudor, en tanto que está obligado a conservar la cosa objeto de su obligación, es responsable por la culpa que no cometería jamás un *bon père de famille*, esto es, un propietario cuidadoso y diligente. Se responde, por tanto, de la *culpa levis in abstracto*. Sin embargo, la parte final del art. 1.137 atempera esta regla en relación a ciertos contratos como por ejemplo el depósito, donde se impone al depositario la *culpa levis in concreto*. Reconoce DEMOLOMBE, M., *Cours de Code Napoleon*, Tomo XXIV, París, 1878, pág. 388, n. 411, que el *Code* abrogó la antigua doctrina estableciendo una única regla de responsabilidad (art. 1.137-1º *Code*), pero, sin embargo, esto vendría en gran medida desvirtuado al considerar que el segundo párrafo confiere a los jueces el poder de tener en cuenta la naturaleza de los diferentes contratos, apreciando diversos grados de responsabilidad. Así, también se manifiesta MOURLON, M.F., *Cours de Napoléon*, Tomo II, París, 1866, pág. 568. Para HUC, T., *Commentaire du Code Civil*, Tomo VII, París, 1894, págs. 138 a144, el art. 1.137-1º *Code* abandonó la teoría de la prestación de las culpas, introduciendo como regla general la diligencia *in abstracto*, que, sin embargo, viene derogada por lo dispuesto en el segundo apartado del art. 1.137 *Code* que propone la aplicación de la culpa *in concreto*. En idéntico sentido, MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code civil contentant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, Tomo IV, 7ª ed., París, 1873, págs. 433 a 441.

Entiende DURANTON, M., *Cours de Droit Civil*, Tomo VI, 4ª ed., Bruselas, 1841, págs. 138 y sigs., núms. 397 y sigs., que, a pesar de las pretensiones de los comentaristas para excluirla en virtud del art. 1.137-1º, no había ningún inconveniente en seguir la doctrina de la tripartición de las culpas, que quedaba consagrada por el segundo párrafo del art. 1.137 *Code*. Para el autor la obligación de emplear en la conservación de la cosa todos los cuidados del buen padre de familia según el art. 1.137-1º no es un principio de aplicación general en todos los casos, sino

la teoría de las tres culpas (grave, leve, levísima) que formuló Pothier, reduciendo la culpa a un concepto unitario pero, sin embargo, no abandonaron la sistemática formal propuesta por Pothier<sup>61</sup>. De esta manera, los comentaristas del *Code*, conscientes de los motivos que impulsaron a los redactores a ubicar sistemáticamente el art. 1.137, no dieron importancia al desfase entre la regla nueva plasmada en el citado precepto y la sede donde venía recogida (esto es, referida a las obligaciones de dar una cosa determinada), extendiendo la teoría de la culpa a todas las obligaciones<sup>62</sup>.

---

que su aplicación está subordinada a los diferentes contratos o a los diferentes especies de contratos. Salvo en aquellos casos donde el *Code* determina formal y expresamente la culpa en que las partes pueden incurrir, no existiría ningún inconveniente en seguir las reglas trazadas por el derecho romano y continuadas a través de la teoría de los intérpretes sobre los diversos grados de culpa en atención a la naturaleza del contrato. En tal dirección se manifiesta BEUDANT, CH., *Cours de Droit civil français*, Tomo IV-1º, *Les contrats et les obligations*, París, 1906, págs. 236 y 237, para quien el art. 1.137 contiene el principio de la teoría de la prestación de las culpas de origen romano, criticando que la regla establecida en el primer párrafo (*culpa levis in abstracto*) ni es clara ni demasiado explícita, ya que el segundo párrafo permite tanto la *culpa levis* in concreto como la *culpa levissima*.

Critica duramente LAURENT, F., *Principes de Droit Civil français*, op. cit., pág. 280, la interpretación que del art. 1.137 realiza Durantón resucitando la teoría de los intérpretes y que los autores del *Code* habrían querido abolir. Tras calificarla de «aberrante», le reprocha que desconozca el espíritu y el texto del art. 1.137, que confunda la excepción prevista en el párrafo segundo con la regla general del primero. De igual modo, criticando la propuesta de Demolombe, considera que no cabe entender el segundo párrafo como una facultad conferida a los jueces de apreciar los diversos grados de culpa en atención a la diversidad de circunstancias, en tanto que se trata de una cuestión de ley. Es la ley la que, en el párrafo primero del art. 1.137, establece la regla general para todos los contratos no excepcionados legalmente y, por lo tanto, la obligación a aplicar, de tal modo que sólo cuando la ley lo determine expresamente cabe que tal regla sea modificada.

<sup>61</sup> Ésta es la justificación de que los dos preceptos que se consideran la regla general en materia de responsabilidad contractual —arts. 1.147 y 1.148— se encuentren bajo el título «De l'effet des obligations», de manera idéntica a como lo había hecho Pothier.

<sup>62</sup> Así, VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979, págs. 123 y sigs. La autora realiza una exposición sobre la génesis histórica del vigente art. 1.176 del Código Civil italiano para lo cual se remonta al art. 1.137 del *Code* y al pensamiento de sus comentaristas. En el mismo sentido, para CANNATA, C.A., «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, págs. 995-997, en su estudio sobre el pensamiento de Pothier en relación

Respecto a la teoría elaborada por POTHIER, es conveniente apuntar ciertas notas por la influencia que tuvo en los juristas de la época. El núcleo de su teoría radica en establecer una clasificación de las culpas (*faute lourde, faute légère, faute très légère*) dependiendo la responsabilidad del deudor en la incursión en los contratos de alguna de aquéllas. A continuación, establece el criterio en virtud del cual responderá el deudor, haciéndolo radicar en la *utilitas contrahendum*, mediante el mecanismo de hacer corresponder a la tripartición de las culpas una división de los contratos en tres grupos en atención al criterio de la utilidad del mismo sólo para el acreedor — en cuyo caso se respondía sólo por culpa grave—, para el deudor —la responsabilidad era por culpa levísima— o para ambos contratantes — aplicándose la responsabilidad por culpa leve—.

En particular, respecto de las obligaciones de dar elabora una «*théorie de la prestation des fautes*» que hace derivar directamente del Derecho Romano. De este modo, considera que la diligencia que se debe observar en la custodia de la cosa es diversa según la distinta naturaleza del contrato o del cuasi-contrato de donde deriva tal obligación. A dicha afirmación seguían ejemplos, entre ellos, el del depósito como contrato estipulado en el interés exclusivo del acreedor y, por consiguiente, respecto al cual el deudor está obligado a responder sólo en caso de culpa grave; el de la compraventa y la prenda, como contratos estipulados en el interés de ambos contratantes, respecto a los cuales, respectivamente el vendedor y el acreedor están obligados a observar en la conservación de la cosa «los cuidados ordinarios que las personas prudentes aplican en sus negocios» y, por tanto, son responsables de la culpa leve; por último, el comodato (*prêt à usage*) en cuanto estipulado en el solo interés del

---

a la distinción de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, cabe entender que los compiladores del *Code civil* renunciaron a la tipificación que éste hacía de los grados de culpa en el art. 1.137, pero lo siguieron al introducir junto a la obligación de dar, la de la custodia configurada con un deber accesorio de diligencia, y medido con el parámetro del *bon père de famille*.

deudor, obliga a éste a prestar en la custodia «no solamente un cuidado ordinario, sino todo el cuidado posible» y, en consecuencia, el deudor responde también en caso de culpa levísima<sup>63</sup>.

De otro lado, respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer, Pothier no realizaba ninguna referencia a la diligencia (*soin convenable*), sino que se limitaba a afirmar que «el deudor que no ejecuta la prestación queda obligado al resarcimiento, salvo el efecto liberatorio del caso fortuito, puesto que *nemo praestat casus fortuitus*»<sup>64</sup>. Sólo de manera marginal se ocupa del caso fortuito y de la fuerza mayor.

Ahora bien, al circunscribir Pothier la culpa al ámbito de la obligación de custodia, se ha afirmado que, para el mismo autor, la culpa no es criterio de imputación del incumplimiento, sino que la responsabilidad del deudor quedaba afirmada por el hecho objetivo del incumplimiento en tanto la prestación fuera posible, salvo en caso de absoluta imposibilidad sobrevenida. Todo aquél que se obliga a una obra, que promete un hecho, queda obligado a las resultas de su incumplimiento si la promesa no se da; el acreedor está en condiciones de esperar que, salvo absoluta imposibilidad sobrevenida, la obligación se ha de cumplir<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. POTHIER, J., *Traité des obligations*, Tomo I, *Oeuvres*, Bruselas, 1831, núm. 142, págs. 83-84. No obstante, siendo ésta en síntesis la teoría de la tripartición de las culpas que constituye la regla general, según el propio Pothier, sufre excepciones en sede específica de los distintos Tratados de contratos especiales (*Traité du contrat de mandat*, *Traité du quasi-contrat negotiorum gestorum*, *Traité du contrat de dépôt*, entre otros).

<sup>64</sup> Cfr. POTHIER, J., *Traité des obligations*, op. cit., pág. 38, núm. 149.

Tratándose de obligaciones de dar (núm. 142) entendía Pothier que en los casos fortuitos, supuestos de fuerza mayor y de *vis divina*, el deudor de un cuerpo cierto no está obligado a cumplir, a no ser que haya asumido el riesgo de tales eventos convencionalmente, o haya dado lugar al caso fortuito por una culpa suya.

<sup>65</sup> Para CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, dir. M. Albaladejo, Madrid, 1989, págs. 586 y 587, éste es el verdadero sentido de la teoría propuesta por Pothier.

Cfr. POTHIER, J., *Traité des obligations*, op. cit., núms. 136 y 146 y sigs.

El régimen de la responsabilidad contractual como incumplimiento imputable al deudor quedó consagrado en los arts. 1.147 y 1.148 del *Code* napoleónico<sup>66</sup>. En estos preceptos, respecto al art. 1.137, el punto de vista cambia, en cuanto que ya no se trata de poner de manifiesto la omisión de la diligencia del buen padre de familia, sino que la inejecución de la prestación pasa a primer plano: el deudor que no ha ejecutado sólo aparece liberado de responsabilidad mediante la prueba aportada por él de «una causa extraña a él no imputable» en que consiste el caso fortuito o la fuerza mayor. Conforme a los arts. 1.147 y 1.148, el incumplimiento configurado como inejecución de la obligación asume el papel central en orden a la afirmación de la responsabilidad, omitiendo referencia alguna a la noción de culpa o de diligencia.

Visto cuanto antecede, podría sostenerse, con la práctica generalidad de la doctrina, que los redactores del *Code* rechazaron la teoría de la distinción de las culpas<sup>67</sup>, al establecer que cualquiera que

---

<sup>66</sup> El art. 1.147 dice: «*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation soit à raison du retard dans l'inexécution toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère que ne peut lui être imputé, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*». («El deudor es condenado, si ha lugar, al pago de los daños e intereses, sea por razón de inejecución de la obligación, sea por razón del retardo en la ejecución, siempre que no justifique que la inejecución proviene de una causa extraña a él no imputable, aunque no haya habido mala fe por su parte»).

El art. 1.148 dispone: «*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*». («No hay lugar a daños e intereses cuando por causa de una fuerza mayor o de un caso fortuito, el deudor ha quedado impedido de dar o de hacer aquello a lo que estaba obligado o ha hecho aquello que le estaba prohibido»).

<sup>67</sup> Para MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit Civil, Les obligations*, Tomo I, *Les sources*, 2ª ed., París, 1988, págs. 655 y 656, resulta contrastado que los redactores del *Code civil* pretendieron descartar la clasificación sistemática que se podía establecer sobre la base de los textos romanos, a través de las palabras de BIGOT DE PREAMENEU que, como uno de los redactores del *Code*, repudió esta división de las culpas «*plus ingénieuse qu'utile dans la pratique*» y esta teoría que «*ne peut que répandre une fausse lueur*». En el mismo sentido, LE TOURNEAU, PH., *La responsabilité civile*, 3ª ed., París, 1982, pág. 389, sostiene que la tripartición de la culpa en atención a la naturaleza de la obligación propuesta por Pothier fue rechazada por los redactores del Código. Así, también, COLIN, A. y CAPITANT, H., *Traité de Droit Civil*, Vol. 2, París 1959, pág. 462; RODIÈRE, R., « Una notion

fuera el interés tutelado por el contrato, sin realizar ninguna distinción en orden a que el mayor interés correspondiera al acreedor o al deudor, esto es, a la *utilitas contrahendum partium*, la diligencia que se ha de prestar en la custodia es siempre aquélla del buen padre de familia<sup>68</sup>.

Sin embargo, no puede mantenerse idéntica opinión respecto del tipo abstracto del buen padre de familia descrito por Pothier, ya que unánimemente los intérpretes del *Code* consideran que éste acogió la concepción de Pothier del modelo de diligencia

---

menacée, la faute ordinaire dans les contrats», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1954, pág. 205. Ya TOULLIER, C.B.M., *Droit civil français*, Tomo VI, 5ª ed., París, 1830, págs. 244 y sigs., sostiene que los arts. 1.136 y 1.137 supusieron una abrogación de las reglas establecidas por los intérpretes entre los contratos *in quibus utriusque partis, vel unius tantum versatur utilitas*, y especialmente de la distinción entre culpa leve y culpa levísima. El art. 1.137 dispone que, siendo la obligación la misma con independencia de la utilidad de las partes, el deudor está obligado a emplear todos los cuidados de un buen padre de familia. De igual manera, JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, Tomo II, 2ª ed., París, 1933, págs. 335 y sigs., núms. 612 y sigs., quien además propone que las excepciones enunciadas en el apartado segundo del art. 1.137 a la regla general del primer párrafo han de ser interpretadas restrictivamente.

<sup>68</sup> VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., pág. 130, sitúa el origen de este cambio efectuado por los redactores del *Code* en la controversia suscitada por un jurista de la época, LEBRUN, al sostener que el sistema propuesto por Pothier no derivaba del Digesto, calificándolo históricamente inexacto, artificioso y fuente de confusión.

Para LEBRUN, cuyo pensamiento quedó plasmado en su *Essai sur la prestation des fautes*, 1764 (Cfr. COLIN, A. y CAPITANT, H., *Traité de Droit Civil*, Vol. 2, París 1959, pág. 462) en el Derecho antiguo sólo existían dos métodos de valoración de la culpa, la llamada *culpa in concreto*, cuando en la valoración de ésta se tenía en cuenta las costumbres y hábitos observados por el deudor en sus negocios, y la denominada *culpa in abstracto*, al valorar el modo en que el deudor habría debido comportarse según la costumbre o los usos de un propietario cuidadoso y diligente, es decir, haciendo abstracción de sus hábitos y de su capacidad. Al mismo tiempo, este autor critica la noción del *bon père de famille* de Pothier como un tipo abstracto, al considerarla incorrecta en cuanto favorable a las personas expertas en los negocios, y demasiado severa frente a las personas menos dotadas. En cambio, para este autor la diligencia debía ser entendida en el sentido psicológico, es decir, que implicase el uso por parte del deudor de toda la prudencia, pericia y competencia de la que esté dotado.

representado por el «propietario cuidadoso y diligente en la conservación de sus bienes»<sup>69</sup>.

Por tanto, el modelo de diligencia adoptado por el *Code* es único, siendo la intención de los redactores en los trabajos preparatorios del *Code* constituir dicho modelo en un mínimo que se ha de observar en todos los casos, configurándolo como un principio derivado del Derecho natural. De esta concepción resulta, consecuentemente, que no se podrá dispensar al deudor de poner en marcha aquellos cuidados que cabe esperar de un buen padre de familia para la conservación de sus cosas.

No obstante, a pesar de la unicidad de este criterio, ha de admitirse que la referencia a la diligencia del buen padre de familia sea valorada en su aplicación al caso concreto con mayor o menor rigor, pudiendo, por tanto, exigir al deudor el empleo una diligencia superior, no sólo si se ha pactado expresamente sino también si la naturaleza de la prestación así lo exige.

A esta idea responde el propio art. 1.137 en su apartado segundo al prever que, en otras disposiciones del *Code* relativas a particulares contratos, el criterio de la diligencia exigible para la obligación de custodia pueda tener un contenido más o menos extenso respecto a la ordinaria del buen padre de familia<sup>70</sup>. De este modo, los codificadores al efectuar el reenvío a las disposiciones existentes en los contratos especiales introdujeron una excepción a la regla general establecida en el primer apartado del art. 1.137 *Code*.

---

<sup>69</sup> Ante la polémica apuntada entre Lebrun y Pothier, los compiladores optaron por abandonar la teoría de las culpas de Pothier, pero, sin embargo, no acogieron la concepción de la diligencia propuesta por Le Brun. Además, pretendían dar al juez una mayor facultad en la valoración de la culpa del deudor con referencia a las circunstancias del caso concreto.

<sup>70</sup> Además, como hemos apuntado, esta regla tiene un notable excepción en la responsabilidad del depositario a título gratuito, donde según el art. 1.927 la culpa será apreciada in concreto, esto es, en relación al comportamiento habitual del depositario. La *diligentia quam suis* sustituye al criterio habitual del buen padre de familia.



En efecto, la norma del art. 1.137.I ha de entenderse como una regla general que se aplica en silencio del contrato y ante la falta de otras normas expresas dictadas en sede de regulación de contratos específicos. Se trata de una norma de naturaleza dispositiva, aplicándose supletoriamente y pudiendo ser desplazada por las partes en sus concretas relaciones jurídicas, en virtud del principio de autonomía privada que permite a los particulares la determinación del contenido del contrato<sup>71</sup>.

### b') *Diligencia en sentido objetivo y en sentido subjetivo*

En otro orden, se ha de precisar que este modelo abstracto de padre de familia, tal como aparece consagrado en el *Code français*, viene caracterizado precisamente por la ausencia de conocimientos técnicos, a diferencia del perito que es el profesional.

Conforme a la distinción planteada entre una diligencia subjetiva —como esfuerzo o tensión de voluntad— y una objetiva concebida con referencia a un modelo externo al que el deudor ha de ajustar su conducta, cabe plantearse en qué sentido se concibe la diligencia en el texto francés.

---

<sup>71</sup> Esta relación de regla-excepción entre los dos párrafos del art. 1.137 intentó ser explicada por diversos comentaristas franceses dando lugar a diversas interpretaciones. Así, como hemos visto para algunos, como DURANTON (vid. *supra* nota 60) con este segundo párrafo, el legislador acaba reconstruyendo el sistema de la tripartición de las culpas de Pothier. Finalmente, pareció prevalecer aquélla de LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, op. cit., págs. 204 y sigs., conforme a la cual la regla del primer párrafo es aplicable siempre que la ley no la deroge, y la ley sólo la deroga para algunos contratos en concreto. En este sentido, también MARCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7ª ed., Tomo IV, París, 1873, núms. 507, 507 bis y 507 ter, págs. 434 y 435.

La supletoriedad de la diligencia del buen padre de familia es destacada por MAZEUD, H, L., J. y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Vol. 1º, *Obligations*, 8ª ed., París, 1991, pág. 430, en cuanto regla que puede ser derogada tanto por otros textos legales como por las partes. Para estos autores, el deber de observar la diligencia del buen padre de familia significa que el deudor sólo asume una «obligación general de prudencia y diligencia».

Para LE TOURNEAU, PH., *La responsabilité civile*, op. cit., págs. 386 y 387, el modelo del buen padre de familia constituye el modelo in abstracto que, sin embargo, debe ser corregido cuando se ha tenido en cuenta la pertenencia del deudor a un grupo social determinado (esto, es su condición de profesional).

Para BADOSA el *Code* francés plasmó en su art. 1.137 un modelo de diligencia en sentido subjetivo, en cuanto que el concepto de diligencia gira en torno a la nota del «cuidado» (*soins*), esto es, aparece centrado en la atención, el esfuerzo que ha de prestar aquél que se considera «buen padre de familia».

Además, ha de tenerse en cuenta que dicha noción de «cuidados» viene determinada por dos elementos sin los que no puede ser identificada. Estos elementos vienen representados por su concreta finalidad, que no es otra que la conservación de la cosa debida y por la referencia al modelo que se aplica, esto es, el padre de familia.

En efecto, para el autor precedente, el modelo del padre de familia consagrado en el art. 1.137 aparece expresado en términos subjetivos de predisposición psicológica, sin relación alguna con la actividad o comportamiento, que constituye el objeto propio de la diligencia<sup>72</sup>.

Para BADOSA esta noción de diligencia subjetiva la ofrece aquella corriente doctrinal que construye el padre de familia como modelo de conducta precisamente en relación con sus «asuntos propios». Atribuyendo dicho significado, «el comportamiento propio del padre de familia es únicamente manifestación o exteriorización de una determinada postura o actitud subjetiva, supone y le basta un interés, cuidado o atención y viceversa, dichos interés, cuidado o atención tienen como modo de expresión visible al exterior el comportamiento no experto del padre de familia»<sup>73</sup>. En suma, el «padre de familia» individualizado en estos términos no

---

<sup>72</sup> Como he señalado anteriormente, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op. cit., págs. 38 y sigs., distingue entre el significado objetivo y subjetivo de la diligencia. En su significado subjetivo, la diligencia aparece identificada como esfuerzo, atención, etc., y «tenía una doble localización: como cualidad personal del deudor que éste debe poner en la realización de la actividad jurídicamente calificada y como medio de descripción y graduación del modelo abstracto "padre de familia"».

<sup>73</sup> Cfr. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op. cit., pág. 50.

puede ser mas que sinónimo de esfuerzo o tensión de voluntad puestos por una persona en la actuación de una esfera indeterminada de asuntos.

En virtud de esto, el modelo de buen padre de familia erigido en atención a su significado subjetivo aparece construido a partir del modo en que se conduce éste en la gestión de sus propios intereses. Incide el autor, a continuación, en la noción de «asuntos propios», calificándola de genérica en cuanto que describe una realidad heterogénea, esto es, un complejo de asuntos diversos no ya sólo desde un punto de vista técnico sino también desde el punto de vista económico.

Desde esta perspectiva, la noción de padre de familia es una noción simplificadora, que indica el comportamiento medio que suele dispensar en sus negocios; «es la resultante que se obtiene del examen de pluralidad de conductas concretas que realiza respecto de pluralidad de negocios también concretos»<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa ...*, op. cit., pág. 51. La noción genérica de «asuntos propios» se explica por la propia realidad descrita, en cuanto que el padre de familia no los gestionará todos por igual, ya no sólo desde el punto de vista técnico (cada interés o asunto requiere una conducta adecuada) sino tampoco desde el punto de vista económico (no todos los asuntos presentan para él idéntica utilidad y, por tanto, no serán tratados con una conducta igualmente eficaz). Llegados a este punto de la exposición del concepto de diligencia, cabe preguntarse dónde radica la diferencia existente, según el pensamiento de Badosa, entre la diligencia del buen padre de familia como modelo subjetivo y como objetivación de dicha diligencia. O dicho de otra manera, cuál es el elemento que permite la configuración de un modelo de diligencia objetivo, identificado en la prestada por el «buen padre de familia».

Conforme a lo mantenido por este autor, es la referencia a la actividad jurídicamente calificada la que actúa la objetivación del modelo del buen padre de familia. Por tanto, el elemento objetivador que permite que el padre de familia opere como modelo de comportamiento (tal como sucede en el art. 1.104 y en el art. 1.094 C.C.) provoca la desaparición de cualquier connotación psicológica.

La eliminación de la referencia genérica a «los negocios propios» y su sustitución por la referencia constituida por una actividad concreta y determinada provoca que en relación a la conducta el padre de familia pase a funcionar como modelo de conducta.

Por otra parte, y además, el significado subjetivo de diligencia cumple la función de describir los distintos grados del modelo del padre de familia. Es decir, conforme el sentido subjetivo, el modelo del padre de familia en sí mismo supone una actitud subjetiva de cuidado y atención, pero no indica el grado de intensidad de dicho cuidado o atención. Para evitar dicha indeterminación se hace necesario una tarea de concreción, lo que se consigue –siempre conforme a lo mantenido por Badosa– con la distinción de los grados de intensidad, «normalmente tres: los dos extremos; esfuerzo o atención máximos y mínimos y el intermedio; atención media o normal».

De otro lado, cabe poner de relieve que la referencia, en Derecho francés, a este modelo del buen padre de familia que supone la apreciación *in abstracto* de la conducta del deudor (autor del daño) en comparación con un tipo abstracto y normal de conducta no va a quedar limitada al ámbito de la responsabilidad contractual, sino que va a ser también utilizado en sede de responsabilidad extracontractual para verificar la existencia o no de culpa (*faute*), frente a una apreciación *in concreto* de la misma que toma la referencia de la conducta del propio autor del daño. De esta manera, la apreciación de la concurrencia de culpa (contractual o extracontractual) queda referida al «tipo abstracto del hombre recto en su actuación», noción que remite a la del buen padre de familia del art. 1.137; o a la conducta de una persona «avisée» (previsora) o a un «hombre prudente y diligente»<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Así, MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit Civil, Les obligations*, Tomo I, *Les sources*, 2ª ed., París, 1988, págs. 512 y sigs., quienes sostienen que a pesar de que el *Code civil* contiene dos regulaciones distintas de la responsabilidad: la contractual derivada de la inejecución de obligaciones nacidas de un contrato y la extracontractual (delictual o cuasi-delictual). La culpa contractual (*faute contractuelle*) no es más que una aplicación especializada de la noción general de culpa, y por lo que concierne a la carga de la prueba, los principios, las situaciones de hecho y las consecuencias jurídicas son las mismas para el que incurre en responsabilidad contractual o en extracontractual.

Sin embargo, esta referencia a la noción abstracta de hombre normal o razonable debe ser sustituida para tener en cuenta ciertas peculiaridades o características del deudor (o autor del daño extracontractual) de las que se han hecho depender el contenido y la extensión de sus deberes. Así, el profesional viene obligado a comportarse como un profesional normal, quedando sujeto a ciertas obligaciones diversas a las de un no profesional<sup>76</sup>. De este manera, el criterio clásico del buen padre de familia debe ser adaptado para tener en cuenta las reglas técnicas de la profesión, la especialización, las exigencias normales del ejercicio de la misma, así como los intereses en juego.

Esto es, tratándose de prestaciones profesionales, la interpretación del contrato y la búsqueda de la medida de diligencia exigible debe referirse necesariamente a las reglas del arte. En este sentido, la sentencia de 20 de mayo de 1936, en materia de responsabilidad médica, configuró la diligencia exigible como la obligación de dar unos cuidados «de manera consciente, atentos, conforme a los conocimientos adquiridos de la ciencia, salvo circunstancias excepcionales»<sup>77</sup>.

*c') La relación entre la diligencia del art. 1.137 y los arts. 1.147 y 1.148 del Code en sede de responsabilidad*

Finalmente, una vez visto cómo es configurada la diligencia en el Código civil francés, cabe poner de manifiesto que la aparente oposición entre el art. 1.137, de un lado, y los arts. 1.147 y 1.148, de otro, ha provocado una fuerte controversia doctrinal acerca de la

---

<sup>76</sup> Conviene, en este punto, precisar que la jurisprudencia dominante francesa sostiene que en principio la responsabilidad de los profesionales es de carácter contractual, en cuanto que el problema surge en relación a clientes con los que aquéllos han contratado y a los que han causado daños.

<sup>77</sup> *Recueil Dalloz* 1936, I, págs. 88 con nota de Josserand: «L'obligation de donner des soins consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science».

noción de culpa contractual y la función que la misma cumpliría en el juicio de la responsabilidad contractual.

La discusión tendría su origen en la omisión por parte del *Code*, en los preceptos dedicados a la responsabilidad contractual por incumplimiento en general, de la noción de culpa (*faute*), de lo que podría deducirse, para algunos autores, la no exigencia de la concurrencia de la misma para afirmar la responsabilidad contractual, bastando, por el contrario, el simple hecho objetivo del incumplimiento para derivar la responsabilidad; sólo la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor liberaría al deudor. La cuestión gira en torno a la posible configuración de la culpa como condición de la responsabilidad contractual en el *Code* francés, como criterio de imputabilidad de la inejecución de la obligación<sup>78</sup>.

La doctrina ha realizado esfuerzos considerables para armonizar estos preceptos que, para muchos, son contradictorios. Así, se ha interpretado por algunos autores que el art. 1.137 constituiría, para el que tiene la obligación de conservar una cosa, una excepción a la regla general del art. 1.147 que sería de aplicación al resto de las obligaciones<sup>79</sup>; e incluso, llevando más lejos tal razonamiento se mantiene que la antinomia entre los dos grupos de

---

<sup>78</sup> Existen dos principales teorías doctrinales enfrentadas sobre la base de un distinto fundamento de la responsabilidad: la doctrina de la culpa y la doctrina del riesgo. Cada una hace una lectura distinta de los textos del *Code* civil, en especial, de la regla general del art. 1.147 y de aquellos supuestos que, en principio, parecen contrarios o excepciones al mismo. Esto es, mientras el art. 1.147 dispone que el deudor es condenado, en caso de inejecución, al pago de los daños-intereses, siempre que no justifique que la inejecución proviene de una causa inimputable, otros preceptos como el art. 1.302 y el art. 1.245 disponen que el deudor de una cosa cierta no es responsable de la pérdida o deterioro de la misma si no provienen de su culpa (art. 1.302), de su hecho o su culpa (art. 1.245). La pretensión de conciliar estos preceptos ha implicado las distintas teorías sobre la responsabilidad.

<sup>79</sup> Así, para COLIN, A. y CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, Tomo II, 8ª ed., París, 1927, núms. 77 y sigs. Sin embargo, se ha objetado a esta tesis el que no explique por qué el obligado a la conservación de la cosa está sometido a un estatuto que no se aplica al resto de relaciones de Derecho común. Además, se dice que es singular que la excepción (art. 1.137) esté colocada antes de la regla.

normas se salvaría por el diverso ámbito al que resultan de aplicación. Según esta opinión doctrinal, el art. 1.137 sería aplicable a las obligaciones de dar, lo que vendría confirmado por el art. 1.302 que en relación a estas obligaciones establece la misma solución; mientras que los arts. 1.147 y 1.148 se referirían a las obligaciones de hacer y no hacer<sup>80</sup>.

Una diversa opinión doctrinal, como ya dejamos apuntado, conecta dichas normas a la distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado propuesta por Demogue, limitando la aplicación del art. 1.137 a las llamadas obligaciones de medios, esto es, a aquéllas en las que el deudor se compromete solamente a emplear la diligencia normalmente suficiente para satisfacer al acreedor quedando pues el art. 1.147 limitado en su alcance a las obligaciones en las que el deudor se ha comprometido a la obtención de un resultado preciso y determinado<sup>81</sup>. La consecuencia práctica de

---

<sup>80</sup> JOSSEAND, L, *Cours de Droit civil positif*, Tomo II, París, 1932, núm. 613. En contra, RODIÈRE, R., «Una notion menacée, la faute ordinaire dans les contrats», op. cit, pág. 206, entiende que no se puede sostener tal explicación en cuanto que es evidente que los arts. 1.146, 1.147 y 1.148 forman un todo y que el art. 1.147 debe tener el mismo alcance que los preceptos que le enmarcan.

<sup>81</sup> FROSSARD, J., *Distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, op. cit., págs. 22 y sigs., núms. 36 y sigs., entiende que en virtud del art. 1.137, que expresa un principio general, la culpa es condición necesaria de la responsabilidad. La posible contradicción interna con el art. 1.147 se salva en cuanto que el *Code* ha asumido la distinción de las obligaciones de medios y de resultado. El contenido de la obligación de medios es tan sólo un comportamiento; se trata de una obligación estrictamente subjetiva; se cumple si el deudor se comporta diligentemente. Sin embargo, en aquellas obligaciones cuyo objeto consiste en un resultado material el derecho positivo establece la regla inversa, la responsabilidad es objetiva, sólo libera la fuerza mayor (que ya no sería la simple ausencia de culpa). De este modo, entiende el autor que se pone en armonía los dos textos del *Code*.

En una línea similar se manifiesta CARBONNIER, J., *Droit civil, 4, Les obligations*, París, 1956, págs. 277, para el cual el derecho a los daños-intereses está supeditado a la constatación de un daño, una falta-culpa y una relación de causalidad entre el daño y la culpa. Aun cuando el art. 1.147 no habla de culpa, se ha de entender que la misma está implícita en la inejecución a la que se refiere el precepto. La prueba de la culpa contractual es diversa en atención a si la obligación es de medios o es de resultado. En las últimas, siempre que existe una inejecución contractual, existe culpa presunta; es decir, la culpa contractual se presume por el sólo hecho material de la inejecución. Al acreedor le bastará probar la existencia de

esta distinción consiste en un otorgar un diverso contenido a la «inejecución de la obligación» y, en consecuencia, un distinto juego de la prueba de la misma en cada una de aquéllas para afirmar la responsabilidad del deudor. Conforme a tal fundamentación, cuando el deudor asume una obligación de resultado, el acreedor no ha de probar la culpa del deudor; le basta con probar que el resultado prometido no se ha obtenido; en ello consiste precisamente la inejecución de la obligación de la que se infiere directamente la responsabilidad de aquél. Sólo la fuerza mayor o el caso fortuito

---

la obligación y que dicha obligación no ha sido ejecutada; sin embargo, la presunción de la culpa no es irrefutable, ya que el deudor podrá liberarse si prueba que la inejecución proviene de una causa extraña a él no imputable. Por el contrario, en las obligaciones de medios la culpa no puede ser deducida de la ausencia del resultado, sino que deviene necesario un juicio sobre la conducta del deudor consistente en comparar lo que ha hecho y lo que debería haber hecho; y es precisamente el art. 1.137 el que da la fórmula de la comparación, al prescribir que el deudor contractual tiene el deber de actuar como un buen padre de familia. También, LE TOURNEAU, PH., *La responsabilité civile*, op. cit., págs. 383 y sigs., sostiene que la regla impuesta por el art. 1.147 *Code* no menciona la culpa, pero la misma ha de sobreentenderse en el término inejecución, de modo que «toda inejecución de una obligación contractual constituye, *a priori*, culpa, salvo que el deudor pruebe la existencia de una causa extraña». Acepta la utilidad de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, pero rechaza algunos equívocos que ésta provoca, como el de que la obligación de resultado entraña una responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa. Para este autor toda responsabilidad contractual es, en principio, una responsabilidad subjetiva; por tanto, también en las obligaciones de resultado la culpa está subyacente. Ésta consistiría en «no haber ejecutado aquello a lo que se había comprometido voluntariamente cuando no se lo impedía la existencia de fuerza mayor». Sin embargo, parece el autor contradecirse posteriormente cuando matizando la idea antes expresada sostiene que realmente no existe una verdadera presunción de culpa del deudor en el hecho del incumplimiento de una obligación de resultado, sino más bien una presunción de responsabilidad, ya que la prueba de la ausencia de culpa por parte del deudor no basta para desvirtuar la misma.

VINEY, G., *Traité de Droit Civil*, Tomo IV, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, dir. J. Ghestin, París, 1982, núms. 522 y sigs., págs. 629 y sigs., realiza un estudio de esta distinción, que ha tenido gran acogida jurisprudencial, destacando que estas dos categorías no son ni homogéneas ni estancas en cuanto un mismo contrato puede comportar diversas obligaciones pertenecientes a categorías distintas. Entre las consecuencias que se conectan a esta distinción, la jurisprudencia unánimemente afirma que el deudor de una obligación de medios no puede ser condenado más que sobre la base de una culpa personal; mientras que el deudor de una obligación de resultado puede ser declarado responsable sin ninguna valoración sobre el alcance de su conducta, desde el momento en que se constate la no realización del resultado prometido y que se confunde con el propio daño.



tienen suficiente eficacia exoneradora para el deudor, según el art. 1.147.

Por el contrario, si el deudor sólo asume una obligación de medios, el acreedor que pretenda la ejecución por equivalente de la obligación, esto es, la exigencia de responsabilidad deberá probar que aquél omitió la diligencia propia de un hombre cuidadoso, del buen padre de familia *ex art. 1.137 Code*. De este modo, el acreedor probará el incumplimiento, como hecho generador de la obligación de resarcimiento, pero también la condición necesaria de la responsabilidad: la culpa. Sólo si el comportamiento es culposo, esto es, si el deudor no ha adoptado ni puesto en marcha los medios prometidos, se podrá afirmar la responsabilidad del deudor<sup>82</sup>. De tal afirmación se sigue que la carga de la prueba de la culpa ha de recaer sobre el acreedor; sin embargo, esta regla resulta atenuada, de manera excepcional, por el legislador en aquellas ocasiones en las que presume la existencia de la culpa que, no por ello, deja de ser condición de la responsabilidad<sup>83</sup>.

Por tanto, para los seguidores de esta distinción, ésta permitiría justificar un fundamento doble de la responsabilidad contractual que descansaría tanto en la culpa (imprudencia, negligencia) para

---

<sup>82</sup> Para STARCK, B., *Droit civil, Obligations, Tomo 2, Contrat et quasi-contrat. Régime générale*, 2ª ed., París, 1986, págs. 388 y sigs., la respuesta estaría en mantener una dualidad de inejecución en las obligaciones de medios y de resultado para saber si el deudor ha incurrido en responsabilidad contractual. Así, tratándose de obligaciones de resultado el deudor es condenado aunque no exista culpa por su parte; la ausencia de satisfacción del resultado genera la responsabilidad, distinguiendo un juego diverso de la fuerza mayor como causa de exoneración según la garantía asumida por el deudor sea absoluta (la fuerza mayor no exonera) u ordinaria. Frente a esto, en las obligaciones de medios la situación es totalmente diferente, ya que la culpa es una condición necesaria de la responsabilidad. Sin embargo, en estas obligaciones la culpa necesaria para apreciar la responsabilidad no es siempre la misma, sino que puede ser levísima, leve o grave, dependiendo del contenido de la propia obligación.

<sup>83</sup> Para esta opinión doctrinal, tal sería el supuesto del art. 1732 Code civil que respecto a las obligaciones del arrendatario (obligación típica de medios) dispone que «él responde del deterioro o de la pérdida ocurridas durante su disfrute, a menos que pruebe que tuvieron lugar sin su culpa».

aquellas obligaciones de medios como en una constatación meramente objetiva, cual es, la no consecución del resultado prometido para las de medios<sup>84</sup>.

Finalmente, otra interpretación se deriva de aquellas opiniones doctrinales que prefieren atribuir a estos preceptos un papel diferente pero complementario: el fundamento de la responsabilidad consistiría en la sola inejecución de la obligación a la que el deudor está sujeto, tal como se desprende de la dicción literal del art. 1.147. Sin embargo, esta inejecución, que trae su causa en el hecho del deudor, constituiría en sí misma una *faute*. Frente al juego del art. 1.147, el art. 1.137 se encargaría de delimitar el contenido, la naturaleza y el alcance (*étendu*) de la obligación del deudor<sup>85</sup>. De este modo, los autores inciden en el hecho de

---

<sup>84</sup> En este sentido, los tribunales franceses han considerado responsables por incurrir en culpa al club de vacaciones por no advertir a los bañistas de los peligros del baño y no asegurarles una vigilancia atenta (París, 19 septiembre 1980, *Gaz. Pal.* 1981, pág. 39); a la sociedad de trabajo temporal por poner a disposición del empleador un contable ya condenado por falsificación de cheques (*Cass. Civ.* 1 marzo 1983, *D.* 1983, I.R. pág. 256); al anestesista que no controló la reanimación del enfermo hasta la completa recuperación de sus constantes vitales (*Cass. Civ.* 11 diciembre 1984, *J.C.P.* 1985, IV, pág. 71); al notario que no ha llamado la atención a las partes de un préstamo hipotecario sobre la insuficiencia de la garantía (*Cass. Civ.* 25 mayo 1985, *D.* 1985, I.R. págs. 370). Por el contrario, se ha considerado irreprochable el comportamiento del monitor de esquí que llevó a sus alumnos por una pista recta y con una débil pendiente (*Cass. Civ.* 28 abril 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 2, pág. 255).

<sup>85</sup> Así, MARTY, G. y RAYNAUD, P., *Droit Civil, Les obligations*, op. cit., pág. 657.

Para MAZEUD, H., L. y J. y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, op. cit., núm. 436 y sigs., págs. 427 y sigs., negando las teorías del riesgo como fundamento de la responsabilidad, toda inejecución de una obligación contractual debida a un hecho del deudor constituye una culpa. El art. 1.147 exige para afirmar la responsabilidad que exista una inejecución de la obligación contractual, presumiendo que esta inejecución es debida a un hecho del deudor, de tal modo que el deudor por el sólo hecho de no ejecutar una obligación comete una falta, esto es, incurre en culpa. La culpa viene probada por el acreedor por el sólo hecho de la inejecución de la prestación; constituyendo, por tanto, una condición de la responsabilidad. Por el contrario, el art. 1.137, a diferencia del art. 1.147, «no tiene por objeto fijar las condiciones de la responsabilidad contractual, sino que se trata de un texto que precisa la obligación nacida del contrato». En igual dirección, WEILL, A. y TERRÉ, F., *Droit civil. Les obligations*, 10ª ed., París, 1975, págs. 426 y sigs., consideran que no existe contradicción alguna en la afirmación de que la culpa contractual es una

diferenciar dos ámbitos: el de la determinación de la obligación, de su contenido y ámbito, en el que encaja el art. 1.137; el de la determinación de la responsabilidad, propio de los arts. 1.147 y concordantes<sup>86</sup>.

---

condición de la responsabilidad y la dicción del art. 1.147, en tanto que la noción de culpa se halla implícita en la inexecución del contrato, de tal modo que en tanto no exista una imposibilidad sobrevenida por causa extraña (*étrangère*) el deudor que no cumple comete una conducta culposa. En esta línea ya se pronunciaban RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité de Droit civil*, Tomo II, op. cit., pág. 290, al declarar que «la culpa contractual no se presume por el juez, como se dice, sino que ella misma está implícita en la inexecución de la obligación». Es decir, la culpa del deudor consiste en no haber ejecutado la prestación. Sin embargo, este mecanismo inexecución=culpa resulta alterado por los autores (págs. 292 y 293) cuando la responsabilidad se quiere hacer derivar, no de un incumplimiento, sino de un cumplimiento defectuoso, en cuyo caso «la prueba de la culpa se impone al acreedor para establecer la defectuosidad de la prestación». Con posterioridad, se mantiene que, en virtud del art. 1.147, si el deudor demuestra que la inexecución no le es imputable, sino que es debida a una imposibilidad no será tenido por responsable. Sin embargo, al acreedor le será útil demostrar la culpa del deudor para combatir la imposibilidad alegada por él, de modo que el deudor no pueda invocar dicha imposibilidad si por su culpa se hallaba en una situación tal que le impedía cumplir.

Frente a esta fundamentación, si bien siendo partidario de la doctrina de la culpa como condición de la responsabilidad, ESMEIN, P., «Le fondement de la responsabilité contractuelle. rapprochée de la responsabilité délictuelle», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1933, op. cit., pág. 633, considera errónea la fórmula de declara que «el deudor contractual es culposo por el hecho de la inexecución de la obligación», ya que si bien es cierto que es responsable como consecuencia de la inexecución de la obligación, no lo es afirmar que incurre en culpa por el sólo hecho de la inexecución. Para este autor, para que exista responsabilidad debe concurrir junto con el incumplimiento la culpa del deudor las circunstancias que son precisadas en la fórmula del art. 1.137. No es suficiente la mera constatación del resultado prometido por el deudor y su no realización, sino que los tribunales deben comparar la conducta del deudor con el modelo del buen padre de familia, del hombre diligente. La no imputabilidad a la que se refiere el art. 1.147 y que entraña exoneración de responsabilidad no puede significar otra cosa —dice el autor— que la «ausencia de culpa». Así, el mismo autor también en *Traité Pratique de Droit civil français*, M. PLANIOL y G. RIPERT, Tomo VI, *Obligations*, 1ª parte, París, 1952, págs. 490 y sigs.

Critica STARCK, B., *Droit Civil, Obligations*, op. cit., págs. 486 y sigs., a aquellos autores que sosteniendo que la culpa es condición de la responsabilidad contractual, y que por tanto la inexecución ha de ser culposa, mantienen, al mismo tiempo, que la culpa contractual no es otra cosa que la inexecución de la obligación.

<sup>86</sup> En contra, RODIÉRE, R., «Una notion menacée, la faute ordinaire dans les contrats», op. cit., págs. 206 y 207, entiende que no cabe distinguir la determinación del contenido de las obligaciones contractuales del deudor y el problema de la apreciación de su diligencia; a su juicio, «el art. 1.137 no precisa sólo la obligación que pesa sobre el deudor, sino que igualmente precisa cómo aquél ha de entender su

### b) *El artículo 1.176 del Código civil italiano*

Como ejemplo de plasmación positiva del modelo del «buen padre de familia» en su significado objetivo, esto es, exento de cualquier connotación psicológica o de referencia anímica al esfuerzo de la persona aparece, según gran parte de la doctrina, el art. 1.176 del Código civil italiano vigente.

En efecto, el deber de diligencia es precisado en el art. 1.176: «*En el cumplimiento de las obligaciones el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.*»

*En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada».*

a') *Diferencias entre el art. 1.176 del Código civil italiano de 1942 y el art. 1.224 del Código civil italiano de 1865*

La novedad de este precepto respecto al art. 1.224 del Código de 1865 abrogado no radica tanto en la formulación de una noción de diligencia, como hemos visto precedentemente, como en su colocación sistemática.

---

deber». El art. 1.137 sería un texto esencial en materia de responsabilidad, «como un texto que formula una de las maneras de apreciar la diligencia del deudor». El art. 1.137 impondría al deudor que empleara la diligencia del buen padre de familia en la ejecución de su obligación; en caso de incumplimiento, el art. 1.147 precisaría que le corresponde al deudor destruir la presunción de que la inejecución es debida a él, mediante la prueba de una causa extraña a él no imputable. Sin embargo, la prueba liberatoria no estaría constituida sólo por las señaladas en el art. 1.148 (caso fortuito y fuerza mayor) sino aquél le bastaría probar la ausencia de culpa. Frente a este argumento JOSSELAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, Tomo II, op. cit., págs. 335 y 336, núm. 613, entendía que los arts. 1.147 y 1.148 constituyen el principio fundamental en responsabilidad contractual: el deudor en caso de inejecución de sus obligaciones es responsable de su culpa y de su hecho; al acreedor le basta con probar la existencia de la obligación y su inejecución o incumplimiento. El criterio del buen padre de familia interviene no tanto para averiguar si el deudor es responsable del incumplimiento de la obligación, sino más bien para verificar si ha existido incumplimiento.

Es decir, mientras en el Código Civil italiano de 1865 la norma relativa a la diligencia hacía referencia a los «efectos de las obligaciones» (Capítulo III), y aparecía junto a los arts. 1.225 y 1.226 que disciplinaban los supuestos del incumplimiento y los límites de la responsabilidad del deudor, esto es, la imposibilidad sobrevenida del deudor<sup>87</sup>, en el Código Civil italiano de 1942 dicho precepto se inserta en el Capítulo relativo al «cumplimiento de las obligaciones», junto a la norma sobre la obligación de custodia (art. 1.177), al precepto que prescribe el deber del deudor de cosas genéricas de entregar cosas de cualidad no inferior a la media (art. 1.178), y a todas las otras disposiciones que prescriben diversas modalidades de cumplimiento (art. 1.179: obligación de garantía; art. 1.180: cumplimiento por tercero; art. 1.181: cumplimiento parcial, etc.).

No obstante, ya los autores bajo el Código Civil abrogado habían puesto de manifiesto que la diligencia del «buen padre de familia» ex art. 1.224 de criterio regulador de la «obligación de vigilar la conservación de la cosa» se convertía en criterio regulador del cumplimiento de cualquier obligación<sup>88</sup>. En efecto, los legisladores

---

<sup>87</sup> Para VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., pág. 120, es esta «infeliz» sistematización la que ha facilitado la aparición de teorías que fundamentan la responsabilidad en la culpa entendiendo ésta como violación de la medida de la diligencia del buen padre de familia.

Criticaba duramente OSTI, G., «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», op. cit., págs. 599 y sigs., la interpretación que se realizó del art. 1.224 que se basaba en su posición sistemática y su conexión con los arts. 1.225 y 1.226, preceptos éstos que sancionaban la responsabilidad por incumplimiento, de donde se hacía derivar que el art. 1.224 establecía un principio relativo al incumplimiento de las obligaciones más que un imperativo relacionado con el cumplimiento, equívoco que ya ponía de manifiesto al estudiar la procedencia histórica del art. 1.224 respecto al art. 1.137 del Código napoleónico en su «Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione», *Rivista di diritto civile*, 1918, págs. 346 y sigs.

<sup>88</sup> Así lo sostiene DI MAJO, A., «Dell'adempimento in generale (art. 1.176)», *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Roma-Bolonia, 1988, págs. 409 y sigs., quien realiza una exposición de los antecedentes de la norma contenida en el art. 1.176, poniéndola en contraste con el art. 1.224 precedente. Ya GIORGI, G., *Teoría de las obligaciones...*, op. cit., pág. 62, comentando el art. 1.224 C.C. de 1865 ponía el acento en la extensión de la disposición del Code francés a todas las obligaciones,

del Código de 1865 adaptaron la doctrina francesa, aunque con una innovación considerable en la formulación legislativa consistente en eliminar la exigencia de la diligencia en relación con la obligación de custodia (art. 1.219), para formular tal regla en términos generales para todas las obligaciones.

Además, el art. 1.224 del Código de 1865 ya eliminó las distinciones que había elaborado el Derecho común en torno a los grados de culpa, aunque, no obstante, se reconocía a veces una mayor o menor responsabilidad en atención a que se verificase una culpa grave o leve tomando como parámetro la conducta del «*diligens ac prudens pater familias*», sin necesidad de recurrir al poder discrecional del juez<sup>89</sup>.

El Código Civil de 1942 operó una sistematización al enumerar en los arts. 1.176 a 1.179 las reglas relativas a las obligaciones subsidiarias a la obligación principal: el art. 1.176 prescribe el deber general de *praestare* la diligencia; el art. 1.177 se refiere al deber de *praestare custodiam*, subsidiario a la obligación de dar cosa determinada; el art. 1.178 relativo al deber de *praestare* la cualidad media en las obligaciones de dar cosas genéricas; el art. 1.179 dispone la libertad de elección de la garantía idónea, en las obligaciones de dar una garantía; por último, las normas sobre la imposibilidad sobrevvenida y la *vis maior* fueron sintetizadas en el art. 1.218 C.C.<sup>90</sup>.

Además, otras innovaciones no meramente sistemáticas fueron introducidas en el art. 1.176 respecto de su precedente del Código Civil de 1865, norma que, de otra parte, ha sido calificada

---

incluidas las de hacer y no hacer, «como antes por vía de la interpretación lo había declarado la doctrina francesa».

<sup>89</sup> Sobre la desaparición de los grados de culpa en el art. 1.224 del C.C. de italiano, vid. LEGA, C., *La diligenza del lavoratore*, capítulo I, op. cit., págs. 10 y sigs.

<sup>90</sup> Cfr. CANNATA, C.A., «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi», op. cit., pág. 1002. El autor pone de relieve que la línea de pensamiento de Osti fue recogida por los labores del legislador del Código italiano de 1942.

como «una de las más problemáticas de la codificación civil de 1942»<sup>91</sup>.

Así, en primer lugar, el art. 1.176 suprime el doble reenvío que contenía el último inciso del primer párrafo y en el segundo párrafo del art. 1.224 a la diversa regla prevista para el depósito y a los casos en que la diligencia debía valorarse con mayor o menor rigor. Para VISINTINI, la eliminación de dichas remisiones se debe al abandono del criterio de la diligencia *quam suis* en el depósito (que prevista en el art. 1843 C.C. de 1865 no es recibida por el art. 1.768 C.C. vigente) y a la intención de los redactores del Código que consideraban superflua la remisión, debiéndose «tener por cierto que subsisten también en el nuevo sistema casos en que la diligencia debe apreciarse con menor o mayor rigor»<sup>92</sup>.

En segundo lugar, se presenta como una importante innovación el segundo párrafo del art. 1.176 C.C. —sobre el que volveremos más adelante—, el cual contempla la diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de una actividad profesional, que viene mensurada en atención a la naturaleza de la actividad misma.

b') *La diligencia como criterio objetivo y general en el art. 1.176 del Código civil italiano. La diligencia del buen padre de familia*

---

<sup>91</sup> En este términos califica al art. 1.176 C.C. italiano CANNATA, C.A., «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi», op. cit., pág. 993, radicando su dificultad, según el autor, en que se ha querido considerarla una réplica, dictada en relación al cumplimiento, de otra regla que, en sede de incumplimiento, se encuentra en el art. 1.218, con la consecuencia de enfrentarse al vigor, en la misma codificación, de una norma que sanciona la responsabilidad por incumplimiento como responsabilidad por culpa-negligencia y de otra que sanciona la responsabilidad objetiva, con el límite de la *vis maior*.

<sup>92</sup> Cfr. *Relazione al Re del ministro guardasigilli*, Roma, 1943, n. 559, donde se incluyen como ejemplos de diligencia valorada con un rigor menor los casos del heredero beneficiado (art. 491), del donante (art. 789), del prestador de obra intelectual (art. 2.236), del tercer adquirente del inmueble hipotecado (art. 2864-I), del mandatario a título gratuito (art. 1.710-I), del depositario a título gratuito (art. 1.768-II) y del gestor de negocios (art. 2.030-II); y como ejemplo de diligencia valorada con mayor rigor, el supuesto del porteador en el transporte de personas (art. 1.681).

Vid. VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., págs. 120 y 121.

Varias son las cuestiones que suscita entre los autores la lectura del art. 1.176 C.C. it., haciéndose radicar, principalmente, en la determinación del significado (subjetivo u objetivo) que cabe atribuir a la diligencia y al modelo del buen padre de familia en dicho precepto, y en la individualización de las funciones desempeñadas por la diligencia. Esta última cuestión surge, no tanto por el tenor literal del art. 1.176 como por su coordinación con el art. 1.218 que, en sede de incumplimiento de las obligaciones, consagra (según algunos autores) en el Derecho civil italiano un sistema de responsabilidad contractual objetiva.

a") En cuanto al significado que cabe atribuir a la diligencia en el art. 1.176 C.C. existe prácticamente unanimidad doctrinal en considerar que este criterio viene contemplado como medida de comportamiento del deudor en la ejecución de la prestación debida, resume todo el complejo de cuidados y cautelas que cada deudor debe normalmente emplear para satisfacer su obligación, teniendo en cuenta la naturaleza de la particular relación y todas las circunstancias que concurren a determinarlo<sup>93</sup>. De este modo, la diligencia no se presenta como un simple comportamiento, sino como una verdadera calificación de la conducta que permite el cumplimiento de la obligación.

---

<sup>93</sup> Así, en esta línea se manifiestan, entre otros, RODOTÀ, S., Voz «Diligenza», *Enciclopedia di Diritto*, XII, Milán, 1964, págs. 539 y sigs.; DI MAJO, A., «Dell'adempimento in generale», op. cit., págs. 410 y sigs.; VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., págs. 168 y sigs.; MUSOLINO, G., *L'opera intellettuale*, op. cit., págs. 120 y 121.

Merece la pena apuntar la tesis mantenida por MENGONI, L., Voz «Responsabilità contrattuale (diritto vigente)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXIX, Milán, 1988, págs. 1072 y sigs., el cual atribuye un doble significado a la diligencia en el ordenamiento actual: uno, originario conforme al cual la diligencia desarrolla la función de la conservación de la posibilidad de cumplimiento; otro, respecto a cual surge un concepto de diligencia referente al "hacer bien", es decir, a la diligencia en sentido técnico.

VISINTINI, G., *La responsabilità...*, op. cit., pág. 168, disiente fuertemente del primer significado que Mengoni atribuye a la diligencia, en cuanto que ésta ya no cumple la función de conservación de las posibilidades del cumplimiento; no obstante, comparte la noción de diligencia entendida en sentido técnico.



De otro lado, como hemos apuntado, la diligencia del Código de 1942 es configurada como un criterio objetivo y general<sup>94</sup>; no subjetivo ni particular, tal como viene expuesto en los trabajos preparatorios del precepto, abandonando, de este modo, la referencia a la diligencia usual del sujeto o *quam suis*, es decir, aquélla que contempla como modelo de conducta aplicable a la obligación el que resulta del modo habitual de comportarse el deudor en sus propios asuntos. Se trata de una diligencia *in abstracto* que prescinde del dato subjetivo relativo a la conducta concreta del deudor con sus propios asuntos (la diligencia *quam suis*).

Sin embargo, cabe destacar que frente a una concepción objetiva de la diligencia, no han faltado autores que consideran que el término «diligencia» asume el Código Civil de 1942 un doble significado, objetivo y subjetivo.

Así, para BIANCA la diligencia deber ser concebida como comprensiva de ambas vertientes, la objetiva y la subjetiva, definiéndola como «el adecuado empleo de las energías y de los medios útiles para la realización de un determinado fin». Consecuencia de esta concepción es que, de acuerdo a los distintos fines perseguidos por el contrato, el esfuerzo (la diligencia) puede exigir la aplicación de facultades volitivas, el recurso a instrumentos materiales idóneos e incluso la observancia de principios técnicos y de preceptos jurídicos. Sin embargo, para este autor la objetividad del juicio permanece íntegra puesto que éste se da siempre por la valoración de un comportamiento conforme al esfuerzo abstracto exigido por la consecución de un resultado; conforme a esta medida abstracta es valorado en particular el esfuerzo que el sujeto realiza

---

<sup>94</sup> Así, NICOLÒ, R., Voz «Adempimento (dir. civ.)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. I, Milán, 1958, pág. 558; MOSCO, L., Voz «Impossibilità sopravvenuta», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XX, Milán, 1970, págs. 419 y 420; MESSINEO, F., *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Vol. III, *Diritto delle obbligazioni (Parte generale)*, Milán, 1959, pág. 290.

para prevenir y superar los eventos que surgen como impedimentos al resultado y que afectan a la propia capacidad diligente<sup>95</sup>.

De otra parte, se ha de tener presente que, a pesar de concebir el legislador italiano la diligencia como un criterio general, se configura, al mismo tiempo, como relativo, es decir, la diligencia viene siempre medida en relación al tipo especial de la particular relación jurídica, y debido a ello puede sostenerse que subsisten también en el nuevo sistema unos casos en que la diligencia debe valorarse con mayor o menor rigor<sup>96</sup>. La norma de la diligencia debida por el deudor es expresamente repetida en una serie de preceptos relativos a relaciones jurídicas muy variadas<sup>97</sup>: así, en sede de usufructo (art. 1.001-2º) y respecto al usufructuario se dispone que «en el goce de la cosa él debe usar la diligencia del buen padre de familia»; el art. 1.587, en sede de arrendamiento de cosas, dispone que el arrendatario debe tomar la cosa y observar la diligencia del buen padre de familia para servirse del uso determinado en el contrato o para el uso que pueda deducirse de las circunstancias; el art. 1.804 impone al comodatario la custodia y conservación de la cosa con la diligencia del buen padre de familia; los arts. 382 y 703 imponen al tutor y al ejecutor testamentario el deber de administrar con la diligencia del buen padre de familia; el art. 1.710 lo prevé para el mandatario, y el art. 2.030, por remisión al anterior, para el gestor de negocios ajenos; el art. 1.768 prevé que el depositario en la custodia de la cosa confiada observe la diligencia del buen padre de familia, e idéntico deber pesa sobre el banco depositario de títulos en administración (art. 1.838), etc.

---

<sup>95</sup> Cfr. BIANCA, C.M., Voz «Negligenza (Diritto privato)», *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, págs. 190 y sigs.

<sup>96</sup> Así, la *Relazione del Ministro Guardasigilli*, n. 559, donde se dice que se trata de un «criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale», que viene siempre «commisurato al tipo speciale del singolo rapporto».

<sup>97</sup> Ejemplifica MOSCO, L., Voz «Impossibilità sopravvenuta», op. cit., pág. 413, algunas de estas normas, cuyo análisis considera indispensable para poder precisar el exacto significado del deber de diligencia y su coordinación con la exoneración del deudor por imposibilidad sobrevenida.

Además, en determinadas relaciones obligatorias, la medida de la diligencia del buen padre de familia como parámetro al que debe ajustarse la conducta del deudor en el cumplimiento de la obligación es sustituida por otras referencias como la relativa a las «reglas de la buena técnica» —art. 1.618 donde se prevé la facultad resolutoria del arrendador si el arrendatario no observa respecto de la cosa dichas reglas— o las «reglas del arte» — así, en el art. 1.662 en el contrato de ejecución de obra que prevé la comprobación por el comitente durante el curso de la ejecución de la obra de que ésta procede según las condiciones contractuales y las reglas del arte—.

Tal es el sentido que cabe otorgar al segundo párrafo del art. 1.176 que, tratándose del ejercicio de actividades profesionales, prevé la sustitución del modelo del buen padre de familia como medida de diligencia exigible con carácter general en las relaciones obligatorias, por una medida elástica, flexible o contingente en atención a la naturaleza de la actividad ejercitada<sup>98</sup>.

b") La diligencia a la que hace referencia el buen padre de familia es una diligencia en sentido objetivo, esto es, prescinde de la voluntad o del esfuerzo del sujeto, incidiendo, por el contrario, en el dato objetivo del comportamiento cuidadoso y ordenado.

En este sentido, para BIANCA el Código Civil italiano al recoger la figura del buen padre de familia ha querido poner de manifiesto la irrelevancia de la inaptitud del sujeto para adecuar su diligencia al modelo representado por aquella figura, en cuanto que si el esfuerzo producido no es el exigido según tal medida, el juicio será de negligencia, aunque el sujeto haya puesto toda su buena voluntad. Sin embargo, considera el autor que esto no quiere decir que el juicio de diligencia prescinda totalmente de los impedimentos que afectan a la esfera personal del sujeto<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Reiteran la misma previsión del art. 1.176-2° los arts. 1.838, 1839, 2.104 -2°, 2.174-2°; y en especial el art. 2.236 C.C. cuyo estudio afrontaremos más adelante.

<sup>99</sup> Cfr. BIANCA, C.M., Voz «Negligenza (Diritto privato)», op. cit., pág. 191.

Según este autor, este modelo goza de gran trascendencia en cuanto que la violación de esta medida debe ser, en todo caso, referida al juicio de negligencia y, por tanto, de imputabilidad del ilícito<sup>100</sup>.

De un análisis de las disposiciones legislativas cabe concluir —para el autor— que en la fórmula del «buen padre de familia» el legislador se basa explícitamente en el criterio de la normalidad (diligencia normal u ordinaria); teniéndose en cuenta, no obstante, que un criterio de normalidad ha de tener en cuenta exclusivamente los comportamientos que puedan calificarse de diligentes.

Ya que para Bianca la diligencia supone en sí misma, como hemos visto, la aplicación de un esfuerzo suficiente, esto es, adecuado al fin propuesto por la norma, una medida que supere el esfuerzo mínimo suficiente para calificar el comportamiento de diligente implica «buena diligencia». De ello concluye que si sólo los comportamientos diligentes pueden individualizar un modelo de diligencia normal, en este modelo podrá también expresarse un valor social que supere los términos estadísticos referibles a la mediocridad de un genérico hombre común<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> La tesis central de BIANCA, C.M., Voz «Negligenza (Diritto privato)», op. cit., pág. 190, se fundamenta, como ya apuntamos, en la plena correlatividad entre la negligencia-diligencia como momentos positivos y negativos de una misma valoración normativa. No obstante, verifica que las disposiciones legislativas hacen referencia usual a la diligencia y la negligencia aparece de modo esporádico como violación de otro interés y como causa de responsabilidad, calificándose entonces directamente en términos de culpa. De tal modo que un tratamiento de la negligencia como contenido aunque sea parcialmente autónomo no aparece justificado; de lo que acaba concluyendo que los comportamientos específicos de la negligencia son siempre reconducibles al juicio de omisión de una cierta medida de diligencia.

<sup>101</sup> Cfr. BIANCA, C.M., Voz «Negligenza (Diritto privato)», op. cit., pág. 194-195. Asimismo, considera significativo que todas las fórmulas legislativas en que se exige una diligencia del sujeto hasta la aplicación de todos los medios idóneos para la salvaguardia de intereses de otros hayan sido entendidas por la jurisprudencia como aplicación del criterio de la diligencia normal.

Respecto a la figura del buen padre de familia, DIMAJO se manifiesta en una línea similar a BIANCA, al sostener que en la tarea de identificación de este modelo de diligencia del buen padre de familia se ha de tener en cuenta que en sus orígenes dicho modelo aparece unido a la teoría de la graduación de las culpas con base en la cual, entre los tres grados de culpa, la diligencia del buen padre de familia y su correspondiente grado de culpa figuraban en el centro, de lo que se va a deducir que al modelo del buen padre de familia le corresponde una posición media. De esta manera, emerge la noción del buen padre de familia como «hombre medio» que conduce a equívocos, en cuanto que se va a entender que el actuar diligente ha de ajustarse al nivel de medida, normal y media, del actuar del hombre común<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> DIMAJO, A., « Dell'adempimento in generale», op. cit., pág. 414 y sigs. expone la relación existente entre los distintos grados de diligencia y la teoría de la «prestación de las culpas». Las modernas codificaciones reaccionaron frente a la teoría de origen medieval de la «prestación de las culpas». Parte dicha teoría de la consideración de que según los distintos grados de diligencia era lógico hacer corresponder distintos grados de culpa: *culpa lata, levis* y *levissima*; y esto según que el obligado fuera responsable de aquella *nimia negligentia (culpa lata)* o no haya observado la *diligentia diligentis (culpa levis)* o aquel grado máximo al que atiende una persona escrupolísima (*culpa levissima*).

De tal modo que los códigos modernos a través de una regla como la del art. 1.176 C.C. italiano de 1942 no han pretendido sólo dar respuesta a la teoría de la «prestación de las culpas», sino también de evitar la tentación de elaborar, especialmente a nivel jurisprudencial, distintos grados o niveles de culpa, según la naturaleza de las relaciones particulares y más allá de la normal adecuación de la regla general de la distinta naturaleza de la relación obligatoria.

En contra, CANNATA, C.A., «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi», op. cit., pág. 1008, entiende que el deber de diligencia impuesto por el art. 1.176 a través de la referencia al buen padre de familia es un deber «medio», normal y común, en ningún caso, excepcional.

Para RODOTÀ, S., Voz «Diligenza (dir. civ.)», *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, 1964, págs.545 y 546, la relatividad del modelo de diligencia del buen padre de familia consiste en que éste va medido en relación a una situación determinada de manera que cuando se hace preminente la necesidad de tutelar un interés ajeno (el del acreedor), la atención que se exige al sujeto que debe actuar no es la correspondiente a un nivel medio, sino que, sin llegar a ser excepcional, debe calificarse de notable o buena. En esta línea, GIORGIANNI, M., Voz «Inadempimento (dir. priv.)», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1981, pág. 880, estima que en la acepción moderna esta figura prescinde de la posición «mediana» que la elaboración de tres grados de diligencia le había asignado; también MESSINEO, F., *Manuale di Diritto*

Para RESCIGNO, la diligencia del buen padre de familia es un criterio de valoración adoptado por la ley en el régimen de las distintas relaciones. Por ello, la prestación del obligado no se agota en el cumplimiento de un acto y está destinada a perpetuarse en el tiempo<sup>103</sup>.

Absolutamente crítico con la adopción por el art. 1.176 de la figura del buen padre de familia como modelo de comportamiento en el cumplimiento de las obligaciones se muestra CANNATA calificándola de «imprecisa y contradictoria», quien, sin embargo, sostiene se trata de un parámetro objetivo, rechazando cualquier aplicación del criterio de la *diligentia quam suis* (y la correlativa *culpa in concreto*)<sup>104</sup>. Parte el autor del postulado, pacíficamente admitido, de que el art. 1.176 expresa en términos positivos la misma noción que en términos negativos sintetiza la palabra «culpa». Sin embargo —a su juicio—, no siempre la presencia de la diligencia excluye la culpa, ya que la culpa no coincide con la negligencia en aquellos casos a los que se refiere el párrafo segundo del art. 1.176, esto es, tratándose del ejercicio de actividades profesionales, a los que les es aplicable no sólo la noción de diligencia sino también de pericia, de donde surge la noción de culpa-impericia y a la que hace también referencia el art. 2.236 C.C.<sup>105</sup>.

---

*civile e commerciale*, op. cit., pág. 290, estima que la diligencia del buen padre de familia es valorada con un mayor rigor que la del simple hombre medio.

<sup>103</sup> RESCIGNO, P., «Fortuito, causa non imputabile e diligenza», *Banca, borsa e titoli di credito*, 1951, II, págs. 388 y sigs.

<sup>104</sup> Así, CANNATA, C.A., «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi», op. cit., pág. 1006, basando su crítica en la pretendida universalidad que se deduce del mismo, ya que este modelo no puede operar como parámetro de la ejecución según las reglas del arte.

<sup>105</sup> Para comprender la objeción de CANNATA, C.A., «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi», op. cit., pág. 1009, se debe tener en cuenta que, para este autor, en las prestaciones con carácter técnico sólo la culpa-impericia puede ser tomada en consideración ya que el grado de diligencia exigido es el exigido por las reglas del arte, formando parte de las reglas profesionales junto con la posesión de conocimientos técnicos.

c') *La unidad del concepto de diligencia en el art. 1.176 C.C. italiano*

Tanto la aplicación de la diligencia del buen padre de familia a particulares relaciones obligatorias como su sustitución por otros criterios específicos en otras ha provocado que la doctrina se haya cuestionado la pretendida unidad del concepto de diligencia del art. 1.176. Junto a esta cuestión e íntimamente relacionada, surge la relativa a determinar la relación existente entre los dos párrafos del art. 1.176 bien como diversos modos de determinar el contenido de la obligación bien como parámetros diversos a los que ajustar el comportamiento.

Siguiendo a VISINTINI parece indubitado que el art. 1.176 recoge un concepto unitario de diligencia, de manera que el párrafo segundo del precepto es una especificación del primer párrafo, referente a las obligaciones profesionales y que responde a la necesidad de valoración del cumplimiento en función de la naturaleza de la prestación<sup>106</sup>.

En esta dirección se manifiesta también DIMAJO para quien, de un lado, hay que tener en cuenta que la llamada a la observancia de la diligencia del buen padre de familia no incumbe sólo al art. 1.176, sino que también a particulares relaciones obligatorias, sean legales o contractuales. De otro lado, los criterios de «la buena técnica» (art. 1.618) o «de las reglas del arte» (art. 1.662) asumirían una función de especificar el más general criterio de la diligencia con base en que

---

<sup>106</sup> Cfr. VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., pág. 169. Para la autora el art. 1.176 ha recibido un nuevo significado de la diligencia, en sede de cumplimiento, con un abandono del criterio de la valoración de la responsabilidad con mayor o menor rigor. El nuevo concepto de diligencia emerge de las obligaciones de medios, es decir, respecto de aquellas prestaciones susceptibles de ser valoradas desde el punto de vista cualitativo de la observancia de ciertas reglas técnicas.

Sin embargo, la diferencia estructural de las obligaciones de medios o de diligencia respecto de aquellas otras obligaciones calificadas de resultado no llega a romper la unidad de la disciplina de la responsabilidad contractual y, por tanto, no sustrae las obligaciones llamadas de diligencia a la aplicación del art. 1.218 C.C. italiano.

está previsto expresamente por la ley que tratándose del cumplimiento de obligaciones inherentes al ejercicio de actividades profesionales «la diligencia debe valorarse respecto a la naturaleza de la actividad ejercitada»<sup>107</sup>.

Frente a esta unitariedad de la noción de diligencia, se sostiene por otras voces doctrinales que el legislador utiliza el mismo término con un doble sentido y significado, atribuyéndole diversas funciones en el ámbito de las obligaciones.

Entre éstos destaca BIANCA, el cual distingue un sentido propio de la diligencia y uno ulterior o impropio. Así, en el primer sentido, la diligencia se identifica con tensión de voluntad, y funciona como criterio de imputación de la responsabilidad por incumplimiento, mientras que en un momento ulterior, la diligencia parece identificarse con el exacto contenido de la obligación, es decir, con las reglas del arte a las que el comportamiento debe adecuarse<sup>108</sup>. En aquellas obligaciones que tienen por objeto una actividad compleja la precisión del contenido con referencia al normal empleo de los medios adecuados a los fines adquiere una importancia primaria. De este modo, aparece un juicio de diligencia (en sentido atécnico) distinto al que se refiere a la responsabilidad del deudor (que

---

<sup>107</sup> Cfr. DI MAJO, A., «Dell'adempimento in generale», op. cit., pág. 410 y sigs.

Este autor ejemplifica diversas relaciones contractuales tanto de origen legal como contractual en las que también incumbe la obligación de cumplimiento conforme a la diligencia del buen padre de familia.

Entre las obligaciones de origen legal, destacan la que incumbe al tutor, usufructuario, ejecutor testamentario, gestor de negocios ajenos no autorizado, etc. Entre aquéllas de origen contractual, la obligación de observancia de la diligencia del buen padre de familia pesa sobre el conductor respecto de la cosa arrendada, el mandatario, el depositario, el comodatario o sobre el prestador de trabajo (art. 2.104) entre otras.

<sup>108</sup> Según BIANCA, C.M., Voz «Negligenza (Diritto privato)», op. cit., págs. 190 y sigs., la distinción de los dos significados del concepto de diligencia conduce a una doble función que cumpliría la diligencia. Así, la diligencia en sentido técnico o propio asumiría la función de criterio de imputabilidad de la imposibilidad de la prestación, mientras que la diligencia en sentido impropio asumiría respecto a ciertas prestaciones el criterio de determinar el objeto de la obligación.



corresponde con la diligencia en sentido estricto o propio), y que está dirigido a determinar la prestación debida en las obligaciones de hacer.

En esta línea, para MOSCO el deber de diligencia, generalmente, es una regla de comportamiento impuesto al deudor, estableciendo el parámetro al que debe ajustarse el *facere*. Este sentido propio o técnico se corresponde con la diligencia del art. 1.176 C.C. Sin embargo, el legislador prevé para ciertas relaciones obligatorias, aquéllas de goce y disfrute de una cosa, un adicional deber de diligencia que no coincide con el anterior, sino que se configura como el específico contenido de una obligación de carácter económico consistente en salvaguardar la conservación de la cosa<sup>109</sup>.

Respecto a la relación existente entre el criterio general de diligencia, esto es, el modelo del buen padre de familia y aquellos otros específicamente previstos para particulares relaciones obligatorias también diversas explicaciones se han hecho valer por la doctrina.

DIMAJO ofrece una explicación histórica de la relación entre el criterio general de diligencia y los específicos. Para este autor se ha de partir del origen de la noción de diligencia que aparece referida a los deberes sociales de gestión, de goce y de administración de cosas ajenas así como a la obligación de restitución. Es decir, se trata de relaciones presididas por la *bona fides*, donde el comportamiento contrario a la diligencia era también valorado sobre el plano moral.

---

<sup>109</sup> Distingue MOSCO, L., Voz «Impossibilità sopravvenuta», op. cit., pág. 413, dos sentidos de la diligencia en las relaciones de uso y goce de las cosas: uno en sentido técnico, entendida la diligencia como regla de conducta que entraría de lleno en el art. 1.176, esto es, diligencia en la custodia; otro, como diligencia económica o impropia entendida como contenido específico de una obligación de conservación de la entidad económica del bien usufructuado, arrendado, dado en comodato ... que actúa como límite del ejercicio del derecho en las relaciones de uso y goce de cosas. Así, lo deduce de la norma del 1.001-2° para el usufructuario; del art. 1.587 para el arrendatario, etc. En cambio, fuera de estas relaciones de uso y disfrute, la diligencia asume un significado único y unívoco, que es el mismo que para las relaciones de goce se refería a la actividad de custodia.

No obstante las modernas codificaciones haber recibido esta tradición en cuanto que continúan incluyendo la referencia a la diligencia a aquellas particulares relaciones, dicha referencia se ha convertido, al mismo tiempo, en medida común para valorar el comportamiento del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Ello explica el hecho de que en el *Code* francés la diligencia continúe haciendo referencia explícita a las obligaciones de dar, con los subsiguientes problemas de interpretación de la norma del art. 1.137-I C.C.<sup>110</sup>.

Sin embargo, el argumento anterior vuelve a conducirnos a la idéntica cuestión planteada por los comentaristas del *Code* francés consistente en la averiguación de en qué medida un modelo de conducta dictado con particular referencia a hipótesis consignadas por la tradición (esto es, respecto a la obligación de custodia) puede surgir una regla general para valorar el comportamiento del deudor en el cumplimiento de cualquier obligación.

Entre las posibles explicaciones, podría pensarse que el deber de diligencia continúa siendo propio y cualificante de una particular categoría de relaciones, aquéllas cuya prestación consiste en el cuidado de intereses ajenos. Sin embargo, de seguirse esta interpretación se retornaría a la dicotomía entre: las relaciones que tienen por objeto la entrega o restitución de cosa determinada o la realización de un *opus*, para las que las fuentes clásicas preveían una forma de responsabilidad cuasi-objetiva, es decir, por la simple custodia de la cosa; de otro, aquellas relaciones de tipo distinto en las que históricamente ha madurado el concepto de culpa-diligencia, como es el supuesto de la originaria responsabilidad sólo por dolo del mandatario, del depositario, etc.

Frente a tal interpretación, se puede alegar que el deseo del legislador italiano de 1942 al ubicar una norma como la del art. 1.176

---

<sup>110</sup> Cfr. DI MAJO, A., «Dell'adempimento in generale», op. cit., págs. 410 y sigs.

entre las disposiciones generales de las obligaciones, consistió precisamente en romper con la tradición de referir la diligencia al ámbito de las obligaciones de custodia, configurando, por el contrario, un deber de diligencia objetivo aplicable a cualquier clase de obligación.

Al mismo tiempo, de permitirse un juego diverso de la diligencia en atención al tipo de relación contractual podría seguirse un diverso fundamento de la responsabilidad, manteniéndose para una particular categoría de relaciones un fundamento de la responsabilidad del deudor no referido al incumplimiento como «imposibilidad sobrevenida» de la prestación *ex art. 1.218 C.C. italiano*, sino exclusivamente a la violación de la regla de conducta que impone al deudor el empleo de un esfuerzo diligente en el cumplimiento de la obligación.

Para GIORGIANNI el principio de la diligencia en abstracto (que constituye como regla general el límite de la responsabilidad en las relaciones obligatorias) viene sustituido por el principio del «esfuerzo concreto» en aquellas hipótesis en las que el comportamiento del deudor está dirigido a la producción de un resultado, pudiendo, al mismo tiempo, garantizarlo. Si el deudor garantiza al acreedor la obtención de un resultado, aquél responderá hasta el límite de la posibilidad de la prestación —como es el supuesto de la promesa de obligación o de hecho de tercero (art. 1.381 C.C.)—. Frente a esto, si el deudor no compromete el resultado, sino sólo una prestación en atención al mismo, el deudor no vendrá obligado a un esfuerzo hasta el límite de la «posibilidad», sino sólo a aquél que le suponga una «notable onerosidad». En esta categoría no se prescinde de la noción de diligencia, como regla de conducta impuesta al deudor dirigida a la obtención del resultado, lo que sucede es que se sustituye el modelo tradicional del «buen padre de

familia» por una medida más severa y adecuada a los intereses del acreedor<sup>111</sup>.

No obstante la diversidad de opiniones existentes en este punto, cabría afirmar que el recurso a la diligencia del buen padre de familia aparece como el más idóneo para identificar un criterio de diligencia como regla de conducta, pudiendo venir especificado por las normas a través de diversas modalidades obligacionales<sup>112</sup>. El alcance de la norma del art. 1.176 como determinación de la regla de conducta que ha de observarse en el cumplimiento de las obligaciones no viene desvirtuada por el hecho de que para determinadas relaciones jurídicas se prevea una atenuación o agravamiento de la diligencia empleada (cfr. art. 2.236).

Por tanto, cabría sostener que la diligencia del buen padre de familia constituye la regla fundamental, con independencia de que en algunos casos, en virtud de la propia naturaleza de la relación obligacional, o de la actividad ejercitada la diligencia venga valorada con diversa intensidad e incluso sustituida por un modelo de diligencia superior (art. 1.176-2º). Con esto se pone de manifiesto tanto la relatividad como la elasticidad del modelo de conducta consagrado por el Código Civil italiano.

En conclusión, la referencia en el art. 1.176 a la diligencia del buen padre de familia debe entenderse como un criterio general y abstracto, por tanto, susceptible de ser aplicado a las concretas

---

<sup>111</sup> GIORGIANNI, M., Voz «Inadempimento (Diritto privato)», op. cit., págs. 881 y 882, incluye en esta última categoría el contrato típico del contratista (*appalto*), o de la ejecución de obra, el contrato de venta de cosa específica, el contrato de suministro y la venta de mercancías por parte del comerciante o industrial con entrega aplazada. Con tal construcción sustrae el autor tales hipótesis en la disciplina del incumplimiento de la medida de la imposibilidad y de la pérdida (ámbitos propios del art. 1.218 C.C.).

<sup>112</sup> Sin embargo, pone de manifiesto RODOTÀ, S., Voz «Diligenza (Diritto civile)», *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, 1964, págs. 544 y 545, que las opiniones son contrastadas respecto a la vigencia y utilidad del modelo del buen padre de familia existiendo autores que critican el mantenimiento en los textos vigentes de esta fórmula que se muestra arcaica y obsoleta.

relaciones obligatorias que, de otro lado, ha de ceder antes otros específicos previstos para concretas relaciones jurídicas. Además, se trata de un parámetro de la conducta que prescinde del criterio de la normalidad, no siendo un concepto estadístico, sino que cualifica un comportamiento cuidadoso y adecuado para el cumplimiento de las obligaciones y al que debe adaptarse el deudor concreto, salvo que le sea exigible un canon diverso de diligencia.

*d') Las relaciones existentes entre el art. 1.176 y el art. 1.218 C.C. italiano*

De otro lado, hemos de tener en cuenta que, en el Derecho italiano, la determinación de las funciones que desempeña la diligencia del art. 1.176 en el cumplimiento de las obligaciones resulta enormemente influida por las interpretaciones subjetivistas y objetivistas que de la responsabilidad contractual se mantiene por los distintos autores, con base en el precepto del art. 1.218 C.C., en particular, por la distinta valoración del significado de la imposibilidad de la prestación como incumplimiento definitivo<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> En este sentido, GIORGIANNI, M., Voz «Inadempimento (dir. priv.)», op. cit., pág. 874, declara que una de las más graves disputas de todo el derecho de las obligaciones tiene su origen en el contenido de la prueba liberatoria puesta a cargo del deudor conforme el tenor del art. 1.218 C.C., y su contraste con la norma del art. 1.176 C.C.

A juicio del autor, la polémica suscitada en torno al significado que cabe atribuir al art. 1.218 viene determinada en gran parte por la opción de los redactores del Código de 1942 al acoger «la tesis más rigurosa —y quizás la más aislada— entre las tesis doctrinales existentes bajo la vigencia del código abrogado en orden al contenido de la prueba liberatoria».

Aclara MOSCO, L., Voz «Impossibilità sopravvenuta», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XX, Milán, 1970, págs. 408 y 409, que las claras mejoras técnicas aportadas por el Código de 1942 no han servido para poner fin a las dudas interpretativas de los estudios de este tema y que tiene su raíz más profunda en la adopción de una visión unilateral e incompleta del estudio de la estructura de las obligaciones que ha llevado que se acogiera exclusivamente el principio de la culpa como contraposición lógica a la regla de la diligencia, abandonando el principio de la responsabilidad objetiva; o bien acogiendo estos últimos principios precluyéndose así la posibilidad de explicar, en la primera alternativa, como el deudor puede responder por incumplimiento a pesar de haber prestado la diligencia debida, y en la segunda como puede responder también en algunos casos de imposibilidad absoluta.

