

En definitiva, el marco en que se mueve el autor, los actos atributivos en vida, recuerda en el plano de la «fuerza de ley» al Derecho transitorio: el tránsito de los bienes entre la vida y la muerte del disponente, entre la espera y la esperanza del beneficiario; en último término, el modo en que opera la muerte entre la atribución y la adquisición. Que la muerte no será un vacío jurídico ni un rincón de tormentas entre los beneficiarios por la voluntad del causante y la tutela efectiva de otros interesados legítimos.

José Antonio DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Navarra

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*, ed. Civitas, Madrid, 2000, 519 pp. Prólogo de Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

1. El carácter complejo que reviste la relación obligatoria hace que la misma no pueda describirse como la simple correlación entre el deber del deudor de ejecutar la prestación y el derecho del acreedor a recibirla, sino que de aquélla derivan asimismo una serie de deberes accesorios, al servicio de la prestación principal, y de deberes de protección; el objeto de éstos es prevenir y evitar que el deudor ocasione daños al acreedor, ya sea en su persona ya en su patrimonio, con ocasión del vínculo que les une o, si se quiere, del contacto social a que la relación obligatoria da lugar entre ambas partes. Al estudio de dichos deberes de protección dedica esta monografía el Catedrático de Derecho civil Antonio Cabanillas, abordando no sólo los que derivan de contratos ya perfeccionados (deberes contractuales de protección) sino también los que se manifiestan en la etapa precontractual (deberes precontractuales). Como refleja el título de la monografía, su análisis en el campo contractual se extiende al Derecho Civil, al Mercantil y al Laboral, dando un marcado carácter interdisciplinar a su estudio; este planteamiento se halla plenamente justificado, pues entre los ámbitos propicios para el reconocimiento de deberes de protección siempre han ocupado un lugar relevante el contrato de trabajo (en cuyo marco el empresario está obligado a velar por la seguridad e higiene en el trabajo de sus empleados) y el de transporte, sin perjuicio de su posible apreciación en otros contratos (como el de prestación de servicios o el de arrendamiento), con motivo de cuya ejecución el deudor puede afectar a la esfera personal o patrimonial del acreedor. En cuanto al método, en la obra se recurre constantemente al Derecho comparado, exponiéndose de manera muy detallada el estado de la cuestión en Alemania, Francia e Italia sobre cada uno de los aspectos tratados, mas no para trasponer automáticamente a nuestro ordenamiento las respuestas dadas en aquéllos sino para destacar, en las consideraciones críticas que cierran la exposición de los diversos temas, las coincidencias y divergencias con las soluciones que a la luz de nuestro Derecho positivo cabe mantener y a cuya concreción va encaminado el análisis realizado por Cabanillas.

Por todo lo dicho, y porque la monografía no se limita al análisis de la doctrina existente en la materia sino que abarca también su tratamiento jurisprudencial en un afán de determinar las implicaciones prácticas de los diversos enfoques teóricos a propósito de los deberes de protección, la obra de Cabanillas es de obligada consulta para todo el que busque una visión global, concienzuda y detallada

del análisis doctrinal y jurisprudencial desarrollado hasta la fecha respecto de los deberes de protección y su régimen jurídico en nuestro ordenamiento y en el alemán, el francés y el italiano.

2. Hechas estas consideraciones de carácter general, pasamos a detallar el contenido de la obra, que se estructura en cuatro capítulos: los tres últimos se centran en los deberes de protección contractuales, el primero en los deberes precontractuales. Respecto de estos últimos Cabanillas expone las dos perspectivas barajadas, en los Derechos alemán y español, a la hora de calificar su vulneración, ya sea como una hipótesis de responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* (*infra*, 2.1), ya sea como un caso de responsabilidad extracontractual (*infra*, 2.2).

2.1 Comienza el autor refiriéndose a la configuración de la *vulneración del deber precontractual de protección como hipótesis de culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual en *Derecho alemán*. Desde esta perspectiva, se entiende que con el inicio de las conversaciones contractuales se establece una relación jurídica preparatoria de la que derivan los deberes precontractuales y, entre ellos, los de protección. Con ello se consigue someter su vulneración al régimen de la responsabilidad contractual y, en particular, se posibilita exigir al empresario una responsabilidad objetiva *ex* § 278 BGB por los daños causados por sus auxiliares, en lugar de la responsabilidad por culpa que consagra el § 831 BGB en el ámbito extracontractual; además, el régimen contractual comporta otras ventajas para la víctima respecto del de responsabilidad aquiliana: en concreto, un plazo de prescripción más amplio (el de 30 años del § 195 en lugar del de 3 años del § 852), y un régimen de prueba más favorable a tenor del § 282, de modo que es el deudor el que debe probar que la imposibilidad de cumplimiento no le es imputable; finalmente, como el objeto de la reclamación en caso de infracción de un deber de protección es la indemnización de daños y perjuicios, su alcance se determina conforme al § 249 BGB.

