

# Notas marginales sobre la culpa contractual, como elemento del derecho de opción del acreedor

*Marginal notes on the contractual guilt, as an element of the creditor's right of option*

## RESUMEN

La presente investigación tiene por finalidad analizar la culpa o negligencia, particularmente como requisito del derecho de opción del acreedor, ante el incumplimiento contractual. Analizaré el tema, principalmente, a la luz de la doctrina y jurisprudencia españolas.

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad contractual, Culpa, Derechos del acreedor, Incumplimiento contractual, Derecho de remedios.

## ABSTRACT

The following research is intended to analyze the fault or negligence, particularly as a requirement of the creditor's right of option, in the event of a contract breach. I will analyze the subject, mainly, in the light of the Spanish doctrine and jurisprudence.

## KEYWORDS

Contractual responsibility, Fault, Creditor's rights, Breach of contract, Right of solutions.

## JOSÉ MAXIMILIANO RIVERA RESTREPO

Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad de Chile. Abogado de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Máster Universitario en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Notario Público, Conservador de Bienes Raíces, de Comercio, Minas y Archivero Judicial Suplente de Tocopilla. Profesor de Jornada de Derecho Civil en la Universidad Gabriela Mistral. Diplomado en Docencia Universitaria, Universidad Gabriela Mistral. Dirección postal: Ricardo Lyon N° 1177, Providencia, Santiago de Chile, Código Postal: 7510549. jose.rivera@ugm.cl  
Este artículo forma parte de una investigación mayor, que dará lugar a la publicación de un libro sobre la materia.

*Recibido: 26 de marzo de 2015 • Aceptado: 2 de septiembre de 2015*

“El resultado del encuentro era la lei suprema de la razón”.  
(Tomás Guevara, 1904, p.41)

## INTRODUCCIÓN

En España, mucho se ha discutido acerca del elemento subjetivo (culpa o dolo), como requisito para que opere el derecho de opción del acreedor. La doctrina española moderna prescinde de cualquiera consideración subjetiva, a la hora de analizar la posible aplicación del derecho de opción del acreedor, ante el incumplimiento contractual. En este punto, cabe preguntarse ¿es posible asimilar la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor a una conducta negligente o dolosa de parte de uno de los contratantes, a la hora a calificar el incumplimiento? Pues bien, interesa analizar algunos aspectos de relevancia a propósito de la culpa o negligencia, no solo por consideraciones éticas o morales, sino que, además, para mantener viva la polémica en cuanto a su exigencia, como presupuesto de aplicación del derecho de opción del acreedor.

## I. Generalidades

Si bien no pretendo elaborar en este ensayo, una dogmática acerca de la culpa contractual\*; existen algunos puntos relevantes a los que pretendo referirme. La culpa, como requisito del derecho de opción, debo refe-

\* Cfr. Medicus (1995), p.59. Aunque para la culpa precontractual, que equivale a la culpa *in contrahendo*. Cfr. Ruiz Serramalera (1982), p.55.

rirme, aunque sea tangencialmente, a ellos\*. La doctrina ha señalado que el deudor debe actuar con prudencia, de tal manera que es responsable. Se dice que el elemento intencional, propio del dolo, no está presente en la culpa\*\*, sin que esté del todo ausente el elemento voluntario del agente<sup>♠</sup>.

En general, se entiende por culpa la falta de la debida diligencia o cuidado en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho<sup>♠♠</sup>. El CC español, en su artículo 1104 dispone que: “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”<sup>♦</sup>. La culpa<sup>♦♦</sup> denota siempre la idea de un descuido<sup>♠</sup> o

\* Al respecto, vid.: Lacruz Berdejo *et al.* (2007), pp.164 y ss.

\*\* En este sentido, De Ruggiero (1977) señala que: “Cuando aquel elemento de la intención manifiesta que es característico del comportamiento doloso falta en el acto humano productor del daño en que esté ausente el elemento voluntario en el agente, se tiene la culpa; esta presupone la voluntariedad del acto, del que derivan consecuencias dañosas e implica una imputabilidad en el agente por no haber sabido prever y evitar los efectos dañosos del acto” (p.125).

• Cfr. De Ruggiero (1977), p.125.