En efecto, la cuestión relativa a la coordinación de estos dos preceptos, el art. 1.176 — que en sede de cumplimiento de las obligaciones impone al deudor la observancia de la diligencia— y el art. 1.218 — que en sede de incumplimiento de las obligaciones (Capítulo III del mismo Título I del Libro IV) establece la responsabilidad del deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida, previendo una de las consecuencias que al incumplimiento se puede conectar, es decir, el resarcimiento del daño<sup>114</sup>— ha ocupado, y sigue ocupando, un lugar privilegiado en la doctrina italiana, dando lugar a diversas y encontradas, en ocasiones, corrientes doctrinales.

El problema hermenéutico de estos preceptos radica en que mientras el art. 1.176 exige al deudor que se ajuste en el cumplimiento de sus obligaciones a la diligencia de un buen padre de familia, el art. 1.218 prevé que habiendo incumplido su obligación el deudor sólo pueda quedar exento de responsabilidad si prueba que ha existido una imposibilidad sobrevenida (objetiva y absoluta, según unos, u objetiva y relativa, según otros) de la prestación inimputable; derivándose que la prueba del deudor de haber observado la diligencia que le era exigible no tiene entidad liberatoria suficiente. En suma, la cuestión sustancial gira en torno a la coordinación de la noción de imposibilidad sobrevenida de la prestación y la de la diligencia en el cumplimiento, que, a su vez, remite a la determinación del contenido que debe atribuirse a la prueba liberatoria de responsabilidad que pesa sobre el deudor.

En este estado de cosas, de una parte, se mantiene por parte de la doctrina, siguiendo la teoría propuesta por G. OSTI, que el art. 1.176 tiene exclusivamente la función de medir el exacto cumplimiento

---

<sup>114</sup> El art. 1.218 dispone que «El deudor que no ejecuta exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño, si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha estado determinado por imposibilidad sobrevenida de la prestación derivada de una causa a él no imputable». La consecuencia inmediata de la imposibilidad sobrevenida de la prestación inimputable al deudor es la extinción de la obligación conforme a la previsión del art. 1.256 C.C.

de la prestación en las obligaciones de *facere*, esto es, determina qué ha de entenderse por prestación exacta cuando ésta consiste en el desarrollo de un comportamiento por el deudor. Conforme a esta tesis, la culpa, configurada como la omisión de la diligencia del buen padre de familia, no es criterio de imputación de la responsabilidad, sino elemento integrante del incumplimiento, esto es, presupuesto objetivo de la responsabilidad<sup>115</sup>. La responsabilidad contractual prescindiría del elemento subjetivo de la culpa.

Frente a tal concepción, según una diversa opinión doctrinal, el art. 1.176 configuraría la diligencia como criterio de imputación del incumplimiento o de la imposibilidad del incumplimiento *ex art.* 1.218, esto es, como culpa-diligencia<sup>116</sup>. En este sentido, el art. 1.176 cumpliría una función esencial completando el régimen de la responsabilidad por incumplimiento, colmando la laguna del art. 1.218 que no precisa el criterio de imputación de aquél<sup>117</sup>. Conforme

---

<sup>115</sup> Tal es la tesis de OSTI, G., «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, pág. 607. En el mismo sentido, MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milán, 1958, pág. 28; y VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale*, op. cit., pág. 159.

<sup>116</sup> Sigue esta concepción CANNATA, C.A., «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi», op. cit., pág. 1012, para criticar la pretendida objetividad del sistema de responsabilidad consagrado en el Código italiano sosteniendo que «todo sistema que se base sobre la idea de que la imposibilidad está a cargo del deudor porque éste está obligado a evitarla, es decir, que el deudor responde por la imposibilidad sobrevenida en cuanto le sea imputable o (lo que es lo mismo), que el deudor no responde si la imposibilidad proviene de «causa a él no imputable» (art. 1.218 C.C.) es un sistema de responsabilidad subjetiva y precisamente de responsabilidad por culpa, ya que la culpa es el incumplimiento del deber de evitar la imposibilidad, y ello cualquiera que sea el criterio con base en el cual se debe decidir la imputabilidad, sea el de la negligencia, el de la impericia o el llamado riesgo de empresa».

Para este autor, la culpa constituye el fundamento de la responsabilidad, pero no en cuanto conectada directamente con el incumplimiento, sino como criterio de imputación al deudor de la imposibilidad.

<sup>117</sup> Así, MENGONI, L., Voz «Responsabilità contrattuale (dir. vig.)», op. cit., págs. 1091 y 1092; «La responsabilità contrattuale», *Jus*, 1986, págs. 119 y sigs., para quien esta función del art. 1.176 es confirmada por su origen histórico, esto es, por el art. 1.137 *Code* francés. Frente a su precedente, «el art. 1.176 es una norma que generaliza la obligación accesoria (no autónoma) de custodia en los términos de un deber de esfuerzo, medido conforme a la *diligentia diligentis*, a fin de conservar las

a esto, la imputabilidad de la imposibilidad de la prestación se mediría con el parámetro de la culpa como contrario a la diligencia del buen padre de familia<sup>118</sup>.

Esto es, para aquéllos que avalan una interpretación subjetivista de la responsabilidad, sólo puede ser considerado el deudor incumplidor, a los efectos del art. 1.218, si ha violado el deber de diligencia impuesto por el art. 1.176, o sea, sólo si ha incurrido en culpa-negligencia<sup>119</sup>.

---

condiciones objetivas de la posibilidad de cumplimiento». En este sentido, la diligencia para este autor se configura como deber de comportarse de modo idóneo para conservar la posibilidad de la prestación, que, por otra parte, no es un deber autónomo, sino que es una obligación instrumental que integra la prestación. El art. 1.176 cumple la función de determinar el concreto contenido de dicha obligación de comportarse impuesta al deudor.

En «Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"», *Rivista di diritto commerciale*, 1954, págs. 194 y 199 y sig., sostiene que hay dos tipos de diligencia que se corresponderían con los dos párrafos del art. 1.176: una diligencia en sentido técnico, la del primer párrafo, que funcionaría como criterio de imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (ya que el deber de diligencia está dirigido a la conservación de la posibilidad de la prestación); y una diligencia en sentido lato, como deber primario y no accesorio en las obligaciones de comportamiento o de medios, en la que tiene cabida la pericia. El art. 1.176, como regla de la diligencia en sentido técnico o propio, no contradice al art. 1.218, sino que integra la norma que extiende la responsabilidad del deudor hasta el límite de la imposibilidad fortuita de la prestación.

<sup>118</sup> De este modo, y según la tesis de MENGONI, L., «Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"», op. cit., pág. 200, la diligencia del buen padre de familia es el criterio general de imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida, cualquiera que sea la prestación y no un criterio particular en caso de pérdida o deterioro de la cosa debida.

<sup>119</sup> En este sentido, GIORGIANNI, M., *L'inadempimento*, 1ª ed., Milán, 1959, págs. 228 y sigs.; NATOLI, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo II, Milán, 1962, págs. 80 y sigs.; DI MAJO, A., «Delle obbligazioni in generale», op. cit., pág. 465 y sigs.

La tesis de GIORGIANNI, M., *Voz «Inadempimento (dir. priv.)»*, op. cit., pág. 874 y sigs., gira en torno a la consideración del art. 1.218 no como una norma general de responsabilidad del deudor para todas las hipótesis, limitada en su aplicación sólo a una hipótesis de incumplimiento, aquél en que la prestación ha devenido imposible. Además, esta imposibilidad sobrevenida sólo puede quedar referida a un tipo de relaciones jurídicas, a aquéllas en las que la prestación principal del deudor consiste precisamente en impedir la imposibilidad sobrevenida; típicas relaciones de este tipo son las obligaciones de entregar o restituir una cosa cierta o determinada, en las que el deudor está obligado sobre todo a impedir la pérdida de la cosa, su sustracción o aquellos eventos que harían total o parcialmente imposible la entrega o



En este sentido, para explicar la dualidad de normas —el art. 1.176 y e.1.218— existente se mantiene que la regla de conducta en que consiste la diligencia, si bien única, tiene una doble vertiente: de un lado, como actividad idónea que ha de adoptar el deudor dirigida a satisfacer el interés del acreedor; de otro, como actividad dirigida a mantener la «posibilidad» de la prestación. La primera manifestación de la regla de conducta está contenida en el art. 1.176 y tiene un papel preeminente; la segunda asume una función marginal y se corresponde con el art. 1.218. En consecuencia, la responsabilidad del deudor resulta fundada en la culpa configurada como violación de la regla de conducta en sus dos vertientes<sup>120</sup>.

Por el contrario, para los partidarios de una lectura objetivista del art. 1.218, el acreedor puede pretender del deudor el resarcimiento del daño por incumplimiento con base en el sólo hecho objetivo de la inejecución o ejecución inexacta de la prestación. El deudor podrá liberarse probando que la obligación se ha extinguido por una imposibilidad sobrevenida de la prestación,

---

restitución de la cosa en su integridad. En estas relaciones obligatorias la regla del art. 1.218 asumiría su papel más relevante, como imposición de regla de conducta que cubre todo el área de actividad del deudor. Sin embargo, en el resto de relaciones obligatorias esta regla de preservar la posibilidad de cumplimiento no asumiría tal relevancia, sino que el deudor vendría obligado a observar otra regla de conducta, la derivada del art. 1.176, emergiendo la responsabilidad del principio de culpa. En definitiva, todo el sistema de la responsabilidad del deudor estaría fundado, salvo específicas excepciones, en la violación de una regla de conducta que impone al deudor un cierto esfuerzo o diligencia.

Afirma BIANCA, C.M., «Dell'inadempimento delle obbligazioni», *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, págs. 80 y sigs. que el art. 1.218 descansa en una presunción de culpa, de lo que sigue que el deudor podrá vencer tal presunción dando prueba, como ausencia de culpa, de la propia diligencia. En este sentido, Cass. 30 octubre de 1986, n. 6404, *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 2060.

<sup>120</sup> Aclara GIORGIANNI, M., *Voz «Inadempimento (dir. priv.)»*, op. cit., pág. 883, que este principio encuentra obstáculos a su aplicación desde el punto de vista procesal al imponerse, generalmente, la prueba liberatoria a cargo del deudor. Además, tal situación se agrava cuando a pesar de que como regla general le bastaría demostrar que ha observado aquella regla de conducta, la ley impone que pruebe el concreto evento que ha impedido la prestación, a pesar de haber observado la diligencia exigida.

debida a una causa a él no imputable<sup>121</sup>. Conforme a esta interpretación, la observancia por el deudor de la diligencia del buen padre de familia no basta para liberarle de responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de la prestación, ya que para ello es imprescindible la prueba de la existencia de caso fortuito o fuerza mayor. En este sentido, la diligencia no constituiría el límite de la obligación que habría que buscarlo en la existencia de un hecho impeditivo del incumplimiento no imputable<sup>122</sup>. La observancia de la norma del art. 1.176 por parte del deudor en la ejecución de su actividad constituye una condición necesaria, pero no suficiente para que pueda ser liberado del vínculo obligatorio (al extinguirse conforme al art. 1.256) en el caso de que sobrevenga un obstáculo que le impida cumplir.

Para MOSCO el deudor debe medir su comportamiento con la diligencia del buen padre de familia bajo tres aspectos diversos: a) en la ejecución de la prestación; b) en la prevención de siniestros y de obstáculos que hagan imposible la prestación; c) en el despliegamiento de actividades idóneas dirigidas a eliminar o

---

<sup>121</sup> Para GALGANO, F., «La responsabilità contrattuale», *Contratto ed impresa*, 1989, pág. 32, se ha de partir como premisa de la letra del art. 1.218 tal como aquí se ha expuesto. El deudor, en cambio, puede liberarse de responsabilidad sólo probando que la obligación se ha extinguido por imposibilidad sobrevenida de la prestación, debida a causa a él no imputable, es decir, ofreciendo una doble prueba: la de la imposibilidad sobrevenida objetiva, pero no absoluta; y la imputabilidad de la imposibilidad. Por esto, no basta para que el deudor quede liberado, la prueba de haberse comportado con la diligencia del buen padre de familia, sino que debe indicar la causa que ha hecho imposible la prestación, esto es, un evento imprevisible e inevitable (caso fortuito). Además, aclara el autor que la mayoría de las ocasiones, la jurisprudencia ha considerado inidónea para liberar al deudor la prueba de haber observado la diligencia ordinaria, exigiendo la prueba de la específica causa, extraña a su esfera de control, que ha impedido el cumplimiento.

<sup>122</sup> Dentro de esta línea, mantiene una interpretación ecléctica RODOTÀ, S., Voz «Diligenza (dir. civ.)», *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, 1964, págs. 542 y 543, al configurar a la diligencia es un típico criterio de responsabilidad, de tal manera que una vez ocurrido el hecho impeditivo del cumplimiento, la valoración de la conducta del deudor será uno de los criterios para establecer si subsiste o no la imputabilidad del hecho. Rechaza la posibilidad de construir una obligación en la que toda la prestación se agote en la diligencia. La diligencia se presenta como un criterio de valoración de la responsabilidad, sin por ello constituir el contenido de una obligación autónoma.

atenuar los efectos de los «casos fortuitos» que puedan impedir u obstaculizar el cumplimiento.

En el primer caso, la diligencia del deudor tiene una relevancia fundamental, ya que la negligencia (o la impericia o la imprudencia) bastaría para hacer imputable un incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

Las actividades de prevención que incumben al deudor y que van desarrolladas con la diligencia prescrita por la ley se reconducen al principio de que, normalmente, un evento que era previsible conforme a la diligencia ordinaria no puede constituir causa inimputable. La inobservancia del deber de diligencia en la previsión y prevención de un obstáculo puede no constituir causa de imputabilidad sólo cuando el evento era absolutamente inevitable. El deudor quedará exonerado si prueba que, aun observando la diligencia exigida en la prevención, la pérdida hubiera sido inevitable.

Por último, la diligencia del buen padre de familia constituye la medida del comportamiento del deudor respecto a las actividades idóneas para eliminar o atenuar los efectos de un obstáculo sobrevenido. En este aspecto, la cuestión radica en determinar los límites de este deber en las distintas relaciones jurídicas.

El efecto liberatorio de la imposibilidad está condicionado, según este autor, a la observancia de la diligencia en sus tres aspectos, pero no es bastante sino que deberá valorarse si el obstáculo determinante de la imposibilidad tiene una particular naturaleza y gravedad<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> Cfr. MOSCO, L., Voz «Impossibilità sopravvenuta», op. cit., págs. 421-423.

Argumenta este autor que deben distinguirse dos campos en el comportamiento del deudor: el de la actividad y el de la puesta en marcha de los medios y energías. La observancia de la diligencia agota el ámbito de la actividad; mientras que la valoración de la imposibilidad (y por tanto, de la prueba liberatoria) según la naturaleza y la gravedad del obstáculo incumbe sólo al del empleo de los medios

Conviene relacionar el diverso juego de la diligencia, conforme a las distintas teorías, con la pretendida distinción entre las obligaciones de medios y de resultado que, como vimos en la primera parte de este estudio, ha sido seguida por gran parte de la jurisprudencia italiana. Así, los tribunales vienen sosteniendo que en las obligaciones de medios el deudor sólo se obliga a llevar a cabo una conducta diligente dirigida a la obtención de un resultado cuya no consecución, sin embargo, no lleva aparejada la responsabilidad del deudor, bastándole la prueba de la diligencia exigida por la naturaleza de la actividad o, en su caso, la del buen padre de familia (art. 1.176).

Esta afirmación es matizada extraordinariamente en determinados pronunciamientos que sostienen que la calificación de una determinada prestación como de medios no significa que la no obtención del resultado sea totalmente irrelevante en estas obligaciones, entendiéndose que su falta hace presumir, salvo prueba en contrario, la negligente ejecución de la prestación debida, esto es, el incumplimiento<sup>124</sup>. Sin embargo, esta presunción judicial puede provocar una distorsión de las obligaciones de medios deviniendo en auténticas obligaciones de resultado, en las que el incumplimiento obligacional se deriva del dato objetivo de no haber alcanzado el resultado pretendido.

---

económicos. Los dos ámbitos quedan referidos a dos normas (art. 1.176 y 1.218) que se coordinan plenamente de este modo.

<sup>124</sup> Tal presunción ha sido aplicada en el caso de las prestaciones médicas de rutina, en las que se estima que la aplicación diligente de las reglas técnicas asegura normalmente la obtención del resultado operado de tal modo que su no obtención hace presumir la diligencia o impericia del médico como en el supuesto de la Cass. 21 de diciembre de 1978, n. 6141, *Giur. it.* 1979, I, c. 953 y sigs.: «si la intervención operatoria realizada por el cirujano es de fácil ejecución, la demostración por parte del cliente de un resultado perjudicial, en el sentido de que sus condiciones de salud resultan deterioradas después de la intervención, es suficiente para fundar la presunción de que la ejecución de la prestación profesional ha sido inadecuada y no diligente, correspondiendo al cirujano la prueba contrario de que el resultado perjudicial fue causado por un evento imprevisible o por las particulares condiciones físicas del paciente».

A esta última afirmación se objeta por ciertos tribunales que a pesar de la presunción de culpa subsiste la diferencia fundamental entre las obligaciones de medios y de resultado, ya que mientras en las primeras la prueba de la diligencia libera al deudor; el deudor de una obligación de resultado sólo se libera si prueba que la prestación ha devenido imposible por causa a él no imputable (art. 1.218), esto es, por caso fortuito o por fuerza mayor<sup>125</sup>.

A la vista de tales pronunciamientos judiciales, algunos autores que parten de una lectura objetivista del art. 1.218 sostienen que, de manera excepcional, en las prestaciones de hacer consistentes en prestaciones de medios, frente a la regla general, la medida para valorar si el deudor ha incumplido puede ser la diligencia del art. 1.176; erigiéndose la culpa, como sinónimo de falta de diligencia, pericia o prudencia debida, en el fundamento de la responsabilidad, correspondiendo al acreedor la prueba del incumplimiento del deudor, esto es, de su culpa, salvo en los casos en que se pueda presumir la culpa del mismo por la no obtención de resultado, en cuyo caso habrá una inversión de la prueba a cargo del deudor<sup>126</sup>.

Por el contrario, tratándose de obligaciones de hacer calificables de resultado el incumplimiento viene dado por la falta de obtención de aquél, no pudiendo el deudor liberarse de responsabilidad probando que la prestación fue ejecutada conforme a las reglas de la

---

<sup>125</sup> Sin embargo, no todos los pronunciamientos jurisprudenciales admiten que el deudor pueda vencer la presunción de culpa mediante la prueba de la diligencia; así, en la sentencia anterior Cass. 21 de diciembre de 1978.

Sí aceptan, en cambio, la prueba liberatoria de la diligencia, tratándose de la responsabilidad del banco por pago de cheque falso (obligación de medios con presunción de culpa) las sentencias de Cass. 29 de junio de 1982, n. 1209, *Foro it.* 1982, I, c. 472 y sigs. y Cass. 9 de mayo de 1985, n. 2885, *Giur. it.* 1986, I, 1, c. 242 y sigs.

<sup>126</sup> Así, BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milán, 1953, págs. 127 y sigs. y VISINTINI, G., «Inadempimento e mora del debitore», *Codice civile commentato*, Milán 1987, págs. 223 y sigs.; GALGANO, F., «La responsabilità contrattuale...», op. cit., pág. 44. En contra MOSCO, L., Voz «Impossibilità sopravvenuta», op. cit., págs. 423 y 425.

pericia y diligencia. Tal es el caso, según la jurisprudencia italiana, del contrato de *appalto*, el depósito y el transporte<sup>127</sup>.

### e') *La diligencia, la buena fe y el principio de «correttezza»*

Finalmente, queda por señalar que la diligencia en el sistema del Código Civil italiano es un concepto que aparece íntimamente relacionado con el principio de buena fe (art. 1.375) y de «correttezza» (art. 1.175)<sup>128</sup>, referido este último, a la corrección en el trato en las relaciones con los demás, denominándose, en ocasiones, criterio de solidaridad<sup>129</sup>. Sin embargo, a pesar de esta conexión, se trata de nociones diferentes que aluden a distintos aspectos en las relaciones obligatorias<sup>130</sup>. La dificultad que presenta la tarea de delimitar la diligencia de las nociones de buena fe y de «correttezza»

---

<sup>127</sup> Crítica GALGANO, F., «La responsabilità contrattuale...», op. cit., pág. 47, la existencia de algunos pronunciamientos jurisprudenciales en los que el cumplimiento del depositario o del transportista es valorado con el criterio de la diligencia del art. 1.176. Sólo aparentemente, a juicio del autor, estas decisiones son subjetivistas ya que en el fondo vendrían a sostener que la imposibilidad que libera es la relativa a la específica obligación de custodia que debe deducirse del contrato.

<sup>128</sup> El art. 1.375 dispone: «il contratto deve essere eseguito secondo la buona fede». El art. 1.175 dice: «il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza».

<sup>129</sup> Así, la propia *Relazione al Re* (n. 13) habla indiferentemente de solidaridad «corporativa» y de «correttezza», lo cual, de otra parte, fue duramente criticado.

<sup>130</sup> Cfr. RODOTÀ, S., Voz «Diligenza (dir. civ.)», op. cit., págs. 539 y sigs., quien pone en relación la diligencia con los principios de buena fe y de «correttezza» entendiendo que la diligencia se perfila como un criterio para la valoración la conformidad del comportamiento del deudor a aquél debido, como un criterio conforme al cual se aprecia la violación del límite individualizado por las normas de la «correttezza» y, por tanto, como un típico criterio de responsabilidad.

En este sentido, NICOLÒ, R., Voz «Adempimento (dir. civ.)», op. cit., pág. 558, sostiene que la actividad del deudor resulta calificada no sólo a través del recurso a la diligencia del buen padre de familia, sino también a través del de la buena fe, «como criterio objetivo de valoración del comportamiento según el denominador común de la lealtad y la probidad, que constituye una exigencia fundamental del deber civil».

Para GIORGIANNI, M., Voz «Inadempimento (dir. priv.)», op. cit., pág. 881, en la valoración del esfuerzo abstracto a la que el deudor resulta obligado se debe tomar en consideración junto con la diligencia, las reglas que imponen al deudor la «correttezza» y la buena fe. En este sentido, MESSINEO, F., *Manuale di Diritto civile e commerciale*, op. cit., pág. 292.

se acentúa por la estrecha relación existente entre estas dos últimas que ha llevado a confundir la regla de la «correttezza» en la expresión más genérica de «buona fede», ocupando ésta la mayor atención doctrinal<sup>131</sup>.

Las normas que regulan la formación y ejecución del contrato imponen a las partes el deber de comportarse según la buena fe (así, los arts. 1.337, 1.358 C.C., etc.)<sup>132</sup>. En este sentido, el art. 1.375 prevé

---

<sup>131</sup> En tal sentido, MESSINEO, F., *Manuale di Diritto civile e commerciale*, op. cit., pág. 252, califica de «ardua» la tarea de distinguir la «correttezza» y la buena fe en sentido objetivo.

Asimismo, la relación entre la buena fe y la diligencia es estudiada por JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág.; «Las reglas generales de la responsabilidad contractual del Código Civil», A.D.C. 1985, Fasc. II, págs. 316 y sigs. quien refiriéndose al Derecho italiano comprende bajo la noción de buena fe estos dos principios (la *buona fede* del art. 1.375 y la *correttezza* del art. 1.175 C.C. ), entendiendo que el deber general de «correttezza» es un trasunto del deber de buena fe.

Para ROMANO, S., Voz «Buona fede (dir. priv.)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. V, Milán, 1959, págs. 689 y sigs., estos principios integran la más amplia normativa de la *correttezza*, cuyo ámbito de aplicación más amplio se encuentra en la ejecución del negocio. La relación entre ellas se explica si se parte de que la norma del art. 1.175 constituye la regla general, mientras que el art. 1.375 es una norma especial de aquélla. La mala fe constituiría la violación de una normativa de *correttezza* y de los deberes por ella impuestos.

Siguiendo a STOLFI, G., «Il principio di buona fede», *Rivista di Diritto commerciale*, 1964, I, págs. 163 y sigs., cabría sostener que el principio de buena fe es muy amplio, comprendiendo entre sus acepciones el de deber de *correttezza* que constituye una obligación específica impuesta por el legislador en los límites preestablecidos. El art. 1.175 consagra el principio fundamental de la buena fe al que quedan sometidos las normas del art. 1.375 y 1.366 (éste prevé que los contratos han de ser interpretados según la buena fe). Cabe resaltar que para este autor el principio de buena fe no es aplicable a todas las relaciones patrimoniales, por la particular índole de alguna de ellas (así, p. ej. a las relaciones hereditarias).

Para VISINTINI, G., «Impossibilità della prestazione e giudizio di buona fede», *Diritto marittimo*, 1977, págs. 3 y sigs., un significado de la buena fe es aquél que se hace en el art. 1.175 donde la norma se refiere explícitamente a obligaciones de *correttezza* recíprocas y que constituye la acepción fundamental de aquélla que, a su juicio, ha sido adoptada por el legislador en sede de contratos. Así, también ALPA, G., «Pretese del creditore e normativa di correttezza (Nota a la Sentenza del Tribunale di Bologna di 21 luglio 1970)», *Rivista di Diritto commerciale*, 1971, II, págs. 277 y sigs.

<sup>132</sup> Sobre el concepto de buena fe y la variedad de significados con los que puede ser percibida, vid. ROMANO, S., Voz «Buona fede (dir. priv.)», op. cit., págs. 677 y sigs. Para este autor, el Código civil se refiere a unos principios de buena fe de manera unitaria y objetiva que constituyen una normativa de «correttezza»; cuya

un deber general de buena fe en la ejecución del contrato, lo que implicará, entre otras cosas, el deber de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad contractual de la otra siempre con el límite de que aquel deber no suponga a cualquiera de los sujetos un sacrificio inexigible<sup>133</sup>. Asignándole esta función, la buena fe asume un sentido objetivo, como canon de comportamiento leal al que deben atenerse ambas partes y no sólo el deudor en cualquier relación obligatoria. Pero además, la buena fe conserva su función integradora del contrato, como regla objetiva que concurre para determinar el comportamiento debido, esto es, el contenido de la prestación<sup>134</sup>. La obligación de buena fe prohíbe cualquier comportamiento desleal de una parte frente a la otra, pero no exige un esfuerzo, un compromiso como el que se deriva de la diligencia. Sin embargo, puede ser fuente de deberes impuestas a las partes, integrando con ello al autonomía de las partes. El contenido de la obligación de buena fe no está predeterminado, sino que su cumplimiento requerirá actuaciones diversas dependiendo de las concretas circunstancias.

Por su parte, de manera genérica se entiende por la doctrina que la «correttezza» es la conformidad del comportamiento humano a la reglas de la convivencia social, esto es, a las *boni mores*<sup>135</sup>; se trata,

---

exigencia es puesta de relieve de manera general por el art. 1.175 C.C. para las relaciones obligacionales.

<sup>133</sup> Pone de relieve BIANCA, C.M., «La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale», *Rivista di Diritto civile*, 1983, I, págs. 205 y sigs., que no deben confundirse la noción de buena fe con la obligación de diligencia. Así, para este autor mientras «en las relaciones obligatorias, la obligación de diligencia impone un adecuado esfuerzo volitivo y técnico para realizar el interés del acreedor que deriva de un derecho absoluto o relativo, la buena fe objetiva es, en cambio, una norma de conducta que impone a la parte la consideración a la utilidad de la otra, es decir, de aquel interés que no es objeto de una específica tutela jurídica y que, sin embargo, el contratante debe salvaguardar.

<sup>134</sup> Para MENGONI, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», op. cit., pág. 203, la buena fe «constituye el verdadero principio de determinación del objeto de la obligación».

<sup>135</sup> Cfr. CARUSI, F., Voz «Correttezza (Obblighi di)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, Milán, 1962, pág. 709.



en sentido amplio, de un criterio de valoración del comportamiento social<sup>136</sup>. Sin embargo, referido a las relaciones obligatorias (art. 1.175) asume un particular significado como medio idóneo dirigido a la valoración de las posiciones de las partes en el contrato.

De esta manera, el deber general de «correttezza» actúa como instrumento para la definición del alcance real de la relación obligatoria, fijando el límite pasado el cual el comportamiento del obligado deviene ilegítimo, esto es, produce una lesión de una determinada situación jurídica. El criterio de «correttezza» define la extensión efectiva de la situación jurídica, estableciendo una particular relación entre las partes que les impone una obligación de cooperación dirigida a la conservación y seguridad de sus respectivas esferas jurídicas<sup>137</sup>.

Respecto al principio de «correttezza» el criterio de la diligencia opera en un plano diverso ya que para que ésta actúe como regla de conducta que debe seguir el deudor debe haber quedado delimitado de manera previa aquello a lo que está obligado el deudor<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Cabe destacar que el art. 2.598-3° alude expresamente a los «*principi di correttezza professionale*».

<sup>137</sup> Estima CARUSI, F., Voz «*Correttezza (Obblighi di)*», op. cit., págs. 710 y 711, que con esta elaboración de la regla de *correttezza* se asiste a un fenómeno de especificación del genérico y abstracto deber del *neminem laedere*, con una correlativa absorción de la responsabilidad por ilícito dentro de la responsabilidad contractual.

Identifica este autor la obligación de *correttezza* con los deberes de protección o seguridad que están dirigidos a proteger un interés negativo o secundario del sujeto, en contraposición al interés positivo a la prestación principal, y cuya infracción viene regulada, normalmente, en sede de responsabilidad contractual. Declara que los ejemplos de la existencia de este deber de *correttezza* que tutela el interés negativo son numerosísimos, y así, entre otros, el de la cliente que resulta herida, mientras elige la mercancía en una tienda, por la caída de una estantería mal equilibrada; el caso del cirujano que habiendo llevado a cabo felizmente la operación, deja caer el bisturí, hiriendo al enfermo en un ojo, etc.

A tal efecto, entiende este autor que tratándose de verdaderos y propios deberes de *correttezza*, es posible en principio plantear una acción autónoma por resarcimiento por los daños causados por la violación de aquel deber; pero cuando se trata de obligaciones instrumentales no cabe mantener una acción autónoma respecto a la del cumplimiento de la prestación.

<sup>138</sup> Así, RODOTÀ, S., Voz «*Diligenza (dir. civ.)*», op. cit., pág. 542.

En suma, tanto entendiendo que los principios de buena fe y de *correttezza* coinciden sustancialmente como, en caso contrario, atribuyendo a cada uno de ellos un sentido particular, lo cierto es que operan en un ámbito diverso al de la diligencia, en cuanto que aquéllos, teniendo como destinatarios a ambas partes de la relación contractual, desempeñan esencialmente una función de integración del contenido de la prestación, imponiendo ciertos deberes accesorios a aquélla, e incluso una función correctiva de la misma, mientras que la diligencia queda referida a la exigencia de un cierto modelo de comportamiento al deudor que debe adoptarlo, en todo caso, para el cumplimiento exacto de la obligación<sup>139</sup>. El carácter de fuente de integración del contrato se deriva del principio de buena fe (y/o de *correttezza*), en tanto que la diligencia se refiere netamente a una cualificación de la conducta del deudor, a la conformidad de su conducta a aquélla debida<sup>140</sup>.

### C) Otros modelos de diligencia

Visto cuanto antecede, hemos de tener en cuenta que el modelo del «buen padre de familia», como parámetro abstracto y genérico de

---

<sup>139</sup> Para VISINTINI, G., «Impossibilità della prestazione e giudizio di buona fede», op. cit., págs. 7 y sigs., la buena fe como fuente de obligaciones de protección, de carácter instrumental y accesorio, puede desempeñar la doble función de ampliar, de un lado, la responsabilidad contractual, extendiéndola a hipótesis en las que se cuestiona, no la violación de la prestación, sino el incumplimiento de obligaciones de corrección (*correttezza*) integradores y accesorios de la prestación en sentido técnico, y de otro, eliminar o reducir la responsabilidad del deudor en función de la positiva violación de obligaciones de *correttezza* por parte del acreedor o de la valoración en términos de *scorrettezza* de la exigencia por parte del acreedor del cumplimiento, valoración que se hace en relación al contenido del contrato, integrado por el juicio de buena fe.

<sup>140</sup> Mantiene BARASSI, L., *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. III, *L'attuazione*, Milán, 1948, págs. 15 y sigs., una diversa configuración de la relación entre la regla de la buena fe prevista en el art. 1.175 (limitada a las obligaciones contractuales) y la de la diligencia del art. 1.176 (referida a la obligación en general). Para este autor, la segunda depende de la primera, de la que es una aplicación ya que «si la diligencia del buen padre de familia es aquella del hombre normal resulta obvio que cabe configurarla como contenida en la razonable expectativa del acreedor, el cual no puede esperar más que cuanto, en las mismas circunstancias, la media de los deudores de buena voluntad haría».

diligencia que se ha de observar en el cumplimiento de las obligaciones, no es el único posible, sino que el legislador puede optar por otros modelos, tal como sucede en el Código civil alemán que abandona el término «buen padre de familia» adoptando el concepto de *Sorgfalt* (*erforderliche Sorgfalt*) esto es, el «cuidado exigible en el tráfico».

En efecto, en Alemania la fórmula del «buen padre de familia» que había sido recogida en el Primer Proyecto de B.G.B fue objeto de fuertes críticas, lo que motivó que el segundo Proyecto abandonara la fórmula tradicional y acogiera, en cambio, la de la «diligencia exigida en la vida de los negocios (o en el tráfico)» que pasó al vigente § 276 B.G.B.<sup>141</sup>. De esta manera, la negligencia viene definida, en el § 276-I-2º, como el descuido de la diligencia exigida en el tráfico, de donde se desprende, a juicio de los autores, que el legislador consagra una medida estricta en cuanto que establece como diligencia la «exigida» o «requerida» y no la usual<sup>142</sup>.

Ante todo, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo alemán (B.G.H.) el concepto de diligencia en el ámbito de las relaciones obligatorias es objetivo, ya que la definición de la negligencia no se sitúa en la medida de diligencia que tenga que aplicar el deudor individual<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Para GIORGIANNI, M., Voz «Buon padre di famiglia», *Novissimo Digesto italiano*, op. cit., págs. 596 y sigs., y en *L'inadempimento*, op. cit., págs. 333 y sigs., la fórmula vetusta del Primer Proyecto del B.G.B. puede considerarse idónea no compartiendo las objeciones que le hicieron en Alemania. La virtualidad del modelo del «buen padre de familia» consiste en que «muy bien puede constituir el modelo no sólo de quien cultiva un campo sino también de quien dirige una gran empresa».

<sup>142</sup> Cfr. MEDICUS, D., *Tratado de las relaciones obligatorias*, Vol. I, op. cit., pág. 151.

<sup>143</sup> LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo I, versión española de J. Santos Briz, Madrid, 1958, págs.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

Además, en el Código civil alemán el deber de indemnización y la cuantía de la misma se deja al arbitrio del juez que libremente pondera las circunstancias del caso concreto (cfr. § 254-1º)<sup>144</sup>.

Cabe, incluso, que la propia legislación omita cualquier referencia a un modelo abstracto e único de diligencia, otorgando, de este modo, relevancia a la función del juez que es quien valora la diligencia exigida en el caso particular. Tal es el caso del Código de las obligaciones suizo de 1911 en su § 99 que prevé que el deudor está obligado por cualquier culpa, es decir, por cualquier acto positivo o negativo que le sea imputable y que es la causa del incumplimiento<sup>145</sup>. La medida de diligencia exigible al deudor es libremente fijada por el juez, aunque el legislador da unas directrices generales<sup>146</sup>.

La extensión de la indemnización de los daños y perjuicios es libremente fijada por el juez conforme al § 43; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado ciertas reglas. Además el Código de las obligaciones establece ciertos principios a los que el juez debe sujetarse, al establecer ciertas causas de reducción de la reparación de los daños que aun siendo enumeradas en sede de ilícito extracontractual (§ 43 y 44), son aplicables también al incumplimiento de una obligación contractual en virtud de la remisión a aquéllas contenida en el párrafo 99 párrafo tercero<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Dice el § 254-1º: «Si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, la obligación a la indemnización, así como la cuantía de la indemnización a prestar depende de las circunstancias, en especial de hasta qué punto el daño ha sido causado preponderantemente por una u otra parte».

<sup>145</sup> Conforme al Código suizo de las obligaciones, una vez probada la existencia de un daño que trae su causa en la inexecución de la prestación por deudor aquél ha de ser reparado tomando para su cálculo, como regla general, el interés contractual positivo.

<sup>146</sup> Cfr. ROSSEL, V., *Manuel du Droit civil suisse*, Tomo 13º, Laussane, s.d., pág. 131. El § 99 dice: «En général, le débiteur est tenu de toute faute.— Cette responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle doit notamment s'apprécier avec moins de rigueur, lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur».

<sup>147</sup> Cfr. GUHL, T., *Le droit fédéral des obligations*, Zurich, 1947, págs. 59 y sigs. Para este autor, de una lectura de los § 41 y 97 se desprende que la

Por su parte, el Código civil portugués de 1867 otorgaba una importancia decisiva a la tarea del juez a cuyo arbitrio se dejaba la calificación de la culpa o la negligencia, según lo dispuesto en el art. 717, cuyo apartado 3º decía: «La calificación de la culpa o negligencia depende del prudente arbitrio del juzgador, conforme a las circunstancias de hecho, del contrato y de las personas». El vigente Código civil de 1966, tras sentar el principio de que el deudor que falta culposamente al cumplimiento de su obligación es responsable del perjuicio causado al acreedor (art. 798), establece una presunción legal de culpa, que se deriva del hecho del incumplimiento, con la consecuencia directa de que incumbe al deudor la prueba de que la falta de cumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación no procede de su culpa (art. 799)<sup>148</sup>. El segundo apartado del art. 799 remite para la apreciación de la culpa a los mismos términos aplicables en sede de responsabilidad civil.

En tal sentido, la Sección V del Capítulo II del Título I del Libro II (Derecho de las obligaciones) que lleva la rúbrica «Responsabilidad civil» contiene las normas aplicables a la misma, estableciendo como regla general que la carga de la prueba de la culpa se hace recaer sobre el lesionado, salvo que exista una presunción legal de la misma (art. 487-1º). A falta de criterio legal específico, se prevé que la culpa sea apreciada por la diligencia de un buen padre de familia, en atención a las circunstancias de cada caso (art. 487-2º)<sup>149</sup>. Luego, el modelo del

---

responsabilidad —la obligación de reparar un daño— descansa sobre la noción de la culpa que existe en el incumplimiento de un contrato. Existe negligencia, grave o leve, cuando el deudor no ha previsto el carácter dañoso de su conducta, pudiéndolo y debiéndolo hacer, empleando una diligencia que le era atendible. En estos casos, la gravedad de la culpa es tomada en consideración en el Derecho suizo para fijar el montante de la reparación debida.

<sup>148</sup> El art. 798 dispone: «O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor».

El art. 799: «1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação nao procede de culpa sua. 2. A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil».

<sup>149</sup> Dice el art. 487: «1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesao, salvo havendo presunção legal de culpa. 2. A culpa é apreciada, na falta de

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

buen padre de familia se erige también en la medida de la diligencia exigible en las relaciones obligatorias, cuya apreciación por los tribunales deberá atender a las circunstancias concretas. Se trata de un modelo supletorio que puede ser sustituido por otro establecido legalmente, no diciendo nada el Código, sin embargo, de la posibilidad de que las partes pacten otro diverso al regular la relación entablada entre ellas.

---

outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso».

19. *El modelo de diligencia del Código Civil español: el art. 1.104 C.C.*

A) *Antecedentes históricos*

Previamente al estudio del art. 1.104 Código civil español resulta conveniente apuntar algunas notas sobre los antecedentes históricos de dicho precepto y, en general, sobre la concepción del incumplimiento contractual y la culpa. Así, por lo que se refiere al Derecho histórico castellano, podemos observar que el Derecho de Partidas contempló la ya expuesta gradación de la culpa procedente del Derecho romano, aceptando el sistema imperante entre los intérpretes del Derecho romano a su tiempo, tal como se deriva del texto de la Ley 11, Título XXXIII, Partida VII que indica que culpa lata tanto quiere decir como «grande y manifiesta culpa, como si un hombre no entendiese lo que todos entienden, o la mayor parte de ellos, lo cual es a modo de necedad y semejanza de engaño»; que culpa leve es «como pereza o negligencia», y que hay otra que se llama levísima, que tanto quiere decir como «no tener el hombre aquel cuidado de aliñar y guardar la cosa que un hombre de buen seso habría si la tuviese»<sup>150</sup>.

Además, la culpa viene, en ciertos pasajes, contemplada de manera unitaria comprendiendo tanto el dolo como la culpa lata, tal como se desprende de la Partida V, Título XI («De las promisiones, e pleytos, que fazen los omes unos con otros, en razón de fazer, o de guardar, o de cumplir algunas cosas») Ley 35: «Que pena merece el que promete dar o de fazer alguna cosa a dia cierto e non la dio nin

---

<sup>150</sup> También hace referencia a esta tripartición de la culpa la Partida V, Título III, Ley 3ª: «... Pero aquel que recibio la cosa, tenuto es de gela guardar bien e lealmente, de guisa que non se pierda, nin se empeore, por su culpa, ni por su engaño. E por su culpa, dezimos, que se pierde la cosa, quando non la 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 ouisse en guarda, no seria tenuto de la pechar... E por leue culpa dezimos que se pierde la cosa, quando aquel que la tiene no pone toda aquella acucia, e femecia que otro ome acucioso e sabidor devia poner».

la fizo»<sup>151</sup>, donde se equipara a aquél «que fizo tal prometimiento como este, en que lo pudiera cumplir, si quisiesse, e finco por su negligencia» con aquél «que non lo quiso fazer», éste último con carácter plenamente doloso<sup>152</sup>.

Por tanto, la culpa lata o grave toma como parámetro al común de los hombres; se trata de no entender lo que todos entienden, mientras que la culpa leve, sin embargo, viene referida a la diligencia de un hombre cuidadoso; de tal modo que incurre en culpa leve aquél que «non pone toda aquella acucia, e femencia que otro ome acucioso e sabidor deuia poner» (Partida V, Título III, Ley 3ª).

En este sentido, cabe destacar que, a pesar del origen romano de las Partidas, el modelo del *bonus pater familias* no fue trasladado a

---

<sup>151</sup> Dice la Partida V, Título XI, Ley 35: «So cierta pena, e a dia señalado prometiendo un ome a otro, de dar, o de fazer alguna cosa; si aquel dia no ouiere dado, o fecho lo que prometio, tenuto es de pechar la pena, o de dar, o de fazer lo que prometió, qual mas quisiera aquel que rescibio la promission. E non se puede escusar que non lo faga, maguer el otro nunca gelo ouiesse demandado. Otrosi dezimos, que si aquel que fizo la promission non señalo dia cierto en que la deudiesse cumplir; e despues desto, el otro le demandasse en tiempo conuenible, e en logar guisado; que le cumpliesse aquello que la auia prometido, e non lo quissiese cumplir, podiendolo fazer; o seyendo tanto tiempo pasado, en que lo pudiera fazer, si quisiesse; que de alli en adelante, seria tenuto de pechar la pena. Otrosi dezimos, que faziendo algun ome promission, de dar, o de fazer a otro alguna cosa, non señalando dia cierto a que le deudiesse cumplir, nin obligandose a pena ninguna; que si tanto tiempo dexasse pasar, el que fiizo tal prometimiento como este, en que lo pudiera fazer; que de alli adelante, quel puede demandar lo que le fue prometido, con todos los daños e los menoscabos, que rescibio por razón que non cumplio aquello que prometio. Pero si el que fizo la promission, quisiere luego començar a cumplir lo que auia prometido, en ante que respondiesse, al otro, en juyzio, deue le fer cabido. E si lo cumpliere, entonce non seria tenuto de pechar los daños nin los menoscabos que de suso diximos».

<sup>152</sup> Pone de manifiesto SCAEVOLA, Q.M., «Comentario al art. 1.102», *Código civil comentado y concordado*, Tomo XIX, revisado por P. Marín Pérez, 2ª ed., Madrid, 1957, pág. 619, que apenas hay jurisprudencia antigua, con excepción de Covarrubias, que no confunda los conceptos de culpa lata y dolo, «si bien suponiendo a la culpa lata con una esfera mayor, porque se entiende que consistiendo ésta en un exceso de negligencia propio sólo de hombres extraordinariamente descuidados, envuelve aquella intención y malicia que dan carácter al dolo malo». Con la expresión «dolo malo», el autor se refiere a la distinción acuñada en el Derecho romano y seguida por las Partidas de separar el dolo bueno del dolo malo, definiendo expresamente este último (Partida VII, Título XVI, Ley 1ª).



las mismas, que prefirieron la expresión relativa al hombre cuidadoso y sabedor, como se desprende del fragmento anterior. No obstante, aquel término

Las nociones de culpa y negligencia aparecen formuladas como términos sinónimos a largo de las Partidas, fundamentalmente de la Partida V<sup>153</sup>. La función que se les atribuye consiste en ser criterio de imputación de la pérdida o deterioro de la cosa recibida en prenda o en comodato y, en general, del incumplimiento de la obligación de custodia (así, en la Ley 20, Título XIII, Partida V; Leyes 2ª y 3ª, Título II, Partida V; Ley 3ª, Título III, Partida V)<sup>154</sup>.

Una vez visto el modelo de conducta diligente adoptado por nuestro Derecho histórico, en particular las Partidas, así como la configuración en éstas de las nociones de culpa y de diligencia y su referencia en particulares relaciones obligacionales, queda por plantearse qué modelo o parámetro sigue nuestro Código Civil como referencia a la que deben ajustarse los particulares en el cumplimiento de sus obligaciones.

#### B) *Precedentes legislativos*

El tenor literal del precepto estudiado, esto es, del art. 1.104 C.C. de 1889 es idéntico, salvo una pequeña alteración, al del texto del art.

---

<sup>153</sup> Para SCAEVOLA, Q.M., «Comentario al art. 1.104», op. cit., pág. 623, dichos términos no son sinónimos en las Partidas, ya que la culpa es un hecho, o sea es el hacer lo que no se debe, mientras la negligencia es el descuido o el no hacer lo que se debe. Por ello, considera el autor que el Código civil «yerra al considerar sinónimas ambas palabras, tanto más cuanto que si la culpa tiene una acepción propiamente jurídica, que no deja duda jamás sobre su verdadera significación, la negligencia, en cambio, como término corriente del idioma, envuelve muchas veces un sentido puramente gramatical que no corresponde con el concepto jurídico».

<sup>154</sup> Parece que se recogió en las Partidas las teorías de la prestación de las culpas que elaboradas, principalmente por los glosadores, distinguían una mayor o menor responsabilidad por razón de la utilidad del contrato para las partes. Así, en la Partida V, Título II, Ley 2ª relativa al contrato de comodato se dispone una diversa intensidad de la diligencia en conservar la cosa dependiendo de si la cosa prestada aprovecha a uno, a otro o a los dos contratantes. En esta Partida se describe la culpa como «descuidamiento».

1.121 del Anteproyecto de 1882-1888; existiendo, por el contrario, ciertas divergencias respecto a su homólogo en el Proyecto isabelino de Código Civil de 1851 (art. 1013)<sup>155</sup>, ya que el primer párrafo del art. 1.104, que no existía en el Proyecto de García Goyena, fue introducido por el Anteproyecto de 1888, con una indiscutible influencia del art. 512 del Código Civil argentino.

A este efecto, cabe recordar que el Proyecto de Código Civil de Cambronerio de 1836, si bien ya distingue nítidamente el dolo y la culpa, a diferencia del Derecho de Partidas, se basaba en la tripartición de la culpa de origen justiniano, tal como resultaba de sus arts. 996 al 100, siguiendo con la tradición de las Partidas<sup>156</sup>.

El reflejo del modelo único del buen padre de familia en nuestro Código civil quiebra la tan reiterada teoría de la prestación de las culpas en atención a la utilidad de las partes en el contrato,

---

<sup>155</sup> El art. 1.121 del Anteproyecto de 1882-1888 disponía: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquellas diligencias que exija la naturaleza de la obligación y correspondan a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponderá a un buen padre de familia».

Por su parte, el art. 1.013 del Proyecto de C.C. de 1851 decía: «La responsabilidad procedente de negligencia tiene lugar en todos los contratos cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiera pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia».

<sup>156</sup> El art. 996 afirma que «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 contratos en que se verifique», especificándose en los preceptos posteriores la diversidad de contratos y la responsabilidad que les corresponde.

Así, el art. 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 cuidadoso de sus cosas*». El art. 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»; el art. 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». Por último, el art. 100 disponía: «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».

suponiendo el abandono definitivo de la graduación de las culpas o de los niveles de diligencia exigibles (*diligentia diligentis, diligentissima, etc.*) en virtud del contrato de donde deriva la obligación. Pero además, el Proyecto de 1.851 fue más allá del art. 1.137 *Code* al suprimir, de manera consciente, en su art. 1.005 el segundo párrafo del precepto francés que dejaba abierta la posibilidad de que la obligación de emplear la diligencia del buen padre de familia se graduara en relación a ciertos contratos, generalizando de este modo el modelo único y externo del buen padre de familia<sup>157</sup>.

A esta finalidad responde nuestro Código civil, siguiendo también en este punto a García Goyena, al considerar aplicable la regla general de la diligencia del art. 1.104 a los contratos de depósito y de mandato, descartando la aplicación al depositario de un modelo de conducta diverso, el que venía identificado con la diligencia *quam suis*, como resulta del art. 1.766 C.C.; y afirmando expresamente, en el segundo supuesto, la vigencia del modelo del buen padre de familia (cfr. 1.719-2º), separándose de lo dispuesto para dichos contratos en el Código francés<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Esto se desprende del comentario al art. 1.005 que realiza GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, op. cit., pág. 42, donde reproduce en parte el discurso de Bigot de Preameneu eliminando, sin embargo, las últimas palabras del mismo que pasaron al art. 1.137-2º *Code* que permitían una gran flexibilidad en la aplicación del modelo de diligencia. Así, prosigue GARCÍA GOYENA en su justificación de la eliminación de la tripartición de las culpas: «La fuerza de esta reflexión es igual en todas las obligaciones y por lo mismo no se ha dado entrada a la excepción o reserva del Código francés copiada en el párrafo primero de este comentario. La regla es general para todos los contratos y sin una sola excepción: así no volverá a hablarse más en ninguno de ellos sobre la obligación y cuidados del deudor en conservar la cosa».

<sup>158</sup> En efecto, al comentar GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, op. cit., el art. 1.610-2º relativo al mandato, que se corresponde al art. 1.719-2º vigente, que se aparta explícitamente del art. 1.992 *Code* francés, afirma que «nuestro artículo guarda consecuencia con la regla general dada en el artículo 1.013», reiterando idéntica idea respecto al art. 1.669 Proyecto 1851 (precedente del art. 1.766 C.C.) al añadir que «nosotros hemos reducido este punto a su justicia y sencillez naturales por la regla general a todos los contratados, sentada en los artículos 1.005 y 1.013».

Ya García Goyena en el Proyecto de 1851 había predicado la regla sobre la diligencia exigible de todas las obligaciones, no sólo de las de dar, aun antes del art. 1.224 del C.C. italiano de 1865, separándose del *Code* francés que, como ya vimos, refería la diligencia a la sola obligación de custodia de la cosa (obligación de dar), lo que había provocado una diversidad de interpretaciones por los comentaristas. Sin embargo, tampoco abandonó una referencia específica de la diligencia en dicho ámbito, tal como se desprende del art. 1.005 de dicho Proyecto que fue seguido por el vigente art. 1.094 al disponer que «el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia»<sup>159</sup>. Siguiendo al *Code* francés, el Proyecto isabelino renuncia a la conocida tripartición de las culpas, adoptando el modelo único y abstracto del buen padre de familia como canon de diligencia que quedará consagrado en el art. 1.104 C.C.<sup>160</sup>.

*C) Diferencias con los ordenamientos jurídicos francés e italiano. La cuestión del fundamento de la responsabilidad contractual*

A diferencia de los textos francés e italiano nuestro Código civil contiene una definición de la culpa configurándola de manera

---

<sup>159</sup> En este sentido, el art. 1.005 establecía: «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 3 de este capítulo».

<sup>160</sup> En efecto, incluye GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo III, Madrid, 1852, reproducción anastática, Madrid, 1973, entre las concordancias del art. 1.005 a los artículos 1.136 y 1.137 del *Code* francés que prescindieron de la división de las culpas imponiendo el modelo de conducta del buen padre de familia cualquiera que fuera la *utilitas contrahendum* de las partes del contrato, justificando el autor esta opción en que «pedir más al deudor sería la mas injusta y exorbitante exigencia: creer que se cumple con menos, equivale a renunciar abiertamente a la justicia y a la delicadeza». Además, considera que la expresión «buen padre de familia» es «feliz y encierra en abstracto un concepto facil y sencillo», lo que le lleva a desechar la *diligentia quam suis* en cuanto que «si se dijera que el deudor debe cuidar de la cosa aiena, como de las propias suyas, habría de descenderse en cada caso a la averiguación imposible de la diligencia personal del deudor en sus cosas». No obstante, termina apuntando que «de todos modos, se echa de ver claramente que en esta materia entra por mucho el *prudente y significado arbitrio del juez*».

explícita como antitética a la diligencia y, al mismo tiempo, equipara aquélla a la negligencia. Esto es, la culpa se identifica con la omisión de la diligencia exigible; pero es la medida de esta última la que puede ser obtenida, aparentemente, a través de dos parámetros: uno, la naturaleza y circunstancias de la propia obligación (que coincide con el primer párrafo); el otro, que parece operar de manera subsidiaria, el del buen padre de familia (párrafo segundo).

Sin embargo, no es esta definición de la culpa el único hecho diferencial de nuestro texto respecto del francés o el italiano; sino que podemos encontrar una diferencia ulterior que radicaría en la función que se hace desempeñar a la misma. Con tal afirmación se está haciendo referencia a la posibilidad de un fundamento diverso de la responsabilidad contractual<sup>161</sup>.

En efecto, frente a la configuración de un sistema objetivo de responsabilidad en los Códigos francés e italiano —propuesta por parte de la doctrina en tales países—, esto es, basada en el hecho objetivo del incumplimiento prescindiendo de una conexión de aquél con la culpa del deudor, que no actuaría como criterio de imputación del incumplimiento, y a pesar de la supuesta contradicción con las normas que imponen al deudor el empleo de la diligencia del buen padre de familia en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 1.176 C.C. it. y 1.137 *Code*); en el Código civil español se prevería expresamente, siguiendo a la doctrina tradicional y a buena parte de la jurisprudencia, que la culpa pudiera funcionar como uno de los criterios de imputación de la responsabilidad del deudor, si bien no el único, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.101 C.C., lo que, de otra parte, implica una tarea de indagación de la función que cabe atribuir a la diligencia conforme al art. 1.104, del significado del caso fortuito como causa de exoneración de responsabilidad según el art. 1.105 C.C. y su

---

<sup>161</sup> En este sentido, vid. CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1º, dir. M. Albaladejo, Madrid, 1989, págs. 585 y sigs.

coordinación con los arts. 1.182 y 1.184 C.C., que establecen las causas de extinción de la obligación<sup>162</sup>.

En realidad, la polémica suscitada en aquellos países en torno al fundamento de la responsabilidad contractual y la conciliación de preceptos aparentemente contradictorios es reiterada en nuestro país tal como demuestran los trabajos de juristas como JORDANO FRAGA<sup>163</sup>, CLAVERÍA GOSÁLBEZ<sup>164</sup>, BADOSA COLL<sup>165</sup> y PANTALEÓN PRIETO<sup>166</sup>, entre otros.

---

<sup>162</sup> Por lo que respecta al fundamento de la responsabilidad contractual, los planteamientos doctrinales en España se encuentran divididos entre los que consideran que la culpa puede funcionar como criterio de imputación de responsabilidad y aquéllos que critican tal teoría de la culpa, haciendo radicar el fundamento de aquélla en la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor que, al mismo tiempo, extingue la obligación, poniendo de relieve, de este modo, la inseparabilidad del efectos extintivo y exoneratorio de la prueba liberatoria (en este sentido, destaca la tesis de JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. y «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», op. cit., págs. 273 y sigs.). En la primera dirección, si bien teniendo en cuenta su originalidad, encajaría la tesis propuesta por BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. cuyo núcleo consiste en hacer radicar el fundamento de la obligación *id quod interest* en el dolo o la culpa, al sostener que la infracción obligacional (contravención de la obligación en todas sus formas y la mora) es por sí sólo insuficiente para fundar la obligación. En el sentido de configurar la culpa como criterio de responsabilidad, también CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104», op. cit., pág. 592.

Sobre las distintas concepciones de la responsabilidad contractual, resulta conveniente tener presente la exposición que realiza PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», A.D.C., 1993, Fasc. II, págs. 1737 y sigs. Conforme a éste, tres son las concepciones-tipo en este ámbito: para la primera, la responsabilidad contractual es verdadero cumplimiento (donde hay contrato, hay responsabilidad), configurándose como criterio de imputación objetiva del daño el de la previsibilidad de aquél al tiempo de contratar; para una segunda, la responsabilidad es una sanción de un ilícito y los criterios de imputación son los subjetivos de la culpa y el dolo; la tercera parte de que la responsabilidad es un efecto que la ley liga al contrato, exigiendo para su afirmación que el incumplimiento sea imputable. Sin embargo, esta imputabilidad no tiene que ser solamente subjetiva, sino que también cabe el criterio básico de imputación objetiva del daño (la previsibilidad del mismo al tiempo de contratar).

<sup>163</sup> De manera general, en *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987. Además de sus artículos sobre este tema «Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español», A.D.C., 1984, págs. 109 y sigs.; «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español», A.D.C., 1985, Fasc. II, págs. 273 y sigs.; «Las reglas particulares de la responsabilidad

Para una adecuada comprensión de este problema se ha de partir de la fórmula general del art. 1.101 que prevé la sujeción a la indemnización de daños y perjuicios, de todos aquéllos que incumplan las obligaciones. En principio, por tanto, cabría mantener que la responsabilidad se conecta (sin más) al hecho del incumplimiento. Sin embargo, como hemos advertido, a diferencia de los arts. 1.147 y 1.148 *Code* y el art. 1.218 C.C. italiano que no aluden a la noción de la culpa o diligencia al prever la responsabilidad contractual, nuestro precepto se refiere explícitamente a la culpa, como criterio «subjetivo» de imputación del incumplimiento, de lo que podría concluirse que la obligación de resarcimiento de los daños causados surge del incumplimiento imputable. Partiendo del art. 1.101 y sus concordantes, las distintas explicaciones que suscita la relación entre el incumplimiento y la culpa darán lugar a diversas concepciones de la responsabilidad contractual. Profundamente relacionado con este conflicto el intérprete español se enfrenta al análisis de la relación existente entre la culpa y el caso fortuito como límite a partir del cual el incumplimiento no obliga a indemnizar.

---

contractual», *R.C.D.I.*, 1985, págs. 575 y sigs.; «El problema de la responsabilidad bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento», *A.D.C.*, 1986, Fasc. I, págs. ;«La responsabilidad contractual (primer y último repaso)», *A.D.C.*, 1988, págs.

<sup>164</sup> Así, «Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual», *A.D.C.*, 1987, págs. 1283 y sigs.; «La responsabilidad contractual (breves notas a una crítica)», *A.D.C.*, 1988, I, págs. 1305 y sigs.; «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *Academia Sevillana del Notariado*, 1991, Tomo IV, págs. 165 y sigs.

<sup>165</sup> Su trabajo ha sido frecuentemente citado en este estudio, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.

<sup>166</sup> Sobre este tema en particular, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *A.D.C.*, 1991, Fasc. II, págs. 1019 y sigs.; «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *A.D.C.*, 1993, Fasc. II, págs. 1719 y sigs.

D) *El concepto de diligencia en el Código Civil*

a) *La diligencia y la culpa en el articulado del Código civil*

El Código Civil de 1889 contiene múltiples referencias a lo largo de su articulado a las nociones de culpa y negligencia aplicadas a concretas relaciones jurídicas, en ocasiones, haciéndolas sinónimas. En este sentido: el art. 1089 al establecer las fuentes de las obligaciones dice «acciones u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de *culpa o negligencia*»; el art. 1.093 en su remisión a las disposiciones del capítulo II del Título XVI para las obligaciones civiles derivadas de los «actos u omisiones en que intervenga *culpa o negligencia* no penadas por la ley»; el art. 1.147 en relación con el deudor solidario «culpable o negligente» en la pérdida de la cosa debida o en la imposibilidad de la prestación; el art. 1.902 al contemplar la llamada culpa extracontractual en la que incurre «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo *culpa o negligencia*»<sup>167</sup>. Sin embargo, en otros supuestos, la culpa aparece

---

<sup>167</sup> De otra parte, la referencia a la culpa es también frecuente en sede de sucesiones; así: el art. 798 en relación con el heredero o legatario cuando el legado o institución no puede tener efecto «sin culpa o hecho propio» de aquéllos; el art. 834 en relación con los derechos del cónyuge viudo no separado al morir su causante o «*lo estuviere por culpa del difunto*»; el art. 869-3º al prescribir que el legado quedará sin efecto si la cosa legada perece «*después de la muerte del testador sin culpa del heredero*», estableciendo, por tanto, una suerte de diligencia en la conservación de los bienes legados; el art. 978-2º en relación a la reserva viudal obliga al viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca «el abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren *por su culpa o negligencia*»; el art. 1018 al prever que «si por *culpa o negligencia* del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta a beneficio de inventario»; el art. 1031 que establece la responsabilidad del administrador de los bienes hereditarios «por los perjuicios causados a la herencia por *culpa o negligencia*»; el art. 1045 que al establecer que ha de colacionarse el valor de las cosas donadas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios prevé que «la pérdida total, *casual o culpable*», de los bienes posterior a la donación «será a cargo y riesgo o beneficio del donatario»; el art. 1.063 prevé el abono entre los coherederos de los daños ocasionados «*por malicia o negligencia*»; el art. 1070-3º que dispone que los coherederos no están obligados a la evicción de los bienes adjudicados cuando aquélla fuere ocasionada «por *culpa* del adjudicatario», negligencia.

Asimismo resultan interesantes una serie de preceptos sobre la responsabilidad del notario autorizante del testamento actuando con negligencia,



referida a la imprudencia, como sucede en el art. 1.729 donde se establece la obligación del mandante de indemnizar al mandatario todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, «*sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario*».

Los autores distinguen en el concepto de culpa entre un sentido amplio y otro estricto, identificando el primero con la noción de imputabilidad del incumplimiento y, por tanto, comprendiendo tanto el propósito deliberado de no cumplir (dolo) como el debido a la negligencia o culpa *stricto sensu*. En este sentido hay que entender el término culpa muchas de las ocasiones en que la ley lo utiliza (cfr. art. 1.135, 1.136, 1.147 etc.)<sup>168</sup>

Asimismo, son numerosos los preceptos que imponen a uno de los sujetos de una relación jurídica, titular de un derecho real o de un derecho de crédito, una medida de comportamiento valorativamente particular, que viene dada por la diligencia del buen padre de familia. El Código civil, al establecer un modelo de conducta está individualizando la diligencia exigible, esto es, indica del nivel de diligencia que incumbe al deudor, al que, en consecuencia, debe adaptar su comportamiento<sup>169</sup>. Es el modelo el que fija la culpa que el deudor ha de prestar en la obligación<sup>170</sup>.

---

que serán estudiados más adelante, como el art. 705 que se refiere a la falta de procedente de la «malicia, negligencia o ignorancia inexcusable» del notario en testamento abierto; el art. 712 que hace responsable de los daños y perjuicios que ocasione la negligencia del notario que teniendo en su poder un testamento cerrado no lo presente al juez, sabiendo del fallecimiento del testador; el art. 715 que prevé la responsabilidad del notario autorizante del testamento cerrado «si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables».

<sup>168</sup> Así, ALBALADEJO, M., *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 1º, 8ª ed., Barcelona, 1989, pág. 181; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil, II, 1º, 2ª ed.*, Barcelona, 1985, pág. 233.

<sup>169</sup> Para BADOSA COLL, F., «Comentario al art. 1.104», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 40 y 41, la diligencia se presenta más que como un deber como una carga impuesta al deudor; al mismo tiempo, tiene otra cualidad, la de ser «una conducta de contenido discrecional de aquél, salvo el único requisito de la «adecuación» a la finalidad de provocar el cumplimiento». Para compatibilizar ambas cualidades, restringiendo la discrecionalidad del deudor, se

La regla general en sede de obligaciones se encuentra en la disposición del art. 1.104 que dispone:

*«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.»*

*«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.»*

Si el art. 1.104 constituye la norma que prescribe con carácter general el deber del deudor de emplear la diligencia propia del buen padre de familia en el cumplimiento de sus obligaciones, ésta, a su vez, es reiterada en concretas relaciones jurídicas.

Así, en particular, además de la previsión, aplicable a todas las obligaciones de dar, de que el deudor debe custodiar la cosa debida con la diligencia del *buen padre de familia* (art. 1.094), en el contrato de arrendamiento de cosas, entre las obligaciones del arrendatario, junto a la de pagar el precio del arrendamiento y los gastos de la escritura del contrato, se incluye la de «usar de la cosa arrendada como un *diligente padre de familia* destinándola al uso pactado...» (cfr. art. 1.555); el mandatario, en defecto de instrucciones del mandante, «*hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia*» (cfr. art. 1.719-2º); en sede de gestión de negocios ajenos se impone al gestor oficioso el desempeño de su encargo «*con toda la diligencia de un buen padre de familia*» (cfr. art. 1.889).

---

señalan —a juicio del autor— los modelos de conducta, a los que debe someterse el deudor.

<sup>170</sup> Para CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104». op. cit., pág. 613, el modelo del buen padre de familia no es un concepto de una determinada diligencia, sino índice o nombre de la diligencia prestable en cada caso en atención a las circunstancias concretas.

De otra parte, el titular de un derecho de usufructo deberá «*cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia*» (cfr. 498) y el tutor debe ejercer la administración de los bienes de los tutelados «*con la diligencia de un buen padre de familia*» (cfr. 270); junto a ello, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, tal como se deriva del art. 1.903 C.C., se impone al sujeto un deber de previsión del daño causado por terceros de él dependientes con el límite de la «*diligencia del buen padre de familia*».

El art. 1.104 queda enmarcado por una serie de normas que hemos de estimar básicas para una adecuada comprensión de nuestro sistema de responsabilidad contractual, que se corresponden con el Capítulo 2º del Título I del Libro IV, bajo la rúbrica «De la naturaleza y efecto de las obligaciones» (arts. 1.101 a 1.107). En este sentido, cabe tener presente la regla general de responsabilidad contractual establecida por el art. 1.101: «*Quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los de que cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas*»<sup>171</sup>.

b) *La relación entre los dos párrafos del art. 1.104 C.C.*

---

<sup>171</sup> Este precepto procede del art. 1.011 del Proyecto de García Goyena que, como expone JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 86 y 87; «Las reglas generales de la responsabilidad contractual del Código Civil», A.D.C. 1985, Fasc. II, págs. 276-278, aunque siguió parcialmente la sistemática del Código francés al incluirlo bajo la rúbrica «Del efecto de las obligaciones que provienen contratos» y tener una innegable influencia francesa, recogía una fórmula que no tiene nada en común con los artículos 1.147 y 1.148 del *Code* que, como vimos, regulan de manera general la responsabilidad contractual en aquel Derecho. De este modo, el legislador español elaboró un sistema de responsabilidad, de influencia francesa, pero no exento en absoluto de originalidad.

El art. 1.011 del Proyecto de C.C. de 1851 declaraba: «Quedan sujetos a la indemnización de perjuicios y abono de intereses los contrayentes: 1) por dolo; 2) por negligencia; 3) por contravención de lo pactado; 4) por morosidad en el cumplimiento de la obligación».

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

Por lo que aquí interesa, cabe destacar que el Derecho español ofrece un concepto de diligencia-culpa altamente flexible y elástico al permitir que aquélla se mida en cada supuesto concreto en relación a la naturaleza de la obligación (su contenido o, propiamente, de la prestación) que es la que exigirá la diligencia debida, atendiendo además a las circunstancias que rodean a aquélla (esto es, la persona del deudor y del acreedor, el tiempo y el lugar), lo cual resulta enormemente útil, como veremos, para valorar el grado de diligencia que se considera suficiente y exigible a un concreto profesional liberal, al abogado, en la ejecución de los servicios prometidos. Tal es la previsión del primer párrafo del 1.104 que parece establecer la regla general en tal sentido. Se trataría, por tanto, de la positivación de un modelo de diligencia concreto y variable definido a través de los datos de la propia obligación.

Sin embargo, el párrafo segundo parece alterar esta regla al disponer que cuando la obligación no exprese la diligencia exigible, ésta quedará determinada por el modelo abstracto del buen padre de familia, esto es, con aquella conducta propia de un hombre ordenado y cuidadoso.

A este efecto, una lectura comparada de ambos párrafos puede poner de manifiesto su profunda falta de coordinación debida, en parte, al hecho de que en el primer apartado no se menciona que la diligencia exigible deba aparecer expresamente referida en la obligación, mientras que la omisión de tal especificación en la obligación viene a constituir precisamente el supuesto de hecho del párrafo segundo, actuando como condición necesaria para que entre en funcionamiento la diligencia del buen padre de familia.

La consagración de la diligencia del buen padre de familia tiene su antecedente más inmediato, como hemos visto, en el art. 1.137 *Code civil*, de donde la tomó nuestro legislador. Sin embargo, el párrafo primero del art. 1.104 tiene un origen diverso, proviene del art. 512 del Código civil argentino que precisamente pretendió acabar

con el sistema tradicional, suprimiendo el modelo del buen padre de familia como modelo externo a la obligación<sup>172</sup>.

En efecto, el Proyecto de 1851 no contenía referencia alguna a la «naturaleza de la obligación», expresión que, sin embargo, queda plasmada en la rúbrica del Capítulo II del Título I del Libro IV («De la naturaleza y efecto de las obligaciones») y que fue incorporada por Título IV del Anteproyecto de 1888 que, a su vez, la tomó del Código civil argentino<sup>173</sup>.

Esta procedencia diversa de cada uno de los párrafos supone una explicación satisfactoria de la aparente contradicción o descoordinación de los dos párrafos del precepto, sin embargo, deja intacta una interpretación armonizadora de ambos criterios. Para salvar este posible desajuste pueden proponerse diversas interpretaciones.

Así, podría pensarse que la diligencia del buen padre de familia descrita en el párrafo segundo es un modelo supletorio que actúa en

---

<sup>172</sup> En efecto, el Código civil argentino en su art. 512 se ocupa del incumplimiento culposo de las obligaciones: «La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar». En el comentario a este artículo (Código civil de la República argentina, Madrid, 1960), el codificador Dalmacio Vélez Sarsfield cita a Zachariae cuando dice que «... no hay culpa que considerada en sí misma, prescindiendo de las circunstancias del lugar, del tiempo y de las personas, pueda ser clasificada por datos abstractos y por una medida invariable y absoluta como culpa grave, como culpa leve o como culpa levísima... Si se conviniese clasificar las culpas en abstracto, comparándolas con tipos imaginarios e igualmente abstractos, sería siempre preciso en la práctica considerarlas en concreto...».

<sup>173</sup> También en el estudio del origen histórico del art. 1.104 resulta imprescindible la lectura de la obra de BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor ...*, op. cit., págs. 274 y sigs., siendo este autor quien pone de manifiesto la procedencia argentina del párrafo 1º del art. 1.104 y su intrínseca contradicción con el modelo del buen padre de familia del párrafo siguiente, en cuanto que la finalidad del Código argentino al establecer aquel modelo fue precisamente la de abandonar el modelo único del buen padre de familia y sustituirlo por uno más flexible que tomaría como referencia la naturaleza de la obligación en el caso concreto. Recogen esta misma explicación sobre el origen de los párrafos del art. 1.104, CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104». op. cit., pág. 608; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», en LACRUZ y otros, op. cit., pág. 235.

defecto de mención expresa en la obligación de la medida de diligencia exigible. En esta línea, se ha interpretado que el primer párrafo es aplicable a todas aquellas obligaciones cuya ejecución exija un grado diverso y específico de diligencia, distinto de la que queda referida a la figura del buen padre de familia<sup>174</sup>. Conforme a esta interpretación, el primer párrafo prevería, por ejemplo, el nivel de diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones profesionales, a semejanza del art. 1.176-2° del C.C. italiano, esto es, de prestaciones cuya ejecución requieren la posesión de ciertos conocimientos o técnicas no vulgares, sino especializados. Los dos párrafos del precepto se corresponderían a dos modelos diferentes y autónomos.

Frente a esta explicación, se ha argumentado que la relación entre la norma del párrafo 1°, que establecería un modelo concreto de diligencia, y el párrafo 2°, consagrando un modelo abstracto, no es de supletoriedad, sino más bien de complementariedad de modo que la primacía la ostentaría el modelo abstracto del buen padre de familia, reservando al modelo concreto la función consistente en la adecuación técnica de aquél a las circunstancias que se deducen de la obligación. Con tal construcción se pretende corregir los defectos de los dos modelos: la excesiva abstracción del art. 1.104-2° y el excesivo rigor para el deudor que se deriva del art. 1.104-1°, adecuando la diligencia exigible a los datos concretos de la naturaleza de la prestación y las circunstancias del cumplimiento.

En cambio, el modelo del buen padre de familia sí sería supletorio respecto de otro canon abstracto, el del buen profesional o

---

<sup>174</sup> En este sentido, SCAEVOLA, Q.M., «Comentario al art. 1.104», op. cit., págs. 638 y 639, se plantea a la vista de la posible contradicción que alguno de los dos párrafos no esté bien entendido, concluyendo que «el primer párrafo está bien», esto es, que sienta la regla general relativa a la naturaleza de las obligaciones y que se ha de tener en cuenta «a fin de que a una obligación más delicada corresponda una diligencia más decidida, y a una obligación más vulgar, una actividad más natural y corriente». Mientras, el segundo párrafo se refiere, conforme al autor, al caso de que «la naturaleza de la obligación no afecte caracteres especiales», que se trate de una obligación de carácter ordinario, «ni muy delicada ni excesivamente vulgar».

hábil en la realización de la actividad debida, que sí ha de quedar, sin embargo, expresado en la obligación. A este modelo de pericia se referiría el primer párrafo al hablar de la diligencia «expresada» en la obligación, de manera que faltando tal expresión se deberá de aplicar el primero, el del buen padre de familia<sup>175</sup>.

En efecto, la elasticidad que se predica del concepto de diligencia previsto en el Código Civil y que determina que se debe medir en cada situación, conforme al párrafo 1º del art. 1.104, asume una especial relevancia cuando el deudor, el obligado a ejecutar la prestación, ostenta la cualidad de profesional liberal, debiéndose ajustar su conducta a una serie de reglas técnicas, esto es, conforme a la *lex artis* correspondiente. En estos supuestos, como trataremos más detenidamente en su momento, junto a la diligencia aparece la noción de pericia como regla de conducta (concebida bien como especialidad o particularidad de aquella —según opiniones doctrinales— bien como concepto relativo a parámetros

---

<sup>175</sup> Ésta es sucintamente la interpretación mantenida por BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. 274 y 290 y sigs., que es seguida, a su vez, por CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104». op. cit., pág. 609. En efecto, para el primero de los autores, el modelo concreto no puede ser modelo de exigibilidad porque, siendo concretable *a posteriori*, una vez nacida la obligación, su aplicación exclusiva atacaría el principio de determinabilidad de la prestación. Pero además entiende (cit. pág. 293) que sólo con tal interpretación adquiere sentido la idoneidad material de la diligencia, entendida como adecuación o congruencia de la conducta a la finalidad concreta que tal diligencia persigue en cada caso, concluyendo que «esta diligencia “exigible” (cuya puesta en práctica constituye la culpa de la que se responde) viene dada por el modelo y grado de diligencia que la obligación exprese o en su defecto, el modelo y grado establecido por la propia ley.

Para CARRASCO (cit., pág. 615) el párrafo primero del art. 1.104 establece la concreción necesaria del modelo indeterminado del buen padre de familia, lo que lleva a cualificar el modelo del art. 1.104 como único, «no como dos modelos diversos mutuamente complementados». En esta línea, también, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», op. cit., págs. 235 y 236, sostiene que el mejor modo de unificar estos dos criterios es dar primacía al contenido en el segundo párrafo, «pasando el modelo del primer párrafo a criterio de adaptación del verdadero modelo: el del párrafo 2º». Para ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, págs. 239 y 240, ante una prestación profesional el criterio objetivo del buen padre de familia se transforma en el del «buen profesional», constituyendo tal transformación una concreción del criterio genérico del art. 1.104, «la necesaria adaptación de las normas a las circunstancias en que han de ser aplicadas».

cuantitativamente diversos a los que toma de referencia la diligencia —conforme a otras—); del mismo modo que surge la impericia junto a la culpa. La relatividad de la diligencia provoca que el modelo de buen padre se sustituya, por adaptación, por el relativo al buen profesional como representativo del comportamiento diligente adecuado a la prestación.

De otro lado, se ha de tener presente que el nivel de diligencia exigible puede tener su fuente en la autonomía privada de los particulares. Conforme al propio tenor del art. 1.104-1º, puede proceder de un pacto establecido entre las partes al regular su propia relación, con el respeto de los límites de aquélla (art. 1.255 C.C.: leyes, moral y el orden público) y siempre que no suponga un desequilibrio desproporcional de los intereses contractuales de las partes, es decir, que no atente contra la buena fe contractual. Por tanto, cabe admitir que mediante una cláusula convencional pueda desplazarse el modelo abstracto de diligencia del buen padre de familia sustituyéndose por un modelo de culpa *in concreto* que tome como referencia el comportamiento del deudor en sus propios asuntos, alterando la regla general derivada del art. 1.104.

Como criterio dispositivo, la diligencia del buen padre de familia representa aquel nivel de diligencia adecuado a una regulación justa de los intereses de las partes en una relación obligacional.

### c) *Caracteres del modelo de conducta del art. 1.104 C.C.*

El modelo del buen padre de familia es un modelo «accesible»<sup>176</sup>, «no especializado»<sup>177</sup> en cuanto que no se identifica

---

<sup>176</sup> Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104». op. cit., págs. 596 y 609 y sigs. Entiende el autor que es accesible en cuanto que supone la posibilidad de que todos puedan acceder a él; «todo deudor puede poner esta diligencia». Como consecuencia de esta accesibilidad conecta el autor la inexcusabilidad de toda conducta que no se atenga a este modelo. Es, por ello, una diligencia universalmente exigible. Para BADOSA COLL, F., «Comentario al art. 1.104», op. cit., pág. 42, esta



con una conducta escrupulosísima, excesivamente superior a la media de los hombres, sino que permite su aplicación, por regla general, por cualquier deudor. Además, como vimos, y al igual que en Derecho italiano o francés, se trata de un modelo de diligencia no profesional, esto es, resulta aplicable al deudor que ha contraído una obligación cuya ejecución no requiere sino los conocimientos elementales y comunes a todo hombre, es decir, a un no profesional.

De entre el significado objetivo o subjetivo que cabe atribuir a la diligencia y a los modelos que la identifican o individualizan nuestro Código civil en su elección por la diligencia del buen padre de familia parece haber optado por el primero. Es decir, se parte, una diligencia concebida como regla de conducta jurídicamente vinculante para el deudor, a la que debe ajustar su comportamiento en el cumplimiento de las obligaciones por él asumidas. Por tanto, mediante el modelo abstracto del buen padre de familia se pretende prescindir de las connotaciones psicológicas, subjetivas, de la diligencia, que invocarían al esfuerzo, cuidado, voluntad o ánimo del sujeto en la actividad del incumplimiento, que se muestran insuficientes, a juicio del legislador, para satisfacer el interés contractual<sup>178</sup>. El modelo de conducta debido por el deudor no se determina en atención a sus aptitudes personales, sino en relación a un modelo externo y objetivo que constituye la medida de lo debido<sup>179</sup>.

---

«accesibilidad» es lo que ha determinado su adopción como modelo legal en el Código Civil.

<sup>177</sup> Cfr. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor ...*, op. cit., pág.

<sup>178</sup> En contra, entiende BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor ...*, op. cit., pág. 44, que la diligencia del buen padre de familia en tanto que se predica de la persona del deudor como posición psicológica suya tiene un valor eminentemente subjetivo.

<sup>179</sup> Para JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 120 y 121, y «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», op. cit., págs. 303-305, la asunción de una diligencia objetiva supone un cambio de perspectiva del Derecho de obligaciones desde una sanción basada en una valoración subjetiva de las aptitudes del sujeto hacia la tutela del

Además, como vimos, el modelo del buen padre de familia del art. 1.104 no es un modelo estadístico, sino normativo; esto es, se prescinde de si, en la realidad, los hombres se comportan o no de manera general y habitual conforme a un modelo de conducta cuidadoso y recto. No interesa la referencia al comportamiento según la media estadística de los padres de familia, sino que se trata de un tipo de actividad valorativa que excede de esa media<sup>180</sup>.

Luego, el carácter medio que cabe atribuir a la diligencia del buen padre de familia no apela, como vimos, a un criterio de normalidad o mediocridad, sino, por el contrario, implica una valoración de la conducta según la conciencia social, reflejando lo que se considera socialmente adecuado y justo en una determinada época, lo que pone de relieve, a su vez, el carácter relativo o evolutivo del mismo<sup>181</sup>.

La negación de la diligencia individualizada en el modelo del buen padre de familia está constituida por la culpa leve o la negligencia, tal como se desprende del primer párrafo del art. 1.104 C.C. De este modo, la culpa aparece como la omisión de diligencia según un modelo de conducta determinado<sup>182</sup>.

---

crédito que propende establecer la medida de lo debido al margen de aquellas intenciones y aptitudes. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, op. cit., pág. 216, sostienen que el Código civil se inclina como criterio subsidiario hacia una consideración objetiva de la culpa «que es la que se establece tomando en cuenta los criterios normales dentro de la comunidad».

<sup>180</sup> En este sentido, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor ...*, op. cit., pág. 83, y en «Comentario al art. 1.104». op. cit., pág. 42; CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104». op. cit., pág. 610.

<sup>181</sup> Este carácter deontológico es subrayado por JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., pág. 122 y «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», op. cit., pág. 305.

<sup>182</sup> Considera CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104». op. cit., pág. 612, que ha de rechazarse la jurisprudencia que infiere la culpa leve o grave del grado del incumplimiento o del *quantum* del mismo o del daño causado al acreedor, tal como tienen declarado las SS.T.S. de 17 de mayo de 1979 y 29 de octubre de 1983.

La esencia de la culpa, mantiene CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, *Derecho de obligaciones*, 13ª ed., revisada por G. García

Ahora bien, este modelo abstracto del buen padre de familia ha de ser concretado en la determinada relación obligatoria, para lo cual, conforme al párrafo primero se ha de atender de manera prioritaria a la «naturaleza de la obligación», teniendo en cuenta tanto a los elementos personales de aquélla, esto es, al acreedor y deudor, como a los factores circunstanciales del tiempo y del lugar<sup>183</sup>.

La concreción del modelo abstracto e indeterminado del padre de familia, mediante los elementos proporcionados por la propia norma, permite la individualización del grado de diligencia particular exigible en la determinada obligación asumida por el deudor. Con esto se pone de relieve la flexibilidad intrínseca del modelo de diligencia recogido en el Código civil; esto es, no se trata de un parámetro estático de diligencia, sino elástico ya que, en virtud del párrafo 1º del art. 1.104, la diligencia exigible deberá ser adaptada al supuesto obligacional concreto teniendo en cuenta aquellas circunstancias que convergen en el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, mediante la aplicación de los elementos referenciales del art. 1.104-1º se adapta el nivel de diligencia exigible al caso concreto lo que traerá como resultado la representación de la diligencia del sujeto cuidadoso en el ámbito de su actividad. Si el modelo de diligencia es el descrito en el párrafo segundo, la

---

Cantero, Madrid, 1983, pág. 218, está «en la falta de diligencia y previsión que supone en el autor del acto».