La idea de la relación jurídica preparatoria para fundamentar los deberes de protección precontractuales aparece ya en el célebre *caso del linóleo*, resuelto por la sentencia del RG de 7 de diciembre de 1911, y se impuso en la doctrina alemana fundamentalmente a partir de la formulación de Heinrich Stoll en el primer cuarto del siglo xx. Antonio Cabanillas da cumplida cuenta de su posterior evolución en doctrina y jurisprudencia. Así, se refiere a las diversas tesis barajadas acerca del carácter de la indicada relación preparatoria: para algunos negocial (Stoll) y para otros –hoy opinión general– legal. Conforme a este último enfoque –del que hay diversas formulaciones–, del contacto social más intenso que comporta el inicio de las conversaciones contractuales deriva una relación especial similar a la contractual, de la que resultan concretos deberes de protección que van más allá del postulado general del *neminem laedere*, lo que legitima la aplicación de –cuando menos– ciertas reglas de la responsabilidad contractual (y muy en particular el § 278 BGB).

Cabanillas pasa entonces a exponer la *tesis de la relación unitaria legal de protección*, desarrollada especialmente por Canaris; conforme a ella, con el contacto negocial surge una relación obligatoria legal, basada en la confianza, que genera todos los deberes de protección, anteriores y posteriores a la celebración del contrato, entre las partes y frente a terceros; dicha relación, cuyo fundamento jurídico positivo se halla en el § 242 BGB (buena fe), es independiente de la relación contractual de prestación y, por ello, subsiste pese a la eventual invalidez del contrato; además, toda violación de deberes de protección debe ser tratada igual, sea cual sea el momento en que se produzca; la responsabilidad por la confianza que deriva de tal violación constituye así un tercer género de responsabilidad, independiente y distinto de la contractual y la aquiliana, y que se rige por normas

de una y otra (de la contractual se estima aplicable en concreto el § 278 BGB). Frente a esta tesis unitaria, es mayoritaria la denominada *tesis de la transformación*, conforme a la cual los deberes precontractuales de protección mutan de fundamento y naturaleza después de celebrarse el contrato: antes de ello se basan en la confianza y son deberes legales, mas con la conclusión del contrato la relación obligatoria legal de las negociaciones desaparece y surge una relación obligatoria contractual, que determina el nuevo contenido de los deberes de protección y pasa a ser su fundamento; tales deberes ya no son legales, sino contractuales accesorios, y se distinguen de los deberes de prestación por su distinta finalidad. Cabanillas explica con detalle ambas tesis siguiendo en esencia la exposición que de las mismas hace Frost, partidario de la tesis unitaria.

A continuación analiza las diversas posiciones mantenidas en Derecho alemán al concretar los *presupuestos para que surja la culpa in contrahendo por vulneración de un deber de protección*; en primer lugar, se discute si es preciso que se hayan iniciado conversaciones negociales o si, con un criterio más amplio, ha de bastar que se haya producido un contacto negocial que implique la posibilidad de celebrar un negocio, siendo suficiente, por ejemplo, la entrada como posible cliente en un ámbito negocial (que puede ser o no un establecimiento abierto al público); en segundo lugar se plantea si es preciso ser parte en las negociaciones o si la normativa de la *culpa in contrahendo* es aplicable asimismo a los terceros acompañantes; por último, se entiende que el obligado a indemnizar por infracción de estos deberes es el titular del negocio o actividad, que responde por sus auxiliares conforme al § 278 BGB.

Las *consecuencias de la incardinación de los deberes precontractuales de protección en la culpa in contrahendo* se concretan en la aplicación de la normativa contractual en los diversos aspectos que han quedado apuntados unos párrafos atrás.

En cuanto al *Derecho español*, Cabanillas hace referencia a algún autor que ha mantenido la existencia de deberes precontractuales de protección y la aplicación de las reglas contractuales a la responsabilidad derivada de su vulneración.

2.2 La *incardinación de los deberes precontractuales de protección en el ámbito de la responsabilidad extracontractual* es defendida por un sector de la *doctrina alemana*, según el cual los deberes de protección no son sino deberes delictuales que derivan del deber general de diligencia del § 823 BGB, que existe frente a todos. En este planteamiento ha influido, de un lado, la reivindicación de ciertas reformas en el régimen de la responsabilidad contractual y, en especial, del § 831 BGB, y, de otro lado, la constatación de que con las reglas de la responsabilidad extracontractual se puede llegar a resultados similares de los que procura el régimen contractual (y en particular el § 278 BGB); a estos efectos se destaca la práctica jurisprudencial de incrementar la medida de la diligencia exigida al empresario a los efectos del § 831 BGB y la tendencia a facilitarle a la víctima la prueba de la culpa; a ello se añade el entendimiento de que el plazo de prescripción de tres años propio de la responsabilidad aquiliana es más adecuado que el de treinta de la contractual, que se considera excesivo.