♠♠ Al respecto, vid.: Compagnucci de Caso (1997), p.129; Cristóbal Montés (1989), p.100; De la Peza Muñoz Cano (2009), p.142; Acedo Penco (2011), p.173.

♦ En este sentido, Pasquau Liaño; Albiez Dohrmann y López Frías (2000) señalan que: “El art. 1.104 CC, a diferencia de lo que sucede en Derecho Comparado, donde los códigos dan por sabido el concepto, brinda —o impone, según se mire—, una determinada noción de culpa [...]” (p.1839). Al respecto, vid. también: O’Callaghan Muñoz (2011), pp.1081-1082.

♦♦ Para Albaladejo García (2011): “En sentido amplio hay culpa del deudor cuando el quebrantamiento de la obligación le es imputable (por ejemplo, no se cumple porque, conscientemente, no se quiere cumplir o porque negligentemente el deudor se encuentra sorprendido, de forma irreparable, por el vencimiento de una obligación que no recordaba)” (p.175).

♠ En este sentido, O’Callaghan Muñoz (2008), siguiendo a Larenz, señala que: “Obra culposamente el que descuida la diligencia exigida en el tráfico” (p.171).

falta de preocupación de una persona\*. Este descuido puede incidir en el incumplimiento de una obligación que ya existía, o en la ejecución de un hecho determinado\*\*. Desde este punto de vista, Espín Cánovas define a la culpa o negligencia contractual como “[...] el incumplimiento de la obligación ocasionado por la falta de diligencia del deudor, pero sin intención deliberada de incumplir (Espín Cánovas, 1983, p.119). Por su parte, la STS de 20 de junio de 1994, señala que la culpa “[...] no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible, según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos, lo que sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia”<sup>♠♠</sup>.

En materia de responsabilidad civil, hay que

\* En este sentido, De la Peza Muñoz Cano (2009) señala que: “Este concepto [culpa], de significado muy amplio, consiste en la conducta de una persona que actúa imprudente o negligentemente, aunque sin la voluntad de dañar o de impedir el cumplimiento de la obligación” (p.142).

\*\* En este sentido, la doctrina ha señalado que: “La negligencia, que se invoca en el art. 1.101 como segundo criterio de imputación, es renombrada en el art. 1.104 como culpa, a la vez que se intenta su definición y la precisión del grado o nivel cuya infracción será suficiente para imputar el incumplimiento del deudor. En la primera vertiente, el Art. 1.104.I permite definir la culpa o negligencia del deudor como la omisión de la correspondiente diligencia. Así, el incumplimiento culposo quedará delimitado, en su límite superior, por la falta de voluntad de incumplir (pues demostrada esta incidirá en dolo y no podría decirse que incumple de buena fe), y en el inferior, por la infracción del tipo y grado de diligencia que corresponda prestar (por debajo de este listón —culpa prestable— quedaría la negligencia u omisión del grado de diligencia que no es relevante en la obligación de que se trate, o sea, de la que no se responde: culpa no prestable, en terminología de Badosa, no culpa o caso fortuito, para la opinión común tradicional)” (Puig i Ferriol *et al.*, 2000, p.303).

• Cfr. Pasquau Liaño *et al.* (2000), p.1840.

distinguir entre la responsabilidad contractual\* y extracontractual\*\*. No es del caso entrar al tratamiento pormenorizado de una y otra<sup>♠</sup>, y basta, para el análisis de este trabajo, considerar un concepto de culpa en general y la determinación de la misma en materia contractual<sup>♠♠</sup>. En opinión de la doctrina, la culpa<sup>♦</sup>

\* En Italia, Trimarchi (1996) señala que: “In larghi settori della materia contrattuale la responsabilità è fondata sulla colpa. Ciò vale innanzi tutto per le obbligazioni che hanno per oggetto un fare, come risulta da una serie di disposizioni specifiche che la legge detta a propósito degli obblighi del mandatario, dell’appaltatore, del vettore (art. 1710, 1668, 1681 cod. Civ.) e, ancora, a propósito degli obblighi del lavatore subordinato e del professionista, dove lo stesso contenuto della prestazione dovuta è definito in base al criterio della diligenza (art. 2104, 1176, 2236 cod. Civ.). È chiaro che, nell’ambito di questo tipo di obblighi, il principio ha validità generale, anche fuori dalle ipotesi specificamente considerate dalla legge” (p.347).

