

- 3.º La voluntad inequívoca del deudor de no cumplir.
- 4.º La violación de la obligación de la negativa.
- 5.º La falta de obtención del resultado de prestación en las obligaciones de resultado.

§ 2. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACION

4. Las características de la imposibilidad sobrevenida de la prestación como tipo del incumplimiento en sentido propio

Cuando en su momento examinamos los requisitos del objeto del contrato aludimos a la posibilidad como un presupuesto de la existencia y de la validez de la obligación. La posibilidad que allí se tomaba en consideración era la originaria, que se contempla como cualidad de la prestación idealmente programada con referencia al momento de constitución de la relación obligatoria. En cambio, la imposibilidad que determina un incumplimiento definitivo de la obligación de carácter definitivo y la insatisfacción del acreedor ha de medirse en términos de actualidad: la prestación, que fue teóricamente posible en el momento de constitución de la obligación, ha devenido imposible después.

La puntualización del concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación no resulta, sin embargo, sencilla y exige algún análisis detenido. La doctrina suele señalar que tal imposibilidad ha de ser absoluta y objetiva, de manera que no suponga un obstáculo que pueda personalizarse exclusivamente en el deudor, sino que lo sea para toda persona y en cualesquiera circunstancias. También esta puntualización requiere algún comentario.

El concepto de imposibilidad de la prestación constituye una generalización que procede de una extensión doctrinal del concepto de «pérdida de la cosa debida», que todavía utiliza nuestro Código Civil (cfr.: arts. 1.156 y 1.182). Se trata de un concepto diseñado en materia de obligaciones de dar cosas específicas, sobre las que originariamente se construyó la teoría de las obligaciones, que, en cambio, encuentra grandes dificultades cuando de una economía de intercambio de bienes se pasa a una economía de intercambio de servicios.

La hipótesis originaria fue la falta de cumplimiento de las obligaciones de dar, entendidas como traspaso posesorio o como obligaciones de restitución derivadas de una relación de custodia, cuando se había producido en el intermedio la destrucción de la cosa (*interitus rei*). A los supuestos de destrucción total, que determinan, en un sentido rigurosamente lógico, la imposibilidad absoluta y objetiva de cumplir la obligación de entrega tras-

lativa o restitutoria, se equiparó pronto el supuesto de extravío de la cosa, cuando no pudiera ser hallada (*amisio rei*). Nuestro Código Civil en el art. 1.122 equipara a la destrucción o pérdida de la cosa su desaparición, de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar, y en el art. 1.182 habla de destrucción o pérdida.

El *interitus* y la *amisio* no cubren, sin embargo, la totalidad de los supuestos. Aunque la cosa continúe existiendo y la entrega sea físicamente posible, puede topar con un obstáculo o impedimento de orden jurídico. Por ejemplo, el fundo que debía ser entregado, ha sido expropiado. Todavía dentro del campo de las obligaciones de dar, una falta de actuación del programa de prestación, tal y como éste había sido dibujado por los interesados, aparece también cuando la cosa ha sufrido quebrantos o deterioros de consideración, que no sólo merman su valor, sino también su utilidad. La entrega como acto continúa siendo posible, pero la prestación que se ejecuta no es ya la misma que había sido planeada. Por lo menos, bajo algunas condiciones, los quebrantos y deterioros de la cosa tienen que equipararse a la destrucción.

La primera evolución, que significó una ampliación del concepto de pérdida de la cosa debida, determina un segundo campo, en los casos en que la idea trata de ser aplicada a las obligaciones de hacer. En este sentido, no debe olvidarse que, aunque nuestro Código Civil sigue manteniendo la rúbrica tradicional de pérdida de la cosa debida, en el art. 1.184 equipara a aquel supuesto el de la prestación, en la obligación de hacer, que resulta legal o físicamente imposible. La aplicación de la idea de imposibilidad sobrevenida a las obligaciones de hacer plantea nuevos problemas y coloca en difícil trance al concepto mismo. El art. 1.184 CC alude a una imposibilidad legal y coloca a su lado la imposibilidad física, que rigurosamente queda sin definir, lo que plantea el problema de coordinar esa llamada imposibilidad física en las obligaciones de hacer con los requisitos inicialmente exigidos de que la imposibilidad sea absoluta y objetiva, de manera que signifique un obstáculo de prestación para cualquier tipo de personas y en cualquier tipo de circunstancias. Para resolver este problema, la doctrina se vio obligada a distinguir entre imposibilidad objetiva e imposibilidad subjetiva.