En *España*, la doctrina mayoritaria y los tribunales también estiman aplicable en esta hipótesis el régimen de responsabilidad extracontractual, tal y como demuestra el repaso doctrinal y de sentencias del TS y de las Audiencias efectuado por el profesor Cabanillas, quien comparte esta opinión; a su juicio, lo que importa es concretar cuál de los dos regímenes de responsabilidad –contractual o aquiliana– es aplicable a estos supuestos y no tanto si los mismos se enmarcan o no en la *culpa in contrahendo*.

3. Por lo que se refiere a los *deberes contractuales de protección*, el capítulo II de la monografía comienza exponiendo las diversas tesis existentes acerca de su configuración.

3.1 La tesis que sitúa los *deberes contractuales de protección fuera del marco contractual* se defiende, en primer lugar, por un sector de la *doctrina alemana* que insiste en la necesidad de circunscribir la responsabilidad contractual al interés de prestación o interés en el cumplimiento de los deberes insertos en el programa de prestación, siendo la responsabilidad aquiliana la respuesta adecuada para las infracciones de la integridad personal o patrimonial; los deberes de protección se contemplan como deberes del tráfico, propios del Derecho delictual, sin perjuicio de que éste deba ser reformado en aquellos aspectos que se consideran más criticables (para, por ejemplo, posibilitar la indemnización de los daños patrimoniales puros o consagrar la responsabilidad objetiva del principal por los hechos de sus auxiliares).

En el *Derecho francés* se defiende la misma tesis desde la crítica a la construcción jurisprudencial de las obligaciones de seguridad, que se conciben como contractuales y que vienen a coincidir con los deberes contractuales de protección de los que se habla en el Derecho alemán. El profesor Cabanillas expone por ello con detenimiento, de la mano de Viney, la génesis de dicha construcción jurisprudencial y su posterior evolución, así como las ventajas que comporta en relación con el régimen extracontractual y sus inconvenientes. Creada en 1911 por el Tribunal de Casación en el marco del contrato de transporte de personas a fin de dar facilidades probatorias a las víctimas de accidentes corporales, la obligación de seguridad se ha ido extendiendo posteriormente a otros contratos al tiempo que en muchos casos se iba concibiendo de forma menos estricta, obteniéndose así un efecto opuesto al inicialmente pretendido: esto es, resultados menos favorables a la víctima de los que se hubieran alcanzado de aplicarle el régimen de responsabilidad aquiliana. Entre las ventajas de la construcción comentada se apunta cómo en ciertos casos resulta más eficaz —que la responsabilidad delictual— para la protección de la víctima, y que permite ajustar el contenido de la obligación de seguridad, y la consiguiente responsabilidad, a la naturaleza del contrato y los intereses en juego. Entre los inconvenientes se destaca, de un lado, lo incierto de su ámbito de aplicación (que, al parecer, ha experimentado sucesivos avances y retrocesos en la jurisprudencia) y de su régimen jurídico, sobre todo por lo que respecta a su configuración como obligación de medios o de resultado; y, de otra parte, las desigualdades que suscita entre víctimas de hechos idénticos, pues cuando la obligación de seguridad se califica, como suele ocurrir, como obligación de medios, el cocontratante habrá de probar la culpa de la otra parte, mientras que si es un tercero el que sufrió idéntico daño podrá prevalerse de la responsabilidad por el hecho de las cosas del artículo 1384 CC, que no exige prueba de culpa alguna. Cabanillas da cuenta de los esfuerzos hechos para superar tales inconvenientes: los del Tribunal de Casación (hasta ahora meramente puntuales), que sigue moviéndose básicamente en el marco contractual aunque intentando reforzar la obligación contractual de seguridad integrando en ella la noción de responsabilidad contractual por el hecho de las cosas, y los de la doctrina, tanto en el sentido de mantener solamente las obligaciones de seguridad de resultado suprimiendo las de medios, como en la línea de descontractualizar por completo la obligación de seguridad; conforme a esta última propuesta, cualquier daño patrimonial o personal ocasionado en la ejecución del contrato debería resolverse conforme a las normas de responsabilidad delictual, circunscribiendo la responsabilidad contractual a los casos de inejecución de la obligación convenida; también se

sugiere la instauración de una responsabilidad legal, ajena a la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

En cuanto al *Derecho español*, Cabanillas se hace eco de algunos autores que han criticado la referida construcción francesa de la obligación de seguridad, subrayando cómo la misma, en combinación con la tesis –allí mantenida– de no acumulación de responsabilidades, comporta una excesiva extensión de la responsabilidad contractual.

3.2 Para un sector de la doctrina italiana, *los deberes de protección carecen de autonomía dentro de la relación obligatoria* pues están incluidos en el deber de ejecutar la prestación; siempre que la prestación, por su especial naturaleza, afecte a la persona de la otra parte, forma parte de su contenido el que la misma se ejecute salvaguardando esa persona. Como variante de esta tesis se mantiene que el respeto de la persona o los bienes del otro forman parte del deber de diligencia a observar en el cumplimiento; con ello se posibilita extender, en su caso, la tutela del acreedor a todos los remedios contra el incumplimiento.