\*\* Al respecto, vid.: Díez-Picazo y Ponce de León (1999), pp. 351 y ss.; Santos Briz (1991), pp.526-527.

♠ En este sentido, Pasquau Liaño, Albiez Dohrmann y López Frías (2009) señalan que: “El concepto de culpa o negligencia que ofrece el art. 1.104 CC es indistintamente aplicable a los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual” (p.1885).

♠♠ Además, desde el punto de vista del modo, la culpa se clasifica en culpa *faciendo*, cuando consiste en un acto positivo, cuando el agente ejecuta una conducta que no debía realizar, y culpa *in non faciendo*, cuando el agente incurre en una omisión, cuando estaba obligado por ley o convención a ejecutar un cierto comportamiento. Cfr. De Ruggiero (1977), p.125.

♦ En este sentido, Santos Briz y Sierra Gil de la Cuesta (2003) señalan que: “A poco que se examine la doctrina sobre la culpa puede claramente observarse que, a grandes rasgos, se distingue una posición clásica, invariablemente apoyada o que utiliza como elemento indispensable la omisión de la diligencia exigible al agente, y una posición moderna, que caracteriza la culpa por notas distintas que esa falta de diligencia, y que llega a hablar de una «culpa social» o culpa sin culpabilidad. El sentido clásico de la culpa civil parte de identificarla con negligencia, concepto que se contrapone al de diligencia. Está basada en la culpabilidad, dominada por el criterio subjetivo. En definitiva, es una conducta voluntaria contraria al deber de prevenir las consecuencias previsibles del hecho propio. No prestar la diligencia que se debe prestar, ocasionando con ello el incumplimiento de una obligación” (p.405).

se diferencia claramente del dolo\*, por cuanto, este conlleva la noción de la conciencia de perjudicar a otro\*\*; en cambio, en aquella, no existe esta conciencia o conocimiento<sup>♦</sup>. Albadejo García (2011) señala que: “Hay culpa en sentido estricto cuando, sin intención deliberada de transgredir la obligación, el deudor infringe esta por falta de diligencia” (p.177)<sup>♦♦</sup>.

La culpa está integrada por dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo<sup>♦</sup>. El primero se refiere a la negligencia o falta de cuidado, sin llegar a constituir una intención de incumplir (dolo); el segundo, se refiere a la imposibilidad definitiva del cumplimiento de la prestación. Este último elemento, diferencia a la culpa de la mora y del simple retraso en el cumplimiento de la obligación<sup>♦♦</sup>. Para O’Callaghan (2012): “El concepto de culpa se forma con un elemento positivo y otro negativo: este consiste en que no tenga intención de incumplir y aquel es la negligencia” (p.171).

\* En este sentido, Puig i Ferriol, Gete-Alonso y Calera, Gil Rodríguez y Hualde Sánchez (2000) señalan que: “A diferencia de cuanto se vio para el dolo, que en su interior no presenta niveles o grados y cuya responsabilidad no puede excluirse por pacto, la culpa, si bien ha de prestarse naturalmente también en toda clase de obligaciones (Art. 1.103), puede ser modelada convencionalmente: la obligación puede expresar la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento (vid. Art. 1.104.II), eligiendo entre el modelo del «padre de familia», el «profesional» o la diligencia «*quam in suis*», y aun precisando, dentro de aquellos dos, el grado (máximo, medio o mínimo) en el que ha de prestarse” (p.304).

\*\* En este sentido, Espín Cánovas (1983) señala que: “Como se acaba de indicar con el dolo nos referimos tan solo a la llamada culpa contractual, que al igual que el dolo podemos también calificar de obligacional, para indicar que se refiere a la transgresión de una relación obligatoria preexistente, bien proceda de contrato o de otra fuente” (pp.198-199).

♦ Cfr. Moisset de España (2004), p.263.

♦♦ Al respecto, vid. también: Santos Briz (1991), p.528.

♦♦♦ Cfr. Juárez González (2002), pp.113-195, p172.

♦♦♦♦ Cfr. Espín Cánovas (1983), p.199.

