

# La facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil

Por SILVIA DIAZ ALABART

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES HISTORICOS.— III. DERECHO COMPARADO.—IV. OPINIONES DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN TORNO AL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL.—V. NATURALEZA DE LA CONDUCTA QUE PERMITE LA MODERACION.—VI. AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL.—VII. CONCURRENCIA DE CULPAS.—1. *Concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual.*—2. *Concurrencia de culpas en la responsabilidad contractual.*—3. *El caso de que, junto a la culpa de uno de los contratantes, concurran en la producción del daño otras causas externas al contrato.*—VIII. CUANTIFICACION Y MODERACION.— IX. NATURALEZA DE LA FACULTAD DE MODERACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL.—1. *La moderación como forma de aplicación de la equidad.*—2. *Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.*—X. APLICACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL Y RECURSO DE CASACION.—1. *Casos en que el Tribunal Supremo ha casado una sentencia por no haber aplicado el artículo 1.103 del Código civil o por haber aplicado indebidamente.*—2. *Vía procesal para pedir la moderación que no se realizó o para impugnar la realizada indebidamente.*—3. *La motivación de la facultad de moderar.*—XI. APLICACION DE OFICIO O A PETICION DE PARTE.—XII. APLICACION DEL ARTICULO 1.103 FUERA DEL AMBITO DEL DERECHO CIVIL.—XIII. EL ARTICULO 1.103 Y SU POSIBLE CONEXION CON OTROS PRECEPTOS SIMILARES DEL CODIGO CIVIL.—XIV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCION

La facultad de moderar la responsabilidad por negligencia concedida a los Tribunales en el artículo 1.103 del Código civil, es un extremo que no ha sido objeto de estudios monográficos por parte de

nuestra doctrina (1). Quizá una de las razones de esta carencia estriba en la propia situación del precepto dentro del Código civil, tan cercano por una parte al artículo 1.101, compendio de toda la responsabilidad contractual, y por otra al artículo 1.104, o los propios artículos 1.106 y 1.107, cargados todos ellos de importantes y numerosos problemas. Contrastando con sus artículos vecinos, el artículo 1.103, con su aparente sencillez, casi puede pasar desapercibido. Pero este precepto también presenta una serie de problemas; aunque —como escribe Calderón en «La Dama Duende»— «las grandes dificultades, hasta sabidas, lo son; que, sabido, todo es fácil»; esos problemas son a veces difíciles de solventar. Tampoco es un artículo que carezca de vitalidad. Buena prueba de ello es la cantidad de sentencias en las que aparece.

El trabajo que he realizado tiene su base precisamente en la jurisprudencia, dejando aparte planteamientos dogmáticos de temas como el de la culpa o la responsabilidad.

También he utilizado, por supuesto, la opinión de la doctrina, aunque ésta sea escasa, en cuanto a extensión, como he señalado antes.

El estudio realizado me lleva a adoptar una posición sobre la función del artículo 1.103 del Código civil algo distinta de la que parece entender el Tribunal Supremo, el cual lo utiliza como un auténtico cajón de sastre o artículo comodín, donde tienen cabida demasiados supuestos.

## II. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ARTICULO 1.103

En el Derecho de Partidas hay que tener en cuenta que la culpa engloba tanto a la culpa en sentido estricto como al dolo. La V Partida, 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*, en su Ley 35, *Que pena merece, el que promete de dar, o de fazer alguna cosa o dia cierto, e non la dio, nin la fizo*, dice así: «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 prometio, qual mas quisiere 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 deuiesse cumplir; e despues desto, el otro le demandasse en tiempo conuenible, e enlogar guisado; que le cumpliesse aquello que la auia prometido, e non lo quisiesse cumplir, podiendolo fazer; o seyendo tanto tiempo pasado, en que

---

(1) Al tratarse de un precepto que no tiene paralelo en los de otros ordenamientos cercanos al nuestro, la doctrina extranjera no resulta útil.

lo pudiera fazer, si quisiesse; que de alli en adelante, seria tenuto de le 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 deuisse cumplir, nin obligandose a pena ninguna; que si tanto tiempo dexasse passar, el que fizo tal prometimiento como este, en que lo pudiera cumplir, si quisiesse, e finco por su negligencia, que non lo quiso fazer [este último supuesto es claramente doloso]; 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 [además del cumplimiento se exigen los daños y perjuicios por su rebeldía]. Pero si el que fizo la promission, quisiere luego començar a cumplir lo que auia prometido, en ante que respondiesse al otro en juyzio, deuele ser cabido. E si lo cumpliere, entonce non seria tenuto de pechar los daños, nin los menoscabos que de suso diximos».

También en las Partidas se contempla la gradación de culpas que llegó a ellas procedente del Derecho romano. Así la Ley 11, Título XXXIII, Partida VII, dice: «De la interpretación de otras palabras dubdosas. Dolus en latín tanto quiere dezir en romance, como engaño: e deste fablamos en su titulo complidamente. E lata culpa, tanto quiere dezir, como grande, e manifiesta culpa, assi como si algun ome non entendiesse todo lo que los otros omer entendiessen, o la mayor partida dellos. E tal culpa como esta es como necedad, que es semejança de engaño. E esto seria, como si algund ome tuuiesse en guarda alguna cosa de otro, e la dexasse en la carrera, de noche, o a la puerta de su casa, non cuydando que la tomara otro ome. Ca, si se perdiesse, seria porende en grand culpa, de que non se podria escusar. Esso mesmo seria, quando alguno cuydasse fazer contra el mandamiento de señor sin pena, o si fiziesse otros yerros semejantes de alguno destes. Otrosi dezimos, que y ha otra culpa, a que dizen Leuis, que es como pereza, o como negligencia. E otro y ha, a que dizen Leuisima, que tanto quiere dezir, como non auer ome aquella femencia en aliñar, e guardar la cosa, que otro ome de buen seso auria, si la tuuiesse... e quando, e en que razones han lugar estas culpas, o estas ocasiones, diximoslo assaz complidamente en la quinta Partida deste libro, en el libro de los Emprestitos, e de los Condesijos, en las leyes de fablan en esta razón».

En el Proyecto de Código civil de Cambrónero (1836), en el capítulo 6.º, del efecto de las obligaciones, sección 2.ª, de la obligación de hacer o no hacer, el artículo 938 decía: «Toda obligación de hacer o no hacer supone el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de inejecución por parte del deudor». El Proyecto no dice más en tema de incumplimiento de las obligaciones, pero sí lo hace en el capítulo 5.º, de la indemnización de daños y perjuicios o abono de intereses que puede tener lugar en los contratos.

El artículo 996 afirma que «la responsabilidad de las personas ne-

gigientes 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». En los cuatro artículos siguientes se concretan los diversos tipos de contrato y la responsabilidad correspondiente:

Artículo 997: «En los contratos de cuyo otorgamiento resulte beneficio a todas las partes contratantes, estarán éstas obligadas a responder de los perjuicios que se sigan de no poner en el negocio que es objeto del contrato el esmero y atención que acostumbra un hombre diligente cuidadoso de sus cosas».

Artículo 998: «Cuando el contrato redunda sólo en beneficio del que entrega una cosa a otro, está obligado el que la recibe a responder de los perjuicios que se originen de su abandono o negligencia absoluta».

Artículo 999: «En los contratos cuya utilidad es sólo para el que recibe la cosa, es responsable éste de cuantos daños y perjuicios se sigan de no cuidar de ella con una diligencia muy esmerada».

Artículo 100: «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».

A diferencia de lo que ocurría en el Derecho de Partidas, en este Proyecto de Código civil de 1836 ya se distingue entre el dolo y la culpa o negligencia en sentido estricto, y los preceptos que acabo de transcribir son específicos para el incumplimiento culposo (2). El sistema que propugnaba el Proyecto de Cambonero estaba basado en la gradación de culpas copiada del Derecho romano postclásico y justiniano.

El Proyecto de 1851 lo cambia totalmente con su artículo 1.013: «La responsabilidad procedente de negligencia, tiene lugar en todos los contratos, cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiere pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia». Parece, pues, que han desaparecido las gradaciones de culpas que propugnaba el Proyecto del 36; tampoco existe aquí referencia alguna a que los Tribunales puedan moderar la responsabilidad del que no cumplió.

García Goyena en el comentario a este precepto reenvía en primer lugar el comentario al artículo 1.005 del Proyecto (3). En este comentario relata las tres especies de culpas que reconocía el Derecho romano y que las Partidas recogieron, señalando, con palabras del discurso 59 francés, su opinión al respecto: «La división de las faltas es

---

(2) El artículo 995 del mismo Proyecto establece que «las penas que hayan de imponerse en su caso a los que en la celebración o ejecución de los contratos se conducen con dolo se establecen en el Código penal».

(3) «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.º de este capítulo.»

más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella será necesario, a cada falta que ocurra, poner en claro, si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha de ser su intención al obligarse, cuáles son las circunstancias. Cuando la conciencia del Juez se halla convenientemente ilustrada sobre estos puntos, no son necesarias reglas generales para fallar conforme a equidad. La teoría de la división de las faltas en diferentes clases, sin poder determinarlas, sólo puede servir para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones. La misma equidad se resiste a ideas sutiles, pues su rasgo característico es aquella simplicidad que cautiva el corazón a la par que el entendimiento. Por estas consideraciones se ha decidido que el que se obliga a la conservación de una cosa, debe poner en ello todos los cuidados de un buen padre de familia, sea que la convención tenga por objeto la utilidad de una sola de las partes o la de todas». A esto añade Goyena: «Pedir más al deudor sería la más injusta y exorbitante exigencia; creer que se cumple con menos, equivale a renunciar abiertamente a la justicia y a la delicadeza».

Después García Goyena continúa: «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... 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» (4). Sigue este autor ensalzando la medida de la diligencia exigible a través de la conducta de un buen padre de familia, no dejando de apreciar que «...de todos modos, se echa de ver claramente que en esta materia entra por mucho el prudente y justificado arbitrio del Juez».

Ya dentro del comentario realizado por Goyena al artículo 1.013, se dice lo siguiente de la expresión «que se hubiera pactado»: «Desterradas ya las tres especies de culpa o diligencias, debe ser rarísimo y casi inútil el pacto especial para el caso del artículo».

Nuestro Proyecto de 1851 es en este punto un claro reflejo del Código Napoleón, en cuanto a que, al menos exteriormente, se trata de eliminar las gradaciones de culpa y diligencia exigibles y sustituirlas por un criterio general más justo y útil, el de la diligencia de

---

(4) Esta regla general quiebra en el supuesto de la gestión de negocios ajenos, contemplada en el artículo 1.893 del Proyecto: «El administrador o agente oficioso está obligado a desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, y a indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia resulten al dueño de los bienes o negocios que ha tomado a su cargo. Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la indemnización según las circunstancias del caso.»

Aquí el propio García Goyena justifica la facultad concedida a los Tribunales, tomando en cuenta que normalmente la gestión de negocios ajenos tiene por causa la amistad o los vínculos de sangre y no hay que «castigar o ahogar estos dulces y generosos sentimientos con daño del propietario y hasta de la causa pública».

un buen padre de familia. Me parece importante subrayar la afirmación de García Goyena de la necesidad de que en esta materia entre el *prudente y justificado arbitrio del Juez*.

Sin embargo, en el Proyecto de 1851 no existen trazas de ningún precepto específico que, como el vigente artículo 1.103 del Código civil, permita moderar la responsabilidad del deudor según los casos. Es posible que semejante regla no se incluyera por entender que era innecesaria, puesto que se desprende de la buena fe, la equidad y el evitar un enriquecimiento injusto.

En el Anteproyecto del Código de 1882-1888, aparece el artículo 1.120, exacto al vigente artículo 1.103 de nuestro Código.

A la hora de tratar de averiguar de dónde procede nuestro precepto, y más concretamente la parte final, en la que se establece la posibilidad de que los Tribunales puedan moderar, vemos que carece de antecedentes directos en nuestro Derecho histórico, y que la regla más parecida a la actual es la que recoge el artículo 1.893 del Proyecto del 51 *in fine*, para la gestión de negocios ajenos.

Como puede constatar, el Derecho histórico que he recogido no se puede calificar en sentido estricto de precedente del artículo 1.103.

Más bien la utilidad de su consideración estriba en que demuestra que no existen antecedentes del precepto y que éste supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico.

### III. DERECHO COMPARADO

Veamos ahora cuál es la situación en los Derechos más cercanos al nuestro.

El artículo 1.137 del Código Napoleón dice: «La obligación de velar por la conservación de la cosa, tanto si el contrato no tiene por objeto sino la utilidad de una de las partes, como si tiene el de la común, somete al obligado a poner en ello toda la diligencia de un buen padre de familia.—Esta obligación es más o menos extensa en ciertos contratos, cuyos efectos al respecto se especifican en los títulos que les conciernen» (5) (6).

Este artículo, aunque literalmente se refiera tan sólo a las obligaciones de entregar cosas, se entiende aplicable a cualquier tipo de obligación (7). En él se apunta que aunque la regla general es la de

(5) «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 ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent» (artículo 1.137 del Código civil francés).

(6) Los casos a los que se refiere el artículo 1.137 francés son el de gestión de negocios ajenos, depósito y mandato.

(7) *Anteproyecto de Código civil belga*, comentado por Laurent, T. IV, L.uxelles, 1884, comentario al art. 1.146, núm. 2, pp. 141 y 142.

la conducta de un buen padre de familia, hay algunos casos concretos, recogidos en el propio Código, en que es posible ser más o menos riguroso por lo que toca a la responsabilidad. Esos casos son la gestión de negocios ajenos (artículo 1.374), el contrato de depósito (artículo 1.927) y el de mandato (artículo 1.992).

El Código italiano de 1865 contiene también una regla similar. Su artículo 1.224 es como sigue: «La diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de la obligación, tenga ésta por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, es siempre la de un buen padre de familia, salvo el caso del depósito recogido en el artículo 1.843.—Esta regla, por lo demás, debe aplicarse con mayor o mejor rigor según las normas contenidas en este Código para ciertos casos» (8).

Los casos de regulación especial a los que se refiere el artículo que he traducido son también: el contrato de mandato (artículo 1.746), la gestión de negocios ajenos (artículo 1.143) y el mencionado depósito (artículo 1.843).

El sistema del Código francés y el del italiano de 1865 son muy similares. Se establece una regla general por la que la medida de la diligencia exigible es la conducta de un buen padre de familia.

Pero la responsabilidad se medirá con mayor o menor rigor según las normas fijadas en el Código para algunos casos concretos, que son los mismos en ambos textos legales.

En el Proyecto de Código civil belga de Laurent el precepto paralelo al que acabo de transcribir es el artículo 1.146:

«El deudor debe prestar en la ejecución de su obligación toda la diligencia de un buen padre de familia, tanto si el contrato no tiene por objeto sino la utilidad de una de las partes como si tiene la común.—Esta regla sufre modificaciones en ciertos contratos, cuyos efectos se determinan en los títulos que les conciernen» (9).

El precepto es similar al del Código Napoleón con algún cambio en la redacción. En el comentario que del artículo hace Laurent se menciona que el segundo párrafo del artículo 1.137 del Código francés, prácticamente igual al artículo 1.146 del Proyecto belga, ha dado lugar a numerosas controversias, pues, aunque la intención de los legisladores franceses había sido eliminar la graduación de culpas, es tal la dependencia de los juristas con respecto a la tradición que siempre se sienten tentados de mantenerla. Laurent señala que su postura

(8) «La diligencia che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambedue, e sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1843.—*Questa regola per altro si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice*». artículo 1.224 del Código civil italiano de 1865.

(9) «Le débiteur doit apporter á l'exécution de son obligation tous les soins d'un bon père de famille, 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.—Cette règle reçoit des modifications dans certains contrats, dont les effets son déterminés aux titres qui les concernent». Artículo 1.146 del Anteproyecto de Código civil belga.

personal en el tema no es la de participar en el debate, ya que no se trata de interpretar la ley, sino de revisarla. Se muestra este autor después contrario a la admisión de los distintos tipos de culpa, por poco práctica, y a favor del único criterio de la diligencia de un buen padre de familia.

En el Código portugués de 1867 el sistema es diferente y no hay ninguna regla similar a las que he expuesto de los Códigos francés, italiano y del Proyecto de Laurent. En él se utiliza como único criterio el del Juez. Así, en su artículo 717, apartado 3.º, se dice: «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» (10). Aquí como puede apreciarse, el criterio judicial es decisivo.

En el BGB, parágrafo 254, apartado 1.º, la regla es la misma, ya que hace depender el deber de la indemnización y la cuantía de la misma del arbitrio del Juez, quien libremente pondera las circunstancias concurrentes en el caso (11).

En el Código argentino, el artículo 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 Velez Sarsfield cita a Zachariae, quien afirma que efectivamente hay culpas más graves o más ligeras, pero 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 levisima. La gravedad de la culpa, su existencia misma, está siempre en razón de su imputabilidad, es decir, con las circunstancias en las cuales ella se produce». Añade Velez Sarsfield que «el artículo del Código se reduce a un consejo a los Jueces de no tener demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación, sino los cuidados razonables, debidos a la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modifican su obligación para hacerla más o menos estricta».

Tras este examen de los Códigos que mayor influencia tuvieron en la génesis del nuestro y tratando de explicar la regla del artícu-

---

(10) «3. A qualificação da culpa ou da negligencia depende do prudente arbitrio do julgador, conforme as circunstancias do facto, do contracto e das pessoas» (Artículo 717.3 del Código civil portugués de 1867).

(11) «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». BGB, § 254, 1.º, traducción de C. Melón Infante.



lo 1.103 *in fine*, de nuestro Código, nos encontramos con tres posibles tesis:

El artículo 1.103 puede ser una copia mal hecha de las reglas existentes en los artículos citados de los Códigos francés e italiano de 1865, sólo que allí donde éstos hacen referencia a unos casos concretos previstos en los mismos cuerpos legales, en nuestro Código, por inadvertencia, se ha transformado en «según los casos», sin terminar de referirse a que estos casos son única y exclusivamente aquellos que recoge el propio Código, es decir, la gestión de negocios ajenos y el mandato.

Otra explicación del origen del artículo 1.103 del Código civil sería entender que dicho artículo es, al igual que ocurre con el artículo 1.104 del Código civil, un producto de dos distintas influencias: por una parte la de los Códigos francés e argentino y por otra parte la de los Códigos argentino y portugués. Se conserva como en aquellos Códigos el trato especial en el mandato y en la gestión de negocios ajenos (la del depósito desapareció en el Proyecto de 1851 y no volvió a incluirse, permaneciendo simplemente una referencia a las reglas generales [12]), pero la regla general es la de tener en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, y la naturaleza de la obligación, que se contiene en nuestro artículo 1.104 y que probablemente procede del artículo 512 del Código civil argentino y del artículo 717.3 del portugués.

Por último, otra explicación a la existencia en nuestro Código del repetido precepto es la que ofrece Pantaleón (13). Este autor parte de un texto de Pothier, en el que hablando de los daños y perjuicios de los que responde el deudor incumplidor, se mantiene que cuando el deudor actúa sin ninguna clase de dolo, si los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento son desproporcionados, no deben fijarse con rigor, sino con cierta moderación y dejando la fijación de los mismos al arbitrio del Juez (14). Esta idea de Pothier se acogió

---

(12) Decía el artículo 1.669 del Proyecto de 1851: «El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla al deponente siempre que se la pidiere: su responsabilidad en cuanto a la guarda y pérdida de la cosa depositada se regirá por lo dispuesto en el Título V de este libro [donde se encuentra el artículo 1.013 que dispone cuándo tiene lugar la responsabilidad por negligencia]».

En el comentario de García Goyena al precepto, se hace hincapié en que éste venía antes redactado como el del Código civil francés, que exige al depositario el mismo cuidado para la cosa depositada que el que sigue para sus propias cosas, y continúa después diciendo: «Nosotros habemos reducido este punto a su justicia y sencillez naturales por la regla general a todos los contratos sentada en los artículos 1.005 y 1.013. De consiguiente, o las reglas generales habían de ser inútiles, o había de bastar una simple referencia a ellas, como se hace en la nueva redacción que tiene nuestro artículo».

(13) *Del concepto del daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños*, 1981. Obra aún sin publicar a la que he tenido acceso por cortesía del autor, pp. 561 y ss., y especialmente nota 70.

(14) *Traité des obligations*, vol. I, París, 1825, núms. 159 y ss., especialmente el 164, que dice así: «164. A l'égard des dommages et intérêts dont est tenu un débiteur

en el Proyecto del Código francés (15), aunque no llegó a incluirse finalmente en su articulado (16). Basándose en estos datos opina Pantaleón que «se quiso con ello [con la inclusión del artículo 1.103 en nuestro Código civil] solucionar en nuestro ordenamiento, por la vía del medio, la polémica que había surgido entre los exégetas franceses sobre si la previsibilidad en el momento del contrato del artículo 1.150 del Código civil se refería únicamente a la “causa” de los daños o, por el contrario, también a su cuantía. En favor de la primera solu-

---

faute d'avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, il nous reste à observer que quand les dommages et intérêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération. C'est sur ce principe que Justinien, en la loi unique, *Cod. de sentent, qua pro eo quod interest*, ordonne que les dommages et intérêts, *in casibus certis*, c'est-à-dire, comme l'explique Dumoulin, *ibid*, n. 42, et seq. lorsqu'ils ne se rapportent qu'à la chose qui a fait l'objet de l'obligation, ne puissent pas être taxés au-delà du double de la valeur de cette chose, celle valeur comprise. La décision de cette loi peut s'appliquer à l'espece suivante. J'ai acheté, pour le prix de quatre mille livres, une maison de vignes dans une province éloignée. Lors de mon acquisition, le vin, qui fait tout le revenu de cet héritage, étoit à tres vil prix dans cette province, parce-qu'il n'y avoit alors aucun débouché poru l'exporter: depuis mon acquisition, le roi a fait un canal qui en procure l'exportation, et qui en fait monter le prix au quadruple et plus: ce qui a porté la valeur de mon héritage, qui n'étoit que de quatre mille livres, à plus de seize mille livres. Il est évident que si je viens à être évincé de cet héritage, mes dommages et intérêts résultants de cette éviction, qui ne son autre chose que *id quanti mihi hodié interest hunc fundum habere licere*, montent, dans la vérité, à plus de seize mille livres. Néanmoins, suivant cette loi, pour tous les dommages et intérêts qui me son dus, tant pour la plus value de l'héritage que pour le remoursement des loyaux outs de mon acquisition, le vendeur qui m'a vendu de bonne foi cet héritage, ne dois pas être condamné envers moi à plus grande somme qu'a huit mille livres, la restitution du prix de ces quatre mille livres comprise; la condamnation des dommages et intérêts, qui, comme dans cette espece, son dus seulement *propter ipsam rem non habitam et in casu certo*, ne devant jamais, suivant cette loi, excéder le double du prix de la chose qui a fait l'objet de l'obligation. Le principe sur lequel cette décision est fondée, est que les obligations qui naissent des contrats ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties. Or le débiteur, en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteroient de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourroient monter au plus haut les dits dommages et interets, et non au-delà: donc, lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive, à laquelle le débiteur n'a pu jamais penser qu'ils seroient dans le cas de monter, ils doivent être réduits et modérés à la somme à laquelle on pouvoit raisonnablement penser qu'ils pourroient monter au plus haut, le débiteur étant censé n'avoir pas consenti de s'obliger à davantage. *Moulin. Tract. de eo quod interest*, n. 60. Cette loi de Justinien, en tant qu'elle borne la modération des dommages et intérêts excessifs, *précisément* au double de la valeur de la chose, est en cela une loi arbitraire qui n'a pas autorité de loi dans nos provinces. Mais le principe sur lequel elle est fondée, qui ne permet pas qu'un débiteur à qui on ne peut reprocher aucun dol, soit tenu des dommages et intérêts résultants de l'inexécution de son obligation au-delà de la somme jusqu'à laquelle il a pu penser qu'ils pourroient monter au plus haut, étant un principe fondé dans la raison et l'équité naturelle, nous.»

(15) Artículo 47 del Proyecto de Código civil francés: «Le Juge doit toujours taxer les dommages et intérêts avec une certaine moderation lorsqu'il n'y a point dol de la part du débiteur».

(16) Es de nuevo PANTALEON: *ob. cit., loc. cit.*, quien opina que la idea de Pothier se plasmó en el artículo 47 del Proyecto de Código civil francés.

ción, por todos, Laurent: *Principes...*, *cit.*, Tomo XVI, número 289, página 384 y siguientes; y *Avant-Projet...*, *cit.*, página 147; en favor de la segunda, también por todos, Aubry y Rau: *Cours...*, R. IV, página 159, nota 41. Nuestro Código, de seguir esta hipótesis, se habría inclinado por la línea media sugerida en el texto de Pothier. A saber, el artículo 1.107 haría únicamente referencia a la previsibilidad en el momento de conclusión del contrato, de las partidas del daño, por así decirlo, y no al *quantum* a resarcir por cada uno de los conceptos (se sigue así, en principio, la opinión de Laurent). Pero, a la vez, se concede al Juez la facultad de moderar dicho *quantum* cuando aparezca como excesivo. ¿Cuándo ocurre esto? Como indicaba Pothier, cuando supere notablemente las previsiones de las partes en el momento de la celebración del contrato (con lo que se acababa por dar indirectamente la razón a Aubry y Rau). En resumen, y si nuestras intuiciones son ciertas —concluye este autor— 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. Otra utilización excedería la *ratio* del precepto» (17).

De las tres posibles explicaciones de la existencia del artículo 1.103 en nuestro Código civil no parece posible en principio optar por una de ellas y darla por segura. Pero, sin embargo, sí me parece factible hacerlo por eliminación. Así, creo que puede desecharse la que entiende que el artículo 1.103 del Código civil es una copia mal hecha de los preceptos que tocan el mismo punto en los Códigos civiles francés e italiano de 1865. Aunque hubiera sido así en la realidad, se trata de algo que no puede probarse. La existencia del artículo 1.103 en nuestro Código civil, con un texto distinto al de esos otros preceptos, implica una interpretación y una aplicación distintas para evitar resultados absurdos. Además, según esa teoría, el artículo 1.103 sería una referencia, por lo demás innecesaria, a lo ya dicho en los artículos 1.726 y 1.889 del Código civil.

También abandono la atractiva opción defendida por Pantaleón, pues aunque la idea de Pothier está muy clara, no veo que ésta haya pasado al Proyecto del Código civil francés. Su artículo 47: «El Juez debe siempre tasar los daños y perjuicios con cierta moderación, siempre que no haya dolo por parte del deudor» (17 bis), en absoluto menciona que la moderación deba darse cuando los daños producidos son más importantes que los que se previeron o pudieron prever al celebrar el contrato, sino que simplemente establece la posi-

---

(17) *Ob. cit.*, nota 70.

(17 bis) Secc. III, *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*. *Projet de la Commission du Gouvernement*, presentado el 24 thermidor año VIII.

bilidad general de moderar ante la inexistencia de dolo por parte del deudor incumplidor. Tampoco es nada seguro que el legislador español optara por solventar en este sentido la polémica sobre si la previsibilidad en el momento del contrato del artículo 1.150 del Código civil francés se refiere únicamente a la causa de los daños o también a su cuantía; entre otras razones, porque de haber querido hacerlo así, no cabe duda que el lugar adecuado para ello era nuestro artículo 1.107 del Código civil, que es prácticamente igual al Código Napoleón en este punto, y no en el artículo 1.103 del Código civil.

Esta interpretación del artículo tiene para mí otro grave inconveniente: lo muy reducido de su campo de aplicación, pues el supuesto presuntamente contemplado se dará en muy pocas ocasiones; y, como se dice en las Partidas: «Aun dixeron [los sabios], que non se deuen fazer las leyes, sinon sobre las cosas que suelen acaescer a menudo. E porende non ouieron los antiguos cuydado de las fazer sobre las cosas que vinieron pocas vezes; porque tuieron que se podría judgar por otro caso de ley semejante, que se fallasse escrito» (18). Evidentemente, ley para un caso que no se presenta a menudo no es una ley útil.

Opto, pues, finalmente, por la idea de que probablemente el artículo 1.103 procede de la suma de las influencias del Código civil francés y los Códigos civiles portugués y argentino. Esta tesis, aun cuando tampoco se puede probar, tiene la ventaja frente a las otras de que no hay argumentos en su contra y que además no condena al precepto a una práctica ineficacia.

#### IV. OPINIONES DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN TORNO AL ARTICULO 1.103

La doctrina española en ningún caso se ha ocupado del artículo 1.103 del Código civil monográficamente, y es poco, por tanto, lo que se puede encontrar sobre él.

La mayoría de los autores no tocan este tema. Solamente lo hacen unos pocos, y en su mayor parte no directamente, sino cuando se ocupan de la culpa y su medida (artículo 1.104 del Código civil).

Los autores más antiguos, así, Clemente de Diego (19), Valverde (20), Manresa (21), Scaevola (22), y algunos más modernos como

(18) Lib. 36, Tit. XXXIV, 7.ª P.

(19) *Instituciones de Derecho civil*, T. II, Madrid, 1959, pp. 30 y ss.

(20) *Tratado de Derecho civil español*, T. I, 4.ª ed., Valladolid, 1935, pp. 584 y ss.

(21) *Comentarios al Código civil español*, T. VIII-1, 5.ª ed., Madrid, 1950, pp. 184 y ss.

(22) *Código civil concordado y comentado*, T. XIX, 1902, pp. 522 y ss.

Espín (23), Puig Peña (24) y de alguna manera Castán (25), opinan que la antigua gradación de culpas que tuvo su origen en el Derecho romano y se recogió posteriormente en nuestro Derecho histórico, ha pasado al Código civil, aunque en forma mucho más flexible a través del artículo 1.103.