3.3 En tercer lugar, estudia Cabanillas la *tesis que admite la existencia de autónomos deberes contractuales de protección*.

3.3.1 En cuanto al *Derecho alemán*, comienza analizando el *origen histórico* de tales deberes; para ello explica la génesis de la teoría de las lesiones contractuales positivas formulada por Staub a fin de colmar una importante laguna apreciada en el BGB (que a falta de una regla general de la que derivar la responsabilidad contractual sólo se refiere a algunos casos concretos de incumplimiento entre los que no se halla el cumplimiento defectuoso); conforme a dicha teoría, se introducen en el ámbito de protección contractual los daños que un cumplimiento inexacto provoque no sólo en el objeto del contrato sino también en el interés a la integridad, apreciándose entonces la existencia de una lesión contractual positiva que comporta la posibilidad de aplicar analógicamente a los casos no previstos las normas del BGB sobre imposibilidad sobrevenida de la prestación y la mora del deudor. De ahí se pasó a la construcción doctrinal de los deberes de protección, debida sobre todo a Heinrich Stoll, para quien existe un deber general de carácter contractual de no dañar al cocontratante, derivado de la buena fe y netamente diferenciado, dentro de la relación obligatoria, del deber de prestación. A continuación Cabanillas se detiene en presentar las diversas formulaciones ensayadas por la doctrina alemana para explicar el *fundamento contractual de los deberes de protección*; se pone de relieve la dificultad de buscar su apoyo en la existencia de un consenso fuera de aquellos casos en que las partes los hayan pactado expresamente o de aquellos contratos en que típicamente la prestación incluya el deber de evitar daños a la otra parte; a este respecto, el autor recuerda la ya mencionada teoría de la transformación y su oposición a la teoría de la relación unitaria legal de protección de Canarias.

3.3.2 En esta tercera tesis se inscribe asimismo la *construcción francesa de las obligaciones de seguridad*, a la que Cabanillas ya hace referencia en el capítulo I de su obra. Ahora se detiene, en primer lugar, en analizar detalladamente su *origen histórico y posterior evolución*: los primeros enfoques contractualistas apuntados en la doctrina a finales del siglo XIX para amparar a las víctimas de accidentes laborales y de transporte, y su mayoritario rechazo poco después; las propuestas para configurar la noción del riesgo –profesional o creado– como fundamento de responsabilidad; la afirmación por el Tribunal de Casación, en 1911, de una obligación contractual de seguridad a cargo del transportista de personas; la posterior extensión judicial de la figura al tiempo que se la configuraba cada vez con más frecuencia como obligación de medios, lo que, unido a la regla de no acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana propia del

Derecho francés, ha conducido a un resultado contrario al inicialmente buscado con la construcción de la obligación de seguridad, pues ha venido a poner a la víctima en peor situación de la resultante de aplicarse las reglas de responsabilidad extracontractual; finalmente, las reticencias doctrinales ante tales efectos. A continuación, Cabanillas expone las dos perspectivas barajadas a la hora de justificar el *fundamento contractual de la obligación de seguridad*: una subjetiva, basada en una voluntad probable de las partes, y otra, más objetiva, que remite al papel integrador del contenido contractual de la equidad o el uso según el artículo 1135 CC, o a la buena fe que impone el artículo 1134.3 CC; también apunta las características que se han atribuido a esta obligación contractual. El profesor Cabanillas finaliza su referencia a esta tesis en el Derecho francés volviendo al tema de la *calificación de la obligación de seguridad como de medios o de resultado*; ambas posibilidades de configuración son admitidas mayoritariamente por doctrina y jurisprudencia, mas la exposición efectuada por Cabanillas pone de relieve un alto grado de confusión en la delimitación de los casos en que se aprecia una u otra, así como los inconvenientes que comporta para la víctima cuando se configura como obligación de medios; doctrina y jurisprudencia han tratado de poner coto a tales inconvenientes por diferentes vías, ya apuntadas en el capítulo I y con cuya especificación aquí se cierra la referencia al Derecho francés.

3.3.3 En cuanto al *Derecho italiano*, Cabanillas pasa revista a los numerosos autores que mantienen la existencia de autónomos deberes contractuales de protección, en cuanto que responden a un interés de las partes independiente del de prestación. Su fundamento se sitúa en la regla de la *correttezza* que el artículo 1175 CC italiano impone a deudor y acreedor en toda obligación, y en las especificaciones de tal regla referidas a las obligaciones contractuales plasmadas en los artículos 1337, 1375 y 1366 CC (deber de las partes de actuar conforme a la buena fe en la etapa precontractual y en la ejecución del contrato, y función integradora del contenido contractual de la buena fe). Cabanillas cierra este apartado exponiendo los argumentos barajados por esta doctrina frente a las objeciones que algunos autores le han opuesto (como el pretendido carácter superfluo de los autónomos deberes de protección o que no es tarea de la obligación contractual tutelar el interés de integridad del acreedor).