En cuanto a la forma de apreciar la culpa, el *Code* francés, establece que el juez debe apreciar la culpa conforme al módulo del buen padre de familia\* (artículo 1137 del *Code*), es decir, el modelo francés equivale a la culpa leve romana, apreciada en abstracto\*\*. Por su parte, el Código Civil alemán, dispone que: “Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico”, (parágrafo 276 del B.G.B.), esto es, en Alemania, también predomina la culpa leve en abstracto, pero apreciada conforme a los usos y costumbres del tráfico (negocios). En este sentido, puedo decir que es éste el sistema establecido por el Código Civil español, pues, desde Las Partidas y el *Code*, se determina la culpa conforme a módulos como el buen padre de familia<sup>♦</sup>; el hombre prudente, el hombre común, el comerciante honesto y corriente, entre otros<sup>♦♦</sup>. En el sistema español, para apreciar la existencia o no de negligencia, hay que comparar la conducta del

\* Cfr. Santos Briz (1991), p.529.

\*\* Cfr. Moisset de España (2004), p.264.

♦ En este sentido, Espín Cánovas (1983) señala que: “Como se ha dicho, la culpa en cuanto que es omisión de diligencia debida, requiere para su mayor precisión el conocimiento del grado de diligencia exigible en cada caso concreto, y por eso ya desde el Derecho romano surgió la necesidad de comparar la diligencia omitida en cada caso con un tipo abstracto de diligencia tomándose para ello en cada caso con un tipo medio del hombre normal y ordenado en sus negocios, o sea el clásico tipo del *bonus pater familias*, y admitiendo otros dos grados, uno superior y otro inferior, correspondientes respectivamente al hombre celosísimo y sumamente previsor y cuidadoso, y al hombre que por el contrario sea muy descuidado en sus negocios. Surgieron así en las escuelas jurídicas los tres tipos de culpa *in abstracto*, correspondientes al hombre muy descuidado, al hombre medio o de diligencia normal y al hombre sumamente diligente que sirven de patrón a los tres grados de culpa tradicionalmente admitidos, culpa lata, culpa leve y culpa levisísima, respectivamente” (pp.199-200).

♦♦ Cfr. Moisset de España (2004), pp.264-265.

deudor\*, con el comportamiento que el Derecho le exige al mismo, conforme a la teoría de los grados\*\*.

## II. Una nota sobre la culpa contractual

Frente a la teoría clásica, heredada del Derecho romano, conforme a la cual, la culpa contractual se gradúa<sup>♦</sup>, se presenta una teoría moderna, según la cual se plantea la libre apreciación de la culpa<sup>♦♦</sup>. Con todo, la Ley de 13 de mayo de 1981, que reforma el CC, introdujo la asimilación de los efectos del dolo y la culpa grave o lata en algunos casos (arts. 168, apartado 2º y 1366)<sup>♦</sup>. El artículo 168, apartado 2º del CC dispone que: “En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos”. Por su parte, el art. 1366 CC español señala lo siguiente: “Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en bene-

\* En este sentido, Pasquau Liaño, Albiez Dohrmann y López Frías (2000) señalan que: “El modelo concreto de diligencia que establece el párrafo primero del art. 1.104, ha sido objeto de una importante ampliación por la jurisprudencia, que viene señalando cómo la conducta diligente no exige solo adecuarse a la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, sino también «al sector del tráfico o de la vida social, en que la conducta se proyecta». Así se pronuncian las SSTs 16 junio 1967 [R. 3487], 5 marzo 1982 [R. 1286], 27 mayo 1982 [R. 2603], 22 marzo 1983 [R. 1573], 27 mayo 1983 [R. 2916], 25 enero 1985 [R. 199], 8 mayo 1986 [R. 2669], 7 febrero 1988, etc. [...]” (p.1842).

\*\* Cfr. Espín Cánovas (1983), p.199.

♦ En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León y Gullón (1999) señalan que: “Dentro de la culpa, la doctrina tradicional admitía la posibilidad de graduación. Se distinguía así una culpa lata, una culpa leve y una culpa levisísima” (p.199).

♦♦ Este inconveniente también se presenta en el sistema jurídico mexicano, que, al igual que el español, no tiene normas claras que fijen el sistema aplicable para la apreciación de la culpa. Cfr. De la Peza Muñoz Cano (2009), p.143.