Dentro de nuestra doctrina más actual, algunos como Díez-Picazo y Gullón (26), Jordano Fraga (27), O'Callaghan (28) (29) y León Alonso (30) estiman que la gradación de culpas a que me he referido no pasó al Código civil, sin por lo demás profundizar más en el problema.

Delgado Echevarría (31) y Badosa Coll (32) comparten el criterio de que el artículo 1.103 del Código civil toma en cuenta la buena fe del deudor incumplidor en un sentido subjetivo. Según el primero de estos autores, «la facultad de los Tribunales de moderar la culpa, conforme al artículo 1.103, es un nuevo elemento de flexibilidad del sistema. No se trata a mi entender —continúa Jesús Delgado— del establecimiento *ad casum* de criterios sobre la culpa prestable distintos de los hasta ahora explicados [los del artículo 1.104 del Código civil] sino de restringir el importe de la indemnización valorando el elemento subjetivo de la buena fe del deudor».

Badosa Coll dedica mayor atención al problema. Al examinar en su extensa monografía, el concepto de diligencia señala que la diligencia-esfuerzo (que no consigue el cumplimiento de la obligación debida porque no es la adecuada para ello) no tiene acomodo como

(23) *Manual de Derecho civil español*, vol. III, 5.ª ed., Madrid, 1978, pp. 236 y 237.

(24) *Compendio de Derecho civil español*, T. II, vol. I, Barcelona, 1966, pp. 192 y 193.

(25) *Derecho civil español común y foral*, T. III, 11.ª ed., Madrid, 1974, pp. 180 y ss.

(26) *Sistema de Derecho civil*, 4.ª ed., vol. II, Madrid, 1985, p. 277.

(27) *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 132 y 133.

(28) *Compendio de Derecho civil*, T. II, vol. XI, Madrid, 1987, pp. 152.

(29) O'Callaghan dice seguir a Lacruz (Delgado) al afirmar que el Juez, al moderar, actúa valorando el elemento *objetivo* de la buena fe del deudor; supongo que se trata de una errata, pues ese autor dice elemento *subjetivo*.

(30) Comentando el artículo 1.726 del Código civil opina que: «Aunque el Código civil no da pie para seguir manteniendo hoy día la tan complicada distinción de grados en la culpa civil —particularmente no parece pueda ya mantenerse la tradicional equiparación entre culpa lata y dolo—, ello no obsta para afirmar la necesidad de revisar las categorías y criterios en base a los que imputar la responsabilidad contractual por incumplimiento; precisamente la afirmación viene corroborada por la facultad que a los Tribunales concede el artículo 1.103 del Código civil para moderar la responsabilidad proveniente de la culpa, así como para moderar la responsabilidad proveniente de la culpa, así como por la peculiar aplicación que de ello hace la propia ley cuando acoge la gratuidad o la retribución del mandatario como parámetros de esa responsabilidad». Comentario al artículo 1.726 del Código civil en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, de Edersa, T. XXI, vol. II, Madrid, 1986, p. 349.

(31) LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Barcelona, 1985, p. 237.

(32) *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 73 y ss., 730 y 731

tal en el Código civil español, con lo que se puede contemplar que el esfuerzo del deudor no excluye necesariamente la culpa (no lo hace si es inadecuado y no produjo el cumplimiento), pero que aun así es posible que en nuestro sistema pueda tener alguna relevancia jurídica. Esa relevancia para Badosa se encuentra reconocida en el artículo 1.103 del Código civil, manteniendo este autor que: «El criterio moderador es precisamente la buena fe, ya no tomada en sentido negativo de exclusión del dolo, sino contemplándola en su posible dimensión positiva: conteniendo una voluntad de cumplir este deber jurídico. Será esta voluntad la que deberán apreciar los Tribunales en su función moderadora. Voluntad que deberá valorarse precisamente a través de su expresión a nivel de esfuerzo o atención que ha puesto el deudor en el cumplimiento frustrado. No a nivel de actividad o conducta, porque esta última queda excluida, por definición, desde el momento que partimos de la existencia de la culpa (que supone la ausencia de tal conducta exigible), en definitiva, deberá tenerse en cuenta la magnitud o intensidad del esfuerzo del deudor, esfuerzo que por otra parte ha sido técnicamente ineficaz, ya que no ha impedido la infracción y jurídicamente inútil, porque no ha impedido la obligación de indemnizar». Sigue Badosa diciendo que «la moderabilidad judicial del artículo 1.103, final, presupone la existencia de culpa prestable (según el artículo 1.104), ya que nos hallamos en un caso de responsabilidad por daños. El problema es saber en qué criterios se fundará esta posibilidad de moderar la indemnización. En el artículo 1.103, final, no se trata de discutir (como ocurre en el artículo 1.104) de tipos y grados de la diligencia exigible. El artículo 1.104 ha resuelto ya este problema definitivamente; dado que afirmamos la existencia de la obligación de indemnizar, el artículo 1.103, final, contempla algo distinto de la diligencia-conducta o actividad. De otra parte, se trata de criterios variables y sometidos a la libre apreciación del Tribunal» (33).

Por su parte Morales Moreno, hablando de culpa lata y dolo, no se adscribe a ninguna de las posturas anteriores. Para él, «del artículo 1.103, puede inferirse: 1.º) que la culpa admite niveles más o menos exigentes en cuanto diligencia, y 2º) que, no obstante, se presta, igual que el dolo, en todas las obligaciones. Conjugando una y otra proposición resulta que existen unos niveles mínimos de diligencia exigible, ciertas cotas de responsabilidad por la gravedad de la culpa, que no admiten posible exoneración. Esto refleja, correctamente entendido, el sentido del principio histórico que equipara dolo y culpa lata, en cuanto criterios mínimos de imputación de responsabilidad».

Continúa Morales diciendo que «puede quedarnos la duda de qué significa la facultad *moderadora* de los Tribunales. Pues si se entien-

---

(33) *Ob. cit., loc. cit.,*

de que los Tribunales gozan aquí de unos poderes totalmente discrecionales resultaría muy difícil de fijar una categoría mínima de diligencia. Quedaría desdibujada en una categoría inhilvanable. Mas la moderación de los Tribunales no supone discrecionalidad, exclusión de una regla o principio jurídico. Puesto que el nivel de diligencia varía de una obligación a otra, a los Tribunales corresponde determinar cuál es el nivel exigido en cada caso, y más concretamente, calificar como negligente el comportamiento de un deudor (en función de la diligencia exigible), para poderle imputar responsabilidad. Esta actividad moderadora no es discrecional; se realiza aplicando normas jurídicas» (34). En esta misma línea de Morales Moreno creo que puede situarse a De Angel, quien manifiesta que, «la justificación de la facultad moderadora del artículo 1.103 radica en la posible apreciación de diversas intensidades o grados de diligencia en el comportamiento del deudor» (35).

Pantaleón, siguiendo ideas de Pothier, cree —como ya he expuesto en el apartado anterior— en cambio, «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. Otra utilización excedería la *ratio* del precepto» (36).

Es opinión común en la doctrina española que lo que se modera por los Tribunales a tenor del artículo 1.103 es el *quantum* indemnizatorio, no la existencia de la responsabilidad.

Parece erróneo hablar de que el sistema antiguo de la gradación de culpas ha pasado, aunque flexibilizado, a nuestro Código civil a través del artículo 1.103 del Código civil. Evidentemente no es así. Nuestro Código quiso romper con esa idea; así resulta de sus antecedentes inmediatos. Como recoge con toda claridad García Goyena (37), el que el artículo 1.103 no haya tenido ningún antecedente en el Proyecto de 1851 no significa que la inclusión del mismo, primero en el Proyecto de Código civil 82-88 y posteriormente en el propio Código, equivalga a un cambio de opinión radical al respecto. De haber sido así, carecería de sentido una disposición como la contenida en

---

(34) *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad*, en «ADC», julio-septiembre, 1982, p. 609.

(35) *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 247. Ricardo de Angel hace esta afirmación, en sede de responsabilidad extracontractual, estudiando la posibilidad de que el artículo 1.103 se aplique a supuestos de ese tipo de responsabilidad, mostrándose partidario de la postura negativa.

(36) En trabajo aún no publicado, *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daño*, p. 712, nota 70, *in fine*. La razones por las que Pantaleón llega a esta conclusión se encuentran recogidos en el apartado III de este mismo trabajo (Derecho comparado) y también las que me hacen desechar esta tesis.

(37) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*.

el artículo 1.103, siendo necesario en cambio un precepto o una serie de ellos que dejaran claro el cambio de criterio.

La postura propugnada por Badosa y Delgado (38) es sumamente ingeniosa, pero no la veo fácilmente aceptable en nuestro sistema jurídico.

Admitir que el esfuerzo-diligencia del deudor tenga un valor jurídico-práctico (reducción del *quantum* indemnizatorio) no siendo aquél bastante para borrar la tacha de culpa y siendo inútil, por otra parte, para dar satisfacción al acreedor, no resulta sencillo. No hay fundamento legal claro que permita, a mi juicio, mantener dicha tesis, al menos como criterio general (38, bis) o por sí solo. El Código civil maneja el concepto de buena fe en un sentido objetivo; existe en un caso determinado o no existe; y de acuerdo con ello el artículo 1.107 establece una mayor o menor responsabilidad en cuanto a los daños que el incumplimiento produjo. La buena fe que contempla nuestro Código civil es únicamente la entendida como carencia de dolo en la conducta del deudor incumplidor. Sin más apoyos, parece que lo menos arriesgado es dar al artículo 1.103 del Código civil el sentido que los autores antes citados propugnan. La buena fe en ese sentido subjetivo, de simple disposición psicológica del deudor para el cumplimiento de las obligaciones, puede tener relevancia de carácter moral, pero no jurídico-práctica. El acreedor tiene derecho al cumplimiento de la prestación pactada, y en el caso de incumplimiento, cuando no sea ya posible o útil para éste el cumplimiento en especie, al abono de los daños y perjuicios que se causaron (39). La limitación o moderación del *quantum* a que ascienden éstos para que resulte equitativo y no injusto, no puede producirse más que por causas objetivas (40).

Desde luego, lo que es incuestionable, después de haber examinado la jurisprudencia en torno al artículo 1.103 del Código civil, es que no es ese el concepto que del sentido del precepto tiene nuestro Tribunal Supremo.

Aunque ya he dicho más arriba que la gradación de culpas no ha pasado a nuestro Código civil, creo que ésta es una afirmación que conviene matizar. No ha pasado con el sentido que tenía antes, pero no es posible eliminarla totalmente porque va en la naturaleza de la negligencia que pueda ser más o menos grave.

---

(38) *Obs. cit.*, *locs. cit.*

(38 bis) Aunque pueda existir algún supuesto en que sea así.

(39) Eso sí, a tenor del artículo 1.107 es distinta medida según haya existido o no buena fe por parte del deudor, buena fe en este sentido objetivo que antes he mencionado.

(40) Cuáles son esos criterios, lo veré en el apartado final.



Ello no choca con el criterio de la diligencia que se puede exigir de acuerdo con el artículo 1.104 del Código civil, pues el mismo precepto, en su párrafo 1.º, obliga a tomar en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar; lo que no está desnaturalizado por el segundo párrafo del artículo, ya que la diligencia de un buen padre de familia no es un valor inmutable, sino que variará de acuerdo con la naturaleza de la obligación, de las circunstancias, de las personas, del tiempo y del lugar.

En nuestro sistema ha desaparecido la exigencia de distintos grados de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones. Se exige en cualquier caso la diligencia estándar reflejada en el juego de los dos apartados del artículo 1.104 del Código civil; lo que no quiere decir que ésta sea siempre la misma, sino que se mueve en los parámetros que el artículo marca, con la aplicación preferente del apartado 2.º del mismo, o bien, si se pactó, de acuerdo con lo establecido.

Cuando el deudor incumple y no medió dolo en su actuación, responderá ex artículo 1.107.1 de los daños causados «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

La misión del artículo 1.103 es la de que, una vez fijado cuáles sean esos daños, resulte de alguna circunstancia concurrente que esa responsabilidad no sería equitativa, y en base a dicha circunstancia los Jueces pueden reducir la indemnización.

No se trata, pues, de que para el cumplimiento de cierto tipo de obligaciones se exija una diligencia menor que la establecida en general en el Código civil. Si se contrae una obligación como mandatario, sin recibir remuneración alguna, la diligencia exigida será la misma que si el encargo hubiera sido remunerado (41); pero, incumplida la obligación, la responsabilidad por los daños causados puede moderarse en razón de la gratuidad (artículo 1.726 del Código civil). A mi juicio esto no quiere decir que la moderación ha de producirse automáticamente por el mero hecho de la gratuidad, sino que tal hecho obliga al Juez a tomarlo en consideración, viendo el resto de las circunstancias que concurren, y decidir si en el caso es de equidad y procede la moderación o no.

## V. NATURALEZA DE LA CONDUCTA QUE PERMITE MODERAR A TENOR DEL ARTICULO 1.103

De acuerdo con la letra del artículo 1.103 del Código civil, los Tribunales podrán moderar la responsabilidad cuando ésta proceda de negligencia. Por tanto, a *sensu contrario*, no será posible dicha

---

(41) En ese sentido BADOSA: *Ob. cit.*, p. 279. LEÓN ALONSO: *Ob. cit.*, p. 353

moderación cuando la responsabilidad proceda de un comportamiento doloso (artículo 1.102 del Código civil). Así lo ha entendido en forma unánime nuestra doctrina y también igualmente la jurisprudencia.

En todas las sentencias en las que se modera se trata de conductas culposas, aunque en la mayor parte de ellas no se toca esa cuestión de forma expresa. En otras se dice específicamente que la moderación sólo puede darse en casos de incumplimiento culposo: así, en las de 3 de abril de 1940, 17 de mayo de 1979, 15 de diciembre de 1978 y 10 de diciembre de 1986. Otras, en las que se pretendía por parte de alguno de los litigantes que se moderara su responsabilidad, se dice específicamente que ello no es posible al tratarse de conductas dolosas. En este sentido, cabe citar las de 3 de febrero de 1973, 16 de mayo de 1985, 28 de junio de 1974 y 16 de julio de 1982.

Ahora bien, dentro de la afirmación, que no plantea dudas, de que tan sólo es susceptible de moderación la responsabilidad en que se incurrió culposamente, interesa saber si esto es predicable de cualquier tipo de culpa o únicamente de algún tipo determinado.

Aunque en general la jurisprudencia no es muy explícita al respecto, hay varias sentencias que se refieren a ese extremo. Algunas de ellas recaídas en supuestos de incumplimiento contractual y otras para casos de responsabilidad extracontractual.

### 1. Sentencias sobre responsabilidad contractual

*Sentencia de 15 de diciembre de 1978 (42).*—Se trataba de un contratista de obras que deja la obra inacabada, a falta de un 10 por 100 del total, y que, ante la decisión de la corporación municipal que le encargó la obra de inhabilitarla como contratista y pérdida de la fianza que en su día depositó, recurre llegando hasta el Tribunal Supremo.

Nuestro más alto Tribunal explica que existen diferentes tipos de incumplimiento, que ni tienen la misma entidad ni producen los mismos efectos: «Desde el incumplimiento total por dolo al simplemente parcial por culpa o negligencia, existe notable diferencia en orden a los límites y extensión de la responsabilidad contractual susceptible de ser moderada en los casos de simple culpa o negligencia». Sigue el Tribunal Supremo explicando que en el caso contemplado en la sentencia procede la moderación por haberse efectuado el 90 por 100 de la obra y por no existir dolo.

No puede decirse —continúa la sentencia— que la contratista in-

---

(42) Los antecedentes de hecho de esta sentencia pueden verse con mayor detalle en el apartado XII.

cumpliese en términos absolutos el contrato, ni tampoco que la suspensión anunciada de buena fe a la administración, aunque basada en motivos erróneos, haya producido daños de gran trascendencia, dado que solamente una ínfima parte de la obra había quedado sin realizar al finalizar el plazo de ejecución.

*Sentencia de 17 de mayo de 1979.*—Un constructor celebró con varios compradores unos contratos de compraventa de pisos, que, según se estipuló en los mismos, quedarán sometidos a la normativa de las viviendas de protección oficial. Una vez terminada la construcción, se comprobó que el inmueble había sufrido ciertas alteraciones en relación con el proyecto original, que se traducían en una disminución de la superficie de las viviendas, imposible de subsanar. Ello excluía la posibilidad de catalogarlas como de protección oficial, privándoseles de los beneficios legales que tal condición conlleva.

Los compradores demandan al vendedor por incumplimiento de contrato, al no haberles entregado el tipo de viviendas que se pactó, y solicitan se les abonen los daños y perjuicios ocasionados por esta circunstancia. Esos daños son, entre otros, la elevación de la cantidad a pagar en concepto de contribución, el exceso de precio que habían pagado teniendo en cuenta que la cabida real era menor que la pactada, etc.

En primera instancia se estimó la demanda. Apelada la sentencia por el vendedor, la Audiencia la revocó en parte. Los compradores interpusieron recurso de casación, que se desestimó.

La sentencia recurrida, aun aceptando el hecho del incumplimiento, decía que, teniendo en cuenta que la disminución de superficie sobre la pactada en las viviendas era de escasa entidad (47 decímetros cuadrados y 85 decímetros cuadrados en dos de las viviendas de los actores), ese incumplimiento «determina a efectos civiles una culpa de carácter leve, susceptible de moderación de la responsabilidad conforme al artículo 1.103 del Código civil, que ha de apreciarse teniendo en cuenta el conocimiento probado de los compradores de dicha circunstancia antes de la entrega de las viviendas, ser el precio inferior al máximo consignado en la calificación provisional, como no menos la libertad contractual adquirida, al perder el carácter de viviendas de protección oficial». Basándose en los anteriores argumentos, la Audiencia condenó al vendedor a pagar lo que cobró de más, dada la superficie final de las viviendas, y a pagar la mitad del impuesto de transmisiones, absolviendo al vendedor de las demás pretensiones.

Entrando el Tribunal Supremo en el examen del motivo del recurso de casación en el que se alega aplicación indebida del artículo 1.103, en relación con la violación del artículo 1.124 del Código civil, afirmaba que es preciso tener en cuenta que, «al calificar de leve la culpa en que incurrió el demandado en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y en consecuencia con ello y teniendo el Juzgador

de instancia aquella serie de circunstancias concurrentes a las que se hizo anterior mención [la diferencia de la superficie de las viviendas con la que se pactó que era muy pequeña, y las ventajas de no estar incluidas las viviendas en la categoría de “protección oficial”], esto es, lo fue en atención al caso concreto examinado que motivó su responsabilidad, si bien entendiendo atenuada por las mismas... que no solamente aminoraban la responsabilidad del demandado, sino que también contrarrestaban el perjuicio que se atribuían los demandantes...».

*Sentencia de 29 de octubre de 1983 (43).*—Una empresa contrata con un Ayuntamiento la construcción del nuevo edificio para albergar a la Corporación municipal. A pesar de estar prevista la situación del edificio en zona de carácter monumental, el Ayuntamiento no recaba informe sobre el proyecto a la Dirección General de Patrimonio Artístico. Dicho organismo toma cartas en el asunto y, tras un período en el que la empresa se ve impedida de comenzar las obras, resulta que el proyecto original tiene que sufrir tales modificaciones que lo único viable es rescindir el contrato. La empresa pide daños y perjuicios. El Tribunal Supremo condena a pagar esos daños y perjuicios, pero modera el monto de los mismos. «El lucro cesante —dice el Tribunal Supremo— lo fija la parte actora en el porcentaje usual correspondiente al beneficio industrial, mas enseguida surge la simplista objeción de que no es lo mismo obtener esa ganancia a lo largo de año y medio de trabajos, riesgos e incertidumbre, que pasivamente por el mero devenir de una necesidad jurídica, que a su vez es consecuencia de la más elemental justicia, ello ha de ventilarse en cada caso concreto, en relación con el grado de culpa apreciado, pues si la negligencia existente es grande, resulta fácil salvar el argumento indicado, en el caso presente la conducta del Ayuntamiento creemos que no es merecedora de ese calificativo extremo; no se trata de un caso imprevisible, como trata de defenderse, pero tampoco incurrió en una culpa grosera, sino, digamos, normal o media; por ello sería justo traer a colación la norma contenida en el artículo 1.103 del Código civil; la cuantía de la indemnización podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

De la jurisprudencia que he expuesto se puede concluir en principio que para el Tribunal Supremo:

1.º La culpa grave imposibilita la moderación, como si de dolo se tratase. En las sentencias recogidas se señala que se produce la moderación porque se trata de culpa leve o media. Cosa que por otra parte concuerda con la opinión doctrinal de que a todos los efectos la culpa grave se equipara al dolo.

2.º Existe cierta confusión sobre la culpa y el daño en las afirmaciones del Tribunal Supremo. En ellas parece entenderse que es

---

(43) Los antecedentes de hecho detallados se encuentran en el apartado XII.

lo mismo culpa leve que daño leve. Eso no es necesariamente así. Es probable que a una negligencia de carácter leve siga un perjuicio del mismo tenor. Pero no es ni mucho menos imposible que, aunque el descuido sea pequeño, los perjuicios que se sigan sean importantes. También puede ocurrir lo contrario: que a una negligencia de mayor trascendencia se sigan daños de escasa importancia.

El que los daños ocasionados por el incumplimiento sean más o menos importantes es algo que desde luego es preciso tener en cuenta, pero no a los efectos de moderar su cuantía, pues eso no es moderar, sino a la hora de cuantificar correctamente a cuanto ascienden aquéllos a tenor de los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil.

Sin embargo, sí que parece un criterio adecuado para moderar el empleado por la sentencia de 17 de mayo de 1979 (44), en la que el incumplimiento, si bien produjo unos daños, también ocasionó ciertas ventajas. Los daños causados ascienden en este caso a un *quantum*, que era equitativo reducir, porque, por otra parte, a causa de ese mismo incumplimiento, se había producido ciertos beneficios, valorables económicamente.

Se plantea la duda de si sería posible o no moderar cuando se ha producido un incumplimiento total de la obligación, aunque la conducta seguida por el deudor sólo se pueda calificar de culposa en grado medio o leve.

En todas las sentencias que he examinado no hay un sólo caso en el que se haya aplicado el artículo 1.103 del Código civil a obligaciones incumplidas absolutamente, ni tan siquiera se menciona el tema expresamente en ninguna de ellas (45). Pero en la línea del Tribunal Supremo, que antes he señalado, de confundir el grado de culpa con la importancia económica del daño cuando, parece que nuestro Tribunal Supremo difícilmente moderaría si la obligación se incumplió absolutamente. Sin embargo, parece que tal posibilidad podría darse, aunque fuera en contadas ocasiones, porque:

1.º El artículo 1.103 del Código civil no dice nada que impida ese empleo, y podría haberlo dicho como hace el artículo 1.154 del

---

(44) Recuérdese que se trataba de un contrato de compraventa, cuyo objeto eran unos pisos, que por una pequeña diferencia no tenían las medidas que se pactaron y que los colocaban dentro de la categoría de viviendas especialmente protegidas. Los daños que se causaron consistieron en la pérdida de las ventajas fiscales inherentes a tal condición. Pero al no pertenecer a ella, se obtenían otras ventajas, como el hecho de poder fijar libremente la renta de los mismos, cosa que no puede hacerse en el caso de las viviendas especialmente protegidas.

(45) En la sentencia de 15 de diciembre de 1978 el Tribunal Supremo, al explicar los posibles tipos de incumplimiento en relación con la aplicación del artículo 1.103, dijo: «Desde el incumplimiento total por dolo al simplemente parcial por culpa o negligencia». Lo que de alguna manera da la impresión de que el incumplimiento total siempre procede de dolo, lo que es evidente que no responde a la realidad, puede haber incumplimiento parcial y, sin embargo, doloso, y también incumplimiento total simplemente culposos.

Código civil. Se trata de algo demasiado importante como para achacarlo a un simple olvido del legislador.

2.º Algunos de los criterios utilizables por los Tribunales a la hora de moderar pueden darse aún en casos de incumplimiento absoluto de la obligación: así, la gratuidad de la obligación incumplida o el desmesurado monto de los daños que no se previó o pudo prevverse en el momento de obligarse.

De todas formas, insisto en que difícilmente moderaría nuestro más alto Tribunal si se incumple la obligación pactada en forma absoluta, porque para él ese incumplimiento total, equivaldría a culpa grave, y al asimilarse ésta al dolo, se estimaría seguramente que el artículo 1.103 no se podía aplicar.

## 2. Sentencias sobre responsabilidad extracontractual

No parece oportuno transcribir aquí ninguna sentencia concreta de responsabilidad extracontractual en la que se haya aplicado el artículo 1.103 del Código civil. Una de las razones para no hacerlo es la gran uniformidad de las mismas, tanto en cuanto a los casos en que dentro de esa especialidad se aplica el referido precepto, siempre concurrencia de culpas. Como en cuanto al tratamiento que se le da.

Además esas sentencias (las que aun así pueden tener algún interés) ya están recogidas en el apartado referente al ámbito de aplicación del artículo 1.103 del Código civil (VI), o en el que toca la concurrencia de culpas (VIII).

En cambio, parece oportuno resumir cuáles son los criterios jurisprudenciales obtenidos del examen de todas esas sentencias y que se refieren a los grados de culpa.

Se puede advertir que, a la hora de distribuir el *quantum* de los daños ocasionados entre los cocausantes de los mismos, nuestros Tribunales tienen en cuenta el nexo causal entre la conducta negligente y el daño producido y la mayor o menor gravedad de las conductas culposas que dieron lugar a los daños.

Los Tribunales no siempre señalan cuotas en las que se reflejen los distintos niveles de responsabilidad, a veces lo hacen y a veces simplemente rebajan la cantidad pedida por entender que existió concurrencia de culpas, pero sin establecer cuotas o algún tipo de cuantificación de la concurrencia.

En algunas ocasiones la gravedad de ambas conductas ilícitas (causante y causante-víctima) se consideran de entidad análoga; así en las sentencias de 3 de marzo de 1978, 25 de marzo de 1980 y 11 de diciembre de 1981. En otras se hace hincapié en la mayor gravedad de una u otra: sentencias de 13 de febrero de 1971, 17 de diciembre 1979, 29 de mayo de 1980, 13 de octubre de 1981, 1 de julio de 1983, 15 de diciembre de 1984 y 20 de febrero de 1987.

A veces no se aprecia la concurrencia de culpas, pero no porque la víctima haya observado una conducta de diligencia irreprochable, sino porque, aún existiendo negligencia por su parte, ésta fue tan pequeña que no se toma en cuenta, o bien porque se ha constatado que, aun no habiéndose dado, no se habría evitado con el ello el resultado dañoso. En este sentido cabe citar las sentencias de 2 de febrero de 1976, 6 de mayo de 1983 y 29 de noviembre de 1985.

## VI. AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, el artículo 1.103 del Código civil es aplicable tanto al campo de la responsabilidad contractual como al de la responsabilidad extracontractual.

Las sentencias del Tribunal Supremo se podrían clasificar en cuatro grupos:

a) Las que declaran explícitamente que el artículo 1.103 es de aplicación *exclusiva* al incumplimiento de las obligaciones contractuales. En ese sentido cabe citar las sentencias de 3 de julio de 1924, 18 de marzo de 1932, 13 de marzo de 1976 y, en menor grado, la de 24 de septiembre de 1983.

b) Las que dicen, también expresamente, que el artículo 1.103 del Código civil es aplicable a todo tipo de obligaciones, ya sean éstas de naturaleza contractual o extracontractual. Son las sentencias de 14 de diciembre de 1894, 14 de octubre de 1957, 13 de junio de 1961, 4 de julio de 1972, 3 de marzo de 1978, 24 de marzo de 1980, 13 de octubre de 1981, 15 de diciembre de 1984, 22 de febrero de 1985 y 16 de diciembre de 1986.

c) Las que, aun sin declarar nada al respecto en forma explícita, han aplicado el artículo 1.103 en casos de responsabilidad extracontractual, o, si no lo han hecho es porque en el supuesto que contemplaban no se daban las circunstancias necesarias para moderar, pero no porque considerasen que el precepto no sea aplicable a las obligaciones extracontractuales. Tal es el caso de las sentencias de 13 de febrero de 1971, 14 de junio de 1973, 3 de diciembre de 1979, 29 de mayo de 1980, 20 de diciembre de 1980, 3 de abril de 1981, 11 de diciembre de 1981, 27 de junio de 1983, 1 de julio de 1983, 10 de diciembre de 1985, 18 de junio de 1985 y 7 de diciembre de 1987.

d) Las más numerosas afirman la aplicación a la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.101 y siguientes en general, sin mencionar en concreto el artículo 1.103. A estos efectos, los artículos 1.101 a 1.104 del Código civil forman un bloque homogéneo. De tal modo que simplemente asegurar, como hacen muchas sentencias, que uno de dichos artículos es aplicable tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales, implica, aunque no se

diga, que ello vale también para los demás. Son las sentencias de 2 de marzo de 1904, 24 de febrero de 1928, 5 de enero de 1949, 23 de octubre de 1952, 21 de noviembre de 1955, 14 de octubre de 1957, 13 de junio de 1961, 13 de mayo de 1965, 25 de mayo de 1965, 9 de junio de 1969, 8 de julio de 1972, 30 de octubre de 1975, 19 de junio de 1975, 27 de mayo de 1978, 18 de octubre de 1983, 18 de septiembre de 1984, 20 de junio de 1984 y 19 de febrero de 1985.

A primera vista ya se observa que el número de sentencias que, de una u otra forma, propugnan la aplicación general del artículo 1.103 del Código civil, independientemente o dentro del bloque de los artículos 1.101 a 1.105, es ingente comparado con el de aquellas que niegan tal posibilidad.