Según OSTI, la imposibilidad es objetiva cuando depende de un impedimento inherente a la intrínseca identidad del contenido de prestación en sí mismo considerado y, en cambio, es subjetiva cuando depende de impedimentos que surgen en la persona o en la esfera económica del deudor, pero sin estar necesariamente ligados al contenido de prestación. De aquí se deduce que es imposibilidad objetiva aquella que supone un nexo entre el impedimento y el contenido de prestación. Por esta vía se puede considerar objetiva la imposibilidad cuando depende de impedimentos que son típicamente subjetivos en el sentido de inherentes a la persona del deudor, como es el caso, según los ejemplos, de la enfermedad física o mental o de cualquier otro tipo de situación, siempre que se encuentren estrictamente ligados con la prestación. Inicialmente puede parecer que la imposibilidad subjetiva se objetiviza en las obligaciones de hacer, cuando el *facere* es infungible, ya que en ellos la persona identifica la prestación misma, pero no en los

demás casos. Por ejemplo, si la actividad del deudor podía ser sustituida por la del tercero, aunque queda por dilucidar si la posibilidad de sustitución debe tomarse en cuenta sólo en cuanto esté permitida por la obligación o por la posibilidad de encontrar esa sustitución de acuerdo con los criterios de diligencia. Por eso, la doctrina ha preferido seguir el camino de considerar que la imposibilidad debe referirse a la prestación en sí misma considerada, tal y como se encontraba diseñada en el acto constitutivo de la relación obligatoria. Para BETTI, el límite de la imposibilidad hay que referirlo al concreto comportamiento deducido en la obligación. La imposibilidad ha de ser absoluta y objetiva, pero este carácter debe predicarse con referencia a la concreta configuración de la prestación. En este sentido, señala TRIMARCHI que si un empresario de transportes terrestres, que dispone de una flota de camiones, ha contratado un transporte de mercancías a un país vecino y la frontera queda cerrada, puede pensarse que no hay imposibilidad, porque queden todavía abiertos los transportes aéreos y los marítimos. Sin embargo, la imposibilidad existe, ya que la prestación tal como se configuró era una prestación de transportes por carretera.

Las dificultades del concepto de imposibilidad sobrevenida no concluyen aquí. En materia de obligaciones de hacer, hay supuestos que han obligado a la doctrina a la creación de conceptos equivalentes. Así, ha aparecido el concepto de inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*), que en la doctrina alemana se relaciona con la figura de la buena fe y del abuso del derecho, para tratar de evitar la injusticia que significaría estimar la pretensión del acreedor cuando la prestación es objetivamente posible, pero reclamarla bajo concretas circunstancias puede herir valores superiores a los patrimoniales en que la prestación consiste. Piénsese en el evento sobrevenido que no determina una genuina imposibilidad, pero coloca al deudor en unas circunstancias que de acuerdo con las convicciones sociales imperantes hacen que no le sea justamente exigible el cumplimiento de la obligación. Es el ejemplo clásico de la persona que tuviera que cumplir una obligación establecida contractualmente el mismo día en que hubiese fallecido un familiar muy próximo.

5. Las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida: imposibilidad fortuita e imposibilidad no fortuita

De acuerdo con los términos de los arts. 1.182 y 1.184 CC, la imposibilidad sobrevenida fortuita libera al deudor de la obligación y determina la extinción de ésta. Para que se produzca el efecto que el Código denomina de «extinción de la obligación» y la doctrina califica como liberación de la deuda, la imposibilidad sobrevenida debe ser fortuita. El art. 1.182 alude a una pérdida de la cosa debida que se produce «sin culpa» del deudor. La interpretación de este pasaje del precepto legal plantea dos tipos de problemas.