♦♦♦ Cfr. Díez-Picazo y Ponce de León y Gullón (2005), p.200.

ficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquella, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor<sup>♦♦</sup>. Para Albadejo García, la culpa contractual admite una graduación<sup>♦♦</sup>. El CC español, dispone en el artículo 1104, apartado 2º lo siguiente: “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<sup>♦♦</sup>”. Esta norma se erige como el prototipo de diligencia normal que se le exige a una persona (culpa leve *in abstracto*)<sup>♦♦</sup>, a partir de la cual se mide la negligencia del deudor en los diversos supuestos que se presenten<sup>♦</sup>. Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina, porque, según algunos en el sistema español se consagra el sistema de libre apreciación de la culpa (Castán, Puig Peña). Se basan en lo dispuesto en el artículo 1103, que señala: “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos<sup>♦♦♦</sup>”. Así, para O’Callaghan Muñoz (2001):

\* Al respecto, vid.: Santos Briz (1991), p.640.

\*\* Cfr. Albadejo García (2011), p.179.

♦ Cfr. O’Callaghan Muñoz (2006), p.1087., Pasquau Liaño et al. (2009), pp.1885 y ss.

♦♦ Para Santos Briz, en esta norma se consagra un sistema objetivo de apreciación de la culpa. Cfr. Santos Briz (1991), p.529.

♦♦♦ Cfr. Espín Cánovas (1983), p.200.

♦♦♦♦ En este sentido, para la jurisprudencia, con el fin de apreciar la culpabilidad “[...] no solo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecte, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesaria, con vistas a evitar el perjuicio de bienes ajenos jurídicamente protegidos (S 22 marzo 1983)” (Albácar López & Santos Briz, 1991, p.87).

“El Código Civil no sigue la antigua distinción de grados de culpa y este artículo 1.103 tampoco es una consecuencia de dicha distinción” (p.1080).

Estos dos sistemas podrían coexistir en el CC, porque si bien autoriza al juez para apreciar la culpa según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar y de atenuar su responsabilidad por culpa según los casos, por otra parte, dispone que la obligación que no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, quedará bajo la influencia de la culpa leve\*.

No es del caso analizar en detalle la culpa, sino que, por el contrario, en este acápite nos interesa dejar claro que ella constituye un elemento necesario para que opere el derecho de opción. Aun cuando mi opinión navegue en contra de la corriente, creo que ella se ajusta a Derecho, por cuanto está conforme con los principios de buena fe y equidad natural.

### III. ¿Es necesaria la culpa para que opere el derecho de opción del acreedor?

Por influencia del *common law*, se ha tendido a objetivizar los elementos necesarios para que opere el derecho de opción del acreedor, así, ya no se incluye la exigencia de imputabilidad para que uno de los contratantes sea calificado de incumplidor. Ello, creo

\* Cfr. Espín Cánovas (1983), pp.200-201. En Alemania, Enneccerus señala que: “La responsabilidad por negligencia leve es la regla en el Código Civil, con mayor precisión que en el Derecho Común”. Cfr. Enneccerus (1954), p.227.

que es errado, por cuanto el Derecho ha de estructurarse sobre la base de antecedentes conductuales morales. Eliminar la exigencia de culpa, sería igualar, en la práctica, la conducta culpable al caso fortuito o fuerza mayor, prescindiendo del juicio de reproche a la persona del contratante incumplidor. Como indico en otro artículo: “No es posible que se le atribuyan las mismas consecuencias al contratante inocente, que al culpable. Dicha inocencia justifica que el deudor quede liberado de sus obligaciones. Es muy importante que se den claramente los elementos que conforman el caso fortuito o fuerza mayor” (Rivera Restrepo, año, p.).

Así las cosas, renunciar a esta exigencia resulta inconcebible, aunque estos elementos “metajurídicos” alteren en plan de unificación y armonización del Derecho europeo de las obligaciones y contratos, toda vez que ellos se sustentan en principios de carácter ético, los que le dan coherencia y armonía al Derecho.