Las razones que da nuestro Tribunal Supremo para mantener ese criterio son varias. Aunque los artículos 1.101 y siguientes del Código civil son disposiciones dictadas originariamente para la responsabilidad contractual, la jurisprudencia ha extendido su aplicación al campo de la extracontractual por analogía: la constatación de que la responsabilidad contractual y la extracontractual, aún cuando evidentemente tienen diferencias, en lo básico son semejantes, cosa que hace perfectamente posible la aplicación de esos artículos a la responsabilidad extracontractual.

Se trata de disposiciones generales como prueba su ubicación en el Código civil bajo la rúbrica «De la naturaleza y efectos de las obligaciones», que señala que los artículos englobados en ella no se refieren a un tipo de obligación en concreto, sino a todas ellas. La redacción del propio artículo 1.103 dice textualmente que «la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de *toda clase de obligaciones...*».

### **1. Sentencias que afirman explícitamente que el artículo 1.103 es aplicable únicamente a la responsabilidad contractual**

Para dejar claro que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, los artículos 1.101 a 1.105 —especialmente el 1.103, que es objeto de este estudio— son aplicables tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, parece oportuno el examen pormenorizado de las pocas sentencias que mantienen la postura contraria.

*Sentencia de 3 de julio de 1924.*—Eulogio trabajaba como repartidor de cántaros de agua a domicilio, utilizando para transportarlos un carrito del que él mismo tiraba. Al atravesar una calle con su mercancía fue golpeado por un tranvía sufriendo la fractura de tres costillas. Tras el examen de esas fracturas ya consolidadas por un médico, éste le extendió un certificado en el que constaba que dichas lesiones entorpecían el libre funcionamiento del corazón del aguator,



imposibilitándole para realizar trabajos que, como el suyo, requirieran esfuerzo físico.

Estimando que la culpa del accidente era achacable al conductor del tranvía por circular a velocidad excesiva y por no haber hecho sonar a tiempo la campana de aviso, el accidentado interpuso demanda de reclamación de indemnización de daños y perjuicios contra dicho conductor y la Compañía de Tranvías y Ferrocarriles. La cantidad reclamada eran 36.400 pesetas o lo que «...el Juzgado estimara atendiendo las razones alegadas [el no poder continuar con su trabajo por las lesiones] u otras que considera de justicia y de aplicación al caso, en virtud de la facultad discrecional que para regular la cuantía de los perjuicios concede al juzgador el artículo 1.103 del Código civil».

En la contestación a la demanda la Compañía negó que su empleo hubiera actuado negligentemente. Alegó que había sido la víctima la que, con su imprudente conducta, produjo el accidente, ya que el tranvía iba a poca velocidad y su conductor, al ver al aguador, tocó repetidamente la campana de aviso. En cuanto a la lesión del demandante que le impedía trabajar, la empresa aportaba el informe pericial de tres médicos que aseguraban no ser indudable que dicha lesión se hubiese producido a consecuencia del accidente. Era posible que se debiera a otras causas, probablemente a una malformación congénita.

En 1.<sup>a</sup> Instancia se absolvió al conductor y se condenó a la Compañía a pagar a la víctima 302,50 pesetas. Apelada la sentencia por el lesionado la Audiencia la confirmó. Se interpuso recurso de casación por el aguador por un único motivo: «La infracción del artículo 1.103 del Código civil, en cuanto que su verdadero alcance ha sido desconocido en la resolución recurrida, pues, no habiendo la menor base para suponer ocasionada la lesión por causa distinta del atropello, forzoso es derivar de éste la incapacidad para el trabajo que sufre el recurrente, porque si algún médico contestó que puede ser anterior, esa afirmación era consecuencia de una pregunta que necesitaba, para ser apreciada, el apoyo de alguna prueba, y la mejor prueba de que la incapacidad es consecuencia de la lesión es que ha surgido cuando ésta ha tenido lugar».

El Tribunal Supremo desestimó el recurso: «Considerando que no es de apreciar la infracción del artículo 1.103 del Código civil, que sirve de base al único motivo del recurso, porque *aparte de no guardar relación el contenido de dicho artículo con el error que se atribuye a la Sala sentenciadora por el recurrente, el repetido artículo sólo es aplicable a las responsabilidades que nacen del incumplimiento de obligaciones contractuales, pero no a las reguladas en el capítulo 2.º del título 16.º del libro 4.º del Código civil, que es el caso de autos.*— Considerando que, aún estimando errónea la cita del artículo indicado, tampoco procedería dar lugar al recurso, atendiendo tan sólo a

la infracción que se imputa a la Sala, por tratarse en realidad de un supuesto error en la apreciación de la prueba que no ha sido combatido en forma procesal, tratándose, en definitiva, de que prevaleciera el criterio personal del recurrente sobre el del Tribunal sentenciador».

Del resumen expuesto de la sentencia se puede concluir que aunque efectivamente afirma que el artículo 1.103 no es aplicable a las obligaciones extracontractuales, esa afirmación no es fundamento del fallo, porque el contenido del artículo 1.103 no guarda relación con el error atribuido a la Sala sentenciadora, que era error en la apreciación de la prueba. No se ha producido moderación alguna, sino que, al cuantificar los daños producidos realmente, la indemnización concedida nada tiene que ver con la que se pedía.

*Sentencia de 18 de marzo de 1932.*—Una sociedad anónima disfrutaba de una concesión administrativa para el aprovechamiento de un río. Por ello, construyó un canal para la flotación de maderas. El canal tuvo una avería y cierta empresa ribereña sufrió perjuicios. La empresa interpuso demanda en reclamación de cantidad por los daños contra la sociedad anónima por entender que ésta había sido negligente. En primera instancia y en la Audiencia se desestimó la demanda. Interpuesto por la actora recurso de casación, el Tribunal Supremo estimó no haber lugar al mismo.

En el tercer considerando de la sentencia se menciona que los recurrentes alegaban la inobservancia de los artículos 1.101, 1.103, 1.104 y 1.106 del Código civil. Ante esta alegación, el Tribunal Supremo dice que «es de notar que si por ejercitarse en la demanda la acción derivada de culpa o negligencia extracontractual no eran de aplicación al caso actual las disposiciones contenidas en los artículos que se refieren a la concurrencia de aquellas modalidades en las obligaciones dimanantes de los contratos, la inobservancia de los mismos en la sentencia recurrida no puede constituir la infracción por el Tribunal *a quo* de lo en ella dispuesto, ni debe prosperar en consecuencia el motivo tercero del recurso».

Este criterio no constituye, en realidad, la *ratio decidendi* de la sentencia. En ambas instancias se estimó que no había existido culpa por parte de la sociedad anónima en los perjuicios sufridos por la empresa. Con lo cual no existía responsabilidad alguna, ni contractual ni extracontractual.

*Sentencia de 13 de marzo de 1976.*—A consecuencia de unas excavaciones en un solar, realizadas por encargo de la sociedad propietaria del mismo, se descarnó el muro de la casa colindante, obligando a los inquilinos que la habitaban a desalojarla. Interpusieron demanda contra la empresa dueña del solar y contra sus arrendadores, reclamando los daños sufridos. Además del desalojo de sus viviendas, al declararse la casa en ruina, habían quedado resueltos sus contratos de arrendamiento. En 1.<sup>a</sup> Instancia se condenó a los demandados

a pagar solidariamente a los inquilinos un total de 5.370.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó reduciendo la indemnización a 2.700.000 pesetas. Se interpuso recurso de casación por ambas partes. El Tribunal Supremo desestimó el interpuesto por los actores, estimando, en cambio, el de los arrendadores y propietarios de la casa declarada en ruina, condenando a la empresa propietaria del solar donde se excavó a pagar, ella sola, a los inquilinos perjudicados la cantidad de 2.700.000 pesetas.

En el 5.º considerando, frente a una hipotética violación del artículo 1.101, en relación con el 1.103 y 1.104 del Código civil y doctrina de las sentencias que en el recurso se citan, el Tribunal Supremo señala que dicho motivo debe decaer, en cuanto a los arrendadores de la casa arruinada, «porque la sentencia ha examinado y excluido la existencia de culpa contractual [evidentemente, poca culpa podían tener esos arrendadores dueños de la casa en ruina, ya que esa situación se produjo exclusivamente por culpa de la empresa propietaria del solar contiguo, al mandar excavarlo sin tomar las precauciones necesarias] y, por tanto, no son de aplicación los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil, «pues —como sigue diciendo la sentencia— no son sino los reguladores de las responsabilidades nacidas del incumplimiento de los contratos...».

Sean o no aplicables los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil a las obligaciones extracontractuales, lo que desde luego es seguro es que no se aplicaban en el caso de la sentencia, con respecto a los arrendadores, pura y simplemente por que, aún tratándose de obligaciones contractuales con los inquilinos, no existió culpa alguna por su parte en los daños sufridos.

Tampoco cabía aplicar el artículo 1.103 a los dueños del solar, responsables de la excavación de éste y de los daños causados con ella a los actores inquilinos, ya que no existía ninguna circunstancia que aconsejara la necesidad de moderar la cuantía de la indemnización.

*Sentencia de 24 de septiembre de 1983.*—Doña Juana arrienda un local a don Antonio. Pasado cierto tiempo desde que éste lo ocupa como arrendatario, se origina un incendio que causa en el local daños de importancia. Doña Juana interpone demanda reclamando cantidad por los daños causados por el incendio. En 1.ª Instancia se absuelve al demandado. La Audiencia revoca la sentencia condenando a don Antonio a abonar a la actora medio millón de pesetas. Interpuesto recurso de casación, se declaró no haber lugar al mismo. En el penúltimo considerando se desestima el motivo 3.º del recurso basado en violación por implicación del artículo 1.103 del Código civil. El Tribunal Supremo rechaza dicho motivo, «ya que la *facultad de moderación de la responsabilidad por negligencia contractual que en el mismo se contempla*, tiene, según aclara una reiterada doctrina de esta Sala, un carácter eminentemente discrecional, como se deriva del término «podrá», que utiliza el artículo..., y aunque esa discrecionalidad

dad debe ponerse en relación con las circunstancias del caso, es facultad soberana de la Sala de Intancia, cuyo criterio en este punto no es revisable en casación».

El arrendatario recurrente pretendía que se moderara su responsabilidad en la indemnización de los daños producidos por el incendio en el local arrendado, alegando que en los mismos había existido culpa por parte de la arrendadora. Esa moderación solicitada no se llega a producir, porque ni el Juzgado, ni la Audiencia, ni el Tribunal Supremo encontraron indicio racional alguno de que pudiera existir ningún tipo de culpa por parte de la citada señora. La afirmación de la sentencia, de que el artículo 1.103 se aplica a la moderación de la responsabilidad solamente por negligencia contractual, no es, por tanto, fundamento del fallo.

Del análisis de las cinco sentencias expuestas, resulta que en realidad ninguna de ellas mantiene que el artículo 1.103 del Código civil no sea aplicable a la responsabilidad extracontractual.

## **2. Sentencias que afirman explícitamente que el artículo 1.103 es aplicable también al campo de la responsabilidad extracontractual**

El estudio de estas sentencias muestra, por el contrario, que en ellas la afirmación sobre la extensión del artículo 1.103 al campo extracontractual tiene el carácter de *ratio decidendi*, y/o se afirma de forma clara e indubitada. Me limitaré a exponer la más antigua en el tiempo y algunas de las más recientes.

*Sentencia de 14 de diciembre de 1894.*—Eulogio falleció al caerse desde el muro de la fachada del frontón Jai-Alai, al ir a colocar allí unos banderines. Su viuda, en nombre propio y en el de sus hijos menores, demandó a los dueños del frontón reclamando los daños y perjuicios sufridos, por mediar culpa o negligencia de estos señores en la falta de seguridad que ofrecía la colocación de los banderines. La cantidad solicitada era 21.425 pesetas. Los demandados contestaron a la demanda pidiendo la absolución ya que —decían— no había existido por su parte culpa o negligencia: no habían ordenado a Eulogio que colocara los banderines, labor que hacía el fallecido de *motu proprio*.

El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia condenó a los dueños del frontón al pago de 5.000 pesetas como indemnización por la muerte de Eulogio a su esposa e hijos.

La viuda apeló y también los demandados. La Audiencia confirmó la sentencia apelada. Los demandados interpusieron recurso de casación entre otros motivos por aplicación indebida del artículo 1.103, puesto que en el caso no se trataba de obligaciones contractuales, sino extracontractuales.

El Tribunal Supremo, sobre la base de estimar que la muerte de

Eulogio se debió a la negligencia de los demandados considera que «...la Sala aplica rectamente los artículos 1.093, 1.902 y 1.903, y no infringe los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil, porque, con arreglo al primero, las obligaciones que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia, no penadas por la ley, están sometidas a las disposiciones de dichos artículos 1.902 y 1.903, y según éstos, la indemnización del daño procede siempre que el acto u omisión hayan sido la causa del daño y no se haya empleado toda la diligencia de un buen padre de familia, tanto cuando el acto u omisión son propios como cuando son de personas por las que se debe responder, y *porque las disposiciones de los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 son de carácter general y aplicables a todo género de obligaciones y no ofrecen contradicción con las especiales de los artículos 1.902 Y 1.903*».

*Sentencia de 25 de marzo de 1980.*—Un camión, haciendo caso omiso de la limitación de altura situada a la entrada de un puente, lo atraviesa, golpeando al hacerlo la parte superior de éste y ocasionando su caída. El Abogado del Estado interpone demanda reclamando al dueño del camión y al conductor 4.900.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. El Juez de 1.ª Instancia condenó a los demandados a pagar un 1.000.000 de pesetas por estimar que el puente era muy viejo, no había sido reparado desde su construcción en 1904 y además que la chatarra del desguace se vendió por medio millón de pesetas. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. El demandante interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestimó. En el primer considerando se señala que para fijar el *quantum indemnizatorio* se ha partido del valor que los peritos dieron al puente, entre 2.500.000 y 2.600.000 pesetas. Restando el valor de la chatarra y atribuyendo, como hace la Sala de Instancia, la culpa a ambas partes por igual, lo que tendrían que pagar los demandados era un millón.

En el recurso se acusa de aplicación indebida del artículo 1.103 del Código civil por tratarse el caso de responsabilidad extracontractual. El motivo se desestima porque el Tribunal Supremo considera que la facultad que el artículo 1.103 concede a los Tribunales no es privativa de las obligaciones contractuales y se extiende también a las extracontractuales.

*Sentencia de 13 de octubre de 1981.*—Una empresa constructora realiza unas obras para la RENFE, vertiendo negligentemente los residuos de las mismas en un arroyo. Provoca con ello una inundación que causa daños importantes. Según parece, el perjudicado contribuyó con su conducta culposa, al resultado dañoso. El perjudicado interpone demanda en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos contra la empresa constructora y contra la RENFE. El Juez de 1.ª Instancia aprecia parcialmente la demanda condenando a los demandados a que abonen al actor solidariamente la cantidad

de 3.023.700 pesetas. Todos los litigantes apelaron y la Audiencia desestimó el recurso de la empresa constructora y el del actor. Estimó, en cambio, el recurso de la RENFE, a la que absolvió, condenando a la constructora a pagar ella sola la indemnización fijada por el Juzgado. Interpuesto recurso de casación por la constructora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. En el tercer considerando se señala que el daño sufrido es real y que *el alcance del mismo ha sido «moderado conforme a la facultad que a los Tribunales concede el artículo 1.103, aplicable a la responsabilidad sea o no contractual»*.

*Sentencia de 15 de diciembre de 1984.*—En un paso a nivel sin barreras ni guarda un tren arrolla a un coche turismo, propiedad de una empresa y conducido por un ingeniero empleado de aquélla. A consecuencia de ese accidente fallece el ingeniero y sufren lesiones el interventor y el jefe del tren.

Se interpusieron distintas demandas por los perjudicados, que el Juzgado desestimó, pues no apreció negligencia en ninguno de los demandados, sino en la Administración, por haber aprobado la construcción de un paso a nivel en zona tan peligrosa.

Apelada la sentencia, la Audiencia condenó a la empresa de ferrocarril al pago de un millón y medio de pesetas a la viuda del ingeniero. Dicha empresa interpuso recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestimó. En la sentencia el Tribunal Supremo mantiene una vez más que el artículo 1.103, *«aunque dictado para la responsabilidad contractual, fue extendido por la doctrina jurisprudencial a la que nace de culpa extracontractual...»*.

*Sentencia de 22 de febrero de 1985.*—En una casa, propiedad del Estado español, se produjo la rotura de unas conducciones de agua, lo que dio lugar a importantes daños en la casa contigua de propiedad particular. Los propietarios de la casa dañada interpusieron demanda, reclamando al Estado 3.295.000 pesetas. El Juzgado estimó la demanda condenando al demandado.

Apelada la sentencia, la Audiencia reduce la indemnización a 2.500.000 pesetas.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestimó.

En el primer considerando de la sentencia se señala por el Tribunal Supremo que la Sala de Instancia ha aplicado correctamente el principio de moderación de libre apreciación de los Tribunales «sancionado en el artículo 1.103 del Código civil, aplicable a estos supuestos de responsabilidad extracontractual...».

*Sentencia de 16 de diciembre de 1986.*—En un piso arrendado por un matrimonio se hunde la techumbre. A consecuencia del accidente se ve obligado a buscar otro alojamiento y demanda a la propietaria de su vivienda para que tenga por subsistente el contrato de inquilinato, repare lo necesario y los indemnice por los daños y perjuicios

sufridos, ya que en parte éstos se produjeron por su culpa, al no haber realizado a tiempo las reparaciones necesarias.

El Juzgado apreció parcialmente la demanda y condenó a la demandada al pago de 256.644 pesetas. La Audiencia la revocó y resolvió basándose en la inadecuación del procedimiento seguido, pues entendió que debía haberse seguido el procedimiento especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no el extracontractual de reclamación de daños. Se interpone recurso de casación por los demandantes y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo y confirma el fallo del Juzgado. En el 5.º motivo del recurso se acusaba de violación por inaplicación, entre otros, del artículo 1.103 del Código civil. Basaba el matrimonio recurrente su postura en afirmar que entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no existen diferencias esenciales, mientras que su fundamento y finalidad son comunes. El Tribunal Supremo estima el motivo afirmando que «no debe olvidarse que el artículo 1.101, sancionador de la infracción contractual, es aplicable a toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su origen, y lo mismo los artículos 1.103 y 1.104 del citado cuerpo legal».

*Sentencia de 1 de diciembre de 1987.*—El propietario de una nave industrial la arrendó como almacén a una sociedad dedicada a comercializar pinturas. La sociedad arrendataria contrató con una empresa la instalación de unas estanterías metálicas en dicha nave. Los operarios encargados de colocar las estanterías utilizaron para esta labor un equipo eléctrico de soldadura.

En el curso de los trabajos, bien por el chisporroteo de ese tipo de soldadura o por deficiente conexión a la red eléctrica, unido a la gran inflamabilidad de las pinturas almacenadas, se produjo un incendio que destruyó totalmente la nave.

El propietario demandó a la sociedad arrendataria, a la compañía de seguros de ésta (existía una póliza de seguro contra incendios), a la empresa con la que se contrató la instalación de las estanterías y a los operarios encargados de su colocación. En la demanda por los daños y perjuicios sufridos solicitaba el propietario de la nave siniestrada, que se condenase solidariamente a todos los demandados a satisfacerle la cantidad de 5.369.267 pesetas.

En 1.ª Instancia se estimó la demanda. Apelada la sentencia por los demandados, fue confirmada por la Audiencia, exceptuando la responsabilidad de la compañía de seguros, que se limitó a 2.500.000 pesetas (límite de la póliza concertada). La sociedad arrendataria interpuso recurso de casación que no prosperó.

De los Fundamentos de Derecho de la sentencia, aquí tan sólo nos interesa el 5.º En él examina el motivo 4.º del recurso, basado en interpretación errónea de la doctrina legal sobre la solidaridad en la responsabilidad extracontractual. Parece ser, aunque de la sentencia no se desprende con absoluta claridad, que el recurrente pretendía que moderara su responsabilidad, por ser menor su negligencia que

la de los operarios. Ante dicha pretensión, el Tribunal Supremo dice que «si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala *estima de aplicación a la responsabilidad por culpa extracontractual, la facultad moderadora prevenida en el artículo 1.103 del Código civil*, así como la supremacía de la responsabilidad individualizada sobre la solidaria, en aquellos casos en que sea posible», en el caso de Autos no existen elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno; por lo que —se concluye— la condena solidaria es la adecuada.

Tras el examen de las sentencias que mencionan específicamente la cuestión no parece dudoso entender que el artículo 1.103 del Código civil es aplicable tanto a las obligaciones contractuales como al campo de las extracontractuales. En cambio, la doctrina no mantiene una tesis unitaria al respecto.

Algunos autores lo admiten (46), mientras otros niegan la posibilidad de que dicho precepto se utilice en el caso de la responsabilidad contractual (47). Por mi parte, estimo que la posibilidad de moderar la responsabilidad debe darse para cualquier tipo de obligaciones (48). A esta conclusión me llevan varias razones:

1.<sup>a</sup> El artículo 1.103 del Código civil es un precepto aplicable «a toda clase de obligaciones», de acuerdo con su tenor literal.

2.<sup>a</sup> La exigua regulación que existe en nuestro Código civil sobre responsabilidad extracontractual obliga a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general.

3.<sup>a</sup> Aun existiendo incuestionables diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, también es indudable que tienen grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica de las normas de una para la otra.

4.<sup>a</sup> Dicha aplicación analógica no conduce en este caso (el del artículo 1.103) a consecuencias absurdas (49).

5.<sup>a</sup> Otros preceptos del mismo capítulo se aplican habitualmente tanto en el campo de las obligaciones nacidas de convención, como en el campo de los que nacen de acto ilícito; así los artículos 1.104, 1.106 y 1.107 del Código civil.

Una de las razones de la no admisión de la posibilidad de moderar la responsabilidad extracontractual estriba en la estimación de que se responde de los daños causados justamente por haberlos causado;

(46) ALBALADEJO, aunque dubitativo: *Derecho civil*, T. II, vol. II, Barcelona, 1982, p. 481.

(47) O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho civil*, T. II, Vol I, Madrid, 1987, p. 326. DE ANGEL: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 247.

(48) DÍAZ ALABART: *La responsabilidad civil por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o tutela*, en «ADC», 1988, p. 853.

(49) Muy al contrario, su no aplicación puede producir resultados contrarios a la equidad.

(50) En contra, ALBALADEJO: *Ob. cit.*, *loc. cit.*°



se trata de resarcir, no de sancionar, sin que quepa estimar que hubo mayor o menor grado de negligencia, cosa que, sin embargo, es posible en el caso de las obligaciones nacidas de convención. Pero no parece en absoluto razonable entender de mejor condición a las obligaciones nacidas de acto ilícito que a las que lo son de contrato. Es evidente, que quien con su conducta ilícita causó un daño deba responder de él y de todo él; pero no lo es menos que quien se comprometió por medio de un acuerdo a realizar determinada prestación y luego no lo hizo, causando un daño, también debe abonar esos daños por idénticas razones. Tampoco aquí el abono de esos daños es sanción, sino reparación.

La posibilidad de moderar debe, pues, existir en ambos casos siempre que la conducta que causó los daños sea culposa.

Si el suceso dañoso fue debido en parte a conducta dolosa y en parte a conducta culposa, la moderación se podrá producir en lo que toque a la conducta culposa y no a la dolosa (50).

Aunque, como ya he dicho, el artículo 1.103 del Código civil es aplicable también a las obligaciones extracontractuales (51), es posible constatar que de hecho el Tribunal Supremo siempre lo ha utilizado en supuestos de concurrencia de culpas, donde en realidad no corresponde aplicarlo (52).

Interesa, pues, aclarar en qué supuestos se podría aplicar dicho precepto a este tipo de obligaciones. Ciertamente que se podría dar un criterio general siempre que el pago de todos los daños causados sea inicuo. Pero quizá esta afirmación sea demasiado abstracta y resulte más clarificador mencionar algún supuesto concreto, sin pretender una enumeración exhaustiva:

a) Los daños causados con el acto ilícito, son especialmente importantes, desmesurados en relación con lo que podría preverse con la conducta que se siguió: si de la terraza de una casa se desprende una maceta, rompiendo en su caída un valiosísimo jarrón que en ese momento entraban en el portal de la casa. Evidentemente, hay un daño causado, sin dolo alguno, por negligencia en comprobar periódicamente las sujeciones de las macetas o sin negligencia (puesto que el artículo 1.910 establece una responsabilidad objetiva). Ahora bien, si el valor del jarrón es muy elevado, puede ser oportuno moderar la indemnización debida.

b) Otro supuesto en el que pienso que sería aplicable el artículo 1.103 del Código civil es en el de la responsabilidad extracontractual

---

(51) Es evidente que el artículo 1.103 del Código civil se pueda aplicar también a la responsabilidad civil por daños causados por un ilícito penal siempre que se trate de delitos culposos. Ya que la responsabilidad civil extracontractual es la misma, sin que importe que el acto dañoso que la originó tenga naturaleza civil o penal, el único obstáculo a su aplicación es la existencia de dolo en su caso, pero de ser culposo no se plantea problema alguno.

(52) El estudio sobre este punto se encuentra en el apartado correspondiente.

tual de los padres o tutores por los actos ilícitos cometidos por menores de edad.

A tenor del artículo 1.903 los padres y tutores responden de los daños causados por sus hijos o pupilos menores de edad. Sin embargo, algunos de éstos, los que podrían incluirse en la categoría de «grandes menores», por estar en edades cercanas a la de la mayoría y por sus capacidades naturales, son imputables. Resulta injusto frecuentemente que cuando estos «grandes menores» cometen un acto ilícito que causa daños, respondan por ellos sus padres o tutores. Mientras el artículo 1.903 del Código civil mantenga su redacción actual, el artículo 1.103 puede servir para alcanzar una mayor equidad en las soluciones judiciales, moderando la indemnización que los padres o tutores deban pagar por los ilícitos dañosos de esos menores.

c) Por fin, creo que igualmente resulta útil el artículo 1.103, aun cuando no sea su específica función, a la hora de valorar daños que carezcan de una base material u objetiva de cálculo, como lo son la salud o la vida o los daños morales.

## VII. CONCURRENCIA DE CULPAS

De todas las sentencias en que se aplica el artículo 1.103 del Código civil en el campo extracontractual, la gran mayoría lo hacen en casos de concurrencia de culpas (53), es decir, cuando la propia víctima colaboró con su conducta al resultado dañoso. Entre las más recientes, cabe citar las sentencias de 13 de febrero de 1971, 14 de junio de 1973, 31 de marzo de 1978, 17 de diciembre de 1979, 3 de diciembre de 1979, 29 de mayo de 1980, 25 de marzo de 1980, 3 de abril de 1981, 27 de junio de 1983, 1 de julio de 1983, 15 de diciembre de 1984, 18 de junio de 1985, 17 de diciembre de 1985, 10 de diciembre de 1985, 8 de noviembre de 1985, 20 de febrero de 1987, etc.

Otras sentencias aplican también el artículo 1.103 del Código civil, asimismo, por concurrencia de culpas, pero en el campo del incumplimiento contractual. Tal es el caso de las sentencias de 25 de noviembre de 1959, 19 de junio de 1963 y 24 de febrero de 1976.

Y, por fin, en un caso se aplicó por existir concurrencia de culpa de uno de los contratantes, con causa ajena a ambos: sentencia de 29 de diciembre de 1978.

### 1. Concurrencia de culpas en la responsabilidad extracontractual

Por lo que toca al primer grupo de sentencias, el esquema de todas ellas es tan similar que huelga resumirlas una por una, así, pues,

---

(53) Aun consciente de que la expresión no es correcta la utilizo por ser la más empleada comúnmente.

lo haré sólo con la de 14 de junio de 1973, que podríamos emplear como modelo de este tipo de sentencias. Los hechos se produjeron así:

Don Francisco había consumido abundantes bebidas alcohólicas. En este estado propuso a su amigo D. X., que también las había consumido, que puesto que tenían que realizar varios encargos en dos localidades distintas de aquélla donde se encontraban, lo hicieran juntos en el coche de don Francisco, pero conduciendo D. X. Emprendido el viaje en las circunstancias relatadas, D. X., que conducía, se distrajo, perdió el dominio del coche, saliendo éste de la carretera, y resultando el conductor despedido y falleciendo a consecuencia de las heridas sufridas. La viuda de D. X demanda a don Francisco y a su compañía de seguros para que le paguen los daños y perjuicios por la muerte de su esposo, valorados en 600.000 pesetas. El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia la revocó estimando parcialmente la demanda y condenó al demandado a pagar a la actora la cantidad de 150.000 pesetas. El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el segundo considerando de la sentencia se declara probado que existió imprudencia por parte de los dos ocupantes del coche y no sólo de la víctima del accidente. Puesto que ambos habían bebido abundantemente, habían pasado la noche en vela y el señor X, conducía porque así se lo había pedido don F.

En el último considerando, después de decir que la culpa de la víctima no absorbió en su totalidad la de don Francisco sigue diciendo el Tribunal Supremo, «siendo, por el contrario, más ajustado al caso, el principio de la moderación o de la disminución de la cuantía de la indemnización, conforme al cual, cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada culpa del perjudicado, ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el *quantum* citado, reduciéndolo, en uso de la facultad conferida por el artículo 1.103 del Código civil, en proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima, y habiéndose atendido a este principio la sentencia recurrida procede desestimar el motivo».