3.3.4 Observa Cabanillas cómo en *España* la doctrina suele hablar indistintamente de deberes de protección y obligaciones de seguridad; después cita la opinión de numerosos autores que, situándolos dentro del contenido contractual, subrayan su carácter autónomo respecto del deber de prestación y ven su fundamento en el principio de buena fe del artículo 1258 CC; su infracción genera, por tanto, una responsabilidad de orden contractual.

Esta es la línea de opinión que suscribe el propio autor, quien insiste en que para que la violación de una obligación de seguridad genere responsabilidad contractual es preciso que el daño haya sido causado por una actividad vinculada a la ejecución de la relación obligatoria; asimismo entiende que como la existencia de obligaciones de este tipo sólo se justifica en contratos que generen riesgos sobre los que el deudor tiene el dominio y que el acreedor no acepta, la misma es una obligación de resultado. En cualquier caso, a juicio del autor, su infracción genera también una responsabilidad aquiliana, lo que da lugar a un concurso de responsabilidades.

3.4 Admitida la existencia de deberes contractuales de protección, Cabanillas plantea en el último apartado del capítulo II la necesidad de fijar un criterio con el que pueda determinarse en cada caso concreto la *contractualidad de un deber de protección*, pues lógicamente no todo daño que se produzca entre las

partes de una relación obligatoria ha de generar una responsabilidad contractual. Son dos las soluciones propuestas al respecto. De un lado, cabe entender que los deberes contractuales de protección sólo se vulneran por daños causados, por el deudor o sus auxiliares, *en el cumplimiento de la obligación* o a consecuencia de un acto de cumplimiento de la misma, no por los causados *con ocasión del cumplimiento*; tal es la doctrina mayoritaria en Alemania, Francia e Italia, que Cabanillas cita largamente, recogiendo asimismo la opinión de los numerosos autores que en España se pronuncian en este sentido. Esta tesis se ejemplifica así: si un auxiliar de un maestro pintor rompe un espejo en la casa en que trabaja al manejar descuidadamente la escalera que está utilizando, la responsabilidad del principal sería contractual; lo que no ocurriría si el auxiliar, aprovechando la ocasión de hallarse en la casa, hurtara algo en ella, pues tal daño sólo está ocasionalmente ligado a la actividad de cumplimiento. Para la tesis opuesta, en cambio, también en este último caso la responsabilidad sería contractual, pues los deberes contractuales de protección también se vulneran por los daños causados al acreedor *con ocasión del cumplimiento de la obligación*; para esta opinión, que es defendida por algunos autores alemanes, en especial al tratar de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, sólo los daños que manifiestamente nada tienen que ver con el cumplimiento de la obligación quedarían fuera del ámbito de la responsabilidad contractual del deudor.

Cabanillas entiende que la primera tesis es la que mejor se acomoda a nuestro Derecho, poniendo de manifiesto, además, cómo la normativa extracontractual sirve perfectamente al objeto de tutelar de forma adecuada al acreedor dañado.

4. El capítulo III aborda la *tipología de los deberes contractuales de protección*, que en nuestro Derecho conforman una lista abierta –aparte de los legalmente tipificados– al amparo del principio general de la buena fe del artículo 1258 CC. Partiendo de esta premisa, el autor analiza los deberes de protección que aparecen en algunos contratos en particular.

4.1 Comenzando por el *contrato de transporte*, Cabanillas comparte la consideración doctrinal de que la obligación del transportista de personas de velar por la integridad del viajero y sus cosas es un deber contractual de protección. A este respecto, va analizando sucesivamente una serie de cuestiones que se ha planteado nuestra doctrina: en primer lugar, si se trata de una obligación de resultado (opinión dominante que él mismo comparte) o de medios aunque con presunción de responsabilidad (Menéndez); su delimitación temporal o espacial; y, por último, si cabe o no concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual cuando el viajero resulta dañado. Expone asimismo la posición de nuestra jurisprudencia, que partiendo de la inicial calificación de la responsabilidad del transportista como extracontractual, ha acogido después en alguna ocasión el enfoque contractual; asimismo admite la concurrencia de responsabilidades, parecer que coincide con el del autor.

4.2 Otra obligación de seguridad es la que atribuye nuestra Ley de *Viajes Combinados* de 6 de julio de 1995 al organizador y al detallista en el sentido de que han de prestar asistencia al viajero; para Cabanillas es una obligación de resultado cuyo incumplimiento legitima la resolución del contrato y no sólo la exigencia de una indemnización.