Tanto para TRAVIESAS, M., «La culpa», R.D.P., 1926, pág. 289, como para ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, Vol. III, *Obligaciones y contratos*, 6ª ed. revisada y ampliada, Madrid, 1983, pág. 201, el tipo que representa la diligencia del buen padre de familia se convierte en el patrón con que se mide la negligencia en nuestro Código, de modo que la regla general será la responsabilidad del deudor por culpa leve *in abstracto*.

<sup>183</sup> Para CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., pág. 220, el Código civil al definir la culpa en el art. 1.104-1º «parte de un punto de vista subjetivo, que hará que sean los tribunales en cada caso particular los que habrán de resolver cuál era la diligencia procedente, y por ende, cuál es la culpa de que ha de responder el deudor».

determinación de su contenido concreto pasa necesariamente por la toma en consideración de los criterios enunciados en el párrafo primero. De este modo, mediante la adecuación del modelo abstracto de diligencia a los datos que proporciona la propia obligación se consigue la regla de conducta materialmente idónea para conseguir la satisfacción crediticia.

Por esto, de igual modo, debe aceptarse la consideración de que el art. 1.103 no permite la exclusión de la diligencia representada por el modelo de conducta del art. 1.104<sup>184</sup>. El tipo y grado de diligencia exigible ya ha quedado determinado por la aplicación de los criterios expuestos en el art. 1.104. El art. 1.103 contemplaría, por tanto, algo distinto a la determinación del canon de diligencia como regla de conducta exigible. Esto es, una vez que la obligación de indemnizar ha quedado establecida el art. 1.103 permite al juez moderar la indemnización en atención a las circunstancias concurrentes que quedan sometidas a su libre apreciación, sin establecer, por el contrario, un criterio de diligencia diverso al consagrado en el art. 1.104<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> Para un análisis del art. 1.103, vid. DÍAZ ALABART, S., «La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil», *A.D.C.*, 1988, Fasc. II, págs. 1133 y sigs.

<sup>185</sup> Sostiene BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor ...*, op. cit., págs. 74 y 75, que «la facultad moderadora judicial de los daños producidos por culpa (art. 1.103 final) es un indicio de que el esfuerzo, si bien no cualifica el concepto de diligencia, sí es tomado en cuenta en nuestro C.C.». Distingue este autor, como hemos tenido oportunidad de estudiar, entre una diligencia como concepto objetivo, como esquema de conducta a integrar, que la ley propone y una diligencia en sentido subjetivo (diligencia-esfuerzo) y que, en principio, no tiene cabida en el Código civil. Esta diligencia-esfuerzo no excluye necesariamente la culpa en cuanto que es posible que el esfuerzo, tensión o atención del deudor se manifieste a través de una conducta no adecuada que, por tanto, no podrá calificarse de diligencia. Si ello comporta (lo que es normal) la infracción de la actividad y la consiguiente producción de daños, entiende el autor que estará planteada la cuestión del fundamento de la responsabilidad. Es en este momento en el que la diligencia-esfuerzo puede tener relevancia jurídica, ya que es tenida en cuenta por el juez, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.103, como indicio para moderación de los daños producidos.

Por la interpretación del art. 1.103 como facultad del juez de adaptar la indemnización al caso concreto, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil*, op. cit., págs. 712 y 713; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit.,

Una vez analizados los caracteres del modelo diligencia del buen padre de familia resulta más comprensible la conexión entre los dos párrafos del art. 1.104, que podría explicarse entendiendo que la diligencia del buen padre de familia constituye el modelo dispositivo por excelencia, por tanto, actúa bien de modo subsidiario, en defecto de pacto en contrario, es decir, ante el silencio de las partes, bien cuando la propia naturaleza de la obligación no exija una diligencia diversa a la dada por la experiencia común, como sucedería en el supuesto de las prestaciones profesionales que requieren una preparación y unos conocimientos especializados, el ajuste del desarrollo de la ejecución de la prestación a la *lex artis*, o cuando se han tenido en cuenta las cualidades personales profesionales del deudor al contratar el servicio.

Por tanto, la diligencia del buen padre de familia aparece como el *standard* mínimo que el deudor está obligado a poner normalmente en el cumplimiento de sus obligaciones, en la ejecución de su prestación. Se trata de llevar a cabo una conducta adecuada que permita la satisfacción del interés del acreedor y que comprende tanto una ejecución ordenada como un deber de previsión de aquellos hechos que acaecidos pueden frustrar el fin del negocio<sup>186</sup>.

d) *La moderación de la diligencia exigible en el art. 1.103 C.C.*

Conviene detenerse en el sentido que se ha atribuido a la cláusula general del art. 1.103 que, tras pronunciarse expresamente

---

pág. 183; «Las reglas generales de la responsabilidad contractual del C.C.», op. cit., págs. 314 y 314.

<sup>186</sup> Entiende JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., y «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», op. cit., pág. 307, que de esta concepción de lo debido se determina un amplio margen para el concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual «cada vez que se lesione un interés que no sea el principal del contrato (prestación) pero que esté ligado esencialmente al cumplimiento de éste», lesión que trae su causa en la violación del deber accesorio de diligencia como «contenido prudente de la prestación».

sobre la extensión de la regla de la diligencia a toda clase de obligaciones, parece permitir una apreciación de aquella por los jueces con mayor o menor rigor<sup>187</sup>; fórmula que, además, encuentra particulares aplicaciones en el art. 1.726 respecto al contrato de mandato y en el art. 1.889 tratándose de gestión de negocios ajenos<sup>188</sup>.

La flexibilidad de la aplicación del criterio de la diligencia que se deriva de la dicción del art. 1.103 C.C. ha sido explicada, por un sector importante de la doctrina, en el sentido de referirla exclusivamente al *quantum* indemnizatorio, pero no al *an respondeatur*<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Como pone de relieve DÍAZ ALABART, S., «La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código Civil», op. cit., pág. 1138, en el Proyecto de 1851 no existe ningún precepto como el vigente art. 1.103 que permita moderar la responsabilidad del deudor según los casos. Justifica la autora tal omisión en que posiblemente «no se incluyera por entender que era innecesaria, puesto que se desprende de la buena fe, la equidad y el evitar un enriquecimiento injusto». Para la autora sólo se puede explicar la regla del art. 1.103 in fine si se opta por la idea de que dicho precepto procede de dos influencias distintas: de un lado, la de los Códigos francés e italiano de 1865 y de otro, la de los Códigos argentinos (art. 512) y portugués de 1867 (art. 717-3º). Rechaza la autora la tesis propuesta por PANTALEÓN (*Del concepto del daño. Hacia una teoría general del Derecho de Daños*, 1981, pág. 712. Tesis doctoral sin publicar de donde proceden ciertos fragmentos que la autora reproduce en su trabajo por cortesía del autor) que partiendo de un texto de Pothier considera que «la facultad de moderación del artículo 1.103 del Código Civil en los casos de responsabilidad por culpa debe ser utilizada por el Juez en aquellos casos y sólo en aquellos casos en que la cuantía de los daños previstos o previsibles en el momento del contrato excede sustancialmente la suma prevista o previsible en dicho momento» (sic).

<sup>188</sup> Como apuntamos, el Proyecto de C.C. de 1851 no siguió en el art. 1.013 al Código francés (art. 1.137), generalizando verdaderamente la regla de la diligencia del buen padre de familia a toda clase de obligaciones.

No obstante, el art. 1.726 permite a los tribunales una moderación de la estimación de la culpa en atención al antiguo criterio de la *utilitas contrahendum*, esto es, en función de la gratuidad del contrato de mandato. Por su parte, el art. 1.889, tras prescribir que el modelo de conducta que ha de seguir el gestor oficioso es el del buen padre de familia, prevé que los tribunales puedan moderar la «importancia de la indemnización según las circunstancias del caso»

<sup>189</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, Vol. 1º, op. cit., pág. 185; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor ...*, op. cit., pág. 74, y en «Comentario al art. 1.103», op. cit., pág. 39; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», op. cit., pág. 237; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil*, op. cit., págs. 712 y 713; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., pág. 132; «Las reglas generales de la responsabilidad contractual del C.C.», op. cit., págs. 314 y 315. Para el primero de los citados, cit., pág. 185, es erróneo sostener que

Conforme a tal interpretación, la moderación que pueden llevar a cabo los Tribunales, a tenor del art. 1.103, permitiría una atenuación

---

la apreciación de la culpa se deja al arbitrio judicial, ya que los jueces han de aplicar el criterio marcado por el legislador en el art. 1.104; la moderación del art. 1.103 sólo quiere decir que «ateniéndose al criterio que la ley marca, en casos diferentes se debe apreciar una diferente responsabilidad».

Para BADOSA, «Comentario al art. 1.103», cit., pág. 40, la moderabilidad judicial de la responsabilidad ha de fundarse en la valoración del elemento subjetivo de la «buena fe». El art. 1.103 final autoriza al juez a valorar la diversidad de los comportamientos según la buena fe y en atención a ellos restringir la extensión de los daños que serían inicialmente «indemnizables» según el criterio del art. 1.107-1º. Sostiene este autor en su monografía, op. cit., págs. 731 y 732, que la verdadera explicación del art. 1.103 reside en la valoración de la buena fe que deviene así en un concepto sometido a graduación, sin por ello contradecir la tesis de su uniformidad. DELGADO ECHEVERRÍA, J., op. cit., pág. 237, sigue en este punto a Badosa, interpretando que la función del art. 1.103 es la de «restringir el importe de la indemnización valorando el elemento subjetivo de la buena fe del deudor».

Critica DÍAZ ALABART, S., «La facultad de moderación del art. 1.103 del Código Civil», op. cit., pág. 1148, la postura propugnada por Badosa y Delgado, en cuanto que —a su juicio— el Código civil maneja el concepto de buena fe en sentido objetivo y de acuerdo con ello el art. 1.107 establece una mayor o menor responsabilidad en cuanto a los daños que el incumplimiento produjo. De tal premisa cabe concluir que la buena fe en sentido subjetivo, de simple predisposición psicológica del deudor, puede tener relevancia de carácter moral, pero no jurídico-práctica». Así, mantiene la autora que cabe matizar la afirmación de que la gradación de culpas no ha pasado a nuestro Código civil, ya que «no es posible eliminarla totalmente porque va en la naturaleza de la negligencia que pueda ser más o menos grave»; no obstante, a continuación afirma de manera rotunda (op. cit., pág. 1149) que ha desaparecido la exigencia de distintos grados de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, concluyendo que «la misión del artículo 1.103 es la de que, una vez fijado cuáles esos daños (refiriéndose a los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento ex art. 1.107) resulte de alguna circunstancia concurrente que esa responsabilidad no sería equitativa, y en base a dicha circunstancia los jueces pueden reducir la indemnización».

Para JORDANO FRAGA, F., op. cit., pág. 132, la moderación por los tribunales a que se refiere el artículo 1.103 al hablar de responsabilidad por negligencia, se refiere «a la cuantía de la responsabilidad y no a su determinación en virtud de un criterio de diligencia menos riguroso..».

Diversa es la interpretación mantenida por CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104». op. cit., pág. 617, según la cual, esta flexibilización del modelo de diligencia conduce a una cuestión de hecho; lo que provoca que, aun aceptando que la moderación del 1.103 impide la alteración del grado (medio: buen) exigido, sin embargo, «no cabe más remedio que considerar que en la práctica la moderación no sólo ha de afectar al *quantum* indemnizatorio, sino al mismo *an respondeatur*», ya que de hecho no se sabrá si el juez ha utilizado el *standard* de las circunstancias del primer párrafo del art. 1.104 ó el art. 1.103, si bien de modo defectuoso.

en la aplicación del criterio de diligencia establecido en el Código, en atención a las circunstancias concurrentes en la obligación, pero no su sustitución por un criterio diverso al que se deriva de lo dispuesto en el art. 1.104 C.C.<sup>190</sup>.

Por tanto, siguiendo tal opinión doctrinal, cabría sostener que el juez tiene autonomía en la aplicación del criterio legal de diligencia al supuesto concreto, pero no puede, en ningún caso, aplicar el criterio que libremente elija. El modelo de conducta diligente exigible en las relaciones obligatorias resultará en primer lugar, de lo convenido por las partes, y en su defecto, de la aplicación de los criterios establecidos en el art. 1.104, esto es, el modelo de diligencia del buen padre de familia adaptado a la naturaleza de la prestación y teniendo en cuenta los parámetros dados por la persona del deudor y acreedor, y por las circunstancias de tiempo y lugar. Una vez incumplida la obligación y afirmada la subsiguiente responsabilidad, el juez podrá limitar o moderar, en virtud de aquellas circunstancias concurrentes, la indemnización derivada de aquélla<sup>191</sup>.

e) *La diligencia en el cumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad contractual*

---

<sup>190</sup> De manera diversa sostiene PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, Tomo III, *Obligaciones y contratos*, 2ª ed. revisada y puesta al día, Pamplona, 1972, págs. 199 y 200, que nuestro Código civil sigue abiertamente el sistema de libre arbitrio judicial, basándose en que el artículo 1.103 dispone que se responde por negligencia igualmente en toda clase de obligaciones y en el artículo 1.104, apartado 1º que atempera la diligencia debida «no a la naturaleza de la obligación en sí misma, sino teniendo en cuenta las circunstancias de las personas, tiempo y lugar». «Solamente a título supletorio, es decir, cuando de la obligación nada se desprenda o ésta nada diga, exigirá la diligencia que corresponda al buen padre de familia, que representa el tipo medio de diligencia normal (art. 1.104, apartado 2º)».

<sup>191</sup> De un análisis de la jurisprudencia que aplica el art. 1.103 extrae una serie de conclusiones DÍAZ ALABART, S., «La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil», op. cit., págs. 1152 y 1153, entre las que cabe destacar que para el Tribunal Supremo la culpa grave imposibilita la moderación, y de otra parte, la existencia de una cierta confusión sobre la culpa y el daño, asimilándose por algunos pronunciamientos la culpa leve y el daño leve.



La cuestión relativa a las funciones que desempeña la diligencia exigible en atención a un determinado canon de conducta y, en consecuencia, la culpa como omisión de la misma, remite, en su solución, a la problema del fundamento de la responsabilidad que implica, al mismo tiempo, una determinada configuración del incumplimiento contractual y un análisis de las consecuencias que del mismo se derivan.

Para cierto sector doctrinal en el seno del art. 1.101 habría que distinguir dos grupos de conceptos: de un lado, la contravención de la obligación y la mora como supuestos de incumplimiento; de otro, la culpa y el dolo que serían criterios de imputación del mismo al deudor<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> En este sector cabe incluir a ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II-1º, op. cit., págs. 178 y 179; BADOSA COLL, F., «Comentario al art. 1.101», op. cit., págs. 34 y sigs. y en *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op. cit., págs. 2-34 y 217-252; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», pág. 227 y sigs.

Para BADOSA (cit. págs. 230 y sigs.) los «fundamentos subjetivos de la responsabilidad» son el dolo y la culpa y «las modalidades objetivas de la infracción obligacional causantes de los daños» son la mora y la contravención al tenor de la obligación. Concluye (pág. 237) que «el verdadero fundamento de la obligación *id quod interest* reside en la culpa o el dolo y no en la infracción obligacional, o lo que es lo mismo, que ésta es insuficiente por sí misma para fundar la responsabilidad del deudor».

Cabe destacar que la teoría elaborada por este autor (cit. págs. 661 y sigs.) parte de la distinción entre la perpetuación de la obligación devenida imposible por hecho imputable al deudor (art. 1.182), esto es, la *perpetuatio obligationis* a la que corresponde la llamada culpa-hecho propio y la obligación de indemnizar los daños que se conecta al incumplimiento culpable o no diligente, correspondiendo a la noción de culpa-negligencia de los arts. 1.101, 1.104 y 1.094. A ambos tipos de culpa le corresponden efectos distintos; así, mientras a la culpa-negligencia se le atribuye el nacimiento de la obligación de indemnizar daños y perjuicios con independencia de que la obligación en la que se haya cometido subsista o no, a la culpa-hecho propio (entendida como mera autoría directa o indirecta de la pérdida o deterioro del objeto de la obligación) se le atribuye, en cambio, «ya no el originar una nueva obligación sino perpetuar o mantener la originaria como si no se hubiera producido la pérdida o deterioro del objeto de la misma».

Para DELGADO (cit. pág. 233) en el art. 1.101 no se exponen cuatro fundamentos de responsabilidad, «ya que ni dolo ni culpa, son, por sí mismos y aisladamente, fundamentos de responsabilidad, sino dos puntos de vista o dos perspectivas de un idéntico fenómeno. La mora o contravención dolosas o culposas o la culpa y el dolo causantes de la mora o la contravención son los verdaderos fundamentos de responsabilidad».

Entienden estos autores que el modelo de la diligencia exigible funciona como límite de la responsabilidad del deudor. Esto es, la culpa-diligencia funciona como criterio de imputación del incumplimiento obligacional, en la medida en que la ley no utilice o imponga otro distinto. Desde este punto de vista, el deudor quedaría exonerado o liberado de responsabilidad con la prueba de haber ajustado su conducta al modelo de diligencia exigible en el cumplimiento de su obligación conforme al art. 1.104<sup>193</sup>.

La obligación de resarcir los daños y perjuicios tiene su fuente en el incumplimiento imputable del deudor. Para la doctrina y jurisprudencia dominante el incumplimiento es imputable cuando el deudor ha incurrido en culpa. Por tanto, cuando en el incumplimiento contractual ha intervenido la culpa se produce una nueva obligación consistente en resarcir el daño causado, obligación que es denominada históricamente de *id quod interest*<sup>194</sup>. En este sentido, la culpa asume el significado de imputabilidad del incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> Así también, CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104». op. cit., págs. 585 y sigs.; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. 31 y sigs.

Sin embargo, para estos autores, distinta de la liberación de responsabilidad es la cuestión de la extinción de la obligación que se resuelve acudiendo a los arts. 1.182 y 1.184. Debido a ello, la afirmación de que el deudor que incumple sin culpa no responde, no quiere decir que el deudor no culpable quede liberado de su obligación. Se parte, por tanto, de la existencia de unas causas de exoneración de responsabilidad distintas de las que provocan la extinción de la propia obligación.

<sup>194</sup> En tal sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», op. cit., pág. 226, quien recuerda que conforme a la etimología del *id quod interest* «se trata de reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real, producido el incumplimiento (acto ilícito), y lo que habría debido tener, si el deudor hubiera cumplido exacta y tempestivamente». Para este autor, «Incumplimiento de la obligación», en *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. 1º, Parte general. Teoría general del contrato*, 3º ed., Barcelona, 1994, pág. 208, la configuración de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios es en sustancia la misma que cuando nace de hecho ilícito extracontractual.

Sobre las fuentes del *id quod interest* en el Derecho anterior a la Codificación, vid. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op. cit., págs. 2-29.

<sup>195</sup> Así, DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación», op. cit., pág. 228, advierte en relación a la distinción entre la culpa contractual y la

Junto a la noción de culpa como criterio de imputación del incumplimiento contractual, esto es, como regla de responsabilidad, la imposibilidad sobrevenida de la prestación reflejada en los arts. 1.182 y 1.184, y ubicada dentro de las normas referentes a la extinción de la obligación (art. 1.156) se configura como una simple forma de incumplimiento referida a las obligaciones de dar (art. 1.182) y de hacer (art. 1.184). La imposibilidad sobrevenida de la prestación, como supuesto de incumplimiento definitivo, supone la insatisfacción del interés del acreedor, pudiendo originar la extinción del deber que incumbe al deudor (de la obligación) y su liberación, siempre y cuando se produzca con arreglo a determinados presupuestos legales. Es en este punto donde se pone de manifiesto la estrecha conexión entre la imposibilidad sobrevenida y la

---

extracontractual que «la palabra culpa no tiene en esas expresiones el sentido de negligencia, sino, en general, de incumplimiento imputable de los deberes civiles genéricos o específicos».

Entre las opiniones doctrinales tradicionales predomina la concepción de la culpa como fundamento de la responsabilidad, así VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III, *Parte especial, Derechos personales o de obligaciones*, 2ª ed., Valladolid, 1920, pág. 89; SCAEVOLA, Q.M., «Comentarios a los arts. 1.101 y sigs.», op. cit., págs. 38 y sigs.; DE DIEGO, F.C., *Derecho civil español común y foral*, Tomo V, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1926, págs. 27 y sigs. Para ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, Vol. III, op. cit., págs. 183 y 196 y sigs., cabe distinguir por sus causas un incumplimiento no imputable (teoría del caso fortuito y la fuerza mayor), y un incumplimiento imputable que se corresponde con la teoría del dolo y la culpa. Tratándose de incumplimiento definitivo, éste puede generarse por dos causas completamente distintas: o no le es imputable al deudor (caso fortuito y fuerza mayor), o es imputable al mismo (culpa del deudor). En el primer caso, se extingue la obligación liberándose al deudor (art. 1.105); en el segundo se produce la responsabilidad del deudor que de modo genérico sanciona el artículo 1.101 C.C.

Según la doctrina contenida en las S.S.T.S. de 24 de marzo de 1953 (R.A. 913, 1953), 25 de marzo de 1954 (R.A. 1001, 1954), 5 de octubre de 1961 (R.A. 2834, 1961), 14 de febrero de 1964 (R.A., 1964), 2 de diciembre de 1968 (R.A. 55, 1968), 11 de enero de 1983 (R.A. 162, 1983) tanto la culpa contractual como la extracontractual precisan de la concurrencia de los tres requisitos de acción u omisión culposa (esto es, la falta de diligencia del deudor), resultado y relación causal entre ambos. Así, en la S.T.S. de 11 de enero de 1983 el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia que había condenado al constructor-vendedor de una vivienda a indemnizar daños y perjuicios causados en aquélla por caída de un tabique sobre la base de que «el demandado no acreditó el haber obrado con la diligencia debida cuando está fuera de lo normal la caída de un tabique...».

diligencia exigible al deudor, ya que la liberación del deudor no se produce si éste no tomó las medidas que le eran exigibles, en orden a evitar los hechos impositivos del cumplimiento de la obligación<sup>196</sup>.

Proponen ciertos autores, en orden a la determinación del fundamento de la responsabilidad contractual, que la responsabilidad debe afirmarse a partir de la constatación del hecho objetivo del incumplimiento contractual. En consecuencia, cabría sostener que los efectos y consecuencias de tal hecho se imputarían a aquél que ha incumplido sin más. No obstante, esta opinión doctrinal no prescinde en absoluto de la noción de la culpa como elemento decisivo en la imputabilidad y responsabilidad derivada del incumplimiento.

Así, se sostiene que el Código parte de la idea general de que el hecho del incumplimiento de una obligación válidamente contraída implica, *res ipsa loquitur*, que el deudor es culpable, ha incurrido en negligencia, salvo que pruebe la concurrencia de hechos eximentes de responsabilidad<sup>197</sup>. En realidad, existiría una presunción *iuris tantum* de culpa en el hecho del incumplimiento (por aplicación analógica del art. 1.183), que puede quedar destruida mediante la prueba por parte del deudor de una causa liberatoria de la prestación debida.

---

<sup>196</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, op. cit., pág. 208.

<sup>197</sup> Defensores de esta tesis cuasi-objetiva (en cuanto el fundamento último de la responsabilidad radicaría en la presunción de culpa que se deriva del incumplimiento) se ha mostrado de manera genérica, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II, Vol. 1º, op. cit., págs. 177 y sigs.; con mayor claridad se ha manifestado PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, Volumen II, *Derecho de obligaciones. Contratos y cuasi contratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, Barcelona, 1987, págs. 129 y sigs., y en *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I, Vol. 2º, *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., Barcelona, 1988, págs. 409 y sigs. Para este último, aun cuando la ley española y la europea en general estiman que el deudor responde de las consecuencias del incumplimiento cuando es culpable de éste «sin embargo, tal vez sería más natural que la persona que ya está obligada necesite demostrar que existe una causa que le libera de la prestación debida, en lugar de ser necesario que sobre el hecho de estar obligado se acumule otra causa de responsabilidad, como es haber incurrido en culpa o negligencia».

En esta línea, se manifiesta ALBALADEJO para quien al acreedor le basta para exigir responsabilidad con demostrar la existencia de la obligación y alegar que no se cumplió, ya que la culpa se prueba en virtud de la presunción legal de que el incumplidor es culpable. «Cuando la obligación no se cumple como se debía, se presume —en principio— que ello es por culpa del deudor»; sin embargo, éste siempre puede probar que, por el contrario, está exento de culpa, y que el incumplimiento fue motivado por causa ajena a él.

El acreedor no tiene, ni siquiera, que probar que el incumplimiento de la obligación, es suficiente con su alegación, correspondiendo al deudor, en su caso, probar que la reclamación de la responsabilidad no procede porque ya cumplió<sup>198</sup>.

Frente a tal concepción de la responsabilidad por incumplimiento, cabe destacar la opinión doctrinal de JORDANO FRAGA que, siguiendo las tesis propuestas por OSTI, sostiene que la responsabilidad se conecta al simple hecho del incumplimiento, sin tener su fundamento en la culpa, lo que explica que no le baste al deudor para liberarse de responsabilidad la prueba de la ausencia de culpa. El caso fortuito como prueba liberatoria sería algo más que esa simple ausencia de culpa, requeriría una imposibilidad sobrevenida

---

<sup>198</sup> Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, II, Vol. 1º, op. cit., págs. 183 y 184. Critica el autor ciertos pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que invocando el art. 1.214 se ha afirmado que el demandante «ha de demostrar la existencia de la obligación y el hecho de su incumplimiento» (así, en la sentencia de 4 de octubre de 1935). Además cuando el TS habla de tener que probarse la culpa por el acreedor no tiene, para este autor, sentido diferente del expuesto: la culpa se presume en el incumplimiento, principio que preside el art. 1.183 y que, en defecto de pacto expreso, se aplica también a las obligaciones de hacer y no hacer.

En esta línea de pensamiento, también PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, Volumen II, op. cit., pág. 136, que sostiene que el incumplimiento implica la presunción de culpa por parte del obligado, de modo que «en el fondo, más que la existencia de una culpa comprobada, se trata de una responsabilidad que brota directamente del hecho de estar obligado y de no poder alegar y demostrar ningún hecho que exima de la obligación». De ello infiere el autor que en la responsabilidad contractual le basta al acreedor demostrar la existencia de la obligación, recayendo sobre el deudor la carga de destruir la presunción de que el incumplimiento es debido a que ha incurrido en culpa.

de la prestación inimputable al deudor. No obstante, la imputabilidad del hecho impeditivo de la prestación (elemento subjetivo de la prueba liberatoria) se mediría con la referencia a la culpa del deudor (cfr. art. 1.182), cuya ausencia se concibe como caso fortuito en sentido estricto, esto es, como inevitabilidad (art. 1.105)<sup>199</sup>.

Tal argumento concluye con la estrecha conexión entre el efecto extintivo y el exoneratorio de la prueba liberatoria (imposibilidad liberatoria). De este modo, la prueba exoneratoria de responsabilidad constituye, al mismo tiempo, extinción de la obligación conforme al art. 1.182 C.C., atribuyendo, por tanto, al caso fortuito un efecto doble, de manera que «si el deudor no responde (a pesar de la insatisfacción del acreedor) al dar la prueba del caso fortuito (prueba liberatoria), es porque con ella la obligación simultáneamente se extingue»<sup>200</sup>.

La función de la culpa-negligencia, siguiendo esta construcción doctrinal, queda reducida a indicar el incumplimiento material en las denominadas obligaciones de actividad, aquéllas cuyo contenido

---

<sup>199</sup> Critica este autor en su monografía *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 160 y sigs., en especial, pág. 163, la incoherencia de la doctrina tradicional al separar los dos ámbitos de relevancia de la imposibilidad liberatoria, cuales son, la exoneración de responsabilidad (art. 1.105) y la extinción de la obligación (art. 1.182), al mantener que la ausencia de culpa como límite de responsabilidad no baste para liberar al deudor de la obligación.

<sup>200</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 160 a 171, y «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», op. cit., págs. 288 y sigs. Establece el autor una perfecta simetría entre la exoneración y la responsabilidad (arts. 1.105 y 1.182), entre hecho liberatorio e incumplimiento, «de modo que toda no liberación se traduce en incumplimiento (y por tanto en responsabilidad)».

En resumen, tal sería su pensamiento: el deudor responde por el incumplimiento en cualquiera de sus formas y para excluir la responsabilidad debe dar prueba de la imposibilidad liberatoria (con sus dos elementos, objetivo y subjetivo, arts. 1.105 y 1.182) que es liberatoria porque simultáneamente produce la extinción de la obligación. De este modo, se justifica plenamente la conexión sistemática de ambos aspectos.

El elemento objetivo de la prueba liberatoria, es decir, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, ha de darse también en sede de responsabilidad contractual a pesar de la omisión del Código civil que, en este punto, se vio forzado a seguir la tradición doctrinal subjetivista.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

consiste en la prestación de un *facere* diligente. El incumplimiento como hecho, como insatisfacción del interés del acreedor, que tiene su reflejo positivo en la norma del 1.101, y al que se relaciona la responsabilidad, se materializa a través de diversas formas, una de las cuales, referidas a aquél tipo de obligaciones es la negligencia (omisión de diligencia), que constituiría, en tal configuración, no un criterio de imputación de responsabilidad, sino presupuesto de la misma<sup>201</sup>.

Sin embargo, para establecer la responsabilidad no basta con la mera constatación de dicho incumplimiento material (cuya prueba incumbe al acreedor) sino que debe verificarse el juicio de imputabilidad, esto es, si aquél está o no justificado, lo cual implica, tal como hemos visto, el juego de la prueba liberatoria de los arts. 1.105 y 1.182 que debe ser proporcionada por el deudor.

En realidad, esta confrontación de dos planos en el incumplimiento (el incumplimiento material y el juicio de responsabilidad-exoneración) supone una atenuación a la afirmación sostenida al principio de que el deudor que no cumple responde.

La doctrina jurisprudencial se ha hecho eco de esta controversia, sin decantarse claramente en uno y otro sentido. Frente a pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo ha ubicado el fundamento de la responsabilidad en la culpa<sup>202</sup>, en otros

---

<sup>201</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., ;«Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», op. cit., pág. 293-297; «Obligaciones de medios y de resultados», *A.D.C.*, 1991, Fasc. I, págs. 7 y sigs.. De ahí que para este autor «el deudor sólo deja de responder probando su diligencia (exclusivamente ésta) cuando el contenido de la obligación consiste en una prestación de *facere* diligente (obligaciones de actividad)». No es necesaria, en tales obligaciones, la prueba liberatoria del caso fortuito-imposibilidad sobrevenida no imputable; basta con que el deudor aporte la prueba de la diligencia que, sin embargo, no actúa como prueba exoneratoria de responsabilidad (que sigue siendo el hecho impositivo inimputable) sino como prueba del cumplimiento de la obligación.

<sup>202</sup> S.T.S. de 11 de enero de 1983 (R.A. 162, 1983).

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

se ha realizado una interpretación objetivadora de la expresión «los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla» del art. 1.101 para mantener una concepción en nuestro Derecho no puramente subjetiva de la responsabilidad contractual<sup>203</sup>.

---

<sup>203</sup> Es clara, en este sentido, la S.T.S. de 23 de febrero de 1989 (R.A. 1395, 1989) que declaró que dicha expresión del Código civil «permite incluir hasta contravenciones debidas no a negligencia ni a dolo ni a mora, sino a otras causas que pueden tener lugar aunque se haya prestado la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación».

En la S.T.S. de 24 de septiembre de 1983 (R.A. 4677, 1983) se pronunció entendiendo que el deudor sólo se libera si prueba el caso fortuito que no le impide cumplir.



20. *El cuidado del reasonable man: el sistema del Common Law*

A) *Introducción*

Frente a la configuración de los modelos de diligencia en el sistema de *Civil Law*, ordenamientos jurídicos más pragmáticos como el anglosajón parecen rechazar un parámetro abstracto y universal como el del buen padre de familia, aplicable a todas las relaciones obligatorias, prefiriendo que la valoración de la actuación diligente (*standard of reasonable care*) sea deducido por los Tribunales en atención a todas las circunstancias concurrentes en el caso (*all circumstances*).

Sin embargo, a pesar de la función que cumplen las decisiones judiciales consistente en la concreción de la diligencia exigible en cada supuesto, al realizar un análisis de las mismas se puede concluir que en los países del *Common Law* no se prescinde, en absoluto, de un modelo de conducta general en el cumplimiento de las obligaciones, es decir, de un *standard of care*.

Así, de los diversos parámetros utilizados en el Derecho anglosajón el dominante es el que viene representado por el «*reasonable man*» que surgió ante la necesidad de encontrar para el profesional el acomodo de su actuación a standards objetivos. Además, se ha de tener en cuenta que los tribunales del *Common Law* parten de una estructura conceptual de la negligencia (*negligence*) altamente flexible y susceptible de una aplicación general, en la que cabe integrar distintas conductas o grados de comportamiento del sujeto<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> Se ha de destacar que históricamente ha existido una división en el *Common Law* entre *law* y *equity* en razón de los tribunales competentes para conocer de determinados asuntos. De esta dualidad judicial surgió la distinción entre *legal remedies* y *equitable remedies*. Los primeros vienen constituidos por casi todas las pretensiones de carácter económico, que no pueden ser denegadas una vez establecida la responsabilidad, frente a los *equitable remedies* (pretensiones basadas en la equidad) cuya concesión es discrecional para los tribunales.

De otra parte, cabe señalar que, en este sistema, recientemente se ha puesto de relieve por una autorizada doctrina la necesidad de unificar los regímenes del Derecho de Daños (*Tort Law*) y del Derecho de contratos (*Contract Law*) bajo la categoría común del Derecho de obligaciones (*Law of Obligations*), de manera que —se propone— los principios generales de la negligencia sean idénticos y reciban la misma aplicación en todo tipo de reclamaciones<sup>205</sup>.

Esta concepción del Derecho de obligaciones como una categoría genérica es debida, en parte, a las dificultades que entraña y ha entrañado el estudio de la *Professional Negligence* que, si bien profundamente arraigada en el *Common Law*, se halla situada, en la mayoría de supuestos, en un lugar peculiar, en la frontera entre el Derecho de Daños y el Derecho contractual, afectada por las ideas que sobre la naturaleza y funciones del contrato se han sostenido durante el siglo XIX y XX, así como por la rigidez de la dicotomía entre «*contract*» y «*tort*» que ha dominado la responsabilidad civil en el sistema anglosajón durante el último siglo y medio<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> En este sentido se pronuncian MARKESINIS, B.S. y DEAKIN, S.F., *Tort Law*, 3ª ed., Oxford, 1994, págs. 7 y sigs., cuestionando la tradicional división del Derecho de las Obligaciones entre los daños derivados de un contrato y los derivados del deber legal general de no dañar a terceros, y en consecuencia la diversidad de las reglas aplicables a cada uno de ellos, lo que les conduce a criticar la labor de los tribunales que han descubierto, en determinados casos, deberes de daños donde de hecho deberían haber promovido soluciones contractuales y, a la inversa, en otros supuestos, ha habido un intento de escapar al Derecho de daños dirigiéndose hacia el contrato.

SAMUEL, G. y RINKES, J., *Law of obligations and Legal Remedies*, Londres, 1996, págs. 12, abogan por un Derecho inglés de obligaciones que aúne las dos áreas de responsabilidad civil, la contractual y la derivada de daños extracontractuales, que presentan muchos aspectos comunes. En contra, STANTON, K.M., *The modern Law of Tort*, Londres, 1994, pág. 10, que huye del intento de estudiar la categoría del Derecho de obligaciones, prefiriendo el estudio tradicional del *Tort Law* como disciplina diversa del *Contract Law*.

<sup>206</sup> Así, PARTLETT, D.F., *Professional Negligence*, Sydney, 1985, págs. 13 y 14, quien destaca la estrechez de la postura que encaja la responsabilidad por negligencia de todos los profesionales dentro de los límites del moderno Derecho de Daños. Se ha de partir, a su juicio, de que la responsabilidad derivada de un consejo negligentemente dado está fundamentada en la expectativa razonable generada por el consejo: «la responsabilidad depende de la confianza razonable».

B) *Antecedentes históricos del Tort Law y del Contract Law*

Respecto a las relaciones entre el Derecho de Daños y el contractual, en dicho sistema, debe señalarse que la responsabilidad contractual del profesional no fue desarrollada hasta que el Derecho inglés pudo hallar justificación al hecho de que el demandado pudiera ser responsable por incumplimiento, esto es, por la omisión del comportamiento debido en una relación entablada entre las partes que había generado ciertas expectativas<sup>207</sup>. La razón de esta renuencia del Derecho inglés a exigir responsabilidad por incumplimiento contractual podría radicar, según los autores, en el hecho de que el incumplimiento normalmente no daba lugar a daños sobre las personas o la propiedad sino sólo a pérdidas

---

Realiza este autor un análisis histórico de las raíces de la responsabilidad profesional en el Derecho inglés, destacando el papel de los «*common calling*» — usos gremiales o profesionales— en el desarrollo de la responsabilidad delictual y contractual profesional. El fundamento de la responsabilidad profesional ha de buscarse, según el autor, en la ejecución defectuosa de aquéllos cuando se trataba de cumplir servicios que requerían ciertas habilidades o pericia, y no en su incumplimiento absoluto. De otro lado, pone de relieve que, en un principio, las acciones contra profesionales se ejercían utilizando la forma de la «*action of assumpsit*» que posteriormente fue mantenida, aun después de que se empleara esta forma para exigir responsabilidad basada en relaciones consensuales entre las partes, en pactos entre las partes, lo cual pudo inducir a una interpretación errónea respecto a la verdadera naturaleza de la responsabilidad profesional —*ex delictu o ex contractu*—.

<sup>207</sup> CRISCUOLI, G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padua, 1990, págs. 9 y sigs., en su exposición sobre la formación histórica del contrato aclara que en el primitivo derecho anglosajón cualquier compromiso asumido por un sujeto frente a otro resultaba jurídicamente irrelevante salvo si se cumplían determinadas formalidades (el «*wed*», el «*borh*» o el juramento hecho sobre su propia salvación espiritual), pudiendo sólo ser exigibles a través de ciertas acciones (la acción de «*debt*», de «*detinue*», de «*covenant*» y de «*account*») que conducían a una sentencia de condena por un ilícito extracontractual y no por un incumplimiento contractual. Sólo a partir del siglo XVI la acción de «*trespass on the case*», que se conectaba a la más remota acción delictual de «*trespass*», se adaptó a las exigencias contractuales asumiendo una nueva configuración como «*action of assumpsit*». Con esta acción se dió relevancia al hecho de que el deudor había asumido (*assumpsit per se*) la obligación de ejecutar una determinada prestación, constituyendo el presupuesto de imputabilidad que se buscaba para hacer conectar al deudor las consecuencias de su incumplimiento dañoso.

económicas, las cuales no eran consideradas fuentes de ilicitud por el sistema de acciones inglés<sup>208</sup>.

Una vez superada tal concepción y reconocida la eficacia directa obligacional del acuerdo o el compromiso (*promise*) entre las partes a través de la «*actio of assumpsit*», entendiéndose que la asunción por el deudor de una determinada obligación que no cumplía implicaba un fraude sobre la base de las expectativas que había creado, su alcance quedó condicionado a la existencia de dos presupuestos alternativos que aún hoy mantienen intacta su validez y funcionalidad en la estructura de la obligación contractual: la presencia de una contraprestación, una contrapartida de cambio (*doctrine of consideration*)<sup>209</sup> y el respeto de la forma especial de la *act under seal*.

### C) *Obligaciones contractuales y extracontractuales. Professional Negligence*

Finalizado este proceso de evolución de la eficacia vinculante del contrato, las obligaciones extracontractuales (*tortious obligations*) y las contractuales (*contract obligations*) aparecen configuradas como los dos tipos principales de obligaciones en el *Common Law*. Así, se

---

<sup>208</sup> Así, PARTLETT, D.F., *Professional Negligence*, op. cit., pág. 20.

Como ponen de manifiesto SAMUEL, G. y RINKES, J., *Law of obligations and Legal Remedies*, op. cit., págs. 11 y 12, el desarrollo del Derecho de obligaciones inglés, es francamente tardío, y sólo después de la desaparición del sistema de acciones (*forms of action*) se ha dividido en Derecho de contratos y de daños; no ofreciendo, sin embargo, un tratamiento sistemático al problema de la concurrencia de reclamaciones contractuales y extracontractuales. Destacan estos autores (págs. 185 y 186) que el término Derecho de obligaciones, de utilización cada vez más reciente en Derecho inglés, no tendrá nunca el mismo significado para los juristas del *common* que para los juristas continentales debido fundamentalmente a dos causas: una, la ausencia en Inglaterra de un sistema lógico como el de origen romano donde el Derecho de obligaciones es una parte del sistema del Derecho privado, lo que provoca que el jurista inglés haya tradicionalmente pensado en términos de categorías autónomas; la otra, la ausencia de una noción de la obligación como vínculo jurídico (*vinculum iuris*) que une a dos personas preexistente a la reacción jurídica.

<sup>209</sup> Las promesas realizadas por las partes que carezcan de *consideration*, esto es, sin una causa que las fundamenten no se entienden ejecutables en el *Common Law*.

entiende que surge una obligación contractual cuando una persona promete algo a otra (*promise*), teniendo en cuenta que generalmente dicha promesa está fundamentada en una causa (*consideration*) o revestida de determinados requisitos formales (lo que se conoce por *deed*), siempre que no esté invalidada por ciertos motivos como el error, dolo o frustración del negocio. El deudor queda obligado a cumplir y ejecutar su promesa de tal modo que si omite tal conducta el acreedor ostentará acción (*cause of action*) contra aquél por incumplimiento de contrato. Frente a esto, una obligación extracontractual es una obligación de no dañar a otro conforme a las reglas que especifican los daños que son ilegítimos. Si una persona quiebra tal obligación, la persona dañada tiene acción contra aquélla por el daño causado.

Si bien existen importantes similitudes entre los dos sistemas de responsabilidad, los jueces siguen pensando en términos de distinguir las acciones por daños extracontractuales y por incumplimiento contractual. Esto es debido, fundamentalmente, a la pervivencia de diferencias significantes. Así, entre éstas: en primer lugar, ciertos remedios como el cumplimiento específico o la concesión de una suma pactada sólo son posibles en la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual. En segundo lugar, algunos principios que rigen la indemnizabilidad de daños, como la excepcionalidad (*remoteness*) o la concurrencia de culpas, o algunos tipos de pérdidas, como el agotamiento mental (*mental distress*) o la pérdida de fama o reputación (*loss of reputation*) son tratados de manera diferente en cada tipo de responsabilidad. En tercer lugar, determinados daños ejemplificativos pueden ser concedidos por vía de responsabilidad extracontractual pero no por vía de incumplimiento contractual. Por último, los remedios restitutorios son más fáciles de obtener por vía extracontractual que a través de una acción contractual.

En consecuencia, la diversa configuración del Derecho de contratos y el Derecho de Daños, el mantenimiento de sus

elementos diferenciadores, a pesar de las tendencias unificadoras, han favorecido la creación de una categoría autónoma — si bien, tratada, en ocasiones, como especialidad dentro del Derecho de Daños—, la *Professional Negligence*, que exponiendo los problemas que surgen alrededor de las actividades desempeñadas por ciertos profesionales liberales (médicos, arquitectos y abogados, principalmente) plantea múltiples soluciones jurídicas mediante la aplicación de los criterios propios de cada rama jurídica.

Conviene, pues, detenerse en el análisis de los principios y las reglas que rigen la responsabilidad contractual y la extracontractual en el *Common Law*, en atención a que nos permitan extraer alguna conclusión sobre la función de la impericia o negligencia profesional, lo que, de otra parte, nos permitirá verificar la existencia de un único modelo de conducta diligente al que deba plegarse cualquier sujeto en el cumplimiento de sus obligaciones o relaciones con terceros, o por el contrario, una diversificación de los modelos en atención a las particulares condiciones reunidas en el sujeto o las circunstancias que rodean el cumplimiento de las obligaciones.

#### D) *Presupuestos de la responsabilidad extracontractual*

Como regla general, se entiende que existe responsabilidad extracontractual (*tort*) de un sujeto cuando concurren una serie de elementos, esto es, debe existir una conducta (*conduct*), una relación de causalidad (*causation*), culpa (*fault*) y daños o perjuicios (*damages*). Respecto a la culpa (*fault*), ésta puede asumir tres formas: el dolo (*malice*), el dolo eventual (*intention*), que comprende la temeridad, y la negligencia (*negligence*).

A partir de esta premisa, dentro del Derecho de daños (*Tort Law*) se distingue una responsabilidad por dolo eventual (*intentional torts*), una responsabilidad por negligencia (*negligence liability*) y una responsabilidad estricta (*strict liability*) en la que basta para afirmar la responsabilidad probar que una acción ha causado un

daño sin que tenga que probarse la intención o la negligencia. Es decir, en la responsabilidad estricta o absoluta la prueba de que el demandado actuó con la diligencia de un hombre razonable no se considera suficiente para evitar la responsabilidad, ni siquiera su omisión es necesaria para hacer responsable a aquél<sup>210</sup>.

### a) Negligence y duty

En este panorama el Derecho anglosajón utiliza el término de *negligence* con tres acepciones: como estado mental o actitud subjetiva de una persona que fracasa en advertir las consecuencias imprevisibles de su conducta tal como un hombre razonable habría

---

<sup>210</sup> No obstante, esta referencia a la *strict liability* como responsabilidad sin *fault* (culpa) puede ser engañosa, desde el momento en que la responsabilidad impuesta por dificultar o lesionar intencional y negligentemente intereses legalmente protegidos es también responsabilidad sin culpa moral, tal como ponen de manifiesto PROSSER, W.L. y KEETON, W.P., *The Law of Torts*, 5ª ed., St. Paul Minn., 1984, págs. 534 y sigs. En efecto, siguiendo a estos autores, la historia del *Law of Torts* ha prescindido siempre de la noción de culpa moral como reprensión moral (*moral blame*) de una conducta. La culpa sería «el fracaso de vivir conforme a un ideal de conducta a la que no siempre se conforma todo el mundo y que va más allá de la propia capacidad individual».

Razones de política social han llevado a los tribunales a identificar ciertos supuestos de *strict liability*. Éstos consisten en una serie de casos tasados como la imposición de responsabilidad a los propietarios de animales por los daños causados por éstos; o a aquéllos que crean condiciones o actividades peligrosas (equiparable a la responsabilidad por riesgo en nuestro Derecho). La base de esta responsabilidad consiste en el desarrollo de una actividad inusual y anormal en la comunidad que supone la amenaza de un peligro a aquélla, o en la creación de un riesgo al resto de sus miembros, con independencia de que la empresa o sujeto que lleva a cabo tal actividad se conduzca con todas las posibles precauciones. En tal sentido, en tanto que la responsabilidad se afirma con independencia del standard personal de conducta del causante del daño se puede afirmar que la responsabilidad es sin culpa. Otro supuesto de responsabilidad absoluta o estricta es lo que se denomina *vicarious liability*, esto es, responsabilidad por los auxiliares o dependientes, donde se mantiene que la culpa del responsable no ha de ser probada, respondiendo al principio «respondeat superior», conforme JAMES, P.H. y BROWN, D.J., *General principles of the Law of Torts*, 4ª ed., Londres, 1978, pág.13. En idéntico sentido, HEUSTON, R.F.V. y BUCKLEY, R.A., *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20ª ed., Londres, 1992, pág. 35.

Para REYNOLDS, O.M. JR., «The reasonable man of negligence Law: A health report on the "odious creature"», *Oklahoma L.R.*, 1970, 23, pág. 411, la culpa en *Tort law* nunca ha significado reproche moral y siempre ha implicado un grado de responsabilidad estricta o absoluta.

hecho; como comportamiento descuidado que supone la omisión de la conducta que un hombre razonable, que habiendo previsto las consecuencias, hubiera adoptado (*duty of reasonable care*); y en tercer lugar, como sinónimo de *tort*, esto es, de daño extracontractual<sup>211</sup>.

En particular, para apreciar la responsabilidad por negligencia (*negligence liability*) deben concurrir una serie de presupuestos, entre los que destacan la existencia de un deber (*duty*) y el incumplimiento del mismo (*breach of duty*), que ha de traducirse necesariamente en la causación de un daño (*damage, causation*)<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> CARRASCO PERERA, A., «Comentario al art. 1.104», op. cit., pág. 589, se refiere a tal acepción de la culpa cuando mantiene que «la culpa no es entendida en el Derecho anglosajón tanto como criterio de imputación de responsabilidad en régimen de contratos, sino más bien como cualificación del *tort*».

Expone GREEN, L., «The negligence issue», *Yale L.J.*, 1928, 37, pág. 1029, los diversos sentidos que cabe atribuir al término «negligence». En primer lugar, ésta haría referencia en el ámbito del Derecho de daños a la clasificación de los daños en «no intencionados» frente a los «intencionados». Dentro de los primeros, se distinguen a su vez los «daños accidentales», los «daños negligentes» y aquéllos otros respecto de los cuales se impone una responsabilidad absoluta u objetiva («absolute liability»). La categoría de la «negligence» es la más importante de todas, lo que queda demostrado en la tendencia de llamar a todos los supuestos «negligence cases». Un segundo sentido de este término es más restrictivo, indicando uno de los elementos del análisis de un «negligence case». Estos elementos serían: el elemento del deber-derecho; la violación del deber que pesa sobre el demandado o invasión del derecho del demandante (que se identifica, según el autor, con el *negligence issue*); la relación de causalidad y los daños. También en «The duty problem in negligence cases», *Columbia L.R.*, 1928, 28, págs. 1022-1023. Para BRAZIER, M., *Street on Torts*, 9ª ed., Manchester, 1993, pág. 171, hoy resulta innegable que la negligencia (los daños negligentes) es la clase o el tipo más importante de Tort (esto es, dentro del Derecho de daños).

<sup>212</sup> Apuntan MARKESINIS, B.S. y DEAKIN, S.F., *Tort Law*, op. cit., pág. 66, que con dicha finalidad los tribunales formulan una serie de preguntas que deberán tener respuesta afirmativa si el demandante está en posición de vencer: ¿reconoce el Derecho responsabilidad en este tipo de situación (*duty*)?; ¿fue el demandado descuidado en el sentido de no ajustarse al standard de cuidado (*standard of care*) impuesto por el derecho, esto es, existe incumplimiento (*breach*)?; ¿ha sufrido el demandante una pérdida o daño (*damage*) respecto a la cual el derecho contemple al demandado como responsable en todo o en parte (*causation*)?

Para STANTON, K.M., *The modern Law of Tort*, op. cit., pág. 27, el éxito de un demandante en una acción por negligencia depende de la prueba de tres datos: que el demandado tenía a su cargo un deber de cuidado; que tal deber de cuidado debía ser actuado frente al demandante y ha sido incumplido; y por último, que el incumplimiento de tal deber ha causado un daño. En el mismo sentido, ROGERS, W.V.H., *The Law of Tort*, Londres, 1989, pág. 39.



Una vez probada la concurrencia de tales presupuestos el demandado será considerado responsable de los daños extracontractuales causados, será responsable al haber incurrido en *negligence*, en cuanto que se apartó o desvió del *duty* que le había sido impuesto.

La noción de *duty* tiene una utilidad enorme en el *Common Law* como presupuesto necesario de la responsabilidad, debido a que es capaz de sintetizar los numerosos criterios utilizados por los Tribunales al determinar los límites de la responsabilidad por negligencia<sup>213</sup>. Esta noción concierne al hecho de si el Derecho reconoce la posibilidad de afirmar responsabilidad ante una situación determinada, de tal modo que es posible que aun cuando se pudiera demostrar que la conducta desordenada o descuidada del demandado ha causado un daño al demandante, podrá el Derecho no reconocer la existencia de una situación de deber (*duty situation*), rechazando, en consecuencia, la imposición de responsabilidad, al entenderse que en dicha situación el demandado gozaba de inmunidad (*immunity*) respecto a la responsabilidad por daños causados por su propia negligencia. Esta idea ha sido expresada y reiterada por los Tribunales: «En muchas ocasiones es mejor ser cuidadoso que descuidado. Pero otra cosa es elevar todas las faltas de cuidado a daño extracontractual. La responsabilidad tiene que estar basada en un deber jurídico, no en ser cuidadoso»<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Señalan MARKESINIS, B.S. y DEAKIN, S.F., *Tort Law*, op. cit., pág. 68, que este concepto de *duty* no tiene un equivalente preciso en los sistemas de *Civil Law* donde en cambio utilizan otras nociones como la de culpa.

Frente a esto, señala GALLO, P., *L'elemento oggettivo del tort of negligence (Indagine sui limiti della responsabilità delittuale per negligence nei paesi di Common Law)*, Milán, 1988, pág. 8, el sistema actual de la responsabilidad en el *Common Law* está basado en la culpa y se parecería mucho más, a primera vista, al sistema francés que al alemán.

<sup>214</sup> Este pronunciamiento que se encuentra en *Moorgate Mercantile Co. Ltd. v. Twitchings, A.C.*, 1977, págs. 890 y sigs. ha sido seguido por los tribunales ingleses en numerosos supuestos.

Si se analizan aquellas situaciones que hacen referencia al deber (*duty*) se puede comprobar que es un concepto que, como el de los derechos (*rights*), aparece como un medio para otorgar o denegar una pretensión jurídica (*legal remedy*). Para que se pueda verificar la existencia de un «deber» del que se llegue a inferir una reacción del ordenamiento jurídico —una acción— aquél debe quedar referido a una relación de alteridad (entre dos o más sujetos), así como venir configurado por un contenido concreto que puede abarcar desde el llamado deber de cuidado razonable (*duty to take reasonable care*) hasta un estricto y superior deber de cuidado (*high, strict or absolute care*)<sup>215</sup>.

La noción de *duty* cumple, de otra parte, la función de delimitar los daños extracontractuales que pueden ser cubiertos por una indemnización. En efecto, el sistema anglosajón no otorga idéntico trato a todo tipo de daños. Así, mientras los daños físicos o los perjuicios causados directamente a la propiedad (derechos reales) permanecen, y así ha sido tradicionalmente, bajo el alcance del *duty of care*, las meras pérdidas económicas que no traen causa directa en un daño corporal o a la propiedad privada pueden no quedar amparadas por el citado *duty of care*.

b) *Daños resarcibles*

La fijación del ámbito de los daños susceptibles de resarcimiento constituye una de las principales diferencias respecto al Derecho contractual, dentro de cuyos límites se incluyen tanto los daños causados a la persona o propiedad del acreedor-demandante como cualquier otro perjuicio a su economía personal, esto es, los daños de traducción meramente económica.

---

<sup>215</sup> Así en *Davie v. New Merton Board Mills, A.C.*, 1959, pág. 604, se entendió que como el deudor sólo quedaba obligado frente a su contratante a un deber de cuidado (diligencia) razonable en determinada situación, ello implicaba que aquél no podía ser declarado responsable si habiendo adoptado tal deber, sin su culpa, causaba daños al acreedor en aquella misma situación.

Frente a esto, el Derecho de Daños del *Common Law* parte de la no indemnizabilidad, generalmente, de las pérdidas económicas derivadas de una negligencia profesional, que no sean, a su vez, consecuencia inmediata de daños corporales o a la propiedad. Por tal causa, ante la pretensión de resarcimiento de tales daños deberá comprobarse la existencia de una relación entre los sujetos cualitativamente suficiente para entender que se ha impuesto a las partes tal deber general de cuidado (*duty of care*).

De este modo, consistiendo los daños sufridos en pérdidas meramente económicas, entienden los Tribunales que para sostener la responsabilidad (extracontractual) por los mismos es necesaria la comprobación de una «especial relación» entre las partes, que se constituye en exigencia para afirmar la existencia de tal deber de cuidado. Sólo si se aprecia la concurrencia de tal relación —similar a la contractual— entre el perjudicado y el que provocó el daño podrá derivarse, no en todos los casos, responsabilidad por los daños causados<sup>216</sup>. En consecuencia, presupuesto ineludible para la determinación de la existencia de un deber de cuidado (primera exigencia en el juicio de responsabilidad) es la apreciación a juicio de los Tribunales de un cierta relación de proximidad —basada en la

---

<sup>216</sup> Así, ciertas decisiones judiciales han entendido, al enfrentarse a esta cuestión suscitada por el hecho de si el consejo o asesoramiento dado por un sujeto puede dar lugar a responsabilidad, que las categorías de relaciones (*relationships*) que dan lugar al deber de cuidado no están limitadas a relaciones contractuales o fiduciarias —como es la que une al abogado con su cliente— sino que incluyen también las relaciones equivalentes al contrato, donde hay una *assumption* de responsabilidad en circunstancias que, sino fuera por la falta de causa, serían contratos. De este modo, si tal consejo es dado en un ambiente casual o social no dará lugar normalmente a tal deber de cuidado, de tal modo que producido un daño que sea consecuencia de aquél no podrá iniciarse la valoración sobre la existencia de responsabilidad. No obstante, una excepción se encuentra en *Chaudhry v. Prabhakar*, W.L.R., 1989, 1, págs. 29 y sigs., donde el Tribunal sostuvo que un consejo serio dado entre amigos podía dar lugar a responsabilidad. En este supuesto el demandado había aconsejado a la demandante la compra de un coche de segunda mano, sin comunicarle que dicho coche había estado involucrado en un accidente; meses después de la compra se declaró por el organismo competente que el coche quedaba fuera de circulación y la compradora demandó con éxito a aquél por la pérdida económica.

dependencia o en la confianza suscitada— entre el demandante y el demandado, no siendo necesaria, en todos los supuestos, la prueba de la misma cuando el daño se haya causado a bienes corporales u objeto del derecho de propiedad.

Esta concepción restrictiva en orden a la indemnizabilidad de perjuicios económicos a través del cauce del Derecho de Daños justifica el hecho de que uno de los temas que más ha preocupado en los últimas décadas a la Cámara de los Lores haya sido la fijación del ámbito concreto de pérdidas económicas a las que se reconoce o se puede conectar responsabilidad extracontractual<sup>217</sup>. En este sentido, cabe destacar la decisión de la Cámara de los Lores en *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* que supuso un profundo cambio en esta materia respecto al Derecho anterior, al reconocerse que las meras pérdidas económicas, en determinadas circunstancias, podían dar lugar a responsabilidad extracontractual con base en la negligencia<sup>218</sup>. El fundamento de la decisión giró en torno a la

---

<sup>217</sup> Esta declaración la encontramos en *Murphy v. Brentwood D.C., A.C.*, 1991, 1, págs. 398 y sigs. En este supuesto, se cuestiona la viabilidad de una reclamación por pérdidas económicas entablada por el comprador de un edificio con unos graves defectos de construcción de los cimientos frente al Consejo de la Sociedad constructora del edificio que había aprobado los planes de edificación. Este Consejo, a su vez, siguiendo el deber impuesto por el Public Health Act 1936, había consultado a unos ingenieros que actuaron como contratistas independientes, y siguiendo el consejo de éstos, que no habían tenido en cuenta los errores de cálculo en la construcción de los cimientos, aprobó los planes para la construcción del edificio. El comprador vendió la casa a un precio mucho más bajo del de mercado, reclamando al Consejo por su actuación negligente la diferencia como perjuicio económico. El tribunal consideró que existía un claro deber de cuidado del Consejo constructor frente al comprador pero cuando «los defectos que suponen un peligro para el edificio son descubiertos con antelación suficiente para evitar la posibilidad de daños, entonces el coste de la reparación o la pérdida de valor es una pura pérdida económica y, por tanto, irreparable». No cabe afirmar (como hizo el tribunal de instancia) que la autoridad local que supervisa la normativa sobre edificios tiene un deber de cuidado razonable consistente en evitar poner al comprador de una casa en una situación que le obligue a incurrir en pérdidas económicas ya que «esto fue una extensión de un principio que por razones de orden público no debería ser afirmado».

<sup>218</sup> Por primera vez en 1963 la Cámara de los Lores reconoció, en *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd., A. C.*, 1964, págs. 465 y sigs., la posibilidad de una acción de responsabilidad por daños por las pérdidas económicas sufridas por la confianza generada en una determinada situación. Se solventaba la acción derivada de daños causados a una empresa de publicidad contra un banco respecto a las

consideración de que la asunción voluntaria (*undertaking*) parte del demandado de prestar un servicio origina una relación equivalente al contrato (*proximity*) de donde surge un deber de cuidado que incluía la razonable previsión de que una persona que confía en tal conducta puede sufrir pérdidas económicas si infringe tal deber de cuidado<sup>219</sup>.

Hasta esta decisión no se ponía inconveniente alguno por parte de los Tribunales a la concesión de indemnizaciones por pérdidas económicas relacionadas directamente con daños corporales o sobre la propiedad de las cosas. La cuestión radicaba en que el Derecho de daños pudiera proveer compensaciones por pérdidas meramente

---

pérdidas económicas sufridas por la misma cuando uno de sus clientes, Easipower, a quien ellos habían dado crédito, entró en quiebra. Los agentes de la empresa de publicidad habían concedido el crédito a su cliente sobre la base de la referencias de la solvencia del cliente que había remitido el banco demandado. El banco rechazó cualquier responsabilidad sobre la base de que ellos no tenían ningún deber de cuidado respecto de la empresa y, además, quedaban amparados por una cláusula de exclusión de responsabilidad incluida en la carta que mandó a la empresa comunicándole las referencias del citado cliente. El demandante alegó que había sufrido una importante pérdida económica al confiar en las referencias que el banco negligentemente había elaborado. La Cámara de los Lores, mientras daba la razón al banco sobre la base de la cláusula de exención de responsabilidad, sin embargo, decidió que a tales hechos les alcanzaba el deber de cuidado y que el Banco tenía tal deber respecto de los demandantes. La existencia de una especial relación entre el demandante y el demandado que descansa en la razonable confianza suscitada por el Banco-demandado a la compañía-demandante constituía el fundamento de tal deber de cuidado que había sido infringido y, por tanto, eran negligentes al haber creado un riesgo previsiblemente razonable de perjuicio. Para CANE, P., «Negligent solicitors and disappointed beneficiaries», *Law Quarterly Review*, 1980, Vol. 96, pág. 182, el recurso a la noción de la dependencia o confianza como requisito de hecho para afirmar la responsabilidad en el caso de Hedley no significa que cuando el demandante no confía en el demandado no puedan ser cubiertas las meras pérdidas económicas. Para este autor, existen casos de pérdidas económicas en la que no es necesaria la «confianza» como factor causal de la responsabilidad.

<sup>219</sup> En el análisis de esta sentencia considera SMITH, J.C., *Liability in negligence*, op. cit., págs. 66 y 67, que su fundamento radicó en la previsibilidad del daño, esto es, en la asunción del riesgo como elemento de la negligencia, ya que como resultado de la asunción del mismo tenía un deber de cuidado de evitarlo.

financieras o económicas que no tuvieran ningún tipo de relación con los daños físicos o psíquicos sufridos por el actor<sup>220</sup>.

c) *El duty of care y el neighbour principle*

Teniendo en cuenta lo anterior, en una primera etapa del juicio de responsabilidad se tratará de determinar la existencia de un deber de cuidado (*duty of care*) impuesto al sujeto que causó el daño, para lo cual la noción de confianza o dependencia en otro (*reliance*), o en su habilidad (*skill*) o juicio (*judgement*) constituye un indicio fundamental para los tribunales.

Esto es, en principio, se trata de indagar si existe o no un deber de cuidado del demandado frente al demandante, siendo un elemento determinante para este fin, tal como viene siendo utilizado por los tribunales, la existencia de una relación entre ambos preexistente al daño o perjuicio causado, lo que viene denominado como «*neighbour principle*» (principio de vecindad o proximidad)<sup>221</sup>; o, en su caso, la constatación de una relación de dependencia (*reliance on*) en la actuación del otro sujeto suficiente para inspirar confianza en la misma<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> En tales pérdidas se pueden incluir todos los gastos que se han debido realizar cuando son consecuencia de la negligencia del demandado: la interrupción de una esperada fuente de ingresos como el salario o rentas, la ausencia de ganancias esperadas en virtud de un contrato valioso celebrado o por un esperado legado en virtud de un testamento.

Sobre la protección de los intereses económicos a través del Derecho de Daños es interesante el estudio realizado por CANE, P., *Tort Law and Economic Interest*, 2ª ed., Oxford, 1996, págs 307 y sigs.

<sup>221</sup> Estudia STANTON, K.M., *The modern Law of Tort*, op. cit., págs. 28 y sigs., los principios generales de la responsabilidad por negligencia, llamando la atención en el principio de vecindad o proximidad del que se derivan la satisfacción de numerosas reclamaciones, como principio que funciona para determinar el deber de cuidado; así como en las amplias referencias que a partir de la década de los 70 realizaban los tribunales a las consideraciones de interés público (*public policy*) como límites al deber de cuidado.

<sup>222</sup> Cuando el deber es establecido por la ley no existe ningún problema de determinación del mismo. Ésto sucede en los supuestos de violación de una regla de conducta establecida por los tribunales para regular situaciones específicas, como los casos de reglas sobre responsabilidad de los detentadores de la tierra frente a los perturbadores de la posesión.

De una lectura de las decisiones judiciales en esta materia se puede constatar que la categoría del deber de cuidado (*duty of care*) no es cerrada o estática, sino que los tribunales han operado paulatinamente una ampliación de aquellas situaciones en cuyo seno pueden surgir nuevos deberes, implicando, al mismo tiempo, una mayor amplitud del ámbito de aplicación de la responsabilidad derivada de la infracción de aquéllos.

Así, con el transcurso del tiempo los nuevos fenómenos socio-económicos (como el urbanismo, los nuevos medios de transporte que posibilitan una mayor movilidad de la población, la sociedad de consumo, etc.) que han ido surgiendo han provocado la aparición de nuevas relaciones entre las personas dando lugar, a su vez, al reconocimiento de nuevos deberes de diligencia (*duty of care*)<sup>223</sup>. No obstante, durante esta primera etapa de la evolución del deber de cuidado, a pesar del incremento de las situaciones en las que se reconoce tal deber a cargo de un sujeto, no se puede afirmar que exista todavía una presunción general de que el demandado ha de actuar cuidadosamente; al contrario, corresponde al demandante probar la relación o las circunstancias de las que cabe deducir que existía tal deber respecto de él mismo. Del mismo modo, el demandado podía demostrar, por el contrario, que en las circunstancias en las que se encontraba no existía tal deber de cuidado<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Exponen JAMES, P.H. y BROWN, D.J., *General principles of the Law of Torts*, op. cit., págs. 49 y 50, que, en particular, a partir del siglo pasado surgieron multitud de acciones derivadas de accidentes causados por vehículos en carreteras, además de los casos de daños causados por ferrocarriles. En tales supuestos, aunque podría argumentarse que existe una especial relación hacia el resto de los usuarios de la carretera tan pronto como uno entra en la misma, este concepto supone una árida metáfora hasta que las partes se han aproximado lo suficiente para que exista una amenaza de peligro y cuando lo hagan, no es tanto su especial relación como los hechos de la situación los que provoca que surja un deber de cuidado (*duty*).

<sup>224</sup> Esta relación entre la pretensión por el demandante de la existencia de un deber y la oposición del demandado negando la existencia de una relación con entidad bastante de la que quepa inferir tal deber se muestra claramente *Winterbottom v. Wright*, Meeson & Welsby, 1842, 10, págs. 109 y sigs. Los hechos fueron los siguientes: Wright había tomado en arriendo de la Compañía de correos

Sólo a partir de finales del siglo XIX comienzan los tribunales a advertir que este enfoque del problema de la negligencia no es satisfactorio debido en gran parte a la inseguridad jurídica causada por el hecho de que no existe una lista general de circunstancias o situaciones en las que se puede imponer un deber de cuidado. Habrá que esperar a la célebre sentencia de *Donoghue v. Stevenson* para resolver la cuestión de la determinabilidad de aquellas situaciones, al consagrarse el principio de proximidad (*neighbour principle*) como revelador de la exigencia de tal deber de cuidado<sup>225</sup>. Tal criterio fue propuesto por Lord Atkin, en su búsqueda de «una concepción general de las relaciones que originan el deber de cuidado, de las cuales los supuestos particulares hallados en los libros no son más que ejemplos», formulado con posterioridad, en ocasiones, como un test de proximidad o de previsibilidad (*proximity test o foresight test*). Se ha de partir, conforme a la teoría elaborada por el magistrado, del hecho de que «uno debe emplear los cuidados razonables para evitar actos u omisiones que puede razonablemente prever que podrían dañar o perjudicar a su vecino». La consideración de «vecino» la ostentan «aquellas personas que están tan cerca y directamente afectadas por mi conducta que debería

---

(Post-master General) una diligencia, contratando Atkinson con aquél el transporte de correos en dicho medio desde Hertford a Holyhead. Winterbottom, el conductor de Atkinson, resultó herido debido a una avería del carruaje y demandó a Wright quien, en su contrato con la Compañía de Correos, se había obligado a mantenerlo en perfecto estado. La reclamación se desestimó al entenderse que cuando B contrata con C el contrato agota sus obligaciones, de modo que si A resulta dañado, éste no puede pretender reclamación alguna.

<sup>225</sup> La controversia resuelta por *Donoghue v. Stevenson, A.C.*, 1932, págs. 562 y sigs., giró en torno a precisar si existía un deber de cuidado del demandado que había vendido a la amiga de la demandante una cerveza en una botella opaca para la demandante (ya que habían ido juntas al café), vertiendo el propietario del café a aquella parte de la botella en un vaso. Cuando la demandante vació el resto de la botella descubrió en su interior los restos de un caracol en estado de descomposición, lo cual le produjo un shock y una gastro-enteritis, reclamando posteriormente el resarcimiento de tales perjuicios. Como no existía una relación contractual con el propietario, la demandante reclamó contra el mismo en su condición de fabricante y envasador de la cerveza. La mayoría de la Cámara de los Lores sostuvo que en tales circunstancias existía un *duty of care*, declarando responsable al propietario-fabricante del producto.



razonablemente haberlas contemplado y tenido en cuenta cuando dirijo mi pensamiento a las acciones u omisiones que son cuestionadas»<sup>226</sup>.

Por tanto, el test consistía en acertar la existencia de tal relación próxima o cercana y el criterio utilizado para imponer el deber estribaba en si la probabilidad del daño debería haber sido prevista por el demandado. A partir de la aceptación del mismo por los tribunales se comenzó a reconocer la existencia de un deber «general» de diligencia o cuidado que venía definido por la existencia de la especial relación entre la víctima y el causante del daño<sup>227</sup>. De este modo, el principio sentado en *Donoghue v. Stevenson* fue gradualmente extendido durante los siguientes años para amparar acciones de responsabilidad extracontractual derivadas de la negligencia de ciertos sujetos como constructores, fabricantes, etc.<sup>228</sup>.

### d) *El standard of reasonable care*

En segundo lugar, una vez determinada la existencia de dicho deber, existirá incumplimiento del mismo cuando la conducta del demandado sea irrazonable (*unreasonable*), en el sentido de que no alcanza el adecuado modelo o parámetro de diligencia (*standard of*

---

<sup>226</sup> Así, Lord Atkin en *Donoghue v. Stevenson*, op. cit., págs. 580 y 581.

<sup>227</sup> Para JAMES, P.H. y BROWN, D.J., *General principles of the Law of Torts*, op. cit., pág. 52, este deber de cuidado debería convertirse en una obligación universal. De este modo, el demandante sólo tendría que establecer que ha sufrido un daño consecuencia del descuido del demandado y entonces éste probaría (si pudiera) que las circunstancias eran tales que de hecho le impedían atenerse al deber de cuidado para evitar causar un daño. Sin embargo, determinadas actitudes inherentes al Derecho no han permitido tal desarrollo, como la asunción de que sea el demandante, en caso de duda, quien debe establecer los hechos que dan lugar a una «situación de deber»: el test para establecer tales hechos es el test de Atkin.

<sup>228</sup> No obstante, como pone de relieve SMITH, J.C., *Liability in negligence*, Londres, 1984, págs. 60 y sigs., todavía permanecían ciertas áreas en las que se entendía que el Derecho de Daños no imponía tal deber de cuidado; dos en particular constituían un foco de litigios: las meras pérdidas económicas y la violación de llevar a cabo deberes impuestos por normas estatutarias o del ejercicio de poderes impuestos por las mismas.

*care*)<sup>229</sup>. Por tanto, en principio, debe existir siempre una conducta que se desvíe del *standard* aceptado, esto es, un *standard* y un *breach* (quiebra o violación de aquél).

Como ya señalamos, entre los parámetros de conducta utilizados el Derecho inglés necesarios para que se pueda inferir la existencia de responsabilidad, destaca, de gran manera, el *standard of reasonable care and skill man*. Se trata de un criterio despersonalizado basado en aquello que un hombre razonable y cuidadoso puede prever en relación a determinados acontecimientos<sup>230</sup>. Cualquier cosa que el hombre razonable haría es una conducta no-negligente<sup>231</sup>.

Este modelo de *reasonable man* de creación judicial que aparece configurado en las resoluciones judiciales a través de múltiples expresiones como «*reasonable man of ordinary prudence*», «*person of reasonable prudence*» o como «*some other blend of reason and caution*» («alguna otra combinación de razón y caución») se erige en el *standard* abstracto y objetivo de conducta ideal según la conciencia

---

<sup>229</sup> En este sentido, MARKESINIS, B.S. y DEAKIN, S.F., *Tort Law*, op. cit., pág. 71, sostienen que la función de la previsibilidad (*foreseeability*) no es significativa para establecer la existencia de un deber de cuidado, forma sólo parte del mismo en determinados y específicos casos. Sin embargo, ponen de manifiesto que los tribunales al aplicar el *standard* de cuidado en el caso concreto para deducir si ha existido o no responsabilidad realizan frecuentemente un balance del grado de previsibilidad o del riesgo del daño causado frente a los costes que al demandado le hubiera supuesto evitar aquél y los beneficios a los que hubiera tenido que renunciar si no hubiera continuado con dicha actividad.

<sup>230</sup> Referencias constantes al *reasonable care and skill* aparecen en las decisiones judiciales del *Common Law* en relación a los supuestos de responsabilidad de los médicos, sector que goza de gran desarrollo en estos países.

<sup>231</sup> Cfr. REYNOLDS, O.M. JR., «The reasonable man of negligence Law: A health report on the "odious creature"», op. cit., pág. 410. Justifica este autor la importancia actual del concepto de *reasonable man* a pesar de las críticas que se hacen al mismo como inadecuado, irreal e insatisfactorio, ya que aun si es así y debiéndose admitir que se ha de desistir en los intentos de convertir la culpa en requisito de responsabilidad por negligencia, abogando por una responsabilidad objetiva y por instrumentos asegurativos, siempre permanecerá algún residuo del *reasonable man*.

social<sup>232</sup>, con respecto al cual se cotejará la conducta particular del sujeto que permitirá decidir si efectivamente existió o no quiebra del mismo (*breach*), como condición necesaria para afirmar la responsabilidad. Esto es, los tribunales en su tarea de concretar y desarrollar un standard de conducta diligente han optado por establecer un modelo del que se espera que puede ser adoptado por cualquier persona, hecha abstracción de sus concretas cualidades personales.

No obstante, dicho modelo de conducta, que integra el contenido del deber (*duty of care*) impuesto a los sujetos, no es un modelo rígido sino que, por el contrario, es intrínsecamente variable o contingente en cuanto que se ha de valorar en atención a las circunstancias concurrentes, de tal modo que una conducta que, en principio, podría considerarse no adecuada a las precauciones que tomaría una *reasonable person* puede, en atención a las circunstancias particulares, estimarse ajustada a la misma y, en consecuencia, no apreciarse una infracción del deber de cuidado<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> El parámetro de la «*man of ordinary prudence*» fue utilizado entre sus primeras veces como standard de negligencia en el caso *Vaughan v. Menlove*, 1837, 3 Bingham N.C. 468, 132 The English Reports, págs. 460 y sigs., donde se declaró responsable al sujeto que había construido un pajar en los límites de su finca de la destrucción de la casa del vecino como consecuencia de un incendio iniciado en tal pajar. Se entendió que aquél debería haber tomado las precauciones que un «*man of ordinary prudence*» habría observado.

<sup>233</sup> Tal es el supuesto de *Blyth v. The Company of proprietors of The Birmingham Waterworks*, 1856, 11, Exchequer, 781, The English Reports, págs. 1047 y sigs., donde se declaró que una compañía del agua que había observado las directrices de un Act of Parliament sobre colocación de tuberías no era responsable del escape de agua provocado por la acumulación de hielo que había obturado aquéllas al estimar el tribunal que el hecho de que las precauciones tomadas por la compañía se mostraran insuficientes frente a los efectos de un invierno extremadamente frío, como ningún hombre podría haber previsto, no es suficiente para considerarles responsables por negligencia. En su voto particular Alderson B. declaró que «la negligencia es la omisión de hacer algo que un hombre razonable, guiado por las consideraciones que ordinariamente regulan la conducta de los asuntos humanos, haría o hacer algo que un prudente y razonable hombre no haría»; por ello los demandados habrían sido responsables si no hubieran actuado de tal modo, sosteniendo que un hombre razonable habría tenido en cuenta las circunstancias medias de temperatura en los años normales, pero no el severo frío acaecido más propio de una región polar.

En tal sentido, la negligencia es la omisión de hacer lo que una persona razonable haría «*under the same or similar circumstances*» («en las mismas o similares circunstancias»)<sup>234</sup>. La negligencia es la conducta que no alcanza el standard exigido para la protección de los otros frente al riesgo de un daño irrazonable<sup>235</sup>

Esta concreción del deber de cuidado supone que dependiendo del contexto el *standard* del hombre razonable puede combinarse en distinta medida con factores objetivos e incluso subjetivos, lo que ha llevado a parte de la doctrina a cuestionarse la objetividad del modelo<sup>236</sup>.

---

Mantienen SAMUEL, G. y RINKES, J., *Law of obligations and Legal Remedies*, op. cit., pág. 73, que la propia flexibilidad del concepto de deber, que ha de ser medido en cada relación, provoca que se erija en elemento central en los casos de responsabilidad civil.

<sup>234</sup> Original resulta la teoría elaborada por TERRY, H.T., «Negligence», *Harvard L.R.*, 1915, 29, pág. 40, quien entiende que la negligencia no se puede definir como violación del deber de cuidado, sino que en la indagación acerca de su naturaleza se ha de prescindir de la noción de deber. La negligencia consistiría para este autor en «una conducta que implica un riesgo irrazonablemente grande de causar un daño. La diligencia o el cuidado debido es una conducta que no implica un riesgo». Resulta esencial en la teoría del autor el test de la razonabilidad del riesgo provocado por la conducta del agente, que dependerá de varios factores (la magnitud del riesgo, el valor del objeto principal expuesto al riesgo, el objeto colateral o razón de la creación del riesgo, la utilidad del mismo). No obstante, posteriormente, sostiene que el test de razonabilidad radica en la conducta o juicio de lo que se ha denominado *standard man*, que no es un hombre ideal o perfecto, sino un miembro común de la comunidad. «Cualquier hombre debe actuar como lo haría el *standard man*; sin embargo, esta regla, en sede de concurrencia de responsabilidad (*contributory negligence*), tiene una excepción en el caso de personas anormales (*abnormal persons*), como niños y retrasados mentales. *Women are not abnormal persons, except perhaps in respect to courage*».

<sup>235</sup> Cfr. FLEMING, J.G., *The Law of Torts*, 8ª ed., Sydney, 1992, pág. 101.

<sup>236</sup> Así, para PROSSER, W.L. y KEETON, W.P., *The Law of Torts*, op. cit., pág. 175. Realiza SEAVEY, W.A., «Negligence —subjective or objective?», *Harvard L.R.*, 1927, 41, págs. 27 y 28, un estudio acerca la naturaleza y de las características de la conducta conforme a la cual se impondrá la responsabilidad, en el que se pregunta hasta qué punto las cualidades personales de los sujetos (sus atributos físicos, su poder intelectual, su conocimiento) afectan a la imposición de responsabilidad, lo que le lleva a concluir que no existe un hombre estandarizado, que lo único que hay es un test parcialmente objetivo. Entiende EDGERTON, H.W., «Negligence, inadvertence and indifference. The relation of mental states to negligence», *Harvard L.R.*, 1926, 39, págs. 852, que cabe distinguir dos cuestiones: una, si la negligencia consiste en un estado mental de inadvertencia o en una conducta

Se ha de tener presente, de otro lado, que este standard de conducta diligente o prudente actúa igualmente en el derecho de contratos, si bien su contenido concreto, aplicado a las relaciones obligaciones, podrá variar en atención a las obligaciones asumidas por las partes, condicionando el comportamiento del obligado, lo cual permitirá, de otro lado, a los órganos judiciales valorar si ha existido un incumplimiento del mismo (*breach of duty*) del que se pueda deducir responsabilidad para el incumplidor.

Es frecuente que este deber de diligencia o de cuidado (*duty of reasonable care*) quede integrado, formando parte del mismo, por un deber de habilidad o pericia (*skill*) que, como conjunto de conocimientos y aptitudes que reúnen los sujetos, se considera exigible<sup>237</sup>. Además, dentro del standard objetivo del hombre

---

peligrosa; la otra, si la medida de la diligencia, el standard al que uno debe conformarse está fijado por las aptitudes individuales del actor o por la capacidad de una persona normal o standard. Respecto a la segunda cuestión, es casi unánime la doctrina que entiende que la medida o el standard es objetivo y externo. Respecto a la primera, existen dos teorías (la *mental theory* y la *conduct theory*), concluyendo el autor que «aunque la negligencia es conducta y los factores mentales ni la establecen ni la rechazan hay algo de verdad en la proposición que dice que la negligencia comprende la inadvertencia o la indiferencia como estado mental, de modo que la negligencia en un sentido va necesariamente acompañada de la negligencia en el otro».

Para GREEN, L., «The negligence issue», op. cit., pág. 1033, es indiferente que el standard se califique de objetivo o subjetivo, lo cierto es que a través de la frase «*under the same or similar circumstances*» el modelo de la «persona de prudencia ordinaria» podrá ser dotado con muchas de las cualidades de la persona cuya conducta va a ser medida. Esto es, el modelo único y absoluto se convierte en variable, en una standard adaptable al caso concreto.

Considera REYNOLDS, O.M. JR., «The reasonable man of negligence Law...», op. cit., págs. 414 y 415, que una excepción a la personalidad invariable del hombre razonable y su uso como standard puramente objetivo estriba en que normalmente éste asume las características físicas del actor, si es ciego, mutilado o está en plena forma. Estas características pueden concebirse, a juicio del autor, como aquellas circunstancias entre las que el modelo de hombre razonable es ubicado o más simplemente, puede admitirse que en tales supuestos se está usando un standard subjetivo.

<sup>237</sup> La inclusión de la habilidad (*skill*) formando parte del deber de cuidado fue apuntada por *Brett en Heaven v. Pender*, II, Q.B.D., 1883, 503, 507, al individualizar el *standard of care* (el modelo de diligencia) con el hombre de

diligente se entiende que ha de incluirse un nivel mínimo de conocimientos que se estima que posee la generalidad<sup>238</sup>.

### e) *Causas de exoneración o limitación de responsabilidad*

Una vez verificada la existencia del *duty of care*, su incumplimiento al no ajustarse el sujeto al standard exigido, la existencia del daño y la relación de causalidad entre la violación del deber y el daños causado, en un momento posterior sólo quedará por preguntarse si existe alguna causa para negar, reducir o limitar la extensión de dicho deber a los daños a los que su incumplimiento podría alcanzar, esto es, si existe alguna cláusula de exención de responsabilidad<sup>239</sup>.

### E) *Presupuestos de la responsabilidad contractual*

Una vez analizado tanto el funcionamiento del *Tort Law* como el papel desempeñado por el modelo de diligencia representado por el «*reasonable and skill man*» resta plantearse cuál es el mecanismo que conduce a la afirmación de responsabilidad contractual, en

---

sentido común que usa un cuidado y habilidad ordinaria («*man of ordinary sense using ordinary care and skill*»).

En contra, entiende SEAVEY, W.A., «*Negligence —subjective or objective?*», op. cit., pág. 26, que no se puede decir generalmente que exista un standard de hombre habilidoso.

<sup>238</sup> En este sentido, REYNOLDS, O.M. JR., «*The reasonable man of negligence Law...*», op. cit., pág. 415. Tal nivel de conocimiento incluiría el conocimiento de la propia ignorancia y de las limitaciones físicas.