### IV. De la prueba de la culpa\*

El primitivo artículo 1214 del CC español (derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 7, de 8-1-2000), disponía que: “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone”. Por su parte, el artículo 1183 del CC español dispone que: “Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su cul-

\* Al respecto, vid.: Santos Briz (1991), pp.529-530.

pa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096”\*. Por lo tanto, corresponderá al deudor acreditar que la extinción del vínculo obligacional no se debió a su culpa o negligencia\*\*. Dicho de otra forma, la culpa contractual se presume<sup>†</sup>. El CC, frente a un incumplimiento por parte del deudor, presume que ese incumplimiento ha sido culpable. En este sentido lo ha entendido la jurisprudencia (STS de 20 de septiembre de 2004)\*\*.

En efecto, si el deudor sostiene que el incumplimiento se ha debido a la existencia de un caso fortuito deberá acreditarlo; por su parte, si el acreedor señala que la conducta del deudor fue dolosa, en este caso deberá probar la existencia de dolo. A diferencia del dolo, la culpa goza de una cierta benignidad, que se traduce no solamente en que esta podrá ser moderada por el juez<sup>‡</sup>, sino que

\* En este sentido, O’Callaghan Muñoz (2008) señala que: “Cuando se produce el incumplimiento de una obligación se presume que lo ha sido por culpa del deudor. Si este incumple totalmente o cumple defectuosamente, se presume que es culposamente, pues la acción humana se supone que es voluntaria. Y si el incumplimiento ha sido por caso fortuito o fuerza mayor, deberá probado el deudor [sic], son hechos impositivos de su responsabilidad. Lo anterior se desprende del artículo 1183 [...]” (p.173).

\*\* Cfr. Albaladejo García (2011), p.178; Espín Cánovas (1983), p.202.

† En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León y Gullón (2005) señalan que: “La doctrina y jurisprudencia dominante, basada en que el incumplimiento es imputable al deudor que incurre en culpa o negligencia, estima que al acreedor le basta la alegación del incumplimiento de la obligación, previa prueba de este, presumiéndose la culpa del deudor por aplicación analógica del artículo 1.183, y en consecuencia, sobre él recae la carga de probar las causas por la que no le es imputable” (p.200).

\*\* La STS de 20 de septiembre de 2004 señala que: “[...] el artículo 1183 [del Código Civil], que establece la presunción de culpa del deudor como causa de la pérdida de la cosa que estaba en su poder, salvo prueba de la concurrencia de caso fortuito, añadiéndose que el mismo principio se recoge en los artículos 307 y 361 del Código de Comercio, así como en el artículo 1302 del Código Francés”. Cfr. O’Callaghan Muñoz (2008), p.1186.

‡ Cfr. O’Callaghan Muñoz (2008), pp.172-173; Pasquau Liaño *et al.* (2009), p.1884; Santos Briz (1991), p.528.

también por la extensión de los perjuicios que deberán ser indemnizados por el deudor. Sobre este último punto, el artículo 1107 del CC dispone que: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”\*.

### CONCLUSIÓN

En aras de la equidad natural y del principio de la buena fe, estimo relevante considerar al elemento subjetivo (culpa o dolo), como elemento integrante del derecho de opción del acreedor, ante el incumplimiento contractual. Me pregunto ¿es lo mismo incumplir una obligación por caso fortuito o fuerza mayor que por existir una conducta reprochable al contratante incumplidor, por existir de su parte negligencia o malicia? Pareciera que no, pues, el Derecho tiene la misión de reprimir las conductas que escapan a la normalidad de los hechos y se esgrimen como circunstancias insólitas y anormales.

De lo anterior se deriva, que quien pretenda esgrimir la existencia de una conducta culpable o dolosa de parte del otro contrayente, deberá acreditarla.

\* En este sentido, O’Callaghan Muñoz (2008) señala que: “La responsabilidad del deudor por incumplimiento doloso de una obligación, alcanza a todos los daños derivados de aquel incumplimiento. La responsabilidad por incumplimiento culposo («deudor de buena fe»), le llama el primer párrafo de este artículo) comprende los daños previstos o previsibles cuando nació la obligación y sean consecuencia necesaria del incumplimiento” (p.1093).

## ÍNDICE DE SENTENCIAS

STS de 8 mayo de 1986, (RJ/1986/2669).  
 STS de 25 enero de 1985, (RJ/1985/199).  
 STS de 27 mayo de 1983, (RJ/1983/2916).  
 STS de 22 marzo de 1983, (RJ/1983/1573).  
 STS de 27 mayo de 1982, (RJ/1982/2603).  
 STS de 5 marzo de 1982, (RJ/1982/1286).  
 STS de 16 junio de 1967, (RJ/1967/3487).