4.3 Tras presentar la doctrina y jurisprudencia existente al respecto, Cabanillas extiende a los *contratos de utilización de mecanismos de remonte* (telesquís, teleféricos, etc.) las apreciaciones que ya hizo respecto del contrato de transporte por las similitudes que guardan entre sí: existe en él un deber de protección que es de resultado, y los daños que puedan producirse en su ejecución dan lugar a un concurso de responsabilidades, contractual y extracontractual.

4.4 El autor se detiene particularmente en los deberes de protección en el *contrato de trabajo*, presentando primero las líneas básicas marcadas al respecto por la *Directiva europea* de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, para centrarse después en el *Derecho español*.

Refiriéndose a éste, Cabanillas analiza en primer lugar *el reconocimiento de la categoría del deber de protección del empresario*, cuyo carácter contractual no se pone en duda por nuestras doctrinas civil y laboralista; esta última destaca cómo el mismo constituye, al propio tiempo, un deber jurídico-público del empresario (y a veces también del propio trabajador) frente al Estado, que se cuida de imponer rigurosas obligaciones en materia de seguridad e higiene por cuya inobservancia el infractor ha de responder también frente a él. A continuación Cabanillas trata de delimitar el contenido y los límites de las prestaciones de seguridad desde la perspectiva del contrato de trabajo. Destaca después el carácter recíproco de la prestación de seguridad para ambas partes, para apuntar los efectos jurídicos que se deducen de ello (inspirados en el art. 1124 CC) y detenerse particularmente en el *ius resistentiae* del trabajador o derecho a no realizar la prestación de trabajo en condiciones de inseguridad o insalubridad.

Se pasa entonces a exponer la regulación del deber de protección del empresario, primero en la *Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo*, de 9 de marzo de 1971 –ya derogada en este punto–, luego en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) –Texto Refundido de 24 de marzo de 1995– y, finalmente, en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995 (en adelante LPRL), de trasposición a nuestro Derecho de la Directiva europea de 12 de junio de 1989. En concreto, el ET –en sus arts. 4.1.d) y 19– consagra el deber de seguridad e higiene como un deber del empresario derivado del contrato de trabajo; Cabanillas se detiene particularmente en analizar los cinco apartados en que el artículo 19 ET desarrolla los derechos y deberes de las partes en esta materia.

Por lo que se refiere a la LPRL, tras resumir las razones por las que su promulgación fue necesaria, el autor examina el *deber general de protección frente a los riesgos laborales* regulado en el capítulo III de la citada Ley; así, citando abundante doctrina laboral, se examinan las siguientes cuestiones en relación con dicho deber: su configuración como obligación contractual, sin perjuicio de su dimensión jurídico-pública; las notas que lo caracterizan (su carácter genérico y abierto –art. 14.2 LPRL– mas no impreciso, pues su contenido se somete a los principios generales especificados en el art. 15 LPRL; su fungibilidad –no es una obligación que deba satisfacer personalmente el empresario–; su atribución principal –aunque no exclusivamente– al empresario; su permanencia a lo largo de toda la relación laboral); y el debate doctrinal acerca de si se trata de una obligación de medios o de resultado, defendiendo el propio autor esta última configuración. Por último, Cabanillas detalla las específicas *obligaciones en que se concreta el deber general de protección frente a los riesgos laborales* conforme a los artículos 16 y ss LPRL.

El autor cierra el estudio del deber de protección del empresario analizando *las consecuencias de su incumplimiento*. De un lado, mantiene que la consiguiente responsabilidad del empresario es de carácter contractual; de otro, el trabajador está facultado para optar entre resolver el contrato y exigir el cese del incumplimiento, a la vez que puede reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios; además, ostenta el *ius resistentiae*, sobre el que el autor vuelve para presentar su regulación en la LPRL y el significado que le atribuye la doctrina laboral. Finalmente, Cabanillas se detiene de manera especial en el problema,

muy controvertido en doctrina y jurisprudencia, de la *configuración de la responsabilidad del empresario por los daños y perjuicios sufridos por el trabajador* a resultas del incumplimiento, por parte de aquél, de sus obligaciones de seguridad; el hecho de que se configure como contractual o como extracontractual determina, además, si la jurisdicción competente es la social o la civil. El autor expone con detenimiento las tres tesis existentes en este punto, sus argumentos y las objeciones que se les han opuesto, citando detalladamente autores y tribunales que mantienen cada una de ellas. Para la primera (asumida en diversas sentencias de la Sala 4.^a del TS y algunas de las más recientes de la Sala 1.^a, así como en algunas de los Tribunales Superiores de Justicia y defendida por un importante sector de la doctrina, especialmente laborista), la responsabilidad es contractual y la jurisdicción competente la social, de acuerdo con los artículos 9.5 LOPJ y 2 LPL. La mayoría de las sentencias de la Sala 1.^a del TS (también algunas de Tribunales Superiores de Justicia), en cambio, sostienen que la responsabilidad es extracontractual y la competencia de la jurisdicción civil, competencia cuyos beneficios para los trabajadores en la práctica admiten los mismos autores que critican esta tesis. Para la tercera y última tesis, existe una concurrencia de responsabilidades, contractual y extracontractual; esto ha sido mantenido por la Sala 1.^a del TS y por un sector de la doctrina, con el que Cabanillas expresa su acuerdo, y que destaca cómo siendo la jurisdicción laboral la competente para conocer de la responsabilidad contractual del empresario, ello no es óbice para reconocer la competencia de la jurisdicción civil para conocer de su responsabilidad aquiliana, derivada de no haber adoptado las necesarias medidas de prevención en orden a la seguridad e higiene de sus trabajadores, infringiendo así el deber general de no dañar a otro del artículo 1902 CC.