La repetida aplicación del artículo 1.103 del Código civil a supuestos como el que acabo de resumir ha merecido la atención de la doctrina principalmente en dos puntos, el de si el artículo 1.103 es o no aplicable a las obligaciones extracontractuales, y, de serlo, si es o no correcta la aplicación que en el sentido antes visto viene realizando nuestro Tribunal Supremo. De esos dos puntos me ocuparé aquí tan sólo del segundo, puesto que el primero ya lo estudié en el apartado 4.º, y a lo allí dicho me remito.

Algún autor como Lacruz y Soto Nieto se muestran partidarios de esa utilización. Según el primero, «se deduce del artículo 1.103

del Código civil que la presencia de culpa no exclusiva de la víctima es una de las posibles causas de moderación de la responsabilidad» (54). Soto Nieto señala que, «hay un criterio general de los autores respecto a un margen de libertad, propio del arbitrio judicial para repartir equitativamente el daño cuando concurren la culpa del agente y la del perjudicado (55); la facultad concedida por el artículo 1.103 del Código civil para *moderar*, según los casos, la responsabilidad procedente de culpas, no puede entenderse ceñida exclusivamente a las obligaciones contractuales» (56).

Otros, como De Angel (57) y O'Callaghan (58), critican el empleo del artículo en cuestión, pero lo hacen por entender que éste no es de aplicación a las obligaciones extracontractuales.

Diez Picazo y Gullón se limitan a constatar que «jurisprudencia y doctrina entienden que la obligación de reparar del agente debe verse disminuida en su intensidad o cuantía al concurrir la culpa del propio perjudicado en base al artículo 1.103 del Código civil, que faculta a los Tribunales para moderar la responsabilidad procedente de culpa». Continúan estos autores diciendo que a la misma conclusión se podría llegar por el camino de la causalidad (59).

Albaladejo estima que dicha aplicación es incorrecta, porque «la moderación [en el caso de concurrencia de culpas] supondría que el culpable es sólo uno, pero que su deber de indemnizar es atenuable. Lo que no cuadra al caso en estudio, en el que hay culpa de los dos; luego el que al otro se le aminore la cuantía de la reparación, no se debe a que se le libre de indemnizar parte del daño que él causó, sino a que no pueda exigírsele que repare todo el daño que sólo en parte procede de su culpa» (60).

Esta última postura es la que comparto (61). En todas las sentencias que antes he mencionado sobre la cita del referido precepto, puesto que en ninguno de los casos se moderó responsabilidad alguna, ni para el fallo se precisaba utilizar ese artículo.

(54) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Barcelona, 1977, p. 227.

(55) En apoyo de que existe ese criterio general de la doctrina, Soto Nieto cita una serie de autores que reproduzco: PÉREZ y ALGUER en sus anotaciones a Enneccerus: *Derecho de obligaciones*, 2.ª ed., Barcelona, 1954, T. II, vol. I, p. 84. BORJA SORIANO: *Teoría general de las obligaciones*, México, 1959, T. I, p. 286. DE BUEN en sus notas a Colín y Capitant: *Curso elemental de Derecho civil*, T. III, Madrid, 1951, p. 899. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1956, T. II, vol. II, p. 686. Es obvio que lo que podía ser así en 1968 (fecha del trabajo de Soto Nieto) en la actualidad no es igual.

(56) *La llamada compensación de culpas*, en «RDP», 1968, p. 417.

(57) *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 281.

(58) *Compendio de Derecho civil*, T. II, vol. I, Madrid, 1987, p. 326.

(59) Efectivamente, se trata de causalidad, no de moderación, por eso sobra la mención al artículo 1.103 del Código civil; *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 4.ª ed., Madrid, 1985, p. 629.

(60) *Derecho civil*, T. II, vol. II, Barcelona, 1982, p. 481.

(61) Ya mantuve este criterio en *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a la patria potestad o tutela*, en «ADC», julio-septiembre, 1987, p. 853.

En los casos de la responsabilidad extracontractual bastaría con la aplicación del artículo 1.902 del Código civil para alcanzar el resultado perseguido. Cuando se produce un acto dañoso provocado por la conducta culposa de una persona, está claro que a tenor de dicho precepto éste resulta obligado a reparar el daño causado. Pues bien, si el acto dañoso fue provocado por varias conductas, cuya suma causó el daño, resulta evidente que cada uno de los participantes de acuerdo con el artículo 1.902 del Código civil tendrá que reparar la parte de daño que causó. Lo mismo ocurrirá cuando uno de los que contribuyó a que se produjera el daño fue la propia víctima. En ese caso resulta también indudable que cada uno de los que dieron lugar al daño responderá por su parte. Luego de la indemnización que deba recibir la víctima habrá que descontar la parte correspondiente a su culpa en la producción del daño que ella misma sufrió. Para llegar a esta conclusión no es preciso más que utilizar el artículo 1.902 del Código civil: si se responde por el daño causado, y el daño se causó por más de uno, entre esos varios causantes se repartirá la responsabilidad. En este sentido se manifiestan los autores españoles, y así lo entiende nuestra jurisprudencia; sólo que, en lugar de fundamentar esa conclusión donde está su raíz, es decir, en la regla del artículo 1.902, lo hace incorrectamente en el artículo 1.103, llamando moderación a lo que desde luego no lo es. No se trata de moderar las consecuencias de una conducta culposa, función del artículo 1.103 del Código civil. Lo que se hace es simplemente distribuir las consecuencias indemnizatorias del daño entre las conductas que lo causaron.

## **2. Concurrencia de culpas en la responsabilidad contractual**

Resumiré únicamente una sentencia de las antes citadas, que puede servir de patrón. En este caso será la de 19 de junio de 1963 (62). Los hechos fueron como sigue:

Demandante y demandado celebran un contrato de arrendamiento rústico de una finca situada en Gran Canaria. Al finalizar el plazo fijado en el contrato, la finca presentaba serios desperfectos y el arrendador interpone demanda en la que pide los daños y perjuicios causados por su arrendatario, detrayendo de los mismos los deméritos causados por una plaga de mosca blanca. El demandado arrendatario opuso que por su parte había cultivado correctamente la finca, y que las causas de los perjuicios estribaban en que el arrendador no había proporcionado agua suficiente a lo que se comprometió en el contrato y a la sequía consiguiente. El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia estimó la de-

---

(62) La razón de utilizar como patrón esta sentencia y no otra estriba en que en ella se contempla un caso, que podríamos llamar, tipo.

manda valorando los daños en 157.000 pesetas (la parte actora había pedido 196.000). La Audiencia confirma la sentencia. Se interpone por el demandado recurso de revisión. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso y revisa la sentencia en el punto relativo a los daños y perjuicios que fija en 110.000 pesetas a cuyo pago condena el demandado.

En los considerandos o Fundamentos de Derecho se establece que existió conducta negligente por parte de los dos contratantes, el arrendador porque efectivamente no aportó al agua a que se había obligado y por parte del arrendamiento, porque actuó con incuria por falta de riego suficiente, mala calidad del agua utilizada, falta de abonos, podas inadecuadas, etc.

En el último considerando se dice: «Que apareciendo claramente la concurrencia de culpas, resta el decidir la forma en que han de ser compensadas y confrontadas, se percibe claramente la mayor gravedad de lo cometido por el arrendatario que revela una negligencia doblemente censurable porque hace caso omiso de las obligaciones que asumió, y del mandato del legislador [se refiere con esto al párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos] y teniendo presente que los daños causados en la finca se elevan a la cantidad de 157.351 pesetas, según correcta evaluación de la Sala sentenciadora, la lógica y equitativa compensación de las culpas respectivas y la facultad que concede a los Tribunales el artículo 1.103 del Código civil procede estimar como consigna la indemnización de 110.000 pesetas a cuyo pago debe ser condenado el demandado».

Aquí sucede exactamente igual que en el caso de las obligaciones nacidas de actos ilícitos. Ni se está moderando nada, ni hace falta el empleo del artículo 1.103 del Código civil. Sólo que en este caso el artículo del Código a utilizar no es evidentemente el 1.902, sino el que se ocupa de la culpa contractual, el artículo 1.101 del Código civil.

Si solamente incumplió sus obligaciones uno de los contratantes, está claro que los daños y perjuicios causados al otro correrán de su cuenta. Pero si ambos contratantes incumplieron sus obligaciones, los daños y perjuicios producidos serán de cuenta de ambos en la proporción que se determine de acuerdo con lo que hayan incumplido. La utilización en este supuesto del artículo 1.103 del Código civil es tan inútil como en el caso anterior de la responsabilidad contractual. Aunque en los supuestos de concurrencia de culpas contractual se hable de moderación, la realidad es que no está moderando nada, sino más bien determinando qué parte de los daños y perjuicios corresponde asumir a cada uno de los contratantes de acuerdo con su culpa.

Tampoco es aceptable que se utilice el artículo 1.103 para «moderar» en los casos tanto contractuales como extracontractuales de concurrencia de causas (o concurrencia de culpa y causa).

La razón de que el Tribunal tenga que disminuir el monto de la indemnización a satisfacer por el causante sobre el de los daños y perjuicios causados no estriba en que se modere la indemnización a que obliga una conducta negligente, sino en que dicha parte no fue causada por la conducta negligente de la persona a quien se pide la indemnización, sino por otra causa.

Es posible que la razón de que el Tribunal Supremo siga utilizando el artículo 1.103 del Código civil en los casos de concurrencia de culpas, y que hable en los mismos de una inexistente moderación, resida más que en la simple inercia, tan difícil en general de corregir, en que resulta un cómodo expediente para fundamentar en él, sin más razonamientos, los porcentajes atribuidos a cada uno de los co-causantes del daño, especialmente en aquellos casos en los que se producen lesiones físicas de importancia o incluso pérdida de la vida.

c) En el caso de que, junto a la culpa de uno de los contratantes, concurran en la producción del daño otras causas externas al contrato.

La sentencia de 29 de diciembre de 1978 contempla un caso de este tipo. Don Enrique compró a través de una cooperativa agrícola 15.000 kilogramos de abono complejo elaborado por una empresa de productos químicos. Dicho abono lo utilizó en tres parcelas de una finca de su propiedad, pero su composición no correspondía a la fórmula que lo individualizaba en el mercado, siendo más baja su calidad. La cosecha de cereales y patatas obtenidas en las parcelas de don Enrique fue inferior a la que hubiera correspondido de haber sido la debida la calidad del abono.

Don Enrique demandó a la empresa química, reclamando el abono de los daños y perjuicios sufridos. En 1.ª Instancia se estimó parcialmente la demanda, condenando a la empresa a abonar al demandante en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 458.705 pesetas y al pago de las costas. Apelada la sentencia por la empresa, la Audiencia la revocó en parte, condenando a la empresa química a pagar a don Enrique la cantidad de 200.000 pesetas, por estimar que en la menor producción agrícola de las parcelas abonadas con el producto objeto de litigio pudieron influir otros factores desfavorables, como meteorología, calidad de las semillas utilizadas, etc. Don Enrique interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

En el recurso de casación se alegaba, en lo que aquí interesa, violación del artículo 1.103 del Código civil; argumento que desestima el Tribunal Supremo, «...toda vez que el artículo 1.103 del Código civil que en este motivo se denuncia, en cuanto posibilita la moderación de la cuantía indemnizatoria que correspondería al responsable de la misma, de una rigurosa apreciación de la prueba practicada sin la ponderación de otros factores que pudieran influir en aquella determinación en el caso supuesto de autos: relación producción obte-

nida y podido obtener fue aplicada por el Juzgador de Instancia, siendo determinante de la reducción de la cuantía indemnizatoria que por dicha relación es objeto de pretensión por la parte actora (63).

Sigue diciendo el Tribunal Supremo en el número 3 de su primer considerando que en orden a la cuestión de los daños y perjuicios y señalamiento de la correspondiente indemnización, es facultad que se atribuye a los Tribunales incluso sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención a las circunstancias del caso, y aunque en el de autos la parte demandante ha suministrado varios datos y elementos de prueba para deducir la cifra indemnizatoria, es también de tener en cuenta que, en la disminución del rendimiento del cultivo, aparte de la influencia de los fertilizantes, pudo también estar determinada por la de otros factores desfavorables, meteorológicos, semillas, etc.; lo que ha movido a la Sala a ejercitar la facultad que le concede el artículo 1.103, moderando la responsabilidad que estima procedente de la negligencia de la entidad apelante, cuantía que finalmente reduce a 200.000 pesetas.

Por más que aquí se hable de que se ha moderado la responsabilidad que se estima procedente de la negligencia de la empresa que fabricó el abono, la verdad es que lo que ha hecho el Tribunal Supremo es apreciar que presumiblemente existieron otros factores que contribuyeron a que la cosecha fuera menor, y que estos factores no eran responsabilidad de la empresa demandada. Por tanto, no se modera la responsabilidad de dicha empresa, sino que se trata de que no responda por causas que no le son imputables. Quizá se ha utilizado el artículo 1.103 en vez del 1.101 (se responde de los daños y perjuicios que se causaron, no de los que sucedieron por caso fortuito o por culpa de otra persona) porque así se podía salvar la dificultad de la prueba de los daños causados.

## VIII. CUANTIFICACION Y MODERACION

En varias sentencias el Tribunal Supremo habla de moderación y del artículo 1.103 del Código civil, pero de verdad no se trata de moderación, sino de cuantificación, para lo que desde luego no es preciso utilizar ese precepto. Veamos algunas de esas sentencias:

*Sentencia de 14 de diciembre de 1894 (64).*—Se trataba de un guarda de un frontón que fallece al caer desde el muro de la fachada del edificio, al ir a colocar unos gallardetes. Su viuda demanda a los propietarios del frontón pidiendo en concepto de daños y perjuicios

(63) La redacción, algo confusa, es la literal de la sentencia.

(64) Los antecedentes de esta sentencia se pueden ver en detalle en el apartado VI de este mismo trabajo.



la cantidad de 21.425 pesetas. En 1.<sup>a</sup> Instancia se condenó a los demandados a abonar a la viuda 5.000 pesetas. Apelada por ésta la sentencia, la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

En el recurso se acusa de violación de los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil por aplicación indebida por proceder la responsabilidad del caso, de culpa extracontractual. Por tanto —se alegaba—, no le era posible al Tribunal de Instancia «guardar la culpa y fijar la indemnización de acuerdo con ellos [los artículos citados]». El motivo decae y las razones que se dan para ello es que los artículos 1.101 y siguientes no se han infringido, porque son disposiciones de carácter general.

Aunque en los considerandos no se habla de ello, parece que en la sentencia no se moderó en absoluto, sino que se cuantificó por una cifra diferente a la que había pedido la demandante.

*Sentencia de 24 de diciembre de 1941 (65).*—En el 5.º considerando se estudia uno de los motivos del recurso referido exclusivamente a la cuantía de la indemnización que la sentencia recurrida ordena pagar a los condenados. El motivo decae porque —dice el Tribunal Supremo— «declarada la existencia y realidad de la culpa y la del daño derivado de ella, la valoración de éste es función privativa del Tribunal de Instancia, al que corresponde fijarla sin que su apreciación, que, además de ser de puro hecho, es ejercicio de facultad discrecional no sujeta a reglas sustantivas, sea impugnabile en casación, según tiene declarada la jurisprudencia de esta Sala al interpretar el artículo 1.902 concordándole con el 1.103 y con el 1.106 del Código civil, cuando se trata de daños cuya valoración, como lo es la de la pérdida de la vida o de la integridad del funcionamiento corporal, no puede descansar, por lo menos de manera exclusiva, en pruebas objetivas; doctrina que no permite que se entienda que el Tribunal *a quo* ha infringido los preceptos legales y jurisprudencia que en el motivo se citan».

También aquí nos encontramos con que el Tribunal Supremo confunde la función de moderación del artículo 1.103 del Código civil con la de la valoración de los daños sufridos.

*Sentencia de 10 de noviembre de 1978.*—Los hermanos P. R. demandan a los hermanos A. C. sobre reclamación de pensión alimenticia.

Don Diego P. era dueño de la finca «La Alcaparra» y de sus instalaciones. En dicha finca vivían y trabajaban en la industria «Aceites Campanario», inscrita en el Registro Mercantil a nombre del cita-

---

(65) Los antecedentes de la sentencia se pueden ver en el apartado X, 2 de este mismo trabajo.

do don Diego, los hermanos A. C. A la muerte de don Diego le suceden sus hijos, hermanos P. R., que demandan a los hermanos A. C., para que se reconozca que no tienen obligación de pasar a éstos pensión alimenticia alguna, que entre ambas partes no existe actualmente ninguna relación de servicio, mandato o de cualquiera otra naturaleza que obligue a los primeros a respetar a los segundos en la ocupación gratuita de las viviendas sitas en la finca «La Alcaparra», que actualmente habitan, y que, por tanto, deben desalojarla.

Los demandados, hermanos A. C., reconviene pidiendo que se reconozca la existencia de una sociedad irregular para la explotación de las industrias «Campanario» entre el fallecido don Diego, como socio capitalista, y ellos, como socios industriales, y que, al ocupar los herederos de don Diego el lugar de éste y no continuar la sociedad, se les abonen los daños y perjuicios que se les han seguido.

El Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia estima la demanda principal, declarando, por tanto, que ningún derecho tenían los hermanos A. C. a recibir pensión alimenticia alguna de los P. R., y tampoco a las viviendas, por lo que se les ordenaba desalojarlas. A su vez estimó íntegramente la demanda reconventional, condenando a los actores a aportar a la sociedad formalmente constituida, «Industrias Campanario», la finca rústica «La Alcaparra», con todas sus edificaciones en el estado en que se encontraba cuando se constituyó la sociedad anónima. Apelada la sentencia, la Audiencia confirmó lo referente a las demandas principales y revocó el resto de lo resuelto en relación con la reconvencción, y en su lugar condena a los actores principales a que abonen a los reconvinientes la suma de 14.000.000 de pesetas.

La representación de los demandados interpuso recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso y dictó segunda sentencia modificando la del Juzgado en lo referente al *quantum indemnizatorio*, decidiendo que, para hallarlo, hay que valorar en su totalidad la industria «Campanario», deducir de ese valor global el de los bienes inicial y posteriormente desembolsados por el socio capitalista don Diego, al que ahora sustituyen los actores, y distribuir la diferencia por partes iguales, mitad para los hermanos P. R. y mitad para los A. C.

Hubo dos recursos de casación, ambos de los hermanos A. C.; el primero de los cuales, entre otros motivos, por violación del artículo 1.103.

Como cuestión previa, el Tribunal Supremo establece que los demandados estaban en la industria por algo más que por relaciones de dependencia, que eran tenidos por hijos del causante, y existió entre ellos una especie de sociedad irregular. Se les trajo del lugar donde cursaban sus estudios a la finca y con su trabajo enriquecieron la industria, viéndose ahora privados de los beneficios que por su situación les correspondían.

Por todas esas razones —entiende el Tribunal Supremo—, el *quan-*

*tum* indemnizatorio no debe ser el acogido por la Sala de Instancia, sino el resultante de la índole de la relación social a que se hallaban vinculados, en ortodoxa aplicación de los artículos 1.689 y 1.708 del Código civil, que prevén que, a falta de pacto (como ocurre aquí), la parte de cada socio en pérdidas y ganancias debe ser proporcionada a lo aportado; de modo que el socio de industria (lo son los demandantes) tendrá una parte igual a la del que menos haya aportado. Las ganancias nunca llegaron a distribuirse, sino que se acumularon al capital. De ahí que lo justo sea repartir un 50 por 100 a cada uno de los grupos de hermanos.

Lo que más interesa es el considerando 7.º, que dice lo siguiente: «Tampoco empee a la solución acogida del examinado motivo 1.º del recurso de casación ejercitado por don Diego Luis A. C. la reiterada doctrina jurisprudencial sancionadora de que la apreciación del *quantum* indemnizatorio es de la libre apreciación de la Sala sentenciadora de instancia, puesto que ello a lo que estricta y rigurosamente afecta es a la cuantía del daño o perjuicio indemnizable, *pero no en lo que se contraiga al aspecto de las bases a tener en cuenta para fijarlo*, ya que éstas son los antecedentes precisos para efectuarlo y precisan ser inexcusables para concretar tal *quantum*, en el que desparece la facultad discrecional del Juzgador cuando, como en el supuesto contemplado sucede, existen reglas legalmente predeterminadas para llegar a su determinación exacta y adecuada».

En este caso el Tribunal Supremo parece distinguir entre la cuantificación del daño indemnizable y la fijación de la indemnización, aunque semejante distinción no resulta clara.

*Sentencia de 9 de julio de 1979 (66).*—En el primer considerando se dice que la fijación de su cuantía [la de los daños y perjuicios] es cuestión de hecho atribuida a la facultad discrecional del juzgador de instancia que sólo puede impugnarse por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el segundo considerando después de decir que en el caso de la sentencia no existió —como pretendía la parte recurrente— concurrencia de culpas, sigue diciendo textualmente que «...siendo cuestión distinta [de la de la inexistencia de culpas concurrentes] la de la moderación de los conceptos indemnizatorios en relación a las circunstancias concurrentes, pero esto constituye una facultad discrecional del Juzgador, conforme preceptúa el artículo 1.103 del Código civil, por lo que hacer o no hacer uso de ella no puede ser motivo de casación».

Igual que en las anteriores sentencias recogidas hay una confusión de la cuantificación del daño con la moderación de la indemnización.

*Sentencia de 17 de noviembre de 1980.*—El 2 de abril de 1974 don Juan conducía un turismo de su propiedad. Al tomar una curva,

---

(66) Para los antecedentes de la sentencia ver el apartado X, 2 de este trabajo.

en una maniobra imprudente, invadió el carril del sentido contrario colisionando frontalmente con otro vehículo, que circulaba correctamente, conducido por su propietario don Blas. A consecuencia de dicha colisión falleció don Blas. Su viuda interpuso demanda, reclamando que se le indemnizasen los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su marido. En 1.<sup>a</sup> Instancia el Juez estimó parcialmente la demanda, condenando al demandado a pagar a la actora 9.000.000 de pesetas, desestimando, en cambio, las pretensiones de ésta respecto a la compañía aseguradora del vehículo causante del daño. La actora apeló la sentencia. La Audiencia estimó parcialmente el recurso confirmando la condena de 9.000.000 de pesetas al demandado y condenó a la compañía de seguros solidariamente con el demandado. Interpuso recurso de casación por la representación de la compañía de seguros, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

En el 2.<sup>o</sup> considerando se rechaza el 4.<sup>o</sup> motivo del recurso, que denunciaba la interpretación errónea del artículo 1.103 del Código civil, «toda vez que se trata de la cuantía de la indemnización, facultad discrecional de los Tribunales de instancia, no pudiendo ser, por tanto, motivo de casación».

De nuevo hay confusión entre cuantificación de la indemnización, difícil por tratarse de un caso de muerte, con la moderación del artículo 1.103 del Código civil.

*Sentencia de 20 de diciembre de 1980.*—«Agromán, S. A.» causa daños a otras edificaciones contiguas (al construir unos edificios). La comunidad de propietarios de los edificios perjudicados interpone una demanda contra la constructora reclamando la indemnización de los daños y perjuicios producidos.

En 1.<sup>a</sup> Instancia se estimó la demanda condenando a «Agromán, S. A.», a que abonase las cantidades de 251.000 y 18.435.000 pesetas y a abonar los gastos de la demolición y posterior reconstrucción de uno de los edificios. Apelada la sentencia, la Audiencia revoca en parte la sentencia de 1.<sup>a</sup> instancia condenando a la empresa «Agromán» a que pague 18.435.000, 251.000 y además 900.000 pesetas a la comunidad de propietarios. Los actores interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el primer considerando se analiza el motivo 2.<sup>o</sup> del recurso, infracción por aplicación indebida del artículo 1.103 del Código civil por entender que, al tratarse de un caso de responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual, no es aplicable dicho precepto legal. El Tribunal Supremo rechaza el motivo. Entiende que la invocación que la Sala de instancia hace del artículo 1.103 es a mayor abundamiento, y, por tanto, no es determinante del fallo, *no dándose el recurso de casación contra los considerandos si no tienen su reflejo en la parte dispositiva de la sentencia*. Entiende también que «es facultad privativa de los Tribunales de instancia la de moderar a su

prudente arbitrio la responsabilidad del agente, reduciendo, en la proporción que estimen, la cuantía de la indemnización». En el caso de la sentencia —añade— valorando todas las pruebas y teniendo en cuenta además todas las circunstancias y factores concurrentes en los edificios dañados por la actuación culposa de la empresa constructora, que llevaba a efecto la erección de un edificio contiguo, el valor de tales inmuebles, en mal estado de conservación dada su antigüedad, las abundantes grietas existentes con anterioridad a los daños, cuya cuantía es objeto de la reclamación deducida en la demanda rectora del proceso, llega a la conclusión de ser la suma de 900.000 pesetas la adecuada a la finalidad de reponer las condiciones de habitabilidad de los edificios dañados». Continúa el Tribunal Supremo diciendo que con ese abono se cumple la obligación establecida en el artículo 1.902 del Código civil de reparar los daños causados, bien restituyendo la cosa dañada a su anterior estado, bien, como en este caso, indemnizando. Finaliza el Tribunal Supremo diciendo que «el Juzgador de instancia usando del arbitrio y discrecionalidad que la ley le concede, puede decidir cuál ha de ser la cuantía de la indemnización, como ha hecho en el presente caso, teniendo en cuenta el resultado valorativo de los diversos elementos probatorios utilizados».

*Sentencia de 3 de abril de 1981.*—José circula con su vehículo en una noche de niebla por un camino vecinal de firme irregular y poca anchura, a lo que puede sumarse escasa visibilidad por la existencia de hierba. En dichas circunstancias atropella a dos jóvenes.

Los dos muchachos fallecen a consecuencia del accidente. Los padres de los mismos interponen demanda contra el conductor del vehículo y su compañía aseguradora por los daños y perjuicios causados. En 1.ª Instancia se estima parcialmente la demanda y se condena al conductor a que abone a cada uno de los actores la cantidad de 800.000 pesetas, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la aseguradora hasta los límites del seguro obligatorio. Apelada la sentencia por la representación de los actores, se estimó en parte el recurso y se condenó al demandado y a su aseguradora (ésta con carácter subsidiario) a abonar a cada uno de los actores 1.000.000 de pesetas. Los demandados interpusieron recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el 1.º considerando se establece la culpa del conductor en el accidente, señalando que también existió culpa por parte de las víctimas (la sentencia dice que queda fuera de duda su conducta imprudente, pero no especifica en qué consistió dicha imprudencia), aunque no de tal entidad como para atribuir a ellos exclusivamente el siniestro ocurrido, «al ser éste el resultado de dos conductas de valoración jurídica distinta, pero que es preciso apreciar en su conjunto a fin de llegar a la compensación de culpas que determine el *quantum* de la indemnización que ha de concederse a los actores por el fallecimiento de sus hijos, que llega a establecer por aplicación de la facultad

moderadora que el juzgador otorga al artículo 1.103 del Código civil, y que fija en la cantidad de 800.000 pesetas por cada uno, aunque tal razonamiento no es aceptado por la segunda sentencia, que lo establece en la suma de 1.000.000 de pesetas para cada uno...».

*Sentencia de 5 de octubre de 1983.*—Una compañía mercantil celebró un contrato de compraventa en documento privado con don Valentín, la primera como vendedora y el segundo como comprador, de un local de negocio. En ese contrato existía una cláusula que establecía para el comprador la prohibición de destinar nunca el local adquirido a farmacia. El comprador vendió (sin hacer constar la existencia de la cláusula prohibitiva) a su vez el local en documento privado a otra persona que lo destinó a farmacia. La representación de la compañía mercantil formuló demanda contra su comprador y contra el segundo comprador. El Juez de 1.ª instancia desestimó la demanda, absolviendo, por tanto, a los demandados y estimando en cambio la reconvenición, condenó a la actora a otorgar escritura pública del contrato privado. Apelada la sentencia por la actora, la Audiencia, estimando el recurso, revocó en parte la sentencia apelada, en lo tocante a declarar la validez de la cláusula de prohibición, aunque sin más alcance que el obligacional estrictamente referido al demandado. Y condenó al primer comprador a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la actora con el pago de 2.350.000 pesetas. El demandado interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el 8.º considerando de la sentencia se estudia el motivo 4.º del recurso, que denunciaba la no aplicación de los artículos 1.101 y 1.106 del Código civil. El Tribunal Supremo declaró dicho motivo inviable, «porque lo que en él se hace es impugnar los hechos clave que se tuvieron en cuenta por la sentencia recurrida para declarar la existencia del incumplimiento o infracción contractual causa del resarcimiento establecido, tema que, como es sabido, es cuestión de hecho impugnabile sólo por la vía del número 7.º del artículo 1.692 y no por la del primero, es decir, con la demostración del error padecido en la apreciación de la prueba, cosa que no se hace, como tampoco se consigue al formular en el motivo 6.º la acusación de error de Derecho —éste sí por la vía del número 7.º— y la infracción del artículo 1.227 del Código civil, y ello con el fin de mostrar que el otro documento privado de venta que la Sala ponderó como guía para fijar la indemnización (venta del mismo vendedor a otro tercero de otro local para farmacia con la cuantía o precio que allí se especificaba) no podía afectar como tercero al recurrente, ya que es claro que la Sala sólo lo utilizó para ese fin, como simple referencia para fijar comparativamente el perjuicio sufrido por la vendedora (que por haberse establecido la farmacia en el local vendido por la recurrente, no pudo vender el otro local para lo mismo, por la prohibición legal de distancia entre esas oficinas), como un dato que el Tribunal tuvo

en cuenta para su cálculo, sin que ello significara vinculación para el recurrente, sino criterio orientativo, como pudiera haberlo sido otro, dentro del margen que para fijar cuantitativamente la responsabilidad contractual concede al Juez el Código civil (artículo 1.103)».