<sup>239</sup> Estas fases del juicio de responsabilidad se pueden analizar con precisión en dos casos: *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, A.C., 1983, págs. 520 y sigs.; *Pirelli v. Oscar Faber & Partners*, A.C., 1983, págs. 1 y sigs. En estas decisiones se mantuvo que la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual descansara no en el sistema de casos, en la determinación particular judicial, sino sobre la base de determinados principios que permitieran decidir si los supuestos particulares caen dentro o fuera de los mismos. En realidad, abogaron los jueces por un sistema próximo al continental, en el que a partir de unos principios básicos y generales se pueda determinar la existencia de responsabilidad en todos aquellos supuestos a los que sean aplicables.

DUNNÉ, J.M. VAN, «*Contractual versus tortious liability in defective building cases: a continental view*», *The liability of Contractors*, Londres, 1986, analiza estas decisiones como un intento de aproximación del *Common Law* al sistema continental.

particular, de los profesionales liberales, así como la determinación de las funciones que el modelo de conducta desempeña en las relaciones obligatorias, si bien algunas de las respuestas han sido ya apuntadas al hilo de la exposición.

*a) Principios básicos de la acción contractual de daños*

En cuanto a los principios básicos de la acción por daños contractuales que nace del incumplimiento de un contrato pueden resumirse en dos: los daños son compensatorios y cierto tipo de pérdidas da lugar a la compensación de las mismas.

Respecto al primero, en general, se mantiene que esos daños están basados en las pérdidas producidas al acreedor, no en las ganancias obtenidas por el deudor<sup>240</sup>. Sin embargo, existe un gran número de excepciones a esta regla de que el incumplidor no está obligado a entregar los beneficios obtenidos por el incumplimiento contractual<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> De entre los intereses económicos más relevantes que pueden resultar perjudicados destaca el que radica en el beneficio de un contrato favorable. Una manifestación de esto se refleja en la medida de los daños cubiertos por incumplimiento contractual.

Se dice generalmente que el objeto de los daños compensatorios es poner a la parte reclamante en la posición que habría ocupado «si el contrato se hubiera cumplido» o «si sus derechos hubieran sido respetados». Sin embargo, estas afirmaciones no están exentas de críticas como pone de manifiesto WADDAMS, S.M., *The Law of Damages*, Toronto, 1983, págs. 538 y sigs., para quien identificar el perjuicio en el incumplimiento del contrato más que en celebrar un contrato que no ha sido mantenido es confundir la cuestión.

<sup>241</sup> Ejemplos de esta ruptura de la regla, expuestos por TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, op. cit., págs. 839 y 840, son la venta de tierra en la que el vendedor queda obligado, después de concertado el contrato, como depositario de la misma respecto al comprador, de modo que si el vendedor revende incorrectamente la tierra a un tercero, tiene derecho el comprador a las ganancias de la venta, aunque superen su pérdida; de igual modo, puede ser ordenado el pago de los beneficios obtenidos contra la persona que incorrectamente ha utilizado secretos comerciales o información confidencial de otro, y en general, cuando el incumplimiento contractual significa también un incumplimiento fiduciario, los daños pueden estar basados en los beneficios obtenidos por el deudor.

Reiterando lo ya dispuesto, los daños compensables incluyen, además de los producidos a la propiedad por deterioro o destrucción de objetos concretos y de los causados a la integridad física del acreedor, el perjuicio a sus intereses económicos comprendiendo cualquier cantidad que aquél ha dejado de percibir respecto a si el contrato se hubiese cumplido<sup>242</sup>. Con la finalidad de determinar la base respecto de la cual los daños serán valorados utilizan los tribunales un criterio denominado de «estimación de la posición global del demandante» («*plaintiff's overall position taken into account*») y que significa que, generalmente, no se condenará al deudor a pagar una cantidad que haga que la posición actual del acreedor sea mejor de lo que habría sido si el contrato se hubiera cumplido<sup>243</sup>.

Una consecuencia del principio compensatorio es que, en el *Common Law*, el acreedor no puede obtener una compensación por los daños si el incumplimiento no ha afectado adversamente su posición, o lo que es lo mismo, si hubiera sufrido idéntica pérdida aunque el contrato no se hubiera incumplido.

b) *El standard of duty of care y el breach of contract*

---

<sup>242</sup> Ejemplifica TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, 9ª ed., Londres, 1995, pág. 842, estos últimos daños en el supuesto de que el vendedor incumpliendo el contrato deje de proveer bienes o de proveerlos a tiempo, de tal modo que el comprador *prima facie* sufre una pérdida consistente en no tenerlos o no tenerlos a tiempo.

<sup>243</sup> En este sentido, *Phillips v. Ward*, W.L. R., 1956, 1, págs. 471 y sigs., donde un vendedor incumpliendo su contrato omitió llamar la atención del cliente sobre el hecho de que las vigas del tejado de la casa que había comprado estaban podridas. Se sostuvo que el cliente no tenía derecho a los daños basados en la refacción de los bienes defectuosos, ya que ello hubiera supuesto una posición mejor que la que él habría tenido de si el contrato no hubiera sido incumplido, en cuanto que significaría para él un nuevo techo con unas nuevas vigas lo que es menos caro de mantener que un viejo tejado con nuevas vigas. De ahí que el acreedor sólo tenía derecho a recuperar la diferencia entre el precio que él pagó y el valor de la casa cuando él la compró; o la diferencia entre el precio pagado realmente y aquél que hubiera pagado si el comprador le hubiera cumplido su papel con el debido cuidado.



A diferencia del Derecho de daños en el que existe un único standard del deber exigible, cual es, el del hombre razonable o cuidadoso, en sede de Derecho de contratos el modelo del deber aplicable a las obligaciones contractuales depende de la configuración del contrato. Teóricamente existen tres clases de standards del deber que se imponen a las partes y que dan lugar a otras tantas clases de responsabilidad: un *absolute standard*, un *strict standard* y un standard basado en la culpa (*fault*), esto es, en el empleo de cuidados y diligencia (*standard of duty of care*)<sup>244</sup>.

Respecto al primero, la doctrina moderna entiende que una responsabilidad absoluta no existe verdaderamente<sup>245</sup>. Con la expresión de *standard of strict contractual duty* (modelo de deber contractual absoluto) el Derecho anglosajón identifica a aquél deber creado por la propia obligación en virtud del cual el deudor asume la obtención de un resultado objetivo (similar a una obligación de resultados), de tal modo que podrá existir incumplimiento contractual a pesar de haber empleado el deudor todos los cuidados y diligencia exigibles. Frente a esto, cuando no se impone ni un deber estricto ni un deber absoluto, tendremos un deber de emplear la diligencia razonable cuya no adopción por parte del deudor originará una responsabilidad por culpa o negligencia (*fault liability*) que se correspondería con las llamadas por la doctrina continental obligaciones de actividad o de medios. De este modo, el cumplimiento de la obligación de prestar unos servicios no exigirá más que el ejercicio de la diligencia debida, salvo de que los términos del contrato o de las circunstancias se pueda deducir otra cosa<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> Así, CARTER, J.W., *Breach of contract*, 2ª ed., Londres, 1991, págs. 22 y sigs.

<sup>245</sup> Esta debe ser la causa de que los autores empleen, en muchas ocasiones, indistintamente la terminología de *absolute* y *strict liability*, identificando ambos términos. En este punto, la expresión *absolute liability* adquiere un significado diverso al que fue expuesto en materia de *Tort Law*, donde se equiparaba a responsabilidad por hechos ajenos o responsabilidad por riesgo.

<sup>246</sup> Existe una doctrina jurisprudencial en casos modernos de que el principio del empleo de la diligencia debida es aplicable en general a todos los contratos de servicios. Vid. TREITEL, G.H., *The Law of Contract*, op. cit., págs. 740 y sigs.

Esta configuración de un deber de diligencia (*duty of care*) exigible en las obligaciones contractuales podría chocar con la concepción del *Common Law* en la que la responsabilidad era originariamente absoluta en el sentido de que cualquier incumplimiento daba lugar a una acción por daños contractuales, a diferencia del sistema continental en el cual, según la mayoría de la doctrina, el incumplimiento ha de ser imputable al deudor, asignando a la culpa la función de criterio de imputación de la responsabilidad al incumplidor<sup>247</sup>. Sin embargo, ha sido generalmente aceptado por la doctrina anglosajona que aquella premisa nunca ha sido totalmente cierta, al menos, en aquellos casos, a partir de la decisión de *Taylor v. Caldwell* en 1863, en los que el cumplimiento del contrato deviene ilegal una vez celebrado, o cuando el contrato requiere una ejecución personal del deudor (en los contratos de servicios, por ejemplo) y éste muere o queda incapacitado<sup>248</sup>. En estos supuestos, la responsabilidad no es absoluta, sino estricta, en el sentido de que la imposibilidad sobrevenida constituye una circunstancia eximente de responsabilidad<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> En tal sentido, SAMUEL, G., *Sourcebook on obligations and legal remedies*, Londres, 1995, pág. 296 y 302 y sigs., compara los dos sistemas, uno representado por el Derecho francés en el que el contrato descansa en la idea de acuerdo de voluntades (*agreement*); el otro, por el Derecho inglés donde aquél se basa en la promesa (*promise*). Esta distinción llega a ser importante por la forma a la que se enfrentan en cada sistema a la falta de cumplimiento del contrato (*breach* y *non-performance*) y en particular al problema de la regla de la culpa (*fault*) en el mismo. Así, para el autor, en los sistemas basados en el *agreement* la dimensión normativa del incumplimiento o la inejecución viene dada por la culpa, de tal modo que si el incumplimiento es debido a factores que no pueden ser atribuidos a la culpa del incumplidor no se seguirá su responsabilidad; por el contrario, en el sistema inglés al demandante sólo le corresponde probar el incumplimiento de la *promise*, siendo en principio irrelevante si el demandado incurrió o no en culpa.

<sup>248</sup> Así, BARRY, N., «Fault and Breach of contract», en J. BEATSON y FRIEDMANN, D., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, pág. 340.

<sup>249</sup> Para BARRY, N., «Fault and Breach of contract», op. cit., págs. 340 y 355, la noción de responsabilidad absoluta tiene un cierto paralelismo con la *obligation de garantie* francesa. En el *Common Law*, el noción de garantía sirve para crear supuestos de responsabilidad absoluta. Esto se debe a que, a diferencia del *Civil law*, en el *Common Law* no existe el principio de que la promesa de una prestación

Así, en principio, se sostiene que la única exigencia para afirmar la responsabilidad contractual en el sistema anglosajón es la existencia del incumplimiento del contrato (*breach of contract*) consistente en la no ejecución de una obligación de acuerdo con el deber de cuidado exigible en tal relación obligatoria (*breach of standard of care*).

Por consiguiente, tratándose de relaciones contractuales, la existencia del *duty of care* deriva del propio vínculo obligacional que une a las partes y su incumplimiento podrá desencadenar, al igual que en el Derecho de Daños, el juicio de responsabilidad<sup>250</sup>.

Además, este deber de cuidado o de diligencia puede ser graduado en atención a diversas circunstancias concurrentes en la relación obligatoria, en particular, a la cualidad profesional de uno de los sujetos. Así, el modelo de comportamiento o deber de cuidado vendrá constituido por el comportamiento cuidadoso y normal en una determinada profesión, actividad o ocupación de que se trate. Con base en tal regla se afirma que el Derecho normalmente no garantiza que este profesional alcanzará el resultado deseado, sino sólo le impone que él usará un deber de cuidado razonable y de habilidad (*reasonable care and skill*).

---

imposible es nula, de tal modo que cuando se promete esto se entiende que se está garantizando el reembolso de los daños económicos. Esto deriva de una de las sentencias de uno de los jueces más conocidos, Mr. Justice Holmes que sostuvo que «el deber de cumplir un contrato en el Common Law significa una predicción de que se deberá pagar los daños sin no se cumple—y nada más». Sólo en este último sentido, se puede mantener que la responsabilidad en el Common Law es absoluta.

<sup>250</sup> La distinción fundamental entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se ha hecho radicar en el origen del deber. En el contrato, el deber surge del acuerdo de las partes; en el derecho de Daños, aquél es independiente del acuerdo, es impuesto por el Derecho a las partes. Critica este razonamiento POULTON, W.D.C., «Tort or Contract», *Law Quarterly Review*, 1966, vol. 82, pág. 351, ya que, a su juicio, en ambos casos es el Derecho quien impone el deber, «y no es suficiente, en el caso del contrato, con mantener que el deber nace del acuerdo entre las partes, sin añadir que el Derecho impone un deber general de conservar los pactos válidos». Para este autor, ambos, el daño extracontractual y el incumplimiento del contrato dan lugar a responsabilidad por incumplimiento de un deber que es impuesto por el Derecho al demandado y que es debido al demandante.

Por tanto, no se puede hablar de responsabilidad profesional, sea contractual sea extracontractual si no ha existido un incumplimiento de un deber de cuidado impuesto al profesional bien frente a su cliente bien frente a terceros.

### c) Configuración del *duty of care* de los profesionales

#### a') Los términos del contrato y el *duty of care*

En cuanto a la configuración de este deber de diligencia, la regla general, existiendo un contrato, es que el contenido concreto del *duty of care* se ha de deducir de los términos (cláusulas) expresos o implícitos del propio contrato.

Los términos, expresos o implícitos, esto es, las condiciones del contrato fundamentan la responsabilidad contractual en que puede incurrir el profesional en la ejecución de su encargo<sup>251</sup>.

Por tanto, en principio, y como regla general, en la configuración del *duty of care* contractual, en la determinación de su contenido particular hemos de atenernos a los términos del propio contrato que puede, por tanto, haber previsto la exclusión de responsabilidad por cualquier quiebra de aquél, haber reducido el nivel de diligencia exigible o, por el contrario, haber elevado el modelo de conducta impuesto por la ley<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> De hecho, como ponen de relieve DUGDALE, A.M. y STANTON, K.M., *Professional negligence*, op. cit., pág. 39, el fundamento de la responsabilidad profesional contractual ha dependido siempre de los términos del contrato que le unen con el cliente. Además, sólo excepcionalmente dichos términos contienen una referencia expresa al nivel de deber de diligencia de aquél respecto al cliente, siendo, de hecho, la regla general que dicho deber se deduzcan de los llamados términos implícitos (*the implied terms*).

<sup>252</sup> Ponen de manifiesto DUGDALE, A.M. y STANTON, K.M., *Professional negligence*, 2ª ed., Londres-Edimburgo, pág. 4, que se entiende por «términos expresos» aquéllos derivados del documento contractual; no obstante, en caso de no haber quedado formalizado por escrito el acuerdo, estos términos podrán deducirse de los documentos escritos, e incluso orales, emitidos por las partes durante la negociación y de donde se deduzca la intención de las partes al obligarse.

En este sentido, los términos del contrato —entendiendo por tales sus cláusulas, condiciones o pactos— delimitan el objeto del mismo, es decir, la prestación a la que queda obligado el profesional; pero además, determinan la naturaleza, el grado de la diligencia que deberá emplear el profesional en la ejecución de su prestación. Así, puede establecerse contractualmente desde que el profesional quede obligado a una diligencia superior a la media, normal o razonable hasta que sea responsable objetivamente, de manera estricta, con independencia de que haya empleado la diligencia del hombre razonable. En último lugar, de los términos del contrato podrá derivarse una exención o limitación de responsabilidad respecto a un concreto acontecimiento o comportamiento.

Ahora bien, no sólo de los términos expresos del contrato cabe derivar el deber de cuidado exigible en la obligación, sino también de los términos implícitos o de los hechos concluyentes derivados del comportamiento de las partes al estipular el contrato<sup>253</sup>.

Este principio fue consagrado por la Section 13 de la *Supply of Goods and Services Act* de 1982 cuando establece que «en un contrato de prestación de servicios en el que el prestador actúa en el curso de los negocios, existe una cláusula implícita de que el prestador ejecutará su servicio con cuidado razonable y pericia».

Aunque una clasificación de las cláusulas o términos del contrato resulta una labor extraordinariamente compleja, está generalmente aceptado que se puede trazar una distinción entre los

---

<sup>253</sup> Exponen DUGDALE, A.M. y STANTON, K.M., *Professional negligence*, op. cit., págs. 4 y 5, que los términos pueden estar implícitos en tres situaciones: una, cuando los hechos concretos sugieran que efectivamente ha existido un acuerdo respecto a un particular aspecto a pesar de no haber sido manifestado de manera expresa; otra, cuando derive de una costumbre o uso profesional o comercial, como es el caso de la omisión en un contrato de la remuneración por los servicios cuando existen unos honorarios mínimos fijados por el Colegio profesional que constituyan una costumbre notoria y razonable; en tercer lugar, cuando el término se pueda deducir por los textos legales como es el caso de la *Supply of Goods and Services Act* de 1982 donde se prevé que los servicios deberán ser ejecutados con una diligencia y habilidad razonable dentro de un tiempo razonable.

términos implícitos de hecho (*terms implied in fact*), esto es, aquéllos que presumen la voluntad de las partes en el contrato, y los términos implícitos impuestos por el Derecho, que predominaron a lo largo del siglo pasado<sup>254</sup>.

En este sentido, el deber de cuidado que los profesionales han de tener para con sus clientes fue configurado como un término implícito derivado del Derecho desde que fuera fijado de manera imperativa por TINDAL C.J. en 1838 al sostener que «toda persona que ejerce una profesión asume desempeñarla con un grado razonable de cuidado y pericia. No asume, si se trata de un fiscal, que todos los casos que lleve los ganará, ni, tratándose de un médico, asume que curará, ni que empleará el grado más elevado posible de pericia. Habrá muchas personas que tengan una preparación mejor y mayores ventajas de las que él tiene, pero aquél sólo asumirá emplear un grado de pericia suficiente, razonable y competente»<sup>255</sup>.

Se configuraba, por tanto, un deber de cuidado y diligencia que incumbía al profesional y que derivaba de un término implícito del contrato impuesto por el propio Derecho (*Law and authority*). A este efecto, el Derecho ha considerado implícito en los contratos celebrados por los profesionales tal deber de cuidado sobre la base de que el ejercicio público de una profesión que requiere de una especial habilidad constituye una apariencia que se ha de proteger en

---

<sup>254</sup> Entre estos últimos, tenemos la declaración hecha por *Gardiner v. Gray*, *English Reports*, 1815, 171, págs. 146 y 147, en un caso de una venta de doce bolsos de una materia en mal estado, se declaró que «en tales condiciones, el comprador tiene derecho a esperar un artículo en perfectas condiciones que se corresponda con la descripción del contrato. Sin ninguna particular garantía, esto es un término implícito en todos los citados contratos». En el mismo sentido, en *Smith v. Marrable*, E.R., 1843, 152, pág. 693, en un supuesto de arrendamiento de una vivienda amueblada que fue encontrada por el arrendatario en estado inhabitable, se declaró que «una persona que arrienda una vivienda debe arrendarla bajo la condición implícita de que aquélla se halla en un estado de decencia y de habitabilidad..».

<sup>255</sup> *Landhier v. Phipos*, C&P, 1838, 8, págs. 475 y sigs. el demandante había solicitado los servicios del demandado, cirujano y farmacéutico, para tratar a su mujer que se había dañado la mano y la muñeca. Al final del tratamiento, sin embargo, la mano había quedado inútil.

cuanto que la mayoría de las personas parte de que el sujeto que ejerce su profesión posee los requisitos de conocimiento y habilidad necesarios.

Sin embargo, a partir de finales del siglo pasado, como consecuencia de la importancia de la autonomía privada (consenso de voluntades) como base del contrato, se siente la necesidad de conectar estos términos implícitos a la intención de las partes, con la consecuencia inevitable de que, como teóricamente son creación de las partes, pueden ser excluidos por ellas mismas. El respeto a la libertad contractual de las partes explica que el poder de los tribunales de incluir implícitamente condiciones o cláusulas en el contrato (*imply terms into contracts*) sea ejercido con enormes cautelas, evitando en lo posible interferir en aquélla<sup>256</sup>. No obstante, esta posibilidad resulta limitada por la presencia de numerosas leyes que prevén que existirá implícito tal término (del que se deriva el deber de cuidado razonable) a pesar de una estipulación en contrario<sup>257</sup>. Asimismo, tal consideración queda reflejada en el lenguaje de los tribunales que sostienen que el *Common Law* impone un standard de conducta a determinados sujetos en sus relaciones contractuales<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> Para COLLINS, H., *The Law of Contracts*, 2ª ed., Londres-Dublín-Edimburgo, 1993, págs. 224 y sigs., esta precaución de los tribunales se traduce en dos principios: el primero, los términos implícitos no deben ser contradictorios con los acuerdos expresos de las partes; el segundo, esta posibilidad de considerar implícitas en el contrato ciertas cláusulas debe justificarse por tres grupos de razones. Entre estas razones, destaca la importación al Derecho de contrato de obligaciones legales nacidas en el Derecho de Daños. En virtud del Derecho de Daños, a cada una de las partes de un contrato se les impone un deber de cuidado respecto de la otra.

<sup>257</sup> Tal es el caso de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 que contiene tal previsión en su Section 6.

Compara BARRY, N., «Fault and Breach of contract», op. cit., pág. 345, este sistema de términos implícitos impuestos del *Common Law* y el sistema del *Civil Law* donde abiertamente se formulan unas normas que inciden en los diferentes tipos de responsabilidad contractual, concluyendo, al igual que lo hiciera TREITEL, G.H., *The Law of contract*, op. cit., pág. 190, que en realidad esos términos implícitos constituyen expresiones ficticias de lo que son verdaderas normas.

<sup>258</sup> Así, en *Smith v. Eric Bush, A.C.*, 1990, 1, págs. 831 y sigs., se declaró que «el *Common Law* impone a una persona que contrata llevar a cabo una operación una obligación de ejercitar un cuidado y habilidad razonable. El Derecho considera

De este modo, a pesar de que, en principio, la existencia y extensión del deber de cuidado queda condicionada y limitada a los términos del contrato, se mantiene por la doctrina jurisprudencial, con la finalidad de extender este deber de cuidado más allá de los términos de aquél, que tratándose de profesionales liberales, aun existiendo una relación contractual con sus clientes, el deber de cuidado que atañe al profesional es el mismo que el que surge del Derecho de Daños<sup>259</sup>.

Por tanto, en un contrato de servicios se considera que siempre ha de existir un deber de usar un cuidado razonable en el cumplimiento de aquéllos. De modo que mientras en ausencia de todo contrato el deber surge del Derecho de Daños, en caso de contratos de servicios el deber de usar la diligencia razonable en la ejecución de aquél es concebido como una cláusula implícita<sup>260</sup>

En tales pronunciamientos está latente la consideración de que el deber de cuidado propio del Derecho de Daños, en el que están

---

implícito un término en el contrato que exige al fontanero ejercitar un cuidado y una habilidad razonable en su oficio».

De esto se puede concluir, a juicio de BARRY, N., «Fault and Breach of contract», op. cit., págs. 345 y 346, que la culpa ha estado ausente de la concepción convencional del Common Law sobre responsabilidad contractual sólo porque aquella se halla en sustancia incorporada al significado de «contrato».

<sup>259</sup> En este línea se han pronunciado los Tribunales ingleses en *Forster v. Outred & Co.*, W. L.R., 1982, 1, págs. 86 y sigs., y en *Pirelli General Cable Words Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, W.L.R., 1983, 2, págs. 6 y sigs.

En *Forster v. Outred & Co.* la demandante constituyó una hipoteca que gravaba su propiedad, como garantía de un préstamo concedido a su hijo por una compañía, en presencia de los demandados que actuaban como sus abogados. Una vez que su hijo quebró se siguió la ejecución de la hipoteca, pagando posteriormente la demandante el préstamo. Ésta demandó a los abogados por responsabilidad por negligencia o por incumplimiento del contrato al no haberle sido explicado por los abogados el contenido exacto de las condiciones de la hipoteca que le sometían a una responsabilidad excesivamente dura por las deudas de su hijo respecto a la Compañía prestamista. El tribunal consideró a los abogados responsables, obligándoles a indemnizar las pérdidas económicas sufridas por la demandante, en virtud de la existencia de un deber de cuidado razonable que pesaba sobre los abogados, deber que no quedaba limitado por los términos del contrato.

<sup>260</sup> En este sentido, COLLINS, H., *The Law of contracts*, op. cit., págs. 226 y 227.



presentes consideraciones de orden público, no puede ser excluido de la relación obligatoria en virtud de la *freedom of contract*.

### b') *El contenido del standard of duty of care del profesional*

De esta manera, conforme a lo dispuesto, la negligencia aparece configurada como la quiebra de tal deber de cuidado que se encuentra expresa o implícitamente derivado del contrato; si un profesional incumple el deber de diligencia y pericia razonable se le califica de negligente. La negligencia es definida, al igual que vimos, como la omisión de la conducta que un hombre razonable en idénticas circunstancias tendría o como la actuación que una persona razonable en la misma situación no tendría<sup>261</sup>.

A este efecto, como hemos visto, tratándose de profesionales se les exige un cierto nivel de cuidado en su comportamiento, en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, de tal modo que si infringiendo tal deber o no alcanzándolo, esto es, actuando negligentemente, provocan un daño a su cliente, éste tiene derecho a exigir una indemnización con base en el interés contractual positivo.

Si el modelo de comportamiento que sirve de parámetro a cualquier sujeto en sus relaciones con terceros viene representado por el hombre normal, tratándose del desarrollo de cualquier actividad que exija la posesión de determinados conocimientos especializados aquel modelo viene sustituido por otro que toma como referencia al profesional medio con pericia y habilidad. Además, se ha de tener en cuenta que los tribunales configuran este *standard* como un modelo no estático, sino variable y cambiante, debiendo ser re-examinados en atención a las circunstancias concurrentes en cada época.

---

<sup>261</sup> Así, MASEL, G.R., *Professional negligence of lawyers, accountants, bankers and brokers*, pág. 11.

Ahora bien, podría plantearse si cabe afirmar responsabilidad en el caso del profesional que, habiendo sido contratado en virtud de sus conocimientos especializados y de su experiencia, en la ejecución de su prestación no emplea la diligencia y la pericia esperada por quien contrató con él, no obstante ajustarse al modelo basado en la diligencia y pericia del profesional medio.

Atendiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales, resulta generalmente aceptado que de las cláusulas o términos del contrato pueda derivarse un deber de cuidado superior, lo que se traduce en que los clientes normalmente preferirán acudir a la responsabilidad contractual y no a la extracontractual cuando deseen argumentar que el profesional no sólo tenía el deber de ejecutar la prestación con el cuidado y la pericia propia de un razonable profesional competente (*the care and skill of a reasonably competent professional*), sino que venía obligado a prestar un deber de cuidado y pericia más alto en virtud de la especial pericia y habilidad (*the special expertise*) del profesional<sup>262</sup>.

### *c') El incumplimiento del duty of care y la responsabilidad del profesional*

La función predominante que asume la noción del deber de cuidado en el estudio de la responsabilidad contractual del profesional —que ocupa la posición central de este análisis— es explicada sobre la base de la propia naturaleza de las actividades llevadas a cabo por profesionales, que impiden que se exija responsabilidad al profesional en virtud del fracaso de la ejecución de su prestación, del resultado último de la misma, de tal modo que el Derecho prevé un standard mínimo al que debe ajustarse el

---

<sup>262</sup> Los tribunales se han inclinado por la exigencia de un parámetro superior al identificado con la pericia y la diligencia del profesional medio, tratándose de especialistas en medicina que habían hecho valer su condición a la hora de prestar sus servicios a sus pacientes, incluso aumentado de manera considerable los honorarios o el precio de aquéllos.

profesional que se considera suficiente para entender cumplida su prestación.

Por ello, aunque las cláusulas del contrato no hagan expresa referencia al nivel de diligencia o de pericia al que debe ajustarse el profesional en la ejecución de su prestación, se entiende que dicho modelo de diligencia razonable está implícito, constituyendo un «*implied term*».

No obstante, este deber de cuidado y pericia razonable en cuando parámetro mínimo no impide que un profesional pueda quedar obligado a la consecución de un resultado concreto, cuya obtención garantiza. En tal supuesto, en virtud de la asunción del resultado quedará sujeto a una responsabilidad estricta (*absolute liability*), frente a una responsabilidad basada en la culpa (*liability fault-based*), lo que se traduce en que no tendrá virtualidad para exonerarse de responsabilidad la prueba de haber empleado la diligencia y el cuidado de un hombre razonable.

Respecto a las circunstancias que han de concurrir para poder afirmar la existencia de tal responsabilidad estricta —u objetiva—, en cuanto que al constituir una excepción a la regla general no puede presumirse, varían en atención a los diversos pronunciamientos judiciales. No obstante, generalmente se afirma que la asunción de una responsabilidad estricta por el profesional requiere algo más que la aceptación de las instrucciones del cliente, una prueba evidente de que el profesional expresamente asumió un deber estricto<sup>263</sup>.

---

<sup>263</sup> En esta línea, *Eyre v. Measday*, All E.R., 1986, 1, págs. 488 y sigs. donde se estimó que las palabras del médico calificando la esterilización de la paciente como «irreversible» no eran una garantía expresa de que la operación obtuviese tal resultado, entendiéndose, en consecuencia que el médico no estaba vinculado a una responsabilidad estricta. En igual sentido, *Thake v. Maurice*, All. E.R., 1986, 1, págs. 497, donde se consideró que la información dada por el médico al paciente acerca de los efectos irreversibles de la vasectomía no constituye una garantía del éxito de la operación salvo que el cirujano garantice dicho resultado expresamente mediante términos claros e inequívocos. A pesar de no ser la responsabilidad estricta, se consideró responsable al cirujano por incumplir su deber de cuidado razonable al no informar al paciente del pequeño riesgo de que fuera fértil.

Por el contrario, de manera excepcional, tratándose de contratos de servicios que comprenden la prestación de bienes materiales (como el protésico dental o el informático que vende un programa de ordenador), para determinar la existencia de esta responsabilidad estricta—u objetiva— no se requiere que la asunción del resultado por el deudor conste de manera expresa, sino que se considera suficiente que esté implícito en los términos del contrato<sup>264</sup>.

De este modo, cuando el acuerdo contractual expresamente prevea que el deber del profesional es emplear el cuidado y la pericia de un profesional razonable, la expresión de dicha circunstancia excluirá cualquier otro parámetro de diligencia o de cuidado más elevado y, por tanto, la posible afirmación de responsabilidad estricta.

d) *Otros deberes del profesional*

El deber de cuidado que se impone al profesional puede venir reforzado por el establecimiento de códigos o de normas de ética profesional. La aparición de estos códigos, como un elemento común a la mayoría de las profesiones liberales, responde, principalmente, a la idea de evitar los abusos que podrían cometerse por los profesionales a expensas de los clientes en virtud de situación de franca inferioridad en que se encuentran estos últimos al carecer de los conocimientos y habilidades de la profesión<sup>265</sup>.

De otro lado, la propia naturaleza personal de la relación del profesional con su cliente implica la imposición a aquél tanto de un

---

<sup>264</sup> En tal sentido en *Samuels v. Davis*, K.B., 1943, 1, págs. 526 y sigs., se entendió que un dentista que acepta hacer una dentadura a su paciente queda sujeto a realizar dicha dentadura de manera ajustada a su propuesta, no simplemente al deber de llevar a cabo un cuidado y una habilidad razonable.

<sup>265</sup> Para ARONSON, R.H. y WECKSTEIN, D.T., *Professional responsibility*, St. Paul Minnesota, 1991, pág. 19, estos códigos éticos responden a un segundo objetivo en el supuesto de los abogados, consistente en la protección de la Administración de justicia, en la salvaguarda de los intereses de los tribunales y de terceros en que el comportamiento del abogado sea honrado y leal.

deber de confidencialidad como de un deber de evitar los conflictos de intereses que puedan afectar a su prestación respecto al cliente, bien por existir un conflicto entre los intereses del profesional y su cliente, bien por un posible conflicto entre dos clientes distintos del profesional<sup>266</sup>. Estas obligaciones del profesional, denominadas *fiduciary duties*, fueron tradicionalmente comprendidas en los *equitable wrongs*, esto es, daban lugar a acciones de *equity*, y no de *law*; sin embargo, actualmente tanto las acciones contractuales como las extracontractuales (y por tanto, acciones de *Law*) cumplen idénticas funciones respecto al incumplimiento de este tipo de deberes, constituyendo cauces válidos para hacerlos efectivos<sup>267</sup>.

La calificación del deber de cuidado como un deber personal que incumbe al prestador del servicio, al profesional, no impide que éste subcontrate la realización del servicio a terceros; no obstante, el prestador —obligado principal— permanecerá como responsable, personalmente, frente al cliente por el incumplimiento del servicio. Por tanto, esta responsabilidad abarca el cumplimiento defectuoso del servicio delegado en otra persona aun cuando el profesional empleara un cuidado razonable al contratar a otra persona, siempre que dicho servicio hubiera podido prestarlo personalmente. En otro caso, esto es, tratándose de desempeñar un determinado trabajo que

---

<sup>266</sup> Así, DUGDALE, A.M. y STANTON, K.M., *Professional negligence*, op. cit., pág. 5; HOLYOAK, J. y ALLEN, D., «Negligence and the professions», op. cit., pág. 42. Para MASEL, G.R., *Professional negligence...*, op. cit., pág. 35., estos deberes forman parte del deber de comportarse conforme a la buena fe y se basan en la presunción de que el profesional pueda ejercer indebidamente su influencia sobre el cliente a su favor.

Además, esta presunción es especialmente rígida en el caso de relaciones contractuales entre abogados y sus clientes. En tal sentido, un supuesto de incumplimiento del deber de cuidado, en particular del deber de confianza, con base en un conflicto de intereses entre el profesional y su cliente fue resuelto en *Spector v. Ageda*, Chancery Division, 1973, págs. 30 y sigs., donde se estimó que un abogado había quebrantado tal deber respecto a su cliente al haberle prestado dinero para saldar un préstamo recibido por un prestamista sin licencia, que tenía un parentesco muy cercano con el abogado, sin avisar al cliente que tal préstamo era ilegal y que no debía restituirlo.

<sup>267</sup> Cfr. BURROWS, A., *Remedies for Torts and Breach of contract*, 2ª ed., Londres-Dublín-Edimburgo, 1994, pág. 9.

requiere conocimientos o habilidades especializadas de las que carece el profesional al que se le hace el encargo, su deber le impone comunicarlo al cliente, pudiendo, al mismo tiempo, designar un especialista para que ejecute dicho trabajo, de modo que no podrá ser declarado responsable por la ejecución defectuosa del aquél, pero sí si no empleó una diligencia razonable al recomendar a dicha persona<sup>268</sup>.

e) *El duty of care del profesional respecto a terceros a la relación contractual*

Aun existiendo alguna decisión judicial que dispone que el deber de cuidado se traduce en un deber de proteger los intereses del cliente más allá incluso de los términos estrictos de la relación contractual entre el cliente y el profesional, la regla general ubica tal deber en los límites del contrato, en las instrucciones específicas dadas al profesional en orden a la ejecución de su prestación y no respecto a intereses generales del cliente no especificados por el contrato.

Tal consideración explica que los tribunales ingleses, sobre la base del principio fundamental en el *Common Law* de la relatividad de los efectos del contrato —«*privity of contract*»—, se hayan mostrado reacios a extender los efectos derivados del deber de cuidado (*duty of care*) originado en el contrato más allá de las partes o de un acuerdo determinado.

Esta cuestión de la extensión del deber de cuidado a terceros ajenos a la relación contractual fue directamente tratada en el caso *Ross v. Caunters*<sup>269</sup>, donde se suscitó tal problema en torno a la

---

<sup>268</sup> Para HOLYOAK, J. y ALLEN, D., «Negligence and the professions», op. cit., pág. 41, en estos supuestos es de gran importancia que los deberes y las obligaciones de ambos queden plenamente identificados en la relación contractual.

<sup>269</sup> Los hechos en *Ross v. Caunters*, Chancery division, 1980, 1, págs, 297 y sigs. sucedieron así: una vez fallecido el testador, los abogados enviaron al beneficiario una carta refiriéndole un posible defecto del testamento en relación al testigo, adjuntando una copia de la section 15 de Wills Act de 1837 que prevé que si un

actuación de unos abogados que habían redactado un testamento, permitiendo, al no avisar al testador, que el marido de la beneficiaria del testamento actuara como testigo del mismo, lo que provocó su invalidez. Como consecuencia de este hecho, la que hubiera sido legataria demandó a los abogados reclamando el valor de su pérdida, esto es, el valor del legado que de otro modo hubiera obtenido. Planteada la reclamación correspondiente con base en la responsabilidad (contractual) por negligencia del abogado, se enfrentó el Tribunal a la cuestión de si el deber de cuidado o de diligencia que tiene el abogado respecto al testador con quien celebró el contrato —que tenía por objeto redactar el testamento— alcanzaba a terceros ajenos a dicha relación contractual y, no obstante, afectados por el mismo —en este caso, la legataria demandante—.

Dos importantes afirmaciones se sostuvieron en este pronunciamiento: la primera, consistió en el reconocimiento de la responsabilidad por negligencia de los abogados por la omisión de un deber de cuidado que les era exigible; la segunda, la indemnizabilidad del daño causado por tal negligencia, consistente no en un daño actual, sino en una expectativa de ganancia que, sin embargo, estaba plenamente identificado y cuantificado.

¿Cómo se justificó la existencia de un deber de cuidado respecto de terceros ajenos al contrato de servicios que vinculaba a los abogados con el testador, y que constituye presupuesto ineludible para afirmar la responsabilidad?

El fundamento de esta resolución judicial debe buscarse en la regla del *privity-of-contract*, en virtud de la cual una parte que no ha

---

beneficiario o un cónyuge del beneficiario actúa como testigo en un testamento, legado o la herencia deferidos al beneficiario son nulos. Planteada la reclamación los abogados admitieron que habían actuado negligentemente pero que el único deber de cuidado o diligencia que tenían era únicamente respecto al testador, sin que existiera ningún tipo de deber de cuidado respecto al potencial beneficiario, al que no les unía ningún tipo de vinculación.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

sido tomada en consideración en un acuerdo o compromiso, que no ha formado parte del mismo, no puede demandar responsabilidad por el incumplimiento o su cumplimiento defectuoso del contrato. No obstante, partiendo de tal premisa, argumentó el Tribunal que no existía, en los precedentes, ninguna regla que sostuviera que un abogado negligente en el desempeño de su labor profesional fuera sólo responsable frente a su cliente en virtud del contrato, por lo cual podría ser responsable frente a terceros siempre que fuera posible probar la existencia de un deber de cuidado (*duty of care*) frente a terceros por vía extracontractual.

En virtud de esto, el tribunal consideró la concurrencia de los tres elementos en que se fundamenta la responsabilidad por negligencia: uno, la legataria era un tercero respecto a quien los abogados tenían deber de cuidado porque era una persona que caía dentro de la contemplación directa del trabajo de aquéllos (la consulta del testador iba dirigida a asegurar el beneficio de la demandante)<sup>270</sup>; segundo, había existido un incumplimiento de tal deber de cuidado, al no instruir al testador de que no podía actuar como testigo el marido de la beneficiaria, al no advertir a éste ni llamar la atención sobre este hecho; y tercero, la legataria había sufrido, como consecuencia de la infracción de tal deber, pérdidas económicas consistentes en la expectativa del beneficio<sup>271</sup>. La

---

<sup>270</sup> Como apunta CANE, P., «Negligent Solicitors and disappointed beneficiaries», op. cit., págs. 182 y sigs., en este supuesto, para afirmar la responsabilidad de los abogados no se utilizó el criterio de la dependencia o la confianza que había sido consagrado en *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* (vid. *supra* nota 218) al reconocer la indemnizabilidad de pérdidas meramente económicas.

<sup>271</sup> Además, terminó argumentando el Tribunal que no existía razón alguna para excluir, limitar o restringir el alcance del deber de los abogados, siendo irrelevante que el beneficiario no hubiera dependido o confiado en su habilidad, pues en este caso la dependencia no es esencial para afirmar la responsabilidad; es más, el hecho de que la reclamación de la legataria consistiera sólo en pérdidas económicas no impedía la responsabilidad, especialmente desde que la negligencia le afectaba individualmente y no como parte de una clase indeterminada. En consecuencia la legataria debía ser indemnizada por vía de daños de los beneficios que hubiera obtenido de haber quedado con tal título investida.



constatación de estos requisitos legitimaban la pretensión de la potencial legataria sobre la base del ejercicio de una profesión que exige el empleo de la diligencia y cuidados debidos<sup>272</sup>.

*D) Reflexiones en torno a la configuración del duty of care en la responsabilidad contractual y en la extracontractual*

A la vista de tal pronunciamiento, podemos realizar algunas reflexiones en torno a la diversa configuración del *duty of care* extracontractual y el contractual al que debe someterse el profesional.

En primer lugar, el deber de cuidado que ha de tener un profesional respecto a un cliente cuando media un contrato —lo que se conoce por *contractual duties*— sólo incumbe a las partes del contrato, mientras que el mismo deber cuando es calificado de extracontractual no sólo tiene como destinatario el cliente, sino también terceras personas que pueden verse afectadas por la actuación del profesional<sup>273</sup>.

En segundo lugar, el contenido del deber de cuidado contractual depende de los concretos términos expresados en el contrato o derivados implícitamente del mismo, mientras que en el ámbito

---

<sup>272</sup> Para CANE, P., «Negligent Solicitors and disappointed beneficiaries», op. cit., pág. 185, esta sentencia supone el primer enfrentamiento por los tribunales ingleses con las dificultades en reconocer la compensación de meras pérdidas económicas en Derecho de Daños no fundamentadas sobre la dependencia de las declaraciones del demandado.

<sup>273</sup> Esta idea es ilustrada por DUGDALE, A.M. y STANTON, K.M., *Professional negligence*, 2ª ed., Londres-Edimburgo, pág. 3, con referencia a la posición del arquitecto contratado por el dueño de la obra en cuanto que el arquitecto como parte de tal vinculación tiene el deber de usar un cuidado razonable al certificar el trabajo del constructor. Su trabajo beneficia ambos, al dueño y al constructor, pero sólo se le podría exigir el cumplimiento del contrato por el dueño, de tal modo que si el constructor sufre un perjuicio como consecuencia del resultado de una negligente certificación del trabajo por parte del arquitecto, no podrá reclamarle por vía contractual, ya que no es parte del contrato del que surgía tal deber de cuidado. Sin embargo, no existe ningún impedimento a que el constructor reclame al arquitecto con base en la existencia del deber de cuidado extracontractual que éste tiene respecto a él.

extracontractual depende de lo que se entienda por razonable en atención a las circunstancias<sup>274</sup>.

Por último, el incumplimiento del deber de cuidado, sea contractual o extracontractual, da lugar a la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados. Sin embargo, tratándose de una quiebra de un deber de cuidado que traiga origen en un contrato podrá afectar al derecho del profesional al pago de sus honorarios por los servicios defectuosamente prestados.

### *E) La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*

Llegados a este punto, conviene realizar una breve exposición sobre la cuestión de la concurrencia de responsabilidad, retomando algunos de los aspectos ya tratados. El punto de partida de esta cuestión radica en la presencia de un daño que trae su origen en el incumplimiento del deber de cuidado que puede ser calificado, al mismo tiempo, de contractual y de extracontractual. El problema se suscita ante la diversidad de pareceres de los Tribunales del *Common Law* que no se muestran unánimes respecto a la admisión de la concurrencia de responsabilidades<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> Por ello, como exponen PROSSER, W.L. y KEETON, W.P., *The Law of Torts*, op. cit., págs. 656 y 657, cuando el deber o la obligación que se alega que ha sido incumplido no puede sino derivar de la intención manifestada por las partes, el contrato será el único fundamento de la responsabilidad.

<sup>275</sup> Expone BURROWS, A., *Remedies for Torts and Breach of Contract*, op. cit., pág. 6, que uno de los argumentos utilizados por los Tribunales al permitir que se indemnicen las pérdidas económicas a través de la acción de responsabilidad extracontractual consiste en reconocer que el incumplimiento negligente de un contrato es un perjuicio que permite exigir una indemnización por los daños, incluso por un tercero por vía extracontractual, con la finalidad de que se cumplan las expectativas generadas por el deudor-incumplidor. Entiende el autor que los casos de concurrencia de ambos tipos de responsabilidad ha aumentado de manera considerable en época reciente, siendo uno de los motivos de tal incremento el que el Derecho de daños haya empezado a cubrir también las meras pérdidas económicas, aunque esta extensión pueda considerarse todavía muy restrictiva.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

Atendiendo a parte de la doctrina jurisprudencial existe en tales situaciones una concurrencia de responsabilidades, contractual y extracontractual, pudiendo optar el acreedor-dañado para exigir responsabilidad por el cauce que más le convenga, teniendo en cuenta, no obstante, que, en ningún caso, el modelo de conducta conforme al cual se puede exigir responsabilidad por daños extracontractuales puede ser más oneroso que el derivado de los términos expresos o implícitos del contrato<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> En este sentido, *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, A.C. 1986, págs. 80-112. El supuesto de hecho que suscitó la cuestión de la concurrencia de responsabilidades era el siguiente: una sociedad con cuentas corrientes en tres bancos autorizó a éstos a pagar cheques a su cargo firmados por el director o por ciertas personas especialmente designadas. Los términos expresos del contrato entre la sociedad y los bancos incluían la exigencia de que la sociedad notificara a los bancos dentro de cierto período de tiempo cualquier error en sus estados bancarios, que, de otra manera, serían dados por correctos. Durante noviembre de 1974 y mayo de 1978 unos contables falsificaron la firma del director de la compañía y cobraron a cargo de aquélla una cantidad monetaria considerable. El sistema de control financiero de la compañía se mostró inadecuado para detectar la falsificación, de modo que los falsificadores no fueron descubiertos hasta mayo de 1978, momento en que la sociedad planteó una reclamación ante el Tribunal Supremo de Hong Kong contra los tres bancos por haber cargado y pagado las cantidades correspondientes a los bancos. La Corte de Apelación de Hong Kong desestimó la reclamación de la compañía sosteniendo que desde el momento en que la compañía había incumplido su deber de cuidado contractual respecto de los bancos y su deber de cuidado extracontractual no tenía derecho a reclamar.

Llegado el asunto a la Cámara de los Lores, Lord Scarman centró la cuestión en la naturaleza y alcance del deber de cuidado que correspondía al cliente frente al banco. A este respecto, la compañía alegó que que el deber del cliente se limitaba a dos circunstancias: una, el cliente debía emplear un cuidado razonable al extender cheques, de tal modo que si al incumplir dicho deber provocaba que el banco lo pagase, debía el cliente soportar la pérdida. Por otra parte, si la firma del cheque era falsa, aquél no era un cheque de la compañía y el banco no estaba autorizado a pagarlo y cargarlo en la cuenta del cliente, de modo que la pérdida debía pesar en el banco. En segundo lugar, el cliente debía notificar al banco cualquier falsedad de la que tuvieran conocimiento para permitir al banco que tomara las precauciones adecuadas frente a una futura pérdida. Frente a esto, el Banco mantuvo que la cuestión principal consistía en que la relación entre el banco y el cliente daba lugar a un deber de cuidado contractual y extracontractual de adoptar las precauciones que un razonable cliente en su situación tomaría para prevenir que cheques falsos fueran presentados al banco (el más amplio deber); o, si éste era demasiado amplio, al menos controlar sus estados bancarios mensuales para poder de este modo notificar al banco si los cheques estaban o no autorizados por él (el deber más reducido).

El Tribunal falló a favor del banco aceptando que aun existiendo una relación contractual los profesionales tienen también un alternativo deber de cuidado

Esta tendencia judicial de reconocimiento de la concurrencia de responsabilidades y la subsiguiente concesión al acreedor de dos cauces para hacerlas efectivas no responde a la tradición del *Common Law* que, por el contrario, en virtud de la naturaleza de las diversas relaciones contractuales prescribía el cauce adecuado para exigir la reparación de los daños causados<sup>277</sup>.

Así, por ejemplo, cuando el demandado ejercía determinadas profesiones, para las que no se requerían conocimientos especializados o técnicos —tal era el supuesto de mesoneros, depositarios, transportistas, etc. (los llamados *common calling*)— se concedía al acreedor perjudicado por el comportamiento de aquellos que en el ejercicio de su profesión le habían causado daños, la facultad de elección de la vía bien contractual bien extracontractual para obtener una sentencia condenatoria; mientras que si el demandado era un profesional, cualificado por la posesión de ciertos conocimientos — como arquitectos o abogados— la regla era que allí

---

(extracontractual) respecto a sus clientes, pero en ningún caso dicho deber puede tener un contenido más amplio que el derivado de los términos expresos o implícitos del contrato que les une. En este supuesto de los términos implícitos del contrato se derivaba un deber de cuidado que incumbía al cliente de controlar los cheques que son extendidos a su nombre y un deber de información al banco de cualquier tipo de cheques no autorizados.

<sup>277</sup> Otras decisiones que han sostenido la concurrencia de responsabilidades son *Esso Petroleum v. Mardom*, Q.B. 1976, págs. 801 y sigs; *Midland Bank v. Hett, Stubbs & Kemp*, Q.B. 1978, 1, pág. 554 ; *Batty v. Metropolitan Property Realisations*, Q.B., 1978, 1, págs. 554 y sigs.; *Vulic v. Bilinsky*, N.S.W.L.R., 1983, 2, págs. 472 y sigs.; *Brickhill v. Cooke*, N.S.W.L.R. 1984, 3, pág. 396; *Hardie Employees v. Hall Chadwic*, Q.d.R., 1980, págs. 362 y sigs.; *Aluminium Products v. Hill*, Q.d.R. 1981, págs. 33 y sigs.; *MacPherson v. Prunty*, V.R. 1983, 1, págs. 573 y sigs.

En *Voli v. Inglewood Shire Council*, C.L.R. 1964, 110, pág. 74, uno de los jueces sostuvo, en relación a la responsabilidad exigida a un arquitecto que: «un arquitecto al asumir cualquier trabajo propio de su profesión acepta las responsabilidades normales de cualquier hombre que ejerce una profesión que exige habilidad y pericia (*skilling*). Éste queda obligado a emplear el debido cuidado y diligencia; no se le exige un extraordinario grado de pericia, sino que desempeñe su trabajo con la competencia y la pericia que es usual entre los arquitectos que ejercen su misma profesión. Si él falla en esto y como consecuencia la persona que le contrató sufre un daño resulta responsable frente a esta persona. Esta responsabilidad tiene su origen tanto en el incumplimiento del contrato como el daño extracontractual (*tort*)».

donde hubiera un contrato entre las partes, el demandante venía obligado a acudir a la responsabilidad contractual<sup>278</sup>.

En este último sentido, se ha mantenido por algún autor que el demandante deberá exigir responsabilidad por vía contractual si la demanda tiene como fundamento el incumplimiento de alguno de los términos del contrato, de tal modo que sólo podrá dirigirse por vía extracontractual si la reclamación por el daño causado no depende sustancialmente de alguna cláusula del contrato, no pudiéndose admitir tal concurrencia si su efecto consiste en burlar o escapar de una obligación contractual o de una limitación de responsabilidad por el hecho u omisión del que se deriva la responsabilidad extracontractual<sup>279</sup>.

En cambio, para algunos autores la regla ha de ser la no concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual por un misma conducta, error u omisión, de tal manera que habrá responsabilidad extracontractual cuando el deber de cuidado nazca de una relación entre las partes (*relationship*) que no esté sujeta a un contrato especial, siendo contractual cuando se dé esta última situación<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> En aplicación de esta regla fueron resueltos, entre otros, *Clark v. Kirby-Smith*, Chancery division, 1964, págs. 506 y sigs.; *Bagot v. Stevens Scanlon & Co. Ltd.*, Q.B., 1966, págs. 197 y sigs. Vid. el comentario realizado por POULTON, W.D.C., «Tort or Contract», *Law Quarterly Review*, 1966, vol. 82, págs. 346-370.

En ambos casos se planteaba una acción de responsabilidad extracontractual (*action in tort*) contra un abogado, en el primer caso, y un arquitecto, en el segundo. En los dos se sostuvo que la única base de la responsabilidad estaba en el contrato, y que si, por cualquier motivo, la pretensión contractual era insuficiente, no podría acudir a la vía extracontractual.

<sup>279</sup> Esta es la propuesta de MASEL, G.R., *Professional negligence of lawyers, accountants, bankers and brokers*, 2ª ed., Sydney, 1989, págs. 2 y sigs. que ha sido acogida por algunos pronunciamientos como *Edwards v. Mallan*, K.B., 1, 1908, págs. 1102 y sigs.; *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, K.B., 1933, 1, págs. 213 y sigs.

<sup>280</sup> En este sentido, MANNIX, E.F. y MANNIX, J.E., *Professional negligence*, 3ª ed., Sydney-Melbourne-Brisbane-Adelaide-Perth, 1982, pág. 9, entienden, si bien con especial referencia a la responsabilidad de los auditores, que existiendo una relación contractual entre un auditor y la parte que alega haber sufrido un daño como resultado de la negligencia de aquél, ésta podrá exigir responsabilidad pero no por

a) *La jurisprudencia en torno a la responsabilidad del abogado.*

*La inmunity del letrado*

En el estudio de la evolución de la jurisprudencia en esta materia resultan significativas las decisiones en torno a la responsabilidad del abogado donde una posible concurrencia de responsabilidades se ha cuestionado en numerosas ocasiones<sup>281</sup>. Este profesional liberal ocupa una situación un tanto aislada y peculiar respecto a otras actividades profesionales (como las desempeñadas por médicos, arquitectos, etc.) donde ya desde hace tiempo se ha afirmado la existencia de una responsabilidad extracontractual por los daños derivados del ejercicio de aquéllas, a pesar de la existencia de una relación contractual con su cliente-víctima del daño.

La existencia de una responsabilidad por actuación negligente del abogado encuentra en el Derecho inglés y en el australiano una fuerte limitación en el reconocimiento de inmunidad a los abogados<sup>282</sup>, por razones de orden público, respecto a cualquier negligencia incurrida en la conducción de un caso ante los Tribunales. Tal principio fue recogido de manera rotunda y clara en

---

la vía de los daños extracontractuales (*tort of negligence*) sino por incumplimiento del contrato.

<sup>281</sup> Este debate sobre si la acción de responsabilidad ejercitada por un cliente frente a su abogado descansa en el «daño» (extracontractual) o en el «contrato» lleva ocupando durante más de doscientos años al Common Law, tal como pone de manifiesto DWYER, J.L., «Solicitor's Negligence —Tort or Contract?», *The Australian Law Journal*, 1982, vol. 56, págs. 524 y sigs.

<sup>282</sup> En el Derecho anglosajón se diferencian dos ramas dentro del ejercicio de la profesión de «abogado» con su propia regulación y estructura funcional: los *barristers* y los *solicitors*. Estos últimos no pueden acceder a la audiencia en el Tribunal Supremo (*High Court*). Sin embargo, la mayoría de los casos litigiosos en el orden penal y civil son dirigidos por este tipo de letrado. Por el contrario, el *barrister* es el abogado que puede ejercer ante el Tribunal Supremo, además de que normalmente desarrolla gran parte de la labor no jurisdiccional como redacción de documentos, escritos, emisión de dictámenes, etc.

Esta división funcional de la profesión no afecta en absoluto a la cuestión de la responsabilidad por negligencia estudiada en este trabajo, ya que ambos pueden en el ejercicio de las actividades que les son propias infringir el modelo de deber de cuidado que se les impone.

*Rondel v. Worsley* donde se mantuvo que «un abogado no es responsable por negligencia profesional en la conducción de un caso»<sup>283</sup>.

La cuestión inmediata que plantea tal principio gira en torno a la determinación de sus límites, esto es, al objeto de dicha inmunidad: cuáles son las actuaciones a las que se extiende y cuáles quedan fuera de este privilegio. De manera mediata, la determinación del ámbito de aplicación de la inmunidad podrá orientarnos acerca de la *ratio* de su concesión a este colectivo profesional.

En la decisión judicial expuesta anteriormente se mantuvo que «esta inmunidad se extiende probablemente al trabajo realizado durante la pendencia del litigio y a los trabajos preparatorios de aquél, pero probablemente no otros trabajos consultivos o asesoramientos o de redacción de documentos; sin embargo, los límites exactos en este contexto no son ciertos»<sup>284</sup>.

Posteriormente se ha pretendido configurar esta inmunidad de un modo mucho más restrictivo, no amparando más que las cosas dichas o hechas en la propia sala. La decisión de *Saif Ali v. Sydney Mitchell & Co.* supuso una inflexión en la limitación del ámbito de aplicación de esta inmunidad al entender que si bien ésta no se

---

<sup>283</sup> La reclamación por daños causados por negligencia profesional que resolvió *Rondel v. Worsley, A.C., 1969, 1, págs. 191 y sigs.*, trae su origen en la condena sufrida por un sujeto que fue declarado culpable de un delito de lesiones, a pesar de las actuaciones de defensa desempeñadas por su abogado (*barrister*). Transcurrido un largo período de tiempo, aquél formuló una demanda exigiendo responsabilidad por negligencia al abogado que lo había asistido. El tribunal entendió que el abogado tiene inmunidad, por razones de orden público, frente a las acciones de negligencia por la conducción del caso del cliente ante los tribunales.

No obstante, esta inmunidad del abogado comenzó a ser reconocida judicialmente a finales del siglo XVIII.

<sup>284</sup> La Cámara de los Lores sostuvo en *Rondel v. Worsley*, que un abogado no podría ser demandado por negligencia alegada en la conducción de un caso e incluso a los trabajos preparatorios de aquél. En contra, Lord Pearce sostuvo (págs. 276-277) que la inmunidad del abogado alcanzaba también a los trabajos no relacionados con el litigio.

restringe sólo a las actuaciones ante los tribunales, tampoco se extendía a todos los trabajos preparatorios del juicio, sino sólo «a aquél tan estrechamente conectado con la conducción del asunto litigioso ante los tribunales que podría decirse que es una decisión preliminar que afecta al modo en que la causa va a ser conducida cuando deba ser expuesta en la audiencia ante el tribunal»<sup>285</sup>.

Las razones alegadas por la jurisprudencia en la justificación de esta inmunidad han consistido generalmente en tres, de las cuales dos inciden en el buen funcionamiento de la administración de justicia y una en el interés del abogado: en primer lugar, se ha dicho que la administración de justicia exige que los abogados sean capaces de desempeñar su «deber» frente al tribunal sin la amenaza de un mal mayor (sin miedo) y de manera independiente; en segundo lugar, existe un deseo confesado de prevenir que litigantes que no han tenido éxito en sus pretensiones pretendan indirectamente otro nuevo enjuiciamiento a través del procedimiento de exigir responsabilidad por negligencia a su abogado; por último, se dice que un abogado está obligado a aceptar cualquier cliente que solicite sus servicios, a pesar de la dificultad del caso<sup>286</sup>.

Dichos motivos que son calificados de orden público empujan a los tribunales a dar carta de naturaleza a esta inmunidad ya que, es generalmente aceptado en el *Common Law*, que los tribunales pueden crear nuevos principios de orden público cuando las exigencias sociales han sufrido una modificación suficiente que lo justifique<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Cfr. *Saif Ali v. Sydney Mitchell & Co. A.C.*, 1980, págs. 198 y sigs.

<sup>286</sup> Así, en *Rondel v. Worsley*, cit., pág. 192. Este último deber se considera un deber frente a la generalidad derivado del ejercicio público de una profesión.

<sup>287</sup> Un buen ejemplo de esta creación judicial de principios de orden público viene dado por *Nagle v. Feilden*, Q.B., 1966, 2, págs. 633 y sigs. En la labor de determinar el orden público la opinión pública, lo sentido por la generalidad, constituye un factor muy trascendente al considerarse que sobre ella descansa el interés público.



Teniendo en cuenta los fundamentos del principio de orden público que legitiman la inmunidad del abogado, cabe plantearse la configuración y la naturaleza de los deberes profesionales impuestos al abogado. En este sentido, se mantiene que el deber de abogado tiene una naturaleza bipartita: existe un deber frente al cliente y un deber frente al Tribunal, sin perjuicio del deber de sujeción a la disciplina de su colegio profesional. El deber frente al Tribunal comprende un deber de comportarse con honradez en su actuación ante él, con independencia e integridad, con eficacia y en aras de la averiguación de la verdad<sup>288</sup>.

Los deberes del abogado para con su cliente raramente entran en conflicto con el deber que le corresponde frente al Tribunal. Sin embargo, cuando tal situación acaece se entiende que debe prevalecer el deber frente al Tribunal en detrimento de su cliente, sin que se pueda sostener por ello que el abogado ha incurrido en responsabilidad. Tal sacrificio de intereses se explica como una pérdida individual en aras de la protección del interés público consistente en el derecho de cualquiera a tener un abogado<sup>289</sup>.

Con la salvedad de estos supuestos particulares que dan lugar a inmunidad en ciertos países del *Common Law*<sup>290</sup>, es generalmente

---

<sup>288</sup> Este deber frente al tribunal se configura como un deber de actuar de buena fe y sin cometer falsedades en *Munster v. Lamb*, Q.B., 1883, 11, pág. 588, donde se declaró que «tal regla (de inmunidad) existe no porque la conducta de aquellas personas no puedan dar lugar por sí mismas a acciones de responsabilidad, sino porque si su conducta puede ser objeto de acciones legales, también podría ser objeto de acciones la conducta de los jueces y los testigos en los casos en los que no han hablado con malicia, ni con falsedad... se trata de proteger a las personas que actuando de buena fe podrían bajo otra regla ser declarados responsables».

<sup>289</sup> Así, por Lord Pearce en *Rondel v. Worsley*, cit., pág. 277, ya que si tal situación debe mantenerse inalterable (esto es, el derecho que tiene cualquier hombre, por irrazonable e indeseable que sea, de tener el asesoramiento y consejo de un abogado) no es razonable ni siquiera deseable cambiar la actual inmunidad del abogado.

<sup>290</sup> En Estados Unidos no existe tal inmunidad del abogado por su conducta ante los tribunales. Por el contrario, los errores cometidos ante los mismos son considerados la segunda causa de planteamiento de demandas de responsabilidad por negligencia, según BRIDGMAN, R.D., «Legal Malpractice —a consideration of the elements of a strong plaintiff's case», *South Carolina Law Review*, 1979, vol. 30,

aceptado por los tribunales que la *legal malpractice* puede dar lugar a responsabilidad del abogado. Esta *legal malpractice* ha sido definida como la negligente ejecución de los servicios profesionales del abogado. La *malpractice* se distinguiría de otras conductas no correctas del abogados en el dato de que aquélla hace referencia a la cualidad de los servicios prestados<sup>291</sup>.

Los tribunales admiten que esta *legal malpractice* da lugar a responsabilidad por negligencia (extracontractual), aunque alternativamente la fundamentan en el incumplimiento del término implícito en el contrato de emplear la pericia y el conocimiento correspondiente al standard de diligencia.

Además, y a diferencia de otros profesionales, los abogados tienen para con su cliente una serie de obligaciones basadas en la confianza de su relación, cuya infracción da lugar a responsabilidad. Entre estos deberes fiduciarios (*fiduciary obligations*) se incluyen el llamado secreto profesional y el deber de evitar los conflictos de intereses (entre los suyos propios y su cliente o entre dos clientes)<sup>292</sup>.

---

pág. 224. La regla general en tal país es que el abogado es responsable si carece de la pericia o del ejercicio del modelo de conducta en el juicio ante los tribunales de la causa litigiosa de su cliente.

<sup>291</sup> Cfr. MALLEEN, R.E., «Recognizing and defining legal malpractice», *South Carolina Law Review*, 1979, vol. 30, págs. 204 y 205.

Cronológicamente el fenómeno de la exigencia de responsabilidad al abogado comenzó en EE.UU. a principios de los años setenta, conforme el estudio de BRIDGMAN, R.D., «Legal Malpractice —a consideration of the elements of a strong plaintiff's case», op. cit., pág. 214, mucho más tarde que los médicos, a quienes ya se les exigía responsabilidad ante los tribunales de manera generalizada durante los años cincuenta.

<sup>292</sup> A pesar de algunos pronunciamientos judiciales han distinguido el incumplimiento de estas obligaciones fiduciarias y el negligente ejercicio del servicio jurídico (*legal malpractice*) considera MALLEEN, R.E., «Recognizing and defining legal malpractice», op. cit., pág. 205, que el punto de vista más razonable consiste en entender que la ejecución defectuosa del servicio (*legal malpractice*) comprende cualquier tipo de conducta del abogado reconducible al incumplimiento del modelo del deber de cuidado o a las obligaciones fiduciarias.

Tipifica este autor las situaciones en las que se puede exigir responsabilidad al abogado, distinguiendo una negligencia en el desarrollo y ejecución de la prestación del servicio de una negligencia en la relación cliente-abogado que tiene

b) *La evolución de la concurrencia de responsabilidad del abogado*

Frente a una primera etapa, principalmente durante el siglo XVIII y parte del XIX, en la que la acción de responsabilidad ejercitada frente al abogado podía encontrar fundamento tanto por vía extracontractual —en el Derecho de Daños (*Tort Law*)— como por vía contractual, a partir de mediados siglo XIX va consolidándose la doctrina que entiende que la responsabilidad derivada de una relación entre abogado y cliente es en todo caso contractual, ya que sólo en virtud de tal relación surgía un deber de cuidado y de pericia, de manera que al no tener existencia un correlativo deber fuera de la misma no se podía fundamentar una acción de responsabilidad extracontractual. Los derechos y deberes de las partes quedan circunscritos por el contrato que les une, no pudiendo exigir un deber de diligencia que vaya más allá de los términos de aquél. El pronunciamiento representativo de este cambio de concepción doctrinal viene dado por el caso *Groom v. Crocker*, a partir del cual este fundamento contractual de la responsabilidad del abogado se extendió<sup>293</sup>.

---

lugar cuando el abogado convence al cliente de las posibilidades de éxito de su acción sin advertirle de las reales dificultades del problema jurídico o la cualidad de sus esfuerzos, de tal modo que producido un resultado insatisfactorio para el cliente, podrá éste exigirle responsabilidad por no haberlo evitado.

<sup>293</sup> En *Groom v. Crocker*, K.B., 1939, 1, págs. 194 -231, ante una reclamación hecha por un sujeto frente a sus abogados por los daños causados por el incumplimiento de sus deberes contractuales y extracontractuales —al haber presentado un documento en el que el demandante confesaba que había actuado negligentemente y provocado un accidente en que traía causa una acción de indemnización de daños y perjuicios— se pronunció el Tribunal declarando responsables a los abogados, pero no por vía extracontractual, ya que «los derechos y obligaciones recíprocas del abogado y su cliente son regulados por un contrato... de donde se deriva que la causa de la acción radica en el contrato, y los daños que han de ser reparados lo son en virtud del incumplimiento del contrato». Sostienen la misma tesis de calificar la responsabilidad del abogado de contractual, entre otras, *Yager v. Fishman & Co.*, All E.R., 1944, 1, págs. 552 y sigs.; *Bailey v. Bullock*, All E.R., 1950, 2, págs. 1167 y sigs.; *Lake v. Bushby*, All E.R., 1949, 2, págs. 964 y sigs.; *Pilkington v. Wood*, Chancery Division, 1953, págs. 770 y sigs.; *Ford v. White & Co.*, W.L.R., 1964, 1, págs. 885 y sigs. Expresamente en *Clark v. Kirby-Smith* (vid. *supra*)

Frente a tal concepción, la clara tendencia de la moderna jurisprudencia (*authority*) consiste en reconocer que aquellos incumplimientos del contrato calificables de negligentes, en cuanto que ha habido una infracción del deber de cuidado del abogado respecto a su cliente, pueden ser accionables por la otra parte contractual a través de la responsabilidad extracontractual, esto es, del Derecho de Daños, como una alternativa al contrato<sup>294</sup>. El *Common Law* reconocería actualmente que cuando un contrato contiene una cláusula exigiendo el ejercicio de un cuidado razonable, la quiebra de tal deber da lugar a menudo a la concurrencia con la responsabilidad extracontractual<sup>295</sup>.

En la sentencia del caso *Hawkins v. Clayton*<sup>296</sup> el Tribunal Supremo australiano se enfrentó a la cuestión de si la acción de

---

se rechazó el planteamiento defendido en *Hedley Byrne* (vid. *supra*) conforme al cual la responsabilidad del abogado respecto a su cliente por negligencia era responsabilidad extracontractual.

<sup>294</sup> Así ha sido puesto recientemente de manifiesto por SWANTON, J., «Concurrent Liability in Tort and Contract», *Journal of Contract Law*, 1996, Vol. 10, págs. 21-50, para quien esto no obedece a razones de orden o interés público ni es debido a deficiencias del Derecho de contratos, sino que más bien responde a la percepción de que las demandas de lógica y de coherencia doctrinal inevitablemente han empujado hacia esta extensión.

Critica severamente DWYER, J.L., «Solicitor's Negligence —Tort or Contract?», op. cit., págs. 532 y 533, la decisión adoptada por *Groom v. Crocker* y la de aquéllas que la siguieron, al sostener que esta distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no se adapta a los hechos del mundo real. En muchos casos cabe admitir la existencia de una concurrencia de responsabilidades (por contrato y por daños).

<sup>295</sup> Entiende ZEEMAN, W.P.M., «Contributory negligence —a defence limited to actions in tort?», *Tort L.R.*, 1994, 2, págs. 16 y 17 que «existe dificultad en imaginar un caso en el que exista una cláusula implícita en el contrato conforme a la cual a la parte se le exija actuar sin negligencia sin que se haya creado un correspondiente deber de cuidado, cuyo incumplimiento dará lugar a responsabilidad extracontractual (*liability in negligence*)».

En este sentido, PROSSER, W.L. y KEETON, W.P., *The Law of Torts*, op. cit., págs. 666 y 667, quienes ponen de relevancia que actualmente los tribunales parecen actuar con un alto grado de flexibilidad, permitiendo en ciertos supuestos que el demandado elija el cauce contractual o extracontractual a través del cual reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

<sup>296</sup> C.L.R. 1988, 164, págs. 539 y sigs. La controversia traía su causa en un testamento realizado por la causante en 1970 en que nombraba un ejecutor del mismo

responsabilidad (*negligence*) que surgía de una relación entre cliente y abogado descansaba en el contrato, en el derecho de daños (extracontractual) o en ambas. El tribunal estimó la reclamación de daños por vía de la responsabilidad extracontractual al considerar que en la relación concurrían todas las condiciones necesarias para el éxito de tal acción: deber de cuidado basado en una relación de proximidad, infracción de tal deber y daño. En tal pronunciamiento el juez J. Deane concluyó que «el deber que le corresponde al abogado hacia su cliente respecto a su trabajo profesional trasciende *prima facie* de los términos expresos o implícitos del contrato entre aquéllos e incluye el ordinario deber de cuidado que surge en el Derecho de Daños».

En suma, al igual que para otros profesionales, los presupuestos de la acción de reclamación de daños y perjuicios al abogado por negligencia, esto es, de la responsabilidad de éste son: la existencia de un deber de cuidado que une al abogado y a su cliente;

---

dejándole un residuo de su herencia. El testamento fue conservado por los abogados que lo elaboraron. La testadora murió en enero de 1975 pero los abogados no intentaron localizar e informar al ejecutor hasta marzo de 1981. Entre la muerte de la testadora y marzo de 1981 el principal valor de la herencia de aquélla, una casa, se derrumbó debido a la necesidad de reparaciones y a haber estado vacía durante tal período. Se sostuvo por los jueces que los abogados tenían un deber de adoptar las medidas razonables para encontrar e informar al ejecutor de la existencia, contenido y custodia del testamento; que aquéllos habían incumplido tal deber y eran responsables de los daños por las pérdidas sufridas como consecuencia del retraso en la toma de posesión de la finca por parte del ejecutor. Tal deber tenía su origen en la relación contractual establecida por la testadora-cliente y los abogados y de su incumplimiento se derivaba una responsabilidad extracontractual por los daños causados al ejecutor del testamento de su cliente.

Resulta curioso que el argumento utilizado por el recurrente para basar su reclamación en la existencia una relación contractual de abogado y cliente entre el recurrente (el ejecutor) y los demandados (los abogados), en tanto que los abogados actuaban en favor de la herencia y asumieron obligaciones al recibir las instrucciones. Se considera que existe un deber de cuidado de los abogados hacia el recurrente, en cuanto que si una persona asume la prestación de servicios en beneficio de otra *prima facie* tiene un deber de adoptar las medidas razonables para evitar sus pérdidas económicas. Tal argumentación fue desestimada por el Tribunal.

Para un análisis de esta resolución, vid. MCDONALD, B., «Solicitor's Liability: Tort, Contract or Both?», *Journal of Contract Law*, 1991, Vol. 4, págs. 121-128.

incumplimiento del deber al no adoptar la pericia y diligencia exigible; y la producción de daños consecuencia de la omisión de la obligación de ejercitar la prestación con diligencia y cuidado.

El standard o modelo de conducta exigible al abogado viene dado por la pericia, la competencia y la diligencia que normalmente poseen otros miembros de su misma profesión.

Calificándose la responsabilidad de contractual al ser tal el origen del deber de cuidado que atañe al abogado respecto a su cliente se planteó la doctrina y la jurisprudencia anglosajona la posibilidad de que un tercero ajeno a tal relación pudiera exigir responsabilidad al abogado por su conducta, lo que, de manera previa, implicaba la determinación de la naturaleza y alcance del deber del abogado frente al tercero. Como vimos, si durante una primera etapa los tribunales limitaban la existencia del deber a la relación contractual cliente-abogado, negando legitimación al tercero para exigir la indemnización de daños provocados por la conducta de aquél, modernamente se admite que aquellos sujetos que pueden verse afectados por la prestación de servicios desempeñados abogado, aun no siendo parte del contrato, se hallan legitimados para exigir responsabilidad al mismo (así, se ha reconocido legitimación al beneficiario del testamento, al administrador de los bienes del cliente fallecido, al acreedor del cliente cuando el abogado se ofreció a proteger la seguridad del acuerdo del acreedor por el que concedía un préstamo al cliente)<sup>297</sup>.

Los tribunales anglosajones han reiterado la consideración de que un resultado desfavorable en un litigio no supone en sí mismo un *malpractice*; sólo cuando el resultado desfavorable trae causa

---

<sup>297</sup> Para BRIDGMAN, R.D., «Legal Malpractice —a consideration of the elements of a strong plaintiff's case», op. cit., pág. 222, el que un tercero ajeno a la relación pueda demandar al abogado exigiéndole responsabilidad depende de multitud de factores; entre los cuales, los tribunales han valorado de manera especial la previsibilidad del daño, el grado de certeza de que el tercero sufra un daño y el interés público de prevenir futuros daños.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

inmediata en la no adopción por el abogado del standard de diligencia y pericia que le era exigible aquél ha de ser caracterizado como *malpractice* (cumplimiento negligente de la prestación).

## CAPITULO IV: LA IMPERICIA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL ABOGADO

### § 9. La diligencia del buen profesional. La pericia

Una vez expuestos aquellos modelos de conducta que representan aquel nivel de diligencia que se estima adecuado para el exacto cumplimiento de una obligación de hacer y analizado el sentido y significado que, a mi juicio, ha de atribuirse a la norma que en nuestro Código Civil se ocupa de manera principal de este tema, esto es, el art. 1.104, queda por estudiar un último modelo de diligencia exigible a aquellos que hemos venido denominando, a lo largo de este estudio, profesionales liberales y, entre los que hemos incluido al abogado.

Constituye, pues, objeto de este apartado el estudio de los presupuestos que permiten identificar al buen profesional, esto es, de los parámetros (objetivos y subjetivos) de los que hemos de servirnos para determinar aquella conducta que se considera exigible a un sujeto cualificado por las condiciones en él reunidas que desempeña una prestación que posee también cierta cualificación.

Además, resulta una labor ineludiblemente conexas al intento de enfrentarse al estudio del modelo del artífice o del profesional realizar un análisis de una noción que evoca explícitamente al ámbito de las relaciones obligatorias profesionales, cual es la pericia. Se tratará, pues, de indagar acerca del sentido que se ha concedido a este concepto en nuestro ordenamiento jurídico, de profundizar sobre aquellos elementos o caracteres que permiten su identificación, lo cual nos permitirá concluir sobre su autonomía respecto a la noción de la diligencia o, por el contrario, su relativa especificidad como supuesto de esta última.



21. *Evolución de la noción de pericia. Del artifex al profesional. La máxima «imperitia culpa adnumeratur»*

### *A) El Derecho Romano clásico y postclásico*

Suscitada la cuestión de la relación existente entre la diligencia y la pericia, hemos de comenzar haciendo notar que, como tuvimos ocasión de apuntar anteriormente, ya en el Derecho Romano, durante la época justiniana, los compiladores se ocuparon de la misma, o más propiamente de la relación entre la culpa y la impericia.

En efecto, la vinculación de la noción de pericia a la culpa resulta del texto de D. 19, 2, 9, 5: «*Celsus etiam imperitiam culpa adnumeranda libro octavo digestorum scribit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperita peccavit, culpam esse quippe ut artifex, inquit, conduxit*»<sup>298</sup>, que fue reproducido parcialmente en D. 50, 17, 132 y en *Inst. Iust.* 4, 3, 7, consagrando, de este modo, el principio «*imperitia culpa adnumeratur*»<sup>299</sup>.

Es sobre todo en relación al contrato de arrendamiento (*locatio conductio operis y operarum*) y en la sede dedicada a la *Lex Aquilia* donde encontramos diversos fragmentos que fundamentan la responsabilidad del *artifex* en la impericia que aparece, de este modo, comprendida en la noción de culpa.

---

<sup>298</sup> D. 19, 2, 9, 5: «Celso, libro Octavo del Digesto, escribió que la impericia debe ser tomada como culpa: si alguno tomó en arriendo el apacentar terneros o el remendar o limpiar alguna cosa, debe responder de culpa y aquello en que erró por impericia es culpa, porque, dice, él tomó en arriendo como quien conoce su oficio (como artífice)».

<sup>299</sup> Así, en D. 50, 17, 132: «La impericia se equipara a la culpa (Gai. 7 ed. prov.)» y en *Inst. Iust.* 4, 3, 7, en el Título dedicado a la *Lex Aquilia*, se dice: «También la impericia se considera culpa. Es el caso del médico que no operó bien a tu esclavo, o le recetó mal, originando con ello su muerte».

Así, destacan como significativos D. 9, 2, 8, 1:

*«Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram»<sup>300</sup>;*

D. 9, 2, 27, 29 (Ulp. 18 ad. ed.):

*«Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae»<sup>301</sup>;*

y de manera análoga, D. 19, 2, 13, 5 (Ulp. 32 ad ed.):

*«Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio»<sup>302</sup>.*

---

<sup>300</sup> D. 9, 2, 8, 1: «Asimismo cuando un mulero hubiese sido incapaz de retener por impericia el ímpetu de las mulas, si hubiesen atropellado a un esclavo ajeno, se dice comúnmente que responde por culpa. Se dice también lo mismo si no hubiese podido retener el ímpetu de las mulas por debilidad, y no parece injusto que la debilidad se equipare a la culpa, desde el momento en que nadie debe asumir un trabajo en el que sabe o debe saber que su debilidad ha de ser peligrosa para los otros».

<sup>301</sup> D. 9, 2, 27, 29: «Si diste una copa para taladrar en ella un calado, quedará obligado por daño injusto el que la rompió por impericia. Pero si no la rompió por impericia sino porque tenía hendiduras defectuosas, puede ser excusado y de ahí que los artífices suelen convenir muchas veces, al serles dados tales materiales, que no lo hacen a su riesgo, y esto elude la acción de locación y la Aquilia».

<sup>302</sup> D. 19, 2, 13, 5: «Si se dio una piedra preciosa para ser engastada o esculpida y ésta se rompiese, no se dará la acción de locación si ello aconteció por defecto de la materia, pero sí se dará si ocurriese por impericia del operario. Hay que añadir a esta opinión que es así salvo el caso de que el artífice hubiese asumido

A partir de la máxima consagrada en el pasaje de D. 19, 2, 9, 5, la impericia se concibe, por la mayoría de la doctrina, como un criterio de responsabilidad típicamente aplicable al *artifex*, afirmación ésta que implica plantearse de manera previa, de una parte, qué ha de entenderse por *artifex*, esto es, qué sujetos pueden incurrir en impericia y, de otra, cuál es la relación entre esta noción y de la culpa, es decir, si aluden a conceptos lógicamente distintos, aun subsumiendo la *imperitia* en el concepto más general de la culpa, o, si por el contrario, tal como se desprende del fragmento antedicho se trata de conceptos idénticos que conviene fundir<sup>303</sup>.

Respecto a la primera cuestión, puede observarse que con la expresión de *artifex* se está haciendo referencia, en los textos justinianos, al experto, al profesional en un arte u oficio que se dedica habitualmente al mismo (como es el mulero, el pastor, el lavandero, el sastre que remienda o el orfebre). Sin embargo, de los mismos textos parece desprenderse que no es imprescindible que el trabajo (o el servicio) desempeñado o la obra ejecutada por tales artífices exija una preparación y unos conocimientos excesivamente técnicos y especializados.

Por tanto, si bien la pericia ha ido evolucionando hasta devenir en el modelo o esquema de conducta aplicable a aquél a quien se le presume siempre la posesión de determinados conocimientos

---

el riesgo, porque entonces, aunque el accidente ocurriese por defecto de la materia, se dará la acción de locación».

<sup>303</sup> Cabe advertir que el origen y la procedencia de la máxima consagrada en el párrafo del D. 19, 2, 9, 5 ha sido y sigue siendo una cuestión controvertida entre los romanistas. Así, entiende ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale...*, op. cit., págs. 196 y 197, que el principio de que la impericia se equipara a la culpa no proviene ni de Celso ni de Ulpiano, sino de un anotador de la época postclásica durante la cual la culpa había devenido efectivamente en criterio cardinal de la responsabilidad contractual, desplazando a la custodia como criterio de responsabilidad. Se niega, con este argumento, que durante la época clásica se elaborara tal principio. En este sentido, considera MENGONI, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», op. cit., pág. 196, fuera de toda duda en el célebre aforisma, atribuido a Celso, la interpolación de la palabra culpa.

científicos o técnicos, de modo paralelo a la sufrida por la noción de *artifex* hasta identificarse con la figura del profesional que posee un bagaje de conocimientos propios de su especialización, en cambio, en el Derecho romano clásico y postclásico, el *artifex* viene caracterizado más bien por tener cierta habilidad —que quizás no requiera conocimientos muy superiores, como es el caso del mulero— de la que hace su profesión, esto es, su modo de vida.

Así, el *artifex* es, ante todo, en Derecho romano, el artesano que, con los conocimientos típicos de su oficio, se compromete a ejecutar una obra, sirviéndose para ello, tal como vimos, de la figura de la *locatio conductio operis*, en cuanto arte mercenaria, tal como resulta de D. 19, 2, 13, 5 y de D. 19, 2, 25, 7, de tal manera que si el *artifex* ejecuta defectuosamente la prestación incurriendo en impericia se concede al que encargó la ejecución de la misma la *actio locati*.

Sin embargo, quedan equiparados a los artífices, en el sentido en que pueden incurrir en impericia, aquéllos que se dedican al ejercicio de las artes liberales y que, en principio, como vimos, articulan sus prestaciones, durante una primera etapa, a través del mandato, con independencia de que medien o no posteriormente honorarios.