4.5 Para el autor, las mismas razones que determinan la existencia de deberes de protección en el contrato de trabajo, justifican su apreciación en el *contrato de servicios* sobre aquél que encarga el servicio, así como en los contratos de *obra, mandato, comisión y mediación*.

4.6 Por último, se refiere Cabanillas al deber de protección *del arrendador* respecto a la persona y los bienes del arrendatario, deber reconocido legalmente, y por cuya infracción surge una concurrencia de responsabilidades, contractual y extracontractual.

5. El capítulo IV y último se centra en el *incumplimiento de los deberes contractuales de protección*, analizado, una vez más, desde la perspectiva de Derecho comparado.

5.1 En cuanto al *Derecho alemán*, Cabanillas vuelve a referirse a la doctrina de las lesiones contractuales positivas tal y como la propuso Staub, las críticas de que ha sido objeto, y lo que actualmente se entiende por tal: a saber, cualquier impedimento del cumplimiento no encuadrable en los supuestos de imposibilidad, mora o garantía por vicios, que son los explícitamente reglados en el BGB. Para fundamentar la responsabilidad derivada de este tipo de lesiones se aduce la aplicación analógica de las disposiciones sobre imposibilidad y mora, de las que se extrae el principio general de que el deudor está obligado a reparar los daños que el acreedor sufra en su patrimonio u otros bienes jurídicos a resultas de una infracción de obligaciones imputable al deudor; Cabanillas expone los casos que se encuadran en las lesiones contractuales positivas, entre los que se sitúa precisamente la violación de deberes de protección, de ahí que pase a exponer las consecuencias que derivan de tales lesiones. Éstas son la indemnización de daños y perjuicios (sujeta al plazo de prescripción de treinta años del § 195 BGB), la pretensión de cumplimiento (de aceptación discutida por lo que se refiere a los deberes de protección) y la posibilidad de resolver la relación obligatoria si es duradera.

Por último, se refiere Cabanillas a la distribución de la carga de la prueba y a las distintas tesis que se mantienen en relación con los diversos casos de lesiones contractuales positivas: *a)* Para buena parte de la doctrina procede la aplicación analógica de las reglas previstas para los casos de imposibilidad de la prestación y mora (§§ 282 y 285 BGB), de donde resultaría que, probado por el acreedor el daño y la relación causal, y sin necesidad de probar la culpa del deudor, éste debería acreditar que el daño se debe a una circunstancia de la que él no ha de responder. *b)* Según el BGH, el acreedor debe probar que la causa del daño procede de la esfera de riesgo del deudor y, entonces, el deudor sólo se liberará si prueba que no ha de responder de la infracción contractual. *c)* Hay autores que distinguen según el carácter del deber de protección, de modo que sólo si es de resultado —no si es de actividad— estiman aplicable el § 282 BGB. *d)* Finalmente, hay quien entiende que el citado párrafo en ningún caso es aplicable a la infracción de los deberes de protección, sujetos a este respecto a las normas vigentes para la responsabilidad aquiliana, de forma que es el dañado quien debe probar los presupuestos de su pretensión y, entre ellos, la culpa del deudor.

5.2 En *Derecho italiano*, se acepta comúnmente que una de las consecuencias del incumplimiento de deberes de protección es la indemnización de daños y perjuicios, pero se discute si cabe pretender el cumplimiento en forma específica y remedios sinalagmáticos como la resolución y la excepción de incumplimiento. Tampoco es pacífico el tema de la carga de la prueba, discutiéndose, al igual que en Derecho alemán, si cabe o no la aplicación analógica de la regla contractual existente al respecto —y que exime al acreedor de probar la culpa del deudor— o la regla extracontractual.

5.3 En *Derecho francés*, observa Cabanillas que el incumplimiento de una obligación de seguridad da lugar a las consecuencias de la responsabilidad contractual, siendo el problema más grave a este respecto el de la calificación de estas obligaciones como de medios o de resultado, lo que repercute especialmente en el tema de la carga de la prueba.