a) Se encuentra, ante todo, la cuestión relativa a si la referencia que se hace a la culpa del deudor debe entenderse del mismo modo que en el art. 1.104, esto es, como inobservancia de los parámetros de la diligencia exigible, o si, por el contrario, se trata de una concepción diferente de la culpa. Esta última línea de pensamiento ha sido seguida por F. BADOSA, para quien, frente a la culpa como omisión de diligencia, en el art. 1.182 aparece la culpa-hecho propio, que se encuentra en la tradición jurídica y que responde mejor a las exigencias de este artículo. Sin embargo, la dife-

rencia, con escaso fundamento en el propio Código, aunque posea indiscutibles antecedentes históricos, aumenta el ámbito de la imposibilidad sobrevenida fortuita y obliga a sostener dos concepciones diversas. Por esto, en nuestra opinión, concorde en este punto con la mayor parte de la doctrina, la pérdida sin culpa del art. 1.182 debe equipararse a la pérdida fortuita en el sentido que nosotros dimos a la noción de caso fortuito. Ello significa que la única imposibilidad sobrevenida que es liberatoria, por seguir la terminología común, es aquella que no resulta imputable al deudor, de acuerdo con los criterios generales de imputación de responsabilidad.

Por lo demás, de la lectura del art. 1.182 resulta que la previa constitución del deudor en mora excluye el efecto extintivo o liberatorio con las salvedades establecidas para la matización o suavización de la agravada responsabilidad por mora que en su momento quedaron igualmente expuestas: que la misma causa de pérdida o imposibilidad se hubiera producido encontrándose ya la prestación en manos del acreedor.

6. Las causas de exclusión del llamado efecto liberatorio en la imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación

Aun cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación sea fortuita o no imputable al deudor de acuerdo con las reglas generales del sistema legal, existen algunos casos en que la ley establece una exclusión del efecto que denomina «extinción de la obligación». El primero ha sido ya aludido en los apartados anteriores y se refiere a la mora del deudor. La interpretación, *a contrario sensu*, del art. 1.182 conduce a la idea de que si el deudor se encontraba constituido en mora en el momento de producirse la imposibilidad sobrevenida fortuita, no queda favorecido por el efecto liberatorio.

La segunda de las causas de exclusión del mencionado efecto se encuentra prevenida en el art. 1.185, según el cual, «cuando la deuda de cosa cierta y determinada procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de la pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, éste se hubiese, sin razón, negado a aceptarla».

La regla del art. 1.185 CC tiene sus antecedentes remotos en el Derecho Romano y en la consideración de que el deudor que lo es como consecuencia de la comisión de un acto de carácter delictivo, se encuentra siempre constituido en mora. Ello lleva directamente este supuesto al inciso final del art. 1.182, puesto que hay siempre mora. Sin embargo, puede encontrarse una razón más contundente, como es la necesidad de dispensar una protección reforzada al sujeto pasivo del delito, frente a quien soporta la obligación restitutoria.

El precepto se refiere, de manera escueta, al deudor de cosa cierta y determinada, por lo cual quedan fuera de su ámbito de aplicación las obligaciones de resarcimiento o de indemnización, distintas de las puramente restitutorias. A ello debe añadirse que, como es lógico, la obligación no pesa solamente sobre el autor del delito, sino también sobre los herederos, a quien se transmite en el caso de fallecimiento de aquél. Teniendo su origen la obligación en la comisión de un delito o falta, serán sujetos pasivos de ella todos aquellos que con arreglo a las normas especiales que regulan la materia queden, en virtud de ellas, sujetos a la obligación restitutoria. Ello permite resolver el problema a veces planteado en la doctrina en punto a si el art. 1.185 se refiere no sólo al autor o autores del delito o también a los cómplices y encubridores.

Algunos autores se han preguntado si la expresión deuda que «procediera de delito o falta» puede extenderse a otros actos ilícitos, en que la ilicitud sea de naturaleza civil. La solución más probable debe ser considerar que, al tratarse de un precepto de carácter excepcional, la interpretación debe ser restrictiva.