Tal podría ser el sentido del texto de D. 9, 2, 7, 8 (Ulp. 8 ed.) donde en relación a los servicios prestados por el médico —ya mediando contrato de arrendamiento— a un esclavo, se reconoce un doble cauce legal alternativo en caso de que, consistiendo aquéllos en la realización de una operación, aquél ejecute su prestación con impericia: la acción de locación o la derivada de la Ley Aquilia<sup>304</sup>; lo que también es aplicable al caso de que «hubiese usado

---

<sup>304</sup> D. 9, 2, 7, 8.: «Proculo ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex Lege Aquilia competere actionem» («Dice Próculo que si un médico hubiese operado con impericia a un esclavo, compete la acción de locación o la de la Ley Aquilia»). También en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, D. 1,

mal de un medicamento» (D. 9, 2, 8 pr.)<sup>305</sup>. Parece, pues, desprenderse de una interpretación sistemática de ambos fragmentos que la impericia se identifica, en el caso particular del médico, con la mala práctica de una operación, esto es, en general, con el mal hacer de los actos propios de la profesión, no ajustado a las reglas de ésta. Sin embargo, distinto es el supuesto al que se refiere el último inciso de D. 9, 2, 8 pr.: «Sin embargo, el que hubiese operado bien y hubiese abandonado la curación, no estará exento, sino que se considera reo de culpa». En este caso se prevé que aun cuando el profesional ejecute correctamente la prestación («el que hubiese operado bien»), es decir, obre o actúe de manera correcta y ajustada a las leyes propias de la profesión incurre en culpa si descuida la curación, esto es, si no lleva a cabo los actos necesarios que forman parte de su obligación. A pesar de quedar demostrada la pericia del profesional mediante el “buen hacer” de su comportamiento, es culpable en cuanto que “no hace” todo aquello a lo que ha quedado comprometido y le viene exigido por las reglas profesionales<sup>306</sup>.

En consecuencia, siguiendo tal interpretación, estos textos pondrían de manifiesto que la impericia queda referida a un “hacer” incorrecto o inadecuado, mientras que el “no hacer” aquello que debería hacerse no es tanto impericia como culpa.

De otro lado, paulatinamente la noción de *artifex* va ampliándose resultando predicable tal condición de cualquiera que ejerce su conocimiento o saber, propio de una determinada actividad que requiere el dominio de ciertas reglas, dedicándose de manera

---

18, 6, 7: «Aunque no puede imputarse al médico el resultado mortal, sí debe imputársele lo que cometió por impericia...».

<sup>305</sup> Se dice en D. 9, 2, 8 pr.: «Lo mismo vale si hubiese usado mal de un medicamento. Sin embargo, el que hubiese operado bien y hubiese abandonado la curación, no estará exento, sino que se considera reo de culpa».

<sup>306</sup> Tal interpretación vendría a apoyarse, fundamentalmente, en la conjunción adversativa «sin embargo» poniendo en contraste el supuesto inmediatamente anterior y, por tanto, a aquél en el que se incurría en impericia con el que le sigue, esto es, el que hubiese operado bien.

habitual y no esporádica a la misma, asumiendo por ello el carácter de profesional<sup>307</sup>. Tal actividad implica necesariamente la referencia a una profesión, a un ámbito delimitado por el conocimiento de ciertos usos o reglas que la dotan de individualidad propia.

En tal acepción la noción de artífice va haciéndose sinónima de la de profesional y, en consecuencia, el parámetro de comportamiento a aquél aplicable resulta igualmente predicable en general de todo profesional como el *iurisperitus*, el *medicus*, el *mentor*, etc.<sup>308</sup>; lo cual, así mismo, pone de relieve que tal canon de conducta o de diligencia "especializada" no es exigible al *bonus pater familias*, al no quedar comprendido en el *quantum diligentiae* que éste debe prestar.

Por otra parte, del mismo modo que sucedía en relación al modelo de diligencia no profesional del buen padre de familia, la idea de la graduabilidad de la pericia del artífice que resultaba de

---

<sup>307</sup> Para BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., pág. 123, no cae dentro del concepto de artífice aquel hacer que se apoya en una mera habilidad personal», fundada «en cualidades personales e intrínsecas al sujeto y como tales irrepetibles». El artífice ha de poseer unos conocimientos que son asequibles a todos, que son susceptibles de ser aprendidos.

<sup>308</sup> Esta vinculación artífice y profesional es demostrada a nivel doctrinal por BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. 125 y sigs., a través de la obra de Bártolo en su formulación general sobre el modelo de artífice como poseedor de determinados conocimientos de acceso restringido, cuando precisando la definición de culpa lata dice que «*vides ergo quod lata culpa non semper consistit in eo quod hominum communis natura desiderat*», lo que le lleva a adicionar en aquella definición: «*quam hominum communis natura desiderat, qui sunt eiusdem professionis et conditionis*». Además, el propio Bártolo glosa la expresión «*professionis*» diciendo: «*et hoc propter medicos et alios qui in arte sua dicuntur committere latam culpam*».

Plantea BADOSA (cit., págs. 127 y 128) una concreta aplicación de la noción de artífice en cuanto modelo de conocimiento de ciertas reglas: la ignorancia del Derecho, demostrando que éste es el único supuesto en el que un conocimiento profesional, como es el del Derecho, puede ocasionar propiamente una culpa lata, es decir, como manifestación de negligencia no profesional, lo cual se explica por su especial naturaleza. Para los glosadores y postglosadores el *error iuris* constituye culpa lata en cuanto que es un conocimiento accesible a todos a través de la consulta a un letrado, resultando, entonces, que se extendió considerablemente la tesis de que la no consulta a un jurista era culpa lata, quedando en minoritaria la corriente que limitaba la culpa lata a los juristas, calificando la de los no juristas de culpa leve.

algún texto del *Corpus*<sup>309</sup> fue recogida y desarrollada por la doctrina de los glosadores y postglosadores.

Sin embargo, la doctrina posterior dejó de referirse explícitamente a la graduación del modelo del experto, de tal modo que el modelo de conducta propio del artífice —de manera similar a lo ocurrido con la diligencia del buen padre de familia— quedó referido a aquel grado valorativo, y no meramente estadístico, del profesional que aplica cuidadosamente los conocimientos adquiridos conforme a su *lex artis*<sup>310</sup>.

En suma, de los textos señalados pertenecientes a la Compilación justiniana puede desprenderse que las nociones de *imperitia* y de *ignorantia* hacen referencia a aquellos elementos relativos a la capacidad y a la competencia del sujeto, más que a una simple disposición por su parte a un buen hacer<sup>311</sup>.

De este modo, se constata que cuando el sujeto que se halla obligado a un *facere*, en que consiste la prestación, la ha asumido en su condición de experto en el ámbito en que aquélla se desarrolla y, al mismo tiempo, el cumplimiento exacto de la prestación exige la posesión de ciertos conocimientos y la aplicación de técnicas de mayor o menor dificultad o especialización, dejan los textos justinianos de referirse al *bonus* o *diligens pater familias* como

---

<sup>309</sup> D. 46, 3, 31: «*Inter artifices longa differentia est ingenii et naturae et doctrinae et institutionis...*» («Entre artífices existe una gran diferencia en el ingenio y en la naturaleza de la doctrina y de la institución...»).

<sup>310</sup> Expone BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. 129 y 130, que mientras Bártolo seguía la idea de la graduabilidad de la pericia sobre la base de D. 46, 3, 31, los autores a él posteriores dejan de hablar de graduación del modelo de experto para limitarse a darla por sobreentendida. De otra parte, como consecuencia del afianzamiento del modelo de conducta del padre de familia, el artífice queda referido tan sólo a la culpa lata, excluyéndose su contemplación en los demás grados de culpa, que quedan referidos al modelo del no profesional.

<sup>311</sup> Señala DE ROBERTIS, F.M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, op. cit., pág. 252, que tal orientación construidas sobre las dotes personales de capacidad y de eficiencia encuentra un importante respaldo en las posiciones de los intérpretes bizantinos.

modelo de diligencia jurídicamente exigible en el cumplimiento de la obligación, que viene caracterizado precisamente por no ser un modelo profesionalizado o cualificado.

B) *El Derecho de Partidas*

Respecto a nuestro Derecho histórico, cabe resaltar que ya las leyes de Partidas acogen una noción de la culpa profesional o de pericia, distinta a la de culpa en sentido amplio, al prever que aquel sujeto al que se encomienda una prestación de hacer en virtud de sus conocimientos y saber puedan quedar obligados a resarcir los daños causados en la ejecución de la aquella obligación «*por no ser sabidor de lo fazer, o por otra su culpa*».

Esta diferenciación de la impericia respecto a una culpa genérica parece deducirse de lo dispuesto en la Partida V, Título VIII, Ley 10:

*«Qvierense los omes a las vegadas mostrar sabidores, de cosas, que lo non son, de manera que se siguen daños a los que los non conocen, e los creen: e por ende dezimos, que si algun orebze, rescibiere piedra preciosa de alguno para engastonarla en sortija, o en otra cosa por precio cierto: e la quebrantase engastonandola, por no 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 no avino por su culpa e que era sabidor de aquel menester, segun lo eran los demas omes que usan del comunalmete, e que el daño de la piedra, acaescio por alguna tacha, que auia enella: assi como alguna pelo, o alguna señal de quebradura que era en la piedra: entonce, no seria tenuto de la pechar. Fueras ende si quando la rescibio, para engastonar, fizo tal pleyto co el señor della, q como quier que acaeciesse, si la piedra se quebrantasse, q el fuesse tenuto de la pechar. E esto que diximos de los orebzes, se entiende también de los otros maestros, e de los fisicos, de los cirujanos, e de los albeytares e de todos los otros que*



*resciben precio para fazer alguna obra: o melezinar alguna cosa, si errasen en ella por su culpa o por mengua de saber».*

Con esta última expresión se pone de manifiesto que ante un cumplimiento defectuoso de la prestación a la que se ha obligado un artífice los títulos de imputación de la responsabilidad pueden ser: uno, la propia impericia concebida como la no posesión de los conocimientos y habilidades propias de la profesión a la que pertenece («por no ser sabidor de lo fazer» o «por mengua de saber»); otro diverso, consistente en el no empleo del cuidado y la atención exigidas por la naturaleza de la prestación («o por otra su culpa»).

Además, es preciso tener en cuenta que esta ley de Partidas al establecer la obligación de reparar el daño causado se está refiriendo específicamente a aquellos sujetos que desempeñan una profesión, arte u oficio como el orfebre, el maestro, el cirujano, el físico o el albeytare. La pericia se predica del experto o profesional, lo cual pone de manifiesto la ampliación que se opera ya en Partidas del concepto de *artifex* romano en tanto comprende no sólo actividades artesanales como la del orfebre, sino también la de los médicos o maestros.

Por tanto, el ejercicio de la profesión u oficio constituye precisamente el motivo para contratar con los mismos una determinada prestación que exige el conocimiento de la *lex artis* correspondiente. Se trata de una relación de prestación de servicios basada en la confianza creada por un sujeto que pertenece a la profesión; a lo que se podrá añadir el carácter *intuitus personae*.

En la Glosa de Gregorio López de la Partida V, Título VIII, Ley 10 recoge éste la interpretación realizada por Bártolo del pasaje del Digesto, en sede de locación, atribuido a Celso, equiparando la impericia a la culpa, considerando que incurre en impericia el no

sabidor de lo fazer cuando ha asumido la obra como artífice en la materia de que se trata, como perito en ésta<sup>312</sup>.

*22. La aplicación del modelo del profesional como modelo de conducta*

Teniendo en cuanto lo hasta aquí expuesto, en la elección del modelo de conducta que resulta aplicable a una particular relación obligatoria, el del buen padre de familia o el del experto, artífice o profesional, debemos atender a la cualidad objetiva de la prestación, si es cualificada o no, en cuanto que su ejecución requiere una determinada capacidad o conocimientos técnicos, y de manera relevante a la condición o posición asumida por el deudor para cumplirla, en su cualidad de profesional de la actividad que constituye el objeto de la obligación<sup>313</sup>.

Así, la consideración de la prestación obligacional como cualificada implica la concurrencia en la misma de una serie de datos objetivos que convierten su realización en inasequible para gran parte de los hombres comunes. Es decir, el cumplimiento y la ejecución del programa obligacional no es accesible a aquéllos que no poseen ciertos conocimientos o la experiencia necesaria para el perfecto desarrollo de aquélla. La naturaleza de la obligación (cfr. art. 1.104-1º C.C.) deviene, en este aspecto, en criterio en virtud del cual se determina el modelo de conducta exigible para la satisfacción del

---

<sup>312</sup> LÓPEZ, G., Glosa non ser sabidor a P. 5, VIII, 10, *Las Siete Partidas con Glosa del Lic. G. López*, Salamanca, 1555, reproducción anastática, Madrid, 1974: «*et in dubio artifex vr asserere se peritum, ut in l. si quis fundu § Celsus. versi si quis vituls. ibi. Bar. ss. loc...*»

<sup>313</sup> La función que desempeña esta condición de experto asumida por el deudor en la obligación lleva a BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. 132 y 133, a calificar tal cualidad de «concepto debitorio» que «no es normalmente identificable separadamente de la titularidad de la deuda, porque la regla general en el Código Civil es el modelo de no experto (arts. 264,4; 467; 1104, etc.), por lo que acaba siendo sinónimo de deudor».

interés crediticio concreto. Es decir, de la naturaleza de la obligación se infiere la imposición del modelo de conducta del profesional.

Junto a esto, como presupuesto para la aplicación del modelo de pericia hemos de atender a la condición en virtud de la que el deudor asumió la obligación teniendo en cuenta que al deudor se le presume la posesión de aquellos conocimientos necesarios para el cumplimiento de la prestación, en cuanto pertenezcan a la esfera de la actividad a la que se dedica habitualmente y de la que ha hecho su profesión u oficio. El deudor ha de ostentar la condición de profesional de la actividad que constituye el objeto de la obligación o cuyo ejercicio es condición para la consecución de aquél en atención a exigirle un canon de conducta especializado, un determinado grado de pericia<sup>314</sup>.

Respecto a la constatación de esta última exigencia, esto es, de la cualidad de experto en atención a la cual el deudor ha contraído la obligación, como presupuesto para el desplazamiento del modelo del buen padre de familia y subsiguiente aplicación del modelo del profesional se ha propuesto por BADOSA la necesidad de una específica declaración por parte del deudor que vendría impuesta por la frase «quippe ut artifex conduxit» perteneciente al fragmento de D. 19, 2, 9, 5<sup>315</sup>.

Para este autor no basta para aplicar el modelo del perito la concurrencia objetiva de ciertas circunstancias como serían la cualidad de experto del deudor y el que la actividad jurídicamente

---

<sup>314</sup> En este sentido, entiende DE ROBERTIS, F.M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, Vol. I, Bari, 1993, pág. 247, que en general en el Derecho postclásico se ha de entender excluida cualquier responsabilidad en el supuesto de que el incumplimiento esté causado por un defecto de información o de experiencia especializada del deudor, cuando éstas no han sido exigidas por convención o por la naturaleza misma del contrato como es el caso, por ejemplo, de los encargos profesionales realizados a un *artifex*, a un *medicus*, a un *argentarius*, etc., respecto de los cuales la prestación especializada quedaba comprendida dentro del ámbito de su competencia ordinaria.

<sup>315</sup> Así, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., págs. 133 a 135.

debida forme parte del ámbito de su profesión, ya que para que la pericia funcione como criterio de conducta en la obligación «requiere un acto específico que se ha de producir precisamente en el ámbito de la asunción de la obligación. Lo contrario, supondría imponer al profesional la carga de su propia profesionalidad»<sup>316</sup>.

No obstante, tal afirmación exige una matización, ya que si bien cabe compartir la idea —manifestada por aquel autor— de que el concepto de experto o perito no se presume, lo cierto es que ante la asunción por determinados profesionales de la obligación de *facere* ciertos servicios cuyo ejercicio exige una titulación e incluso la colegiación obligatoria, hemos de entender que su posición jurídica subjetiva de deudor lleva implícita la cualidad que ostenta y, por tanto, determina la aplicación del modelo de diligencia por el que se ha de regir tal obligación, esto es, el del perito o buen profesional, desplazando el modelo del buen padre de familia<sup>317</sup>.

Esta consideración se pone de relieve en el supuesto que aquí nos ocupa, cual es, la prestación del abogado ya que, como vimos, el ejercicio de la abogacía exige una titulación específica —la licenciatura en Derecho— y la inscripción en el Colegio profesional del lugar donde se va a llevar a cabo la actividad principal.

---

<sup>316</sup> Cfr. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., pág. 133. De la necesidad de una afirmación explícita por parte del deudor de que asume la obligación en concepto de experto o perito deduce el autor la existencia en nuestro Derecho de obligaciones de una doble regla: una regla «pro debitore» en virtud de la cual en ausencia de tal afirmación y ante el desconocimiento de la regla de conducta a aplicar se opta siempre por la menos rigurosa para el deudor, correlativa a una «contra creditorem» ya que éste verá presidida la conducta del deudor «no por el modelo más adecuado a su perfección: la pericia, sino únicamente por el modelo que garantiza su realización: el padre de familia».

<sup>317</sup> En esta dirección, si bien con especial detenimiento en la profesión médica, se pronuncia ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, op. cit., pág. 240, al entender que en los supuestos de responsabilidad civil derivada de actos profesionales el grado de diligencia exigible estará en relación con «una competencia mínima presumida que se deriva del título profesional que habilita al que ejerce la profesión».

De otra parte, la pretendida necesidad de una declaración explícita por parte del deudor de su condición de experto como presupuesto que desencadene la imposición de un modelo de diligencia cualitativamente diverso al del buen padre de familia, como es el del profesional o perito, nos conduce a la cuestión relativa a la determinación del modelo a aplicar en las relaciones no contractuales. En tales situaciones no existe ocasión alguna para que pueda llevarse a cabo tal declaración por parte del deudor que, de otra parte, ni siquiera tiene tal condición.

Ante tales relaciones obligacionales no contractuales puede ser el propio ordenamiento jurídico el que exija un canon de conducta superior al del buen padre de familia, provocando la toma en consideración de una determinada pericia<sup>318</sup>. Llevando tal argumento al caso particular del abogado la vinculación de éste a un modelo de diligencia propio de un buen profesional, a un canon presidido por la pericia, deriva de las normas corporativas que le afectan directamente, esto es, de los preceptos del Estatuto General de la Abogacía.

### *23. La relación entre la diligencia y la pericia en el cumplimiento de las obligaciones*

Como veíamos, una de las principales cuestiones que surgen en torno a la noción de pericia viene dada por la relación existente entre ésta y la de diligencia o, si preferimos, en su sentido negativo, entre la impericia y la culpa, y que se hace remontar a los textos justinianos y a las diversas interpretaciones suscitadas por éstos.

---

<sup>318</sup> Para salvar tal problema derivado de la exigencia de tal declaración entiende BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor...*, op. cit., pág. 133, que hay que distinguir lo esencial: el concepto en que se asume; y lo accidental: el mecanismo en virtud del cual se asume tal cualidad o concepto. Este mecanismo no ha de ser necesariamente una declaración del deudor, pudiendo hacer sus veces la propia norma que impone la obligación.

La doctrina no ha arrojado demasiada luz en la resolución de este problema, en tanto que las opiniones de los autores se manifiestan dispares y encontradas, viniendo en gran parte condicionada por la concepción objetiva o subjetiva que de la diligencia se mantenga. Sin embargo, con una finalidad meramente clarificadora, podemos clasificarlas en torno a tres teorías, cuyo estudio en profundidad nos demostrará que no tienen por qué ser excluyentes.

Una primera, en el que tendrían cabida todos aquellos autores que consideran que la pericia se incluye en el concepto más amplio de la diligencia y, por tanto, no se trata de conceptos plenamente idénticos en cuanto que su contenido no es totalmente coincidente.

Otra que parte de la identidad o unicidad de ambas nociones, que se diferenciarían, sin embargo, por la distinta condición del sujeto al que ha de ser aplicado, esto es, si es profesional o no. Para éstos, la pericia es sin más la diligencia exigible en una relación en la que una de las partes ostenta la cualidad de profesional, perito o experto. En el ámbito profesional, la idea de la diligencia se identifica totalmente con aquella de pericia, dando lugar al binomio diligencia-pericia. Son conceptos funcionalmente idénticos en su respectivo ámbito de aplicación.

En tercer lugar, aquella teoría según la cual la pericia y la diligencia constituyen criterios conceptualmente distintos, si bien relacionados funcionalmente en el cumplimiento de la obligación. La pericia sería una noción distinta y extraña respecto a la diligencia<sup>319</sup>.

Conviene, pues, con la finalidad de extraer alguna conclusión al respecto, detenerse en el análisis de las distintas construcciones doctrinales que en torno a la cuestión planteada se han hecho valer y que sucintamente hemos expuesto, entre las que destacan las que,

---

<sup>319</sup> El máximo exponente de tal teoría está representado por C. LEGA.

sobre la base de los arts. 1.176-2° y 2.236 del Código civil italiano, han elaborado los autores italianos.

Sólo tras el estudio de éstas podremos realizar nuestra propuesta en cuanto al significado que cabe atribuir a los términos «diligencia» y «pericia», y la función que desempeñan los modelos de conducta aplicables al profesional y al no profesional.

Así, en efecto, la práctica totalidad de la doctrina italiana tiene como punto de partida para sus argumentaciones la disposición del art. 1.176-2° C.C. que prevé, en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, que la diligencia ha de valorarse en relación a la naturaleza de la prestación, separándose de lo dispuesto en el primer párrafo del mismo precepto que, con carácter general, dispone que la diligencia que debe emplear el deudor es la del buen padre de familia<sup>320</sup>.

Sobre la base de lo dispuesto en dicho precepto, hemos de partir de que la naturaleza de la obligación asumida por el deudor condiciona el canon de diligencia que cabe exigir en el cumplimiento de la misma. El ejercicio de una actividad profesional en cuyo ámbito se contraen obligaciones implica para el deudor que en la ejecución de éstas ha de prescindir del criterio general que le impone la adopción de un *quantum* de diligencia representado por el modelo del buen padre de familia —que se identifica con el adoptado por el hombre cuidadoso según la concepción de la colectividad— para sustituirlo por el canon de diligencia que emplearía un profesional en su mismo sector de actividad.

---

<sup>320</sup> Por su parte, el art. 2236 C.C. italiano, respecto a la responsabilidad del prestador de obra o de servicio en régimen de «lavoro autonomo», prevé que si la prestación «implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad», el prestador responde de los daños «sólo en el caso de dolo o de culpa grave».

A) *La diligencia y la pericia como conceptos parcialmente coincidentes. La diligencia engloba la pericia*

Tal postura es sostenida, principalmente, por BIANCA para el cual la negligencia, como antítesis de diligencia, puede consistir, entre otras cosas, en la inobservancia de las reglas técnicas exigidas por la naturaleza de la prestación, esto es, en la impericia<sup>321</sup>.

Siguiendo a este autor, la pericia no sería sino una expresión del esfuerzo técnico de la diligencia, es decir, la aplicación de las reglas técnicas que caracterizan una determinada actividad o más específicamente un arte o profesión<sup>322</sup>. En el ámbito de las prestaciones profesionales (cfr. art. 1.176-2° C.C. it.) la diligencia no se limita simplemente al empleo de atención y prudencia, sino que comprende también la pericia, de modo que sólo en relación a este amplio concepto de diligencia puede ser construida la noción de culpa profesional<sup>323</sup>. Conforme a esto, la diligencia en el campo de las obligaciones asumiría una duplicidad de funciones: la diligencia en sentido estricto actúa como criterio de imputabilidad de la imposibilidad de la prestación, mientras que la diligencia en sentido impropio, esto es, respecto a ciertas prestaciones (las profesionales),

---

<sup>321</sup> Cfr. BIANCA, C.M., «Dell'inadempimento delle obbligazioni (art. 1.218)», *Commentario del Codice Civile, Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, págs. 39 y sigs., y en Voz «Negligenza (Diritto privato)», *Novissimo Digesto italiano*, Vol. XI, Turín, 1965, págs. 193 y 194.

<sup>322</sup> El que la diligencia comprenda la pericia viene reforzado para BIANCA, C.M., «Negligenza (Diritto privato)», op. cit., pág. 193, en el campo de las prestaciones profesionales, por la ley que se refiere explícitamente en términos de «diligencia» al deber del deudor de ejecutar la prestación con la observancia del modelo de una buena actividad profesional y, por tanto, también con la aplicación de apropiadas condiciones técnicas.

<sup>323</sup> En este sentido se pronuncia GIORGIANNI, M., Voz «Buon padre de famiglia», op. cit., págs. 597, para quien la diligencia implica también el uso de la capacidad técnica, es decir, de la pericia, pero, al mismo tiempo, la pericia es en sí misma una regla de conducta. El concepto tradicional de diligencia no puede reducirse a pericia, ya que denota también el esfuerzo del deudor obligado a satisfacer el interés del acreedor.



funciona como criterio de determinación del objeto de la obligación<sup>324</sup>.

En esta dirección, si bien partiendo de concepciones diversas en torno al fundamento de la responsabilidad contractual, se manifiesta también MENGONI, para el cual, ante una obligación inherente al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia asume un significado ulterior y más amplio al atribuido originariamente, designando no sólo el esfuerzo o la aplicación de la tensión de la voluntad del deudor, sino también la «ejecución experta de la prestación y, por tanto, la precisión del resultado exigido por la relación obligatoria». En tal sentido —dice este autor— se habla de trabajo diligente como trabajo bien hecho, con pericia, conforme a las reglas del arte<sup>325</sup>.

Partiendo del estudio del origen y el significado de la máxima «*imperitia culpa adnumeratur*» en el campo contractual, distingue MENGONI entre una culpa-diligencia en sentido técnico —como criterio de imputación de responsabilidad basada en la noción de imposibilidad— y una diligencia en sentido impropio, a la que cabe referir la pericia, en cuanto actividad conforme a las reglas del arte profesada por el deudor y, por tanto, valorable conforme a una cierta

---

<sup>324</sup> En este sentido, se pronunció la sentencia de Pret. Bolonia de 12 de mayo de 1970, *Giurisprudenza italiana*, 1972, II, págs. 51 y sigs. Para BIANCA, C.M., Voz «Negligenza», op. cit., pág. 192, la diligencia que se presta en el ámbito de las obligaciones responde a dos juicios diversos: en el primero, la diligencia asume, respecto a ciertas prestaciones, la función de criterio para determinar el normal contenido del comportamiento del deudor, como criterio de individualización de la exacta prestación debida; en el segundo, la diligencia sirve para valorar el comportamiento del deudor en relación con los impedimentos encontrados, erigiéndose entonces en criterio de responsabilidad. Para este autor, si la responsabilidad del deudor está fundada en la culpa, de tal modo que la eventual existencia de impedimentos no superables con la diligencia exigida hace que el deudor no sea considerado negligente aunque la prestación no resulte cumplida o lo resulte de manera inexacta.

<sup>325</sup> Cfr. MENGONI, L., «Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"», op. cit., págs. 194 y 195.

habilidad técnica<sup>326</sup>. En tal sentido, la diligencia no es sólo criterio de valoración del comportamiento del deudor, «en función de la imputabilidad de una causa sobrevenida que ha hecho imposible el fin de la relación obligatoria», sino que implica «la determinación concreta del contenido de la obligación, de tal manera que el deber de diligencia viene a coincidir con el deber de cumplimiento», del mismo modo que la negligencia se identificará con la noción objetiva de incumplimiento. En este pensamiento, el artífice, que por impericia ha ejecutado mal el trabajo que se le ha confiado, incurre en culpa «por no haber hecho todo cuanto debía *“secundum legem conductionis”* (D. 19, 2, 25, 3), porque la prestación material —valorada según la medida de habilidad técnica que la conciencia social exige de los hombres que profesan aquel arte u oficio— no se corresponde en cualidad o en cantidad a la prestación prometida en el contrato»<sup>327</sup>.

---

<sup>326</sup> Como ya tuvimos ocasión de poner de manifiesto, para este autor, op. cit., págs. 196 a 198, resulta clara la interpolación del término «culpa» en el fragmento del D. 19, 2, 9, 5, cuya permanencia pone de relieve la tendencia en el derecho justiniano de fundar la responsabilidad contractual en el presupuesto subjetivo de la culpa. Sin embargo, no sería tan segura la opinión dominante según la cual la valoración de la impericia como especie de la culpa se desarrollaría, en el pensamiento de los bizantinos, en función del concepto de culpa en sentido técnico, esto es, de la culpa-diligencia entendida como límite de la responsabilidad por incumplimiento.

Critica el autor la interpretación que, en la hipótesis de una mala ejecución *per imperitiam* de una obligación de realizar un trabajo, reconduce la responsabilidad no tanto al hecho de haber trabajado *imperite*, presentando un trabajo cualitativa o cuantitativamente inferior a aquel debido, como al dolo o a la negligencia en que aquél ha incurrido al asumir un trabajo para el cual sabía o debía saber que no poseía una adecuada preparación técnica. Bajo este perfil, —dice el autor— «reconducir la impericia a la culpa-diligencia significa fundar la responsabilidad por mala ejecución de la obra en una culpa pre-contractual, lo cual es una manifiesta incongruencia dogmática». Todo ello confirma que en el D. 19, 2, 9, 5 la culpa no está considerada como término correlativo a la diligencia propiamente dicha.

Como vemos, el punto de partida de la concepción de Mengoni está constituido por un doble concepto de diligencia: el técnico-jurídico que es correlativo a la culpa, y está dirigido a la conservación de la posibilidad de cumplimiento; y un concepto impropio que se identifica con la pericia caracterizada por la posesión de conocimientos técnicos, cuya infracción no constituye culpa, sino incumplimiento obligacional.

<sup>327</sup> En definitiva, para MENGONI, L., «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”», op. cit., págs. 198 y sigs., la culpa de Celso no ha de ser

En definitiva, para este autor, la investigación histórica confirmaría, de una parte, que el concepto de diligencia, entendido como pericia es impropio, porque su ensanchamiento hasta comprender la pericia va más allá de sus verdaderos términos; de otra, que este concepto amplio ha aparecido en un tiempo posterior cuando al esfuerzo de la voluntad, que constituye el núcleo originario de la diligencia, se le ha querido añadir el deber de tener un comportamiento conforme a las reglas del arte profesional.

*B) La diligencia y la pericia como conceptos idénticos funcionalmente. La pericia como diligencia del profesional*

En la concepción de OSTI la diligencia prescrita en el art. 1.176 C.C. italiano consiste en una cualificación del modo del comportarse, que prescinde de cualquier connotación subjetiva o fundamento moral o psicológico. De este modo, actuar diligentemente en el cumplimiento de una obligación significa «ejecutar la prestación, objeto de la obligación, como la ejecutaría una persona atenta y preocupada por la exacta observancia de los propios deberes»<sup>328</sup>.

---

entendida en sentido propio u originario, sino en aquel sentido amplio que incide sobre todo en la noción de cumplimiento, como medida del contenido de ciertas obligaciones.

Frente a esto, con base en los arts. 1.218 y 1.176 C.C., la regla de la culpa-diligencia (en sentido propio o técnico, como imputabilidad) es tomada en consideración para fundamentar la responsabilidad contractual únicamente en la hipótesis de una imposibilidad (objetiva) sobrevenida de incumplimiento. La función principal de la diligencia en sentido técnico-jurídico no es tanto la ejecución de la prestación como la conservación de la posibilidad de cumplir.

En suma, (cit., págs. 204 y 208) en las obligaciones de comportamiento, contrapuestas a las de resultado, se distinguen dos especies según la actividad sea valorada conforme a un parámetro objetivo de habilidad técnica o sólo a uno objetivo de diligencia. Esto es, existen ciertas prestaciones, las profesionales, en que la diligencia no es sólo criterio de control de la conducta del deudor frente a un evento que ha hecho imposible el cumplimiento, sino también el criterio para determinar concretamente el contenido de la obligación.

<sup>328</sup> Cfr. OSTI, G., «Deviazioni dottrinale in tema di responsabilità contrattuale», op. cit., pág. 611. Cabe recordar que en la tesis de este autor la culpa del deudor, concebida como inobservancia de la diligencia del art. 1.176 en el

Esta diligencia, como determina el segundo apartado del art. 1.176 C.C. it., asume un carácter técnico cuando se pone en relación con el desenvolvimiento de una actividad profesional. Es en este sentido en el que se emplea la noción de pericia que se identifica, por tanto, con la diligencia del profesional y que aluden a la misma valoración jurídica de la conducta de un sujeto en el ámbito de una profesión u oficio<sup>329</sup>.

La diligencia exigida a un sujeto que en su condición de profesional se ha comprometido a realizar una prestación se denomina pericia, cumpliendo, por tanto, idéntica función que la atribuida a aquélla en el cumplimiento de obligaciones que no reúnen tal carácter de especialidad técnica o profesional.

Entre las opiniones doctrinales que identifican la culpa y la impericia, destaca la mantenida por CHIRONI conforme a la cual, si bien en relación con la responsabilidad extracontractual, no puede concebirse la impericia como una figura distinta de la negligencia y

---

cumplimiento del *facere* que esté *in obligatione*, constituye un elemento integrante del cumplimiento inexacto, esto es, es el presupuesto objetivo de la responsabilidad pero no la condición subjetiva que añadida al presupuesto objetivo fundamenta la responsabilidad. La violación del art. 1.176 posibilita la aplicación del art. 1.218, en cuanto que constituye la condición objetiva, el incumplimiento o cumplimiento inexacto, a la que se conecta la responsabilidad. Por ello, la diligencia, en cuanto cualidad típica de una actividad del deudor, no puede encontrar aplicación cuando el deudor no esté obligado a una actividad, como sucede en el caso de que quede obligado a la consecución de un resultado útil, abstracción hecha de los medios necesarios para obtenerlo, donde no encontrará aplicación el art. 1.176 C.C. Toda la construcción de Osti descansa sobre un principio de responsabilidad objetiva deducido del art. 1.218 C.C.

<sup>329</sup> Así, CATTANEO, G., *La responsabilità del professionista*, op. cit., pág. 57. También, la Sentencia de Cassazione de 9 de noviembre de 1982, n. 5885, *Archivio Civile*, 1983, págs. 496 y sigs. que en tema de responsabilidad profesional considera que «el incumplimiento es valorado conforme al deber de diligencia que en tal materia prescinde del criterio general de la diligencia del buen padre de familia y se adecua, en cambio, a la naturaleza de la actividad; de ello resulta que la impericia profesional presenta un contenido variable, que debe ser determinado para cada supuesto particular, relacionando la conducta efectivamente tenida por el prestador con la naturaleza y especie del encargo profesional y con las circunstancias concretas en las que la prestación debe cumplirse y valorando dicha conducta a través del examen en su complejidad de la actividad prestada por el profesional».

la imprudencia, ni como una especie particular de culpa, sino que la impericia es culpa, fundamentando tal afirmación «en la teoría que enseña la excusabilidad de los errores profesionales»<sup>330</sup>. Debido a ello, el error profesional derivado de la impericia es culpa en su entidad objetiva. En tal concepción, de igual manera que sucede respecto a la diligencia y al buen padre de familia, la valoración de la pericia ha de hacerse en relación a una figura abstracta a un tipo ideal «con el estado, grado y condición del profesional agente». De este modo, la impericia se considera por sí sola culpa, pero de los que ejercen la misma condición o posición profesional<sup>331</sup>.

En esta línea parece manifestarse DIMAJO para quien a la diligencia entendida como tensión de voluntad, esfuerzo o compromiso de alcanzar un determinado resultado, valorada objetivamente conforme a un standard típico-social —el del buen padre de familia— se contrapone una diligencia que comprende el respeto a un conjunto de experiencias y/o competencias al que pertenece el sector de actividad considerado. En ambas hipótesis la diligencia desempeña una función de control: en la primera, un control social relacionado con los standards del actuar común; en el segundo supuesto, un control de carácter técnico, debiéndose verificar conforme a criterios puramente objetivos si el deudor ha exhibido la pericia que es razonable esperar de un profesional de preparación y atención media<sup>332</sup>.

Por otra parte, no podemos dejar de referirnos a la tesis elaborada por BADOSA, en la que la pericia se configura como un modelo de conducta abstracto, integrado con elementos ajenos a la

---

<sup>330</sup> Para CHIRONI, G.P., *La culpa en el Derecho civil moderno*, op. cit., págs. 143 y 144, el sujeto antes de dedicarse a un asunto debe conocer bien si posee aptitud conveniente, y esto basta para poner de relieve la omisión de la diligencia, esto es, la existencia de culpa.

<sup>331</sup> Cfr. CHIRONI, G.P., *La culpa ...*, op. cit., pág. 145.

<sup>332</sup> Así, DIMAJO, A., «Dell'adempimento in generale (art. 1.176)», en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bolonia-Roma, 1988, págs. 430 y sigs.

relación obligatoria, autónomo e independiente al del padre de familia, pero que desempeña idénticas funciones a este último.

Como vimos, en la teoría construída por BADOSA, los modelos de conducta, indispensables como elemento integrador de la diligencia, esto es, para atribuir a la diligencia el carácter de debida, pueden sistematizarse de acuerdo a dos grandes grupos: los modelos creados con datos proporcionados por la misma obligación y aquéllos fundados en datos ajenos a la obligación de que se trata, donde encajan el modelo del padre de familia como modelo no profesional y el modelo del profesional o de la pericia.

Para este autor, la relación pericia-profesional es idéntica a la de la diligencia-padre de familia, es decir, la pericia y la diligencia constituyen dos modos de conducta, dos esquemas de actuación que han de ser llenados por modelos de conducta diversos. La pericia sólo puede ser integrada por un modelo que presuponga habilidad técnica, profesionalidad; es la diligencia del experto. La causa próxima de la distinción entre pericia y diligencia viene dada por la diferenciación de sus respectivos modelos, sin embargo, en cuanto que las dos son esquemas de conducta, sus analogías están por encima de la diversidad terminológica<sup>333</sup>.

Asimismo, del mismo modo que la diligencia, la pericia puede desempeñar dos funciones materialmente distintas: como integradora de la actividad que constituye el objeto de la obligación y como promotora de la actividad jurídicamente exigible pero sin formar parte de ella<sup>334</sup>. Se distingue, por tanto, —y también de

---

<sup>333</sup> Cfr. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op. cit., págs. 122 y 123.

<sup>334</sup> Vid. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op. cit., págs. 169 y sigs. En efecto, atendiendo a los datos ofrecidos por el Código civil distingue el autor dos modos de relacionarse la diligencia con el objeto o actividad jurídicamente calificada a la que se refiere —son las funciones materiales—: uno, integrando o formando parte de la actividad que constituye su objeto y que puede ser calificada de actividad jurídicamente debida (arts. 264-4º, 497, 1.094, 1.719-2º y 1889) o legítima (art. 1.555-2º); otro, promoviendo materialmente la existencia de tal actividad (a ella se refiere el art. 1.104, la diligencia en el cumplimiento).

idéntica forma que respecto a la diligencia— una pericia como actividad jurídicamente exigible en el cumplimiento de una pericia como integradora de la prestación, esto es, como actividad jurídicamente debida.

En el primer supuesto, para entender el significado que atribuye BADOSA a la pericia como conducta instrumentalmente dirigida al cumplimiento de una obligación se ha de recordar la interpretación que éste realiza del art. 1.104, conforme a la cual, este precepto vendría a establecer dos modelos de conducta, suficientes e incompatibles entre sí (el primer párrafo establecería un modelo concreto; el segundo, uno abstracto), teniendo en cuenta que el modelo abstracto del buen padre de familia sería supletorio de otro modelo abstracto, el de la pericia, de aplicación preferente cuando la obligación se asuma en concepto de perito.

Sin embargo, a pesar del pretendido paralelismo funcional entre la diligencia y la pericia, planteada la cuestión de si cuando la actividad instrumental dirigida al cumplimiento se rige por el modelo de la pericia, éste agota por completo dicha actividad o si, por el contrario, puede seguir rigiéndose en parte «por el modelo vulgar del buen padre de familia», mantiene BADOSA que la pericia en el incumplimiento no puede por sí misma eliminar totalmente la relevancia de la noción de diligencia promotora, ya que para que la pericia pueda ejercitarse, esto es, para que pueda el deudor poner en práctica sus conocimientos técnicos, tiene que hallarse éste en

---

De otro lado, y desde un punto de vista jurídico, son tres las funciones que atribuye a la diligencia: en primer lugar, la exigibilidad, que corresponde a la diligencia material promotora del cumplimiento de una obligación (art. 1.104) y a la que materialmente integra la actividad de conservación de la cosa específicamente debida (art. 1094), y que se califica jurídicamente de carga; la segunda función jurídica es el deber de prestación que corresponde a la diligencia que integra una actividad que constituye el objeto de una obligación de hacer (art. 1.719 y 1.889) y que se califica de prestación debida; y la tercera que contempla al sujeto como interventor en asuntos ajenos, legitimando su actividad intromisiva, y su calificación es la de la legitimidad.

determinadas condiciones materiales, siendo en el ámbito de creación de éstas en el cual rige todavía el modelo de conducta del padre de familia<sup>335</sup>. Esta diligencia instrumental es necesaria para que la pericia, dirigida inmediatamente al cumplimiento de la prestación, pueda ejercitarse, y no cabe englobarla en ésta.

Junto a esta función, la pericia puede, al igual que la diligencia del buen padre de familia, funcionar como criterio integrador de la prestación, conformando la actividad jurídicamente debida. Así, siguiendo la opinión de BADOSA, constituyen manifestaciones de esta función material, determinados supuestos de obligaciones de hacer, contemplados en el Código civil, cuya prestación viene determinada por la diligencia del buen padre de familia, como son la tutela (art. 264-4º), el mandato (art. 1.719-2º) y la gestión de negocios ajenos (art. 1.889-1º)<sup>336</sup>. Otros supuestos de obligaciones de hacer, en cambio, exigen un modelo de conducta cualitativamente distinto que integre la prestación, esto es, la pericia o la habilidad técnica. Para el autor, estas obligaciones cuya integración exige pericia vienen identificadas por aquellos casos en que la prestación debida incluye

---

<sup>335</sup> Además, argumenta, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op. cit., págs. 335 y 336, existe otra razón de compatibilidad diligencia padre de familia-pericia de experto, cual es el caso del art. 1.158, de la prestación no personalísima en la que el deudor carece de conocimientos técnicos para llevarla a cabo, cuando existe una actividad técnica inmediatamente relacionada con la prestación (pericia instrumental) que se encarga a un tercero experto. En este supuesto, el deudor sólo puede materialmente desarrollar la diligencia del padre de familia dirigida a que tal tercero ponga en marcha la pericia necesaria.

<sup>336</sup> Sobre la relación entre la actividad jurídicamente debida y la diligencia que la integra, vid. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa...*, op. cit., págs. 493 y sigs. En la denominada función integradora la diligencia forma parte de la actividad que constituye el objeto de la obligación, integrando la prestación debida. A diferencia de la diligencia instrumental o promotora de la actividad dirigida al cumplimiento de la obligación, cuya infracción es culpa, y por tanto, fundamento de responsabilidad, la negación o infracción de la diligencia integradora de la prestación u objeto de la obligación no puede ser calificada de culpa sino de incumplimiento. No puede, por tanto, la culpa predicarse de la diligencia objeto de la obligación, «por la razón de que tal infracción (incumplimiento) es solamente el requisito o presupuesto de la relevancia jurídica de la culpa. Sólo a partir de la infracción obligacional (ilicitud) tiene sentido hablar de culpa como fundamento de responsabilidad por los daños resultantes de aquélla (imputabilidad)» (cit., pág. 510).



no sólo la mera actividad, sino también su resultado material, que es denominado «obra»<sup>337</sup>.

Para este autor, el ejemplo paradigmático de la pericia de tal manera concebida, como integradora de la prestación, viene dado por el arrendamiento de obra (arts. 1.588 y sigs. C.C.), porque es la sede donde se localiza tal concepto como contenido de la obligación de hacer. La pericia, en este ámbito, ostenta un valor extintivo de la prestación, del objeto de la obligación, esto es, supone cumplimiento de la prestación del arrendador con independencia del resultado, de la obra<sup>338</sup>.

La «obra bien hecha» —la *bonitas* de la obra como resultado material— sólo existirá cuando el arrendador se haya ajustado a las correspondientes reglas de habilidad técnica en la ejecución de prestación, esto es, cuando haya empleado la pericia. De tal consideración infiere el autor que obra bien hecha, actividad realizada según el tenor de la obligación (art. 1098-2º) y actividad según pericia constituyen tres modos de designar una misma realidad y, en consecuencia, cumplimiento de la obligación<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Desarrolla BADOSA, F., op. cit., págs. 533 y sigs., este concepto de obra, que tiene su reflejo en la regulación del arrendamiento de obra del Código civil, estudiándolo en relación a la pericia, destacando que no puede calificarse de prestación, pero que es un elemento indispensable en la calificación de la actividad como objeto de la obligación.

<sup>338</sup> Estudia BADOSA COLL, F., op. cit., págs. 537 y sigs., la relación existente entre la «obra bien hecha» (*bonitas* de la obra) y la actividad del arrendador concluyendo la falta de autonomía jurídica y material de la obra respecto a la actividad del arrendador, cuyo modelo es la pericia que es la que da lugar a la extinción de la obligación y por tanto, a las consecuencias típicas del incumplimiento: la ejecución forzosa y la prestación del *id quod interest*.

<sup>339</sup> La teoría elaborada por BADOSA COLL, F., op. cit., págs. 539 y sigs., gira en torno a la interpretación de la expresión «juicio pericial» del art. 1.598-1º donde basta, a su juicio, la cualidad de arrendador de obra para quedar sometido al modelo de pericia, consideración ésta que, a mi juicio, no puede entenderse con carácter general, ya que para que el deudor quede vinculado a la pericia, se exige además que asuma la obligación en condición de profesional o experto en dicha actividad.

De otro lado, la facultad discrecional concedida a un tercero de aprobar o renunciar a la obra (art. 1.598-2º) es explicada como posibilidad del acreedor de examinar la obra antes de su recepción, y que consiste en averiguar si responde o no a cumplimiento de la obligación.

No obstante, a pesar de la configuración de la pericia y la diligencia como modelos autónomos de conducta que, sin embargo, desempeñan funciones jurídicas idénticas en las respectivas relaciones obligatorias a las que se aplican, considera BADOSA que es perfectamente posible la concurrencia de funciones de la pericia (e incluso de la pericia y la diligencia) en una misma relación obligatoria, esto es, como objeto de prestación debida y como actividad exigible en el cumplimiento. Tal sería el caso del art. 1.591 C.C. que establece la responsabilidad de los deudores (arquitecto o contratista) por el mero mal cumplimiento de sus obligaciones respectivas o la infracción de las condiciones estipuladas. Es posible en tal supuesto distinguir una pericia integradora de la prestación debida que es la causante de la bonitas de la obra, de una pericia instrumental que es la actividad técnica, mediata, que sólo pretende dar existencia a la citada pericia integradora de la actividad debida<sup>340</sup>.

*C) La diligencia y la pericia como supuestos conceptualmente distintos y no coincidentes (ni siquiera parcialmente)*

Para algunos autores la diligencia profesional y la pericia constituyen dos conceptos lógicos y sistemáticamente distintos que, sin embargo, vienen habitualmente confundidos por el hecho de que para el profesional la diligencia es entendida no solamente desde el punto de vista subjetivo sino también técnicamente, en estrecha relación con la observancia de ciertos criterios objetivos derivados de precisas normas técnicas<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> Cfr. BADOSA COLL, F., op. cit., pág. 654, concluyendo que la «verdadera ratio del art 1.591 es el establecimiento de una presunción de impericia instrumental prestable en el deudor, siempre que exista mal cumplimiento de la prestación debida».

<sup>341</sup> En tal sentido, MUSOLINO, G., *L'opera intellettuale...*, op. cit., págs. 124 a 130. En esta dirección, también GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo I, 2ª ed., Padua, 1993, pág. 36, quien pone de relieve que tratándose de prestaciones insertas en el ejercicio de una actividad profesional «cabe tener en consideración, de un lado, que la diligencia exigida no será la genérica del hombre

Conforme a tal interpretación, el concepto de diligencia profesional hace referencia a un criterio de particular rigor en cuanto que tiene como modelo un tipo abstracto de sujeto cualificado por la posesión de ciertas cualidades (escrupulosidad, atención y cuidado especial) y el conocimiento de ciertas nociones específicas que caracterizan una profesión intelectual. Este nivel de diligencia es mayor cualitativamente al común y genérico del buen padre de familia, en virtud de la profesionalidad, y se identifica con la diligencia del buen profesional<sup>342</sup>. El profesional debe cumplir su prestación con la diligencia específica de un buen profesional de su misma categoría o especialidad.

Frente a esto, la pericia es un concepto exclusivamente objetivo que consiste en los conocimientos técnicos adquiridos con el estudio y la experiencia. No obstante, aun configurándose la pericia y la diligencia como nociones diversas, ambas concurren funcionalmente, en el ámbito profesional, para identificar aquel comportamiento que el profesional —prestador del servicio— debe tener para cumplir exactamente su obligación<sup>343</sup>. Para considerar cumplidor al profesional debe ejecutar la prestación con la pericia del profesional medio en su misma actividad. De este modo, la

---

medio, sino aquella específica del médico, el abogado, o el ingeniero de diligencia media; de otro, viene en consideración además de la diligencia, la pericia, o sea la habilidad técnica exigida por el ejercicio de aquella prestación profesional»; y BALDASSARI, A. y BALDASARRI, S., *La responsabilità civile del professionista*, op. cit., págs. 164 y sigs.

<sup>342</sup> Para MUSOLINO, G., *L'opera intellettuale...*, op. cit., pág. 126, nota 15, tal distinción se recoge en D. 38, 15, 2, 5 cuando, a propósito del *diligens pater familias*, se contempla, de un lado, la competencia técnica propia de los juristas (*scientia quae cadit in iuris prudentes*) y los conocimientos corrientes que son comúnmente adquiridos (*scientia quae aut per se aut per alios adsequi potest*).

<sup>343</sup> Sobre este punto, vid. LEGA, C., *La diligenza del lavoratore*, op. cit., págs. 217 y sigs. y en «In tema di responsabilità civile del medico chirurgo», *Giur. it.*, 1976, I, 1. cols. 953 y sigs.

Junto a la diligencia y la pericia, coloca MUSOLINO, G., *L'opera intellettuale...*, op. cit., pág. 129, a la prudencia que como criterio diverso que prescinde de los conocimientos especializados del sujeto e incide en su modo de actuar converge con aquéllos para individualizar el comportamiento exigible al deudor.

pericia se presenta como un elemento indispensable para determinar el concepto de cumplimiento de la obligación.

Como vemos, esta opinión guarda cierta similitud a la manifestada por MENGONI que distingue una diligencia propia o técnica de una impropia, o en general, a la de aquéllos para los que la pericia queda enmarcada en la noción más amplia de diligencia, que es la recogida por los autores romanos post-clásicos al equiparla a la pericia.

Para otros autores, la distinción entre diligencia y pericia se fundamenta en la diversidad de significados que ostenta cada término. Así, mientras la diligencia invoca un significado subjetivo, la impericia responde a una noción objetiva, convergiendo ambas en el límite de la culpa. En tal concepción, la diligencia viene identificada con el grado de tensión de voluntad, la complejidad de cuidados y cautelas que el deudor debe emplear para llevar a cabo la prestación, en tanto que la impericia con la ausencia de conocimientos o aptitudes del prestador del servicio<sup>344</sup>.

En particular, y en relación con la diligencia del prestador de trabajo en régimen de dependencia, se plantea si la impericia del trabajador, como falta de las aptitudes personales necesarias para una prestación, debe considerarse un riesgo para la empresa o para el trabajador. A estos efectos, haciendo un paralelismo con el régimen de los defectos o vicios ocultos, se considerará que si tal incapacidad o falta de aptitud eran conocidas o habrían podido conocerse a través del período de prueba al que se sometió al trabajador, la impericia será un riesgo de la empresa o el empresario (y, por tanto, del arrendatario del servicio o la obra), no pudiéndose sostener la responsabilidad del deudor. En cambio, tratándose de carencias o falta de aptitudes del trabajador ignotas o razonablemente ignotas para el empresario, el trabajador deberá responder de su impericia.

---

<sup>344</sup> Tal es el pensamiento de BARASSI, L., *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. III, op. cit., págs. 15 y sigs.

Sin embargo, no cabe olvidar que en todo caso el trabajador viene obligado a observar la diligencia «exigida por la naturaleza de la prestación» (art. 2.104 C.C. it.). Este deber general de diligencia, que es concebido como un límite para la responsabilidad del trabajador, viene medida en atención a la importancia de la empresa, a la cualificación del trabajador —según el art. 1.176-2° C.C. it.— y a las efectivas cualidades y aptitudes que el trabajador haya demostrado durante el período de prueba. De tal modo que la impericia del trabajador, si conocida o habiendo podido conocerse durante el período de prueba, no es un riesgo del trabajador, en cuanto que no es culpa, sino un riesgo del empresario que le contrató<sup>345</sup>.

Entre los autores que han puesto de relieve la autonomía conceptual de la pericia respecto a la diligencia destaca LEGA en cuyos estudios concluye que pericia y diligencia, aun conservando su identidad, son conceptos conexos e interdependientes que confluyen en un punto, cual es el hacer posible el “exacto” cumplimiento de la obligación, aunque no agotan las obligaciones del deudor, ya que éste debe proceder también conforme a la buena fe y a la “*correttezza*” (art. 1.175 C.C. it.)<sup>346</sup>.

La pericia hace referencia a particulares cualidades personales del deudor, como es la capacidad del trabajador, en su aspecto técnico, esto es, la posesión de conocimientos técnicos apropiados para el cumplimiento de la obligación. En cuanto al grado de pericia

---

<sup>345</sup> BARASSI, L., *Teoria generale ...*, op. cit., págs. 18 y 19. Distingue este autor la responsabilidad del trabajador fundamentada en la diligencia debida por éste y la responsabilidad basada en la garantía del trabajador por los defectos o los vicios de la propia actividad profesional. El trabajador garantiza su capacidad, su pericia, para el desarrollo del trabajo para el que ha sido contratado; por ello, asume vital importancia en la teoría de Barassi, centrada fundamentalmente en las relaciones de dependencia, el período de prueba.

<sup>346</sup> LEGA, C., *La diligenza del lavoratore*, Milán, 1963, págs. 203 y sigs. También, en esta dirección se manifiesta ZANA, M., Voz «Responsabilità del professionista», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXVIII, Roma, 1990, pág. 3, para quien la diligencia (en sentido estricto) y la pericia técnica aparecen como dos aspectos distintos de la diligencia profesional.

que el trabajador debe poseer se entiende que es el medio poseído por los trabajadores de su misma cualificación.

El deudor tiene el deber de comportarse conforme a una pericia media, normal, apropiada a la naturaleza de la prestación profesional a la que se ha comprometido, en relación con los cánones corrientes según el estado de la ciencia y de la experiencia. Sólo cuando el deudor emplee tal pericia puede decirse que cumple «exactamente» conforme al tenor del art. 1.218 C.C. it. o que actúa conforme a las reglas del arte (art. 1.662 y 2.224 C.C. it.)<sup>347</sup>.

Es en este momento donde se aprecia, según LEGA, la distinción entre las nociones de diligencia y pericia, ya que la capacidad técnica del deudor es el instrumento necesario para operar, en tanto que la diligencia con que se opera representa la integración de aquélla en la obligación. La aplicación concreta de las reglas técnicas deberá realizarse con la diligencia exigida por la naturaleza de la prestación, de manera que en virtud de las diversas actividades profesionales habrá otras tantas adecuaciones al concepto de diligencia.

Por ello, siguiendo a LEGA, aunque en una lectura superficial del Código civil la diligencia objetivada por la naturaleza de la obligación pueda confundirse con la pericia, no se puede convenir que la diligencia quede absorbida por esta última, ya que aquélla cumple su propia función distinta de la correcta aplicación de las reglas técnicas.

---

<sup>347</sup> El art. 1.662 C.C. it., en sede de *contratto d'appalto* —contrato de obra en el que el contratista asume con su propia organización y gestión y a su riesgo el cumplimiento de la obra o el servicio— prevé que en la ejecución de la obra el contratista debe ajustarse a las reglas del arte (*lex artis*); en el mismo sentido, el art. 2.224 C.C. it., entre las disposiciones generales dedicadas al *contratto d'opera* —que se diferencia del anterior en que en éste el contratista no aporta necesariamente los medios y la organización, ni ostenta condición de empresario—, prevé que en la ejecución de la obra el prestador ha de ajustarse a las condiciones del contrato y a las reglas del arte.

Entre la pericia y la diligencia no existe una relación de contrariedad, sino de integración, porque ambas nociones desarrollan paralelamente su función, que es la de coadyuvar a la actividad del trabajador para satisfacer el concreto interés del acreedor. Sin embargo, ello no significa que no subsistan diferencias entre ellas que son las que, de otra parte, justifican su separación. La más importante estriba en que la deficiencia total de pericia comporta la imposibilidad de realizar el objeto del contrato, esto es, el incumplimiento absoluto, mientras que la falta de diligencia, aunque sea total, no conduce a las mismas consecuencias, sino que implica un (in)cumplimiento imperfecto, y por tanto, una prestación posible en virtud de la presencia de la pericia.

No obstante la existencia de tales divergencias, cabe observar que, en último término, para LEGA las consecuencias que se conectan a ambas son idénticas; la falta de diligencia (negligencia) y la de pericia (impericia) producen el mismo resultado, esto es, el incumplimiento imputable al deudor negligente o imperito. Es decir, ambas dan lugar a la culpa, si bien su origen es distinto. En suma, los conceptos de diligencia y pericia mantienen su propia autonomía, coincidiendo en una finalidad común: el exacto cumplimiento de la prestación<sup>348</sup>.

Siguiendo esta orientación, se ha propuesto la distinción de términos que, a menudo, son considerados sinónimos y, sin embargo, aludirían a una realidad diversa de la noción más amplia de culpa, comprensiva de todas ellas<sup>349</sup>. Es decir, como formas o especies diferenciadas de la culpa se configuran la negligencia, la impericia y la imprudencia.

---

<sup>348</sup> En tal razonamiento, para LEGA, C., *La diligenza...*, op. cit., pág. 219, que la diligencia tiene en cuenta, sobre todo, los valores humanos de la relación de trabajo. Por ello, para el exacto cumplimiento de la obligación no basta aplicar mecánicamente las reglas del arte y las fórmulas técnicas.

<sup>349</sup> Así, ALTAVILLA, E., *La colpa (il reato colposo, riflessi civilistici, analisi psicologica)*, op. cit., págs. 12 y sigs. que distingue cuatro hipótesis de culpa en el ámbito penal, pero considera extrapolable tal consideración a la esfera civil.

De esta manera, la negligencia sería tan sólo una de las formas de la culpa consistente siempre en una conducta omisiva contraria a una de aquellas normas que imponen un comportamiento atento y previsor. En cambio, la imprudencia se predicaría de una conducta positiva, consistiendo en una acción respecto de la que había que abstenerse en cuanto que susceptible de ocasionar un evento dañoso o peligroso. Se concibe como una forma de ligereza, un actuar sin cautelas.

Por su parte, la impericia aludiría a la incapacidad técnica del ejercicio de una determinada función (profesión, oficio o arte). Ésta, a su vez, puede fundarse en la ignorancia, en el error o en la inhabilidad; así, mientras la ignorancia implica la falta de conocimiento de un objeto o un fenómeno, el error consiste en un juicio equívoco que puede derivar de una falsa percepción o interpretación de la realidad. La inhabilidad revelaría un defecto no en la formación del juicio, sino en su aplicación o ejecución<sup>350</sup>. Cabe, sin embargo, y como veremos, objetar a este triple fundamento de la impericia que la doctrina y la jurisprudencia distingue entre error profesional e impericia, considerando que no siempre aquél será causa de responsabilidad en cuanto que pueda considerarse excusable<sup>351</sup>. Teniendo en cuenta esto, lo que parece indubitado es

---

<sup>350</sup> Cfr. ALTAVILLA, E., *La colpa ...*, op. cit., págs. 18 a 20. El concepto de inhabilidad apela, en palabras de CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pág. 167, a la situación en que se yerra no en juzgar aquello que se debe cumplir, sino en la ejecución de la decisión misma: por ejemplo, el cirujano ha proyectado exactamente, mediante una precisa diagnosis, aquello que debe hacer, pero se muestra inhábil en lo que se refiere al bisturí. No obstante, para algún autor no se debe confundir la impericia con una deficiente habilidad profesional, porque si la ley puede exigir que los ejercientes de una determinada profesión tengan ciertos requisitos de capacidad técnica, no puede exigir que todos tengan la misma cultura, ingenio o habilidad (MANZINI, V., *Trattato di diritto penale italiano*, Turín, 1930, I, pág. 649).

<sup>351</sup> La sentencia de Cass. de 26 de abril de 1939 (cit. ALTAVILLA, E., op. cit., pág. 20) estableció claramente tal distinción, declarando: «Es culpable de impericia no sólo quien causa daño, ejercitando una profesión que no conoce, sino también quien, actuando en los límites del ejercicio normal de su actividad, demuestra no poseer aquello que representa el bagaje científico y práctico normalmente indispensable para el ejercicio mismo. Cuando no se pueda hablar de ignorancia, no habrá



que la impericia encuentra su fundamento en la ignorancia, en la falta de conocimientos, en la escasa o deficiente preparación para ejercer correctamente la actividad profesional.

Como consecuencia de la distinción establecida entre las nociones de impericia, imprudencia y negligencia, y de la consideración de que respecto al profesional y en relación con el ejercicio de su profesión, se produce una ampliación de los deberes de diligencia y de pericia, se afirma que no es posible configurar toda culpa del profesional como impericia, ya que un profesional técnicamente preparado puede cometer imprudencias y negligencias no derivadas, por tanto, de la impericia<sup>352</sup>.

24. *Consecuencias de la diversa configuración del binomio diligencia-pericia: el art. 2.236 C.C. italiano. Las prestaciones de carácter técnico de especial dificultad*

Las diversas teorías que explican las relaciones entre la pericia y la diligencia, y que justifican su unicidad o diversidad —y que de manera sucinta han sido expuestas— no serían más que meras disquisiciones doctrinales si carecieran de una repercusión en el ámbito de las relaciones obligacionales con los profesionales. La diversa concepción en torno a la diligencia o la culpa profesional tiene una incidencia directa en la determinación del

---

propriadamente impericia, sino más bien error profesional que no es causa de responsabilidad, porque se trata de error excusable».

<sup>352</sup> Para SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, Tomo II, París, 1950, págs. 396 y sigs., cabe distinguir como supuestos diversos de culpa médica la ignorancia médica, el error, la imprudencia y la negligencia médica; y así se cuestiona que realmente sea una cuestión técnica «para un cirujano no esterilizar adecuadamente sus instrumentos, servirse de la misma jeringuilla para inyectar a diversas personas un medicamento, sin desinfectarla, poner la jeringuilla sobre un algodón infectado» cuando lo que se produce es la violación de normas comunes de prudencia que no pueden ser ignotas. En tales casos, no puede hablarse de impericia sino de meras negligencias.

incumplimiento del profesional, tal como demuestra la discusión doctrinal mantenida en Italia con ocasión de definir el papel de la obligación de diligencia *ex art. 1.176 C.C.*

En particular, cabe detenerse en el estudio de uno de los preceptos que mayores dificultades interpretativas ha implicado y que frecuentemente ha sido esgrimido por los partidarios de la línea doctrinal que considera la impericia como noción distinta de la diligencia —sea un supuesto específico (a), sea como supuesto diverso y no comprendido en aquélla (c)— cual es el art. 2.236 C.C. italiano que, dentro del capítulo dedicado a las profesionales intelectuales y bajo la rúbrica de «Responsabilidad del prestador de obra», establece: «Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, sino en caso de dolo o culpa grave»<sup>353</sup>.

En principio, ateniéndose a su tenor literal, este precepto proclamaría una atenuación de la responsabilidad del profesional ante la concurrencia de ciertas circunstancias objetivas de la prestación. El grado de dificultad de la ejecución de ésta exoneraría al deudor de responsabilidad en caso de incurrir en culpa leve, respondiendo tan sólo ante la culpa grave o el dolo. De este modo interpretado, la norma del art. 2.236 constituiría una excepción al precepto del art. 1.176 C.C.<sup>354</sup>.

Sin embargo, conforme a cierta interpretación doctrinal este precepto estaría haciendo referencia a la impericia profesional, pero dejaría imprejuzgada la cuestión de la diligencia (en sentido estricto). En efecto, como ha sido observado, resulta de difícil comprensión que en el supuesto de prestaciones de especial dificultad el profesional esté obligado a una atención o cuidado

---

<sup>353</sup> Artículo 2.236 (Libro V, Título III, Capítulo II): «*Se la prestazione implica soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*».

<sup>354</sup> En tal sentido, GIACOBBE, G., Voz «Professioni intellettuali», *op. cit.*, pág. 1084.

menor que el normalmente exigido, esto es, que exista una cierta relajación en el deber que incumbe al profesional de adaptar su comportamiento al canon de conducta cuidadosa que le es exigible<sup>355</sup>. Con tal norma —se dice— el legislador ha considerado y resuelto la cuestión de las consecuencias de la impericia profesional cuando el contrato tiene por objeto una prestación intelectual, y siempre que se hayan verificado unos daños derivados de la actividad del profesional, pero no se refiere ni a la prudencia ni a la diligencia en sentido estricto<sup>356</sup>.

Incluso tratándose de prestaciones que impliquen la solución de problemas técnicos de especial dificultad el prestador resulta vinculado por el deber general del art. 1.176 que exige, en su apartado 2º, una diligencia objetiva en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional. La posible contradicción entre el art. 1.176 y el art. 2.236 se explica por la amplia noción que de la diligencia que acoge el primero, de donde resulta que la diligencia, traducida en términos de pericia profesional, no es simplemente un modo de ser, una manera en que la obligación es ejecutada, sino que coincide con el mismo cumplimiento de la obligación. De esto se deriva que la impericia no significa realmente

---

<sup>355</sup> Así, BIANCA, C.M., Voz «Negligenza», op. cit., pág. 193.

<sup>356</sup> Esta interpretación es seguida por RIVA SANSEVERINO, L., «Del lavoro autonomo in generale (art. 2.236)», *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Roma-Bolonia, 1966, págs. 239 y sigs.; DE MARTINI, A., «La responsabilità civile del medico», *Giustizia Civile*, 1954, pág. 1224; ZANA, M., Voz «Responsabilità del professionista», op. cit., pág. 4.

Con tal norma, dice RIVA SANSEVERINO, L., se han zanjado las dudas que se planteaban en el Código civil anterior de 1865, en el que en ausencia de disposiciones expresas al respecto se aplicaba el principio del art. 1.224, considerándose conforme a la equidad que el prestador asumiese la garantía de *bonitate* y que, si la prestación no resultaba cumplida con la necesaria pericia, perdiera el derecho a la retribución y resarciese los eventuales daños. El legislador de 1942 se encontró ante dos exigencias: la de no mortificar la iniciativa del profesional con el temor de injustas represalias por parte del cliente y la de no ser indulgente con iniciativas no ponderadas por parte del profesional. El punto de equilibrio consistió en la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad, «admitiendo sin embargo la exención de responsabilidad por culpa leve del profesional en los casos en que se exija la solución de problemas técnicos de especial dificultad».

culpa en el incumplimiento de la obligación, sino que ella misma da lugar a una hipótesis de incumplimiento objetivamente considerado<sup>357</sup>.

La hipótesis prevista en el art. 2.236 es la de una prestación profesional que exige una pericia superior a la que ordinariamente posee cualquier buen profesional; en tal caso la responsabilidad del prestador comprende tanto los supuestos en que se haya demostrado una impericia especialmente grave del deudor que su posición profesional no habría hecho suponer como aquéllos en los que ha ocultado su ineptitud al aceptar el encargo que se le ha confiado (dolo). No obstante, aun la constatación de que el prestador no se ha atendido a los criterios de diligencia y pericia objetivamente exigidos no significa la verificación de la responsabilidad del profesional, sino simplemente el incumplimiento de la obligación deducida en el contrato<sup>358</sup>.

Por tanto, el art. 2.236 intenta resolver —a mi juicio— el problema del (in)cumplimiento de una prestación de dificultad excepcional o extraordinaria debida a la falta de conocimientos o de las técnicas según el estado de la ciencia y de la experiencia, necesarias para la ejecución exacta de la prestación. Se considera, entonces, que la ignorancia o deficiente conocimiento por parte del profesional, al que se le ha confiado la ejecución de dicha prestación, es excusable hasta el límite de la culpa grave. Si concebimos la pericia como el bagaje de preparación científica o técnica que ha de reunir el profesional cuando se obliga a prestar un servicio,

---

<sup>357</sup> En este sentido cabe hablar, para RIVA SANSEVERINO, L., «Del lavoro...», op. cit., pág. 241, de incumplimiento del abogado o del médico que no consiste en la pérdida de la causa o en el fracaso de la cura, sino en la inadecuación de la defensa o en la deficiente asistencia.

<sup>358</sup> Por ello, dice RIVA SANSEVERINO, L., «Del lavoro...», op. cit., pág. 242, la prueba de que el abogado ha defendido inadecuadamente al cliente o que el médico ha curado mal al enfermo no significa sin más culpa; será necesario probar no sólo que el prestador no ha empleado la diligencia peculiar exigida por la obligación, sino también que tal comportamiento estaba en sus posibilidades personales (culpa grave) o que voluntariamente no lo ha adoptado (dolo).

tratándose de prestaciones que reúnan especial dificultad (objetivamente valorada), se le eximirá a aquél de poseer los conocimientos suficientes o de aplicar correctamente las técnicas imprescindibles para el cumplimiento exacto de la prestación<sup>359</sup>. Sin embargo, el profesional vendrá obligado a ajustar su conducta a un modelo de diligencia, de atención y de cuidado como el que tendría un profesional medio en idéntico ámbito de actividad.

En este supuesto, la impericia como supuesto de culpa profesional o negligencia *lato sensu* —omisión de la diligencia exigible en sentido amplio— dará lugar a responsabilidad sólo en el caso de ser especialmente grave<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> En este sentido, GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, op. cit., pág. 36, al considerar que el ámbito de aplicación de dicho precepto ha quedado reducido por el desarrollo de la ciencia y de la técnica: «no subsisten problemas técnicos de especial dificultad cuando la prestación puede ser ejecutada aplicando, con la diligencia y la pericia debidas, predeterminadas reglas técnicas».

<sup>360</sup> En materia de responsabilidad del médico, los pronunciamientos de Cass. de 29 de marzo de 1976, n. 1132 y 26 de marzo de 1990, n. 2428 (cit. BALDASSARI, A. y BALDASSARI, S., op. cit., págs. 243 y 252) avalan tal interpretación. En la última de las sentencias el Tribunal estableció: «la responsabilidad del profesional por los daños causados por el ejercicio de su actividad postula violación de los deberes inherentes a su desempeño, entre ellos el de la diligencia, que es valorado, a su vez, en atención a la naturaleza de la actividad y que, en relación con la profesión del médico cirujano, implica escrupulosa atención y adecuada preparación profesional; de donde se sigue que el profesional médico cirujano responde también por culpa leve, cuando por omisión de la diligencia o por inadecuada preparación provoque un daño en la ejecución de una intervención o de una terapia médica, mientras que sólo responde de culpa grave en aquellos supuestos en que el caso a él confiado sea de particular complejidad bien porque no esté todavía suficientemente estudiado bien porque no se haya todavía debatido los métodos terapéuticos a seguir».

En relación con la figura del abogado, el Tribunal Supremo (Cassazione) en su Sentencia de 4 de diciembre de 1990, n. 11612, (Foro it. Rep. 1990, n. 115) que se pronunció confirmando la decisión que había estimado la responsabilidad de un abogado frente al cliente, por haber, entre otras cosas, retenido inmotivadamente la documentación que le había confiado el cliente, precluyendo a este último la posibilidad de recurrir ante la autoridad judicial, sin advertirle, además, de la eventualidad de prescripción del derecho de accionar, establecía que «en aplicación de los principios dictados por los arts. 2.236 y 1.176-2° C.C., debe considerarse responsable al abogado frente a su cliente en caso de incuria y de ignorancia de disposiciones legales y en general en los casos en los que por negligencia o impericia compromete el buen éxito del juicio, mientras que en los casos de interpretación de leyes o de resoluciones de cuestiones opinables, debe entenderse excluida la responsabilidad del abogado frente al cliente salvo dolo o culpa grave». En cambio,

De las consideraciones expuestas en torno a la pericia y la diligencia, cabe, a mi juicio, sostener la diferenciación de ambas nociones que hacen referencia a aspectos distintos de la conducta exigible a un profesional en la ejecución de la prestación a la que se halla vinculado.

Como ya apuntábamos, en la asunción por un profesional de la obligación de ejecutar una prestación perteneciente al sector de actividad al que se dedica habitualmente, aquél se halla vinculado, de manera directa e inmediata, por una medida o canon de pericia que viene representado por la que ostentaría el modelo ideal del buen profesional y, que al igual que sucede respecto al modelo no profesional del buen padre de familia, se identifica con el profesional medio entendido no tanto en sentido estadístico como valorativo. La pericia comprende aquel bagaje de conocimientos científicos, teóricos y prácticos, necesarios para el cumplimiento de una obligación de carácter profesional o especializado.

El simple ejercicio de determinadas profesiones hacen presumir que el profesional tiene el grado de pericia normal y suficiente para la perfecta ejecución del servicio encomendado. Además, el profesional en la ejecución de su prestación, en la aplicación de los conocimientos, debe emplear una diligencia que se adapta a la naturaleza de la obligación particular (art. 1.104-1º C.C. esp. y art. 1.176-2º).

---

se ha considerado aplicable el art. 2.236 C.C. it. en la hipótesis en que el abogado debía establecer «si el contrato preliminar debía ser probado por escrito o si tal limitación de prueba estaba prevista por la ley sólo para el contrato definitivo» (Pret. Taranto, 19 de febrero de 1992, *Giur. it.*, 1982, I, 2, col. 581).

**§ 10. Pericia objetiva y las condiciones personales del profesional**

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, cabe destacar la diversa configuración que puede adoptar la pericia ya que, como hemos estado haciendo referencia, si la deficiente aplicación de las reglas técnicas alude a una noción objetiva de impericia, distinta es la noción más restringida de impericia en sentido subjetivo como estado de incapacidad técnica derivada de la inhabilidad o de la ignorancia del deudor. Ahora bien, ¿es válida, en cuanto que haya de ser tomada en cuenta para configurar un modelo de conducta por el que deben regirse las relaciones obligatorias entre profesional y cliente, esta última acepción de la pericia (impericia), relativa a la (no) posesión de los conocimientos técnicos necesarios para ejercitar la actividad dirigida al cumplimiento de la obligación?

El punto de partida del planteamiento está constituido por la distinción entre una pericia objetiva, que alude a la correcta aplicación de unas normas técnicas que integran la actividad que ha de ser desarrollada para el exacto cumplimiento de la obligación, y una pericia subjetiva, referida a las condiciones particulares del sujeto que en su condición de profesional ha de aplicar tales técnicas, esto es, a las posibilidades, habilidades y conocimientos personales del deudor.

25. La pericia en sentido objetivo integra el canon de conducta del profesional

En principio, el juicio de inexactitud de la prestación de carácter técnico o profesional toma como referencia una medida de pericia que podrá ser más o menos elevada, pero que prescinde de la concreta capacidad o habilidades personales del sujeto obligado. De ahí que se mantenga que la medida de la pericia es un parámetro

abstracto, lo que viene confirmado por las fórmulas legales (arts. 1.176-2º, 2.104, 2.174-2º C.C. it.; el art. 1.104 C.C. español) que hacen referencia a la diligencia exigida por la propia naturaleza de la actividad objeto de la obligación y no a las particulares condiciones personales del deudor<sup>361</sup>.

En este sentido, se manifiesta BIANCA para quien cabe rechazar aquella opinión que relaciona la pericia con la concreta capacidad del deudor basada en el argumento de que al profesional se le exige un mayor esfuerzo técnico que al no profesional. Esta mayor pericia como mayor esfuerzo técnico que se exige al profesional no se explicaría tanto por sus particulares habilidades como por la diversa y más compleja actividad que aquél se ha comprometido a realizar<sup>362</sup>. Únicamente cabe referir la pericia a la concreta capacidad del sujeto en sede negocial en el supuesto de que se tenga conocimiento en el momento de contratar de que el deudor no está suficientemente preparado para ejecutar correctamente la prestación según las reglas del arte.

Cuando la medida de valoración del comportamiento del deudor comprende también la habilidad técnica se está prescindiendo del modelo del buen padre de familia, para sustituirlo

---

<sup>361</sup> El art. 2.104 C.C. it., ubicado en el Título dedicado al trabajo subordinado en la empresa, dispone que la diligencia exigible al prestador de trabajo (que puede ser tanto intelectual como manual) viene determinada por la «naturaleza de la prestación debida»; por su parte, el art. 2.174-2º, también en sede de trabajo dependiente, y en particular del contrato de *soccida* —especie de contrato de sociedad relativo al disfrute de animales agrícolas— impone al *soccidiario* la obligación de usar la diligencia del buen *allevatore* (cuidador de animales).

<sup>362</sup> En la misma dirección se manifiesta GIORGIANNI, M., Voz «Buon padre de famiglia», op. cit., págs. 597 y 598, y en *L'inadempimento*, op. cit., págs. 340 y 341, la mayor complejidad de las actividades de la vida moderna exige una más atenta adecuación del modelo abstracto de diligencia a la concreta actividad del sujeto. Parte este autor de una noción compleja de diligencia que comprende no sólo el esfuerzo que el deudor debe cumplir, como situación subjetiva, «sino también la pericia, o sea, el uso de las normas técnicamente necesarias para aquella determinada prestación» (a cuya ejecución se ha comprometido el deudor en el ejercicio de una actividad profesional a tenor del art. 1.176-2º), además del respeto a las prescripciones legislativas, consuetudinarias o reglamentarias. Vid. también, Voz «Inadempimento», op. cit., págs. 880 y 881.



por la figura diversa del «buen profesional» de la especialidad a la que pertenece el deudor en el momento de asumir la obligación. Este modelo del buen profesional en cuanto que se erige en canon o parámetro de conducta aplicable de manera general a las relaciones obligatorias de carácter especializado en las que el deudor ostenta la condición de profesional implica necesariamente un carácter objetivo; es decir, su aplicación como esquema de conducta al que ha de plegarse la actividad desarrollada por el deudor-profesional prescinde de sus conocimientos personales<sup>363</sup>.

La noción objetiva de pericia como canon de comportamiento que supone una adecuada aplicación de las normas técnicas y que viene impuesto por el carácter profesional en virtud del cual asume el deudor una prestación objetivamente cualificada es una exigencia para la realización del interés creditorio y para la salvaguarda de los diversos intereses que en las relaciones entre los sujetos quedan expuestos a ser lesionados.

Además, la aplicación de las normas técnicas y conocimientos profesionales apropiados en que consiste la pericia implica, al mismo tiempo, la previa elección y posterior empleo de los instrumentos adecuados en orden al cumplimiento de la prestación profesional, de donde podría inferirse, como hace algún autor, que cuando el suministro de estos medios instrumentales quede

---

<sup>363</sup> La jurisprudencia italiana conecta a la diligencia profesional la sustitución del modelo de diligencia del buen padre de familia por el modelo del buen profesional, tal como tiene declarado la Sentencia Cass. de 28 de julio de 1948, n. 1271, (Foro it., 1949, I, pág. 944) al hacer notar que «ya bajo la pasada legislación se había afirmado la concepción jurídica de la diligencia técnica, respecto de la cual no existe un tipo fijo y abstracto de padre de familia y éste debe, en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, asumir la figura del regulado y cuidadoso profesional». En el mismo sentido, Cass. 29 de noviembre de 1973, n. 3298, *Foro it.* 1974, I, col. 678; Cass. 18 de junio de 1975, n. 2439, *Giur. it.*, 1976, I, 1 col. 953; Cass. 21 de diciembre de 1978, n. 6141, *Giur. it.*, 1979, I, 1, col. 953; Cass. 8 de marzo de 1979, n. 1441, *Giur. it.*, 1979, I, 1, col. 1494.

conferido al acreedor el deudor quedará exonerado de un esfuerzo diligente a este respecto<sup>364</sup>.

Por último, dentro del ámbito de la diligencia exigible a un profesional cabe comprender el establecimiento de la necesaria «organización» para un puntual cumplimiento de las obligaciones, cuya puesta en marcha y aplicación puede considerarse una de las manifestaciones de la pericia<sup>365</sup>. De este modo, y formando parte de la diligencia en sentido amplio, al deudor profesional le es exigible una correcta elección de los medios útiles que hagan posible una ejecución exacta del encargo confiado.

### 26. La relevancia de las cualidades personales del profesional

No obstante, y a pesar del carácter objetivo del modelo de pericia concebido como esquema de conducta del buen profesional, que integra de este modo la prestación a la que se ha comprometido, determinando el cumplimiento exacto de ésta, no se puede olvidar, como ya pusimos de manifiesto en la primera parte de este estudio, que en las relaciones de servicios con los profesionales es frecuente la presencia del elemento *intuitu personae*, que determina el carácter personalísimo de la prestación, condicionando, por tanto, el

---

<sup>364</sup> Para BIANCA, C.M., «Negligenza (Diritto privato)», op. cit., págs. 193 y 194, esta consideración de la pericia como correcta aplicación de las normas técnicas puede ser reiterada en relación a la aplicación de específicas normas jurídicas, cuando su observancia deba ser entendida como medio útil para la consecución de un resultado externo o interno a la finalidad normativa. En efecto, se plantea este autor si la observancia de las normas jurídicas, de la legalidad, integra el concepto de diligencia concluyendo que si esto es claro en el campo extracontractual es dudoso en el campo de las relaciones obligatorias en el cual «a menudo la ilicitud del comportamiento del deudor no excluye la satisfacción del interés crediticio y no vale, por tanto, para definir la prestación como negligente». En tal caso, la observancia de normas imperativas señala el límite del comportamiento diligente, en el sentido de que para la satisfacción del interés del acreedor no puede exigirse un esfuerzo que alcance la violación de dichas normas.

<sup>365</sup> Así, GIORGIANNI, M., Voz «Buon padre de famiglia», op. cit., pág. 598, y en Voz «Inadempimento», op. cit., pág. 881.

cumplimiento exacto de la obligación a las cualidades personales del deudor<sup>366</sup>.

Además, según vimos, en particular, la relación que se establece entre el abogado y su cliente descansa en la confianza o fiducia depositada en el profesional que ha de llevar a cabo el encargo encomendado, y que se explica por la relación representativa que aquélla suele implicar<sup>367</sup>.

Ante una relación profesional configurada de tal manera, en la que se han tenido en cuenta las condiciones personales del deudor en la contratación de la prestación de un servicio, como pueden ser su experiencia en el sector, el prestigio profesional alcanzado, etc., y en la que se halla presente un fuerte carácter fiduciario, cabe plantearse hasta qué punto la presunta objetividad del modelo de conducta del profesional, del parámetro "pericia" queda desvirtuado por el elemento *intuitu personae*. En dichos supuestos contractuales, la satisfacción del interés del acreedor viene en gran manera determinada subjetivamente, pero ¿puede entenderse que la obligación contraída ha sido incumplida, cuando la prestación no ha sido llevada a cabo por dicho deudor en concreto, a pesar de que aquél que le ha sustituido ha desempeñado la actividad de acuerdo a las reglas objetivas de la profesión, a los cánones de pericia?

En la búsqueda de una solución a este posible conflicto resultan implicadas cuestiones de diversa índole.

La pericia como regla de conducta a la que ha de sujetarse el deudor integra el cumplimiento de la obligación, constituyendo uno de los presupuestos objetivos del exacto cumplimiento del programa prestacional. Sin embargo, cuestión distinta es la consideración de las cualidades subjetivas de la persona del deudor que, como

---

<sup>366</sup> Sobre el carácter infungible de la prestación, el *intuitus personae* y el elemento de la confianza o fiducia, vid. *supra* Parte I, capítulo 2º.

<sup>367</sup> En este sentido, MONTÉS PENADÉS, V., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», op. cit., pág. 34.

venimos diciendo, determina el carácter *intuitus* de la relación entablada. En este supuesto, sólo existe cumplimiento cuando la prestación es ejecutada por el profesional con el que se contrató —que, normalmente, podrá servirse de auxiliares y colaboradores—; únicamente en tal caso existe satisfacción del interés crediticio ya que en la constitución de la obligación como composición de intereses de las partes las condiciones particulares del deudor fueron un elemento determinante.