5.4 Cabanillas se refiere en último lugar al *Derecho español*. Observa el autor cómo en él la indemnización de los daños derivados de la infracción de deberes de protección tiene perfecta acogida en la fórmula del artículo 1101 CC, rigiéndose por las normas de la responsabilidad contractual (con su régimen de prueba y plazo). A su juicio —y en contra de la opinión de algún autor—, su infracción legitima asimismo para poner en marcha remedios sinalagmáticos como la resolución (y cita varios preceptos que así lo disponen expresamente en relación con el contrato de trabajo o el arrendamiento) o la excepción de incumplimiento (el *ius resistitiae* del trabajador, amparado en nuestro ordenamiento, es una muestra de ello). También estima posible exigir el cumplimiento específico de la obligación de seguridad o ejercitar preventivamente una acción inhibitoria. En materia de prueba, señala que el acreedor debe acreditar el fundamento de su pretensión, esto es, la infracción del deber de protección, que, siendo —a su juicio— una obligación de resultado, comporta acreditar que el mismo no se ha obtenido al resultar dañado el acreedor o sus bienes; el deudor deberá entonces acreditar, como hecho extintivo de la pretensión creditoria, que la contravención se debe a caso fortuito o fuerza mayor conforme al artículo 1105 CC.

Concluye Cabanillas refiriéndose a la *concurrency de responsabilidades contractual y extracontractual* como posible efecto —que él mismo y otros autores admiten— de la causación de daños por incumplimiento de un deber de protección. Expone las diversas tesis mantenidas al respecto por doctrina y jurisprudencia, comenzando por la *teoría de la no acumulación*; conforme a ella, un mismo hecho no puede generar ambos tipos de responsabilidad o, si lo hace, ha de preva-

lecer la contractual como régimen especial; si la víctima se equivoca ejercitando la acción que no debe, el tribunal la desestimaré y aquélla deberá iniciar un nuevo proceso ejercitando la otra acción; Cabanillas expone detalladamente los argumentos de Pantaleón, partidario de esta tesis –siempre y cuando el tribunal pueda variar si es preciso las normas invocadas por el demandante sin que ello se considere incongruente– y crítico de la teoría de la acumulación, especialmente si se afirma la posibilidad de opción.

En cuanto a la *teoría de la acumulación*, Cabanillas distingue entre la tesis de la concurrencia de pretensiones (o teoría de la opción) y la tesis del concurso de normas. Conforme a la primera (*concurrencia de pretensiones*), dominante en doctrina y jurisprudencia, el lesionado dispone de dos pretensiones distintas e independientes, y puede elegir entre hacer valer una u otra responsabilidad según su conveniencia; si el juez desestima la acción ejercitada, la víctima podrá hacer valer la otra en un nuevo proceso, sin que haya cosa juzgada. Frente a esto, la segunda tesis mantiene la existencia de un *concurso de normas* –contractuales y extracontractuales– fundamentadoras de una única pretensión –tendente al resarcimiento del daño–, por lo que la víctima puede limitarse a ofrecer al juez los hechos en que basa su pretensión resarcitoria, pues la calificación jurídica que haga de los mismos no vincula al juez, que es quien decide cuál es la normativa aplicable, pudiendo variar la invocada en su caso por el actor sin que ello comporte incongruencia; esta tesis, que es la defendida en Alemania, teniendo también insignes partidarios en la doctrina española, a los que se refiere Cabanillas, es la que el autor estima más idónea en el ámbito de los daños por incumplimiento de deberes de protección, dada la dificultad que a veces comporta la previa calificación de la responsabilidad en que ha incurrido el demandado.

El autor pasa después a examinar exhaustivamente la *doctrina jurisprudencial* en esta materia, deteniéndose también en los pareceres doctrinales expresados al respecto, y poniendo de relieve cómo cada una de las tesis que se acaban de exponer se sigue en diversas sentencias, que el profesor Cabanillas cita detalladamente. No obstante, aun habiendo fallos que siguen la teoría de la no acumulación, la opuesta es la dominante; el autor destaca cómo, dentro de esta última, son numerosísimas las sentencias que aceptan –a veces implícitamente– la concurrencia de pretensiones, pero últimamente se aprecia una clara tendencia favorable a la apreciación de un concurso de normas.

Ya en sus *consideraciones críticas* destaca Cabanillas que la cuestión de fondo en todo este tema radica en la forma de concebir la *causa petendi*, a cuyo respecto existen dos teorías: la tesis de la individualización, de un lado, mantiene que conforman la causa de pedir tanto los hechos en que se funda la acción como su fundamento jurídico, por lo que el juez no puede mutar este último so pena de incurrir en incongruencia; en cambio, para la tesis de la sustanciación sólo los hechos integran la causa de pedir, correspondiendo la determinación de la norma aplicable al juez, que puede variar la fundamentación jurídica de la demanda. El autor se expresa a favor de esta última teoría, destacando el favor doctrinal con que cuenta así como su seguimiento en la jurisprudencia más reciente, terminando con la exposición de las últimas sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales en este sentido.