*Sentencia de 22 de febrero de 1985.*—En una casa propiedad del Estado español se produce la rotura de las conducciones de agua. Ello dio lugar a un corrimiento de tierras por reblandecimiento de las mismas; lo que afectó a una casa contigua de propiedad particular, produciéndole daños de importancia. Los propietarios de la casa interpusieron demanda en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por valor de 3.295.000 pesetas (valoración de los daños causados realizada por perito). En 1.<sup>a</sup> instancia se estimó la demanda y se condenó al Estado a pagar a los demandantes la cantidad pedida.

Apelada la sentencia por el Abogado del Estado, la Audiencia revocó en parte la sentencia, condenando al Estado a abonar a los propietarios de la casa derruida 2.500.000 pesetas.

La representación de los demandantes interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Después de declarar probado que el hundimiento de la casa fue debido a negligencia del Estado, se dice (en la segunda parte del primer considerando) que «en lo que afecta al *quantum indemnizatorio* y su fijación, si bien la Sala de instancia pasa por la valoración que hizo el perito en el momento procesal oportuno de 3.295.000 pesetas, en aplicación del principio de la moderación de libre apreciación por los Tribunales sancionado en el artículo 1.103 del Código civil, aplicable a estos supuestos de culpa extracontractual, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes de la antigüedad de la edificación (más de 300 años) con la consiguiente debilitación de los materiales y la antigua apertura de huecos en la primera planta (balcones), lo que la hacen de una mayor vulnerabilidad ante el evento producido, y, por ende, que tenga un menor valor real, fija los daños en la cantidad de 2.500.000 pesetas».

Por más que en el caso se utilice el artículo 1.103 y su facultad de moderación, es indudable que lo que se hace no es moderar una responsabilidad que se debía, sino más bien disminuir el monto de los daños que se había fijado por ser éstos en la realidad inferiores. Así, pues, se trata de cuantificación y no de moderación.

*Sentencia de 17 de diciembre de 1985.*—Don Mohandas contrató con una empresa constructora la construcción de un edificio en un solar de su propiedad. Se había pactado que antes de realizar el vaciado de la obra se consultara al arquitecto que la dirigía, lo que no se hizo, ocasionándose como consecuencia una serie de daños, sin que se pudiera por el momento proseguir la construcción. Don Mohandas interpuso demanda contra la empresa constructora. Por motivos de carácter procesal que no interesan a nuestros efectos se desestimó la demanda en 1.<sup>a</sup> instancia. Apelada la sentencia por el

actor, la Audiencia estimó el recurso declarando resuelto por incumplimiento el contrato de arrendamiento de obra. Además condenó a la empresa a indemnizar los daños y perjuicios que su negligencia provocó, con la cantidad que se fijaría en el trámite de ejecución de la sentencia. Ambas partes interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los mismos.

En el 5.º Fundamento de Derecho de la sentencia se dice lo siguiente: «Cuestionado por el demandante el límite que la sentencia combatida pone en orden al tiempo durante el que han de computarse los perjuicios sufridos [se refiere el retraso en la ejecución de la obra, aumento de los costes de decoración y mobiliario (el edificio que se iba a construir se iba a destinar a viviendas amuebladas para alquilar) y pérdida de beneficios que resulten de no poder explotar la edificación, que dice la sentencia recurrida que tales perjuicios se entenderán sólo por el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda en esta litis] que es el tema del recurso del actor, ha de rechazarse este motivo en que tal pretensión se plantea, aténidos no sólo el principio de moderabilidad discrecional de la responsabilidad procedente de negligencia que proclama el artículo 1.103 del Código civil, sino la circunstancia de que tampoco se contradice razonablemente por el interesado la afirmación de la propia negligencia, que en la interposición de la querrela y actuaciones penales subsiguientes le imputa la sentencia recurrida...».

Aquí no se modera, puesto que lo que se hace es apreciar que, si bien el tiempo transcurrido sin poder continuar con la edificación ha perjudicado en los extremos antes vistos al demandante, también es cierto que éste tampoco se ocupó de ser lo bastante diligente a la hora de reclamar sus derechos; por lo que en el daño final tuvo también parte. Lo que hace el Tribunal Supremo, al disminuir el monto de éstos (con el sistema de que dichos daños se contabilicen desde la interposición de la demanda) por la parte de culpa que en su origen tuvo el propio demandante, es llevar a cabo una cuantificación de los daños atribuibles a la conducta del mismo.

No cabe duda de que el Tribunal Supremo yerra cuando no distingue con claridad la moderación de la cuantificación. Son dos tareas muy diferentes, la de hacer el cálculo del monto de los daños que se causaron y la de si se dan en el caso o no las circunstancias adecuadas para proceder a la reducción de ese *quantum* resultante por medio de la facultad de moderación. El que se trate de dos cosas tan distintas tiene consecuencias importantes. El cuantificar es una labor a realizar por la Sala de Instancia, estrechamente relacionada con la valoración de la prueba practicada, labor que frecuentemente entraña una gran dificultad, especialmente en supuestos de indemnización por daños morales, o bien por lesiones a las personas o incluso por muerte de las mismas. La traducción de estos daños a una



medida económica, como dice De Angel (67), precisa de «criterios siempre discrecionales (68), necesariamente circunstanciales y de imposible objetivación» (69). La cuantificación es una cuestión de hecho, no recurrible en casación salvo por la vía del error. La moderación, en cambio, es una cuestión de Derecho y, por tanto, es recurrible en casación por la vía de la infracción de ley (70).

Es esa misma falta de claridad en la distinción de los dos conceptos, la que ha hecho decir al Tribunal Supremo en alguna ocasión que no es posible moderar la responsabilidad procedente de una obligación cuando existe una norma legal que fija el *quantum indemnizatorio*. Siendo evidente que en esas circunstancias lo que no puede en modo alguno la Sala de Instancia es cuantificar de otra forma que la que marca el precepto legal que lo haya prefijado, eso nada tiene que ver con la posibilidad de moderar que existe también en esos casos, precisamente por ser algo diferente de la cuantificación.

Concretamente, toca este extremo la sentencia de 30 de junio de 1981, que se ocupa de un caso de incumplimiento de un contrato de transporte mercantil.

*Sentencia de 30 de junio de 1981.*—Celebrado un contrato de transporte de mercancías entre don José y «Transportes Ebro» las mercancías no llegan a su destino, al parecer por un accidente del vehículo. Don José interpone demanda reclamando los daños y perjuicios sufridos. En 1.ª instancia se condena al demandado a pagar al actor la cantidad de 1.859.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia estima en parte el recurso y condena a la empresa «Ebro» a pagar 1.000.000 de pesetas. La representación del actor interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso dictando 2.ª instancia en la que confirmó la de 1.ª instancia.

En el 2.º considerando de la sentencia se menciona que los razonamientos de la de 1.ª instancia y de la Audiencia son similares, pero en la primera se condena al pago de la suma que representa el valor de las mercancías transportadas (fijado pericialmente en 1.859.000 pesetas) y en la segunda la Audiencia hace uso de la facultad de moderación reduciéndola a 1.000.000 de pesetas. Es contra ese pronunciamiento contra el que se alzan los tres motivos del recurso. Se denuncia la infracción por violación de los artículos 379, en relación con el 363, párrafo 1.º, ambos del Código de comercio, y la indebida apli-

---

(67) *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 235.

(68) La misma lesión física que deja como secuela una gran cicatriz que en la cara no ocasiona igual perjuicio a un hombre ya mayor que a una joven actriz cinematográfica.

(69) Ver el apartado XIV.

(70) La cuantificación en algunos casos podrá ser una mera operación matemática, pero en otros (daños corporales o morales de las personas) puede ser discrecional en sentido estricto.

cación del artículo 1.103 del Código civil, que ha sido indebidamente aplicado o erróneamente interpretado.

En el 3.º considerando se señala que, al no llegar las mercancías a su destino, la responsabilidad del porteador es, a tenor de los artículos 362, 363 y 379 del Código de comercio, la de abonar el importe de las mercancías, «o sea, el del valor que tuvieren los no entregados, en el punto donde debieron serlo y en la época en que corresponda hacer la entrega; a la vista de lo cual el *quantum indemnizatorio* no ha de ser la cantidad que el porteador ha de abonar al cargador, sin que tal suma pueda ser reducida, a la vista de tales preceptos, como estableció la sentencia de 19 de diciembre de 1944», al sentar que «estableciéndose en este artículo —se refiere al 363— en la obligada relación que guarda con el 361, que el porteador, cuando a ello viene obligado, ha de pagar el valor de las mercancías que no entregue, apreciado por el que tuvieran en el tiempo y lugar de la recepción», y —continúa el Tribunal Supremo— «ni es dado al juzgador separarse de esa norma, salvo en el caso de que otra cosa se hubiere convenido en el contrato, ni puede a pretexto de consideraciones de equidad, de mayor o menor relieve, prescindir de una norma reguladora de su conducta, de ahí que no sea dable a la Sala de Instancia hacer uso de la facultad de moderación, cuando existe una norma concreta que establece el *quantum indemnizatorio*».

De lo dicho por la sentencia podría entenderse, literalmente, que si hay un precepto que cuantifica los daños, ya no puede utilizarse el artículo 1.103. El Tribunal Supremo de nuevo aquí confunde la moderación con la cuantificación, sin darse cuenta que la cuantificación es actividad necesaria en todo tipo de daños, previa a la moderación que se dará o no según los casos. Pero luego siguiendo con el examen de los considerandos leemos lo siguiente: «A más que el uso de tal facultad sólo puede utilizarse cuando con la estimación de la pretensión actora se contravenga la equidad que siempre ha de presidir toda resolución judicial; además, la facultad de moderar podrá ser utilizada por los Tribunales según los casos, esto es, como se dice en la sentencia de 3 de abril de 1940, «atendidas las circunstancias y normas legales que los afecten», y, en todo caso, dando las razones que justifiquen el uso de tal facultad...». Si atendemos a todas las circunstancias del caso, vemos que en realidad el Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia porque entiende que no había motivo alguno para proceder a la moderación de la responsabilidad del transportista y porque la cuantificación de los daños no era algo a apreciar libremente por la Sala de Instancia, sino que ésta debía ceñirse a los preceptos que se ocupan del asunto en el Código de comercio.

El fallo es correcto. No se modera porque no concurrían las cir-

cunstancias para ello. Pero es incorrecto el argumento utilizado de que no es posible moderar cuándo hay un precepto legal que cuantifica el daño.

## IX. NATURALEZA DE LA FACULTAD DE MODERACION DEL ARTICULO 1.103 DEL CODIGO CIVIL

### 1. La moderación como forma de aplicación de la equidad

La naturaleza de la facultad de moderación concedida a los Tribunales en el artículo 1.103 del Código civil no es una cuestión que aparezca exenta de dudas, posiblemente porque como ya hemos visto no es claro el origen de tal regla ni tampoco su sentido último (71).

Una opinión al respecto es que dicho precepto responda a la idea hoy expresada (72) en el artículo 3.2 del Código civil: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, *si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*». La regla contenida en el artículo 1.103 del Código civil brindaría —según esa postura— la posibilidad de aplicar la equidad en la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, siempre que la conducta cuasante del daño sea culposa.

Sobre este punto concreto la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente en sentido afirmativo en varias ocasiones.

La *sentencia de 3 de marzo de 1978* se ocupaba de un caso con los siguientes antecedentes. D. X. terminó el día de autos las operaciones de laboreo agrícola en una parcela propiedad de D. Z., que le había contratado para ello. Al salir de la zona donde había efectuado las faenas de roturación, no detuvo el funcionamiento del motocultor ni, por tanto, la rotación de sus aspas, destinadas a levantar el terreno cultivable. Para alejarse de la zona cultivada no lo hizo por el punto usualmente utilizado, sino a través de una pequeña franja o arcén y una rudimentaria reguera de escasos centímetros, inmediatas al pasillo de grava que conduce a la vivienda. Allí los brazos del aparato rotatorio se engancharon con dos cables eléctricos, que desenterraron, produciéndose una descarga que provocó la muerte del trabajador por síncope cardíaco causado por la electrocución.

La viuda del trabajador demanda al propietario de la finca reclamando que se le indemnicen los daños y perjuicios sufridos. En

---

(71) Ver apartados I y II de este mismo trabajo.

(72) Sobre si este precepto tiene alguna utilidad o si carece de ella, vid. CARRASCO PERERA: *Comentario a la sentencia de 19 de abril de 1985*, en «CCJC», abril-agosto, 1985, T. 8, p. 2585.

1.ª instancia se absuelve al demandado, por estimar que el accidente se debió a culpa exclusiva de la víctima. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación, éste prosperó, condenándose al demandado a pagar a la actora la cantidad de 300.000 pesetas (lo que se pedía era el doble).

El Tribunal Supremo en sus considerandos señala que la indemnización concedida a la viuda de la víctima es menor que la pedida por apreciarse la existencia de concurrencia de culpas, pues tanto el propietario de la finca como el trabajador actuaron negligentemente. El primero por no poner en conocimiento del obrero la existencia de los cables y su peligro. El segundo por no parar el motocultor al terminar el trabajo. Negligencias que el Tribunal Supremo considera de igual entidad, por lo que la moderación realizada es reducir la indemnización a la mitad de lo pedido.

En el último considerando se dice textualmente que, «la interferencia en el nexo causal de la actuación negligente de la propia víctima, concomitante con la del dañador, pero sin llegar a la ruptura de la causalidad, ocasiona una hipótesis de concurrencia culposa que, siendo equiparables por su rango y virtualidad las respectivas conductas, *determina la moderación de la responsabilidad exigible y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización, no sólo por el juego del artículo 1.103 del Código civil, que contempla una facultad moderadora no privativa de las obligaciones contractuales, sino por palmarias razones de equidad y lógica, según lo tiene declarado la jurisprudencia*, imponiendo en tales eventos una solución compensatoria proporcional a la influencia que las actividades culposas coeficientes (73) hayan tenido en la causación del daño».

*Sentencia de 30 de junio de 1981.*—Se celebra un contrato de transporte entre don José y «Transportes Ebro, S. A.» Las mercancías no llegan a su destino, al parecer por un accidente del vehículo que las transportaba. Don José interpone demanda en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos contra el conductor del vehículo y el dueño de la empresa transportista. En 1.ª instancia se condenó a los demandados a pagar la cantidad de 1.859.000 pesetas. Apelada la sentencia por éstos, la Audiencia absolvió al conductor del vehículo y redujo la cantidad que debía pagar la empresa a 1.000.000 de pesetas. El demandante interpone recurso de casación por infracción de los artículos 279 y 363.1 del Código de comercio, y la indebida aplicación o errónea interpretación del artículo 1.103 del Código civil. El recurso interpuesto prosperó, confirmándose por el Tribunal Supremo la sentencia de 1.ª instancia.

En los Fundamentos de Derecho de la sentencia se hace hincapié

---

(73) Aunque la expresión es literal, evidentemente, se trata de un error y es *concurrente*.

en que, de acuerdo con los artículos del Código de comercio alegados por el recurrente, la responsabilidad del porteador es abonar el importe de las mercancías que no llegaron a entregarse y que no se debió moderar el monto de la indemnización, puesto que «el uso de tal facultad [la de moderar el artículo 1.103 del Código civil] sólo puede utilizarse cuando con la estimación de la pretensión actora se contravenga la equidad que siempre ha de presidir toda solución judicial» (74).

La *sentencia de 1 de julio de 1983*, se ocupa del caso de un matrimonio que contrata con una empresa la colocación de una moqueta en la tienda que regentan. En el curso de la colocación de la moqueta, el operario que la realizaba, al extender con la espátula el pegamento que debía adherirla al suelo, debió tocar uno de los enchufes existentes, bien con el mismo pegamento o con la espátula sucia. La composición altamente inflamable del pegamento originó un incendio que destruyó el local y las mercancías allí almacenadas. Los propietarios de la tienda interponen una demanda de reclamación de cantidad por los daños y perjuicios producidos contra el operario instalador y la empresa con que habían contratado. En 1.<sup>a</sup> instancia se condena solidariamente a los demandados a que abonen a los actores los daños y perjuicios que se acrediten en el período de ejecución de sentencia y que paguen a las compañías aseguradoras de éstos (fue fueron demandantes con el matrimonio de comerciantes) 975.000 Y 2.380.000 pesetas, respectivamente. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó; estimando en parte la demanda, condenó a los demandados a pagar a las aseguradoras 713.000 y 1.750.000 pesetas, y al matrimonio 2.662.012 pesetas. Interpuesto recurso de casación por los demandados, éste no prosperó.

El único motivo en que se basaba el recurso era aplicación indebida de los artículos 1.103, 1.902 y 1.903 del Código civil, y de la doctrina que sobre la compensación de culpas se cita en la sentencia. El Tribunal Supremo desestima dicho motivo diciendo que «si bien es cierto que en los supuestos en que a la producción del resultado dañoso haya concurrido, junto a la culpa del agente, la propia del perjudicado, actuando ambas conductas negligentes como concausas en su producción, *los Tribunales tienen facultad para, tras la correspondiente ponderación o valoración del grado o intensidad de cada una, repetir equitativamente sus consecuencias económicas...*». Conti-

---

(74) La sentencia de la Audiencia decía textualmente: «Si bien el Tribunal en uso de la facultad que le confiere el artículo 1.103 del Código civil estima equitativo y justo fijar la cuantía de los daños reclamados en la cantidad total de 1.000.000 de pesetas». Actuación criticada por el Tribunal Supremo, puesto que estimaba, aunque lo diga de forma algo confusa, que el fijar, como hizo la Sala de instancia, la indemnización en el precio de las mercancías que no se entregaron, a tenor de lo dispuesto en el Código de comercio, no era algo contra la equidad (por más que literalmente en ella se apoye la sentencia de la Audiencia) y, por tanto, no moderable.

núa después exponiendo que en el caso había negligencia por parte del operario, pero que también la había por los dueños del establecimiento siniestrado, ya que la instalación eléctrica no se encontraba en condiciones adecuadas.

La *sentencia de 10 de diciembre de 1986* es bastante importante en el punto que ahora estoy examinando.

La empresa «Conver Suita» contrata a dos aparejadores, un arquitecto y un constructor. Les encomienda la dirección y ejecución de un grupo de viviendas. Una vez terminadas éstas, se aprecian en algunas de ellas defectos de cierta trascendencia. «Conver Suite» interpone demanda en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos. En 1.ª instancia se desestimó la demanda. En apelación se estimó en parte el recurso interpuesto por la actora, absolviendo a los aparejadores y condenando al constructor y al arquitecto a pagar solidariamente los gastos de reparación de los defectos determinados en el informe pericial, según el valor referido a la fecha de su emisión. Lo que debía determinarse en el trámite de ejecución de sentencia, sin que el valor de la indemnización pudiese rebasar el 50 por 100 de la contrata inicial [que fue de 8.149.680 pesetas]. Interponiendo recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo lo desestimó.

En el recurso se acusaba de vulnerar los artículos 1.101 y 1.107, al haberse puesto límites a la indemnización, pues la facultad moderadora del artículo 1.103 —según la recurrente— sólo puede aplicarse al lucro cesante pero no al daño emergente; y en este caso el límite puesto a la indemnización hacía que ésta fuera inferior a tal daño.

El Tribunal Supremo estimó que tal motivo debía decaer porque la facultad de moderación del artículo 1.103 se extiende tanto al lucro cesante como al daño emergente. Además —añadía la sentencia—, el límite establecido para la responsabilidad de los demandados tiene una justificación que «resulta palmaria con sólo tener en cuenta que la ejecución total de la obra subió a 8.149.680 pesetas y, según se consigna en el 7.º considerando de la sentencia impugnada, la misma actora en la demanda de conciliación estimó los daños en 6.670.800 pesetas y en el contrato que se celebró el 8 de julio de 1976 con otra empresa constructora el coste de las obras de reparación se cifró en 12.800.000 pesetas, más otros 2.500.000 para imprevisos, todo lo cual lleva a la conclusión *de la razón de equidad* que indujo al Juzgador a establecer la indicada atenuación de la responsabilidad, so pena que la cantidad a satisfacer por los daños y perjuicios pudiera superar el importe de lo percibido por la total obra ejecutada por el constructor demandado, tanto la deficiente como la ajustada al proyecto».

En la *sentencia de 14 de diciembre de 1963* se pedía por los hijos de un primer matrimonio la nulidad de ciertos actos a favor de hijos del segundo matrimonio realizados por el padre común a todos.

El Juez de 1.<sup>a</sup> instancia estimó en lo sustancial la demanda. Apelada la sentencia la Audiencia la confirma. Se interpuso por los demandados recurso de casación, que prosperó. El Tribunal Supremo dice, acogiendo el motivo del recurso de aplicación indebida del artículo 6.2 del Código civil, que «la Audiencia aplicó al caso —lo mismo que su inferior el Juzgado— la equidad; motivo que con toda evidencia debe acogerse, porque cualquiera que sea el concepto doctrinal que se tenga de la equidad (justicia íntima del problema puesto a debate, moderación de los rigores del Derecho objetivo, proporción de igualdad, etc.), no es regla de la actividad judicial decisoria en nuestro Ordenamiento jurídico a falta de ley y costumbre, fuera de los supuestos en que el legislador patrio remite la solución a la referida equidad en forma expresa, como lo demuestran los artículos 1.103, 1.690, 1.801 y 1.151 (75) del Código mencionado, por no citar otros congéneres; sin que esto quiera decir que el principio *aequitas in dubio prevalet* no tenga a veces aplicación en defecto de las normas supradichas (ley y costumbre), pero sólo si la duda resulta de los propios elementos del juicio».

En la *sentencia de 5 de diciembre de 1959* no se menciona para nada la palabra equidad, pero resulta bastante claro que la utilización del artículo 1.103 ha sido en este caso una forma de aplicar dicho principio general.

El señor X compra un terreno propiedad de varias personas, pero en el contrato de compraventa no prestaron consentimiento las esposas de los vendedores, quienes apoyándose en esa circunstancia incumplieron el contrato. El comprador interpone demanda de juicio declarativo contra los vendedores pidiendo que se declare la validez del contrato (por existir consentimiento tácito de las esposas) o, en última instancia, subsidiariamente la devolución del precio de la venta, más los gastos, daños y perjuicios causados al actor, que restituiría previamente a los demandados la finca.

Los vendedores se opusieron a la demanda en cuanto a la validez del contrato, allanándose a la petición subsidiaria. En 1.<sup>a</sup> instancia se estimó parcialmente la demanda y, como consecuencia, la nulidad de la compraventa, condenándose a los vendedores a devolver al comprador el precio con los intereses legales y a pagar los daños y perjuicios, previa restitución de la finca. Declarada firme la sentencia, en su ejecución la parte demandada impugnó la liquidación propuesta por la parte actora, dando lugar al presente proceso.

En 1.<sup>a</sup> instancia se dictó auto por el que se estimaba que la cantidad a pagar al actor como daños y perjuicios era 630 pesetas más el interés legal de la suma pagada por derechos reales. Apelado el auto, fue revocado por la Audiencia territorial, la cual declaró que

---

(75) Sin duda, se trata de una errata, y de verdad debe referirse al artículo 1.154.

la cantidad a satisfacer en concepto de daños y perjuicios era de 4.147,38 pesetas por el importe de los derechos reales de la transmisión declarada nula, otras pequeñas cantidades de diversos pagos realizados por el actor y 150.000 pesetas en concepto de indemnización por la revalorización de los terrenos vendidos. Los demandados interpusieron recurso por infracción de ley, que no prosperó.

En los considerandos de la sentencia se dice que «...en la precisa ejecución de ese importe extremo [fijación del monto de los daños y perjuicios en el trámite de ejecución de la sentencia] surgió el problema del alcance y contenido de la entidad de los daños y perjuicios que *in genere* aceptaron los demandados al allanarse en la formación antedicha, sin producir contra lo así resuelto el recurso de apelación, ni siquiera pretender aclarar el aludido fallo por la vía del artículo 373 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fijando el montante el Tribunal *a quo* en el auto de 22 de marzo de 1954, en la *suma de 150.000 pesetas, habida cuenta del mayor valor del terreno, sin atenderse exclusivamente al dictamen pericial y usando de la facultad conferida por el artículo 1.103 del Código civil, que permite moderar la responsabilidad derivada de culpa contractual, por entender que los demandados incidieron en ella al no contar con el consentimiento de sus esposas, dada la naturaleza de la cosa vendida*».

La suma de 150.000 pesetas que se obliga a pagar a los vendedores no se fija exclusivamente en el criterio pericial sobre el valor del terreno, sino en la elevación de precio del mismo que se produjo desde el día en que se celebró la venta nula al de la sentencia. La razón de que así se haga es una razón de equidad y el precepto utilizado para ello el artículo 1.103 y su facultad moderadora.

De todo lo dicho hasta ahora resulta que nuestra jurisprudencia ha considerado en varias ocasiones que el artículo 1.103 es uno de los casos en que, de acuerdo con el artículo 3.2 del Código civil, es posible que las resoluciones de los Tribunales descansen en la equidad.

Efectivamente, la posibilidad de moderar establecida en el repetido precepto, está basada en la aplicación de la equidad. Aunque el artículo no mencione en su letra específicamente el término equidad, como en cambio hacen otras normas (así el artículo 1.154 del Código civil), dicho concepto está en su espíritu. La regla del precepto es que la responsabilidad se exige en toda clase de obligaciones, pero si procede de negligencia (excluyendo tácitamente las conductas dolosas) y en el supuesto concreto, por las circunstancias que en él concurren, esa exigencia puede resultar injusta, habrá que moderar su cuantía. El adecuar la regla general a las circunstancias del caso, para que su aplicación a éste no resulte injusta, es precisamente el concepto clásico de equidad, recogido entre otros por *De Castro* (76). Así

---

(76) *Derecho civil de España, Parte General*, T. I, Madrid, 1955, p. 473.



pues, como dice este mismo autor (77), el que un precepto sea de *ius equum*, no está tanto en que en la letra del mismo se haga una referencia expresa al término equidad, como ocurre en los artículos 1.154 y 1.690 del Código civil, sino por lo que suponen de excepción a la aplicación estricta de una regla general, encomendándose al Juez la moderación o el control de sus disposiciones conforme a los principios de justicia. Parece bastante claro que el artículo 1.103 del Código civil es uno de estos preceptos de *ius equum*.

Refiriéndose específicamente a él algunos autores afirman que en ese precepto se contempla un caso de aplicación de la equidad (78). Así, Lacruz Berdejo (79) y Carrasco Perera, quien señalando las formas en que el juicio de equidad es viable en nuestro Derecho dice que «la equidad actúa, igualmente, en el marco de las pretensiones privadas, moderando o restringiendo los efectos de un derecho o una acción que, aplicados al caso, se revelarían como injustos. Este cauce de expresión del principio de equidad sólo tiene cabida como se desprende de los artículos 145, 147, 1.103, 1.124 y 1.154 del Código civil cuando la norma aplicable así lo permite o exige» (80). También Morales Moreno, el cual, aún no empleando la palabra equidad, parece que la comprende tácitamente cuando dice que la moderación de los Tribunales no es discrecional, sino de acuerdo con reglas o principios jurídicos (81). En el mismo sentido Santos Briz, quien lo menciona comentando el artículo 1.889 (82) del Código civil, y León Alonso, al comentar el artículo 1.726 del Código civil, pues, tras declarar que este precepto contiene un principio equitativo, dice también que es una matización por razón del supuesto de la regla del artículo 1.103 (83).

De las opiniones que he ido recogiendo podemos concluir que la doctrina española, en la medida en que se ocupa de este extremo, opina, como la jurisprudencia, que el artículo 1.103 es un precepto que contiene una regla de equidad.

Desde cierto punto de vista, la aplicación de la equidad puede considerarse como una de las formas de utilización de los principios generales del Derecho. En el artículo 1.103 y en otros semejantes a él en este punto (artículos 1.154, 1.690, 1.726 del Código civil, etc.),

---

(77) *Ob. cit., loc. cit.*

(78) Estos autores que cito son los únicos que opinan sobre el tema; no es, por tanto, que haya opiniones encontradas al respecto.

(79) *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. I, Barcelona, 1977, p. 104.

(80) *Comentario a la sentencia de 19 de abril de 1985*, en «CCJC», núm. 8, p. 256.

(81) *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad*, en «ADC», julio-septiembre, 1982, p. 609.

(82) Comentario al artículo 1.889 en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de Edersa, T. XXIV, Madrid, 1984, p. 58.

(83) Comentario al artículo 1.726 en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de Edersa, T. XXI, vol. II, Madrid, 1986, p. 353 y 354.

la propia ley teme que la aplicación de la regla general a cualquier caso de los englobados en el supuesto dé lugar a resultados injustos. Por eso remite al principio general que inspira el precepto concreto, para que, aplicándose éste y no la regla general, se resuelva el caso, de acuerdo con sus circunstancias particulares, de igual forma que si hubiera existido un precepto específico que tomara en cuenta todas ellas. El legislador parte de una regla general, pero ante la imposibilidad de alcanzar, con su aplicación, soluciones correctas para todos los casos posibles, introduce el principio general para que el Juez lo utilice en la resoluciones de los casos no regulados particularmente. Como dice Albaladejo: «Se trata, ni más ni menos, de una laguna voluntaria que se deja libre de regulación legal singular, remitiendo, mediante otra disposición legal, a un principio general para llenarla. Todo ello porque es con un principio, y no con disposiciones concretas, con lo que mejor se puede regular ciertos casos imprevisibles prácticamente en todos sus detalles» (84).

El «según los casos» del artículo 1.103 del Código civil es esa llamada al Juez para que utilice la equidad en la resolución de los casos concretos de acuerdo con la regla general, es decir, para que no olvide las modificaciones que ésta necesitará para adecuarse a las particularidades de cada uno de ellos.

Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo usan una terminología que puede plantear ciertas dudas, pues en algunas de ellas se dice, sin más matización, que la del artículo 1.103 es «facultad discrecional» o de «prudente arbitrio» de los Tribunales. Tales son las expresiones utilizadas en las sentencias de 29 de mayo de 1897, 5 de enero de 1979 y 20 de febrero de 1987.

Otras sentencias, la mayor parte, si bien utilizan la mismas o parecidas expresiones que las anteriores, las completan añadiendo que «según las circunstancias del caso» (sentencias de 14 de mayo de 1920, 3 de abril de 1940, 3 de diciembre de 1979, 22 de febrero de 1985 y 9 de noviembre de 1985).

Finalmente, la sentencia de 30 de junio de 1981 es la única que, en contraste con las anteriores, dice, para un caso en el que la Audiencia había aplicado incorrectamente el artículo 1.103, que «tal facultad no es arbitraria ni discrecional en absoluto, sino limitada a los usos, la buena fe, las leyes de orden público, la naturaleza de la culpa y la desigualdad económica de los contratantes».

Conviene aclarar si la facultad de moderar contenida en el artículo 1.103 del Código civil es o no discrecional en sentido estricto. Para ello es preciso averiguar en primer lugar qué es la discrecionalidad.

---

(84) *Derecho civil*, T. I, vol. I, 10.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1985, p. 124.

## 2. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados

La discrecionalidad supone que la ley en algún caso remite a la estimación subjetiva de la Administración pública o a la del Juez algunas de las condiciones de ejercicio de una potestad o facultad. Esta discrecionalidad no es pues algo marginal al propio Derecho, sino todo lo contrario, porque el Ordenamiento jurídico ha configurado así esa potestad, realizando una remisión a ese criterio subjetivo. Su característica esencial es que utilizándola se puede llegar a una pluralidad de soluciones todas ellas igualmente justas, o mejor dicho, igualmente correctas, porque las razones que se manejan para llegar a adoptarlas no son de carácter jurídico, sino económico, de oportunidad, etc.

Sin embargo, con mucha frecuencia se ha confundido la discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados. Es necesario distinguir entre aquélla y éstas. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández lo hacen con gran claridad: «Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años (...), la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (...) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así: (...) buena fe; falta de probidad. La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante, la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación. La ley utiliza conceptos de experiencia (...) (premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto, o hay buena fe o no la hay, o el precio es justo o no lo es, o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una determina-

ción de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso» (85).

La idea que late en la explicación de estos autores de Derecho público es la misma que usamos para diferenciar las normas rígidas o de Derecho estricto de las normas elásticas o de Derecho equitativo. Las primeras son aquellas en que «los supuestos de hecho y los efectos o consecuencias jurídicas son taxativos, de contenido concreto o invariable (por ejemplo, la mayoría de edad, artículo 314 del Código civil, o el plazo de prescripción de la acción hipotecaria, artículo 1.964 del Código civil); las normas elásticas son aquellas otras en las que bien el supuesto de hecho o bien los efectos jurídicos son flexibles, es decir, no están determinados concretamente, sino sólo indicados, en general, mediante conceptos cuyo contenido en cada caso singular es variable dentro de ciertos márgenes, de forma que es posible tomar en cuenta todas las circunstancias de cada hipótesis particular a que hayan de aplicarse...» (86).

Ya he dicho antes que pienso que la facultad de moderación concedida a los Tribunales en el artículo 1.103 es una aplicación de la equidad, y aunque ésta es objeto de un tratamiento propio por la doctrina, puede ser esclarecedor hacer un paralelismo entre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y la equidad. Parece bastante claro que la moderación impone más un razonamiento jurídico similar al que corresponde a los conceptos jurídicos indeterminados que el aplicable a la discrecionalidad. El artículo 1.103 del Código civil se confiesa pues como una norma elástica (87).

No parece que la posibilidad de moderar la responsabilidad de acuerdo *con las circunstancias del caso* sea un supuesto de discrecionalidad. Ante la imposibilidad de crear una norma útil para cualquier caso que se presente, cualesquiera que sean sus circunstancias, se opta por hacer una referencia a la equidad, que de alguna manera juega un papel equivalente al de los conceptos jurídicos indeterminados. Esta idea es más acorde con nuestro sistema jurídico, basado en el principio de legalidad y en la jerarquía normativa, y en el que para entender que existe una facultad discrecional del Juez tiene que ser indubitado, que así lo quiso el legislador.

El que el tratamiento del artículo 1.103 sea asimilable al de los conceptos jurídicos indeterminados, y no al de la pura y simple discrecionalidad, tiene como consecuencia práctica la posibilidad de un mayor control.

Aunque en cualquiera de ambos casos existe la posibilidad de control, éste no es del mismo tipo.

(85) *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1983, p. 385.

(86) ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. I, 1.<sup>o</sup>, Madrid, 1985, p. 29.

(87) Así lo entiende ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. I, 1.<sup>o</sup>, Madrid, 1985, p. 29, que al definir este tipo de normas, entre las que utiliza como ejemplo de las elásticas cita el artículo 1.103 del Código civil.

Ya señalé que los conceptos jurídicos indeterminados no admitían para cada caso concreto más que una única solución justa, pero «es igualmente claro que la concreción... de esa única solución no siempre es fácil. En la estructura del concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo (*Begriffkern*) o «zona de certeza», configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto» (*Begriffhof*) más o menos imprecisa y, finalmente, una «zona de certeza negativa, también segura en cuanto a la exclusión del concepto. Por ejemplo: la zona de certeza del justo precio de esta casa puede situarse en 10.000.000 de pesetas, precio absolutamente mínimo según las estimaciones comunes; la zona de imprecisión puede estar entre diez y quince; la zona de certeza negativa, de quince hasta arriba... Supuesta esa estructura del concepto jurídico indeterminado, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o «halo» conceptual, pero tal dificultad desaparece en las dos zonas de certeza, positiva y negativa, lo cual no es baladí desde un punto de vista de principio» (87 bis).

Trasladando esas consideraciones a nuestro caso, podemos decir lo siguiente. Aunque teóricamente no existe más que una única solución correcta para cada caso de moderación, en aplicación del artículo 1.103, en la práctica el control de dicha moderación judicial por los Tribunales superiores y concretamente por el Tribunal Supremo (en la casación), sólo puede afectar a las sentencias que incurran en la «zona de certeza negativa». El Tribunal Supremo tendría que respetar las sentencias de instancia que hayan aplicado el artículo 1.103 no sólo en consonancia con la «zona de certeza», sino incluso con la zona intermedia o de incertidumbre.

No obstante, la discrecionalidad implica, desde luego, un control menor. Aún así ese control existe y puede llevarse a cabo por varios caminos: control de los elementos reglados del acto discrecional (88), control a través de la veracidad de los hechos determinantes (89) y control a través del principio de iniquidad manifiesta.

Me importa concluir que, de acuerdo con lo expuesto, el Tribunal Supremo puede y debe ejercer un control en relación con la aplicación de la moderación llevada a cabo por los Tribunales haciendo uso del artículo 1.103 del Código civil, aunque ello tenga que producirse dentro de los límites señalados, es decir, aunque únicamente quepa casar las sentencias de instancia que se encuentren manifiestamente fuera de la «zona de certeza positiva», situándose manifiestamente en la «zona de certeza negativa».

---

(87 bis) GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Ob. cit.*, p. 388.

(88) Pues aunque exista una remisión legal a la discrecionalidad del Juez, siempre existirán elementos no discrecionales, sino reglados, así la forma o la competencia. Este control no interesa a mis efectos, pues se trata de un control externo.

(89) Camino éste que tampoco resulta útil para mis fines.

## X. APLICACION DEL ARTICULO 1.103 y RECURSO DE CASACION

### 1. Casos en que el Tribunal Supremo ha casado una sentencia por no haber aplicado el artículo 1.103 o por haberlo aplicado indebidamente

De las sentencias que a continuación se examinan se sigue que, aunque en otras se diga lo contrario, la utilización o la no utilización del artículo 1.103 del Código civil puede ser objeto de casación y, además, que aún cuando se ha repetido que la única vía procesal para ello es la del error de hecho o de Derecho, el propio Tribunal Supremo ha admitido a veces otras vías procesales.

*Sentencia de 25 de noviembre de 1959.*—Dos señoras propietarias de varias fincas rústicas nombran un administrador, otorgando a su favor un amplio poder. A la hora de rendir cuentas y liquidar su gestión surgieron ciertas diferencias. El problema principal era el derivado de la existencia de un pliego de cargos formulado por la Fiscalía de Tasas (6 de marzo de 1951) por la falta de entrega del cupo de cereales asignado a las fincas. Dicho pliego se entregó el 13 de marzo de ese año, con un plazo de diez días para contestarlo, cosa que no hicieron las citadas señoras hasta el 14 de abril siguiente, cuando ya había recaído resolución imponiéndoles una sanción.

En la Jefatura Agronómica existía una certificación acreditando que el administrador presentó, aunque tardíamente, una instancia solicitando la reducción de la superficie de siembra.

Las propietarias demandaron a su administrador, pidiendo que se le condenara a rendir cuentas detalladas de su gestión, entregando todos los documentos referentes a ella, que aún tuviese en su poder, y a que les abonase los daños y perjuicios sufridos por su dolosa y defectuosa administración (el importe de la sanción), a más del saldo que resultare a su favor. El monto del total se determinaría en el período de ejecución de sentencia. El demandado se opuso a esas pretensiones, reclamando a su vez el saldo a su favor que resultaba de las cuentas que en su momento presentó (16.875,95 pesetas).

En 1.<sup>a</sup> instancia se desestima la reconvenición y se estima en parte la demanda, condenando al administrador al pago de las partidas que se detallan en aquélla. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. El demandado interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, dictando 2.<sup>a</sup> sentencia: en vez de condenar al demandado a pagar todos los daños y perjuicios, teniendo en cuenta la doctrina de la compensación de culpas y la facultad contenida en los artículos 1.103 y 1.726, ambos del Código civil, se reduce lo que tiene que pagar el demandado a un 25 por 100, quedando el 75 por 100 a cargo de las demandantes.

El Tribunal Supremo llega a tales conclusiones partiendo, en el

primer considerando, de que el mandato en cuestión era gratuito. En el segundo considerando se observa que los daños y perjuicios causados lo fueron conjuntamente por la conducta negligente de las demandantes, al no contestar en plazo el pliego de cargos de la Fiscalía de Tasas, así como por la negligencia del demandado, que presentó tardíamente la petición de reducción de la superficie cultivable de las fincas.

Apoyándose en los hechos anteriores, el Tribunal Supremo apreció el tercer motivo del recurso, formulado por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que alegaba violación por inaplicación de los artículos 1.103 y 1.726 del Código civil.

Nos encontramos con un supuesto en que el Tribunal Supremo modera una responsabilidad procedente de contrato, cuando no lo había hecho así ninguno de los Tribunales de instancia; y, además, aprecia el motivo del recurso no fundado en la vía procesal del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Conviene fijarse en que no explica el Tribunal porqué la reducción es de un 75 por 100.

Es de señalar que en este caso la posibilidad de moderación procedía de dos preceptos: el artículo 1.726, específico para el mandato, y el artículo 1.103. El Tribunal Supremo no aclara la relación existente entre ambos.

*Sentencia de 19 de junio de 1963.*—Se celebra un contrato de arrendamiento rústico de una finca situada en Gran Canaria. Al finalizar el plazo fijado en el contrato, la finca presentaba serios deterioros. El arrendador interpone demanda reclamando los daños y perjuicios causados al arrendatario, detrayendo de los mismos los causados por una plaga de mosca blanca que atacó los cultivos de la finca. El arrendatario opuso a la demanda que no era culpable de los deterioros de la finca, pues éstos provenían de que su arrendador no había proporcionando el agua para regar a que se comprometió en el contrato y a la sequía consiguiente. El Juez de 1.<sup>a</sup> instancia estimó la demanda valorando los daños en 157.000 pesetas (la parte actora había solicitado 196.000 pesetas). Recurrída la sentencia, la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo lo estimó parcialmente, condenando al demandado a pagar sólo 110.000 pesetas.

El recurso de casación se interpuso por la vía del error de hecho o Derecho. En los considerandos de la sentencia se establece que existió una conducta negligente por parte de ambos contratantes: por parte del arrendador, puesto que efectivamente no aportó el agua que se comprometió a facilitar en el contrato; y por parte del arrendatario, porque utilizó agua de mala calidad para el riego, porque ésta no fue suficiente y por falta de abono, podas inadecuadas, etc.

En el último considerando se dice: «Que apareciendo claramente

la concurrencia de culpas, resta el decidir la forma en que han de ser confrontadas y compensadas. Se percibe claramente la mayor gravedad de lo cometido por el arrendatario que revela una negligencia doblemente censurable, porque hace caso omiso de las obligaciones que asumió y del mandato del legislador [se refiere con esto al párrafo 2.º del artículo 13 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos]. Y teniendo presente —continúa el Tribunal Supremo— que los daños causados en la finca se elevan a la cantidad de 157.351 pesetas, según correcta evaluación de la Sala sentenciadora, la lógica y equitativa compensación de las culpas respectivas y la facultad que concede a los Tribunales el artículo 1.103 del Código civil procede estimar como condigna la indemnización de 110.000 pesetas, a cuyo pago debe ser condenado el demandado».

Aquí el Tribunal Supremo modifica, no la valoración de los daños —señala específicamente que está bien hecha por la Sala de instancia que la fijó en 157.000 pesetas—, sino que procede a moderar sobre esa cantidad por haber concurrencia de culpas en el caso, siendo la del arrendatario más grave que la del arrendador, decide que lo que aquél deberá pagar a éste en concepto de daños se disminuya en 47.000 pesetas.

*Sentencia de 3 de marzo de 1978 (90).*—Se trata de un accidente sufrido por un obrero agrícola manejando maquinaria, a consecuencia del que fallece el accidentado. La viuda de la víctima reclama al patrono de ésta una indemnización por los daños causados. En 1.ª instancia se desestima la demanda por entender que el accidente se debió a la culpa exclusiva de la víctima. Apelada la sentencia la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación, éste se estimó, condenando al demandado a pagar a la actora la cantidad de 300.000 pesetas, cantidad ésta que era menor que la solicitada por la viuda.

El recurso se interpuso por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Tribunal Supremo entendió que en el caso había existido concurrencia de culpas de víctima y demandado y estimó que dichas culpas eran de igual entidad, lo que determinaba la moderación de la responsabilidad exigible y la reducción de la suma a satisfacer no sólo en base al artículo 1.103, sino «por palmarias razones de equidad y lógica».

Nos encontramos ante otro caso en que el Tribunal Supremo ha moderado *ex novo* (91), aun cuando la vía procesal adecuada (en teoría) no se empleó.

*Sentencia de 15 de diciembre de 1978 (92).*—Se trata de una sen-

---

(90) Para ver en detalle los antecedentes de esta sentencia, véase el apartado V.

(91) De la sentencia parece desprenderse que no se había solicitado la moderación.

(92) Cuyos antecedentes en detalle se encuentran en el apartado XII.



tencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo.

Un contratista de obras incumple su contrato porque no termina las obras que se le adjudicaron, alegando que se le había acabado el presupuesto. El Ayuntamiento que se las encargó resolvió rescindir el contrato, incautarse de la fianza, inhabilitar al contratista para obras futuras de la Corporación. El contratista, que había realizado un 90 por 100 de la obra contratada, recurrió. El Tribunal Supremo admite en parte la apelación promovida por el Ayuntamiento y revoca la sentencia de la Audiencia, declarando válida la rescisión del contrato, y no ajustados a Derecho, y, por tanto, nulos el resto de los acuerdos. En los considerandos se subraya el hecho de que el contratista había cumplido la mayor parte de su obligación, y que la responsabilidad contractual es moderable en los casos de simple culpa o negligencia a tenor del artículo 1.103.

También aquí el Tribunal Supremo aplica el artículo 1.103, cuando no lo habían hecho así las Salas de instancia.

*Sentencia de 17 de diciembre de 1979.*—En una factoría, cerrada por vacaciones y sin suministro eléctrico en ese período, fallece un obrero, que había ido allí a efectuar la lectura de los contadores, al caerle encima un armario muy pesado que estaba situado sobre una base de medio metro de altura y simplemente adosado a la pared, es decir, sin sujección alguna. No hubo testigos del accidente; por lo que éste hubo de reconstruirse a base de presunciones.

Los contadores se encontraban dentro del armario, por lo que para efectuar su lectura era preciso abrirlo. Para este menester tenía allí la empresa unas banquetas que no fueron utilizadas por el operario fallecido. Se subraya el hecho de que dicho armario se venía utilizando sin que hasta la fecha se hubiera producido accidente alguno.

Los padres y esposa del fallecido interpusieron demanda solicitando que la empresa les abonase la cantidad de 1.000.000 de pesetas en concepto de daños y perjuicios. En 1.<sup>a</sup> instancia se estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa demandada a pagar 500.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó parcialmente condenando a la empresa a pagar un 1.000.000 de pesetas. Interpuesto recurso de casación por la demanda, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo modificando la cantidad a pagar que fijó en 750.000 pesetas.

La vía por la que se interpuso el recurso parece ser la del error de hecho o Derecho.

En los considerandos se señala que existen dos culpabilidades: la de la empresa y la propia víctima.

La de la empresa nace de su negligencia en la instalación del armario, que causó la muerte del operario al caer sobre él. Las dimensiones y peso del armario (teniendo en cuenta que la puerta pesaba 200 kilogramos, lo que representa una tercera parte del peso total)

y su ubicación sobre un soporte de medio metro de altura inducían a la imputación de culpa a la empresa. En el 4.º considerando se examina el motivo del recurso por el que se pide subsidiariamente [para el caso de que no se entendiera que el hecho dañoso acaeció por culpa exclusiva de la víctima] la aplicación del artículo 1.103 del Código civil, tomando como fundamento no estar probada la conducta de la víctima en los momentos precedentes al accidente. Aunque no hubo testigos, hay datos objetivos que no tomó en cuenta la sentencia de la Audiencia. Desde que se empezó a utilizar el armario no se había producido ningún tipo de accidente; lo que permite presumir que necesitó para precipitarse un impulso superior al habitual para abrirlo y que ese impulso no pudo ser ejercido sino por la propia víctima. Además, para el uso del armario se había habilitado una banqueta y se dio como cierto que no se había usado por el fallecido. Apoyándose en estos datos, el Tribunal Supremo entendió que la víctima contribuyó activamente a la caída del armario. En el único considerando de la segunda sentencia se dice: «Que la participación en el hecho de forma activa por la víctima, ha de conducir a este Tribunal a moderar, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1.103 del Código civil, la cuantía de la condena a la empresa demandada, en una cantidad que, usando del arbitrio que para el caso tiene el Juzgador, se puede valorar en una tercera parte [evidentemente, quieren decir cuarta, porque el Tribunal de instancia fijó 1.000.000 y el Tribunal Supremo lo deja en 750.000 pesetas] de la indemnización total que fijaba la de instancia».

*Sentencia de 30 de junio de 1981 (93).*—Se trata de un contrato de transporte mercantil en el que las mercancías no llegan a su destino. El que encargó el transporte demanda al transportista el abono de los daños y perjuicios sufridos.

En 1.ª instancia se condena al demandado a pagar la cantidad de 1.859.000 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia estimando en parte el recurso, condenó a la empresa a pagar 1.000.000 de pesetas. Se interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

En el 2.º considerando se señala que los razonamientos de la sentencia de 1.ª instancia y la de la Audiencia son similares. Pero en la de primera se condena a pagar la suma que representa el valor de las mercancías transportadas, fijado pericialmente en 1.859.000 pesetas y en la segunda Audiencia hace uso de la facultad de moderación, reduciéndola a 1.000.000 de pesetas. Contra este pronunciamiento se alzan los tres motivos del recurso. Se denuncia (por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la infracción por violación de los artículos 379, en relación con el 363,

---

(93) Para más detalles sobre antecedentes de la misma sentencia en el apartado XII.

párrafo 1.º, ambos del Código de comercio, y la indebida aplicación al caso del artículo 1.103 del Código civil.

En los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo se dice que no había motivo alguno para moderar la indemnización, y que el Tribunal de instancia debió sin más aplicar los artículos del Código de comercio que fijan la cantidad de la indemnización en el precio de la mercancía que se perdió.

En esta sentencia el Tribunal casa, pues, la de instancia, por haber moderado indebidamente la responsabilidad.

*Sentencia de 27 de junio de 1983.*—Varios niños penetran sin ser vistos en una caseta, donde se encontraban almacenados productos de pirotecnia. Estos productos se fabricaban en una empresa situada al lado de la caseta, encontrándose ambas edificaciones y los terrenos que los circundaban totalmente vallados, si bien existían sectores de la cerca que estaban deteriorados (por uno de ellos se introdujeron los niños) y la puerta de la caseta no estaba cerrada.

Los niños, ya dentro de la caseta, sustrajeron de ésta unas bengalas y una bomba o artefacto de plástico que al ser manipulada por uno de los niños (de doce años), golpeándola con una piedra, estalló, ocasionándole graves lesiones que dieron lugar a la amputación traumática de su mano izquierda.

El padre del menor interpone demanda contra la empresa de productos pirotécnicos, reclamando cantidad por los daños y perjuicios sufridos por su hijo. El Juez de 1.ª instancia absolvió a la empresa estimando que toda la culpa del daño sufrido era del menor. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, revocando las anteriores sentencias; y, estimando parcialmente la demanda, condenó a la empresa a pagar al demandante 1.000.000 de pesetas.

El recurso se interpuso por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En los considerandos se declara que de los hechos probados se desprende que existió culpa tanto por parte del demandado como por la de la víctima. El demandado no tomó las medidas de seguridad pertinentes para este tipo de empresas, pues la valla que rodeaba las instalaciones estaba rota en varios sitios y la caseta-almacen carecía de llave y no existía vigilancia. El menor fue imprudente al llevarse los explosivos y manejarlos descuidadamente. La sentencia termina diciendo que «se está en el caso de, haciendo aplicación de lo que al respecto autoriza el artículo 1.103 del Código civil, moderar la indemnización reclamada en la demanda, cifrándola en 1.000.000 de pesetas.

*Sentencia de 20 de febrero de 1987.*—En un accidente de circulación están implicados dos camiones dedicados al transporte: uno de ellos conducido por un asalariado de una compañía y el otro por su propietario. De la colisión se siguieron daños tanto para los vehículos como para los conductores. El conductor-propietario interpo-

ne demanda contra el otro conductor, su patrono y la compañía aseguradora. En 1.<sup>a</sup> instancia se estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a pagar al actor 3.000.000 de pesetas por los perjuicios derivados de incapacidad física, daños morales y secuelas, y 1.070.000 en concepto de daños materiales del vehículo y perjuicios del transporte. Apelada la sentencia, la Audiencia la revoca, condenando a los demandados a pagar al actor 2.879.000 pesetas, de las que 200.000 en concepto de lo cubierto por el seguro obligatorio serán pagadas por la compañía. También se condena al actor a que pague al propietario del otro camión la cantidad de 36.389 pesetas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estimó, casando parcialmente la sentencia de la Audiencia y fijando en 140.000 pesetas la cantidad que debía pagar la aseguradora en vez de las 200.000 que señaló la Audiencia.

En los Fundamentos de Derecho se señala que existió concurrencia de culpas, pues si bien uno de los implicados en el accidente maniobró imprudentemente, el otro también obró con negligencia, al detener su vehículo sin orillararlo contra la cuneta, violando con ello las normas de seguridad viaria.

En el tercer motivo, interpuesto por la vía del artículo 1.692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusaba a la sentencia recurrida de haber interpretado erróneamente la doctrina legal sobre compensación de culpas, pues, aun admitiendo que cooperaron ambos conductores al resultado dañoso, entiende el recurrente que las culpas concurrentes eran de igual cantidad, en contra de la sentencia recurrida, que las fijaba en un 70 por 100 de culpa para el demandado y un 30 por 100 para el actor.

Se desestima el motivo porque «es facultad privativa de los Tribunales la de moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente, reduciendo en la proporción que estime la cuantía de la indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado cuando declaran la compensación de culpas, sin que el uso de tal facultad discrecional pueda dar lugar a interpretación errónea de preceptos o doctrina legal». Termina señalando el Tribunal Supremo que sin duda era más grave la conducta del demandado.

A pesar de lo visto en las sentencias anteriores, existe un gran número de sentencias que aseguran que la posibilidad de moderar es facultad exclusiva de la Sala de instancia: 24 de diciembre de 1941, 5 de abril de 1962, 13 de febrero de 1971, 24 de febrero de 1976, 29 de diciembre de 1978, 5 de enero de 1979, 17 de mayo de 1979, 9 de julio de 1979, 25 de marzo de 1980, 29 de mayo de 1980, 11 de diciembre de 1981, 24 de septiembre de 1983, 15 de diciembre de 1984, 29 de noviembre de 1985, 10 de diciembre de 1985 y 6 de abril de 1987,

En realidad no hay tanta diferencia entre unas y otras sentencias. Todas las que afirman que se trata de una facultad exclusiva de la

Sala de instancia se ocupan de casos en los que o bien no había razón alguna para moderar o bien la Sala de instancia lo había realizado correctamente. El Tribunal Supremo modifica lo que realizó la Sala de instancia cuando estima que el resultado alcanzado es incorrecto.

Así las sentencias de 25 de noviembre de 1959, 19 de junio de 1963, 17 de diciembre de 1979 y 20 de febrero de 1987.

El examen de la jurisprudencia recogida apoyó las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior: cabe el control en casación de la facultad de moderación.

## **2. Vía procesal para pedir la moderación que no se realizó o para impugnar la realizada indebidamente**

El Tribunal Supremo ha manifestado en varias sentencias que la única vía procesal aceptable para reclamar la aplicación del artículo 1.103 cuando debiendo hacerse no se hizo, o cuando se aplicó indebidamente, es la del número 4 del vigente artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo equivalente era el número 7 del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su antigua redacción. Para el Tribunal Supremo se trata, pues, de una cuestión de hecho a apreciar en principio por la Sala de instancia. Dichas sentencias son las de 18 de marzo de 1932, 24 de diciembre de 1941, 3 de febrero de 1973, 2 de febrero de 1976, 9 de julio de 1979 y 1 de julio de 1983.

*Sentencia de 18 de marzo de 1932 (94).*—En este caso las dos instancias y el Supremo estimaron que no existió negligencia culposa por parte de la empresa demandada, por lo que ésta carecía de cualquier tipo de responsabilidad y, consecuentemente, no se aplica el artículo 1.103. En la sentencia se insiste en la desestimación de uno de los motivos del recurso por no basarlo en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «pretendiendo que su criterio sustituya al de la Sala *a quo* sin basarlo en error de hecho o de Derecho». De lo dicho se concluye que en realidad el utilizar una vía procesal inadecuada (según el Tribunal Supremo) no ha sido determinante para no casar la sentencia, sino más bien el estimar que no hubo culpa o negligencia en la actuación de los demandados.

*Sentencia de 24 de diciembre de 1941.*—En uno de los pozos registros del Ayuntamiento de Madrid, en el que, de acuerdo con un contrato, la empresa «X» había instalado conducciones eléctricas para las señales luminosas de tráfico, se produjo una explosión de gas. A consecuencia de la misma don Carlos R. sufrió lesiones que le

---

(94) Los hechos de esta sentencia se encuentran resumidos en el apartado VI.

ocasionaron incapacidad parcial permanente. El lesionado interpuso demanda, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos, contra el Ayuntamiento, la compañía de gas y la sociedad instaladora de las conducciones eléctricas. La Audiencia condenó al Ayuntamiento y a la empresa eléctrica a pagar la indemnización solicitada (15.000 pesetas), absolviendo a la compañía de gas. Se interpuso recurso de casación por la representación de los demandados por infracción de ley (artículo 1.692.1) y el Tribunal Supremo lo desestimó. En el 5.º considerando de la sentencia se estudia uno de los motivos del recurso, referido exclusivamente a la cuantía de la indemnización que la sentencia recurrida ordena pagar a los demandados. El Tribunal Supremo desestima el motivo, porque «declarada la existencia y realidad de la culpa y la del daño derivado de ella, la valoración de éste es función privativa del Tribunal de instancia, al que corresponde fijarla, sin que su apreciación, que además de ser de puro hecho es ejercicio de facultad discrecional no sujeta a reglas sustantivas, sea impugnable en casación, según tiene declarada la jurisprudencia de esta Sala al interpretar el artículo 1.902 concordándole con el 1.103 y 1.106 del Código civil, cuando se trata de daños cuya valoración, como lo es la de la pérdida de la vida o de la integridad del funcionamiento corporal no puede descansar, por lo menos de manera exclusiva, en pruebas objetivas; doctrina que no permite que se entienda que el Tribunal *a quo* ha infringido los preceptos legales y jurisprudencia que en el motivo se citan, invocando además del número 1.º al 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con alegación de que el demandante no ha justificado la cuantía del daño a que antes se alude y combatiendo las apreciaciones de hecho del Juzgador relativas al daño fisiológico consistente en la disminución de la integridad funcional del actor, aunque sin citar ningún documento o acto auténtico o precepto relativo a la prueba demostrativa de que la Sala inferior ha incidido en error al apreciar las pruebas».