Por tanto, la satisfacción del interés del acreedor exige que la actividad sea llevada a cabo por un profesional en concreto, pero en la ejecución de la prestación éste ha de ajustarse a un canon de conducta profesional, a una reglas de pericia, objetivamente consideradas, ya que, en caso contrario, sería tanto como dejar el cumplimiento de aquélla al arbitrio del deudor (cfr. art. 1.256 C.C.)<sup>368</sup>.

---

<sup>368</sup> En efecto, como pone de relieve MONTÉS PENADÉS, V., «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», op. cit., pág. 35, el interés del acreedor no puede ser valorado tan subjetivamente que una conducta ajustada a los cánones profesionales no sea considerada como cumplimiento, ya que «la regla de conducta para el deudor es la buena fe, los usos y la ley (art. 1.258 C.C.), y la conducta solutoria ha de ser medida como conformidad o disconformidad con esa regla».

**§ 11. La diligencia, la pericia y la *lex artis*. Análisis jurisprudencial**

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en torno al modelo de conducta del profesional, se puede afirmar, a nuestro juicio, que la pericia constituye condición necesaria para el exacto cumplimiento de las obligaciones de carácter profesional, entre ellas, las del abogado, y, por tanto, su omisión —la impericia—, uno de los presupuestos de la responsabilidad contractual. El deudor debe en su comportamiento ajustarse a una medida de pericia objetiva, apta para la satisfacción del interés crediticio. En este sentido, y en relación con la existencia o inexistencia de responsabilidad del profesional liberal, la doctrina y la jurisprudencia aluden frecuentemente a las reglas impuestas por la *lex artis* a la que pertenece el deudor, como parámetro a tener en cuenta para la verificación de aquélla.

Al análisis de la expresión *lex artis*, a su estrecha relación con la pericia —como elemento componente de la misma— y a la función que se le atribuye en el juicio de responsabilidad del profesional dedicamos este apartado.

La referencia a la *lex artis*, esto es, a aquellas normas o reglas propias de la profesión que imponen determinadas pautas de conducta o deberes al deudor-profesional, se erige en el elemento que otorga la objetividad necesaria para que la pericia pueda constituirse en parámetro del cumplimiento de la prestación. Las reglas del arte integran, de este modo, el contrato que liga al profesional con su cliente.

La pericia, como hemos visto, puede ser concebida desde una doble vertiente: la subjetiva, que incide en la posesión de los conocimientos profesionales del deudor, y la objetiva, que se refiere

a la traslación exterior, a la aplicación de dichos conocimientos en el momento de la ejecución de la prestación.

Es este último aspecto el que adquiere relevancia en orden a la determinación del contenido exacto de la prestación, y donde se pone de manifiesto su distinción con la diligencia, como deber general de comportamiento al que debe plegarse todo deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. La prestación de servicios profesionales exige un grado de pericia, determinado por el canon o modelo del buen profesional; la observancia de tal exigencia implica que la obligación ha de ser ejecutada de acuerdo con la *lex artis*.

Llegados a este punto, resulta de enorme utilidad elaborar un análisis de los diversos supuestos jurisprudenciales que en el ámbito de las relaciones de servicios de los profesionales han suscitado la cuestión de la negligencia profesional, lo cual nos demostrará si el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta —y si ha sido así, con qué trascendencia— la distinción, aquí mantenida, entre la pericia y la diligencia; indagando, al mismo tiempo, la función que se encomienda a la «*lex artis*», como normativa sectorial (profesional) vinculante para el ejerciente de tal *ars*.

A estos efectos, se ha de tener en cuenta, de un lado, que el objeto primordial de esta investigación se centra en las relaciones de servicios profesionales, con especial referencia a las entabladas con abogados, lo cual justifica que, con independencia de la necesaria alusión a otros ámbitos profesionales —en particular, el médico o sanitario—, me detenga específicamente en las características propias de la negligencia en que puede incurrir un letrado; de otro, por exceder —reitero— de la finalidad de este trabajo, me centraré en el tratamiento jurisprudencial de la negligencia y de la impericia profesional en el ámbito de las relaciones contractuales y, por tanto, sin perjuicio del cauce legal y procesal a través del cual se ha hecho valer la posible existencia de responsabilidad —esto es, con independencia de que se haya planteado la responsabilidad civil

extracontractual, aislada, cumulativa o alternativamente a la contractual—<sup>369</sup>.

27. *La lex artis y su configuración jurisprudencial. La lex artis ad hoc*

En el estudio de los caracteres y la función de la «*lex artis*» se observa que la mayoría de las decisiones jurisprudenciales que aluden a ella lo hacen como fuente de una serie de deberes profesionales que se imponen al deudor en el ejercicio de su profesión, cuya infracción o violación es susceptible de dar origen, si concurren los restantes elementos objetivos imprescindibles para ello (la verificación del daño, la relación de causalidad) al juicio de responsabilidad (imputabilidad) del profesional.

De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo demuestra su preferencia al recurso de la *lex artis*, como conjunto de reglas a las que ha de atenerse el profesional en el ejercicio de su profesión, en el cumplimiento de la obligación contractual a la que

---

<sup>369</sup> Esta limitación al ámbito contractual viene determinada por el propio objeto de este estudio: la incidencia de la pericia y la diligencia del profesional en el cumplimiento de las obligaciones contractuales que le incumben. Por tanto, se parte de la existencia de una relación de carácter contractual entablada entre el profesional y su cliente.

De otra parte, se ha tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha destacado la unidad conceptual de la culpa obligacional del art. 1.104 C.C., como se desprende de la Sentencia de 26 de septiembre de 1989 (R.A. 6379, 1989), en la que suscitada la posible existencia de responsabilidad extracontractual a través del cauce del art. 1.902 C.C., y declarando el Tribunal de instancia la omisión de la diligencia exigible *ex art. 1.104 C.C.*, se enfrenta el Tribunal Supremo a la valoración que merece el motivo del recurrente en que alega la aplicación indebida del art. 1.104 C.C., y en la justificación de su decisión de tratar dicha cuestión al estudiar el motivo tercero —referido a la interpretación errónea del art. 1.902 C.C.— aclara que «indiscutiblemente, los caracteres esenciales de la culpa subsisten en una y otra especie de tal modo que los varios aspectos que en una y otra cabe considerar no destruyen la unidad de concepto común». Inciden en la llamada «unidad de culpa civil» en los supuestos de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, entre otras, las SS.T.S. de 15 de febrero de 1993 (R.A. 771, 1993) y 18 de febrero de 1997 (*La Ley*, núm. 4261,4 de abril de 1997, pág. 5).

se ha comprometido, frente a la noción de pericia, concebida en sentido objetivo como adecuado despliegamiento de los conocimientos que rigen dicha *lex artis*, constituyendo condición para el exacto cumplimiento de la obligación.

Además, cabe resaltar que, tratándose de obligaciones profesionales, el Tribunal Supremo abandona el canon de conducta representado por la diligencia del buen padre de familia (art. 1.104-2º C.C.) para sustituirlo por uno diverso y específico, la diligencia propia del profesional medio que, además, habrá de adecuarse a la naturaleza de la obligación (cfr. art. 1.104-1º) que asume, en estos supuestos, caracteres especializados (la propia de la profesión en cuyo círculo nace). Por tanto, la culpa o la negligencia del profesional viene determinada por la omisión de dicha diligencia especial —o mejor, especializada— exigible en atención a sus conocimientos técnicos, que no cabe confundir con la simple (normal) diligencia de un hombre cuidadoso, al tratarse de una diligencia alejada de la general definida en el art. 1.104-2º C.C.

En tal sentido, aplica el criterio de la diligencia propia del profesional, entre otras, la S.T.S. de 26 de mayo de 1986 (R.A. 2824, 1986), en la que, suscitada la existencia de responsabilidad contractual de un médico por negligencia *ex arts.* 1.101 y 1.104, y confirmando el pronunciamiento de la sentencia de instancia que no consideraba probada «la negligencia o imprudencia de la actuación médica», declara el Tribunal que tal criterio se acepta teniendo en cuenta «*no sólo la diligencia ordinaria, sino como resulta de las pericias la específica y profesional propia del supuesto contemplado*»<sup>370</sup>; la

---

<sup>370</sup> En tal sentencia, frente al argumento de la recurrente de que el demandado omitió las cautelas mínimas exigibles en el tratamiento y cuidado del enfermo, incurriendo en negligencia conforme al art. 1.104, la falta de prueba de que esta última fuera la causante de la muerte del paciente provoca la desestimación de dicho motivo, llevando al Tribunal a sostener que «el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía para alcanzar la curación... Todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una "obligación de medios", es



S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (R.A. 668, 1990) en la que se prevé que la actuación del médico ha de venir presidida por *«la diligencia derivada de su especialización de conocimientos»*, de lo que se sigue que la diligencia exigible *«no será la del común individuo lego en la materia sino la del profesional que las circunstancias exijan»*, o la de 22 de noviembre de 1971 (R.A. 4974, 1971) en la que en relación con otro profesional se declara que *«la normal previsión, exigible al Arquitecto director de las obras, no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella diligencia obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica profesional, que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe ser exigida»*, expresión reiterada en la de 27 de noviembre de 1993 (R.A. 9143, 1993)<sup>371</sup>.

En relación con el abogado, la aplicación de un canon de diligencia diverso y cualitativamente superior al que emplearía un buen padre de familia resulta clara para el Tribunal Supremo al considerar que éste tiene obligación legal de actuar con diligencia *«cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que*

---

decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado de la ciencia médica».

En cambio, en la S.T.S. de 13 de julio de 1987 (R.A. 5488, 1987), también en relación con la posible existencia de responsabilidad médica y también desestimatoria, no se alude a un modelo o canon de conducta diligente representado por el buen profesional, sino a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, viniendo medida *«en función de la capacidad intelectual y de la preparación profesional de los demandados»*, con lo que, de manera indirecta, se está exigiendo un canon de diligencia diverso al del buen padre de familia, en cuanto éste, como vimos, se caracteriza por su no profesionalidad, por su condición de no experto. En otras sentencias, en relación también con el médico, se hace referencia al deber de diligencia *«exigible en su actuar profesional atendida la especialización de sus conocimientos»* — cfr. S.T.S. de 6 de noviembre de 1990 (R.A. 8528, 1990)—.

<sup>371</sup> En el caso de la responsabilidad de los arquitectos exigible a través del art. 1.591 C.C. o del art. 1.902 C.C. por los daños derivados de culpa extracontractual, al valorar la diligencia exigible a estos profesionales la jurisprudencia reconoce la vigencia en dicho ámbito de un deber superior de diligencia que impone al arquitecto el cumplimiento de aquellas normas técnicas típicas de su profesión.

*sirven de buena y estricta medida de su actuación»* (S.T.S. de 4 de febrero de 1992, R.A. 819). La fuente de tal deber especial de diligencia al abogado se hace radicar no en el art. 1.104-1º C.C., sino en las normas corporativas reguladoras de su profesión, en particular en los arts. 53, 54 y 102 Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, del Estatuto General de la Abogacía, omitiendo que el modelo de diligencia exigible viene dado por la propia naturaleza de la obligación y la cualificación del prestador del servicio, lo cual viene reflejado en las normas corporativas, como demuestra el art. 54 E.G.A. al prever que «el abogado realizará diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto»<sup>372</sup>; o la S.T.S. de

---

<sup>372</sup> Es criticable, a mi juicio, la omisión en tal pronunciamiento jurisprudencial del art. 1.104-1º C.C., como norma de la cual deriva la determinación del modelo de diligencia exigible al abogado.

En esta Sentencia, discutiéndose la existencia de responsabilidad civil extracontractual por vía del art. 1.902 C.C. en que podría haber incurrido el abogado, motivada tal reclamación por la incomparencia de éste en la primera y segunda instancia, la cuestión se centra en la verificación de la existencia de la negligencia del abogado así como en la carga de la prueba de la misma. Entre los motivos de recurrente —cuya pretensión de resarcimiento ha sido desestimada en primera y segunda instancia— destaca la infracción de las normas corporativas antes citadas que imponen al abogado la obligación de cumplimiento «con el máximo celo y diligencia y guardando secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada», añadiendo que «en el desempeño de esta función se atenderá el abogado a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto» (art. 53).

El Tribunal Supremo, reiterando los pronunciamientos de instancia, rechaza tal motivo sobre la base de que no existe prueba de la negligencia del abogado ya que «la denunciada incomparencia del Letrado en la primera instancia no está demostrado que obedeciera a desidia o abandono de su función de defensa» —dándose la circunstancia de que la sentencia fue favorable— y además «la incomparencia en la apelación no necesariamente comporta negligencia ni muchos menos que sea decisiva para la revocación». Junto a la indagación de la existencia de la negligencia, el Tribunal se centra en otra cuestión, con la que, sin embargo, viene a confundirse, cual es el concepto de daños indemnizables derivados de una actuación profesional negligente.

Entiendo que en este supuesto cabría distinguir dos cuestiones distintas (si se hubiera planteado la pretensión por vía contractual): una, la del incumplimiento contractual, que, a mi juicio, se deriva de la incomparencia del abogado y que sí cabe atribuir a la falta de diligencia exigible; la otra, la prueba de la existencia y valoración del daño causado, tanto de su importe como de la derivación causal de la infracción obligacional, siendo este aspecto bajo el cual podría plantearse la desestimación de la reclamación. Ahora bien, la incomparencia del abogado, en tanto supone el incumplimiento de las obligaciones que le vienen impuestas por el

28 de diciembre de 1996 (R.A. 9509, 1996) que alude al «modelo profesional de diligencia del abogado medio» para considerar correcta en dicho supuesto concreto la conducta del Letrado.

Es en este ámbito de la responsabilidad profesional en el que el Tribunal Supremo va acuñando la expresión «*lex artis ad hoc*», flexibilizando con el calificativo «*ad hoc*» las consecuencias excesivamente rígidas que se sucederían de exigir un canon de conducta objetivo, estricto, y que, en virtud de la cualificación del sujeto y de la actividad, ha de venir integrado por las específicas normas profesionales. Sin embargo, cabe destacar que tal función ya viene desempeñada en nuestro ordenamiento por el párrafo primero del art. 1.104 del Código civil que prevé, efectivamente, que la diligencia exigible al deudor venga determinada por la «naturaleza de la obligación» y corresponda «a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Consecuentemente, mientras la naturaleza cualificada de la obligación (profesional) implica que el canon de conducta diligente no sea el del buen padre de familia, sino uno diverso, el propio de un profesional, y que aparezca el componente de la pericia (como especie diversa de la diligencia), los elementos circunstanciales (persona, tiempo y lugar) de la obligación pueden implicar una modulación o atenuación de la aplicación del modelo objetivo de diligencia y pericia. De otra parte, si se entiende que con la adición del término «*ad hoc*» se ha pretendido hacer notar que las reglas o cánones profesionales que se han de tener en cuenta para cotejar la conducta del obligado, en orden a averiguar si se ha ajustado a las mismas en la ejecución de su prestación, son las específicas de la profesión o especialidad a la que pertenece el profesional, resulta por lógica del todo innecesaria tal explicitación.

---

contrato integrado por las reglas de la profesión, legitimaría al cliente para rechazar la pretensión de pago por los servicios no prestados, esgrimiendo la excepción de contrato incumplido, o para exigir, en su caso, la restitución de lo pagado mediante el ejercicio de la acción resolutoria.

A pesar de estas reflexiones, como hemos puesto de relieve, la jurisprudencia viene reconociendo y reiterando que la actuación del profesional debe ajustarse a la *lex artis ad hoc*, a la que se conecta idéntico efecto al que se podría derivar de la previsión del art. 1.104-1º C.C. Esta consideración resulta, entre otras, de la S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (R.A. 668, 1990) en la que se expresa que la «*actuación de los médicos debe regirse por la "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional*»<sup>373</sup>.

De este modo, la *lex artis* integra el modelo de pericia y de diligencia que el profesional ha de adoptar en el cumplimiento de sus obligaciones, constituyendo el parámetro en atención al que ha de verificarse la ejecución de la prestación<sup>374</sup>. El profesional se compromete a ejercer su profesión con la pericia que su arte requiere, empleando la técnica adecuada y, en consecuencia,

---

<sup>373</sup> Así, también la S.T.S. de 29 de junio de 1990 (R.A. 4945, 1990), que asume la distinción sostenida por la Sala de instancia entre la pericia (a la que alude la observancia de la *lex artis*) y la diligencia que hace referencia a la conducta atenta, cauta y cuidadosa, cuando al valorar la conducta del recurrente sostiene que «la causa desencadenante de todo el proceso apunta a un actuar no plenamente diligente en el autor de la intervención, no habiéndose acreditado, y esto es muy importante, lo contrario, ... es decir, no sólo las atenciones y cuidados reglamentarios, "lex artis", sino un agotamiento del esmero a aplicar por aquél, en el uso de un medio de tan considerable peligro como el empleado». Reitera la definición de la *lex artis ad hoc* elaborada en la S.T.S. de 7 de febrero de 1990 la de 25 de abril de 1994 (R.A. 3073, 1994) destacando que deben tenerse en cuenta todos los elementos circunstanciales que rodean la actuación del profesional para que el acto pueda calificarse de «conforme o no a la técnica normal requerida» y que, dada la vital trascendencia para el enfermo de la actuación del médico, debe serle exigida, en dichos supuestos, «la diligencia que el derecho sajón califica del mayor esfuerzo». También, recoge el término *lex artis ad hoc* con idéntico sentido la S.T.S. de 20 de febrero de 1995 (R.A. 886, 1995).

<sup>374</sup> Así, la S.T.S. de 9 de junio de 1997 (*La Ley*, núm.4322, 2 de julio de 1997, pág. 6) que, considerando responsable al médico al apreciar negligencia en su actuación profesional, declara que «la actuación correcta del facultativo se impone y exige, como tiene que ser, necesaria, correcta y conformada a las leyes médicas. El enfermo espera una actuación sujeta a estos parámetros y el efectivo empleo de los medios técnicos procedentes...».

acomodando su prestación a la *lex artis* requerida<sup>375</sup>. Ahora bien, de la misma manera que veíamos respecto a la diligencia del buen padre de familia, el modelo del buen profesional, en cuanto parámetro abstracto y general, no puede ser excesivamente rígido o estricto, exigiendo al profesional, en todo caso, una pericia exquisita, sino que dicho modelo vendrá configurado por el normal buen actuar en la especialidad profesional concretizado en el supuesto particular «según las circunstancias del tiempo y lugar».

Al respecto, resulta conveniente destacar el pronunciamiento de la S.T.S. de 11 de marzo de 1991 (R.A. 2209, 1991)<sup>376</sup> que, con

---

<sup>375</sup> Moviéndose también en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del médico, la S.T.S. de 12 de julio de 1994 (R.A.6730, 1994), para encajar la obligación del médico entre las de medios, y acabar rechazando la existencia de responsabilidad de los médicos demandados al considerar su actuación en el tratamiento postoperatorio como la más idónea y adecuada «desde el punto de vista técnico (*lex artis ad hoc*), ... independientemente de que el resultado no fuere el óptimo que los mismos como profesionales de la medicina y el deseado por el enfermo...», elabora una serie de reflexiones en torno a la consideración de la medicina que «como Arte, como Ciencia y como Técnica, va dirigida a la atención de la humanidad doliente... pues no ha de olvidarse que la función —u obligación— de la medicina y por lo tanto del médico no es, cual por esta Sala se ha dicho de modo reiterado, de resultado sino de medio, en cuanto dada la naturaleza humana y los límites de la Medicina no siempre se consigue de modo pleno tal finalidad, aun cuando el médico ponga de su parte el Ars, Thecnos y Modus operandi...».

<sup>376</sup> La S.T.S. de 11 de marzo de 1991, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del médico por responsabilidad, tiene su origen en la demanda presentada por la paciente en la que se ejerció la acción de responsabilidad *ex art.* 1.101 C.C. por daños y perjuicios derivados de la intervención quirúrgica a que fue sometida y de las posteriores alteraciones que culminaron con la extirpación de un riñón. En primera instancia el Juzgado dictó sentencia desestimado dicha pretensión fundamentada en que «habida cuenta de las características de la obligación —como auténtica obligación de medios— que contrae todo médico al realizar el acto asistencial al paciente... no se aprecia la más mínima falta de diligencia o de atención en la actuación del Dr...». Sin embargo, la Audiencia condenó al médico al apreciar que el arte médico, esto es, la *lex artis*, aconsejaba, en evitación de tal supuesto, el conocimiento de cierta especialidad de la que carecía, especificando que la falta de previsión ante la falta de conocimientos para evitar el daño producido lleva al resultado de inculpar al médico «por no ordenar los medios para que no se produjera tal resultado...». El Tribunal Supremo se detiene en el análisis de la *lex artis ad hoc* que queda configurada como «módulo rector de todo arte médico» en torno a la cual ha de valorarse el comportamiento del médico, haciéndose eco de los pronunciamientos de las S.S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (R.A. 668, 1990) y 29 de junio de 1990 (R.A. 4945, 1990).

ocasión de la desestimación del recurso de casación, confirmando la Sentencia de la Audiencia que apreciaba la existencia de responsabilidad civil de un médico-ginecólogo, aclara el concepto y las notas características de la expresión *lex artis ad hoc* y que se hacen radicar en:

«1) Como tal *lex* implica una regla de medición de conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la «*lex*» es un profesional de la medicina; 4) El objeto sobre el que recae: especie de acto (clase intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto “*ad hoc*”<sup>377</sup>».

---

En el mismo sentido, la S.T.S. de 23 de marzo de 1993 (R.A. 2545, 1993) configura la *lex artis ad hoc* como «aquel criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la medicina —ciencia o arte médica— que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos... para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida».

<sup>377</sup> Respecto al denominado «presupuesto *ad hoc*» declara el Tribunal que «tal vez sea éste el aporte que individualiza dicha *lex artis*» aclarando que «así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos».

Por tanto, como hemos puesto de manifiesto, asignando al término *ad hoc* la función de concretar o especificar la *lex artis* que se considera aplicable al supuesto particular —como resulta del anterior pronunciamiento—, se observa que idéntico efecto se obtendría de aplicar el párrafo primero del art. 1.104 C.C. y que, por otra parte, tal especificación resulta superflua en tanto que resulta evidente que las reglas técnicas o los conocimientos que ha de aplicar el profesional en el ejercicio de sus obligaciones son las propias del ámbito o sector profesional en el que ejerce su actividad.

Así, mediando un contrato de arrendamiento de servicios entiende el Tribunal Supremo que la obligación de resarcir los daños y perjuicios ha de tener su origen en la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad; configurándose, de este modo, el incumplimiento de dichas reglas —en que se traduce la exigencia de pericia en sentido objetivo— en uno de los presupuestos de la existencia de responsabilidad del profesional<sup>378</sup>.

28. *La carga de la prueba de la culpa y la lex artis. La evolución jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad del profesional (especial consideración al profesional médico)*

Junto a esta función de la *lex artis* como objetivadora de la pericia y la diligencia (en sentido amplio) exigible en las obligaciones de los profesionales e integradora del contrato de servicios profesionales, la relevancia jurisprudencial que se otorga a la *lex artis* viene determinada, en gran medida, por un diverso juego de la carga de la prueba de la culpa o de la negligencia del profesional en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual, tal como queda reflejado en las S.S.T.S. de 24 de mayo de 1990 (R.A. 3836, 1990), 5 de julio de 1991 (R.A. 5568, 1991), 4 de febrero de 1992 (R.A. 819, 1992)<sup>379</sup>.

---

Sostiene FERNÁNDEZ COSTALES, J., «La responsabilidad civil médica (Comentario a la S.T.S. de 26 de mayo de 1986)», *La Ley* 1986-3, pág. 635, que en tanto que la *lex artis* ha de ir siempre referida al caso concreto puede decirse que el contenido de ésta es variable, a pesar de que las exigencias de la *lex artis* son siempre las mismas.

<sup>378</sup> Así, la citada S.T.S. de 23 de marzo de 1993 (R.A. 2545, 1993).

<sup>379</sup> Para un estudio de las presunciones y de la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad médica, así como de su situación actual en la doctrina, vid. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona, 1996, págs. 44 y sigs.

De este modo, frente a una creciente tendencia jurisprudencial consistente en invertir la carga de la prueba de la culpa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual *ex art. 1.902 C.C.*, trasladando, por tanto, al causante de los daños la carga de acreditar que actuó con la diligencia que le era exigible<sup>380</sup>, la jurisprudencia excepciona de esta generalizada aplicación de la inversión del *onus probandi* los supuestos de «responsabilidad civil por infracción de deberes profesionales o de la *lex artis*, casos de contratos de arquitectos, médicos y otros arrendamientos de servicios» —Sentencias de 24 de mayo de 1990 (R.A. 3836, 1990), 5 de julio de 1991 (R.A. 5568, 1991) y 28 de julio de 1997 (*La Ley*, núm. 4382, 26 de septiembre de 1997, págs. 4 y sigs.)—, en los que, en consecuencia, corresponderá al dañado, demandante de responsabilidad, la prueba de la falta de diligencia exigible, esto es, la culpa del profesional —con lo que se retorna a lo que venía siendo la regla general—<sup>381</sup>.

---

<sup>380</sup> La mencionada evolución jurisprudencial del sistema de responsabilidad extracontractual o aquiliana a través de la inversión de la carga de la prueba es puesta de relieve en la S.T.S. de 16 de octubre de 1989 (6923, 1989) donde se destaca la transformación «de la apreciación del principio subjetivista... presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable» debida al «incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por el tercero». Sobre el tema, vid. CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992, págs. 21 y sigs.

<sup>381</sup> En efecto, la posición de gran parte de la jurisprudencia española ya consagrada, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad médica, es la de excepcionar para determinados profesionales la inversión de la carga de la prueba «admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico» (S.T.S. 12 de julio de 1988, R.A. 5991, 1988). En esta línea, referentes al ámbito médico o sanitario, las SS.T.S. de 13 de julio 1987 (R.A. 5488, 1987), 12 de febrero de 1988 (R.A. 943, 1988), 29 de abril de 1988 (R.A. 3302, 1988), 7 de febrero de 1990 (R.A. 668, 1990), 6 de julio de 1990 (R.A. 5780, 1990), 6 de noviembre de 1990 (R.A. 8528, 1990), 22 de febrero de 1991 (R.A. 1587, 1991), 11 de marzo de 1991 (R.A. 2209, 1991), 8 de mayo de 1991 (R.A. 3618, 1991), 20 de febrero de 1992 (R.A. 1326, 1992), 8 y 13 de octubre de 1992 (R.A. 7540 y 7547, 1992), 2 de febrero de 1993 (R.A. 793, 1993), 23 de marzo de 1993 (R.A. 2545, 1993), 29 de marzo de 1994 (R.A. 2305, 1994), 1 de junio de 1994 (R.A. 4570, 1994), 12 y 29 de julio de 1994 (R.A. 6937 y 6730, 1994), 24 de septiembre de 1994 (R.A. 7313, 1994), 15 y 20 de febrero de 1995 (R.A. 839 y 886, 1995), 28 de febrero de



De esta manera, los Tribunales mediante el recurso a la *lex artis*, como fuente de obligaciones para el profesional y como parámetro al que ha de ajustar su actuación, consiguen introducir una excepción a la excepción de la regla general de la carga de la prueba de la culpa extracontractual. La *lex artis* se configura como aquél elemento que impide la posible objetivación de la responsabilidad extracontractual. Tal fundamentación nos obliga, a su vez, a exponer sucintamente las cuestiones que sobre la carga de la prueba en el ámbito de la responsabilidad se han suscitado en la doctrina y la jurisprudencia.

A) *La supuesta diversidad de régimen de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual y en la extracontractual: el art. 1.214 C.C.*

La cuestión del régimen de la prueba en la responsabilidad contractual y la extracontractual ha sido y sigue siendo una de las más controvertidas para la doctrina no sólo española, sino también para la italiana o la francesa, en la que aparecen implicadas las diversas concepciones en torno al fundamento de la responsabilidad, subyaciendo una diversa configuración de la culpa. Hecha esta

---

1995 (R.A. 1140, 1995), 13 de octubre de 1995 (R.A. 7407, 1995), 10 de febrero de 1996 (R.A. 866, 1996), 23 de septiembre de 1996 (R.A. 6729, 1996), 7 de mayo de 1997 (R.A. 3874, 1997), 6 de junio de 1997 (*Actualidad Ar.* núm. 304, julio 1997) y 28 de julio de 1997 (*La Ley*, núm. 4382, 26 de septiembre de 1997, págs. 4 y sigs.).

Llama la atención DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 16, en el fenómeno, anteriormente expuesto, de que, recayendo generalmente sobre el perjudicado-acreedor la carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad extracontractual, sean cada día más frecuentes las excepciones consistentes en la responsabilidad presunta que implican «la subversión del orden procesal establecido por el art. 1.214 de nuestro Texto legal, en concordancia con el 1.315 del de Francia, y la cuasi admisión de una tesis objetivadora del derecho de daños cuando se causan sin una precedente relación y basados en la mera causalidad física, con abstracción del factor psicológico de culpabilidad del agente, sentencia, por todas, de 31 de marzo de 1980». Es de notar que para SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *R.D.P.*, 1984, pág. 668, esta presunción de culpabilidad, en virtud del desplazamiento de la carga de la prueba, resulta aplicable a la culpa extracontractual de los médicos, de tal modo que son éstos los que han de probar su falta de culpa.

salvedad, y no constituyendo tal cuestión objeto fundamental de este estudio, conviene, sin embargo, realizar alguna precisión en torno al supuesto contemplado: el incumplimiento de la relación de servicios del abogado.

De esta manera, es corriente en la doctrina y la jurisprudencia la afirmación de que el régimen de la carga de la prueba opera de distinta manera en materia contractual y extracontractual, produciéndose una diversa distribución de aquélla, de tal modo que —se afirma— mientras en la responsabilidad extracontractual incumbe al perjudicado (acreedor) la prueba de la culpa del agente dañante (deudor), en la responsabilidad contractual es el deudor el que ha de probar la falta de culpa y, en su caso, la producción de un caso fortuito<sup>382</sup>.

---

<sup>382</sup> En efecto, mientras para cierto sector doctrinal las reglas probatorias operan de manera diversa en el régimen de la responsabilidad contractual y en el de la responsabilidad extracontractual por el diferente papel que tiene la culpa en uno y otro ámbito, para otros debe revisarse tal teoría, bien unificándose los regímenes bien propugnando una sola regla de distribución de la carga probatoria aplicable a cualquier supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual. Entre los primeros, destaca ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, Vol. 1º, 8ª ed., op. cit., págs. 183 y sigs., para quien existe una presunción legal de culpa en el incumplimiento que deriva de la aplicación analógica del art. 1.183 C.C. a las obligaciones de hacer, de tal modo que para exigir responsabilidad al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación y alegar que no se cumplió, mientras en el ámbito extracontractual es el que sufre el daño el que ha de probar la culpa del causante del mismo. En el mismo sentido, CRISTÓBAL MONTES, A., *El incumplimiento de las obligaciones*, op. cit., págs. 129 y sigs.; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, Vol. II, op. cit., págs. 136 y 137, y en *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I, Vol. II, 3ª ed. revisada, Barcelona, 1985, págs. 429 y 430; SANTAMARÍA ANSA, L., *Comentarios al Código civil*, II, Madrid, 1958, págs. 130 a 131. Atenúa esta interpretación CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., págs. 222 y 223, quien tras considerar doctrina corriente la afirmación de que, a diferencia de la culpa extracontractual, en la contractual existe una presunción de que el deudor que no cumple lo hace porque quiere, y por tanto, es responsable de la falta de cumplimiento, sin que el acreedor tenga que probar otra cosa más que la existencia de la obligación, declara que «a pesar de ello, el juego de la regla general sobre la carga de la prueba del art. 1.214 hará que normalmente el actor que alegue la responsabilidad contractual tenga que justificar, como fundamento de ella, el incumplimiento de la obligación», lo que le lleva a concluir que «esto rebaja mucho el alcance de la indicada tesis». En tal dirección, también MORENO MOCHOLÍ, M., en MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VIII, Vol. 2º, 6ª ed., revisado por Moreno Mocholí, Madrid,

Ahora bien, para una aproximación al régimen probatorio del incumplimiento contractual y a su repercusión práctica en el ámbito de la responsabilidad profesional hemos de tomar como punto de partida ineludible la regla prevista en el art. 1.214 C.C. que establece: «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone»<sup>383</sup>.

Siguiendo la interpretación propuesta por parte de la doctrina, de tal precepto resulta que al acreedor-demandante de responsabilidad le incumbe, en cuanto hechos constitutivos de su derecho, no sólo la prueba de la existencia de la obligación y la

---

1967, pág. 146. Acepta la presunción general de culpabilidad del deudor en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones, si bien con ciertas matizaciones GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al art. 1.183», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. 1º, dir. M. Albaladejo, Madrid, 1991, págs. 328 y sigs. Para BADOSA COLL, F., «Comentario al art. 1.183», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, págs. 258 y 259, la presunción de culpa *ex art.* 1.183 C.C. es una aplicación de los principios generales de la prueba en las obligaciones, si bien el autor excluye de ella a las obligaciones de hacer y no hacer, y reduce su alcance a lo que denomina «culpa-hecho propio» que provoca el efecto de la «*perpetuatio obligationis*». Entienden DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, II, op. cit., pág. 609, que la presunción de culpa *ex art.* 1.183 C.C. sólo es predicable del incumplimiento de las obligaciones de dar.

De manera más rotunda se manifiesta DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *El régimen de la prueba...*, op. cit., págs. 48 y sigs., para quien, siguiendo la tesis de JORDANO FRAGA, cabe rechazar la opinión de que la carga de la prueba de la culpa juega de manera diversa en el ámbito de responsabilidad contractual y en el de la extracontractual, criticando, además, la doctrina que considera que existe una presunción de culpa en el incumplimiento que se hace derivar del art. 1.183 C.C. En efecto, para JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 276 y sigs., siendo coherente con su construcción sobre el fundamento de la responsabilidad y su interpretación de los arts. 1.101, 1.105-1.182 y 1.184, de donde desprende que el deudor responde del incumplimiento y que el límite de su responsabilidad viene dado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa a él no imputable, debe negarse esta contraposición del régimen de la carga de la prueba en ambas formas de responsabilidad en cuanto que «no es que los principios de la carga de la prueba se alteren según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tratándose de dos formas de responsabilidad estructuralmente diversas, la aplicación del mismo principio general de la carga de la prueba conduce a resultados diferentes».

<sup>383</sup> Para un análisis del art. 1.214 C.C. y de las diversas interpretaciones doctrinales suscitadas, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «De la prueba de las obligaciones (art. 1.214)», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. 2, dir. M. Albaladejo, págs. 40 y sigs.

existencia de daños y perjuicios, sino también la del incumplimiento o, más propiamente, del cumplimiento defectuoso, lo cual, como apuntamos y veremos a continuación, tiene una importante trascendencia si se pone en relación con la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, donde, a juicio de algunos autores, se manifiesta una diferente distribución de la carga de la prueba y, por lo tanto, se ve alterado tal principio<sup>384</sup>.

En efecto, tratándose del ejercicio de una acción personal mediante la cual el acreedor pretende la indemnización de los daños y perjuicios derivados del cumplimiento defectuoso de una obligación de carácter profesional, la prueba de que la prestación realizada por el profesional no es "exacta", sino "defectuosa", esto es, de que no existe cumplimiento incumbe al acreedor. No basta, por tanto, la simple alegación de que la obligación ha sido incumplida,

---

<sup>384</sup> Expone SERRA DOMÍNGUEZ, M., op. cit., págs. 53 y sigs., los diversos criterios utilizados por la doctrina y la jurisprudencia como reglas generales a las que debe atenerse el Juez para distribuir la carga de la prueba, poniendo de relieve la inexistencia de uno plenamente exacto y convincente. No obstante, entre ellos el que ha gozado de mayor acogida jurisprudencial es el que distingue entre los hechos constitutivos y los impeditivos, extintivos y excluyentes. Siguiendo tal teoría, corresponde al demandante justificar los hechos constitutivos que fundamentan la consecuencia jurídica solicitada en su demanda; sólo tras la prueba efectiva de aquéllos por el demandante, corresponde al demandado la carga de la prueba respecto de aquellos hechos impeditivos, excluyentes y extintivos de la consecuencia jurídica requerida en la demanda.

Admitido esto, la cuestión se traslada hacia la consideración del cumplimiento (incumplimiento) de la obligación como hecho constitutivo de la pretensión o, por el contrario, como hecho extintivo, y, por consiguiente, con una diferente carga de la prueba. Tratándose de pretensión de cumplimiento, para el autor anterior (cit., pág. 63) la regla general consiste en que el demandante no ha de probar el incumplimiento del demandado, «bastándole acreditar el nacimiento y la titularidad de la obligación cuyo cumplimiento reclama en juicio» y ello se explicaría en cuanto que en virtud del art. 1.156 C.C. el cumplimiento de la obligación operaría como hecho extintivo y, en consecuencia, su prueba correspondería al deudor-demandado. Sin embargo, tratándose de reclamación de responsabilidad por negligencia profesional, le corresponde al acreedor la prueba de la culpa contractual o de la falta de diligencia.

Por su parte, resuelve esta cuestión DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *El régimen de la prueba...*, op. cit., págs. 46 y 47, sobre la base de una distinción entre la pretensión de cumplimiento y la de responsabilidad, entendiéndose que en esta última es requisito necesario la prueba por parte del acreedor del incumplimiento o contravención de la obligación por el deudor.

sino que tratándose de obligaciones de hacer en las que el incumplimiento reviste la forma de cumplimiento defectuoso debe probarse por el acreedor en qué ha consistido tal incumplimiento<sup>385</sup>. El cliente vendrá, por tanto, obligado a probar no sólo que ha sufrido un daño, sino que éste ha sido ocasionado por la insuficiente o inadecuada actividad del Letrado, esto es, por la defectuosa ejecución de la prestación del profesional, incumbiendo a este último la prueba de la inimputabilidad de dicho incumplimiento<sup>386</sup>.

De esta manera, la prueba del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de la obligación se erige en el elemento determinante en orden a que los Tribunales puedan apreciar la existencia de responsabilidad. La carga probatoria del acreedor girará en torno, por tanto, a la infracción obligacional, a la falta de cumplimiento exacto de la prestación, ámbito éste en el que se manifiesta la relevancia de la impericia del profesional y en el que se podrían apreciar ciertas divergencias en atención a si la obligación es calificada de «medios» o de «resultado»<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> Incluso algunos de los autores que ven consagrada en el Código civil la presunción de culpa del deudor en el incumplimiento, aceptan tal excepción a dicha regla, como GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «Comentario al art. 1.183», op. cit., pág. 332.

<sup>386</sup> Así, en el Derecho italiano y en relación con la obligación del médico, LEGA, C., «La prestazione del medico come oggetto di "obbligazione di mezzi" (Commento alla Sentenza di Cassazione Civile 28 aprile 1961)», *Giurisprudenza it.*, 1962, I, 1, cols. 1247 y sigs.

<sup>387</sup> En este sentido, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 249 y sigs.; en «Aspectos problemáticos de la responsabilidad...», op. cit., págs. 61 y sigs.; y especialmente en «Obligaciones de medios y de resultado», op. cit., págs. 75 y sigs. Considera este autor que hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria del acreedor que reclama la responsabilidad contractual, además de la existencia de la obligación, es la infracción de la obligación, junto con la prueba de los daños que se hayan derivado de tal infracción. Estos principios generales que deriva del art. 1.101 y 1.214 C.C. conducen a idénticas consecuencias, respecto a la carga probatoria, en las obligaciones de medios y en las de resultado: «el acreedor que pretende la responsabilidad contractual ha de probar la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de la obligación, y es el contenido específico de la prestación en las obligaciones de medios (una determinada conducta diligente) el que, a su vez, por fuerza, ha de reflejarse en el contenido de la prueba del acreedor, si éste denuncia la inexactitud de la conducta de cumplimiento de su deudor». Siguiendo a este autor, también SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario a la S.T.S. de 2 de diciembre de 1996», C.C.J.C. núm. 43, enero/marzo 1997, pág. 344.

Visto esto, de otro lado, cabe destacar que esta configuración del incumplimiento obligacional y de la carga de la prueba, circunscrita, en principio, al ámbito de la responsabilidad contractual, no es extraña, ni mucho menos, a los Tribunales que establecen, de manera cuanto menos sorprendente, una conexión directa entre la carga de la prueba de la culpa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (*ex art. 1.902 C.C.*) y la calificación de la obligación del profesional como obligación de «medios».

*B) La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Propuestas doctrinales y jurisprudenciales*

En el estudio de los pronunciamientos judiciales en los que se suscitan cuestiones relativas a la negligencia profesional, a la impericia, a la inadecuación de la actuación del profesional a la *lex artis* o a la infracción de los deberes derivados de aquélla, se observa que en el fondo de las soluciones jurídicas propuestas subyace otra cuestión, cual es la relativa a la concurrencia de responsabilidades (contractual y extracontractual), que resuelve nuestra jurisprudencia dominante admitiendo un concurso de pretensiones, y permitiendo, en consecuencia, que el dañado-acreedor pueda optar, alternativa o cumulativamente, por exigir responsabilidad por el cauce legal —contractual o extracontractual *ex art. 1.902 C.C.*— que prefiera, sin que tal opción produzca efectos procesales vinculantes para el juzgador, de tal modo que, aunque el demandante haya fundamentado jurídicamente su demanda, de manera exclusiva, en normas de responsabilidad contractual o de la extracontractual, pueda el Juez o el Tribunal estimar o desestimar dicha pretensión acudiendo a las normas reguladoras de la otra responsabilidad sin incurrir en incongruencia, tal como se declara, entre otras, en las SS.T.S. de 28 de mayo de 1985 (R.A. 2818, 1985), 1 de junio de 1985 (R.A. 3620, 1985), 3 de octubre de 1986 (R.A. 5234, 1986), 13 de octubre de 1986 (R.A. 5787, 1986), 19 de octubre de 1987 (R.A. 7299, 1987), 16 de mayo de 1988 (R.A. 4388, 1988), 3 de febrero de 1989 (R.A. 659, 1989), 2

de enero de 1990 (R.A. 30, 1990), 6 de octubre de 1992 (R.A. 7529, 1992) y 15 de febrero de 1993 (R.A. 771, 1993)<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, caben varias opciones teóricas ante la posible concurrencia de responsabilidades derivadas de un daño injusto. Vid. DE ÁNGEL YAGÚEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., págs. 13 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento contractual», op. cit., págs. 172 a 174; FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Madrid, 1995, págs. 49 y sigs.; GARCÍA VALDECASAS, C., «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», *R.D.P.*, 1962, págs. 831 y sigs.; GONZÁLEZ MORÁN, L., *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1990, págs. 32 y sigs.; MARTÍNEZ MARTÍN, M., «Comentario a la S.T.S. de 10 de junio de 1991», *C.C.J.C.*, núm. 27, septiembre/diciembre 1991, págs. 777 y sigs.; PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la S.T.S. de 26 de enero de 1984», *C.C.J.C.*, núm. 4, enero/marzo 1984, págs. 1263 y 1264; «Comentario al art. 1.902», *Comentario del Código civil*, Tomo II, 1ª ed., Madrid, 1991, págs. 1977 a 1981; ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, págs. 75 y sigs.; SANTOS BRIZ, FJ., «La responsabilidad civil de los médicos...», op. cit., pág. 668; VILA RIBAS, M<sup>o</sup> C., «Comentario a la S.T.S. de 16 de diciembre de 1986», *C.C.J.C.*, núm. 13, pág. 4305; YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, op. cit., págs. 194 a 202 y 216 a 225; y en *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I, Madrid, 1993, págs. 114 a 122.

La primera cuestión que se suscita en la doctrina y la jurisprudencia es si existe una única pretensión resarcitoria o si, por el contrario, se puede hablar de dos pretensiones jurídicas distintas. De este modo, para los primeros, existe “un concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión” —rechazable según PANTALEÓN en cuanto que considera que a pesar de su «idéntica finalidad resarcitoria las normas de la responsabilidad contractual y la extracontractual fundamentan dos pretensiones distintas» («Comentario al art. 1.902», op. cit., pág. 1978)— de tal modo que el dañado ha de limitarse tan sólo a ofrecer los hechos al Juez y solicitar la indemnización.

Para la mayoría de la doctrina, en cambio, existen dos pretensiones jurídicas distintas fundamentadas en las normas de responsabilidad contractual y extracontractual respectivamente. Admitiendo tal posición, su vez, podemos hablar de incompatibilidad y de compatibilidad de pretensiones. Conforme a la tesis de la incompatibilidad (también, teoría de la absorción), la existencia de una previa relación obligatoria excluiría el juego de las normas de la responsabilidad extracontractual de tal modo que «aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento ello excluye la aplicación del art. 1.902 C.C., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual» —S.T.S. de 26 de enero de 1984 (R.A. 386, 1984)—. Así, ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos...*, op. cit., pág. 250. Sin embargo, hay que tener presente que en muchas de sus sentencias el Tribunal Supremo se ha inclinado a favor de la preferencia de la responsabilidad extracontractual al declarar que para que opere la responsabilidad contractual, con exclusión de aquiliana, no basta la existencia de una relación jurídica contractual previa que vincule a las partes, sino que se requiere «la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado» —S.T.S. de 24 de junio de 1969 (R.A. 3635, 1969), 9 de marzo de 1983 (R.A. 1463, 1983), 19 de junio de 1984 (R.A. 3235, 1984), 9 de

enero de 1985 (R.A. 167, 1985), 16 de diciembre de 1986 (R.A. 7447, 1986), 10 de junio de 1991 (R.A. 4434, 1991)—. En estos casos el Tribunal Supremo, siguiendo a GONZÁLEZ MORÁN, L., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 42, elige una «dimensión objetiva del concurso de acciones y responsabilidades, pero no subjetiva de la elección por el actor».

Frente a aquella teoría de la incompatibilidad, para otros, cabría considerar la compatibilidad de ambas pretensiones, es decir, admitiendo que un mismo hecho dañoso genere responsabilidad tanto contractual como extracontractual, se permite al perjudicado-acreedor elegir cuál de ellas va a ejercitar ante los Tribunales (teoría de la posibilidad de opción).

Cuestión distinta pero íntimamente relacionada con la anterior y de carácter procesal es si el juez resulta vinculado a todos los efectos procesales por la elección que de la pretensión realice el demandante dañado, de tal modo que ejercitándose una de las pretensiones por aquél pueda existir incongruencia si el juez fundamenta jurídicamente su fallo con base en la otra; cuestión ésta que puede plantearse aceptando tanto la tesis de la compatibilidad como la de la incompatibilidad (lo cual, partiendo de que las pretensiones sean incompatibles podría tener relevancia si el demandante ejercita la pretensión de responsabilidad extracontractual y el juez falla aplicando las normas relativas a la responsabilidad contractual).

Para solventar tal conflicto, como pone de manifiesto PANTALEÓN (op. cit., pág. 1978), la línea en que se mueve actualmente la jurisprudencia es la de entender que la *causa petendi* viene configurada por la relación de hechos que constituyen el soporte fáctico de la demanda y no por la fundamentación jurídica que no vincula al Tribunal, ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de tal modo que aplicando los principios «*da mihi factum, dabo tibi ius*» y «*iura novit curia*» se salva la posible incongruencia, tal como se desprende, entre otras, de la S.T.S. de 28 de mayo de 1985 (R.A. 2818, 1985) o de 18 de febrero de 1997 (R.A. 1240, 1997), que recoge la llamada teoría de la sustanciación, entendiendo que no existe incongruencia si ejercitada una acción por culpa extracontractual, el juzgador funda su decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. Así, también DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 36.

Por último, tal cuestión no resulta relevante si, aceptando la compatibilidad de las pretensiones, se opta por la llamada tesis de la acumulación permitiendo que el dañado formule su demanda fundamentada de manera subsidiaria o cumulativa tanto sobre las normas de responsabilidad contractual como extracontractual.

Muestra de la tendencia actual de la jurisprudencia es la S.T.S. de 15 de febrero de 1993 (R.A. 771, 1993) en la que se afirma que «aun cuando un hecho dañoso sea violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una o por otra e, incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible». Idéntica doctrina recogía la S.T.S. de 6 de octubre de 1992 (R.A. 7529). Ahora bien, entre las diversas posibilidades señaladas por el Tribunal Supremo en dichas sentencias, aquella que deja al Tribunal la calificación jurídica de los hechos expuestos en la demanda (a lo que se limitaría el dañado) se aproxima más bien a la tesis del concurso de normas sobre una única



De este modo, y ante la amplitud del concepto de daño injusto, se ha ido admitiendo por los Tribunales la procedencia de aplicar el sistema de la responsabilidad extracontractual *ex art. 1.902 C.C.*, aun cuando el daño se produzca en el ámbito de la relación obligatoria, si al mismo tiempo supone una infracción del deber de no dañar al otro<sup>389</sup>.

En efecto, esto explica el hecho de que la mayoría de las reclamaciones que llegan al Tribunal Supremo en las que se ventilan cuestiones de exigencia de responsabilidad a los profesionales, sobre todo de médicos y personal facultativo, se ejerciten tales pretensiones sobre la base de las normas de responsabilidad extracontractual, con el soporte jurídico del art. 1.902 C.C., correspondiendo al perjudicado que demanda la reparación del daño ilícito la carga de la prueba, *ex art. 1.214 C.C.*, de la negligencia del profesional<sup>390</sup>.

---

pretensión. En este sentido, también GONZÁLEZ MORÁN, L., *La responsabilidad civil...*, op. cit., págs. 44 y sigs.

<sup>389</sup> Realiza YZQUIERDO TOLSADA, M., «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», *R.C.D.I.*, 1991, págs. 448 y sigs., una crítica tanto a las tesis dualistas como a las monistas, estimando que no puede llegarse al extremo de identificar ambas clases de responsabilidad ya que «el art. 1.902 C.C., a pesar de contener un mandato genérico y, como tal, común, no es un principio de responsabilidad que funcione incluso en el orden contractual, sino más bien una norma específica que se aplicará cuando no haya contrato». Sin embargo, a continuación, expone una serie de razones de orden sustantivo, sistemático y práctico que aconsejan a un acercamiento de ambas esferas de responsabilidad. También, el mismo autor en *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Vol. I., Madrid, 1993, págs. 122 y sigs.

<sup>390</sup> Para SANTOS BRIZ, J., *Derecho médico*, Vol. I, dir. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, Madrid, 1986, págs. 170 y sigs., dada la diversidad de la situación fáctica en que puede desempeñarse la profesión médica las responsabilidades derivadas de ella pueden ser también ricas en matices: existiendo un contrato de asistencia médica, en cuyo seno surgen obligaciones de medios, la responsabilidad ha de ser, en principio, contractual, pero, en cuanto el médico, como cualquier otro profesional, ha de observar la obligación de *alterum non laedere*, está fuera de toda duda la concurrencia del aspecto contractual y extracontractual de la responsabilidad del médico, viniendo admitida por nuestra jurisprudencia «que se muestra inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales o las extracontractuales».

C) *La distribución de la carga de la prueba en el ámbito profesional y la distinción entre obligaciones de medios y de resultado*

De un estudio de los supuestos jurisprudenciales relativos a la responsabilidad de los profesionales podríamos concluir que, en realidad, nuestra jurisprudencia considera aplicable el mencionado criterio de distribución de carga de la prueba que impone al perjudicado la prueba de la negligencia (médica) cualquiera que sea la pretensión de responsabilidad ejercitada, esto es, tanto contractual como extracontractual, ofreciendo, en consecuencia, soluciones jurídicas idénticas, con independencia de la vía a través de la que se haya hecho valer aquélla.

Esta afirmación puede constatarse en todas aquellas sentencias en las que el Tribunal Supremo, enfrentado a supuestos de responsabilidad médica, y aplicando la norma de responsabilidad extracontractual (art. 1.902 C.C.), se pronuncia, al mismo tiempo, acerca de la calificación que merece la obligación «contractual» del médico, que considera de «medios», de donde se deriva idéntica consecuencia: su responsabilidad ha de basarse en una negligencia que revele un desconocimiento de los deberes impuestos por su *lex artis*, prueba ésta que incumbe al acreedor-demandante, bien como prueba de un elemento determinante (presupuesto) de la

---

Esta preferencia de la vía extracontractual en la invocación de la responsabilidad ante los Tribunales, a pesar de la existencia de contratos de prestación de servicios profesionales, es examinada y criticada por YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario a la S.T.S. de 22 de febrero de 1991», op. cit., págs. 399 y 400, para quien es rechazable la opinión participada por el Tribunal Supremo de que la culpa del profesional generadora de responsabilidad es independiente de la puramente contractual, en cuanto que surge del incumplimiento de una obligación legal con autonomía propia (es decir, de los deberes superiores de importancia social que incumben al profesional y que son ajenos al convenio).

Por consiguiente, y siguiendo a este autor, aun no encontrándose expresamente consignados en el texto contractual los deberes profesionales que derivan de las reglas propias de su profesión, de los usos o de las normas corporativas, éstos se entienden integrados en aquél en virtud del art. 1.258 C.C., y su contravención será principalmente de carácter contractual.

responsabilidad extracontractual, bien como prueba del incumplimiento contractual del médico que, configurado como hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad contractual, también pese sobre aquél<sup>391</sup>.

Del análisis de las *rationes decidendi* de la mayoría de estas decisiones jurisprudenciales, emitidas en supuestos de responsabilidad de profesionales, se desprende que, en principio, la distribución de la carga de la prueba se ordena de la misma manera

---

<sup>391</sup> Ello se desprende de los fundamentos jurídicos de las sentencias, entre otras, enumeradas *supra* (vid. nota 376), en las que, suscitada la cuestión en torno a la responsabilidad extracontractual y aplicando la norma del art. 1.902 C.C., declara el Tribunal Supremo que dicha norma «atribuye al actor la carga de la prueba de los requisitos determinantes de la culpa extracontractual, es decir, de la concurrencia de culpa o negligencia», y recoge lo que considera una «jurisprudencia reiterada» que ha establecido «que en materia de responsabilidad y culpa del personal médico y asimilado, así como de los centros y clínicas hospitalarias, ha de descartarse toda responsabilidad más o menos objetiva, no operando la inversión de la carga de la prueba, que sí se ha admitido para daños de otro origen» (cfr. S.T.S. de 23 de septiembre de 1996, R.A. 6729); reforzando la decisión de «abandonar toda idea de responsabilidad más o menos objetiva para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo» mediante la afirmación de que «la obligación *contractual o extracontractual*, del médico, y más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia» —S.T.S. de 12 de julio de 1988 (R.A. 5991, 1988) y 6 de noviembre de 1990 (R.A. 8528, 1990)—. En el mismo sentido, las SS.T.S. de 29 de julio de 1994 (R.A. 6937, 1994), 22 de abril de 1997 (R.A. 3249, 1997) y 12 de junio de 1997 (*La Ley*, núm. 4331, 15 de julio de 1997, págs. 11 y sigs.) en las que se reitera la idea mantenida por la jurisprudencia de que la obligación de los médicos no es la de obtener un resultado —la salud del paciente—, sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado.

La citada S.T.S. de 7 de febrero de 1990 (R.A. 668, 1990) recoge la posible apreciación de diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en orden a la distribución de la carga de la prueba, declarando su inaplicación al ámbito de la responsabilidad del profesional sanitario, cuando al reconocer en el supuesto en concreto la concurrencia de los aspectos contractual y extracontractual de la responsabilidad e inclinarse por conferir al perjudicado la elección entre las normas de uno u otro tipo, destaca las consecuencias que en materia de prueba pueden darse ya que si puede admitirse que en situaciones generantes de culpa extracontractual «aquél a quien se le atribuye responsabilidad haya de probar en ciertos casos su falta de culpa y responsabilidad en virtud de un desplazamiento del *onus probandi*, y en la situación derivada de culpa contractual ha de resultar acreditada probada».

tanto se ejercite la pretensión con base en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, siendo la diversa configuración de la prestación, objeto de la obligación lo que determina un diferente contenido de aquélla<sup>392</sup>.

Efectivamente, resultan significativos en este sentido, los pronunciamientos de las SS.T.S. de 22 de abril de 1997 (R.A. 3249, 1997) y 12 de junio de 1997 (*La Ley*, núm. 4331, 15 de julio de 1997, pág. 11) en las que, planteadas sendas reclamaciones de exigencia de responsabilidad extracontractual a las Entidades gestoras de la prestación sanitaria por deficiente asistencia médica en los centros hospitalarios de aquéllas, el Tribunal se detiene en el estudio de los ámbitos en los que repercute la calificación de una obligación como de medios o de resultado y que centra en «*la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado cumplimiento defectuoso*»<sup>393</sup>.

---

<sup>392</sup> Señala ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos...*, op. cit., págs. 253 y 254, que las diferencias que puede haber en relación a la carga de la prueba en uno u otro ámbito de responsabilidad, «dependen más del contenido de la obligación que de la existencia de una presunción de culpa», de tal modo que si la obligación de reparar deriva del incumplimiento de una obligación, el perjudicado habrá de probar la existencia de la obligación y el incumplimiento de la misma, siendo la prueba de este último el que puede variar. Así, en relación con la prestación de servicios médicos, las diferencias prácticas respecto a la carga de la prueba, cuando aquéllos no se han prestado correctamente, no son —para el autor— «especialmente importantes, ya que, en todo caso, hay que probar la falta de diligencia o la impericia, el daño y la relación de causalidad». Para el autor, el enfermo ha de probar el incumplimiento y el médico que actuó cumplió con toda la diligencia exigible; tan sólo en aquellos casos en que haya habido una falta total de asistencia, el caso fortuito y la fuerza mayor servirán para exonerar al médico.

<sup>393</sup> En ambas sentencias el Ponente es el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. En ellas se justifica la elección del cauce de la responsabilidad extracontractual, en lugar de la contractual, por el origen del daño ocasionado que se produce al margen de una relación contractual en tanto que el profesional no ha contratado con el perjudicado, sino que es dependiente del Instituto Nacional de Salud o de las instituciones equivalentes de las Comunidades Autónomas.

En la S.T.S. de 22 de abril de 1997 se condenó al médico al apreciar una falta de diligencia en el cumplimiento de su obligación (de medios), cuya prueba que incumbía al perjudicado quedó acreditada mediante pruebas periciales practicadas y al Instituto Nacional de Salud ex art. 1903-4º C.C. En el caso de la S.T.S. de 12 de junio de 1997 la acción extracontractual se dirigió contra el hospital y el Servicio

En cuanto al riesgo —reiterando lo ya visto— se mantiene que siendo la obligación de resultado, el deudor ejecuta la prestación *«bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado»*, frente a la obligación de actividad en la que el deudor cumple con la ejecución de su prestación *«adecuada y correcta»*, lo cual entiendo que cabe predicar no sólo de esta última especie de obligaciones, sino de cualquier género obligacional.

Respecto al cumplimiento, tratándose de obligaciones de actividad aquél viene determinado no por la existencia de un resultado, sino por *«la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado»*; en cambio, si la obligación es de resultado, se cumple cuando se satisface el interés del acreedor que no es otro que el de la obtención del resultado. De esta configuración del cumplimiento se desprende una importante consecuencia en el ámbito de la carga de la prueba: *«en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar el incumplimiento»*.

Por consiguiente, en virtud de la previsión anterior, resulta que, enmarcando, en el supuesto concreto, la obligación del profesional médico entre las de resultado, al demandante-perjudicado le bastará la alegación del incumplimiento de la obligación, esto es, de la no obtención del resultado, en tanto que será el profesional el que haya de probar el empleo de la diligencia exigible, el ajuste de su conducta a la *lex artis*, al parámetro de diligencia del buen profesional en atención a las circunstancias del tiempo y lugar.

---

andaluz de Salud, condenándose a ambos, al acreditarse la falta de diligencia en la actuación del médico y el nexo causal.

De todo esto resulta que en la inaplicación de la inversión de la carga de la prueba a la responsabilidad extracontractual derivada de la actuación de los profesionales sanitarios, esto es, en la exclusión de un criterio objetivador de dicha responsabilidad —como sería la presunción de culpa ante un hecho dañoso— se halla implícita, en la mayoría de las decisiones jurisprudenciales, la naturaleza de la obligación del médico: de medios o de actividad<sup>394</sup>.

No obstante la aparente claridad de dicho esquema y de la distribución de la carga de la prueba en dichos casos, cabe tener presente la fragilidad de la distinción entre las obligaciones de medios o actividad y las de resultado, así como de las consecuencias de ella derivadas tal como ponen de manifiesto las SS.T.S. de 25 de abril de 1994 (R.A. 3073, 1994) y 11 de febrero de 1997 (R.A. 940, 1997), en las que enfrentado el Tribunal Supremo a la calificación que merece el contrato que une al médico con el cliente y que tenía por objeto la realización de una operación quirúrgica de vasectomía para conseguir la infertilidad, y tras relacionar el arrendamiento de servicios con las obligaciones de medios, y el arrendamiento de obra con la consecución de un resultado —obligaciones de resultado—, se estima que en dicho supuesto *«el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue»*. Siguiendo tal argumento, entiende el Tribunal que esta configuración de la obligación *«que es todavía de medios, se intensifica»* imponiendo al médico una obligación

---

<sup>394</sup> Las dos sentencias indicadas ponen de relieve, entre sus fundamentos jurídicos, la S.T.S. de 29 de julio de 1994 (R.A. 6937, 1994) que recoge la doctrina del TS ya reiterada de que no es aplicable para una posible exacción de responsabilidad médica un criterio objetivo de responsabilidad, sino que aquélla se subordina a la «previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan». Sin embargo, también ambas añaden a tal argumentación «sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, en relación de causalidad con la actividad del profesional médico».

adicional de *«informar al cliente —que no paciente— tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención»* (Fundamento Jurídico 3º de la S.T.S. de 25 de abril de 1994 plasmado literalmente en el Fundamento Jurídico 4º de la de 11 de febrero de 1997).

Distingue el Tribunal Supremo en ambas sentencias entre una medicina asistencial, de donde surgen para el médico obligaciones de medios, y una medicina voluntaria o satisfactiva, elaborando respecto de esta última un *tertium genus* entre las obligaciones de medios y las de resultado, una *«categoría híbrida de contrato intermedio entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra»* en el que tendría cabida la intervención quirúrgica que nos ocupa (cfr. S.T.S. de 25 de abril de 1994). Sin embargo, la S.T.S. de 11 de febrero de 1997 se aparta, en su Fundamento Jurídico 5º, de dicha interpretación, sosteniendo que en estos últimos supuestos el resultado *«actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional»*, incluyendo la operación de vasectomía entre la llamada *«cirugía satisfactiva»* que se identifica con la *locatio operis*, de donde se sigue *«un plus de responsabilidad que comporta la obtención de un buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso»*.

Finalmente, las soluciones jurídicas adoptadas en estos supuestos fueron diversas, estimándose la responsabilidad del médico en un caso y desestimándose en el otro con base —podría pensarse— en la diversa configuración de la obligación a la que venía obligado el médico; sin embargo, cabe analizar cuáles fueron las argumentaciones con base en las que los Tribunales resolvieron dando lugar a la citada disparidad.

En la S.T.S. de 25 de abril de 1994, confirmando el pronunciamiento de la Audiencia, se declaró la responsabilidad contractual del médico por el incumplimiento de la obligación de informar al paciente de los riesgos y posibilidades de éxito de la intervención por él practicada, imputando tal conducta a su negligencia en aplicación de los preceptos de los arts. 1.101 y 1.104 C.C.

Al demandante le bastó con alegar el incumplimiento de la obligación del médico, derivada del contrato que les unía, en conformidad con el art. 1.214 C.C., atribuyendo al demandado la carga de acreditar el cumplimiento de dicha obligación, prueba que no alcanzó, lo que condujo al Tribunal a concluir que *«el acto médico puede calificarse de negligente, pudiéndose producir, como consecuencia de ello, la correcta aplicación del mecanismo reparador que, para los daños producidos por las conductas contractuales, prevén los arts. 1.101 y 1.104 y sin que, por el contrario, al no poderse calificar el acto como fortuito, quepa aplicar el precepto del art. 1.105 del mismo cuerpo legal»*.

Por su parte, en la S.T.S. de 11 de febrero de 1997 se desestimó la pretensión de responsabilidad contractual aplicando la doctrina del caso fortuito *ex* art. 1.105 C.C., al considerar que, siendo de tal naturaleza la obligación derivada del contrato, el resultado se había conseguido por el médico —que había cumplido sus obligaciones de informar al paciente de reanudar su actividad sexual a la vista de los análisis practicados— no pudiendo serle imputado un fallo que tuvo *«por causa un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología del sujeto»*, reforzando su decisión con otro argumento, el de la omisión por el recurrente de la prueba de un hecho constitutivo de la demanda, cual es la paternidad atribuida al varón vasectomizado.

Baste recordar que, en este supuesto, el demandante pretendía el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el obligado



contractualmente con base en la infracción del art. 1.101 C.C., partiendo de que el contrato debía ser calificado de «*arrendamiento de servicios de resultados*», de tal modo que el fracaso de la actividad del médico —al concebir un hijo la esposa del recurrente—, la no obtención del resultado previsto en el contrato —la infertilidad del varón— ponía de manifiesto la negligencia del médico. De este modo, en virtud de la distribución de la carga de la prueba de los hechos impeditivos de la pretensión del cliente, correspondía al médico la prueba de su falta de negligencia, esto es, de la corrección de su comportamiento de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, habiendo sido ésta acreditada se atribuyó el resultado desfavorable a un suceso imprevisible e inevitable y, por tanto, no imputable<sup>395</sup>.

En conclusión, en los supuestos de responsabilidad extracontractual a los médicos la atribución al perjudicado de la carga de la prueba de la culpa o negligencia del profesional —de la no observancia de las reglas que rigen su profesión— está en función de la consideración de la obligación de aquél como de medios, viniendo vinculado a una conducta cuidadosa, atenta y adecuada al canon de pericia y diligencia exigible; lo que le distingue de los demás supuestos de responsabilidad extracontractual en los que es cada vez

---

<sup>395</sup> Realmente, de las pruebas periciales aportadas (que constataban la infertilidad del paciente) por el médico al proceso se deducía el cumplimiento exacto de la obligación del médico, por lo que no podía haberse seguido responsabilidad del médico. Se ocupa, también, de un supuesto similar —operación de vasectomía y posterior embarazo de la esposa— la S.T.S. de 31 de enero de 1996 (R.A. 546, 1996) en la que, calificada por la Audiencia la obligación derivada del contrato de servicios del médico como de resultado, se desestimó la pretensión de responsabilidad contractual, pero no porque los médicos demandados probaran su diligencia o correcta actuación, sino en cuanto que no resultó probada por el actor la mala realización de la operación, esto es, el cumplimiento defectuoso de la prestación aun cuando la operación no tuviera los resultados esperados, atribuyendo al recurrente tal resultado por no respetar las indicaciones de los médicos de abstinencia sexual, sin pronunciarse acerca de la infracción de ciertas obligaciones del médico como es la omisión de análisis posteriores a la operación que controlen el resultado de la misma. Resulta llamativo, en este caso, que pese a encuadrar el Tribunal la obligación entre las de resultado, no bastara la simple alegación de su no obtención por parte del demandante, correspondiendo a los demandados la prueba de su cumplimiento exacto (su diligencia) o de la concurrencia de caso fortuito o de fuerza mayor.

más extendida la afirmación de una responsabilidad objetiva o por riesgo. Debido a tal concepción, cuando la obligación que atañe al profesional médico ha de calificarse de resultado, en tanto que viene vinculado a la obtención de un resultado al que se encamina su comportamiento, la responsabilidad se encauza, por línea general, a través de las normas contractuales, correspondiendo al perjudicado la prueba del incumplimiento, esto es, la no obtención del resultado debido y, en consonancia, al profesional de que el resultado fue desfavorable o no se obtuvo a pesar de haber empleado toda la diligencia que le era exigible y del conocimiento de las reglas técnicas adecuadas.

*D) Tendencia objetivadora de la responsabilidad contractual y extracontractual en el ámbito de las relaciones con profesionales*

Visto el panorama de soluciones ofrecidas por las resoluciones jurisprudenciales, se ha de tener presente que el contenido que se asigna a la carga probatoria que pesa sobre el acreedor-demandante provoca, a juicio de los autores, que, en la mayoría de las ocasiones, no prosperen las acciones indemnizatorias al no resultar probado, no tanto la negligencia del profesional, como el nexo causal entre la conducta negligente y el daño.

Para evitar las consecuencias derivadas de la dificultad para el perjudicado de la prueba de la negligencia y de la impericia del profesional se ha propuesto la extensión al ámbito de la responsabilidad de los profesionales (en particular, de los médicos) de la jurisprudencia que en el campo extracontractual, y en relación a determinadas actividades, invierte la carga de la prueba de la culpa, tal como se desprende del pronunciamiento general de la S.T.S. de 2 de diciembre de 1996 (R.A. 8938, 1996) en la que se declara que «cabe atenuar el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola en su lugar hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor

*posición probatoria por su libertad de acceso de prueba»<sup>396</sup>. Además, esta alteración de la distribución de la carga probatoria no es ajena a la responsabilidad contractual — en la que, como hemos señalado, también corresponde al acreedor la prueba del hecho constitutivo de su pretensión: el incumplimiento obligacional—, como resulta de la misma decisión del Tribunal Supremo al sostener que, aun cuando se admita que la obligación es de medios y, en consecuencia, que al médico cabe exigirle que emplee diligencia en cuanto a los medios que se utilizan para la curación o sanación «adecuados según la lex artis ad hoc», la falta de aquélla podrá presumirse de las consecuencias anormalmente adversas, cuando «por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización»<sup>397</sup>.*

---

<sup>396</sup> Expone CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de “lex artis” y la carga de la prueba (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)», A.D.C., 1991, págs. 909 y sigs., cuáles son las soluciones jurídicas a la cuestión de la carga probatoria en el ámbito sanitario en otras legislaciones. Así, en el Derecho alemán se ha atemperado la regla general que imponía la carga de la prueba del erróneo tratamiento médico al enfermo, mediante el principio de la *Waffengleichkeit*, que exige al médico la facilitación de la prueba al enfermo; y en el Derecho anglosajón juega la regla de *res ipsa loquitur* en el ámbito de la negligencia profesional, que provoca la inversión de la carga de la prueba.

<sup>397</sup> Efectivamente, en nuestro país, frente a aquella posición jurisprudencial consolidada que rechazaba la exigencia de una objetivación de la responsabilidad en el actuar médico, ciertos pronunciamientos jurisprudenciales se han manifestado en la línea bien de invertir la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica, desplazando al médico la prueba de que actuó con diligencia —S.T.S. de 1 de diciembre de 1987 (R.A. 9170, 1987), 17 de junio de 1989 (R.A. 4696, 1989), 29 de junio de 1990 (R.A. 4945, 1990), 15 de febrero de 1993 (R.A. 771, 1993)— bien de admitir la prueba de las presunciones para demostrar la culpa del médico y la relación de causalidad entre el enfermo y la actuación médica a partir de un resultado dañoso —12 de febrero de 1990 (R.A. 677, 1990) y 18 de febrero de 1997 (R.A. 1240, 1997)—. A pesar de confirmar la vigencia del principio culpabilístico, recomiendan una inversión de la carga de la prueba y acentuar el rigor de la diligencia requerida en los supuestos de exigencia de responsabilidad de médicos, las SS.T.S. de 5 de febrero de 1991 (R.A. 992, 1991), 24 de enero de 1992 (R.A. 207, 1992), 5 de octubre de 1994 (R.A. 7453, 1994), 9 de marzo de 1995 (R.A. 1848, 1995) y 9 de junio de 1997 (*La Ley*, núm. 4327, 9 de julio de 1997, pág. 8).

En relación con la S.T.S. de 12 de febrero de 1990 hago notar que aparece bajo fecha errada en el comentario de YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario a la S.T.S. de 31 de enero de 1990», C.C.J.C., núm. 22, enero/marzo 1990, págs. 279 y sigs., al igual que en el índice de la Colección Legislativa en el que consta como de 10 de febrero de 1997; además, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales...», op. cit., pág. 912, la recoge en su comentario como de 31 de enero de 1990 atribuyéndole, en cambio, en su fundamentación el contenido de la de 12 de febrero de 1990. Con independencia de estos errores de cita, cabe destacar de dicha sentencia, confirmatoria del fallo de la Audiencia que apreciaba la existencia de responsabilidad del médico y de la Compañía Adeslas, que, tras hacer suya la declaración de la sentencia recurrida de que la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño incumbe probarla al paciente, admita que dichos elementos puedan ser demostrados a través de la prueba de presunciones, exigiendo, no obstante, «a falta de pruebas directas, una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no puede aplicarse a varias circunstancias», sentándose la «conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio...». El Tribunal Supremo, en esta Sentencia, expresa su cautela a aplicar la objetivización de la responsabilidad al médico, por lo que considera aplicable la doctrina plasmada en la S.T.S. de 26 de mayo de 1986 (R.A. 678, 1986) conforme a la cual «la responsabilidad del médico ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente», a pesar de que en definitiva invirtió la carga de la prueba de la culpa, concluyendo que a la conducta del recurrente había de atribuírsele el carácter de culposa ya que «al practicar una intervención no tenía por qué resultar afectado el nervio facial... produciéndose un edema que no cabe imputar a circunstancia alguna distinta, lo que implica la negligencia que la resolución recurrida le imputa» —a través de la prueba de presunciones—.

A este respecto, observa YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario a la S.T.S. de 31 de enero de 1990», op. cit., pág. 287, que, partiendo de la calificación de la obligación como de medios, se hace corresponder la prueba de la negligencia al acreedor, pero al no aparecer plena y directamente cierto que el daño se ha debido a una conducta negligente, la jurisprudencia tiende a aliviar la pesada carga probatoria del cliente «no siendo ya necesaria una prueba acabada o completa de la culpa, sino deduciéndose ésta de determinados hechos que *prima facie* permiten presumirla».

En atención al pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de febrero de 1997 (R.A. 1240, 1997), que reitera lo dispuesto en la citada Sentencia de 2 de diciembre de 1996, se puede vislumbrar una nueva línea jurisprudencial en relación con la responsabilidad de los médicos que, sin negar que la obligación del médico suele ser de medios y que su responsabilidad ha de basarse en su culpa o negligencia, deriva «el incumplimiento objetivo de la obligación contractual» —esto es, de deber de diligencia *ex art. 1.104 C.C.*— del resultado anormalmente adverso en atención a las circunstancias. En dicho supuesto, se consideró responsable a los servicios médicos del organismo autónomo demandado de los daños ocasionados al paciente por el contagio de un tipo de hepatitis y del síndrome de inmunodeficiencia a través de una transfusión que le fue practicada.

A través de la presunción desfavorable (de negligencia en los medios empleados) que se desprende de «*un mal resultado*» se viene a flexibilizar, a favor del paciente, la prueba de la culpa médica<sup>398</sup>.

Tal solución jurisprudencial se aproxima a las adoptadas por los Tribunales franceses a través del recurso a la *faute virtuelle* o por los anglosajones mediante la aplicación de la máxima «*res ipsa loquitur*» (*the thing speaks for itself*), de donde se desprende un sistema de culpa presunta<sup>399</sup>. De este modo, la jurisprudencia española, respetando formalmente el principio de la culpa,

---

<sup>398</sup> Para SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario a la S.T.S. de 2 de diciembre de 1996», op. cit., pág. 345, es loable el criterio mantenido por el Alto Tribunal en dicha sentencia sobre la prueba de la culpa médica como un «intento de protección de la tutela resarcitoria del paciente». No obstante, para la autora, de dicho pronunciamiento no se sigue una inversión de la carga de la prueba que estaría implícita en la presunción de culpa y que obligaría, para exonerarse de responsabilidad, a acreditar que se empleó la diligencia exigible y que el daño causado era inevitable, sino que lo que establece la Sentencia es «un deber procesal de prueba que recae sobre el médico y que le obliga a facilitar, por su libertad de acceso, todos aquellos elementos o, más exactamente, fuentes o medios que puedan acreditar el modo, tiempo y circunstancias en que se prestaron los cuidados al paciente», en consonancia con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 7/1994, de 17 de enero (B.J.C. 154, 1994, págs. 60 y sigs.). Sin embargo, puntualiza la autora, el resultado de este principio de facilidad y disponibilidad probatoria de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión del paciente, sin constituir una presunción de culpa de los demandados, será idéntico a esta última: la inversión de la carga de la prueba, ya que «los profesionales intentarán acreditar en cumplimiento de su deber, su diligencia en el desempeño de su actuación».

<sup>399</sup> Así, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales...», op. cit., pág. 910; YZQUIERDO TOLSADA, M., «Comentario a la S.T.S. de 31 de enero de 1990», op. cit., pág. 288. Se manifiesta contrario a la aplicación de esta tendencia objetivadora de la responsabilidad en materia de responsabilidad médica FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria...*, op. cit., págs. 55 y 56.

Vid. sobre esta tendencia jurisprudencial YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, op. cit., págs. 307 a 313, y JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, op. cit., págs. 57 a 69. Destaca RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial», *R.C.D.I.*, 1995, I, pág. 29, que la tendencia jurisprudencial a la objetivación de la responsabilidad del contratante, que no es ajena a la influencia de idéntico proceso en la responsabilidad extracontractual, se ha mostrado también el ámbito de la responsabilidad médica, en el que, si bien excepcionales, ya hay pronunciamientos de responsabilidad sin culpa.

flexibiliza su rigor al introducir una ficción de la misma a través del recurso a la presunción de culpa cuando el comportamiento del obligado ha producido unas consecuencias anormalmente adversas teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

### *29. La carga de la prueba y el incumplimiento del abogado*

Tal como venimos señalando, constituye obligación principal del abogado, en la relación de servicios que le une con el cliente, la correcta ejecución de la actividad para la cual se contrataron los servicios de un Letrado. En el desarrollo de tal actividad, y en orden al exacto cumplimiento de la prestación, el abogado deberá atenerse a un canon de diligencia conforme a lo dispuesto en el art. 1.104-1º C.C. —y tal como venimos reiterando, el modelo del buen profesional—, a las obligaciones derivadas de la diligencia, además de resultar vinculado por ciertos deberes de corrección frente a su cliente y por la obligación de proteger los intereses de éste<sup>400</sup>

Teniendo en cuenta la función que hemos atribuido a la diligencia y a la pericia como criterios de determinación del contenido de la prestación del profesional abogado, y, por tanto, del cumplimiento de la obligación, el acreedor-cliente que pretenda exigir responsabilidad al abogado por los daños derivados por el incumplimiento —entiéndase, cumplimiento defectuoso— de la obligación a que se comprometió, siendo, además, calificable dicha obligación de «medios o de actividad» (p. ej. el asesoramiento jurídico), deberá probar la “defectuosidad” o “inexactitud” de la prestación, esto es, la impericia o la negligencia del abogado en la

---

<sup>400</sup> Como dice YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, op. cit., págs. 237 y 238, en la relación entre el profesional y el cliente surgen, con especial importancia, los deberes de corrección y buena fe, que «deducibles de la regulación general trazada por el Código civil para las relaciones interindividuales, sirven para dar con la completa identificación del contenido del vínculo obligacional».

ejecución de la prestación, razón ésta que le ha impedido la satisfacción del interés de su cliente.

La prueba de la impericia, de la no conformidad de la prestación a los cánones de conducta que rige en un determinado sector profesional, a las reglas técnicas, en definitiva, a la *lex artis*, en cuanto elemento determinante de una prestación defectuosa, constituye la prueba del incumplimiento<sup>401</sup>.

La impericia resulta trascendente en el ámbito de la responsabilidad del profesional como presupuesto objetivo de ésta, en tanto que determina o puede determinar el incumplimiento de la obligación, condición previa del juicio de responsabilidad.

Por tanto, partiendo de la calificación que jurisprudencialmente se ha mantenido de la prestación de servicios del abogado como generadora, frecuentemente, de obligaciones de medios<sup>402</sup>, el incumplimiento de la obligación de aquél vendrá determinada por un comportamiento o conducta no adecuada al parámetro de la diligencia (y de pericia) que le resulta exigible y que viene representado por la figura del «abogado medio».

Llegados a este punto, cabe plantearse en qué supuestos en particular nuestro Tribunal Supremo ha apreciado que la actuación del abogado no se adaptaba al citado modelo de conducta diligente, esto es, cuándo ha valorado la existencia de una negligencia o impericia susceptible de desencadenar la responsabilidad del abogado y cuando, por el contrario, ha estimado que la conducta de éste

---

<sup>401</sup> Este incumplimiento de la obligación contraída por el abogado podrá ser causa determinante bien de la posibilidad del cliente de resolver el contrato *ex art.* 1.124 exigiendo el resarcimiento de daños en su caso, bien de la pretensión de responsabilidad contractual por los daños y perjuicios causados. En la S.T.S. de 6 de octubre de 1989 (R.A. 6891, 1989) el Alto Tribunal confirmó el pronunciamiento de la Audiencia que había estimado la resolución del contrato de arrendamiento de servicios entre un abogado y una compañía, denegando la solicitud del abogado-recurrente de una indemnización sobre la base de la existencia de un incumplimiento por su parte.

<sup>402</sup> Vid. *supra*, Parte Primera, § 4 y § 5.

encajaba dentro de los parámetros de diligencia, adecuada a las reglas de la profesión forense<sup>403</sup>.

### *A) Análisis de las sentencias desestimatorias de la pretensión de responsabilidad del abogado*

1º. - S.T.S. de 26 de septiembre de 1989 (R.A. 6379, 1989):

En esta Sentencia el Tribunal Supremo casa y revoca la dictada por la Audiencia Territorial de Granada que había declarado responsables al Abogado y Procurador de la parte actora con base en que los hechos relacionados en la Sentencia de Instancia, de donde trae causa la reclamación de aquél —esto es, las actuaciones procesales llevadas a cabo por los demandados en el juicio ejecutivo en el que representaban y defendían al ahora actor—, eran «reveladores de una conducta negligente, descuidada por parte de los demandados», aplicando, por ello, el art. 1.902 C.C., en tanto que, habiendo pagado el demandado en aquel juicio ejecutivo —y actor en la demanda de responsabilidad— el principal y constando ello al Letrado y al Procurador «se pudo y debió interesar la oportuna tasación de costas y no por el contrario continuar un procedimiento ejecutivo por una cantidad ilíquida, cual era la presupuestada de forma genérica para intereses y costas», invocando además el art.

---

<sup>403</sup> Como ya he puesto de manifiesto, la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones del abogado, en puridad, ha de calificarse de contractual, en tanto que, como venimos diciendo, la obligación de emplear la diligencia y de aplicar los medios y reglas técnicas exigibles tiene su origen en la obligación contraída por el profesional, viniendo reforzada por lo dispuesto en el art. 1.258 C.C. («los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»). Sin embargo, no es ésta la realidad reflejada por la jurisprudencia ya que, al igual que veíamos respecto a la responsabilidad de los médicos, la mayoría de las pretensiones se ejercitan a través del cauce del art. 1.902 C.C., como violación del deber general de no causar daño a otro, aplicando las normas de la responsabilidad extracontractual.



1.104 C.C. al estimar la falta de la diligencia debida por los demandados que les era exigible «por su profesión y encargo».

Interpuestos sendos recursos de casación por el Letrado y Procurador, se denuncia por el primero, al amparo del art. 1.692-5º L.E.C., la infracción «por aplicación errónea del art. 1.902 C.C.», estimándolo el Tribunal Supremo sobre la base de que a la conducta del recurrente, que fue calificada de negligente por el Tribunal *a quo*, y que consistió en continuar el procedimiento ejecutivo, una vez conocido el pago del principal, en lugar de interesar la oportuna tasación de costas para que, una vez practicada y dándose vista al demandado, de no haber sido satisfecha, entrar en la vía de apremio, le faltaba uno de los elementos esenciales para apreciar responsabilidad extracontractual en virtud del art. 1.902 C.C.: la ilicitud o antijuridicidad de esa acción u omisión que se atribuye al recurrente. Ello debido a que el Abogado no tiene obligación legal de pedir tal tasación de costas hasta que se haya hecho efectivo el importe del principal reclamado y el de las costas presupuestadas que, además, lo fueron en una cantidad líquida (60.000 ptas.) y no ilíquida como erróneamente entendió el Juzgador de Instancia.