## REFERENCIAS

Acedo Penco, Á. (2011). *Teoría general de las obligaciones*. 2ª edición revisada. Madrid: Editorial Dykinson, S. L.

Albácar López, J. L. & Santos Briz, J. (1991). Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II. En *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia IV*. (Doctrina, antecedentes y concordancias de Jaime Santos Briz y José Ángel Torres Lana, José Luis Albácar López, Direct., coord., selección de la jurisprudencia, índices y bibliografía (pp.3-843). Madrid: Editorial Trivium S.A.

Albaladejo García, M. (2011). *Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. Decimocuarta edición. Madrid: Edisofer, S.L.

Compagnucci de Caso, R. H. (1997). *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Cristóbal Montés, Á. (1989). *El incumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

De la Peza Muñoz Cano, J. L. (2009). *De las obligaciones*. Quinta edición. México: Editorial Porrúa.

De Ruggiero, R. (1977). *Instituciones de Derecho Civil II*, vol. primero. Trad. de la 4ª edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro. Madrid: Instituto Ed. Reus.

Díez-Picazo & Ponce de León, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, Ponce de León, L. & Gullón, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil II*. Novena edición, 5ª reimpresión. Madrid: Editorial Tecnos S.A.

Enneccerus, L. (1954). *Derecho de obligaciones*. Undécima revisión por Henrich Lehmann, trad. de la 35ª edición alemana, Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer, vol. Primero, Doctrina general. Segunda edición al cuidado de José Puig Brutau. Bosch, Barcelona: Casa Editorial.

Espín Cánovas, D. (1983). *Manual de Derecho Civil español III*. Sexta edición revisada y ampliada conforme a la Constitución y leyes de reforma del Código Civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

Guevara, T. (1904). *Costumbres Judiciales. Enseñanza de los araucanos*. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes.

Juárez González, J. M. (2002). Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera. Cumplimiento, incumplimiento de las obligaciones. En Vicente L. Simó Santonja (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado III*. (pp.113-195). Madrid: Civitas Ediciones, S. L.

Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. de A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. & Rams Albesa, J. (2007). *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones I*. 4ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández. Madrid: Dykinson.

Medicus, D. (1995). *Tratado de las relaciones obligacionales I*. Barcelona, Bosch: Casa Editorial, S.A.

Moisset de España, L. (2004). *Curso de obligaciones 2*. Buenos Aires: Zabalía, S.A.

O'Callaghan Muñoz, X. (2001). *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*. 2ª edición. Madrid: Editorial La Ley-Actualidad.

O'Callaghan Muñoz, X. (2006). *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*. 5ª edición. Madrid: Editorial La Ley.

O'Callaghan Muñoz, X. (2008). *Compendio de Derecho Civil II*. 5ª edición, corregida y puesta al día. Madrid: Ediciones Jurídicas DIJUSA, S.L.

O'Callaghan Muñoz, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil II*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

Pasquau Liaño, M. (Direct.), Albiez Dohrmann, K. J. & López Frías, A. (Coords.) (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil II*. 2ª edición. Granada: Editorial Comares, S.L.

Pasquau Liaño, M. (2000). *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil II*. Granada: Editorial Comares, S.L.

Puig i Ferriol, LL., Gete-Alonso y Calera, Mª del C., Gil Rodríguez, J. & Hualde Sánchez, J. J. (2000). *Manual de Derecho Civil II*. 3ª edición. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Rivera Restrepo, J. M. "Es necesaria la imputabilidad para que opere el derecho de opción del acreedor?", artículo aceptado por la *Revista Boliviana de Derecho y Actualidad Jurídica*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España).

Ruiz Serramalera, R. (1982). *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones II. Los contratos y los actos ilícitos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Secc. de Publicaciones.

Santos Briz, J. (1991). *Código Civil (comentarios y jurisprudencia)*. Granada: Editorial Comares.

Santos Briz, J. (Direct.) & Sierra Gil de la Cuesta, I. (2003). *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones 3*. Barcelona: Editorial Bosch S.A.

Trimarchi, P. (1996). *Istituzioni di Diritto privato*. Undicesima edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S. p. A.