*Sentencia de 3 de febrero de 1973.*—Varios copropietarios venden a un matrimonio una finca de 480.000 metros cuadrados por un precio alzado de 90.000.000 de pesetas. En el documento privado de la venta se especificaba que los compradores no podían vender más que el 30 por 100 de la cantidad que a cuenta del precio total de la finca tuviesen satisfecho a los vendedores en el momento de la reventa. Los compradores incumplieron el contrato al no pagar uno de los plazos estipulados. Los vendedores optaron por la rescisión, demandando a los compradores, pidiendo que éstos les entregaran 15.000.000 de pesetas, estipulados en una cláusula penal indemnizatoria, y además 4.500.000 pesetas por haber realizado ventas a las que no alcanzaba la resolución del contrato. En 1.ª instancia se estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó. Recurrida en casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En el primer considerando se señala que el incumplimiento fue

total por lo que no era posible aplicar el artículo 1.154 del Código civil como pretendían los recurrentes. Estos en el primer motivo del recurso acusaban de violación por no aplicación de los artículos 1.103 y 1.154, ambos del Código civil, diciendo que no se trataba de incumplimiento total, sino de mero retraso. Según el Tribunal Supremo hay que tener en cuenta que la vía procesal utilizada no es la adecuada, porque solamente puede serlo la del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que no procede la aplicación del artículo 1.103 por cuanto sólo rige cuando el incumplimiento es por culpa o negligencia.

La referencia a la vía procesal del Tribunal Supremo está hecha aquí también a mayor abundamiento, puesto que una vez que se apreció que se trataba de una conducta dolosa, ya no era posible aplicar el artículo 1.103.

*Sentencia de 2 de febrero de 1976.*—El chófer de un camión destinado al transporte de maderas estaba cargando el vehículo, como habitualmente se hacía en la empresa de transportes donde trabajaba, en una explanada donde existían unos cables de alta tensión. Al terminar de cargar el camión, el empleado arrojó sobre la carga una sirga metálica que al tocar los cables produjo una descarga eléctrica, dando lugar a la muerte del conductor. La viuda interpuso una demanda reclamando los daños y perjuicios sufridos contra el dueño de la empresa de transportes y contra la compañía eléctrica. En 1.ª instancia se estimó parcialmente la demanda, condenando a ambos demandados a pagar la cantidad de 200.000 pesetas. La actora apeló la sentencia y también lo hicieron los demandados. La Audiencia desestimó el recurso de los demandados, y apreció en parte el de la actora, condenando a pagar 800.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

En base al número 1 del artículo 1.692 se alegó la violación del artículo 1.902 y la aplicación indebida del artículo 1.103, por entender que sólo hubo un culpable, la víctima, ya que la compañía tenía instalados los cables de acuerdo con lo exigido legalmente. El Tribunal Supremo opone a esta argumentación que la compañía, en el ejercicio de la obligación que tenía que vigilar el tendido, debió percatarse de que éste estaba demasiado bajo para la seguridad de las operaciones de carga y descarga de maderas que se venía realizando en la citada explanada desde hacía tiempo. Existía, por tanto, culpa de la compañía eléctrica, puesto que, aun reuniendo los requisitos pedidos por la ley, éstos demostraron ser ineficaces visto el resultado dañoso.

Se probó también que el dueño de la compañía de transportes eligió el lugar de autos para efectuar las cargas y descargas por ahorrarse gastos, a costa de un mayor riesgo para sus empleados, que no fueron advertidos del peligro que corrían. «Así pues —dice el Tri-

bunal Supremo— al no haberse destruido tales afirmaciones por la vía del número 7 del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta claro que la culpa no fue únicamente de la víctima, sino que existió concurrencia de la de los dos demandados».

*Sentencia de 9 de julio de 1979.*—Se trata de una empresa que reclama a otra daños y perjuicios por un incumplimiento contractual. En 1.<sup>a</sup> instancia se aprecia parcialmente la demanda condenando a pagar a la empresa demandada 24.000 pesetas, más 2.819 marcos alemanes pagaderos en pesetas y los intereses de esas cantidades desde la fecha de la interposición de la demanda. Apelada la sentencia por la empresa actora, la Audiencia la revoca en parte condenando a pagar 110.000 pesetas, confirmando la de instancia en el resto de sus pronunciamientos. Recurrieron en casación las dos partes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los recursos.

En el primer considerando se dice que «la fijación de su cuantía [la de los daños y perjuicios] son cuestiones de hecho atribuidas a la facultad discrecional del juzgador de instancia contra las que no cabe el recurso de casación por la vía procesal del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en estos supuestos el fallo del Tribunal sentenciador sólo puede impugnarse en casación por la vía del número 7 de dicho artículo».

*Sentencia de 1 de julio de 1983 (95).*—En esta sentencia se apreció concurrencia de culpas de demandantes y demandados en la producción del daño. Se interpuso recurso de casación por el motivo 1 del artículo 1.692, y el Tribunal Supremo vuelve a insistir en que en el recurso no se han destruido por la vía del error de hecho o de Derecho los presupuestos de los que el Tribunal sentenciador deduce la imprudencia o negligencia de ambas partes (artículo 1.692.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Cabe apreciar que en ninguna de las sentencias expuestas la razón de no haber utilizado la vía procesal adecuada fue la única para decidir la aplicación o no aplicación del artículo 1.103 del Código civil al caso en cuestión. En cada una de las sentencias examinadas existía además otra razón fundamental que llevaba al Tribunal Supremo a decidirse en uno u otro sentido.

Por otra parte, aún esa afirmación de que el único camino procesal correcto sea el del número 4 del vigente artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se contradice por el propio Tribunal Supremo. En efecto, las sentencias que casan las de instancia, por no aplicar el artículo 1.103 del Código civil o hacerlo incorrectamente, no corresponden siempre a la estimación de motivos interpuestos al amparo de la vía procesal prevista para el error de hecho o de Derecho. Así, las sentencias de 25 de noviembre de 1959, 3 de marzo

---

(95) Los antecedentes de hecho de esta sentencia están relatados en el apartado V.



de 1978, 30 de junio de 1981 y 27 de junio de 1983. En ellas la vía ha sido la de infracción del artículo 1.103. Así pues, la moderación no es una cuestión de hecho y la casación cabe tanto por la vía del error, como por la infracción de normas.

### **3. La motivación de la facultad de moderar**

Del conjunto de las sentencias examinadas se sigue que lo habitual es que la Sala de instancia mencione las razones que en el caso concreto la llevan a moderar la responsabilidad al amparo del artículo 1.103 del Código civil. Suelen señalar que hubo concurrencia de culpas, en responsabilidades procedentes tanto de convenio como extracontractuales, que los prejuicios causados fueron menores que lo que a primera vista parecía, que se trataba de una culpa leve, que el contrato incumplido era gratuito, etc. Además, normalmente, aún no diciendo nada en concreto sobre ello, la causa o justificación de la moderación se desprende de los hechos.

Sin embargo, hay una sentencia del Tribunal Supremo, la de 30 de junio de 1981 (96), que plantea el problema de si es preciso que la Sala de instancia dé las razones de porqué procede la moderación.

Se trataba de un contrato de transporte, en el que la mercancía no llega a su destino por culpa del transportista. Se pide la indemnización por daños y perjuicios. En 1.<sup>a</sup> instancia se condena al demandado a pagar en ese concepto el valor de la mercancía que no llegó de acuerdo con la estimación de los peritos.

Apelada la sentencia, la Audiencia la revoca en parte, reduciendo a la mitad el monto de la indemnización. Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo declara que «la Sala de instancia no ha razonado por qué hace uso de la tal moderación, a toda luces además improcedente o injustificada, ya que se limita a decir en el último de sus considerandos: «Si bien el Tribunal en uso de la facultad que le confiere el artículo 1.103 del Código civil estima equitativo y justo fijar la cuantía de los daños reclamados en la cantidad total de 1.000.000 de pesetas».

En realidad, el Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia, más que por el hecho formal de no haber dado las razones existentes para moderar, porque no existía razón alguna para ello.

Aunque no parece que en sentido estricto exista para la Sala de instancia la exigencia de razonar el porqué de la moderación efectuada, y de hecho no se han revocado otras sentencias en las que estas razones se desprendían de los hechos, sin que se hubieran explicado,

---

(96) Los antecedentes más completos de esta sentencia se encuentran en el apartado XII.

no cabe duda que, existiendo la posibilidad de un amplio control de la facultad a través del recurso de casación, la tal motivación implícita o explícita es necesaria. Por tanto, la Sala de instancia debería exponer los motivos que la llevaron a moderar en el caso concreto si éstos no se desprenden con absoluta claridad de los hechos, sin que se hubieran explicitado, no cabe duda que, existiendo la posibilidad de un amplio control de la facultad a través del recurso de casación, la tal motivación implícita o explícita es necesaria. Por tanto, la Sala de instancia debería exponer los motivos que la llevaron a moderar en el caso concreto si éstos no se desprenden con absoluta claridad de los hechos.

## XI. APLICACION DE OFICIO O A PETICION DE PARTE

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado en dos ocasiones que la facultad de los Tribunales de moderar la responsabilidad procedente de negligencia se aprecia de oficio por éstos (97). Se trata de dos sentencias muy distantes en el tiempo, una de 14 de mayo de 1920 y la otra de 8 de noviembre de 1985.

*Sentencia de 14 de mayo de 1920.*—Entre varias personas se constituyó una sociedad minera, cuyo presidente era el demandado. El objeto de la sociedad era explorar y explotar una serie de concesiones mineras. A más de las existentes en explotación la sociedad solicitó la concesión de una nueva demarcación, cercana a una de sus minas (Mina Salmerón). Se concedió la demarcación, que la sociedad pensaba llamar “demasía a Salmerón”, dando un plazo para presentar una serie de documentos que hicieran firme la concesión. El presidente de la sociedad minera no presentó dichos documentos a tiempo. A consecuencia de su conducta negligente, la demarcación en cuestión se concedió a otra sociedad minera, y aunque después de algunas vicisitudes se consiguió la adjudicación de parte de la concesión originalmente solicitada, otra parte de la misma quedó para la segunda compañía minera, con los consiguientes perjuicios.

La sociedad minera que primero solicitó la demarcación demanda a su expresidente, reclamando el abono de los daños y perjuicios causados por su negligencia en presentar la documentación, ya que, pese a sus posteriores esfuerzos, esa negligencia se tradujo en la pérdida de parte de la concesión. En 1.<sup>a</sup> instancia se estima la demanda condenando al expresidente a la indemnización de los daños y perjuicios causados y a la devolución de unos documentos sociales que indebidamente retiene. Apelada la sentencia por ambos litigantes, la Audiencia revoca en parte la sentencia y condena al demandado a pagar

---

(97) No hay ninguna sentencia en que se desestime la apreciación de oficio.

los daños y perjuicios que causó, pero sin que el monto de éstos (los dimanentes de la pérdida de parte de la «demasía a Salmerón») pueda exceder de la cantidad de 500 pesetas. Contra esta sentencia los actores interponen recurso de casación.

En el segundo motivo del recurso se dice que «hay en el fallo la doble incongruencia de no amoldarse a las peticiones de las partes y otorgar más de lo pedido, pues entablado el litigio por la sociedad recurrente para que se declarara que la demasía se había perdido por culpa o negligencia del demandado y que se condenara a éste a indemnizar los daños y perjuicios que con ello se habían causado, y por parte de éste, reconocimiento de la certeza del hecho de la pérdida, pero pidiendo concretamente la absolución por negar que se hubiera incurrido en culpa ni en negligencia, sin que solicitara, ni aún subsidiariamente, que la condena se moderara, estando conformes las partes durante el debate en que la condena que se discutía era ilíquida, no habiendo ninguna de ellas intentado probar su cuantía en forma concreta, amoldando la prueba a los términos del debate judicial, la Sala fija una cantidad líquida como máxima de indemnización, incurriendo con ello en incongruencia y otorgando lo que no se había pedido».

El Tribunal Supremo no estimó el motivo, razonando que «la Sala, al determinar que no excediese de 500 pesetas la cantidad abonable a la sociedad por el demandado, en concepto de indemnización por haber caducado la «demasía a Salmerón» a causa de su negligencia, no hizo más que usar de la facultad discrecional que confiere a los Tribunales el artículo 1.103 del Código civil, y reconoce la sentencia de 29 de mayo de 1897, de moderar según los casos la responsabilidad procedente de negligencia, facultad que dado su carácter no requiere para ejercitarse petición concreta de las partes, bastando sólo que se solicite indemnización de daños y perjuicios por culpa o negligencia».

*Sentencia de 8 de noviembre de 1985.*—La empresa «Puratos, S. A.», concretó el día 31 de enero de 1979 un contrato de compraventa de 300 toneladas de ácido tartárico a 55 francos belgas el kilogramo con la empresa «Industrias Químicas y Tartáricas, S. A.» La primera como compradora y la segunda como vendedora. En el contrato se especificaba que el plazo para entregar la mercancía era el comprendido entre los meses de abril a octubre del mismo año de 1979. El 15 de marzo siguiente las partes acuerdan que antes de comenzar los envíos del género contratado la vendedora habría de esperar aviso de la compradora, que lo daría cuando tuviera autorización de importación. Antes de finalizar el plazo para la entrega, en agosto de 1979, la compradora requirió notarialmente a la vendedora para que cumpliera. Con anterioridad, en junio, había notificado a la vendedora que ya tenía el permiso de importación. La vendedora no había contestado ni realizado envió alguno. Al requerimiento notarial

contestó la vendedora diciendo que los envíos debían haber comenzado en abril por lo que no se consideraba obligada a cumplir.

En vista de dicho incumplimiento, la compradora adquirió el ácido tartárico que necesita a otra empresa a un precio de 79 francos belgas el kilogramo. La compradora, «Puratos, S. A.», interpuso demanda reclamando la diferencia entre el precio pactado con su vendedora y el que luego hubo de pagar por el incumplimiento de ésta a otra empresa, 7.500.000 francos belgas.

El Juez de 1.<sup>a</sup> instancia desestimó la demanda absolviendo a «Industrias Químicas y Tartáricas, S. A.» Apelada la sentencia pro la actora, la Audiencia revocó la sentencia, declaró rescindido el contrato de compraventa por incumplimiento y condenó a la empresa demandada a que abonara a la actora en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 4.000.000 de francos belgas (su valor en pesetas). La empresa demandada interpuso recurso por infracción de ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Aquí nos interesa el Fundamento de Derecho número 6. En él se contemplan los motivos del recurso en los que se alega la infracción de los artículos 329 del Código de comercio, y el 1.103 del Código civil y sentencias que cita: se impugna la fijación de la indemnización que la sentencia hace. El Tribunal Supremo señala que en este caso se ha apreciado «una especie de concurrencia de culpas contractual» y que «todos estos son datos de hecho [se refiere a la serie de circunstancias que hacen estimar que existió negligencia por ambas partes] que utilizó la Sala de apelación a su prudente arbitrio para moderar la suma pedida en la demanda y que al formar parte de un ejercicio discrecional, apreciando las circunstancias de hecho del caso en litigio, que no requiere petición concreta de las partes...».

En la primera de las dos sentencias se hace una afirmación tajante de la aplicación de oficio de la facultad de moderación, señalando que para ello sólo es preciso solicitar la indemnización por daños y perjuicios por culpa o negligencia. En la segunda sentencia la afirmación de que no se requiere petición de las partes parece dicho simplemente *obiter*, puesto que en el recurso no se alegó incongruencia por conceder algo no pedido.

Aunque no se toque este extremo expresamente, hay otras sentencias en las que se ha moderado la responsabilidad, en aplicación del artículo 1.103 del Código civil, sin que las partes lo hayan solicitado. Así las de 25 de noviembre de 1959, 5 de diciembre de 1959 y 23 de octubre de 1983.

Efectivamente, de acuerdo con la máxima *Iura novit curia*, ante los Tribunales no es preciso más que probar los hechos, el Juez conoce el Derecho y habrá de aplicarlo de oficio. Es obvio que la moderación debe aplicarse en su caso, aunque no haya habido petición de las partes.

En relación con otros preceptos en los que se trata de una facul-

tad de moderación semejante, también hay jurisprudencia que afirma que no es precisa la petición de los interesados para moderar. Tal es el caso de los artículos 1.154, 1.729, 1.801 y 1.889 del Código civil.

Aunque la doctrina en general no se ha preocupado de opinar en este tema, sí lo ha hecho incidentalmente algún autor como Santos Briz (98) y Soto Nieto Nieto (99); ambos se pronuncian en el mismo sentido aquí mantenido, coincidente con el de las sentencias citadas.

## XII. APLICACION DEL ARTICULO 1.103 FUERA DEL AMBITO DEL DERECHO CIVIL

El Derecho civil es el Derecho privado general. El Código civil, además de su ámbito de aplicación propio, tiene valor supletorio general. Como dice De Castro: «Tanto respecto de las normas de Derecho privado, como de las de Derecho público, se refieran expresamente o no al Código, sean anteriores o posteriores a él» (100). El vigente artículo 4 del Código civil, en su tercer apartado así lo reconoce expresamente: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

Además, el Código de comercio reconoce también en su artículo 2, párrafo 1.º, esa función supletoria del Código civil como Derecho común: «Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común».

El artículo 1.103 es por su naturaleza una norma de carácter general. Así lo confirma su inclusión en el Capítulo II, del Título I del Libro IV del Código civil: «De la naturaleza y efectos de las obligaciones». Además, su propio tenor literal se refiere a «toda clase de obligaciones». El espíritu de la norma también abunda en su carácter general.

El artículo 1.103 del Código civil es, pues, aplicable no sólo en el ámbito exclusivo del Derecho civil, sino también dentro del campo del Derecho privado y del Derecho público.

De hecho, así lo han entendido las Salas del Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo, que lo han aplicado en algunas ocasiones.

*Sentencia de 15 de diciembre de 1978.*—Sala 4.ª del Tribunal Supremo.

A un contratista de obras se le adjudican por acuerdo municipal

---

(98) Comentario al artículo 1.902, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, de Edersa, T. XXIV, Madrid, 1984, pp. 151 y 152, y *La compensación de culpas: su aplicación en el seguro de suscripción obligatoria de automóviles*, en «RDP», 1988, p. 776.

(99) *La llamada compensación de culpas*, en «RDP», 1968, p. 418.

las obras de reforma y adaptación de un centro para mendigos, con un presupuesto final de 8.774.526 pesetas. El plazo para realizar la totalidad de la obra, un año, expiraba el 2 de julio de 1971. Un mes antes del final del plazo el contratista comunicó por escrito al Ayuntamiento que desde esa fecha paralizaba los trabajos, motivando su decisión en haber solicitado anteriormente la rescisión de la contrata sin pérdida de la fianza, debido a tener agotado el presupuesto de la obra. Desde la citada fecha las obras quedaron suspendidas definitivamente. Hasta ese momento el contratista había realizado el 90 por 100 del total de la obra según acreditaban las certificaciones.

El expediente municipal que se instruyó al respecto se concluyó el 20 de octubre de 1971, resolviendo: a) rescindir el contrato de obra dejándolo en suspenso; b) incautación de las garantías prestadas por el contratista por un importe total de 220.000 pesetas; c) inhabilitación del contratista para contratar con la Corporación municipal, y d) aprobar la liquidación de la obra efectuada que ascendía a la suma de 8.198.309 pesetas. La fundamentación jurídica del acuerdo del Ayuntamiento fue lo que éste calificaba como paralización de las obras, incumplimiento del plazo previsto para su ejecución y abandono de las mismas sin causa justificada, hechos que se subsumían en los artículos 146, del pliego de condiciones, y 56, 65.1 y 71, 1.º y 2.º, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (101).

Ante este acuerdo el contratista interpone recurso contencioso-administrativo. Posteriormente el Ayuntamiento apela y el Tribunal Supremo da lugar en parte a dicha apelación, revocando en parte la sentencia de la Sala de lo contencioso de la Audiencia. Consideró válidos los acuerdos municipales que declararon la rescisión del contrato de obra adjudicado al contratista y que aprobaron la liquidación de la obra practicada. Consideró, en cambio, no ajustados a Derecho dichos acuerdos, y, por tanto, nulos, en cuanto en ellos se dispuso la incautación de fianzas y la inhabilitación del contratista.

El 4.º considerando de la sentencia subraya que en los acuerdos municipales se citan genéricamente un conjunto de disposiciones y se califica indiscriminadamente los hechos, tachándolos tanto de paralización como de abandono e incumplimiento. Ello obliga a discernir cuál de aquellas calificaciones corresponde de verdad a los hechos, pues ni tienen la misma entidad, ni producen los mismos efectos. «Desde el incumplimiento total por dolo al simplemente parcial por culpa o negligencia —añade la sentencia—, existe notable diferencia en orden a los límites y extensión de *la responsabilidad contractual, susceptible de ser moderada en los casos de simple culpa o negligencia, moderación que tiene su primer justificación en el artículo 1.103*

---

(100) *Derecho civil de España*, T. I, Madrid, 1955, p. 308.

(101) Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, 9 de enero de 1953.

*del Código civil definidor de unos principios perfectamente aplicables a la contratación administrativa» (102).*

*Sentencia de 29 de octubre de 1983.*—Contencioso-administrativa. Sala 4.<sup>a</sup>

En esta sentencia se aplica también el artículo 1.103 del Código civil a la contratación administrativa aunque no se explicita como en la sentencia anterior.

El Ayuntamiento adjudica a una empresa constructora la construcción de un nuevo edificio para albergar a la Corporación. El presupuesto de la obra es de 68.157.253 pesetas. La fianza exigida es 1.000.000 de pesetas.

La realización de la obra, con sujeción al pliego de condiciones y al proyecto aprobado, tendrá un plazo de dieciocho meses a partir del comienzo de 1975, tras un replanteo estipulado expresamente en el pliego de condiciones. Ese replanteo se fue demorando por interferirse la Dirección General del Patrimonio Artístico. A tal punto llegó la demora que dos años después, en 1977, las dos partes (Ayuntamiento y contratista) se muestran conformes en llevar a cabo una rescisión de la contrata, puesto que la citada Dirección General imponía cambios sustanciales en el proyecto.

La única cuestión surgida entre las partes es la de si se atribuye o no algún género de culpa a la corporación municipal, que se defendió alegando tratarse de un caso fortuito o fuerza mayor. La empresa constructora reclamó que se le abonasen 992.853 pesetas en concepto de resarcimiento de daños y 8.890.077 pesetas por indemnización de perjuicios (lucro cesante y beneficio industrial de la obra, que importaba 68.000.000 de pesetas). El Ayuntamiento se mostró conforme con el pago de la cantidad pedida en concepto de daños y naturalmente la devolución de la fianza, pero se opuso al pago de la cantidad pedida en concepto de perjuicios.

La sociedad constructora interpuso recurso contencioso-administrativo. El recurso se estimó, declarando no ser ajustados a Derecho los acuerdos municipales, y en su lugar se condenó al Ayuntamiento a pagar a la actora el 1.000.000 de pesetas de fianza, las 992.000 pesetas por los daños y 8.890.077 pesetas por los perjuicios derivados para la empresa por la no realización de la obra.

El Ayuntamiento promovió recurso de casación. El Tribunal Supremo lo desestimó haciendo suyos los considerandos de la Audiencia.

En ellos se dice que existió negligencia por parte de la corporación municipal porque era inconcebible que, dada la índole de la obra y de su emplazamiento en el recinto antiguo de la ciudad, no hubiera previsto en el largo proceso previo a la contratación definitiva la conveniencia o necesidad de tener en cuenta el parecer de los organismos

---

(102) Obsérvese que en este caso no se pide, como habitualmente, moderar daños y perjuicios.

encargados de velar por el entorno artístico (la Dirección General de Patrimonio Artístico).

Prueba de que el propio Ayuntamiento reconocía su actuación culposa es que se mostró conforme con pagar los gastos efectuados y devolver la fianza.

En el 4.º considerando se señala que, al tener que resarcir el daño emergente y el lucro cesante y dadas las circunstancias del caso «lo justo sería traer a colación la norma contenida en el artículo 1.103 del Código civil; la cuantía de la indemnización podrá moderarse por los Tribunales según los casos». Aplicando la facultad del artículo 1.103 el Tribunal Supremo estima correcta la sentencia de la Audiencia. Modera la responsabilidad, simplemente al condenar a la corporación demandada a pagar a la empresa actora la cantidad que ésta solicitó en su demanda seis años antes. La devaluación sufrida por el dinero en ese lapso de tiempo es la cifra de la moderación.

Por lo que toca a la aplicación del artículo 1.103 del Código civil al Derecho mercantil, la respuesta debe ser también afirmativa, de acuerdo con lo antes indicado. El hecho de que en la sentencia de 30 de junio de 1981 el Tribunal Supremo casara la sentencia de instancia por entender que había aplicado erróneamente el artículo 1.103 del Código civil, no debe inducir a confusión. El caso era como sigue:

Se trataba de un contrato de transporte. Por una avería del vehículo, al parecer (103), las mercancías no llegan a su destino. El titular de éstas interpone demanda en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos. En 1.ª instancia se condena a los demandados (la empresa de transportes y el conductor del camión) a pagar la suma que representa el valor de las mercancías transportadas (fijado pericialmente en 1.859.000 pesetas). Recurrida la sentencia por los demandados, la Audiencia hizo uso de la facultad de moderación reduciendo la suma a pagar a la cantidad de 1.000.000 de pesetas. Interpuso el demandante recurso de casación que prosperó. El recurso se basaba en la violación del artículo 379, en relación con el 363.1, ambos del Código de comercio; además de la indebida aplicación o errónea interpretación del artículo 1.103 del Código civil.

En los considerandos de la sentencia se admite que, en efecto, los daños y perjuicios son los fijados en los citados artículos del Código de comercio y que en el caso no es de aplicación el artículo 1.103 del Código civil, diciendo textualmente que no es «dable a la Sala de instancia hacer uso de la facultad de moderación, cuando existe una norma concreta que establece el *quantum indemnizatorio*» (104).

Se añade además, que la facultad de moderar se puede utilizar cuando se evite un resultado inicuo.

---

(103) En la sentencia no se aclara ese extremo, en cambio sí es seguro que se trata de negligencia y no de dolo.

(104) Sobre esta sentencia y la confusión entre cualificación y moderación, ver el apartado VIII.



En suma, en este caso no se aplicó la facultad de moderar del artículo 1.103 del Código civil pura y simplemente porque no existía en él ninguna circunstancia que aconsejara hacerlo.

Cosa que no significa, desde luego, que no pueda utilizarse el artículo 1.103 en los contratos mercantiles, incluido el de transporte, siempre y cuando existan razones para moderar la indemnización derivada de su incumplimiento.

### XIII. EL ARTICULO 1.103 Y SU POSIBLE CONEXION CON OTROS PRECEPTOS SIMILARES EN EL CODIGO CIVIL

En nuestro Código civil existen varios preceptos que al igual que el artículo 1.103 hablan de la posibilidad, en distintos casos, de que los Tribunales moderen la responsabilidad nacida del incumplimiento de obligaciones, procedentes de contrato o «cuasi» contrato. Son éstos los artículos 1.154, 1.726, 1.801 y 1.889 del Código civil.

Interesa averiguar si dichos preceptos forman un todo con el artículo 1.103, una especie de sistema en el que éste fuera la regla general, por eso mismo bastante indeterminada, y estos cuatro artículos, simples concreciones de esa regla para unos supuestos determinados, y si lo dispuesto para tales casos específicos podría sernos útil para la interpretación de la regla general. Para esa averiguación es preciso realizar un examen de esos preceptos uno por uno. No quiere decir esto que vaya a proceder a un examen exhaustivo de cada uno de ellos, sino tan sólo en cuanto a su relación con el artículo 1.103 del Código civil (105).

El artículo 1.154 establece que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Este es un precepto que tiene su más inmediato antecedente, a más de en el Proyecto de 1882/88, en el de 1851, en el que su artículo 1.085, con alguna variante de redacción, era prácticamente igual al actual artículo 1.154 del Código civil (106). García Goyena, en el comentario al precepto, dice que si bien es cierto que el acreedor a falta de un pacto especial no puede ser pagado en partes contra su voluntad, pero que el artículo 1.084 (107) supone un pago o cumplimiento parcial consentido por el acreedor. Si se da este supuesto —sigue Goyena— el acreedor no

---

(105) En concreto, dentro de éste a su facultad de moderación.

(106) Artículo 1.085 del Proyecto de 1851: «El Juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiera cumplido en parte y no en el todo».

(107) Artículo 1.084, Proyecto de 1851: «Si la obligación fuere divisible, regirá también lo dispuesto en el artículo anterior; pero si el acreedor admitió el pago parcial de la deuda u obligación de parte de alguno de los coherederos, deberá descontarlo de la pena, aun cuando la exija el contraventor».

puede tener parte de la cosa y exigir completa la pena que la sustituye o representa. No es lógico que una misma cláusula dé siempre lugar a la misma pena, que sea la misma para el deudor que ejecutó casi completamente su obligación, como para él que ni siquiera empezó a cumplirla. Termina este mismo autor señalando que el Juez tiene que tener en cuenta a la hora de moderar la posición de las parte y «todas las demás consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio» (108), sigue García Goyena citando a Pothier, quien pone varios ejemplos de supuestos como los del artículo 1.085 del Proyecto de 1851, alguno de obligaciones indivisibles en las que también tiene aplicación este precepto (109).

(108) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, comentario al artículo 1.085.