En este supuesto, al no existir relación contractual alguna entre el actor reclamante de daños derivados de la actuación del Letrado y este último, resulta claro que la demanda había de fundamentarse con base en la norma fundamental reguladora de la responsabilidad extracontractual, esto es, el art. 1.902 C.C. Para apreciar la existencia de responsabilidad, deben concurrir diversos elementos: acción u omisión antijurídica o ilícita, el daño, y la relación de causalidad entre la acción y el daño causado<sup>404</sup>.

---

<sup>404</sup> Cabe resaltar que el elemento de la ilicitud o antijuridicidad de la conducta como exigencia del art. 1.902 C.C. para determinar la responsabilidad extracontractual no es admitido de manera unánime por la doctrina. Así, para PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario al art. 1.902 C.C.», op. cit., págs. 1981 y sigs.; considera ROCA I TRIAS, E., *Derecho de Daños*, Valencia, 1996, págs. 29 y 57-58, en contra de la doctrina tradicional, que «no es necesario recurrir al requisito de la antijuridicidad» del daño para atribuir al causante la obligación de repararlo,

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

2º.- S.T.S. de 20 de octubre de 1989 (R.A. 6947, 1989): El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación, confirmando la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, confirmatoria, a su vez, de la de Instancia que desestimó la demanda formulada por el actor en reclamación de daños y perjuicios contra el Letrado que le dirigió su defensa en un anterior juicio de desahucio.

La pretensión formulada por el actor se fundamentaba en la imputabilidad al Letrado de la pérdida del citado juicio al *«no haber consignado aquél, según el actor, la suma de 265.000 pesetas que para cubrir las rentas pendientes había entregado oportunamente al demandado, el cual asimismo faltó a su deber de asistencia al trámite de vista que, en el mismo proceso se señaló»*.

La desestimación de tal pretensión en la instancia se realizó con base en dos hechos, que reproduce la Sentencia de casación: primero, la consignación de la cantidad sí se realizó por el Letrado demandado, siendo, además insuficiente para enervar la acción de desahucio; segundo, el contenido de la sentencia de desahucio no se hubiera visto alterado de haber asistido el Letrado a la mencionada vista, ya que ésta tenía por objeto la continuación de otra vista que fue suspendida con la finalidad de conceder un plazo de tiempo al recurrente para que consignara el total de las rentas impagadas. Siendo, por tanto, la no aportación de dicha cantidad la determinante de la sentencia de desahucio y no la no asistencia del Letrado, no cabe exigir responsabilidad alguna a este último.

3º.- S.T.S. de 5 de abril de 1990 (R.A. 2699, 1990): La cuestión objeto de debate gira en torno a la posible existencia de responsabilidad del Letrado renunciante de la defensa de su cliente (demandante) en el procedimiento de separación iniciado por la esposa de este último.

---

bastando la concurrencia de la culpa para afirmar la existencia de responsabilidad, en tanto se configura como criterio de atribución de responsabilidad.

El Tribunal de instancia, y así lo recoge el Supremo, consideró que la actuación del Letrado del recurrente fue correcta al poner en conocimiento del Juzgado su renuncia a continuar la defensa, interesando al mismo tiempo se requiriera en forma a su cliente para designar nuevo letrado, siendo que así se hizo por el Juzgado. El recurrente no puede reclamar los daños y perjuicios causados por la indefensión que le produjo la no asistencia de un abogado, ante la firmeza de la partición practicada en el procedimiento de separación y que fue solicitada por la representación de la actora en dicho procedimiento, ya que, como consecuencia de la falta de designación de nuevo Letrado, se mandó traer los autos a la vista, continuándose el procedimiento de separación.

En el Fundamento Jurídico Primero parte el Tribunal Supremo de la distinción entre las obligaciones del Procurador y las del Letrado. Así, mientras el Procurador *«tiene una relación directa con los Juzgados o Tribunales estando obligado a poner en conocimiento de aquellos órganos su desistimiento voluntario, el Abogado en cambio, sólo tiene una relación directa con su cliente sin que esté obligado a poner en conocimiento del Tribunal cualquier supuesto de desistimiento, quedando sujeto a las responsabilidades correspondientes que ocasionare su apartamiento»*.

Concluye el Tribunal que en realidad fue el recurrente quien pudo provocar su propia indefensión, ya que era a él a quien incumbía la obligación de designar un nuevo Letrado que le defendiera y, por lo tanto, a él es imputable la continuación del procedimiento de separación y la subsiguiente aprobación de la partición. En este supuesto, la pretensión del cliente es desestimatoria sobre la base de que no hubo actuación negligente por parte del Letrado, teniendo su origen el presunto daño ocasionado al recurrente en su propia conducta.

4º.- S.T.S. de 5 de julio de 1991 (R.A. 5568, 1991):

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

La exigencia de responsabilidad (extracontractual) se suscita con ocasión de la actuación no de un Abogado, sino de un Graduado Social que representó, asistió y defendió al demandante. Teniendo en cuenta la peculiaridad del proceso laboral en el cual conforme a la legislación vigente y aplicable en el momento en que tuvieron lugar los hechos relatados en la Sentencia, esto es, en virtud del art. 10 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1 de julio de 1980<sup>405</sup>, no es obligatoria la asistencia de Abogado y Procurador ante los Tribunales del orden de lo social, sino que las partes pueden actuar *per se* o estar representadas y asistidas por Graduado Social, como es el demandado en la presente reclamación, estimo que cabe analizar este pronunciamiento en cuanto que en su actuación el Graduado cumplía idénticas funciones a las desempeñadas por un Letrado.

Promovida por el recurrente demanda contra el Graduado Social y contra el Sindicato Unión General de Trabajadores, en cuyo marco desarrollaba la actividad profesional aquél, el Juzgado de Primera Instancia la desestimó, confirmando dicha decisión la Audiencia Provincial sobre la base de que *«no se ha probado que el recurrente estuviese mal asesorado ante el Tribunal por el Graduado Social o que no propusiera todos los medios de prueba que la parte pusiese a su alcance, sino que, por el contrario, en la posición novena de su confesión admitió la correcta actuación del mismo»*.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación, de entre cuyos motivos, formulados al amparo del ordinal 5º del art. 1.692 L.E.C., cabe destacar:

a) La infracción del art. 1.214 C.C. y doctrina jurisprudencial que lo interpreta sosteniéndose por el recurrente que el principio de la

---

<sup>405</sup> La Ley de Procedimiento Laboral de 1980 tras sufrir varias modificaciones que la afectaban parcialmente, principalmente la de la Ley de 1990, ha sido sustituida por el nuevo Texto refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/1995, de 7 de abril, regulador del Procedimiento Laboral, cuyo art. 18 dedicado a la representación y defensa procesal no supone alteración alguna a lo dispuesto en el antiguo art. 10 de la L.P.L. de 1980.

carga de la prueba que contiene el precepto citado impone a los recurridos la obligación procesal de acreditar la correcta actuación de los mismos en el desempeño de su función de asesoramiento jurídico, habiendo de soportar, en otro caso, la responsabilidad contractual, en un caso, y extracontractual, en otro, por los perjuicios ocasionados al actor ante la no prosperidad de la tesis por él mantenida en un procedimiento judicial anterior.

El Tribunal Supremo, entrando a conocer dicho motivo, lo desestimó centrando su argumentación en el juego de la carga de la prueba referido exclusivamente al ámbito de la responsabilidad extracontractual, realizando una exposición de la evolución en dicho campo. Así, en primer lugar, tras dejar sentado que en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad tiene como sustento la culpa del agente, reconoce el Tribunal su tendencia a admitir en determinados campos de actuación (los daños causados por la circulación de vehículos), mediante la aplicación de la doctrina de los riesgos y sin admitirse una responsabilidad objetiva, la inversión de la carga de la prueba desplazando al causante de los daños la de acreditar que actuó con diligencia.

Sin embargo, a continuación, se subraya el carácter excepcional de la doctrina de invertir la carga de la prueba al declarar la Sentencia que *«no puede pretenderse su indiscriminada aplicación a todos los supuestos de daños»*, y en particular al supuesto de responsabilidad de los profesionales del Derecho cuando el daño se derive de la desestimación de la pretensión del particular ejercitada en un litigio por aquéllos (*«ni mucho menos aún su vocación de regir los posibles perjuicios que al particular ocasione la falta de prosperidad de una actuación judicial»*).

La causa de la exclusión de aquella doctrina en relación con las actividades jurisdiccionales desempeñadas por dichos profesionales se hace radicar en la dificultad de la prueba que vendría impuesta a éstos, en la medida en que, como un litigio siempre acaba en mayor

o menor medida con la desestimación de la pretensión de una de las partes implicadas, con el fracaso del litigio para aquél que no vio atendido sus pedimentos, aquéllos, esto es, los profesionales dedicados a la defensa de los intereses de este último, deberían probar que *«la causa de tal resultado no fue la negligencia de su actuación, sino la carencia de razón, con arreglo a derecho, de la postura que ellos sostuvieron»*.

No obstante, concluye el Tribunal que tal responsabilización sí será posible —se refiere a la imputación del resultado dañoso en que se traduce la falta de éxito de las pretensiones del cliente— cuando el demandante-cliente haya probado que dicho resultado deriva causalmente de una actuación negligente del profesional que tenía a su cargo la defensa jurídica de sus intereses.

b) Desestima también el Tribunal los motivos relativos a la infracción por inaplicación de los arts. 1.101 y 1.104 C.C. (motivo 4º) y de los mismos en relación con el art. 1.903 C.C. (motivo 5º), sobre la base de que, como sienta la sentencia recurrida, no se acreditó la existencia de una actuación negligente de quien llevó a cabo la asistencia jurídica, elemento éste necesario para que puedan aplicarse las normas relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual.

5º.- S.T.S. de 4 de febrero de 1992 (R.A. 819, 1992): Resuelve esta Sentencia el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que, confirmando la de Instancia, desestimó la demanda interpuesta por el cliente exigiendo la indemnización de los daños causados derivados de la responsabilidad civil del abogado<sup>406</sup>.

El Tribunal Supremo centra su decisión en dos cuestiones: una, la posible existencia de responsabilidad del abogado al haber actuado negligentemente; la otra, la identificación y valoración de los daños

---

<sup>406</sup> Sobre esta Sentencia, vid. *Supra*

ocasionados como consecuencia de un comportamiento negligente por parte del Letrado. Ahora bien, planteados los motivos del recurso en orden inverso al aquí expuesto, el Tribunal se dedica en primer lugar a resolver la cuestión relativa a la cuantificación de los daños indemnizables derivados de la responsabilidad en que podría haber incurrido el profesional.

En efecto, en el primer motivo, a través del cauce del ordinal 4º del art. 1.692 L.E.C. se alega que la sentencia recurrida aprecia erróneamente la prueba según resulta de los documentos obrantes en autos al afirmar que la actuación del profesional recurrido no causó daños a la actora hoy recurrente. Para el recurrente los daños consisten en el importe de lo perdido por las decisiones judiciales.

El Alto Tribunal rechaza el motivo ya que sobre la incorrecta actuación del abogado no hay declaración en la sentencia recurrida «que, antes bien, contiene la afirmación de que el demandado siguió las instrucciones del cliente». Ahora bien, al mismo tiempo, se detiene el órgano jurisdiccional en el concepto de los daños indemnizables en aquellos supuestos en que ha existido una sentencia condenatoria del cliente.

Reconoce la Sala que en dichos supuestos existirá un detrimento patrimonial para el cliente equivalente al monto económico del pronunciamiento, pero ello no significa que deba ser incluido en el concepto de daños indemnizables. No obstante, reconoce que sí lo será cuando se demuestre que *«la resolución judicial ha sido consecuencia de la incuria, deficiente preparación o desconocimiento de las normas profesionales del letrado encargado de la defensa y que distinto hubiera sido el resultado del juicio si la defensa del cliente hubiera sido acorde con la "lex artis" propia de un abogado normal»*.

De esta manera, de una parte, hay que tener presente la distinción entre detrimento o perjuicio económico y el daño

indemnizable que no tienen por qué coincidir. De otra, conforme a este pronunciamiento, y tal como hemos visto, al cliente le incumbe demostrar la impericia o negligencia del abogado en el desempeño de la actividad de defensa y asistencia de sus intereses —esto es, en palabras del Tribunal, «la incuria, deficiente actuación o desconocimiento de las normas profesionales»—, en definitiva, el incumplimiento de la obligación del abogado. Pero no sólo esto, sino que habrá que demostrar que la resolución judicial adversa a sus intereses tiene una relación causal directa con la impericia y negligencia del Letrado, esto es, que de haber actuado con la diligencia y pericia de un profesional medio de la misma especialidad el resultado habría sido diverso, lo cual supone por parte del demandante la reconstrucción de la defensa ejercida en el pleito cuyo resultado le fue perjudicial.

En el Segundo de los Fundamentos Jurídicos se ocupa el Tribunal de apreciar la existencia de negligencia en la conducta del abogado, esto es, de valorar si ha incurrido en el incumplimiento de las obligaciones que le vienen impuestas, entre ellas, la de adecuar su actividad al parámetro de diligencia que le resulta exigible.

Para ello, entra a conocer del segundo de los motivos del recurrente, en el que alega la infracción de las normas corporativas de la profesión forense, en particular, de los arts. 53, 54 y 102 del Estatuto General de la Abogacía. Teniendo en cuenta el valor asignado a la normativa emanada por los Colegios Profesionales, aspecto éste sobre el que nos detendremos en el siguiente apartado, cabe destacar que los dos primeros preceptos imponen determinados deberes u obligaciones al Letrado en relación con las partes, como son el cumplimiento de la misión encomendada con «*el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional*», la atención a las «*exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto*» (cfr. art. 53 E.G.A.) y la realización diligente de las actividades impuestas por el asunto confiado (cfr. art. 54 E.G.A.). Según el art. 102 los abogados están sujetos a responsabilidad



civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les haya sido confiada.

Considera el Tribunal correctamente invocados tales preceptos reglamentarios, en tanto que sin poder servir de apoyo a la casación por vía del art. 1.692-5° L.E.C., cabe admitirlos al tener como soporte legal bien las normas relativas al arrendamiento de servicios —donde tiene encaje la actividad profesional— bien el art. 1.902 C.C. *«cuando la actuación profesional fuera de los límites contractuales produzca daños»*. Preceptos éstos que imponen un deber de diligencia al profesional *«mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto»*.

Además, habiendo alegado el recurrente también la infracción del art. 1.544 C.C. a través del motivo 8°, pasa a estudiar conjuntamente ambos, rechazándolos sobre la base de no apreciar negligencia o falta de diligencia exigible en la conducta del Letrado.

La actuación del Letrado, que es objeto de particular examen por parte del Tribunal, se concreta en la incomparecencia de aquél en primera y segunda instancia. Las razones alegadas por el Tribunal Supremo para rechazar la calificación de la misma de negligente y, por el contrario, considerarla adecuada a la diligencia exigible a aquél fueron: a) respecto a la incomparecencia del Letrado en la primera instancia, de una parte, se consideró que no estaba probado que obedeciera a desidia o abandono de su función de defensa, de otra, la sentencia fue favorable, luego no se produjo resultado dañoso alguno; b) respecto a la incomparecencia del Letrado en apelación se reitera parte del argumento anterior, esto es, por sí misma no implica negligencia, lo que supone que ésta ha de ser probada, hecho éste que por lo que parece deducirse de los hechos no se produjo. Pero además, a diferencia del anterior, aquí el resultado no fue favorable, sino que se revocó la sentencia de instancia. Sin embargo,

al no estimar el Tribunal decisiva para la revocación de la sentencia la incomparecencia del Letrado el motivo fracasó<sup>407</sup>.

En realidad, en la resolución de este caso para la Sala fue decisivo la no apreciación de la existencia de un nexo causal suficiente entre la incomparecencia y la desestimación de la pretensión en segunda instancia (al revocar la dictada por el Juzgado de Primera Instancia), esto es, entre la actuación del abogado y el daño causado, como elemento necesario para afirmar la responsabilidad del abogado, junto a la cuestión, como hemos visto, de la apreciación de la existencia y valoración de los daños en estos casos de actuación jurisdiccional de los Letrados que finalizan con decisión judicial desestimatoria de la pretensión de los clientes.

---

<sup>407</sup> No declara expresamente el Tribunal Supremo en su Fundamento la razón por la cual no ha de considerarse «decisiva» la actuación del abogado, es decir, la incomparecencia en orden al supuesto resultado dañoso ocasionado (la revocación de la sentencia de instancia). Sí lo hace, por el contrario, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de junio de 1995 (R.G.D. octubre-noviembre 1995, págs. 12144 a 12146) que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el cliente, y que tiene su origen en la incomparecencia del Abogado en el acto de la vista de un recurso de apelación en el que el cliente (ahora recurrente) era la parte apelada, actuación ésta que desencadena por parte del cliente la pretensión de responsabilidad del abogado. De manera previa, la Sentencia de la Audiencia considera aplicables los arts. 103 y 105 del Estatuto General de la Abogacía relativos a la responsabilidad civil en que pueden incurrir los abogados en el ejercicio profesional, lo cual le conduce a distinguir los ámbitos de aplicación de la responsabilidad contractual — a la que aludirían dichos preceptos reglamentarios, mediando un contrato de arrendamiento de servicios y ante su incumplimiento defectuoso— y de la responsabilidad extracontractual —cuando entre abogado y cliente no se concertó contrato alguno—, destacando que «la base de la responsabilidad contractual será el dolo o la negligencia, sin que quepa, dada la redacción de los preceptos estatutarios, una responsabilidad por mero riesgo, como actualmente se asigna a otras actividades». La Sentencia no apreció quehacer culposo o doloso que pudiera dar lugar al nacimiento de responsabilidad en la actuación del profesional al no comparecer a la vista del recurso de apelación contra la sentencia impugnada «dado que la no personación de Letrado a la vista de recurso de apelación, en el que la parte asistida asume la condición de apelada, no supone de por sí indefensión, por consistir la apelación en un proceso revisorio de lo acontecido en la instancia, con el pertinente examen por el Tribunal de alzada.... Revisión que procede aun cuando no comparezca ni tan siquiera la parte apelante, dado que ello no supone el tener por desistida a la misma de su recurso». Es de notar que, en este supuesto, el Letrado había aconsejado al cliente adherirse al recurso de apelación formulado por la parte adversa, y que no se realizó al negarse el cliente a satisfacer nueva provisión de fondos al Letrado.

Ahora bien, *¿quid* sobre la conducta del abogado? ¿cabe calificar de negligente o de imperito al abogado que dejó de comparecer en la vista fijada judicialmente en el proceso donde se solventa la pretensión de su cliente? ¿cabe concluir que dicha actuación se ajusta a las reglas de la profesión forense?

En efecto, como venimos sosteniendo, el profesional ha de comportarse atendiendo a un modelo de diligencia particular (el del buen profesional), teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes (cfr. art. 1.104-1º C.C.). En el cumplimiento de su obligación el abogado ha de actuar conforme a la *lex artis*, a determinados parámetros de diligencia y pericia, y, en principio, forma parte de su correcta actuación el comparecer en las vistas de aquellos asuntos para cuya defensa se interesaron sus servicios<sup>408</sup>.

Ahora bien, según el Tribunal Supremo la incomparecencia «no necesariamente comporta negligencia», de donde se sigue que habrá que demostrar que aquélla obedece a «*desidia o abandono de su función de defensa*», en suma, que se debió a la falta de diligencia exigible o al deficiente conocimiento de las normas procesales o sustantivas. Con tal razonamiento el órgano jurisdiccional se inclina por la postura que, en orden a la distribución de la carga de la prueba, estima que el incumplimiento de la obligación no presume la culpa del infractor, de tal modo que incumbirá al acreedor-perjudicado la prueba de la negligencia de aquél.

De otro lado, dicho argumento parte de una configuración determinada de la prestación del Letrado, como obligación de medios, que le impone una conducta cualitativamente adecuada en orden a la satisfacción del interés del cliente, de tal manera que de la no realización de un acto aislado —que podría ser considerado un *opus* o un resultado en sí mismo, como es la comparecencia del Letrado— no cabe concluir el incumplimiento de la obligación.

---

<sup>408</sup> Del mismo modo, el art. 39 E.G.A. impone como deber general a los abogados la defensa jurídica de los asuntos que les sean confiados.

Incluso podría plantearse si, ante determinadas circunstancias, la incomparecencia puede responder a una adecuada actuación del abogado, en tanto que se integre en un complejo de actuaciones dirigidas a la mejor asistencia de los intereses de su cliente<sup>409</sup>.

6° S.T.S. de 23 de diciembre de 1992 (R.A. 10715, 1992): Suscitada la posible existencia de responsabilidad civil extracontractual de tres abogados de una Compañía aseguradora ante la sentencia condenatoria recaída en juicio de faltas contra su defendida, la sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de daños presentada por la ahora recurrente, confirmando tal pronunciamiento la Sentencia de apelación. Contra ésta se interpuso recurso de casación.

La sentencia impugnada, desestimatoria de la pretensión de responsabilidad de los Letrados que prestaban sus servicios en la Compañía aseguradora de la demandante, se funda en que no se considera probado que el daño alegado por la demandante y que se traduce en su condena en vía penal (que tenía como origen un accidente de circulación) tenga su causa en una *«conducta negligente o irregular de los demandados en este proceso al realizar su actividad de defensa jurídica en el juicio de faltas en que se produjo la condena, sino por la propia entidad de los hechos de que fue protagonista y causante, sin que pueda entenderse que “con una defensa más cualificada o brillante, las sentencias penales hubiesen sido distintas y más benignas”»* para la demandante.

El primer motivo del que conoce el Tribunal Supremo, en virtud del art. 1.692-5° L.E.C., acusa la infracción del art. 1.232 C.C. como regla de valoración de la prueba confesional, al sostener la recurrente que de lo reconocido en confesión judicial y de lo

---

<sup>409</sup> Esto es, responde a una especie de estrategia del abogado en orden a alcanzar un mejor resultado en conjunto, por ejemplo, la declaración en rebeldía del demandado y la apertura de la audiencia al rebelde, concediendo un nuevo plazo para su comparecencia.

expuesto al contestar a la demanda resulta que sí se han probado algunos hechos constitutivos de la negligencia de los Abogados, y que se hacen radicar, especialmente, en que uno de los Letrados reconoció que no pudo «al llegar el juicio de faltas» examinar el «expediente», aunque advirtió que ya conocía el asunto por el que tenía de la «Nueva Mutua» (la Compañía aseguradora), así como que no interrogó al lesionado en el acto del juicio y que nada dijo en el mismo sobre la cobertura de la póliza y al año en que se había producido el accidente.

Para el Tribunal Supremo no cabe apreciar tal infracción en la valoración de la prueba en tanto que, de una parte, un examen de las posiciones absueltas por la recurrente no revela ninguna negligencia; de otra, entiende que el recurrente mediante una interpretación del resultado de la prueba se excede de lo que es propiamente la valoración de la prueba, dirigida a la fijación de los hechos, rechazando, además, la asimilación de los hechos admitidos en la contestación de la demanda a los reconocidos en confesión judicial, de manera que aunque en dicha contestación quedasen consignados determinados hechos —que son tachados de inexactos y que tienen relación con la actuación de un Letrado— *«no se puede inferir su negligencia en la defensa ni mucho menos que, a consecuencia de la supuesta negligencia, se produjera la condena penal o se incrementara el importe de la indemnización a percibir por la víctima»*, no quedando la totalidad de dicha cantidad cubierta por la póliza de seguros que tenía concertada la condenada.

Luego, de manera similar a lo que veíamos en la S.T.S. de 4 de febrero de 1992, el Tribunal desestima la pretensión con base en dos argumentos: la falta de prueba de la negligencia en la conducta de los abogados y que, en virtud del art. 1.214 C.C., corresponde probar a la demandante; y la falta de prueba de un nexo causal entre dicha conducta y el resultado dañoso que consiste bien en la condena penal bien en el incremento de la cuantía la indemnización que se condenó como responsabilidad civil derivada de delito.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

Entre el resto de los motivos del recurso, cabe destacar, en segundo lugar, la infracción del art. 1.101 C.C., en relación con los arts. 1.256 y 1.258 C.C., alegando que la Compañía de Seguros, «La Nueva Mutua», incumplió el contrato de seguro al designar un Abogado que se encargara de la defensa de la asegurada, sustituyéndolo posteriormente por otro; motivo que decayó en tanto que en la póliza estaba prevista la posibilidad de sustitución del Letrado y así se hizo por la aseguradora «ante la gravedad del caso».

En tercer lugar, alegada la infracción «del art. 1.902 C.C. (en relación, en lo menester, con los arts. 39, punto 1º y 102 del Estatuto General de la Abogacía» para demostrar la responsabilidad extracontractual de aquéllos, es desestimado por el Tribunal este motivo en tanto que, como se dijo, *«no hay base para reputar negligente la actuación de dichos Abogados ni muchísimo menos que un descuido suyo fuera determinante del sentido de las sentencias dichas en ambas instancias en el juicio de faltas»*, lo cual le lleva a desestimar, al mismo tiempo, la infracción del art. 1.903-1º y 4º respecto a la Compañía aseguradora.

Por último, se alega por la recurrente la infracción «del art. 1.214, en relación con el 1.902 ambos del Código Civil», al sostener que en virtud de la doctrina jurisprudencial incumbía a los demandados probar que actuaron con la diligencia debida, reiterando el Tribunal la doctrina sentada en relación con la actuación de los médicos y demás profesionales que excepciona «en los supuestos de responsabilidad por infracción de los deberes profesionales» la inversión de la carga de la prueba que se opera en ámbitos diversos de la responsabilidad extracontractual.

7º S.T.S. de 28 de diciembre de 1996 (R.A. 9509, 1996): Se interpuso recurso de casación contra la sentencia confirmatoria de la de Instancia que desestimaba la demanda en la que se exigía responsabilidad civil derivada del ejercicio profesional a un Letrado,

un Procurador y un Notario, y determinadas Compañías aseguradoras al cubrir los riesgos del primero.

Respecto a la actuación del Procurador de los Tribunales los recurrentes alegan la infracción de los arts. 1.101 y 1.104 en relación con los arts. 1.709 y 1.726 C.C., al estimar que el Procurador cometió una omisión ilícita haciendo dejación de sus funciones al ceder a su mandante la cumplimentación de un exhorto que había aceptado tramitar en Alicante y al gestionar otro en Zaragoza con un retraso de tres años, lo que permitió a juicio de los recurrentes la prescripción de un delito de alzamiento de bienes cometido por la parte contraria. El Tribunal Supremo desestima este motivo al entender que de los fundamentos de la resolución recurrida —que hacen referencia detalladamente a todas las vicisitudes sufridas por los citados exhortos— se desprende la diligencia del Procurador, que se manifestó mediante la *«cumplida información a poderdante y Letrado del curso del proceso y en la debida observancia de las instrucciones impartidas»*, añadiendo que las omisiones expresadas por el recurrente se salvan, respecto al exhorto remitido a Alicante, en virtud de los arts. 1.719 y 1.733 C.C., esto es, por la *«lógica supremacía del mandante sobre el mandatario en la ejecución de la relación contractual»* y por la *«facultad de aquél de revocación de un punto del pacto a su voluntad»*; y respecto al exhorto de Zaragoza por causas ajenas a la *«dinámica operativa del Procurador»*, sin que quepa aplicar los arts. 1.709 y 1.726 C.C. en relación con la responsabilidad del mandatario.

Respecto al Abogado, el motivo segundo del recurso se fundamenta en la infracción de los arts. 1.101 y 1.104 C.C. en relación con el art. 1.544 C.C., así como de los arts. 53, 54 y 102 del Estatuto General de la Abogacía, al considerar que el Letrado incurrió en negligencia profesional por las siguientes causas: 1ª La carencia de petición de medidas de aseguramiento de bienes e infracción de encargo profesional; 2ª Dejar prescribir el delito de alzamiento de bienes, siendo conocedor de las ventas fraudulentas; 3ª Elección

equivocada del tipo de procedimiento; 4ª Percibir el pago de cien mil pesetas como provisión y no ejercitar acción alguna.

El Tribunal Supremo, dedicando especial atención a este motivo, lo desestima con base en las siguientes argumentaciones:

Primero, la resolución recurrida en el ejercicio de su potestad probatoria entendió que, «en atención a las circunstancias de naturaleza, tiempo, lugar y personas relativas al asunto encomendado, así como al modelo profesional de diligencia del abogado medio, la conducta del Letrado fue correcta». La conducta del Letrado, que es sometida a examen, en tanto a su adecuación a la diligencia exigible, consistió en la realización del encargo profesional encomendado por el recurrente hasta obtener sentencia judicial firme en el juicio civil y, cuando en el período de ejecución aquél constató la insolvencia de la parte contraria, en deducir una querrela criminal seguida hasta el final; cuestionándose la parte recurrente, no obstante estas actuaciones, la idoneidad de dichas actuaciones en tanto que debió haber solicitado el embargo preventivo como medio de aseguramiento de los bienes del demandado en aquel proceso.

Estima el Tribunal que, teniendo en cuenta que en la relación entre abogado y cliente, la obligación de aquél es de medios, la interpretación que realizó la Audiencia no es ilógica, ya que las actuaciones del abogado no caen en el «*el ámbito de la culpa o negligencia prevista en el art. 1.101 del Código Civil*». Al mismo tiempo, hace suya la explicación de la Sentencia de la Audiencia que consideró justificada la decisión del abogado de no instar el embargo preventivo ante la seguridad del rechazo judicial de dicha sin la prestación de una garantía pecuniaria — en cuanto que a juicio del Letrado fianza había de ser muy gravosa para los actores—, rechazando el argumento manifestado en el motivo del recurso consistente en decir que la aportación de la fianza era un hecho posterior a la petición de embargo y que una vez cuantificada se decidiría su aportación o no y que, por tanto, no podía la gravosidad



de la fianza para los recurrentes constituir causa suficiente justificativa de la omisión del Letrado. Considera el Tribunal Supremo que en cuanto que las previsiones del coste del pleito y sus incidencias normalmente se determinan antes del inicio del litigio, se ha de presumir que si se evitaron éstas se debe a la voluntad de los interesados y no a la iniciativa del abogado.

Segundo, asimismo, en tanto que se considera correcta la actuación del abogada traducida en la interposición de querrela criminal al tener conocimiento de la situación de insolvencia del litigante pasivo durante el período de ejecución de sentencia, aun pudiendo acordar medidas diversas, no cabe hablar, a juicio del Tribunal Supremo, de elección equivocada de tipo de procedimiento, decayendo la tercera de las causas demostrativas de la negligencia del abogado.

Respecto a la prescripción del delito de alzamiento de bienes, no se aparta el Tribunal Supremo de las determinaciones demostrativas del Tribunal de Instancia, de las que resulta que no hubo negligencia alguna del abogado en la interposición de la querrela, ya que en la fecha de la prescripción no tenía conocimiento de la comisión del delito.

Por último, no entra el Tribunal a valorar, por haber quedada fijada por la Sentencia recurrida, la cuestión relativa a la finalidad de las cantidades percibidas por el Letrado en calidad de provisión de fondos.

8º S.T.S. de 12 de mayo de 1997 (R.A. 3838, 1997): Reclama el demandante los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil de varios procuradores y un abogado que le representaron y asistieron en un juicio de desahucio.

En efecto, el origen del pleito de responsabilidad profesional se halla en el desahucio del recurrente por falta de pago de 16.618 ptas., cantidad ésta sobre la que discrepaban arrendatario y arrendador, y

que el Juzgado entendió impagada. Esta sentencia devino firme al entender el órgano competente para conocer de la apelación que las partes —el Procurador del desahuciado-recurrente— comparecieron fuera de plazo.

Interpuesta por este último acción de responsabilidad frente a los profesionales, la Audiencia desestimó dicha pretensión sobre la base de que el cliente les encomendó su defensa sosteniendo de nada debía y sin hacer provisión de fondos para apelar hasta el último día del plazo, personándose el Procurador ya terminado el plazo concedido.

De manera previa al examen de los motivos del recurso se plantea el Tribunal cuál es el perjuicio causado —«si existe»— ya que no se ha concretado en la demanda, y que se derivaría de «la imposibilidad de defender en segunda instancia la improcedencia del desahucio y de la privación al desahuciado de la posibilidad de enervar (antes de dictarse la sentencia segunda) la acción ejercitada», apuntando ya, sin embargo, que dicha privación no es imputable a los profesionales.

Esta inimputabilidad a los profesionales de dicho resultado perjudicial deriva de los hechos declarados probados por la Audiencia, que no son desvirtuados en casación, de donde resulta que fue el cliente quien no quiso enervar el desahucio, pretendiendo tan sólo discutir sobre la cuantía reclamada, no facilitando además provisión de fondos a los profesionales. Estas conclusiones permiten al Tribunal Supremo desestimar los motivos que alegaban la infracción por inaplicación de los arts. 1.101, 1.104 y 1.544 C.C. en relación con la supuesta intervención negligente de los Procuradores y del Letrado; decayendo, del mismo modo, el motivo que entendía violada la «*lex artis*», estimando que la actuación del Letrado fue correcta y que la resolución del contrato de arrendamiento fue consecuencia de la decisión del Juzgado que estimó que la parte apelante se personó fuera de plazo.

*B) Análisis de las sentencias estimatorias de la pretensión de responsabilidad del abogado*

Cabe referirse en este apartado, con especial interés, a las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1995 y 16 de diciembre de 1996.

1º En relación con la S.T.S. de 17 de noviembre de 1995 (R.A. 8735, 1995), el origen del litigio que dio lugar al recurso de casación, siguiendo lo dispuesto en la propia sentencia, radica en la reclamación de daños y perjuicios sostenida por la entidad «Hermanos Gelida, S.A.», contra un Procurador, un Letrado y un Notario por una supuesta negligencia profesional de los demandados que le causó ciertos perjuicios patrimoniales. La Sentencia de Primera Instancia absolvió al Procurador y al Notario, condenando al Letrado al atribuirle la negligencia profesional de *«no haber solicitado en tiempo oportuno, la prórroga de la anotación preventiva de embargo trabado sobre ciertas fincas, omisión que dio lugar a que el dueño de las mismas las vendiera a un tercero, que efectuó la inscripción preferente en el Registro»*. Interponiendo recurso de apelación el Letrado condenado, la Audiencia confirmó la sentencia, reduciendo, sin embargo, la suma indemnizatoria. Contra esta Sentencia interpusieron sendos recursos de casación el Letrado demandado y la entidad demandante.

El recurso interpuesto por el Letrado se fundamentaba en dos motivos (inicialmente eran tres, pero por Auto se redujeron).

En primer lugar, la infracción del art. 1.968-2º en relación con el art. 1.902 C.C., al considerar que la acción para exigir responsabilidad al Letrado en cuanto circunscrita al ámbito extracontractual había prescrito, de donde se tendría que seguir la improsperabilidad de la pretensión de la demandante. Tal calificación de la responsabilidad se fundamenta por el Letrado-recurrente en el origen del daño causado a la demandante que debe ubicarse en la conducta del

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

tercero, dueño de las fincas embargadas, que sabiendo tal circunstancia las enajenó a un extraño.

El Tribunal no comparte este argumento referente al origen del daño que se debe atribuir, a su juicio, a la negligencia profesional del Letrado *«al haber dejado transcurrir el plazo de vigencia de la anotación preventiva de embargo, dando lugar a su caducidad automática, con lo que se produjo la indefensión de su cliente frente a la postura defraudatoria»*, y no como pretende el recurrente al dolo del dueño de las fincas. El daño deriva causalmente de la actuación del Letrado infringiendo el deber de diligencia que le era exigible, deber que se entiende integrado en el propio contrato de servicios que le une al cliente, de donde se desprende el carácter contractual de la responsabilidad exigible al Letrado —*«esta negligencia está inmersa en el contrato de arrendamiento de servicios»*—, y la desestimación subsiguiente del motivo.

El segundo de los motivos alegados por el recurrente gira en torno a los arts. 1.101 y 1.104 C.C., sosteniendo éste que cuando se produjo la caducidad de la anotación ya no ostentaba la dirección letrada de la parte actora. Siendo ésta una cuestión relativa a unos hechos que se declararon probados en las sentencias de instancia, y que revelaban que cuando se produjo la caducidad el recurrente sí era el Letrado que dirigía dicho asunto, el Tribunal Supremo entiende que esta cuestión ha de ser mantenida mientras no sea casacionalmente desvirtuada. Tampoco es posible mantener, a juicio del Alto Tribunal, la segunda parte de este motivo, que gira en torno a la argumentación de que *«con la inscripción de la venta judicial efectuada en favor del demandante, se había de producir la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes»*, ya que, por el contrario, consecuencia inmediata de la caducidad de la anotación fue el hecho de que la finca quedó libre y, por tanto, se pudo transmitir, de tal modo que la inscripción de la venta efectuada a terceros impidió la de la venta judicial, reforzando ésto el que, del mismo modo, tampoco habría

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

tenido acceso al Registro el mandamiento de cancelación de cargas, en cuanto su base era un asiento cancelado. En suma, se desestimó el recurso del Letrado en su totalidad.

Respecto a la demandante, impugnó ésta en casación la sentencia dictada en apelación, limitando su objeto exclusivamente a la reducción de la suma indemnizatoria que llevó a cabo el Tribunal *«a quo»*, aceptando, por tanto, íntegramente el contenido del fallo de la sentencia del Juzgado.

De los tres motivos en los que se sustenta el recurso, conoció el Tribunal conjuntamente del primero y del tercero, relativos, respectivamente, a la infracción del art. 1.106 C.C. y a la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

El punto de partida, en el estudio de estos motivos, consiste, a juicio del Tribunal, en la aceptación por parte del recurrente de la valoración de la finca que llevó a cabo la sentencia del Juzgado (por un importe de 7.205.478 ptas.) rechazando otra más elevada, y que ha de considerarse límite a sus peticiones. A continuación, se ocupa el Tribunal de indagar el alcance y el contenido del art. 1.106 C.C., calificado de *«amplio precepto»*, y que reducido en el recurso referido tan sólo a la pérdida que haya sufrido el acreedor, *«pues respecto del lucro cesante y a otros daños o gastos está cerrada la vía casacional»*.

Entiende el Tribunal, acogiendo la posición del demandante, que en la valoración de las fincas que se dejaron de adquirir como consecuencia de la negligencia del Letrado no puede operar como límite la cantidad en que le fueron adjudicadas en la subasta —tal como hizo el fallo de la Audiencia— ya que *«lo que perdió realmente el demandante fue la propiedad de tales fincas, que hubieran pasado a formar parte de su patrimonio»*, estableciéndolo, en cambio, en la cantidad antes señalada, esto es, la fijada por la Sentencia del Juzgado que fue aceptada por el recurrente. Se estima,

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

por tanto, la violación del art. 1.106 C.C. en la sentencia recurrida, dando lugar a la casación de la misma.

Por último, alega el demandante, en el motivo segundo, la infracción del art. 1.103 C.C., rechazando su estimación sobre la base de la abundante doctrina jurisprudencial existente que veda su acceso casacional «*al tratarse de una auténtica facultad discrecional del Juzgador de instancia*». La sentencia recurrida moderó discrecionalmente el quantum indemnizatorio, que quedó fijado en un 50% de la cantidad en que valoró las fincas, haciendo referencia a una pretendida concurrencia de culpas y compensación de responsabilidades. Aun tachando de desafortunada tal referencia, y considerarla no aplicable a este supuesto, entiende el Tribunal Supremo que no puede impugnarse por vía casacional el resultado de la facultad moderadora de la que hizo uso el juzgador al introducir en su resolución un principio de equidad, manteniendo, consecuentemente, esa moderación del 50% del valor de las fincas que vendrá constituido por el fijado por la sentencia de instancia, al casar y anular en este aspecto la sentencia recurrida, confirmando parcialmente la de instancia.

2º La S.T.S. de 16 de diciembre de 1996 (R.A. 8971, 1996) resuelve un recurso de casación interpuesto por un Letrado que tiene su origen en la pretensión indemnizatoria ejercida por los tres recurridos frente al Letrado-recurrente y las Compañías aseguradoras de la responsabilidad civil de éste, con base en su actuación negligente.

Atendiendo a la demanda planteada por los recurridos, la conducta negligente del Letrado consistió, en que habiéndole sido encargado por aquéllos la defensa de sus intereses y, en particular, el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual que les asistía por la muerte de su esposo y padre ocurrida en accidente cuando reparaba la techumbre de una iglesia parroquial, dejó transcurrir el plazo de prescripción de la acción del art. 1.902 C.C. sin

realizar ningún acto que la interrumpiera, de modo que, aun habiendo preparado y presentado la demanda, el Juzgado dictó sentencia estimando la excepción de prescripción de la acción, viniendo confirmada por la Audiencia.

La Sentencia de Primera Instancia desestimó la pretensión de responsabilidad por motivos formales, sin entrar a conocer en el fondo del asunto. La Audiencia la revocó, estimando parcialmente la demanda y condenando al Letrado a abonar la cantidad de cuatro millones, más la cantidad de 308.160 ptas, esta última solidariamente con una de las Compañías aseguradoras demandadas<sup>410</sup>.

Entre los motivos en que el Letrado funda el recurso de casación cabe destacar el tercero, que alega la infracción del art. 359 L.E.C., en cuyo desarrollo se tacha de incongruente la sentencia *a quo* «por cuanto ha mutado y trastocado la “causa petendi” que los demandantes concretan y ubican dentro de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, y sin embargo la sentencia, ..., determina que las relaciones que ligan a las partes lo son de índole contractual».

Teniendo en cuenta, como vimos, las diversas posiciones en torno a la concurrencia de responsabilidades y a sus repercusiones procesales, el Tribunal se muestra a favor de la tesis de la posibilidad de opción, reconociendo al perjudicado-acreedor la posibilidad de ejercitar las acciones de manera alternativa, subsidiaria e incluso proporcionando al Tribunal los hechos, para que éste aplique las normas que estime oportunas en virtud del principio «*iura novit curia*», sin perjuicio, además, de que sean distintas a las alegadas por

---

<sup>410</sup> Se ha de advertir que de una lectura de los Fundamentos de la Sentencia del Tribunal Supremo no resulta claramente identificada la cuantía de la indemnización a la que resultó condenado el Letrado, en tanto que en el Fundamento Jurídico Primero que resume el fallo de la sentencia recurrida se recoge la de cuatro millones, mientras que en el Segundo, y en relación con idéntico pronunciamiento, se eleva a diez millones.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

las partes como fundamento de su pretensión, cual es lo sucedido en este caso. Todo ello provoca la desestimación del motivo.

A través del motivo quinto, que se fundamenta en la infracción del art. 1.544 C.C. y la jurisprudencia que lo interpreta en relación con los servicios profesionales del Abogado, se pretende rechazar la calificación de "contractual" que de la relación que unía al abogado y a los demandantes se realiza la sentencia recurrida, distinguiendo, en cambio, el Letrado dos fases en su actuación: una, en la que actuó por motivos de amistad, y otra, a partir de la decisión de promover el juicio. Considera el Tribunal que tal distinción es irrelevante, ya que en todo caso, por su condición de Abogado le era aplicable la previsión del art. 102 del Estatuto General de la Abogacía<sup>411</sup>. Además, se atribuye al Letrado la omisión del deber de información a sus clientes del posible fracaso de la demanda por hallarse prescrita la acción, *«deber de información que forma parte de los que al Abogado impone el contrato por el que hace prestación de sus servicios profesionales»*.

El motivo sexto denuncia la infracción del art. 1.214 C.C. al haber la sentencia recurrida invertido la carga de la prueba atribuyendo al demandado una responsabilidad objetiva. También este motivo es desestimado al recordar el Tribunal Supremo que el Juzgado *a quo* para establecer la conducta negligente del Letrado procedió a valorar y apreciar las pruebas obrantes en autos *«que acredita que la prescripción que dio lugar a la desestimación de la demanda, fue debida a la extemporaneidad de los requerimientos notariales hechos por el demandado-recurrente»*.

De esto resulta que, efectivamente, los demandantes acreditaron la actuación negligente del Letrado, el daño y la relación de causalidad entre la primera y éste. La negligencia del Letrado

---

<sup>411</sup> Como hemos visto, dicho precepto establece la responsabilidad civil del abogado en el ejercicio de su actuación profesional cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les ha sido encomendada.



consistió en la no realización correcta de aquellos actos que hubieran evitado la prescripción de la acción de responsabilidad. De la actuación extemporánea del abogado se desprende su falta de adecuación a los cánones de diligencia que le vienen impuestos en cuanto profesional.

El daño indemnizable se hace radicar en la desestimación de la demanda, en tanto se considera efecto inmediato de la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, y causalmente relacionado con la conducta del Letrado. La Sentencia de la Audiencia valoró y cuantificó los daños causados a los demandantes, que quedaron traducidos económicamente en la cantidad que se había fijado en la demanda presentada por dicho Letrado como importe de los daños y perjuicios sufridos por la muerte del esposo y padre de los actores, añadiendo la cantidad abonada al Letrado y Procurador en dicho juicio<sup>412</sup>.

Si en los fundamentos jurídicos anteriores el Tribunal se ha centrado en la constatación y valoración del daño causado, y en el nexo de causalidad entre la conducta negligente y aquél, es, con ocasión del conocimiento del motivo séptimo del recurso basado en la infracción de los arts. 1.101, 1.103, 1.104, 1.106 y 1.107 C.C. cuando el Tribunal incide de manera específica en la valoración de la conducta del abogado, en su negligente actuación.

La conducta del Letrado, que se somete a valoración, se concretó en una omisión, cual es la de *«dejar transcurrir el plazo de un año sin efectuar el requerimiento que, en su caso, habría interrumpido el*

---

<sup>412</sup> Como podemos observar, en el fondo, el Tribunal resuelve teniendo en cuenta la prosperabilidad de la acción ejercitada por el Letrado, cuya responsabilidad por actuación negligente se pretende afirmar. Esto es, se valoran las posibilidades de éxito o fracaso de la pretensión que él ejercitó asistiendo a sus clientes en orden a averiguar la efectiva existencia del daño, en primer lugar, y a proceder a su cuantificación, en segundo lugar. De esta manera, aun habiéndose acreditado la negligencia o descuido del abogado en su actuación, si no se hubiera apreciado la producción de un daño causalmente vinculado a dicha conducta imperita o negligente, la pretensión de responsabilidad hubiera sido desestimada.

*plazo prescriptivo de la acción por culpa extracontractual*». En cuanto hecho constitutivo de la pretensión de los demandantes, correspondía a éstos la prueba de dicha omisión reveladora por sí misma, a juicio del Tribunal, de la negligencia del Letrado.

El comportamiento del Letrado es calificado de negligente como resultado de una operación consistente en cotejarlo con el modelo de diligencia que hubiera empleado un buen abogado en su ejercicio profesional, y que está integrado, de manera fundamental, por los deberes profesionales impuestos por las normas corporativas y deontológicas.

Así, se desprende de la afirmación que realiza el Tribunal Supremo al justificar que la conducta sea tachada de negligente *«al haber incumplido los deberes profesionales que sobre él pesaban y que vienen establecidos en los artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía Española... obligaciones cuyo incumplimiento da lugar a la exigencia de responsabilidad civil de acuerdo con el art. 102 del citado Estatuto»*.

Por último, se ocupa el Tribunal Supremo de la correcta determinación del *quantum* indemnizatorio, valorando aquella que realizó el Tribunal *a quo* al fijarla, como hemos apuntado, en la suma equivalente a la indemnización de daños y perjuicios que, derivados del fallecimiento del padre y esposo de los actores, hubieran podido percibir de haber seguido y concluido el procedimiento en el que se dio la actuación negligente del Letrado, esto es, trasponiendo aquella indemnización al presente litigio en el que se exige responsabilidad al Letrado interviniente en aquél.

Critica el Tribunal Supremo dicho modo de operar del Tribunal *a quo* para fijar la cuantía de la indemnización, *«mediante un estudio de la acción que no llegó a prosperar al ser estimada la excepción de prescripción»*, admitiendo, a continuación, y paradójicamente, que *«sí pueden ser examinadas las posibilidades de*

*que la acción , caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado y partiendo de ello y atendida la cuantía litigiosa así como la causa de que la demanda no llegase a ser examinada en cuanto al fondo del asunto, fijar la indemnización procedente»<sup>413</sup>, remitiéndose a la doctrina de la Sentencia de 20 de mayo de 1996 (R.A. 3793, 1996) que, con ocasión de la exigencia de responsabilidad a un Procurador, disponía que «ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del Procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible»<sup>414</sup>.*

En suma, el Tribunal Supremo confirmó el *quantum* indemnizatorio fijado por la sentencia recurrida, en tanto que consideró como ciertas las posibilidades de éxito de la demanda en

---

<sup>413</sup> Tal como está redactada esta S.T.S. de 16 de diciembre de 1996 (R.A. 8971, 1996), las diferencias entre la postura mantenida por el Tribunal *a quo* y el Tribunal Supremo parecen meramente de matiz, en tanto que como reconoce el propio Tribunal Supremo hubo un estudio de la acción que no prosperó por parte de la Sentencia recurrida y en atención al resultado de tal examen se acordó que la cuantía de la indemnización, lo cual viene a coincidir con las instrucciones emitidas por el Tribunal Supremo para determinar el *quantum* indemnizatoria en estos procesos en los que una adecuada compensación de los daños se presenta como una tarea difícil para el aplicador del Derecho.

<sup>414</sup> La S.T.S. de 20 de mayo de 1996 (R.A. 3793, 1997) desestimó los recursos de casación interpuestos por la demandante y el Procurador demandado contra la sentencia de la Audiencia que había estimado parcialmente la demanda de la actora en la que se exigía responsabilidad a dicho Procurador, que representaba a la parte en un litigio. La Sentencia de la Audiencia había declarado responsable al Procurador por no haber comparecido ante la Audiencia dentro del plazo previsto para la personación en el recurso de apelación interpuesto por su representada, lo que condujo a que la Sala declarase desierto el citado recurso y firme la Sentencia. El recurso de casación interpuesto por la actora perseguía la obtención de una mayor indemnización que la establecida por la sentencia de instancia, alegando una supuesta vulneración del art. 1.253 C.C. sobre la base de una presunción no formulada por el Tribunal que pondría de manifiesto la ilogicidad de la indemnización fijada por él. Razona el Tribunal Supremo que la determinación de la cuantía indemnizatoria que llevó a cabo el tribunal *a quo* sobre la base de las posibilidades de éxito de la alzada es totalmente lógica y aceptable.

reclamación de aquellos daños y que se vieron truncadas por la actuación negligente del Letrado, declarado responsable.

*C) Consideraciones finales en torno a la carga de la prueba de la negligencia del abogado. La función de la diligencia y la pericia y la calificación de la obligación del abogado*

Una vez examinados estos pronunciamientos, cabría detenerse en el análisis de las posiciones que el Tribunal Supremo adopta en torno a determinadas cuestiones, en especial, la relativa a la carga probatoria de la negligencia como presupuesto necesario para afirmar la responsabilidad del Letrado.

Respecto a la cuestión de la carga probatoria hemos de tener en cuenta que su contenido depende, como sostenemos, de la configuración de la obligación del Letrado, en tanto que incluyéndola entre aquellas denominadas de medios o de actividad, la prueba del incumplimiento, en tanto hecho constitutivo de la pretensión indemnizatoria, habrá de consistir en la prueba de la impericia o la negligencia del Letrado, incumbiendo ésta al demandante. Así se desprende explícitamente de los pronunciamientos de las SS.T.S. de 5 de julio de 1991, 4 de febrero de 1992, 23 de diciembre de 1992.

En definitiva, corresponde al demandante (cliente o perjudicado) la prueba de que el Letrado actuó negligentemente, no adecuando su conducta a las exigencias de la *lex artis* —así, la Sentencia de 26 de septiembre de 1986, 4 de febrero de 1992— o incumpliendo los deberes profesionales impuestos por las normas corporativas, en particular por los arts. 53, 54 y 102 del Estatuto General de la Abogacía.

Atendiendo a los pronunciamientos jurisprudenciales en los que el Tribunal Supremo confirmó la decisión estimatoria de la pretensión del cliente, declarando la responsabilidad del Letrado, la prueba de la negligencia se derivaba de la constatación de la no

realización por el Letrado de dos conductas exigibles: en un caso, la petición de prórroga de la anotación preventiva de embargo —S.T.S. de 17 de noviembre de 1995—, en otro, el requerimiento que hubiera evitado la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual —S.T.S. de 16 de diciembre de 1996—. Aun reconociendo la configuración de la prestación de servicios del Letrado como obligación de medios, lo cierto es que dicha obligación comprende un complejo de actuaciones que pueden ser concebidas, a su vez, como particulares resultados, cuya inobservancia o falta de consecución pueden poner de manifiesto la negligencia o impericia del Letrado<sup>415</sup>. Ésta parece ser la postura que acoge el Tribunal Supremo, deduciendo la negligencia del abogado de los hechos que se declararon probados en la instancia —prueba que correspondió al demandante-acreedor—, facilitando de este modo la carga probatoria de éste, que no queda, por tanto, totalmente dispensado de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión —del inexacto cumplimiento de la prestación por el Letrado, de la negligencia en su conducta—<sup>416</sup>.

En cambio, en otros pronunciamientos, la inactividad del Letrado, su pasividad en relación con determinadas actuaciones que, en principio, habría de entender integradas en la prestación que debe ser ejecutada por él, y que podrían ser configuradas como «concretos

---

<sup>415</sup> Así, ECÚSQUIZA, M<sup>a</sup> A., «La prestación de servicios del abogado...», op. cit., pág. 24. Tal idea ya fue puesta de relieve por YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, op. cit., pág. 266, al tratar la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, analizar sus críticas y ponerla en relación con la actividad propia del abogado, cuya obligación es globalmente calificada de «actividad», lo que no impide la existencia de «deberes parciales de resultado que, como tales, sí son enteramente exigibles».

<sup>416</sup> Con tal decisión, los Tribunales españoles se aproximan a la ya mencionada doctrina francesa de la *faute virtuelle* o a la regla «*res ipsa loquitur*» seguida en los países del *Common Law*, tal como pone de relieve YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, op. cit., págs. 306 y sigs. Incide JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado», op. cit., págs. 77 a 80, nota 68, en el movimiento jurisprudencial que en nuestro país, y en especialmente en relación con las prestaciones médicas, ha flexibilizado la carga de la prueba del acreedor a través de la técnica de la presunción simple o *praesumptio hominis* como prueba indiciaria o indirecta de la negligencia.

deberes de resultado» —en palabras de YZQUIERDO TOLSADA— dentro de una más amplia obligación de asistencia y defensa jurídica —de medios— no es tenida en cuenta por el Tribunal Supremo como indiciaria de la negligencia, de no haber adaptado su conducta a unos cánones de diligencia.

Por tanto, no siempre la omisión de determinadas conductas que, en principio, podrían ser configuradas de manera aislada como obligaciones de resultado determinan el incumplimiento de la obligación del Letrado, en tanto que hallándose insertas en una relación de servicios más amplia, conceptuada genéricamente como obligación de medios, no se consideran determinantes del quebranto del modelo de diligencia y pericia exigible al Letrado.

A esta concepción parecen responder tanto la no asistencia en plazo del Letrado al trámite de la vista en el juicio de desahucio en las SS.T.S. de 20 de octubre de 1989 y de 12 de mayo de 1997, como el de su incomparecencia en primera instancia y en apelación en la S.T.S. de 4 de febrero de 1992.

Sin perjuicio, además, de que en dichas sentencias subyacen cuestiones de diversa índole que impulsaron a los tribunales a no considerar negligente la conducta del Letrado como son la prueba del daño y el nexo causal entre el comportamiento y el daño ocasionado.

Así, en la S.T.S. de 20 de octubre de 1989 se entendió que el Letrado actuó correctamente en tanto que el contenido de la sentencia de desahucio (de donde se seguiría el daño alegado por el recurrente) no hubiera variado de haber asistido a la vista. Esto es, no se consideró probada relación de causalidad alguna entre la falta de actuación del abogado y el supuesto daño ocasionado al cliente. Igual reflexión cabe realizar respecto a la Sentencia de 12 de mayo de 1997 en la que se niega que el perjuicio ocasionado al cliente-desahuciado (si es que existe) tuviera su origen en la actuación de los profesionales, ya que, por el contrario, los hechos probados pusieron

de manifiesto que fue la propia conducta del cliente la que determinó el perjuicio del que se pretendió hacer responsables al Letrado y Procuradores.

Respecto a la incomparecencia del Letrado en primera instancia, es el resultado del litigio el que actuó como elemento determinante para la calificación de dicha omisión como negligente, esto es, para concluir acerca de la existencia de incumplimiento de la obligación de defensa jurídica. Así, en tanto que, finalmente, la sentencia de Primera instancia recaída en el proceso fue favorable a los intereses del clientes, el Tribunal realizando una valoración *a posteriori* de la conducta del Letrado, y al no apreciar nexo de causalidad alguna entre un posible daño o perjuicio (que en este caso no se produjo), niega la existencia, no ya tanto de responsabilidad del Letrado, como del incumplimiento de sus obligaciones profesionales, declarando la adecuación de su conducta al deber de diligencia. De similar mecanismo se sirve el Tribunal en orden a valorar la incomparecencia del Letrado en segunda instancia, que finalizó, en cambio, con una sentencia desfavorable a los intereses del cliente-demandante. El Tribunal, como hemos visto, consideró que la incomparecencia no fue «decisiva» para la revocación de la sentencia de instancia, por lo cual, al no apreciar relación causal entre ambos hechos, no apreció negligencia en la actuación del Letrado. Ahora bien, cabría preguntarse si a la misma conclusión habría llegado el Tribunal en el caso en que el Letrado defendiera a la parte apelante, y no a la apelada, y hubiera dejado de asistir a la vista de dicho recurso, ya que las consecuencias jurídico-procesales de su actuación no hubieran sido las mismas, esto es, se le hubiera tenido por desistido en el recurso.

Por último, cabe tener presente que el Letrado desempeña, junto a la actividad de defensa y asistencia jurídica que, normalmente, se traduce en ciertas actuaciones jurisdiccionales, actividades de diversa naturaleza. Por ello, aun admitiendo una configuración abstracta de la obligación del Letrado como obligación

de medios, no se puede descartar una diversa y que dependerá del contenido concreto del programa prestacional.

De esta manera, si la obligación a cuyo cumplimiento está vinculado el deudor-abogado consiste en la obtención de un *opus*, un resultado material (p. ej. la redacción de un contrato, la emisión de un dictamen), la prueba del incumplimiento obligacional que incumbe al acreedor se centrará en la alegación de la no consecución del resultado previsto contractualmente, correspondiendo al Letrado la prueba del hecho impeditivo de la pretensión de responsabilidad<sup>417</sup>.

Con esto se pone de relieve la diversa intensidad con que, dependiendo de la calificación de la obligación contraída se manifiesta la impericia en el ámbito de la carga probatoria del incumplimiento contractual; lo cual, no significa la irrelevancia de la diligencia y de la pericia como deber general exigible al Letrado en todas las obligaciones, y, por tanto, también en aquellas obligaciones de resultado.

De otra parte, se ha de tener en cuenta que en nuestro sistema jurídico tiene vigencia el principio «*iura novit curia*», en virtud del cual, los jueces y magistrados no se hallan vinculados por las alegaciones de Derecho que realicen las partes, sino tan sólo por los hechos alegados y probados por ellas (principio dispositivo), con la consecuencia inmediata de que el Letrado puede limitarse a exponer los hechos en que apoya su demanda ante el Juez y formular el *petitum*, siendo el órgano judicial el que encuentre fundamentación jurídica a la relación fáctica, aplicando la norma adecuada, e incluso aplicando normas distintas a aquéllas que invocaron las partes. De

---

<sup>417</sup> Tratándose de obligaciones de resultado existe para DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Incumplimiento de la obligación (§ 21. La culpa contractual)», *Elementos...*, 3ª ed., op. cit., pág. 179, una presunción de culpa a partir del incumplimiento (cfr. art. 1.183), bastando al acreedor demostrar la obligación y afirmar la inejecución «para que sea el deudor quien haya de hacer patente su diligencia».



## **Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia**

ello resulta que los efectos de la impericia del Letrado, la carencia de conocimientos jurídicos necesarios para el cumplimiento exacto de la prestación, pueden venir, en alguna medida, desvirtuados por la actuación del juez.

## CAPÍTULO V: LAS NORMAS CORPORATIVAS Y DEONTOLÓGICAS RELATIVAS AL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

Visto cuanto antecede, parece oportuno dedicar un apartado de esta investigación al estudio de las normas emanadas por los Colegios Profesionales, en particular, las relativas a la Abogacía, así como a su integración en el contrato de servicios del Letrado, todo ello dejando al margen las cuestiones suscitadas por las relaciones, ciertamente polémicas, entre dichas normas y el Derecho de la competencia.

### § 12. El reconocimiento de la capacidad normativa de los Colegios profesionales

El punto de partida viene, en efecto, constituido por el art. 52 C.E. que, dentro del Capítulo Tercero, Título I, y bajo la rúbrica «*De los principios rectores de la política social y económica*», establece: «*La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*».

Sin embargo, ya con anterioridad a esta previsión constitucional, la materia relativa a las profesiones colegiadas se encontraba regulada por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, que fue modificada a través de la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, con la finalidad de adaptarla a las nuevas exigencias constitucionales, y que ha sido nuevamente objeto de reforma

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

mediante la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales<sup>1</sup>.

De este modo, la Ley de Colegios Profesionales de 1974 se erige en el marco legal de estos organismos, que se configuran como Corporaciones de Derecho público (cfr. art. 1º L.C.P.), garantizando su autonomía, su personalidad jurídica y la plena capacidad para el cumplimiento de los fines profesionales. La Ley de 1974 establecía como fines de estas Corporaciones «la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados» (art. 1º-3).

La vigencia de una norma preconstitucional ha provocado que en relación con determinados aspectos contemplados en ella, referentes a la actividad de los profesionales — como la colegiación obligatoria, la fijación de honorarios o la gestión de su cobro— se haya planteado su posible incompatibilidad con los principios reconocidos constitucionalmente, en especial, con el de la libertad de empresa, motivando alguna propuesta doctrinal en orden a adecuar la normativa de los Colegios Profesionales al régimen de la libre competencia<sup>2</sup>. Las posibles contradicciones de la Ley de 1974 y la Constitución Española han contribuido a que el Tribunal Constitucional haya asumido un papel relevante en esta materia,

---

<sup>1</sup> La reciente modificación de la Ley de Colegios Profesionales se llevó a cabo a través del Real Decreto-legislativo 5/1996, de 7 de junio, que después de ciertas enmiendas en su fase de tramitación como proyecto de ley fue finalmente aprobada como la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales.

<sup>2</sup> Vid. ALONSO PÉREZ, Mª T., *Los contratos de servicios...*, op. cit., págs. 42 y sigs. En efecto, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió en junio de 1992 un informe relativo al libre ejercicio de las profesiones que incidía plenamente en la conveniencia de adaptar el texto preconstitucional de la Ley de 1974 a los principios de la Constitución y al Derecho comunitario. En la resolución de 20 de noviembre de 1992 del mismo Tribunal se hace sentir la necesidad de conciliar los Colegios profesionales al Derecho de la competencia, declarando, entre otras, que «la implantación del Derecho a la libre competencia implica la ruptura de situaciones consolidadas e incluso incorporadas a viejas tradiciones sociales, corporativas y empresariales».

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

elaborando, a través de una prolija jurisprudencia, una doctrina «postconstitucional» de los Colegios profesionales<sup>3</sup>.

Junto a ello, la aparición de nuevas necesidades, impuestas, en gran medida, por el Derecho comunitario, como son la eliminación de las trabas a la libertad de competencia de los profesionales ha impulsado la última modificación de la Ley de Colegios Profesionales a través de la ya citada Ley 7/1997, de 14 de abril, mediante la cual se ha pretendido dar respuesta a los problemas suscitados con ocasión de determinados preceptos de la Ley preconstitucional<sup>4</sup>.

### § 13. La regulación por las Comunidades Autónomas de la normativa en materia de Colegios profesionales

A partir de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas al amparo de los arts. 148 y 149 C.E. cabe plantearse si las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular los Colegios profesionales, y si es así, en qué grado o cómo puede ser calificada dicha competencia (exclusiva, concurrente o compartida).

En principio, al no aparecer incluida esta materia entre las reservadas de manera exclusiva al Estado, esto es, entre las enumeradas en el art. 149-1º C.E., cabría entender que las Comunidades Autónomas tienen libertad para asumir competencias sobre Colegios Profesionales a través de la inclusión de esta materia

---

<sup>3</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AZAGRA RIPA, N., «La potestad sancionatoria de los Colegios Profesionales: "cambiar algo para que todo siga igual" (Comentario a la S.T.S. (T.S. 3ª Secc. 6ª) de 8 de marzo de 1994)», *La Ley* 1995, Tomo 3, págs. 718 y sigs. Así, el Tribunal Constitucional, entre otras cuestiones, se ha enfrentado a la constitucionalidad de la colegiación obligatoria, su compatibilidad con los derechos de sindicación y asociación, a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (S.S.T.C. 89/1989, de 11 de mayo y 131/1989, de 17 de julio).

<sup>4</sup> Así, la Exposición de Motivos de la Ley 7/1997 contempla la modificación de aquellos aspectos de la regulación de la actividad de los profesionales que, «introduciendo rigideces difícilmente justificables en una economía desarrollada», limitaban la competencia.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Sin embargo, y en virtud de lo dispuesto en el art. 15-2º de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, la legislación del Estado sobre Corporaciones de Derecho Público —y, por tanto, sobre Colegios profesionales— ha de ser considerada como básica<sup>5</sup>.

Atendiendo a esta disposición hemos de calificar la competencia sobre esta materia de compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en tanto que éstas podrán ejercer su potestad legislativa en el marco de la legislación básica del Estado, no pudiéndose sustraer de los principios y reglas básicas establecidas por la Ley estatal para los Colegios profesionales. Por tanto, todos aquellos aspectos relativos a Colegios profesionales cuya regulación no ostente un carácter «básico» quedan bajo el ámbito de acción de los Parlamentos autonómicos, pudiendo dictar sus propias leyes que deberán, además, respetar aquellas materias que sean competencia exclusiva del Estado.

A este respecto, la Disposición final Segunda de la Ley 7/1997, de 14 de abril, establece que, al amparo del art. 149-1º números 1º y 18º de la Constitución tienen carácter de legislación básica los arts. 2º-1, 2º-4, 3º-2, 3º-3, y 5 ºñ), p) y q) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales<sup>6</sup>. Dentro del respeto de estas

---

<sup>5</sup> Establece el art. 15-2º de la Ley de Proceso Autonómico: «Las corporaciones de Derecho Público representativas de intereses profesionales que existen o se constituyan en el territorio de cada Comunidad Autónoma, ajustarán su organización y competencias a los principios y reglas básicas establecidas en la legislación del Estado para dichas entidades, sin perjuicio de cualesquiera otras competencias que pudiera atribuirles o delegarles la Administración autonómica».

<sup>6</sup> El art. 2º-1 de la L.C.P. establece que tanto el Estado como las CC.AA. garantizan el ejercicio de las profesiones colegiadas de conformidad con las leyes, destacando, además la vigencia en el ejercicio de las profesiones colegiadas del régimen de la libre competencia y la sujeción, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. El art. 3º-2 prevé como indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la colegiación en el Colegio profesional correspondiente, estableciendo, a su vez, una diversidad de efectos en atención a la organización territorial de los Colegios (si lo están atendiendo a la exigencia de deber de residencia para la prestación de los servicios, la colegiación habilitará solamente

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

disposiciones estatales aquellas Comunidades Autónomas que, hayan asumido competencias en sus Estatutos de Autonomía<sup>7</sup>, pueden dictar su propia normativa reguladora de los Colegios profesionales para su respectivo ámbito territorial.

En tal sentido, han desarrollado esta previsión, si bien con diversa intensidad, la Comunidad Autónoma Catalana que aprobó la Ley 13/1982, de 17 de diciembre, reguladora de los Colegios Profesionales; la canaria, a través de la Ley 10/1990, de 23 de mayo, de Colegios Profesionales; la andaluza, con la Ley 6/1995, de 29 de diciembre, reguladora de los Consejos Andaluces de Colegios profesionales<sup>8</sup>.

---

para ejercer en dicho ámbito territorial; si se organiza en Colegios Territoriales, bastará la incorporación a uno de ellos, el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado). El apartado 3º del mismo precepto remite a los Estatutos generales o autonómicos la posibilidad de imponer a los profesionales que ejerzan ocasionalmente en un territorio diferente al de la colegiación la obligación de comunicar, a través del Colegio al que pertenezcan, a los Colegios distintos al de su inscripción, las actuaciones que vayan a realizar, con la finalidad de su sujeción a las competencias de ordenación, visado, control deontológico y potestad disciplinaria. Por último, el art. 5 ñ), p) y q) se refieren al establecimiento por parte del Colegio de baremos de honorarios con carácter meramente orientativo, a la posibilidad del cobro de dichos honorarios a través del Colegio con carácter facultativo para el profesional y al visado de los trabajos profesionales que no comprenderán los honorarios ni demás condiciones que se dejan así a la libre determinación por las partes.

<sup>7</sup> Inicialmente asumieron competencia para legislar sobre esta materia (sin perjuicio de la legislación básica del Estado) en sus respectivos Estatutos de Autonomía las Comunidades Autónomas de Andalucía, Canarias, Cataluña, Galicia, Navarra, Valencia y País Vasco. Tras la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las CC.AA. que accedieron a la autonomía *ex art. 143 C.E.*, y previa reforma de sus Estatutos, han asumido esta competencia las Comunidades Autónomas de Asturias, Aragón, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, La Rioja, Madrid y Murcia.

<sup>8</sup> Además, la Comunidad Valenciana aprobó por Decreto 123/1986, de 20 de octubre, la regulación de los Consejos Valencianos de Colegios Profesionales, y por Decreto 17/1987, de 13 de abril, la creación y regulación del Registro de Colegios Profesionales y de Consejos Valencianos de Colegios Profesionales; la Comunidad Autónoma del País Vasco reguló la creación del Consejo Vasco de la Abogacía, por Decreto 314/1990, de 28 de diciembre; la Comunidad de Galicia aprobó mediante el Decreto 130/1993, de 3 de junio, la creación del Consejo de la Abogacía Gallega. Junto a ello, se ha de tener en cuenta que la Comunidad de Asturias se encuentra tramitando su propia Ley de colegios profesionales y que, actualmente, en la

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

### § 14. La normativa corporativa básica del Letrado: el Estatuto General de la Abogacía

#### 30. *Los Consejos Generales y la aprobación de Estatutos Generales y particulares profesionales*

La Ley de Colegios Profesionales prevé la existencia de los Consejos Generales de los distintos Colegios a los que se encomiendan, entre otras funciones, la elaboración de los Estatutos generales de las profesiones correspondientes, cuya aprobación corresponde al Gobierno a través del Ministerio competente (cfr. art. 6º-1 y 3, y 9º L.C.P.)<sup>9</sup>. Estos Estatutos Generales, al amparo del art. 6º, podrán regular todas aquellas materias que se consideren necesarias para el mejor cumplimiento de las funciones de los Colegios<sup>10</sup>, destacando, entre otras, la fijación de los derechos y deberes de los colegiados, o el régimen de cobro de honorarios a través del Colegio,

---

Comunidad Valenciana existe un Proyecto de Ley de Colegios profesionales que tras el rechazo, en el Pleno de Consell el día 15 de octubre de 1997, de la enmienda a la totalidad presentada por el grupo parlamentario Esquerra Unida-Els Verds se ha remitido a la Comisión de Coordinación, Organización e Instituciones de la Generalitat Valencia para su debate y presentación de informes, estando previsto posteriormente su remisión al Presidente de las Cortes para que continúe su tramitación.

<sup>9</sup> Para la constitución de un Consejo General es condición necesaria la existencia de varios Colegios de la misma profesión de ámbito inferior al nacional (cfr. art. 4º-4 L.C.P.). Los Consejos Generales de los Colegios tienen la condición de Corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica y plena capacidad (art. 9º-1 L.C.P. en su redacción tras la Ley 74/78). Los Consejos Generales y, en su caso, los Colegios de ámbito nacional informarán preceptivamente los proyectos de ley o de disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales, como son los títulos oficiales requeridos o el régimen de incompatibilidades (art. 2º-2 L.C.P. reformado por la Ley 74/1978).

<sup>10</sup> Se ha criticado los amplios términos en que vienen redactadas en el art. 6º de la Ley de Colegios Profesionales las materias sobre las que pueden asumir competencias los Estatutos Generales de los Colegios de cada profesión, en tanto que permitirían en gran medida su desarrollo reglamentario, desvirtuando con ello la reserva de ley prescrita por el art. 36 C.E. Esta circunstancia, a juicio de ALONSO PÉREZ, Mª T., *Los contratos de servicios ...*, op. cit., págs. 53 y 54, determina que el desarrollo reglamentario que efectivamente se ha operado por medio de los Estatutos generales «tenga, por lo general, cobertura suficiente en una norma de rango legal, respetándose así el principio de reserva de ley».

teniendo en cuenta respecto a este último aspecto que, de conformidad a la Ley 7/1997, de 14 de abril, sólo podrá encargarse el Colegio del cobro de las remuneraciones o percepciones cuando lo solicite expresamente el profesional colegiado y el Colegio tenga creados los servicios adecuados y en las condiciones que se determinen en los Estatutos particulares de cada Colegio<sup>11</sup>.

Además de la elaboración de los Estatutos Generales de las respectivas profesiones, corresponde a los Consejos Generales la aprobación de los Estatutos particulares de los Colegios, siempre que estén de acuerdo con la Ley y con el Estatuto General, así como el visado de los Reglamentos de Régimen Interior (cfr. art. 6º-4 y 9º-1 b) L.C.P.).

Conforme a estas previsiones legales, el Consejo General de la Abogacía elaboró un Proyecto de Estatuto General que, a través del Ministerio de Justicia, se sometió a la deliberación del Gobierno y resultó aprobado por el Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio.

De esta manera, el Estatuto General de la Abogacía se constituye en la norma corporativa básica y vinculante para todos los Colegios de Abogados —«*órganos rectores de la Abogacía*» (art. 1º)—, estableciendo las pautas o reglas a las que éstos han de ajustarse en la regulación de los requisitos para la adquisición, denegación y pérdida de la condición de colegiado, de los derechos y deberes de los abogados, de los órganos de gobierno, su constitución, estructura y funcionamiento, del régimen disciplinario y de responsabilidad de los colegiados.

---

<sup>11</sup> La Disposición derogatoria de la Ley 7/1997 prevé la derogación de cuantos preceptos contenidos en normas generales o especiales se opongan o resulten incompatibles con lo establecido en la Ley, incluyendo los Estatutos, generales o particulares, los Reglamentos de Régimen interior y demás normas de los Colegios. No obstante, y sin perjuicio de que queden derogados dichos preceptos estatutarios, se concede a los Colegios el plazo de un año para adaptar sus Estatutos a las disposiciones de la Ley 7/1997 (Disposición Adicional Única).



## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

De este modo, mientras los Colegios de Abogados quedan configurados como los órganos rectores de la Abogacía —con competencia territorial provincial y sede en su capital— el Consejo General de la Abogacía deviene en el Organismo ejecutivo, coordinador y representativo de éstos (art. 129 E.G.A.).

*31. Funciones y finalidades de los Colegios. Delimitación del ámbito de aplicación del Estatuto: la condición de «abogado»*

El Título II del Estatuto se dedica, de una parte, a la determinación de las funciones y finalidades de los Colegios de Abogados (Capítulo 1º) y de otra, bajo la rúbrica «De los abogados» (Capítulo 2º), a la fijación de las exigencias que han de observarse para el ejercicio de la profesión, estableciendo los requisitos que se han de reunir para el ingreso e incorporación en la Abogacía, las incompatibilidades, las causas de pérdida de la condición de abogado y las prohibiciones y limitaciones a las que se hallan sujetos en el ejercicio de su profesión<sup>12</sup>.

Entre los fines esenciales de los Colegios se enuncian la ordenación del ejercicio de la profesión, su representación exclusiva, la defensa de los intereses de los colegiados, el cumplimiento de la función social que corresponde a la Abogacía y la colaboración en la promoción y administración de la Justicia (art. 3º-1).

Con la finalidad de delimitar el ámbito de aplicación del Estatuto, recoge el art. 10 una definición de los Abogados que vienen identificados con aquellos que, *«incorporados a un Colegio de Abogados en calidad de ejercientes, se dedican, con despacho profesional, a la defensa de intereses jurídicos ajenos»*, limitando el uso de tal denominación sólo a los que se ajusten a la misma, sin perjuicio de la posible colegiación en condición de no ejerciente.

---

<sup>12</sup> En virtud del art. 9º corresponde a la Abogacía con carácter exclusivo y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica, incumbiendo al Consejo General y a los Colegios de Abogados en su ámbito la adopción de las medidas necesarias para el reconocimiento de dicha función.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

Con independencia de las deficiencias técnicas atribuibles a esta definición<sup>13</sup>, lo cierto es que este precepto ostenta el carácter de básico, en tanto que contempla al sujeto cuya actividad va a ser objeto de regulación a lo largo del articulado. Por su parte, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial identifica, con una finalidad definitoria comprensiva de todas las actuaciones que puede llevar a cabo, al Abogado con el licenciado en Derecho que ejerce «profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico» (art. 436).

### *32. El estatuto jurídico de los Abogados: obligaciones y deberes previstos estatutariamente*

Respecto al estatuto jurídico de los Abogados, distingue el Título III unos deberes y derechos que califica de carácter general (arts. 39 a 45), de aquellos que se ostentan de manera particular frente al Colegio y demás colegiados (arts. 46 y 47), los Tribunales (arts. 48 a 52) y las partes (arts. 53 a 55), además de los que se refieren a los honorarios profesionales (art. 56) —que constituyen en sí un derecho del abogado— y los que vienen relacionados con el turno de oficio (arts. 57 a 60).

#### *A) La defensa jurídica y el deber de diligencia*

La defensa jurídica de los intereses que le vienen confiados constituye el deber general y fundamental del Abogado, y también de

---

<sup>13</sup> Así, al establecer como requisito para la obtención de la condición de abogado el desarrollo de la actividad en un marco determinado, el despacho profesional, parece olvidarse este precepto reglamentario de aquellos abogados que prestan su actividad bajo un régimen de dependencia laboral, en el seno de una empresa, y que fuera de la sede física de ésta carecen un despacho donde ejercer prestar sus servicios. De otra parte, en cuanto a la exigencia de la ajenidad de los intereses objeto de defensa, no parece que quepa oponer obstáculo alguno a que el abogado pueda defender intereses que le sean propios, sin perjuicio de que en este último supuesto no sea necesario para llevar a cabo dicha actuación la incorporación a un Colegio, siempre que el interesado tenga capacidad legal para el ejercicio de la profesión y sea habilitado expresamente al efecto por el Decano del Colegio, conforme a lo dispuesto en el art. 20 Estatuto General.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

la Abogacía, prescribiéndose que en su cumplimiento deberá éste ajustarse a las normas deontológicas (cfr. art. 39 E.G.A.), viniendo, además, los poderes públicos obligados a garantizar dicha defensa conforme a lo establecido en la Constitución y en la leyes (art. 441 L.O.P.J.).

En relación con las partes, prevé el Estatuto la existencia de determinados deberes y obligaciones del Letrado *«además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe»* y que se hacen radicar en el deber de diligencia en el cumplimiento obligacional y el deber de secreto profesional<sup>14</sup> —*«el cumplimiento con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión que le sea encomendada»* (art. 53-1º)—. Junto a ello, *«en el desempeño de esta función»* se le impone al abogado un deber de respeto a *«las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto»* (art. 53-2º).

La obligación prevista estatutariamente de atenerse el Abogado en el cumplimiento de su obligación a las exigencias técnicas alude, en realidad, al correcto y adecuado empleo y puesta en práctica de los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para la ejecución de la prestación, esto es, a la adecuación de su comportamiento al modelo de pericia que le es exigible y que vendría identificado con la pericia propia del buen abogado —abogado «medio» en sentido valorativo—.

El deber general de diligencia que incumbe al Letrado en el desarrollo de las actividades profesionales viene reiterado en el art. 54 E.G.A. que, además, establece expresamente la posibilidad de que aquél sea auxiliado *«por colaboradores u otros compañeros»* en el desempeño de su actividad.

---

<sup>14</sup> Impone, también, el art. 437 L.O.P.J. al Abogado el deber de guardar secreto profesional respecto de *«todos los hechos y noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos»*. El art. 41 E.G.A. contempla el secreto profesional en su doble vertiente de deber y de derecho del Abogado.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

### B) *Los deberes éticos y deontológicos: el Código deontológico de la Abogacía*

Respecto a las exigencias deontológicas y morales, se ha de tener presente que la Ley de Colegios Profesionales prevé, en su art. 5º i), entre las funciones que corresponden al Colegio profesional la de velar «*por la ética y dignidad profesional*». Ante la falta de previsión legal expresa del órgano competente para regular la normativa deontológica, en virtud de la cláusula abierta del art. 5º l) que remite a los Estatutos Generales la regulación de las materias necesarias para el mejor cumplimiento de las funciones de los Colegios cabe entender que el establecimiento de dicha normativa deontológica corresponde a los Estatutos generales de cada profesión.

Como hemos visto, el Estatuto General de la Abogacía se refiere explícitamente en su art. 39 al cumplimiento del deber de defensa de acuerdo con las normas deontológicas; el art. 42 contempla como limitaciones a la libertad e independencia de que el Abogado goza en su actuación «*las impuestas por la Ley y por las normas de la moral y deontológicas*» y el art. 53 impone al abogado el deber de adecuar su conducta a las «*exigencias deontológicas y morales*». Sin embargo, no se ocupa el Estatuto de elaborar un elenco de aquellos deberes que pudieran ser configurados como exigencias deontológicas, a las que tan frecuentemente alude entre los deberes del Letrado y a las que debería ajustar su actividad de cumplimiento de la obligación profesional.

A la vista de estas disposiciones, la Asamblea General de Decanos celebrada los días 28 y 19 de mayo de 1987 aprobó el denominado Código deontológico de la Abogacía, modificado posteriormente el 29 de junio de 1995, cuyo carácter obligatorio deriva, además de aquellos preceptos, del art. 40 E.G.A. que incluye

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

entre los deberes del Abogado el de cumplir con las decisiones de los Colegios, del Consejo General y de la Asamblea de Decanos<sup>15</sup>.

### *33. El régimen de responsabilidad del abogado en el Estatuto General de la Abogacía*

Por último, se ha de tener en cuenta que el propio Estatuto General contempla el régimen de responsabilidad a la que quedan sujetos los colegiados (Título VI), distinguiendo las diversas responsabilidades en las que pudieran incurrir (penal, la civil y la disciplinaria). Esta sujeción de los Letrados a los diferentes regímenes de responsabilidad viene también prevista en el art. 442 L.O.P.J. — *«Los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda»*— que, además, declara competentes en orden a la declaración de responsabilidad disciplinaria por la conducta del Letrado a los Colegios y Consejos conforme a los establecido en sus Estatutos, y respetando en todo caso las garantías de defensa de todo procedimiento sancionador.

En relación con el régimen de responsabilidad disciplinaria previsto en el Estatuto General (arts. 107 a 122), tras la declaración de que *«los abogados están además sujetos a responsabilidad disciplinaria en el caso de infracción de sus deberes profesionales»*, se contemplan, de un lado, las facultades disciplinarias que se atribuyen a los Tribunales y, de otro, las que corresponden a los Colegios y, en particular, al Decano y a la Junta de Gobierno, en

---

<sup>15</sup> La referencia al respeto de las normas deontológicas es reiterada de manera constante en las Conclusiones definitivas del VI Congreso de la Abogacía Española, aprobadas por la Asamblea Plenaria celebrada en La Coruña, los días 29 y 30 de septiembre de 1995. Entre las conclusiones aprobadas por cada una de las Comisiones de trabajo de las que se da traslado al Consejo General de la Abogacía, destacan, en relación con la Comisión de acceso a la profesión, la necesidad de que los conocimientos impartidos por la Universidad a los Licenciados en Derecho «se completen con conocimientos prácticos y deontológicos» y la exigencia de que para el ejercicio de la profesión sea necesario acreditar el conocimiento de la «normativa deontológica y colegial».

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

cuanto órganos competentes para la imposición de las sanciones previstas en los arts. 116 a 120, ante cualquier infracción de los deberes profesionales que quede subsumida en alguna de las faltas contempladas en los arts. 113 a 115 —que se clasifican en muy graves, graves y leves—<sup>16</sup>.

Así, por ejemplo, el art. 113 c) configura como falta muy grave «todos los actos y omisiones que constituyan ofensa grave a la dignidad de la profesión o las reglas éticas que la gobiernan», y el art. 114 a) incluye entre las faltas graves el incumplimiento grave de las normas estatutarias o de los acuerdos adoptados por el Consejo General o por el Colegio, lo cual vendría a reforzar la obligatoriedad para los colegiados de las normas de carácter deontológico.

Junto a las normas relativas a la responsabilidad disciplinaria, dedica el Estatuto los arts. 102 a 106 a establecer las reglas básicas de la responsabilidad civil en que pudieran incurrir los abogados «*cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hayan sido confiados*», reiterando lo ya dispuesto en los arts. 1.101, 1.902 y concordantes del Código civil.

Conforme con estas disposiciones, se consideran sujetos legitimados para reclamar responsabilidad civil, «cuando no vaya unida a la criminal que sea objeto de acción interpuesta por el Ministerio Fiscal o por querellante particular», el perjudicado o quienes le sustituyan o sucedan, «según las normas generales del Derecho privado», reclamación que se ajustará a las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil en virtud de la remisión del art. 104, y que consistirá en la «indemnización a cargo del Abogado de los daños y perjuicios causados» (cfr. art. 105). La única singularidad de

---

<sup>16</sup> Prevé el Estatuto el procedimiento que deben seguir en el ejercicio de su potestad disciplinaria el Decano y la Junta de Gobierno, remitiendo en cuanto a la formación de expedientes a los trámites especificados en el Reglamento del Procedimiento Disciplinario. Las correcciones o sanciones impuestas por dichos órganos se gradúan en atención a la gravedad de la conducta del Letrado y comprenderán desde el apercibimiento por escrito hasta la expulsión del Colegio.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

este régimen estatutario de responsabilidad viene dado por el deber impuesto al abogado al que se le encomienda la tarea de promover «actuaciones de cualquier clase contra otro sobre responsabilidades relacionadas con el ejercicio profesional» de informar en un momento previo al Decano con la finalidad de que éste intervenga, si ello es posible, ejerciendo una función mediadora<sup>17</sup>.

### *34. La integración de las normas corporativas en el contrato de servicios del abogado*

Todas estas normas corporativas reguladoras del ejercicio de la profesión de la Abogacía que junto con aquellas deontológicas configuran un complejo normativo sectorial, han de entenderse integradas en las relaciones de servicios profesionales del Letrado, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.258 C.C. En este sentido, la normativa corporativa del profesional puede ser concebida —en palabras del Prof. L. DÍEZ-PICAZO— como fuente de la reglamentación contractual<sup>18</sup>. Así, como vimos, lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de febrero de 1992 (R.A. 819, 1992), al justificar la admisión en casación de la invocación de los arts. 53, 54 y 102 E.G.A., declarando que dichos preceptos reglamentarios encuentran su soporte legal en el contrato de arrendamiento de servicios (a través del que se articula, a juicio del Tribunal, la prestación de servicios del Letrado) e incluso en el art. 1.902 C.C. cuando no exista relación contractual con el abogado.

Además, el incumplimiento de las normas estatutarias que imponen deberes profesionales a los abogados (arts. 53 y 54), en tanto que vienen a configurar el modelo de diligencia exigible al profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.104, determinará la negligencia del abogado y, por tanto, dará lugar a la exigencia de

---

<sup>17</sup> Finalmente, respecto a la responsabilidad penal de los abogados se limita el Estatuto a señalar la incursión de los Abogados en aquella por los «delitos o faltas que cometan en el ejercicio de su profesión».

<sup>18</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario al art. 1.258», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1991, pág. 437.

## Parte II. El incumplimiento de la obligación del abogado: la impericia

responsabilidad civil conforme al art. 1.101 C.C., tal como se desprende de la S.T.S. de 17 de noviembre de 1995 (R.A. 8735, 1995)<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Un análisis de las Sentencias de las Audiencias Provinciales revela la cada vez mayor alegación por los particulares ante los Tribunales de las normas estatutarias como fundamentadoras de la acción de responsabilidad frente al Letrado — sobre todo, los arts. 53, 54 y 102 E.G.A.—. Por su parte, los órganos jurisdiccionales, si bien tienen declarado que por sí solos dichos preceptos estatutarios no podrían fundar la exigencia de responsabilidad del Letrado, los consideran aplicables, «*para una mejor comprensión del alcance de las obligaciones profesionales*», sobre la base de su doble soporte legal que viene constituido, en ocasiones, por el art. 442 L.O.P.J. y por el de las relaciones contractuales que mantienen con sus clientes — Sentencias de A.P. de Madrid de 14 de marzo de 1997 (Ar. Civ. Audiencias Prov. 421, 1997), A.P. de León de 17 de marzo de 1997 (Ar. Civ. Audiencias Prov. 422, 1997)—; en otras, por el art. 1.902 y por el contrato de arrendamiento de servicios — Sentencias de A.P. de Asturias de 25 de abril de 1994 (Ar. Civ. Aud. Prov. 561, 1994), A.P. de Valencia de 28 de septiembre de 1994 (Ar. Civ. Aud. Prov. 1461, 1994); A.P. de Asturias de 19 de junio de 1995 (Ar. Civ. Aud. Prov. 1101, 1995)—; o tan sólo, como único soporte legal, el contrato de arrendamiento de servicios — Sentencias de A.P. de Zaragoza de 7 de noviembre de 1994 (Act. Civ. Aud. Prov. nº 4, 16-28 de febrero de 1995, pág. 505); A.P. de Segovia de 5 de diciembre de 1994 (Ar. Civ. Aud. Prov. 2106, 1994); A.P. de León de 16 de diciembre de 1994 (Act. Civ. Aud. Prov. 2226, 1994); A.P. de Pontevedra de 23 de enero de 1995 (Act. Civ. Aud. Prov. 35, 1995)—.





## CONCLUSIONES

### PRIMERA PARTE

I. La prestación del abogado es cualificada en un doble sentido: por la condición del sujeto obligado a cumplirla —el profesional liberal— y por los caracteres intrínsecos del objeto del *facere*, esto es, el servicio profesional. La condición de profesional liberal no es reconducible de manera exclusiva y excluyente a las notas de la independencia (jurídico-económica), ni a la discrecionalidad (técnica), sino que habrá de tener en cuenta la concurrencia de dichos elementos junto con el carácter «intelectual» de la actividad desempeñada, tal como hace el Código civil italiano, y la habitualidad del ejercicio de dicha actividad.

La noción de servicio, como objeto de la actividad a la que se compromete el deudor a realizar, viene contemplado de manera genérica en nuestro Código civil, comprendiendo tanto los servicios propiamente dichos como las obras.

II. La relación obligatoria entablada con el abogado se caracteriza por su infungibilidad, que viene determinada por la configuración cualitativa del objeto del *facere*, del servicio, para cuyo cumplimiento se requiere la posesión de determinados conocimientos. Esta relación suele estar impregnada de un fuerte carácter fiduciario que deriva de la confianza o fiducia que deposita el cliente en el abogado para la gestión y asesoramiento de sus asuntos; esto determina el reconocimiento al cliente de la posibilidad de la revocación *ad nutum* de la obligación, ante la alteración de las cualidades subjetivas del deudor.

De otro lado, la consideración de las cualidades personales del profesional-abogado, que ha de contemplarse expresamente en virtud de una estipulación contractual, determina la presencia del elemento *intuitus* o *intuitu personae*, esto es, el carácter personalísimo de la prestación del abogado. Esta especial relevancia de la persona del deudor que implica el carácter *intuitu personae* en la relación obligacional determina que la satisfacción del interés del acreedor requiera de una actividad personal del abogado.

III. La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, que consolidó DEMOGUE, se fundamenta en una diferente configuración del objeto de las obligaciones y se le reconocen importantes repercusiones en el ámbito de la determinación del cumplimiento/incumplimiento contractual y en el plano de la carga de la prueba del incumplimiento.

Conforme a esta distinción, tratándose de obligaciones de medios el deudor se compromete a emplear la diligencia del buen padre de familia, sólo viene obligado a poner los medios necesarios para la obtención de un resultado último que no se halla «*in obligatione*», de modo que el deudor cumple su prestación observando la actividad debida, sin perjuicio de la efectiva obtención de dicho interés último perseguido por el acreedor. El contenido de la prestación asumida por el deudor consiste en el desarrollo de la actividad adecuada al canon de diligencia que le viene impuesto. La prueba de haber ajustado su conducta a dicho modelo de conducta es la prueba del exacto cumplimiento de la obligación.

En cambio, en las obligaciones denominadas de resultado, es éste el que queda configurado como parámetro o medida de la exactitud del cumplimiento prestacional. La no consecución del resultado por el deudor, con independencia de si ajustó su conducta a la diligencia que le es exigible, determina el incumplimiento de la obligación.

IV. La mayoría de los supuestos de relaciones de servicios profesionales se manifiestan como un complejo de obligaciones de medios (o de actividad) y de resultado, lo que pone de relieve la relativa utilidad de la distinción estudiada, que ha gozado de un importante respaldo jurisprudencial como criterio de delimitación de dos figuras contractuales: el arrendamiento de servicios y el contrato de obra.

V. En el estudio de la calificación que merece la relación obligacional del abogado con su cliente hemos de partir del análisis del contrato de arrendamientos de obra y de servicios en nuestro Código civil, que recoge la tripartición de la *locatio-conductio* (*locatio-conductio rerum, locatio-conductio operis, locatio-conductio operarum*) elaborada por la doctrina romanista sobre la base del Derecho romano que, por el contrario, la conceptuó como figura contractual unitaria con variedades de finalidades.

La parca regulación prevista por los preceptos del Código civil, en sede de arrendamientos de obras y servicios, especialmente por los arts. 1.544 y 1.583 y sigs., la visión decimonónica de los servicios como objeto de relaciones jurídicas y la derogación de parte de estas normas, como consecuencia de la vigencia de leyes especiales —en el ámbito del Derecho del Trabajo—, ponen de relieve la insuficiencia de estas normas para servir de fundamento jurídico a las relaciones de servicios prestados por los profesionales y la necesidad de unas nuevas normas que configuren la base legal de este ámbito tan falto de tratamiento. Estas consideraciones han impulsado el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contratos de obra y de servicios.

VI. Del análisis de los criterios utilizados doctrinal y jurisprudencialmente para distinguir el contrato de obra o del arrendamiento de servicios se desprende que tanto el basado en las diferentes modalidades de fijación de la remuneración como el de la dependencia (económica, técnica o jurídica) o el de la diferente

determinación o individualización de la prestación carecen de virtualidad para calificar la relación de los servicios prestados por el abogado. La remuneración por los servicios del abogado podrá ser fijada por períodos de tiempo, por precio alzado, o por régimen de igualas, quedando prohibido el pacto de *cuota litis*.

De entre todos los expuestos, el criterio que toma en consideración la diferente configuración del objeto de la obligación —de medios o de resultado— asumida por el prestador de servicios encuentra apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo que lo considera decisivo para calificar la relación de servicios profesionales como arrendamiento de servicios —en el primer caso— o de obra —en el segundo—, relacionado, en ocasiones, con el de la diferente distribución del riesgo contractual.

VII. Del estudio de los elementos del mandato y de sus diferencias con el arrendamiento de servicios, en orden a delimitar la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios del abogado, se desprende que aun quedando subsumidos ambos contratos en un género común, el de contratos de servicios, el mandato, como contrato típico de gestión goza de mayor especificidad respecto del arrendamiento de servicios. Por ello, debido a la complejidad y diversidad de actuaciones que pueden quedar comprendidas en los servicios que se obliga a prestar el abogado dicha obligación quedará usualmente enmarcada en el genérico arrendamiento de servicios, sin perjuicio de que cuando el contrato de servicios con el abogado tenga por objeto la gestión de asuntos propios de su esfera de actuación, las normas relativas al mandato cumplan una función de integración de aquel contrato.

VIII. La prestación de servicios del abogado adopta normalmente en el tráfico jurídico la forma del arrendamiento de servicios, que queda configurado como la figura contractual típica de la prestación de servicios, lo que no impide que en atención al contenido obligacional y tratándose de la gestión de asuntos de otro,

dicha prestación pueda articularse a través de instrumentos jurídicos diversos (mandato, mediación, arbitraje).

## SEGUNDA PARTE

VIII. La noción de *diligentia* apela, en el Derecho romano, al cuidado o atención que el deudor ha de adoptar en el cumplimiento de sus obligaciones. Originariamente la diligencia constituye la antítesis de la negligencia; posteriormente mediante la interpolación en los textos clásicos del término culpa, ésta vino identificada con la omisión de diligencia, convirtiéndola en un criterio de imputación distinto del dolo.

IX. El modelo de diligencia *quam suis*, previsto ya en el *Corpus Iuris* para determinadas relaciones jurídicas, viene identificado con la actuación del deudor en sus propios asuntos. Se trata de un canon particular, subjetivo y estadístico, que paulatinamente irá abandonándose en favor del modelo representado por la diligencia del buen padre de familia.

X. El modelo de la diligencia del buen padre de familia, de origen también romano, aparece como un parámetro objetivo, general, abstracto y valorativo de la conducta del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. El art. 1.137-1° del *Code civil* supuso la primera plasmación positiva del modelo abstracto del buen padre de familia, desplazando al modelo de diligencia *quam suis*, que sólo continúa vigente para determinadas figuras contractuales (v. gr. depósito). El Código civil italiano de 1865 siguió al *Code*, consagrando en su art. 1.224 la aplicación de la diligencia del buen padre de familia. Posteriormente, el art. 1.176 del Código civil italiano de 1942 acogió este modelo en su significado objetivo, exento de cualquier connotación subjetiva relativa a la persona del deudor. El apartado segundo del art. 1.176 C.C. italiano se aparta de este modelo en el supuesto de obligaciones inherentes al ejercicio de

actividades profesionales, sustituyéndolo por «la diligencia exigida por la naturaleza de la obligación».

XI. El Código civil español acoge en el art. 1.104-2º C.C. el modelo de diligencia del buen padre de familia, configurado como un modelo abstracto, objetivo y no especializado que ha de venir valorado en el supuesto concreto teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el art. 1.104-1º C.C., estableciéndose, por tanto, una relación de complementariedad entre ambos párrafos. Ahora bien, el modelo del buen padre de familia funciona como modelo supletorio respecto al modelo del buen profesional que resulta aplicable atendiendo a la cualidad objetiva de la prestación y, de manera relevante, a la condición de experto o profesional en virtud de la que asume la obligación el deudor.

XII. El modelo de conducta general utilizado en el *Common Law* viene representado por el «*standard of reasonable man*», que se valora por los Tribunales teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes. La apreciación de existencia de responsabilidad profesional contractual requiere la previa acreditación de un deber de cuidado (*duty of care*) impuesto a aquél, que ha de deducirse expresa o implícitamente de los términos del contrato. La evolución jurisprudencial en el ámbito del Derecho de contratos ha permitido, tratándose de profesionales liberales, extender este deber de cuidado más allá de los términos del contrato, equiparándolo al deber de cuidado del Derecho de Daños.

XIII. La pericia relevante para la determinación del exacto cumplimiento de la obligación del profesional ha de ser concebida en un sentido objetivo, haciendo referencia a la correcta aplicación de los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para la ejecución de una prestación de carácter profesional.

XIV. El modelo de diligencia del buen profesional es un modelo objetivo, abstracto y cualificado que queda integrado por

dicha noción de pericia. De este modo, no se puede sostener que pericia y diligencia del profesional sean conceptos exactamente idénticos, sino que la diligencia exigible al profesional, como noción más amplia, comprende la llamada pericia objetiva. En el ámbito de las obligaciones profesionales, el deudor viene obligado a ajustar su comportamiento a dicho canon de diligencia que viene integrado por las reglas propias de su profesión.

XV. En la aplicación del modelo del perito o del buen profesional hemos de atender a la concurrencia objetiva de dos requisitos: la cualidad de experto del deudor en virtud de la que ha asumido la obligación y el que la actividad jurídicamente debida forme parte del ámbito de su profesión.

XVI. La pericia constituye condición necesaria para el exacto cumplimiento de las obligaciones de carácter profesional. El deudor debe adaptar su comportamiento a un canon de pericia (objetiva) valorativamente medio. La jurisprudencia se refiere, frecuentemente, en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales, a la infracción de los deberes impuestos por la *lex artis* del deudor. De esta manera, la *lex artis* se erige en el elemento que otorga objetividad a la pericia para que se constituya en parámetro del cumplimiento de la prestación, en medida de la actuación del profesional. Las reglas impuestas por la profesión, oficio o arte integran, de este modo, el contrato que liga al profesional con su cliente.

XVII. Con la expresión *lex artis ad hoc*, de origen jurisprudencial, se ha pretendido flexibilizar la rigidez derivada de la aplicación de un modelo de conducta objetivo que no tuviera en consideración las circunstancias concurrentes en la relación obligatoria. No obstante, cabe destacar que dicha función es cumplida, conforme a lo mantenido, por el párrafo primero del art. 1.104 C.C.



XVIII. Frente a una creciente tendencia jurisprudencial a invertir el «*onus probandi*» de la culpa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, trasladando al causante de los daños la de acreditar que empleó la diligencia que le era exigible, los Tribunales han venido excepcionando de esta práctica los supuestos de responsabilidad civil por infracción de deberes profesionales o de la *lex artis*, considerando que en tales supuestos la carga de la prueba sigue la regla general, e incumbiendo la prueba de la falta de adecuación al canon de diligencia profesional al perjudicado. El Tribunal Supremo conecta esta distribución de la carga de la prueba a la calificación de la obligación del profesional como de medios (sobre todo en el ámbito de la responsabilidad de los médicos).

XIX. Las reglas de distribución de la carga probatoria no son alteradas al ser aplicadas en el ámbito de la responsabilidad contractual. De este modo, al acreedor incumbirá la prueba del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso; en este ámbito adquiere relevancia práctica la prueba de la impericia y la negligencia profesional en cuanto determinantes del incumplimiento de la prestación profesional del abogado.

XX. Recientemente algunos pronunciamientos jurisprudenciales han propugnado la inversión de la carga de la prueba también en el ámbito de responsabilidad (contractual y extracontractual) de los profesionales, admitiendo la prueba de presunciones para demostrar la negligencia del profesional y la relación de causalidad entre el comportamiento del profesional y el resultado dañoso, a partir de un resultado anormalmente desfavorable teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el cumplimiento de la prestación. De esta manera, la posición de los Tribunales en el ámbito de la responsabilidad contractual evoluciona hacia un sistema de culpa presunta.

XXI. En relación con la impericia y la negligencia del abogado, el Tribunal Supremo ha conectado el contenido de la carga probatoria a

la configuración de la obligación de aquél como de medios. Corresponde al cliente-perjudicado la prueba del incumplimiento, esto es, de la impericia o la negligencia del abogado, de la no adecuación de la conducta de éste al canon de diligencia exigible o a los reglas derivadas de la *lex artis*.

XXII. No obstante, en las decisiones judiciales declarativas de la responsabilidad del letrado, la prueba de la impericia de éste consistió en la prueba de su mera inobservancia de determinadas actuaciones, concebidas como particulares resultados enmarcados en una más amplia obligación de medios, facilitando la carga probatoria al acreedor-demandante. El Tribunal Supremo, para determinar la conformidad de la conducta del letrado al modelo de diligencia profesional, esto es, para determinar el incumplimiento de éste, realiza una valoración *ex post* de dicho comportamiento y de la posible existencia de un nexo causal entre éste y el perjuicio ocasionado al cliente.



## BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN VELASCO, M., ARIAS BONET, J.A., IGLESIAS-REDONDO, J., ROSET ESTEVE, J.: *Instituciones de Gayo*, coord. F. HERNÁNDEZ-TEJERO, ed. bilingüe, Madrid, 1985.

ABELLO, L.:

— *Trattato della locazione*, en *Il diritto civile italiano*, a cuidado de P. Fiore, Vol. I, *Locazione di cose*, Nápoles, 1907.

— *Trattato della locazione*, en *Il diritto civile italiano*, a cuidado de P. Fiore, Vol. II, *Locazione di opere*, Vol. II, Nápoles-Turín, 1910.

ACUÑA ANZORENA, A.: *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963.

ADRAGNA, P.:

— «Osservazioni sull'evoluzione giurisprudenziale circa l'applicabilità dell'art. 2.226 C.C. al contratto d'opera intellettuale», *Giustizia Civile*, 1967, IV, pág. 61 y ss.

— Voz «Professioni intellettuali: obbligazione di risultato e applicabilità dell'art. 2.226 C.C.», *Giustizia Civile*, 1964, I, págs. 1030 y sigs.

AFFERNI, V.: Voz «Professioni intellettuali-Diritto commerciale», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, págs. 1-8.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L.: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1991.

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- «La representación», *Anuario de Derecho Civil*, 1958, págs. 767 y sigs.
- *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*, 9ª ed., Madrid, 1985.
- *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. 1º, La obligación y el contrato en general*, 8ª ed., Barcelona, 1989.
- *Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. 2º, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales* 8ª ed., Barcelona, 1989.
- ALBERTARIO, E.: *Corso di Diritto Romano, Le obbligazioni. Parte Generale, I*, Milán, 1936.
- ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L., GARCÍA NINET, I., LÓPEZ GANDÍA, J., SALA FRANCO, T., *Derecho del trabajo*, dir. Sala Franco, 8ª ed., Valencia, 1994.
- ALONSO OLEA, M.:
- «En torno al concepto de contrato de trabajo», *Anuario de Derecho civil*, 1967, XX, págs. 117 a 151.
- *Derecho del Trabajo*, 10ª ed., Madrid, 1987.
- «Inalienabilidad de la persona, alienabilidad de los servicios. Apunte sobre el tema en Hegel y sus precedentes», *Anuario de Derecho Civil*, 1975, XXVIII, págs. 875 y sigs.
- ALONSO PÉREZ, Mª T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997.
- ALPA, G.:
- «La responsabilità per il danno derivato dai servizi nel progetto di direttiva comunitaria», *Giurisprudenza italiana*, 1990, IV, págs. 177 y sigs.
- «Pretese del creditore e normativa di correttezza (Nota a la Sentenza del Tribunale di Bologna di 21 luglio 1970)», *Rivista di Diritto commerciale*, 1971, II, págs. 277 y sigs.
- ALPA, G. Y BESSONE, M.: *La responsabilità civile*, Milán, 1976.
- ALPA, G., BESSONE, M. y ROPPO, E.: *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Nápoles, 1982.

ALTAVILLA, E.: *La colpa (Il reato colposo, riflessi civilistici, analisi psicologica)*, Roma, 1949.

ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE:

— «Comentarios a los arts. 1.106 y 1.107», *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 45-62.

— *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993

— «Comentario a la STS de 13 de julio de 1987», C.C.J.C., núm. 15., págs. 4961 a 4981.

ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE y ZORRILLA RUIZ, M. M<sup>a</sup>: «La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre y 9 de diciembre de 1983», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, págs. 185 a 211.

ANGELIS, P. DE: «Il contratto d'opera intellettuale», en *Le professioni intellettuali*, Giurisprudenza Sistemica Bigiavi, Turín, 1987, págs. 137 y sigs.

ANGULO RODRÍGUEZ, L.: «El contrato de comisión», en *Derecho mercantil*, dir. y coord. G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992

ANTONIZZI, M.:

— «Considerazioni sulla responsabilità», *Diritto e Pratica dell'assicurazione*, 1984, págs. 406-409.

— «Ulteriori considerazioni sulla responsabilità del professionista», *Dir. e Pratica dell'assicurazione*, 1989, págs.

ARANGIO RUIZ, V.:

— *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1958.

— *Istituzioni di Diritto romano*, 3<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1934.

ARE, G.: *L'obbligazione e la sua esecuzioni coattiva*, Nápoles, 1927.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano*, 16<sup>a</sup> ed., Madrid, 1981.

ARONSON, R. H. y WECKSTEIN, D.T.: *Professional responsibility*, St. Paul Minn., 1991.

- ASSANTI, «Professioni intellettuali e contratto d'opera», *Trattato di Diritto Civile*, dir. P. Rescigno, Tomo XV, Turín, 1986, págs. 1473 y ss.
- ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985.
- AUBRY, C. y RAU, C.:  
 — *Cours de Droit Civil Français*, Tomo IV, 4ª ed., París, 1871.  
 — *Cours de Droit Civil Français*, Tomo IV, 5ª ed., París, 1902.
- AVRIL, Y.: *La responsabilité de l'avocat*, París, 1981.
- AZON: *Summa Codicis*, Basilae, 1572.
- BADOSA COLL, F.:  
 — *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.  
 — «Comentarios a los arts. 1.101 a 1.105», *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 34-45.
- BALDASSARI, A. y S., *La responsabilità civile del professionista*, Padua, 1993.
- BARASSI, L.:  
 — *Il contratto di lavoro*, II, Milán, 1946.  
 — *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1948.
- BARREIRO, A. J.: «Jurisprudencia y *lex artis*», *Responsabilidad del personal sanitario*, Actas del Seminario Conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 71 y sigs.
- BARRERA MONTENEGRO, J. M<sup>a</sup> DE LA: *Nociones de Derecho civil, mercantil y penal*, Valladolid, 1881.
- BARRY, N.: «Fault and Breach of contract», en J. BEATSON y FRIEDMANN, D., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995.
- BARTOLO DE SASSOFERRATO: *Opera Omnia*, Venetiis, 1590.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.:  
 — *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, Tomo XII, *Des obligations*, Tomo I, 3ª ed., Burdeos, 1906.

- BAUDRY-LACANTINEIRE, G. y WAHL, A.: *Trattato Teorico-pratico di Diritto civile, Del contratto di locazione*, Vol. II, Parte I, traducido con notas comparativas al Código Civil italiano, notas explicativas y adiciones de BONFANTE, P., PACCHIONI, G. y SRAFFA, A., Milán, 1930.
- BEALE, H.: *Remedies for Breach of contract*, 1980.
- BELLOMO, M.: Voz «Diligenza (Diritto intermedio)», *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XII, Milán, 1964, págs. 526 y sigs.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P.: *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990.
- BETTI, E.:
- *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953.
  - *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milán, 1953.
  - *Istituzioni di Diritto romano*, II, Padua, 1960-1962.
- BEUDANT, CH.:
- *Cours de Droit civil français*, Tomo IV-1º, *Les contrats et les obligations*, París, 1906.
  - *Cours de Droit civil français*, Tomo IV, Vol. 2º, *La vente et le louage*, París, 1908.
- BIANCA, C.M.:
- «L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale», *Rivista di Diritto civile*, 1954, págs. 478 y sigs.
  - «Dell'inadempimento delle obbligazioni», *Commentario al Codice Civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1979.
  - «Obbligazioni de risultato- professionali», *Diritto Civile*, 5, Milán, 1984.
  - «L'obbligazione», *Diritto Civile*, 3, Milán, 1990.
  - Voz «Negligenza», *Novissimo Digesto italiano*, XI, Turín, 1965, págs. 190 y sigs.
  - «La nozione di buona fede quale comportamento contrattuale», *Rivista di Diritto civile*, 1983, I, págs. 205 y sigs.
- BILANCETTI, M.: *La responsabilità penale e civile del medico*, Milán, 1995.



BIONDI, B.:

- *Istituzioni di Diritto Romano*, Milán, 1972.
- *Il diritto romano cristiano, II, La giustizia. Le persone*, Milán, 1952.

BLANCO GÓMEZ, J.J.: *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid, 1996.

BOCCHINI, E.: «Responsabilità del libero professionista», *Fondamento e funzione della responsabilità civile*, dir. V. Buonocore y V. Masello, Nápoles, 1975.

BONET RAMÓN, F.:

- *Perspectivas de la responsabilidad civil. Estudio de Derecho Comparado (discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación)*, Madrid, 1975.

- «La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter de contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a STS 16 de febrero de 1935)», *Revista de Derecho Privado*, 1935, págs. 393 y sigs.

- «Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales (Comentario a STS 18 de enero de 1941)», *Revista de Derecho Privado*, 1941, págs. 160 y sigs.

- *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Barcelona, 1941.

- «Algunas figuras afines al contrato de mandato», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1948, II, págs. 633 y sigs.

- «Comentarios a los arts. 1.709 a 1.715», *Código civil, comentado y concordado*, dir. Q. Mucius Scaevola, Tomo XXVI, 2ª ed., Madrid, 1976, págs. 187 y sigs.

BONFANTE, P.: *Corso di Diritto Romano*, Vol. IV, *Le obbligazioni*, Milán, 1979.

BONNECASE, J.: *Elementos de Derecho civil*, Tomo II, traducción por J.M. Cajica Jr., Méjico, 1945.

- BOTANA, G.A.: «Contratos conexos. Deber de información. Responsabilidad del arquitecto técnico en el contrato de obra (Sentencia de 6 de julio de 1990)», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, XVI, págs. 419 y sigs.
- BRAZIER, M.: *Street on Torts*, 9ª ed., Manchester, 1993.
- BRECCIA, R.:
- *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1968.
  - *Relazione alla tavola rotonda sulla colpa professionale, La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di G. Visintini, Padua, 1988.
- BRIDGMAN, R.D.: «Legal malpractice —a consideration of the elements of a strong plaintiff's case», *South Carolina Law Review*, 1979, vol. 30, págs. 213-241.
- BRUNO: Voz «Locazione», *Digesto italiano*, Vol. XIV, 1902-1905, núm. 239.
- BUCKLEY, R.A.: *The modern Law of negligence*, Londres, 1988.
- BUERES, *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Buenos Aires, 1981.
- BURROWS, A.: *Remedies for Tort and Breach of Contract*, 2ª ed., Londres-Dublín-Edimburgo, 1994.
- BUSNELLI, F.D., GIARDINA, F. y PONZANELLI, G.: «La responsabilità del prestatore di servizi nella Proposta di Direttiva comunitaria del 9 novembre 1990 e nel Diritto italiano», *s*, 1992, 2, págs. 427 y sigs.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.:
- *Obligaciones de actividad y obligaciones de resultado*, Barcelona, 1993.
  - «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba (Comentario a la STS de 24 de mayo de 1990)», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, págs. 907 a 919.

- «Aspectos sustantivos de la protección de los consumidores en los contratos sobre servicios según el ordenamiento español», *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989, págs. 141 a 156.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M., DE LA: «Sustitución de poder», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1939, I, págs.
- CALAMANDREI, «Limiti di responsabilità del legale negligente», *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1931, II, págs. 260 y sigs.
- CANCELLI, F.: Voz «Diligenza (Diritto Romano)», *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XII, Milán, 1964, págs. 517 y sigs.
- CANE, P.:
- «Negligent solicitors and disappointed beneficiaries», *Law Quarterly Review*, 1980, vol. 96, págs. 182-185.
- *Tort Law and Economic Interests*, 2ª ed., Oxford, 1996.
- CANNATA, C.A.: «Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (La regola della responsabilità contrattuale da Pothier al Codice Civile italiano del 1942)», *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1981, págs. 993 y sigs.
- CANNATA, C.A.: *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milán, 1966.
- CANTARANO, S.: *Avvocati e procuratori legali*, Latina, 1981.
- CAPILLA RONCERO, F.:
- *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universidad de Jerez, s. d., págs. 44 y sigs.
- «Contrato de servicios (I): prestación de servicios y ejecución de obra», *Derecho de obligaciones y contratos*, A.A.V.V., coord. Mª R. Valpuesta Fernández, 2ª ed., Valencia, 1995, págs. 705-727.
- «Contratos de servicios (II): mandato y depósito», *Derecho de obligaciones y contratos*, A.A.V.V., coord. Mª R. Valpuesta Fernández, 2ª ed. Valencia, 1995, págs. 729-746.
- CAPPELLETITI, M.: Voz «Avvocato (dir. comparato)—Germania», *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milán, 1979, págs. 664 y sigs.
- CARBONNIER, J.:

- *Droit civil*, 4, *Les obligations*, París, 1956.
- *Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, *El derecho de las obligaciones y la situación contractual*, Barcelona, 1971, trad. de la 1ª ed. francesa con adiciones de conversión al Derecho español por M. Mª Zorrilla Ruiz.

CARNELUTTI, F.:

- «Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni», *Studi di Diritto processuale civile in Onore di G. Chiovenda*, Padua, 1927.
- *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940.
- «Rimedi contro la negligenza del difensore», *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1932, II, págs. 56 y sigs.
- «Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontractuale», *Rivista di Diritto commerciale*, 1912-II, págs. 743 y sigs.

CARRASCO PERERA, A.:

- «Comentario al art. 1.101», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, XV-1, Madrid, 1989, págs. 668 y sigs.
- «Comentario al art. 1.102», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, XV-1, Madrid, 1989, págs. 668 y sigs.
- «Comentario al art. 1.104», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, XV-1, Madrid, 1989, págs. 585 y sigs.
- «Comentario al art. 1.105», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, XV-1, Madrid, 1989, págs. 630 y sigs.
- «“La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil” de Ferrán Badosa Coll», *Revista de Derecho Notarial*, 1988, nº 139, págs. 423 y sigs.
- «La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual 1990-1992», *Actualidad Civil*, 1993, núm. 5, págs.

- CARTER, J.W.: *Breach of contract*, 2ª ed., Londres, 1991.
- CARUSI, F.:
- Voz «Correttezza (Obblighi di)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. X, Milán, 1962, págs. 709-715.
  - «Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona (Commento a Cass. Civ. 26 marzo 1990, núm. 2429)», *Giurisprudenza italiana*, 1991, Parte 1ª, Sezione I, págs.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo IV, *Derecho de obligaciones*, 12ª ed., revisada y puesta al día por J. Ferrandis Vilella, Madrid, 1985.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE: *El negocio jurídico*, Madrid, 1973.
- CASTRONOVO, C.:
- «La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di Direttiva comunitaria», *Foro italiano*, 1994, V, cols. 273 y sigs.
  - «Obblighi di protezioni e tutela del terzo», *Jus*, 1976, págs. 123 y sigs.
- CATTANEO, G.:
- *La responsabilità del professionista*, Milán, 1958.
  - «Alcune questioni in tema di responsabilità professionale», *Temi*, 1967, págs. 299 y sigs.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concorrenza de la responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992.
- CAVELLERO, «Il prestatore d'opera intellettuale e le obbligazioni di risultato (Nota a Pretura di Modena)», *Giustizia Civile*, 1994, I, 539.
- CECIL, R.: *Professional liability*, 2ª ed., 1986.
- CELLINO, «Profili generali in tema di professione intellettuale e di responsabilità professionale», *Archivio di responsabilità civile*, 1966, págs. 31 y sigs.
- CENICOLA, R.: «In tema di ingiunzione per onorari di responsabilità del difensore», *Giurisprudenza di merito*, I, 1982, págs. 621-628.
- CHARLES WORTH & PERCY: *Negligence*, 8ª ed., Londres, 1990.

CHIRONI, G.P.:

- *La culpa en el Derecho civil moderno*, Vol. I, traducción a la 2ª ed. italiana corregida y aumentada por A. Posada, reimpr. 2ª ed., Madrid, 1978.
- *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Vol. II, Parte Speciale, 2ª ed., Milán-Turín-Roma, 1912.

CLARIZIA, R. y RICCI, R.: «La responsabilità civile dell'avvocato», en *La responsabilità civile*, IV, dirigido por G. Alpa y M. Bessone, *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale W. Bigiavi* Turín, 1987, págs. 271 y sigs.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.:

- «Diligencia, culpa, incumplimiento y responsabilidad contractual (Nota crítica)», *Anuario de Derecho Civil*, 1987, Fasc. IV., págs. 1283 y sigs.
- «La responsabilidad contractual (breves notas a una crítica)», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, octubre-diciembre, Fasc. IV, págs. 1305 y sigs.
- «La responsabilidad civil contractual y extracontractual», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo IV, 1991, págs. 165 y sigs.

COCO, G.S.: Voz «Locazione (Diritto privato)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIV, Milán, 1974, págs. 918-997.

COLIN, A. y CAPITANT, H.:

- *Traité de Droit Civil*, Vol. 2, París 1959.
- *Cours élémentaire de Droit civil français*; 8ª ed., Tomo II, núm. 6 in fine.

COLLADO GARCÍA-LAJARA, Responsabilidad civil extracontractual y Derecho comunitario europeo, *AC*, nº 6, 1992, págs. 65-81.

COLLINS, H.: *The Law of Contract*, 2ª ed., Londres, 1993.

COLOMBINI, E.: «La responsabilità del professionista», *Archivio di responsabilità civile*, 1967, pág. 981.

CONTIERI, E.: «Esercizio abusivo di professioni», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XV, Milán, 1966, págs. 606-613.

- CORDERO LOBATO, «Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra», *Revista de Derecho Privado*, 1995, 875 y sigs.
- COSSÍO, A.: «La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, págs. 527-554.
- COSTA, E.: *La locazione di cose nel Diritto Romano*, Roma, 1966.
- COTTINO,
- *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore (problema generali)*, Milán, 1955.
  - Voz «Caso fortuito e forza maggiore», *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milán, 1960, págs. 378 y sigs.
- CRISCUOLI, G.: *Il contratto nel diritto inglese*, Padua, 1990.
- CRISTÓBAL MONTES, A.:
- *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989.
  - «La responsabilidad del deudor en la estructura de la obligación», *RDN*, 1989, pág. 13 y sigs.
- CUPIS, A. DE:
- «Sulla responsabilità del notaio per l'atto da lui rogato», *Foro italiano*, 1955, IV, págs. 7-14.
- DANOVI, R.:
- «La formazione deontologica dell'avvocato», *Giustizia Civile*, 1993, II, págs. 391 y sigs.
  - «Errore professionale. Responsabilità civile e responsabilità disciplinaria», *Responsabilità civile e previdenza*, 1986, págs. 466 y sigs.
- DE BUEN, D.:
- *Derecho civil español común*, Vol. I, 2ª ed., Madrid, 1931.
  - *Derecho civil*, Tomo II, Madrid, 1940.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.:
- «Incumplimiento de la obligación», en *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, Vol. 1º, *Parte General. Delitos y cuasidelitos*, 2ª ed., Barcelona, 1985.

- «Incumplimiento de la obligación (§ 20 a 27)», en *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. 1º, Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ª ed., Barcelona, 1994, págs. 169 y sigs.
- «El llamado arrendamiento de servicios (§ 97)», en *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, Vol. 2º, Contratos y cuasicontratos, Delito y cuasidelito*, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., 3ª ed., Barcelona, 1995

DE LORENZI, V.:

- Voz «Buon padre di famiglia», *Digesto Civile II*, Turín, 1988, págs. 126 y sigs.
- Voz «Obbligazioni di mezzi e di risultato», *Digesto Civile, XII*, Turín, 1995, págs. 397 y sigs.
- *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milán, 1981.

DE MARTINI, A.: «La responsabilità civile del medico», *Giustizia Civile*, 1954, págs. 1219 y sigs.

DEMOLOMBE, M.: *Cours de Code Napoleon*, Tomo XXIV, París, 1878.

DEMOGUE, R.:

- *Traité des obligations (Parte préliminaire)*, I, París, 1921.
- *Traité des obligations (en général)*, II, París, 1923.
- *Traité des obligations*, V, París, 1925.

DE ROBERTIS, F.M.:

- *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Vol. I, Bari, 1982.
- *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Vol. II, Bari, 1982.
- *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclásica*, Bari, 1996.

DERRIDA, F.: Voz "Obligations", *Enciclopedia Dalloz, Droit Civil*, Tomo IV, París, 1973, págs. 1-10.

DÍAZ-ALABART, S.:



- «La facultad de moderación del artículo 1.103», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs. 1133 y sigs.
  - «Comentario al artículo 1.103», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, Tomo XV, Vol. 1, Madrid, 1989, págs. 475 y sigs.
  - «Comentario a la STS de 29 de octubre de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 30, septiembre/diciembre 1992, págs. 971 y sigs.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.:
- «Comentario a la STS de 15 de marzo de 1993», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 31, enero/marzo 1993, págs. 293 y sigs.
  - *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Pamplona, 1996.
- DI CERBO, F.: *Le professioni intelletuali nella giurisprudenza*, Milán, 1988.
- DIEGO, F.C. DE:
- *Derecho civil español común y foral*, Tomo II, Madrid, 1914.
  - *Derecho civil español común y foral*, Tomo V, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1926.
  - *Instituciones de Derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1930.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., revistada y puesta al día, Madrid, 1990.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.:
- *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1985.
  - «El contenido de la relación obligatoria», *Anuario de Derecho Civil*, 1964, págs. 349 y sigs.
  - «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», *Anuario de Derecho Civil*, 1978, XXXI, págs. 489 a 507.
  - *Fundamentos de Derecho Patrimonial, I, Teoría del contrato*, Madrid, 1992.

- *Fundamentos de Derecho Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993.
- «El derecho de obligaciones en la Codificación civil española», *Centenario del Código Civil*, 1990, I, págs. 715 y sigs.
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Tomo I, 2ª ed., Madrid, DIMAJO, A.: «Dell'adempimento in generale», *Commentarii del Codice Civile, Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1988, págs. 409 y sigs.
- DOMAT, J.: *Les loix civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectum*, París, 1777.
- D'ORS, A.:  
 — *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968.  
 — *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, 1943.
- D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIDO, M., y BURILLO, J.: *El Digesto de Justiniano*, 3 Tomos, Pamplona, 1968-1974.
- D'ORSI, V.: *La responsabilità civile del professionista*, Milán, 1981.
- DUGDALE, A.M. & STANTON, K.M.: *Professional negligence*, London-Edinburgh, 1989.
- DUNNÉ, J.M. VAN: «Contractual versus tortious liability in defective building cases: a continental view», *The liability of Contractors*, Londres, 1986.
- DURANTON, M.: *Cours de Droit Civil*, Tomo VI, 4ª ed., Bruselas, 1841.
- DWYER, J.L.: «Solicitor's negligence —Tort or Contract?», *The Australian Law Journal*, 1982, vol. 56, págs. 524-541.
- EDGERTON, H.W.: «Negligence, inadvertence and indifference. The relation of mental states to negligence», *Harvard Law Review*, 1926, 39, págs. 849-870.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho Civil. Código Civil Alemán (B.G.B.)*. Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950 por C. MELÓN INFANTE, Barcelona, 1996.

- ENNECERUS, L. y LEHMAN, H.: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, 1ª Parte, *Derecho y Obligaciones*. Traducción española con anotaciones de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, Barcelona, 1966.
- EGÚSQUIZA, Mª A.: «La prestación de servicios del abogado: perspectiva jurisprudencial», *Arandazi Civil*, junio 1996, núm. 6, págs. 11 y sigs.
- ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 2ª ed., Tomo III, Madrid, 1845.
- ESCUDERO ESPINOSA: «Criterios judiciales para la determinación de las competencias y obligaciones de los profesionales de la edificación», *Revista de Derecho Privado*, mayo 1994, págs. 425 y sigs.
- ESMEIN, P.:
- «Le fondement de la responsabilité contractuelle», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1933, págs. 627-692.
  - *Traité Pratique de Droit civil français*, M. PLANIOL Y G. RIPERT, Tomo VI, *Obligations*, 1ª parte, París, 1952.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, Vol. III, *Obligaciones y contratos*, 6ª ed. revisada y ampliada, Madrid, 1983.
- FENET, P.A.: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tomo XIII, reimpresión de la edición 1827, Osnabrück, 1968.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J.: *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J.:
- *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977.
  - «La responsabilidad civil médica (Comentario a la STS de 26 de mayo de 1986)», *La Ley* 1986-3, págs. 633 y sigs.
  - *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987.
  - *El contrato de servicios médicos*, Madrid, 1988.
  - «Reclamación de honorarios por colegio oficial. Contrato de transacción. Novación de la obligación (Comentario a la STS de 20 de abril de 1989)», *La Ley*, 1989-3, págs. 309 y sigs.

- «El contrato de servicios hospitalarios y la responsabilidad civil hospitalaria (Comentario a la STS de 11 de noviembre de 1991)», *La Ley* 1992-3, págs. 414 y sigs.
  - «Comentario a la STS de 20 de junio de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 36, septiembre/diciembre 1994, págs. 1153 y sigs.
  - *La responsabilidad civil sanitaria (Médica y de enfermería)*, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.:
- «La responsabilidad civil de los profesionales de la medicina», *ED*, 1981, núm. 67, pág. 357; 1982, nú. 68, pág. 97 y núm. 69, pág. 335; 1983, núm. 70, pág. 119.
  - *Responsabilidad médico-sanitaria*, Pamplona, 1983.
- FERRANDO, «Impossibilità sopravvenuta, diligenza del buon padre di famiglia e valutazioni di buona fede», *Giur. mer.*, I, 1974, págs. 395 y sigs.
- FERRONI, L.: *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino, 1983.
- FLEMING, J. G.: *The Law of Torts*, 8ª ed., Sydney, 1992.
- FORTINO, *La responsabilità del professionista (aspetti problematici)*, Milán, 1984.
- FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padua, 1988, págs. 385 y sigs.
- FRASELLE, *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé*, Louvain-La Neuve, 1992.
- FROSSARD, J.: *Distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, 1965.
- FUNAIOLI:
- «Irresponsabilità e colpa professionale del medico», *Rivista di Diritto commerciale*, 1941.
  - «Sulla esibizione dei registri e sulla responsabilità del conservatore di ipoteche», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1941, II, págs. 408 y sigs.
- GALASSO, A.:

- «Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae», *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1973, págs. 1331-1375.
- *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Nápoles, 1974.
- GALGANO, F.:
- «La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali», *Contratto ed impresa*, 1989, págs. 32 y sigs.
- «Professioni intellettuali, impresa, società», *Contratto ed Impresa*, 1991, págs. 1-18.
- «I contratti per la produzione di beni o l'esecuzione di servizi», en *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo II, Padua, 1992.
- «L'adempimento e l'inadempimento», en *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo I, 2ª ed., Padua, 1993.
- GALLO, P.: *L'elemento oggettivo del tort of negligence: indagine sui limiti della responsabilità delittuale per negligence nei paesi di Common Law*, Milán, 1988.
- GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*, 1995, Comares.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Nota a STS 17 de junio de 1989», *Anuario de Derecho Civil*, 1990, págs. 650 y sigs.
- GARCÍA GOYENA, F.:
- *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo III, Madrid, 1852, reproducción anastática, Madrid, 1973.
- GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J.: *Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos*, Tomo III, Madrid, 1841.
- GARCÍA IGLESIAS, D.: «El contrato de obra: concepto y contenido. Los riesgos y la responsabilidad según la doctrina del Tribunal Supremo», *La Ley* 1993-4, págs. 1119 y sigs.
- GARCÍA RUBIO, Mª A.: «La calificación de los servicios prestados por los abogados: ¿contrato de trabajo o arrendamiento de servicio?», *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, coord. L. Prats, Vol. II, Valencia, 1996, págs. 663 y sigs.

- GARCÍA VALDECASAS, G.: «La esencia del mandato», *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 669 y sigs.
- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, Tomo II, 6ª ed. revisada por A. Bercovitz, Madrid, 1972.
- GASPARRI, P.: «Il rapporto di lavoro autonomo», *Diritto del Lavoro*, 1942-I, págs. 109 y sigs.
- GIAMMARINARO:
- «Gravità della colpa, perizia e diligenza nell'attività medica», A.A.V.V., *La responsabilità medica*, Milán, 1982.
  - «Onere della prova e responsabilità professionale medica», *Responsabilità civile e Previdenza*, 1992, págs.
- GIACOBBE, «Professioni intellettuali», *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milán, 1987, págs. 1065 y sigs.
- GIERKE, OTTO VON: *Las raíces del contrato de servicios*, 1ª ed., Madrid, 1982, reimpr. 1989.
- GIORGI, G.:
- *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Vol. II, Madrid, 1928.
  - *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducida de la séptima edición italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas, por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Vol. V, Madrid, 1912.
- GIORGIANNI, N.:
- Voz «Obbligazione (teoria generale)», *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Turín, 1967, págs. 581 y sigs.
  - Voz «Buon padre di famiglia», *Novissimo Digesto Italiano*, II, Turín, 1958, págs. 596 y sigs.
  - Voz «Inadempimento», *Enciclopedia del Diritto*, XX, Milán, 1970, págs. 860 y sigs.
  - *L'inadempimento*, Milán, 1959.

- *La obligación: La parte general de las obligaciones*, traducción de la edición italiana de E. VERDERA Y TUELLS, Barcelona, 1958.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.:
- «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios de Derecho público y privado en homenaje al profesor Ignacio Serrano y Serrano*, Universidad de Valladolid, 1963.
- «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)», *Anuario de Derecho civil*, 1977, págs. 273 y sigs.
- GLÜCK, F.: *Commentario alle Pandette*, Libro XIX, trad. de U. Grego, Milán, 1891.
- GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>: «Contrato de trabajo y prestaciones de servicios sujetas al Derecho común: Nuevos problemas y nuevos criterios de solución para un antiguo problema interpretativo», *Estudios en Homenaje a la Profesora Teresa Puente*, coord. L. Prats, Vol. I, Valencia, 1996, págs. 87 y sigs.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 12<sup>a</sup> ed., Tomo II, Madrid, 1877.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ : «La distinción entre poder y mandato en el Código Civil español», *Rev. int. Not.* 1960, núms. 46-47, págs. 83 y sigs.
- GONZÁLEZ MORÁN:
- «Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista», *La Ley* (STS de 23 de junio de 1983).
- *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1990.
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: «Comentario a los arts. 1.182 a 1.184», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, Vol. 1<sup>o</sup>, dir. M. Albaladejo, Madrid, 1991, págs. 301 y sigs.
- GORDILLO CAÑAS, A.:
- «Comentario a los arts. 1.727 y sigs.», *Comentarios del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1567 y sigs.,
- «Mandato representativo. Responsabilidad del principal. Comentario a la STS de 22 de junio de 1989», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 20, 1989, págs. 583 y sigs.

- GOROSABEL, P.: *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta nación*, Tolosa, 1832.
- GRECO, G.: «Responsabilità del professionista legale nei confronti del cliente», *Nuovo Diritto*, 1962, págs. 402-405.
- GREEN, L.:  
— «The duty problem in negligence cases», *Columbia Law Journal*, 1928, 28, págs. 1014-1045.  
— «The negligence issue», *Yale Law Journal*, 1928, 37, págs. 1029-1047.
- GUHL, T.: *Le droit fédéral des obligations*, Zurich, 1947.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.:  
— *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad contractual*, Madrid, 1968.  
— *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972.
- GUIMERA PERAZA: «El secreto profesional del Notario y sus colaboradores», *RDN*, abril-junio, 1958, págs. 65 y sigs.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, Tratado de las obligaciones*, Tomo IV, 2ª ed., Madrid, 1871.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J.: «Función notarial y responsabilidad civil», *Actualidad Civil*, 1995-4, referencia XXXIX, margs.
- HAMELIN, J.: *Nouvel abrégé des règles de la profession d'avocat*, París, Dalloz, 1968.
- HERNÁNDEZ GIL, A.:  
— *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983.  
— *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975.
- HERNÁNDEZ MORENO,  
— «Mandato, poder y representación: nueva lectura del artículo 1.716 del Código Civil», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980.  
— «Comentario al art. 1.717», *Comentarios del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1542 y sigs.



- HERNÁNDEZ-TEJERO, F.: Traducción española de *Las Instituciones de Justiniano*, Madrid, 1961.
- HOLYOAK, J. y ALLEN, D.: «Negligence and the professions», *Professional liability: Law and Insurance*, dir. R. Hodgkin, Londres-Nueva York-Hong Kong, 1996.
- HUC, T.: *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, Tomo VII, París, 1894.
- IANNIRUBERTO, G.: «In tema di responsabilità del professionista», *Temì Napoletana*, 1964, págs. 522-525.
- IANNUZZI, G.: *La responsabilità professionale del libero professionista*, Roma, 1980.
- IHERING, R.VON: *Il momento de la culpa nel diritto privato romano*, trad. F. Fusillo, Nápoles, 1990.
- JAMES, P.S. y BROWN, D.J.L.: *General Principles of the Law of Torts*, 4ª ed., Londres, 1978.
- JORDAN DE ASSO Y DEL RÍO, I.: *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, 5ª ed., Madrid, 1792, reproducción anastática, Valladolid, 1975.
- JORDANO BAREA, J.B.: «Contratos mixtos y unión de contratos. Sentencia de 27 de febrero de 1951 (rectius: 1950)», *Anuario de Derecho Civil*, 1951, Fasc. I, págs. 321 y sigs.
- JORDANO FRAGA, F.:
- «Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código Civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, págs. 109 y sigs.
  - «Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, Fasc. II, págs. 275 y sigs.
  - «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», *RCDI*, 1985, págs. 575 y sigs.
  - «El problema de la responsabilidad bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento», *Anuario de Derecho Civil*, 1986, Fasc. I, págs. 69 y sigs.

- «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *RGLJ*, 1985, págs. 29 y sigs.
- *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- «La responsabilidad contractual (primer y último repaso)», *Anuario de Derecho Civil*, 1988.
- «Contrato de mediación y corretaje. Comentario a STS de 22 de junio de 1988», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 17, 1988, págs. 629 y sigs.
- «Obligaciones de medios y de resultados», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 7 y sigs.
- *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994.
- JÖRS, P. y KUNKEL, W.: *Derecho Privado Romano*, traducción del inglés de Prieto Castro, Barcelona, 1937.
- JOSSERAND, L.: *Cours de Droit civil positif*, Tomo II, París, 1932.
- KASER, M.: *Derecho privado romano*, versión español de Santacruz Tejeiro, Madrid, 1967.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.:
  - *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 1º, *Parte General. Delito y cuasidelito*, 2ª ed., Barcelona, 1985.
  - *Elementos de derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 3º, *Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Barcelona, 1986, págs. 306 y sigs.
  - Nota crítica a Badosa Coll, F.: “La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1988, fasc. II, págs. 1309 y sigs.
- LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, Tomo II, versión española y notas de Santos Briz, Madrid, 1959.
- LASSO GAITE, J.F.: *Crónica de la codificación española. Codificación civil*, Vol. II, Madrid, 1970.
- LAURENT, F.:
  - *Principes de Droit Civil français*, Tomo XV, 3ª ed., París, 1878.
  - *Principi di Diritto civile*, Vol. XIV, traducción de A. di Majo, Nápoles-Roma, 1881.

- LE TOURNEAU, PH.: *La responsabilité civile*, 3ª ed., París, 1982.
- LEGA, C.:
- *La Libera professione*, Milán, 1951.
  - *La diligenza del lavoratore*, Milán, 1963.
  - «Il contratto d'opera», *Trattato di Diritto del Lavoro*, vol. I, Padua, 1960.
  - *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milán, 1974.
  - «Il diritto del lavoro e il lavoro autonomo», *RDI*, 1950, págs. 115 y sigs.
  - «Contratto di assistenza legale e compenso a "forfait"», *Giurisprudenza italiana*, 1963, I, 2, págs. 321 y sigs.
  - «Sulla figura dell'avvocato impiegato e sul compenso dovutogli (nota a Trib. Roma 16 de julio de 1965)», *Diritto del Lavoro*, II, págs. 292 y sigs.
  - «Il cliente dell'avvocato» (Nota a Cas. 4 dic. 1967 n. 2880), *Giur. it.* 1968, I, 1, págs. 299 y sigs.
  - «Obblighi contrattuali e doveri deontologici dell'avvocato (Nota a Pret. Bologna, 12 maggio 1970)», *Giur. it.* 1972, I, 2, págs. 51 y sigs.
  - «In tema di responsabilità del difensore», *Giur. it.* 1969, I, 1, c. 1938.
  - «In tema di responsabilità civile dell'avvocato e del procuratore», *Temì*, 1958, págs. 303 y sigs.
  - «Responsabilità civile dell'avvocato per omissione di attività professionale dovuta», *Temì*, 1970, págs. 680-685.
- LÉGIER, G.:
- Voz "Responsabilité contractuelle" (Paris, 1989), *Enciclopedia Dalloz*, nº 58 y sigs.
  - *Droit civil: les obligations*, Dalloz, París, 1993.
- LENEL, O.: «El mandato retribuido», *Revista de Derecho Privado*, 1928, Tomo XV, págs. 369 y sigs.
- LEÓN ALONSO, J.:

- «Comentario a los arts. 1.709 a 1.739», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, Vol. 2º, dir. M. Albaladejo, Madrid, 1986, págs. 16 y sigs.
- «Comentario a los arts. 1.709 a 1.715», *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1523 y sigs.
- LLAMAS POMBO, E.: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988.
- LOBATO GÓMEZ, A.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1992, págs. 651-734.
- LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas con las Glosas del Licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555, reproducción anastática, Madrid, 1974.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.:
  - «La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil», *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra*, coord. J. González García, Universidad de Jaén, Conferencia pronunciada en las Jornadas organizadas por la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el Área de Derecho civil de la Universidad de Jaén, durante los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1995, págs. 31 a 51.
  - «La gestión típica derivada del mandato», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1996, págs. 553 y sigs.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F.:
  - «Comentarios a los artículos 1.542 a 1.545», *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1053 y sigs.
  - «Comentario a los artículos 1.542 a 1.544», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. I, dir. Albaladejo, Madrid, 1980, págs. 2 y sigs.
  - «El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, págs. 1469 y sigs.

- MACRI, C.: «La responsabilità professionale», *Le professioni intellettuali*, Parte V, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale di Bigiavi*, Turín, 1987, págs. 215-267.
- MADDISON, D., TETLOW, C. y WOOD, G.N.: *Bingham's Negligence Cases*, 4ª ed., Londres, 1996.
- MAGRO SERVET, V.: «La nueva Ley 7/1997, de 14 de abril: ante una nueva configuración de los Colegios profesionales», *La Ley*, núm. 4391, 9 de octubre de 1997, págs. 1 y sigs.
- MAIORCA, C.:  
 — Voz «Colpa civile (teoria generale)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VII, Milán, 1960, págs. 535-613.  
 — *I fondamenti della responsabilità*, Milán, 1990.
- MALLEN, R.E.: «Recognizing and defining legal malpractice», *South Carolina Law Review*, 1979, vol. 30, págs. 203-211.
- MANCINI, G.F.: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milán, 1957.
- MANNIX, E.F. y MANNIX, J.E.: *Professional negligence*, 3ª ed., Sydney-Melbourne-Brisbane-Adelaide-Perth, 1982.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.:  
 — *Comentarios al Código civil español*, Tomo VIII, 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1907.  
 — *Comentarios al Código civil español*, Tomo X, Vol. II, Madrid, 1969, págs. 5 y sigs.
- MARCADÉ, V.: *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7ª ed., Tomo IV, París, 1873.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Sustituto, subapoderado y auxiliar: una interpretación de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil», *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 1993, págs. 65 y sigs.
- MARKESINIS, B.S. & DEAKIN, S.F.: *Tort Law*, 3ª ed., Oxford, 1994.
- MARTÍN-RETORTILLO, C.: «Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante», *Revista de Derecho Privado*, 1953, págs. 229 y sigs.

- MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, XV, vol. 1º, Madrid, 1989, sub. art. 1088, págs. 85 y sigs.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «Cumplimiento defectuoso de la prestación (Su inclusión en la «contravención» o cuarta causa del art. 1.101 del Código Civil)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, II, págs. 1335 y sigs.
- MARTÍNEZ DE AZAGRA RIPA, N.: «La potestad sancionatoria de los Colegios profesionales: "cambiar algo para que todo siga igual"», *La Ley* 1995, Tomo 3, págs. 718 y sigs.
- MARTÍNEZ PEREDA-RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil y penal del anestesista*, 1995, Comares.
- MARTÍNEZ RUIZ, A.: *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, Tomo VII, Madrid, 1909.
- MARTÍN-RETORTILLO, C.: «Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante», *Revista de Derecho Privado*, 1953, Tomo XXXVII, págs. 732 y sigs.
- MARTON, M.G.: «Obligations de résultat et obligations de moyens», *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1935, págs. 498 y sigs.
- MARTY, G. y RAYNAUD, P.: *Droit Civil, Les obligations*, Tomo I, *Les sources*, 2ª ed., París, 1988.
- MASEL, G.R.: *Professional negligence of lawyers, accountants, bankers and brokers*, 2ª ed., Sydney, 1989.
- MASI, A.: Voz «Locazione (Storia)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIV, Milán, 1974, págs. 907-918.
- MAZEUD, H.: «Essai d'une classification des obligations: obligations contractuelles et extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1936, nº 35, págs. 1 y sigs.
- MAZEUD, H. y L.: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, París, 1951.
- MAZEUD, H., L., y J.: *Leçons de Droit Civil*, Tomo X, París, 1956.
- MAZEUD, H., L., J. y CHABAS, F.: *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Vol. 1º, *Obligations*, 8ª ed., París, 1991.

- MAZZONI, *Manuale di Diritto del Lavoro*, Milán, 1971.
- MCDONALD, B.: «Solicitors' Liability: Tort, Contract or Both?», *Journal of Contract Law*, 1991, Vol. 4, págs. 121-128.
- MEDICUS, D.: *Tratado de las relaciones obligacionales*, Vol. I, edición española de A. Martínez Sarrión, Barcelona, 1995.
- MELÓN INFANTE, C.: *Traducción directa del Código Civil alemán (B.G.B.) del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950*, Barcelona, 1955.
- MENGONI, L.:
- «Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)», *Rivista del Diritto commerciale*, 1954.
  - «Responsabilità contrattuale (diritto vigente), *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milán, 1988, págs. 1072 y sigs.
  - «Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro», *Scritti in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, págs. 262 y sigs.
  - «La responsabilità contrattuale», *Jus*, 1986, págs. 87 y sigs.
- MESSINEO, F.: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, vol. 2º, 2ª parte, Milán, 1952-1953, págs. 29 y sigs.
- MICCIO, «Delle obbligazioni in generale», *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, Tomo I, Turín, 1961, págs. 184 y sigs.
- MIQUEL, J.: *Lecciones de Derecho Romano*, Barcelona, 1984.
- MOSSET ITURRASPE, J.: *Responsabilidad del médico*, Buenos Aires, 1979.
- MONTOYA MELGAR, A.: *Abogados, profesiones liberales y contrato de trabajo*, Madrid, 1990.
- MONTÉS PENADÉS, V.L.:
- «La representación», en A.A.V.V., coords. A. LÓPEZ Y V. L. MONTÉS, *Derecho Civil. Parte General*, 2ª ed., Valencia, 1995.
  - «El incumplimiento de la obligación», en A.A.V.V., coord. Mª R. VALPUESTA, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2ª ed., Valencia, 1995.

- «Perfiles jurídicos de la relación de gestión», *Contratos de gestión, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, págs. 13 a 64.
- MORALES MORENO, A.: «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, págs. 591 y sigs.
- MORENO QUESADA, B.: «Problemática de las obligaciones de hacer», *Revista de Derecho Privado*, 1976, págs. 467 y sigs.
- MORENO QUESADA, B. y ALBIEZ DORHMANN: *El ejercicio en grupo de las profesiones liberales*, Granada, 1993.
- MOSCO, L.: Voz «Impossibilità sopravvenuta», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XX, Milán, 1970, págs. 405-440.
- MOSSET ITURRASPE, J.: *Responsabilidad del médico*, Buenos Aires, 1979.
- MOURLON, M.F.: *Code Napoléon*, Tomo II, París, 1866.
- MOZOS, J. L.: «Concepto de obligación», *Revista de Derecho Privado*, 1980, págs. 979 y sigs.
- MUÑOZ CAMPOS, J.: «La Abogacía y sus Colegios», *La Ley* 1992, Tomo 2, págs. 1003 y sigs.
- MUSATTI,  
— «Lavoro e locatio d'opera», *Foro it.* 1956, I, pág. 42.  
— «Lavoro autonomo ed esecuzione contrattuale», *Foro it.* 1956, I, págs. 510 y sigs.
- MUSOLINO, G.:  
— *La responsabilità del professionista tecnico*, Rimini, 1990.  
— *L'opera intellettuale*, Milán, 1995.
- NASSALLI ROCA, A.: *Il mandato*, Roma, 1972.
- NART, I.: «Contrato de obra y empresa», *Revista de Derecho Privado*, octubre 1951, págs. 814 y sigs.
- NATOLI, U.: *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo II, Milán, 1962.
- NEIL F. JONES & BROWN, Jeffrey C.: *Professional negligence and insurance law*, Londres, 1994.



- NICOLAS, B.: «Fault and Breach of contract», en J.BEATSON y D. FRIEDMANN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, págs. 337-355.
- NICOLÒ, R.: Voz «Adempimento (diritto civile)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. I, Milán, 1958, págs. 554-567.
- NUÑEZ LAGOS, R.: «Mandatario sin poder», *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1946, págs. 609 y sigs.
- OLIVA SANTOS, A., DE LA: «Cambio de abogado, honorarios y "venia"», *La Ley*, 1989, Tomo 4, págs. 1015 y sigs.
- OSTI, G.:
- «Revisione critica della teoria della impossibilità della prestazione», *Rivista di diritto civile*, 1918, págs. 209 y sigs.; 313 y sigs.; 417 y sigs.
  - «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento», *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1954, págs. 616 y sigs.
- ORENGO, «In tema de prestazione d'opera del professionista non iscritto all'albo», *Foro pad.* 1957, III, c. 13 y sigs.
- ORIANI, R.:
- Voz «Avvocato (dir. comparato), Francia», *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milán, 1979, págs. 661 y sigs.
  - Voz «Avvocato (dir. comparato), Inghilterra», *Enciclopedia del Diritto*, IV, págs. 667.
  - Voz «Avvocato (dir. comparato), Stati Uniti d'America», *Enciclopedia del Diritto*, IV, págs. 667.
- PACHECO CABALLERO, F.L.: «La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas», *Revista de Derecho Privado*, 1990, págs. 655 a 670.
- PANTALEÓN PRIETO, F.:
- *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de Daños*, tesis leída en 1981.
  - «Comentario a la STS de 10 de mayo de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 5, abril/agosto 1984, págs. 1645 y sigs.

- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil*, II, 1990, págs. 1073 y sigs.
  - «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), *Anuario de Derecho Civil*, 1991, II, págs. 1019 y sigs.
  - «Comentario al art. 1.902», *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, 1ª ed., Madrid, 1991, págs. 1971 y sigs.
  - «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho civil*, 1993, Fasc. II, págs. 1719 y sigs.
  - *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995.
  - *La responsabilidad de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid, 1996.
- PARISI, F. y STEIN, P.: *Liability for negligence and judicial discretion*, Berkeley, 1992.
- PARRA LUCÁN, Mª A.: «La responsabilidad por los servicios defectuosos: hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros C.E.C.», *Estudios sobre Consumo*, núm. 21, 1991, págs. 11 y sigs.
- PARTLETT, D. F.: *Professional negligence*, Sydney, 1985.
- PÉREZ DE CASTRO, N.: «Comentario a la STS de 17 de mayo de 1993», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 32, 1993, págs. 595 y sigs.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B.: *Representación, poder y mandato*, México, 1991, págs. 163-173.
- PLANCQUEEL, A.: «Obligations de moyens, obligations de résultat. (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)», *Revue trimestrelle de Droit Civil*, 1972, págs. 334 y sigs.
- PLANIOL, M. y RIPERT, G.:
- *Traité élémentaire de droit civil*, 11ª ed, Tomo I., núm. 2153-2159.
  - *Traité pratique de Droit Civil, Obligations*, Tomo VI, Primera Parte, P. Esmein, París, 1931.

— *Traité pratique de Droit Civil Français*, 2ª ed., Tomo XI, Segunda Parte, París, 1954.

POTHIER, J.:

— *Tratado de las obligaciones*, Libro edición Argentina, 1993.

— *Traité des obligations, Ouvres de Pothier*, Tomo I, Bruselas, 1831.

— *Traité du contrat de mandat, Ouvres de Pothier*, Tomo III, París, 1821.

— *Traité du contrat de louage, Ouvres de Pothier*, París, 1840.

POULTON, W.D.C.: «Tort or Contract», *Law Quarterly Review*, 1966, vol. 82, págs. 346-370.

PRIETO CASTRO, *La abogacía en el momento presente: el nuevo Estatuto General de la Abogacía*, Valladolid, 1984.

PROSSER, W.L. y KEETON, W.P.: *The Law of Torts*, 5ª ed., St. Paul Minn., 1984.

PUIG BRUTAU, J.:

— *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I, Vol. 2º, *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed., Barcelona, 1988.

— *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2º, *Contratos en particular*, 1ª ed., Barcelona, 1956.

— *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2º, *Contratos en particular*, 2ª ed. revisada y ampliada, Barcelona, 1982.

— *Compendio de Derecho civil*, Vol. II, *Derecho de las obligaciones. Contratos y cuasi contratos. Obligaciones derivadas de actos ilícitos*, Barcelona, 1987.

PUIG PEÑA, F.:

— «El incumplimiento contractual como acto injusto», *Revista de Derecho Privado*, 1945, págs. 150 a 162.

— *Compendio de Derecho civil español*, Tomo III, *Obligaciones y contratos*, 2ª ed. revisada y puesta al día, Pamplona, 1972.

QUINTANA CARLO, «La responsabilidad del empresario de servicios en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios», *Estudios sobre Consumo*, 1987, nº extraordinario, págs. 58 y sigs.

- REMY, P.: «La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept», *Revue trimestrielle de Droit civil*, abril-junio 1997, págs. 323 y sigs.
- RESCIGNO, P.:  
— Voz «Obbligazioni», *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Milán, 1979, págs. 133 y sigs.  
— «Fortuito, causa non imputabile e diligenza (arts. 1839, 1218 e 1176), *Banca, borsa, tit. cred.*, 1951, II, págs. 388 y sigs.
- REYNOLDS, O.M. JR.: «The reasonable man of negligence Law: A health report on the "odious creature"», *Oklahoma L.R.*, 1970, 23, págs. 410-430.
- RICO PÉREZ, F.: *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Madrid, 1984.
- RIPERT, G. y BOULANGER, J.: *Traité de Droit civil*, Tomo II *Obligations. Droits réels*, París, 1957.
- RIVA SANSEVERINO, L.: «Lavoro autonomo, sub. arts. 2188-2246», *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca*, Roma-Bologna, 1963.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.:  
— «El mandato (§ 112)», en *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 3º, *Contratos y cuasi-contratos*, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., 2º ed., Barcelona, 1986.  
— «Contratos atípicos», en *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 2º, *Teoría General del Contrato*, LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., 2ª ed., Barcelona, 1987, págs. 252 y sigs.  
— «El mandato (§ 98)», en *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, Vol. 2º, *Contratos y cuasicontratos, Delito y cuasidelito*, LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RAMS ALBESA, J., 3ª ed., Barcelona, 1995.  
— «Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, I, págs. 9 a 70.

ROCA TRÍAS, E.:

— «Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos», *Revista de Derecho Privado*, octubre 1976, págs. 783 y sigs.

— *Derecho de Daños. Textos y materiales*, Valencia, 1996.

RODIÈRE, R.: «Una notion menacée, la faute ordinaire dans le contrats», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1954, págs. 201 y sigs.

RODOTÀ, S.:

— Voz «Diligenza (Diritto civile)», *Enciclopedia di Diritto*, Vol. XII, Milán, 1964, págs. 539 y sigs.

— *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1967.

ROGEL VIDE, C.: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977.

ROGERS, W.V.H.: *The Law of Tort*, Londres, 1989.

ROMANO, S.: Voz «Buona fede (dir. priv.)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. V, Milán, 1959, págs. 677-700.

ROMANO, M.: «Considerazioni in tema di responsabilità contrattuale del medico per violazione del dovere di informazione (Commentario a Cass. 8 agosto 1985)», *Giurisprudenza italiana*, 1987, Parte 1ª, Sezioni I-II.

ROMEO CASABONA, C.Mª: «Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas», *La Ley* 1993, Tomo 4, págs. 979 y sigs.

ROPPO, E.:

— *Il contratto*, Bologna, 1977.

— «La responsabilità patrimoniale del debitore», *Trattato di Diritto Privato*, núm. 19, dirigido por P. Rescigno, Turín, 1989, págs. 363 y sigs.

ROSSEL, V.: *Manuel du Droit civil suisse*, Tomo 13º, Laussane, s.d.

RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho mercantil*, Bilbao, 1992.

- RUGGIERO, R. DE: *Instituciones de Derecho civil*, Tomo II, traducción de la 4ª edición italiana por Serrano Suñer y Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, 1931.
- SACCO, «Diligenza del buon padre di famiglia e fatto imputabile al debitore», *Foro padano*, 1951, págs. 923 y sigs.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra», *Anuario de Derecho Civil*, 1964, XVII, fasc. I, págs. 21 y sigs.
- SALVADOR CODERCH, P.:
- «Comentario a los arts. 1.588 a 1.590», *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1175-1189.
  - «Comentario a los arts. 1.594 y 1.595», *Comentarios del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1201 y sigs.
- SAMPONTS Y BARBA, I., MARTÍ DE EIXALÀ, R., y FERRER Y SUBIRANA, J.: *Las Siete Partidas con las variantes y la Glosa del Licenciado Gregorio López*, Tomo III, Barcelona, 1843.
- SAMUEL, G.: *Sourcebook on obligations and legal remedies*, Londres, 1995.
- SAMUEL, G. y RINKES, J.: *Law of obligations and Legal Remedies*, Londres, 1996.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1996», C.C.J.C. núm. 43, págs. 341 y sigs.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Derecho civil español común y foral*, Tomo IV, Madrid, 1911.
- SANTAMARÍA ANSA, L.: *Comentarios al Código civil*, II, Madrid, 1958, págs. 130 y sigs.
- SANTINI, G.: *I servizi*, Bologna, 1987.
- SANTORO, G.: *La responsabilità contrattuale*, en *I grandi orientamenti nelle giurisprudenza civile e commerciale*, núm. 17, Turín, 1993.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: Voz «Professioni intellettuali», *Novissimo Digesto italiano*, XIV, Turín, 1967, págs. 23 y sigs.

SANTOS BRIZ, J.:

- «La culpa en Derecho civil. Ampliación actual de su concepto», *Revista de Derecho Privado*, 1967, págs. 614 a 640.
- «El contrato de ejecución de obra y su problemática», *Revista de Derecho Privado* 1972.
- «Contratos fácticos y atípicos. El contrato como objeto de otro contrato», *AAMN*, Tomo XX, 1976, págs. 301 y sigs.
- «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1984, págs. 643 y sigs.
- *Derecho médico general y especial*, en *Derecho médico*, Vol. I, dir. L. Martínez Calcerrada, Madrid, 1986.
- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1989.
- «La responsabilidad civil en supuesto de prestación de servicios. La Propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea de 18 de enero de 1991 y su proyección en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado* febrero 1992, págs. 99 y sigs.

SAVATIER, J.:

- *Le profession libérale*, París, 1947.
- *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, Tomo II, París, 1950.
- «Les contrats de conseil professionnel en droit privé», *Recueil Dalloz*, 1972, págs. 137 y sigs.

SAVATIER, J./ LAMBOLEY, A.: *La società civile professionale: un nouveau statut de la profession liberale*, París, 1974.

SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil comentado y concordado*, revisado por P. Marín Pérez, Tomo XIX, 2ª ed., Madrid, 1957.

SCHULZ, F.: *Derecho romano clásico*, traducción de Santa Cruz, Barcelona, 1960.

SCOGNAMIGLIO, R.: «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *Noviss. Digesto it.*, XV, Turín, 1968, págs. 670 y sigs.

SEAVEY, W.A.: «Negligence— subjective or objective?», *Harvard Law Review*, 1927, 41, págs. 1-28.

- SEIJAS QUINTANA, J. A.: «Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *Actualidad Civil*, 1995-2, referencia XIV, margs.
- SILVESTRI, E.: «Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare», *Rivista di Diritto Civile*, parte I, 1988, págs. 553 y sigs.
- SMITH, J.C.: *Liability in negligence*, Londres, 1984.
- SOLA RECHE, M. E. y HERNÁNDEZ PLASENCIA, M.J-U.: «La responsabilité professionnelle des médecins dans le Droit espagnol», *Responsabilité pénale et responsabilité civile des professionnels- Actualité et avenir des notions de négligence et de risque*, Actes 22<sup>a</sup> Colloque de Droit européen, La Laguna, 17-19 novembre 1992, Conseil d'Europe, Estrasburgo, 1995.
- SOLÉ RESINA, J.:
- *Arrendamiento de obras o de servicios (Perfil evolutivo y jurisprudencial)*, Valencia, 1997.
  - *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997.
- SOMARÉ, «Alcune considerazioni in tema di diligenza professionale», *Rivista Responsabilità Civile e Previdenza*, 1984, págs. 81 y sigs.
- SPIROLAZZI, G.C.: «La responsabilità civile del libero professionista», *Giur. it.* 1956, IV, c. 97 y sigs.
- STANTON, K.M.: *The modern Law of Tort*, Londres, 1994.
- STARCK, B.: *Droit civil, Obligations*, Tomo 2, *Contrat et quasi-contrat. Régime générale*, 2<sup>a</sup> ed., París, 1986.
- STAUCH, M.: «Causation, risk, and loss of chance in Medical Negligence», *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, Vol. 17, págs. 205 y sigs.
- STOLFI, M.:
- Voz «appalto», *Enciclopedia Dir.* II, Milán, 1958, págs. 629 y sigs.
  - «Il principio di buona fede», *Rivista di Diritto commerciale*, 1964, I, págs. 163 y sigs.



- STOPPA, A.: «La responsabilità del prestatore di servizi in base ad una recente proposta di direttiva comunitaria», *Giustizia Civile*, junio 1995, núm. 2, págs. 641 y sigs.
- STRADOLINI, G.: «L'obbligazione del professionista», *Diritto e Giurisprudenza*, 1973, págs. 402 y sigs.
- TABET, A.: *La locazione conductione, Trattato di Diritto civile e commerciale*, dir. Cicu-Messineo, Vol. XXV, Milán, 1972, págs. 1 y sigs.
- TABOADA ROCA, M.: «Los poderes generales para pleitos: facultades que otorgan y actividades procesales que no autorizan», *Revista de Derecho Notarial*, 1970, núms. 69-70, págs. 7 y sigs.
- TACCHI, P.: Voz "Professioni (professioni, arti e mestieri-Diritto amministrativo)", *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1990, págs. 1 a 14.
- TALAMANCA, M.: Voz «Colpa (Storia)», *Enciclopedia del Diritto*, Vol. VII, Milán, 1960, págs. 517-533.
- TERRY, H.T.: «Negligence», *Harvard Law Review*, 1915, 29, págs. 40-54.
- TORRENTE, A.: «La prestazione d'opera intellettuale», *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1962, I, págs. 1 y sigs.
- TORRES LANA, J. A.: «Arts. 1.583 a 1587 del Código Civil», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1993, págs. 1170 y sigs.
- TOULLIER, C.B.M.: *Droit civil français*, Tomo VI, 5ª ed., París, 1830.
- TRAVIESAS, M.:
- «El mandato retribuido y el arrendamiento de obras o servicios», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1918, Tomo 132, págs. 90 y sigs.
  - «Contrato de arrendamiento», *Revista de Derecho Privado*, 1919, núms. 64 y 65, págs. 1-14 y 34-48.
  - «La representación voluntaria», *Revista de Derecho Privado*, 1922, págs. 123 y sigs.
  - «La representación y otras figuras afines», *Revista de Derecho Privado*, 1923, págs. 33 y sigs.

- «La culpa», *Revista de Derecho Privado*, 1926, núm. 156, págs. 273 y sigs.
- TREITEL, G.H.:  
 — *The Law of Contract*, 7ª ed. , Londres, 1987.  
 — *The Law of Contract*, Londres, 1995.
- TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, F.A.: *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, 1987.
- TRIGO REPRESAS, F. A.: *Responsabilidad civil del abogado: funciones y deberes del abogado*, Buenos Aires, 1991.
- TUNC, A.:  
 — «Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza», *Juris Classeur Périodique*, 1945, págs. 445 y sigs.; *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, 1947-48, págs. 126-145.  
 — *La responsabilità civile*, París, 1981.
- URÍA, R.: *Derecho mercantil*, 17ª ed., Madrid, 1990.
- VACCA, : «Dalle professioni liberali alle imprese di servizi: la progresiva spersonalizzazione dell'incarico professionale e l'esercizio dell'attività ad opera di società di capitali», *Economia e Diritto del Terziario*, 1991, págs.
- VANHALEWYN, C. y JACOBS, H.: *La responsabilité professionnelle du notaire*, Bruselas, 1994.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, Tomo III, *Parte especial, Derechos personales o de obligaciones*, 2ª ed., Valladolid, 1920.
- VERDERA SERVER, R.: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, *Contratos. Títulos valores. Derecho concursal*, Barcelona, 3ª ed., 1990.
- VIGOTTI, A.: «La responsabilità del professionista», *La responsabilità civile*, IV, dirigido por G. Alpa y M. Bessone, en *Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale W. Bigiavi*, Turín, 1987.
- VINEY, G.:

- *Traité de Droit Civil*, dir. J. Ghestin, *Introduction à la responsabilité*, 2ª ed., París, 1995.
- *Traité de Droit Civil*, dir. J. Ghestin, Tomo IV, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, París, 1982.
- VIRASAMY, G.J.: *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, París, 1986.
- VISINTINI, G.:
- *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979.
- «Inadempimento e mora del debitore», *Il Codice civile commentato*, al cuidado de P. Schlesinger, Milán 1987, págs. 223 y sigs.
- «Impossibilità della prestazione e giudizio di buona fede», *Diritto marittimo*, 1977, págs. 3 y sigs.
- «L'inadempimento delle obbligazioni», en *Trattato di Diritto privato*, Vol. IX, *Obbligazioni e contratti*, dir. P. Rescigno, Turín, 1986.
- VISO, S. DEL: *Lecciones elementales de Derecho civil*, Tomo III, *De las obligaciones*, 4º ed., Valencia, 1879.
- VOLTERRA, E.: *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986.
- WADDAMS, S.M.:
- *The Law of Damages*, Toronto, 1983.
- *The Law of Contracts*, Toronto, 1993.
- WAHL, A.: «Le droit de l'avocat aux honoraires», *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1905, págs. 497 y sigs.
- WEILL, A. y TERRÉ, F.: *Droit civil. Les obligations*, 10ª ed., París, 1975.
- WERRO, F.: «La distinction entre l'obligation de résultat e l'obligation de moyens, una nouvelle approche de la repartition de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle», *Revue de Droit Suisse*, 1989, págs. 255 y sigs.
- WIGNY, P.: «Responsabilité contrattuale et force majeure», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, nº 34, págs. 19 y sigs.

WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, Vol. II, traducción C. Fadda y P.E. Bensa, Turín, 1925.

YLLESCAS MELENDO, R.: «El principio "*iura novit curia*" y la posición del abogado en el proceso», *La Ley* 1994, Tomo 3, págs. 827 y sigs.

YZQUIERDO TOLSADA, M.:

— *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1988.

— «Comentario a la STS 31 de enero de 1990 (rectius: 12 de febrero de 1990)», *C.C.J.C.*, núm. 22, enero/marzo 1990, págs. 279 y sigs.

— «Comentario a la STS de 22 de febrero de 1991», *C.C.J.C.* núm. 26, abril/agosto 1991, págs. 387 y sigs.

— *Responsabilidad contractual y extracontractual*, Vol. I, Madrid, 1993.