(109) POTHIER: *Traité des obligations*, vol. I, Paris, 1825, núms. 351-252.: «352. Notre principe, que la peine n'est due qu'à proportion et quant à la part pour laquelle l'obligation principale n'est pas exécutée, a également lieu, soit que vous vous soyez engagé à une telle peine, au cas que vous fissiez telle chose; soit que vous me l'ayez promise, au cas qu'un tiers fit une telle chose. Par exemple, si vous vous êtes fait fort, sous peine de me payer cent écus, que Pierre ne revendiquera pas sur moi un certain héritage, la peine sera due seulement pour la moitié, si Pierre ne le revendique que pour moitié, à moins qu'il n'apparut d'une intention contraire des parties. *Molin. ibid. p. 3, n. 531.* 353. Ces décisions ont surtout lieu à l'égard des obligations de choses divisibles. Il sembleroit qu'elles ne pourroient recevoir d'application aux obligations de choses indivisibles; néanmoins elles s'y appliquent quelquefois. 1.º Quoique l'exercice d'une servitude prédale soit quelque chose d'indivisible, et qu'en conséquence l'obligation que contracte le possesseur de l'héritage servant, de souffrir l'exercice de la servitude, soit une obligation indivisible; néanmoins, lorsque cette servitude est limitée à une certaine fin pour laquelle elle a été constituée, la quelle fin se termine à quelque chose de divisible, la peine se divisera, si cette fin a été remplie pour partie; et elle n'aura lieu que pour la partie quant à laquelle elle n'aura pas été remplie; ceci va s'éclaircir par un exemple. J'ai un héritage qui a un droit de servitude sur le vôtre, lequel droit consiste en ce que les possesseurs de l'héritage servant sont obligés, au temps des vendanges, de souffrir que mes gens transportent ma vendange par cet héritage, à peine de cent écus en cas de trouble fait à mon droit de servitude. Dens cette espece, si, apres avoir, laissé passer la moitié de ma vendange, vous avez empêché le transport du surplus par votre héritage, vous n'avez encouru la peine de cent écus que pour moitié; car quoique la servitude de passage soit indivisible, et que l'obligation de souffrir l'exercice de cette servitude soit l'obligation de quelque chose d'indivisible, néanmoins, comme cette servitude est limitée à une fin, qui est le transport de ma vendange, et que ma vendange est quelque chose de divisible, on ne peut disconvenir que j'ai joui en partie de la fin pour laquelle la servitude a été imposée, et que vous m'en avez souffert jouir, en me laissant transporter par votre héritage la moitié de ma vendange. Je ne pourrai donc demander que la moitié de la peine; car je ne puis pas percevoir la peine pour le total, et jouir en partie de l'utilité de mon droit de servitude; je ne puis pas avoir tout a-la-fois l'un et l'autre. C'est ce qu'enseigne Dumoulin dans l'espece que nous venons de rapporter; *quia, dit-il, haec servitus de se individua, dividuatur ex accidenti, et ex fine dividuo... et debet judicari secundum regulam dividuorum.* P. 3, n. 363.

Article III.—Si le débiteur peut, en s'acquittant par parties de son obligation, évi-ter la peine pour partie. 351. Un débiteur ne peut payer à son créancier, malgré lui, partie de ce qu'il lui doit, tant que son obligation, quoique divisible, est encore indivi-sée, suivant que nous le verrons *infra, p. 3, ch. 1, art. 3, & 2.* C'est pourquoi les offres qu'il feroit à son créancier de lui payer partie de ce qu'il lui doit, ne peuvent lui éviter aucune partie de la peine stipulée en cas d'inexécution, si le créancier refuse ce paiement partiel. Mais si le créancier a volontairement reçu partie de sa dette, y

No cabe duda que este precepto, como el artículo 1.103, es un caso en el que lo que se pretende es aplicar la equidad, pero no ante cualquier situación en la que el cumplir la pena sea inicuo, sino tan sólo cuando esa falta de equidad se dé porque la obligación principal se cumplió en parte o irregularmente (110). Obsérvese que aquí lo que se modera únicamente es el *quantum* de la obligación subsidiaria, en absoluto el de la obligación principal. El artículo 1.103, en cambio, tiene un espectro de aplicación mucho más amplio; de su letra y espíritu se sigue que, siendo aplicable a «toda clase de obligaciones», lo será tanto a las principales como a las subsidiarias, y no sólo cuando se haya cumplido parte de la obligación, sino también en otros muchos posibles casos. En el artículo 1.103 es posible que se modere, por ejemplo, en base a la diligencia, aunque ésta no haya logrado resultados absolutamente prácticos.

El artículo 1.154 es inaplicable cuando no se produjo ningún tipo de cumplimiento; en cambio, aún tratándose de un caso extraño, ese

---

aurat-il lieu a la peine pour le total, en cas de défaut de paiement de la partie qui reste a payer? Ulpian, en la loi 9, & 1, ff. *si quis caution. in jud.* décide qu'encore bien que, selon la subtilité du droit, il put paroître que la peine doit en ce cas etre encourue pour le total, néammoins il est équitable qu'elle ne le soit que pour la meme part qui reste a acquitter l'obligation principale. La vraie raison de cette décision est celle que donne Dumoulin, et que nous avons ci-dessus rapportée; savoir que la peine étant censée promise pour le dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut pas recevoir l'un et l'autre. Lors donc que le créancier a été payé pour une partie de l'obligation principale, il ne peut plus recevoir la peine pour cette partie; autrement il recevrait l'un et l'autre, ce qui ne se doit pas. C'est la dixieme clef de Dumoulin, dans son Traité de divid. et individ., p. 3, n. 112. *In omnibus sive individuis, sive dividuis, poena non committitur, nisi pro parte contraventionis efficacia, nec potest exigi cum principali; sed creditor non tenetur partem principalis et partem poenae accipere.* Ceci s'éclaircira par un exemple. En me vendant une métairie dénuée de bestiaux nécessaires pour la faire valoir, vous vous etes obligé de me fournir deux paires de boeufs, a peine de 500 liv. de dommages et intérêts, au cas que vous manquassiez de me les fournir. Vous ne pourrez pas, dans cette espece, m'obliger a recevoir une paire de boeufs, n'étant pas obligé de recevoir pour partie ce qui m'est dû; et conséquemment les offres que vous me feriez d'une paire de boeufs, si je ne veus pas la recevoir, n'enpecheront pas que vous ne soyez tenu envers moi de la peine entiere de 500 liv. Mais si j'ai volontairement reçu une des paires de boeufs que vous me devez, faute par vous de me fournir l'autre paire, je ne pourrai vous demander que la moitié de la peine; car ayant reçu une partie de ce qui faisoit l'objet de l'obligation principale, je ne puis avoir la peine entiere, ne pouvant pas avoir l'un et l'autre.»

(110) JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 349, en nota 28, dice que en el supuesto del artículo 1.154 del Código civil pueden darse otros casos en los que sin que se haya cumplido nada de la obligación principal resulte inequitativo pagar toda la pena, y para solventar ese problema defiende en contra de la mayor parte de la doctrina, que la circunstancia mencionada en el artículo 1.154 del cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, no es el único caso en que puede funcionar el precepto, ya que esa mención se hace *ad exemplum* y pueden existir otras causas, aunque no mencionadas expresamente. Pienso que tiene razón en cuanto a que pueden existir otras situaciones inequitativas, pero para esos supuestos no será de aplicación el artículo 1.154, sino el artículo 1.103 del Código civil.

podría ser un supuesto del artículo 1.103 (111). Por la misma razón, ya que el único criterio de moderación admitido en el artículo 1.154 es el hecho de haber cumplido en parte, para aplicarse es igual que la conducta que impidió el cumplimiento de la obligación principal haya sido dolosa o culposa (112), mientras que para aplicar el artículo 1.103 se requiere que no haya existido dolo. Ciertamente que semejante diferencia puede tener un resultado en alguna medida extraño, dependiendo de la función que tenga la cláusula penal si sirve para sustituir los daños y perjuicios (artículo 1.152), resultaría que, aún habiendo conducta dolosa, éstos se podrían moderar; en cambio, si no hubo cláusula penal, el artículo 1.103 no podría aplicarse por mor del dolo. De todas formas me parece que este contrasentido es aparente, porque en base al artículo 1.107 el deudor doloso podría argüir, para evitar el pago total de la pena que en parte en la medida en que cumplió no produjo daños y perjuicios.

Otra diferencia con el artículo 1.103 es que en éste siempre se modera el *quantum* de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento y en el artículo 1.154 no siempre, ya que dependerá de si en el caso concreto la cláusula penal sustituye o no a los daños y perjuicios (artículo 1.152 del Código civil). Además, la moderación prevista en el artículo 1.154 del Código civil opera en forma automática. Si se produce el cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal el Juez tendrá siempre que moderar la pena. En cambio, en los supuestos del artículo 1.103 del Código civil no puede actuarse así, pues el propio precepto obliga a tomar en cuenta las circunstancias del caso y decidir según ellas. Luego falta ese automatismo.

Otros puntos comunes a ambos preceptos son la aplicación de oficio de los dos artículos y la posibilidad de revisión en casación.

Según el artículo 1.726 del Código civil, «el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido». En el Proyecto de 1851 no existe un precepto similar porque la idea de ese Proyecto era unificar la responsabilidad en cualquier caso a través de los artículos 1.013 (113) y 1.016 (114), sin dejar excepciones para casos particulares. Semejan-

(111) Así, por ejemplo, el supuesto que recoge POTHIER: *Ob. cit.*, núm. 164, o el que la obligación incumplida fuera de carácter gratuito, etc.

(112) Para el estudio del artículo 1.154 del Código civil, ver ALBALADEJO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XV, vol. II, Madrid, 1983, pp. 481 y ss.

(113) «La responsabilidad procedente de negligencia tiene lugar en todos los contratos, cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiere pactado y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia».

(114) «En el resarcimiento de los daños o perjuicios, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato. En el caso de dolo, se extenderá la indemnización a los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él».

te idea tuvo su excepción, como hemos visto, en el caso del gestor de negocios ajenos (115). Pero el mandato se recondujo en cualquier caso a las reglas generales; cosa lógica, por otra parte, ya que para el Proyecto del 51 todo mandato era gratuito: si mediaba cualquier tipo de compensación ya no era mandato, sino uno de los contratos innominados.

En el comentario de García Goyena al artículo 1.609 del Proyecto, artículo que allí se ocupaba de las obligaciones y responsabilidad del mandatario, aquél nos dice que «responde de los daños, etc.: esto es común a todos los contratos según el artículo 1.011». El texto del actual artículo 1.726 es igual al del Proyecto del Código de 1982/88. El que se estime con más o menos rigor la responsabilidad exigida al mandatario es una aplicación del principio de equidad (116). El precepto explicita que solamente se podrá moderar cuando la conducta del mandatario sea culpable. Es evidente —como dice León Alonso (117)— que no se trata de ninguna manera de que la diligencia exigible en este caso sea menor a la general del artículo 1.104, sino que la responsabilidad procedente de la falta de esa diligencia exigida en general puede moderarse por la concurrencia de circunstancias, cualesquiera en el artículo 1.103, en concreto por la gratuidad en el artículo 1.726. No exige este precepto para su aplicación que haya existido un grado de cumplimiento mínimo, aunque pienso por mera lógica que difícilmente ningún Juez moderaría una responsabilidad por negligencia en el cumplimiento del mandato cuando no haya existido actividad alguna por parte del mandatario. También aquí nos encontramos con una concreción de la regla del artículo 1.103 del Código civil, aunque en el artículo 1.726 tan sólo se hable de moderación por el criterio de la gratuidad (118). Ello no es óbice para que en un contrato de mandato no gratuito sea posible moderar la responsabilidad del mandatario por la concurrencia de algunas de las circunstancias subsumibles en el artículo 1.103.

La doctrina suele considerar que, en efecto, el artículo 1.726 es una concreción del artículo 1.103. Así lo mantienen Scaevola (119), Pérez y Alguer (120) y León Alonso (121), opinando este último que: «En definitiva, la medida del artículo 1.726 no constituye, en absoluto, una excepción a la general del 1.103, sino, más propiamente, una

---

(115) Apartado II, nota 4.

(116) Así lo dice MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, T. XI, Madrid, 1931, p. 463.

(117) Comentario al artículo 1.726 del Código civil en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XXI, vol. II, Madrid, 1986, p. 353.

(118) Está claro que un criterio manejable en la aplicación del artículo 1.103 del Código civil en la responsabilidad procedente del incumplimiento contractual sería la gratuidad de la prestación que se incumplió.

(119) *Notas a Ennecerus*, T. II, vol. II, p. 327.

(120) *Comentarios al Código civil*, T. XXVI, vol. II, Madrid, 1951, pp. 388 y 393

(121) *Ob. cit.*, p. 354.

matización del mismo por razón del supuesto, ya que ni el mandatario remunerado deberá ver excedida su responsabilidad más allá de la contractual propia del derecho patrimonial común, ni el gratuito devendrá punto menos que irresponsable ante su falta de diligencia objetiva».

Por lo demás, como ocurre con el artículo 1.889, el 1.726 del Código civil se aplicará de oficio y será revisable en casación.

Según el artículo 1.801: «El que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente. La autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego en la apuesta es excesiva o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia».

Entre los antecedentes inmediatos de este artículo se encuentra el artículo 1.701 del Proyecto de Código civil de 1851: «El que pierde en un juego lícito queda civilmente obligado, en cuanto no exceda de la cantidad fijada por los reglamentos; y en caso de no estar fijada, podrán reducir los Tribunales esta obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia». En este precepto ya se prueba la posibilidad de los Tribunales de moderar el monto de la obligación, pero esta facultad existía tan sólo subsidiariamente, para el supuesto de que la cantidad debida no estuviese fijada en los reglamentos (122). Aunque la regla en cuestión se hubiese tomado en parte del Código civil francés, es preciso señalar que en él no se contemplaba la posibilidad de moderar la cantidad adeudada, sino simplemente la de no estimar la demanda (123).

En el comentario de García Goyena al artículo se ofrecen las razones de esta norma: «Hay cosas que, aunque lícitas en sí mismas, están proscritas por la consideración de los abusos y peligros que pueden acarrear; de consiguiente, si el juego, bajo el punto de vista que le miremos, no fuera ya reputado malo por su naturaleza, sería todavía preciso reprobalo por relación a sus consecuencias. Los juegos lícitos tienen en sí mismos un atractivo propio sin necesidad de buscarlo en un precio excesivo; pero dado este caso, los Tribunales podrán tratarlos como prohibidos, pues que en ellos igualmente que en los de suerte, había habido exposición a pérdidas ruinosas» (124).

---

(122) GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias, motivos y Comentarios del Código civil español*, dice al respecto en el comentario al apartado 1.701: «Se reconoce pues la competencia de la autoridad superior administrativa o de policía para hacerlos en esta materia; y creo que lo mismo debe sobreentenderse en los Códigos extranjeros, aunque no lo expresen».

(123) Artículos 1.965, 1.966 y 1.967 del Código civil francés. El texto que nos interesa aquí en concreto, es el segundo párrafo del artículo 1.967. Después de señalar en el primero cuáles son los juegos lícitos y que sobre ellos sí es posible cruzar apuestas, se dice: «Sin embargo, el Tribunal puede rechazar la demanda, cuando la suma le parezca excesiva».

(124) *Ob. cit., loc. cit.*

En el Proyecto de 1882-88 el texto del artículo 14 del libro IV es igual al del actual artículo 1.801.

En relación con el artículo 1.103 hay que señalar que el artículo 1.801 procede, en lo que nos importa, del Proyecto de 1851, mientras que el artículo 1.103 —ya lo hemos visto— aparece por vez primera en el Proyecto de 1882-88.

Otra de las diferencias que se observan entre ambas normas es que a tenor del artículo 1.801 del Código civil, el Juez puede optar entre reducir la cantidad a pagar o no admitir la demanda. La letra del precepto no deja claro cuándo deberá aplicarse uno u otro criterio (125). La doctrina, en general, parece inclinarse por entender que se trata de una cuestión que se deja a la discreción judicial (126). En cambio, el artículo 1.103 del Código civil tan sólo permite la moderación. La verdad es que la existencia de los dos criterios en el precepto actualmente en vigor sin aclaración de cuándo hay que utilizar uno u otro, creo que procede de que en el Proyecto de 1851 se permitía moderar, pero sólo en el caso de que en los reglamentos que debieron haberse redactado por la autoridad competente, no se hubiera fijado cantidad límite alguna para el supuesto. Pues si estaba fijado y se sobrepasaba, sencillamente no se quedaba obligado civilmente en lo que excediere. Al eliminar en nuestro vigente artículo 1.801 la referencia a esos reglamentos y sustituirla por el criterio del Código civil francés de no admisión de la demanda y dejar subsistente la posibilidad de moderación, no se advirtió que éste ya no quedaba como subsidiario, pues se había perdido la referencia.

El artículo 1.801 lo que permite reducir a los Tribunales no es la responsabilidad por los daños y perjuicios que produjo el incumplimiento, supuesto del artículo 1.103 del Código civil, sino el monto de la propia obligación.

---

(125) Parece como si nuestro Código al eliminar en la primera parte la referencia a los reglamentos estatales, esto lo hubiera sustituido por el Criterio del Código civil francés de no estimar la demanda cuando la cantidad cruzada fuera excesiva y el criterio de moderación que subsidiariamente establecía el Proyecto de 1851 se ha mantenido, sin que ahora aparezca esa subsidiariedad de moderarla hasta los límites en que se estime no traspasa los límites de un buen padre de familia.

(126) Sobre este punto, GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XXII, vol. I, Madrid, 1982, quien en la página 379 dice, tras de poner de manifiesto el problema de interpretación, estima que el Juez tiene plena libertad para elegir la fórmula que considere mejor. En el mismo sentido SCAEVOLA: *Comentarios al Código civil*, T. XXVIII, Madrid, 1953, p. 180. Y para SANTAMARÍA: *Comentarios al Código civil español*, T. II, Madrid, 1958, pp. 820 y 821; «la facultad que este artículo [el 1.801 del Código civil] concede a la Autoridad Judicial... es una facultad discrecional, en cuyo ejercicio habrán de tenerse en cuenta, además de la especialidad del juego o apuesta, la relación de probabilidades, y las circunstancias de personas, ocasión, usos, consecuencias, etc., del caso. La resolución del Juez, no obstante, de ser discrecional, admitirá los recursos procesales correspondientes a su clase».

De lo dicho hasta ahora concluyo que aunque el artículo 1.801 del Código civil contiene una posibilidad de moderación, ésta no es en modo alguno concreción de una legal más amplia contenida en el artículo 1.103 del Código civil. Se trata de una norma independiente, cuyo único punto en común con la aquí estudiada es precisamente que en ambas se puede moderar algo.

Según el artículo 1.889: «El gestor oficioso debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia, e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione. Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso». También este precepto tiene sus antecedentes inmediatos en el Proyecto de García Goyena, cuyo artículo 1.893 es igual al actual, salvo variantes de redacción. En el comentario que del precepto hace ese autor se defiende esta excepción a la idea de un único tipo de responsabilidad en todos los casos en los siguientes términos: «Es necesario tener miramiento al parentesco, a la afeción, a la importancia del negocio, a las dificultades que ha sido preciso vender; en una palabra, no hacer al gerente víctima de su benevolencia, no pagar el beneficio por condenaciones, propias para retraerle y envenenar así el placer que siente el hombre honrado y sensible cuando hace bien a otro. Y como el legislador no puede apreciar por sí todos estos puntos, tiene que descansar en la discrección, sabiduría e integridad de los Magistrados». Esta actitud generosa para el que es generoso con otro ocupándose de sus asuntos abandonados, era tradicional en nuestro Derecho, pues en el Derecho de Partidas, Ley XXX, Título XII, Pártida V, no somete al gerente sino a culpa leve, etc.»

En este precepto como en el artículo 1.103 se trata de una aplicación de la equidad (127), y sólo para casos de conducta culposa y no dolosa. No se especifican cuáles sean las circunstancias que se habrán de apreciar con lo que es posible un amplio espectro de supuestos en su aplicación.

Aquí, aunque el momento histórico de nacimiento de los preceptos es diferente, creo que contemplan los mismos supuestos y que el artículo 1.889 es un caso concreto, de obligación determinada (la del gestor oficioso, nacida pues de cuasicontrato), en la que se aplica la regla general del artículo 1.103 (128). Podríamos decir, pues, que

---

(127) SANTOS BRIZ: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, T. XXIV, Madrid, 1984, pp. 57 y ss., comentario al artículo 1.889. También TRAVIEZAS, M. M.: *La gestión de negocios ajenos*, en «RDP», 1919, p. 139.

(128) SANTAMARÍA: *Comentarios al Código civil*, T. II, Madrid, 1958, p. 936, estima que el artículo 1.889 del Código civil es la manifestación en un caso concreto de la regla general del artículo 1.103 del Código civil. Igualmente, ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. II, vol. II, 7.ª ed., Madrid, 1982, p. 458, nota 3.



la aparición posterior del artículo 1.103 convierte al 1.889 en un precepto un tanto superfluo.

Del examen realizado de algunos preceptos, por su relación con el artículo 1.103 del Código civil resulta que en ningún momento han formado un todo en la mente del legislador, en el que el artículo 1.103 estableciera una regla general y los demás preceptos lo aplicaran a una serie de supuestos concretos con las variaciones que pidiera cada uno de ellos.

Los artículos 1.154 y 1.801 del Código civil tienen importantes diferencias con el artículo 1.103 y son normas independientes con respecto a aquél. Lo que no impide que este precepto, por mor de su generalidad, pueda relacionarse con ellos. Y así se puede a su tenor moderar una pena sustitutoria de daños y perjuicios, aunque la obligación principal se hubiera incumplida totalmente o disminuir el monto de las deudas del juego.

En cuanto al artículo 1.726, surgió, como el artículo 1.103, en el Proyecto de Código civil de 1882-88, y, por sus características, constituye una aplicación del principio del artículo 1.103 a un caso particular (129), el de la gratuidad del mandato. Pero no es obstáculo para que se pueda moderar, de acuerdo con otros criterios que tengan cabida en el artículo 1.103, la responsabilidad del mandatario.

En lo tocante al artículo 1.889, resulta inútil o superfluo, puesto que la única diferencia con el artículo 1.103 del Código civil es que se refiere únicamente a los cuasicontratos mientras que éste se refiere a todas las obligaciones (incluidas las derivadas de cuasicontrato).

#### XIV. CONCLUSIONES

Nuestra jurisprudencia ha utilizado frecuentemente la facultad de moderación del artículo 1.103 del Código civil, pero a menudo esa utilización ha sido incorrecta.

Tales son los casos de su aplicación cuando existe concurrencia de causa en la realización del hecho dañoso, tanto en el ámbito de la responsabilidad como en el de la extracontractual. En éste puede decirse que esa aplicación ha sido la única que nuestra jurisprudencia ha dado al artículo 1.103 del Código civil. En ambos casos la utilización de ese precepto es errónea. En ninguno de los dos supuestos se produce realmente moderación alguna.

---

(129) Los artículos 1.103 y 1.726 del Código civil, se aplicaron juntos en la sentencia de 25 de noviembre de 1959, aunque el Tribunal Supremo no entró a hablar de la relación existente entre ambos preceptos, quizá precisamente por obvia. Para ver el resumen de la sentencia, apartado X.

Lo que ocurre es que, existiendo varias conductas ilícitas (130) (en múltiples ocasiones una de ellas, la de la propia víctima), que causaron conjuntamente los daños a indemnizar, nuestros Tribunales, por más que hablen de moderación y traigan a colación inútilmente el artículo 1.103 del Código civil, se limitan a fijar la cuota que corresponde indemnizar a cada uno de los concausantes. Ello depende de la relación de causalidad existente entre el comportamiento de cada uno de los responsables y el daño. Se trata de un reparto de responsabilidad. Para realizar estas operaciones no se precisa de la regla contenida en el artículo 1.103 del Código civil y basta con el contenido de los artículos 1.902 y 1.101 del Código civil, respectivamente.

En otras ocasiones, bastantes, se ha empleado el artículo 1.103 del Código civil para cuantificar el daño, confundiendo este concepto con el de moderación. Sin embargo, se trata de conceptos absolutamente diferentes. Cuantificar supone averiguar el monto o cuantía de los daños que se causaron. Esta tarea la debe realizar la Sala de instancia a partir de la petición de la parte perjudicada (132), y en consonancia con la valoración de la prueba practicada. Sólo después de efectuar esa cuantificación es posible pasar a moderar si procede, rebajando la cuantía previamente fijada. La cuantificación responde a la pregunta de cuál es el importe de los daños ocasionados. Para lo cual es preciso tomar en cuenta tanto el daño emergente como el lucro cesante y comprobar el nexo causal entre los mismos y la conducta ilícita del agente. La moderación, en cambio, contesta a otro interrogante: de esa cantidad previamente fijada, ¿hay que hacer algún tipo de reducción en atención a las circunstancias del caso?, ¿a cuánto ascenderá esa reducción?

El artículo 1.103 del Código civil contiene una regla de carácter general, si bien limitada a los supuestos de conducta no dolosa. Está basada en la equidad. Esa generalidad permite su aplicación indistinta en la responsabilidad contractual y la extracontractual, pues si bien es patente que no puede decirse que una y otra sean la misma cosa, también es palmario que tienen muchos puntos en común. Es por

---

(130) Evidentemente, la concurrencia de causas puede darse no sólo en cuanto éstas sean conductas ilícitas, sino, por ejemplo, concurrencia de una conducta ilícita con alguna circunstancia ajena, no controlable. Para esos casos sirve lo dicho con las diferencias procedentes de su distinta naturaleza.

(131) Otra cosa es que después de haber fijado las cuotas que corresponden a cada uno de los concausantes sobre el monto de la indemnización del daño, pueda ser procedente moderar la cuantía del mismo para todos o para alguno de los agentes, en cuyo caso evidentemente sí que entraría en juego la regla del artículo 1.103 del Código civil.

(132) Esa petición, frecuentemente, es de una cantidad concreta, pero también en algún caso se ha pedido que se abonen los daños causados de acuerdo con la determinación de los mismos que se haga en la ejecución de la sentencia. La necesidad de que la Sala de instancia de esa petición para cuantificar es una exigencia, que de no observarse llevaría a la incongruencia de la sentencia.

esa razón por lo que jurisprudencia y doctrina están de acuerdo en que preceptos originalmente dictados para la responsabilidad contractual se apliquen igualmente en la extracontractual. Uno de esos preceptos es el artículo 1.103, pues nada hay en él que choque con la esencia de la responsabilidad extracontractual.

Ese mismo dato de la generalidad, unido al valor expansivo y supletorio del Derecho común, hace útil el precepto aún fuera del campo del Derecho civil e incluso del Derecho privado.

Es moderable cualquier responsabilidad patrimonial, tanto la procedente de daños de carácter material como la nacida de daños morales. Dentro de los daños materiales la moderación puede alcanzar lo mismo el daño emergente como el lucro cesante.

La existencia de la facultad de moderación contenida en el artículo 1.103 del Código civil no significa que en nuestro Derecho se admitan distintos niveles de exigencia en cuanto a la diligencia, pues el único modelo de ésta es el del artículo 1.104 del Código civil. Ahora bien, la responsabilidad procedente de la negligencia admite ser disminuida «según los casos». Esta expresión supone remitir a una valoración acorde con la equidad de todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

Al consistir la función del artículo 1.103 del Código civil en una aplicación de la equidad, es evidente que no precisa petición de las partes para su aplicación: *iura novit curia*. Por idéntica razón se puede asegurar que se trata de una facultad controlable en casación, y no sólo por la vía del error en su caso, sino por la infracción de normas.

Aunque no sea posible hacer una enumeración completa de los criterios que puedan justificar el ejercicio (como ya he dicho) de la facultad de moderación, sí se pueden mencionar algunos, siquiera a título de ejemplo.

De esos criterios, algunos surgen de la propia ley, de los artículos del Código civil que también se ocupan de la moderación de la responsabilidad. Así, a partir del artículo 1.726 del Código civil, cabe generalizar que es posible moderar cuando la obligación incumplida haya sido contraída gratuitamente.

Otros criterios pueden encontrarse en las sentencias en que se ha aplicado el artículo 1.103 del Código civil. Dicho artículo puede aplicarse cuando el incumplimiento contractual (o la actividad ilícita extracontractual) (133), que provocó los perjuicios de los que se responde, hayan proporcionado a la vez alguna ventaja.

---

(133) Pienso que este criterio tendría también posibilidad de ser utilizado en el campo de la responsabilidad extracontractual. Pensemos un ejemplo. Un canal bordea una serie de fincas rústicas. El dueño de uno de los predios ribereños utiliza el canal para transportar maderas por flotación. En esa actividad, por regular negligentemente el caudal del canal, se produce una inundación que arruina las plantaciones de uno

También cabe aplicar la moderación al siguiente supuesto a medio camino entre la moderación y la cuantificación. Habiéndose producido un incumplimiento que ha ocasionado daños y habiendo concurrido alguna otra circunstancia de carácter fortuito resulta imposible cuantificar cuál es la proporción de daños que corresponde a cada causa. En ese supuesto podría cuantificarse el total de los daños sufridos, y, en base al artículo 1.103 del Código civil, moderar esa suma de acuerdo con la equidad.

Otros criterios para la aplicación del artículo 1.103 del Código civil podrían ser los siguientes: a) cuando el monto de los daños supere notablemente las previsiones de las partes en el momento de la celebración del contrato; b) cuando el monto de los daños causados extracontractualmente supere notablemente lo previsto o previsible para el grado de negligencia observado; c) en el caso de los actos ilícitos realizados por los hijos o pupilos, que entren en la categoría de «grandes menores» por los que tengan que responder los titulares de la patria potestad o los guardadores legales; d) en los casos de responsabilidad objetiva, moderando sus consecuencias en determinados supuestos.

---

de los predios. Pero, a la vez, la avenida deposita en ese mismo predio gran cantidad de limo que arrastra y que hace que el fundo adquiera mayor fertilidad. Pues bien, está claro que el que utiliza el canal responderá de los daños causados en las plantaciones de otro por su negligencia. Pero también es cierto que esa negligencia ha producido una ventaja al dueño del fundo perjudicado, con lo que podría ser oportuno moderar en algo la cantidad a indemnizar.