Se ha cuestionado también si el precepto excluye o no la indemnización de daños y perjuicios. La opinión negativa ha sido sostenida por A. CRISTÓBAL MONTES, para quien el art. 1.185 CC sólo contempla la pérdida fortuita de la cosa debida en relación con la obligación de restituir, por lo que sólo comprende uno de los tres aspectos de la responsabilidad civil que incumbe a los que son responsables criminalmente. Frente a ello, algún otro sector de la doctrina ha considerado que, como quiera que el deudor debe en cualquier caso de imposibilidad no liberatoria indemnizar, el deudor contemplado por el art. 1.185 lo está también de acuerdo con la regla general. Sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante al hablar de imposibilidad no liberatoria, que es aquella en que el art. 1.185 hace caer a este deudor, podemos señalar que, de acuerdo con la interpretación aquí mantenida, tiene que adeudar al acreedor, cuando menos, los daños derivados de la mora en la que se encuentra incurso y el daño producido por la pérdida de la cosa, que debe consistir en el valor actual de la misma. El Código, en este sentido, le obliga a pagar el «precio», pero como en muchas otras ocasiones la idea de «precio» alude al valor común o valor de mercado, que tendrá que estimarse en el momento en el que el pago se realice.

El efecto de la responsabilidad del deudor por delito o falta, consistente en su responsabilidad, no obstante la imposibilidad sobrevenida fortuita, cesa a partir del momento en que exista mora del acreedor. El Código alude a este supuesto diciendo que «ofrecida por él la cosa al que debía recibir, éste se hubiese, sin razón, negado a aceptarla». Rigurosamente la oferta de pago y la colocación del acreedor en mora *accipiendi* habrán de ser anteriores al momento de producción de la imposibilidad sobrevenida. De esta suerte, la mora del acreedor traslada a éste el riesgo de la pérdida o de la imposibilidad, ya que, como es lógico, no puede existir una oferta de cumplimiento específico después de la mencionada imposibilidad.

7. La imposibilidad sobrevenida imputable al deudor

De acuerdo con el tenor literal de los arts. 1.182 y 1.184, si la pérdida o la imposibilidad sobrevenida le son imputables al deudor, no se produce el efecto de extinción o de liberación del deudor. A partir de aquí, se puede discutir si se trata de un supuesto de perpetuación de la obligación, en el cual la obligación primitiva queda sustituida por su equivalente o si, por el contrario, se trata de una obligación de resarcimiento o de indemnización de daños y perjuicios. Mas como ésta no es cuestión peculiar en relación

con este punto, la estudiaremos en su momento. Puede, sin embargo, recordarse desde ahora que la tesis de que la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor determina una indemnización de daños y perjuicios tiene a su favor la autoridad de GARCÍA GOYENA, al comentar en este punto el Proyecto de 1851.

8. La imposibilidad sobrevenida de la prestación en las obligaciones sinalagmáticas y el problema del llamado «periculum obligationis»

La solución que nuestro Código Civil ofrece en los casos de imposibilidad sobrevenida por destrucción de la cosa debida en las obligaciones de dar cosas específicas y por imposibilidad legal o física en las obligaciones de hacer, es fácilmente aplicable en las llamadas obligaciones simples, en que existe un único derecho de crédito y un único deber de prestación. Si la imposibilidad es fortuita, queda efectivamente extinguida la obligación, lo que significa que el deudor queda liberado de la deuda y el acreedor ve extinguido su derecho de crédito, sin otra compensación que la que establece el art. 1.186, al que luego nos referiremos. Si la imposibilidad es imputable al deudor, en el lenguaje del Código la obligación no se extingue, lo que parece querer decir, en sentido contrario, que subsiste o se perpetúa: aunque, desaparecido su objeto, debe entenderse que éste se convierte en el equivalente pecuniario o en la indemnización del daño, según el criterio que a este respecto se adopte. En cambio si la relación obligatoria es sinalagmática, el art. 1.182 no deja la cuestión resuelta, pues no explica la repercusión que la llamada «extinción de la obligación» produce en la obligación recíproca, si es que se produce alguna. Este es el problema que la doctrina conoce con el nombre de *periculum obligationis* que usualmente se contrapone al llamado *periculum rei*.

Periculum rei significa de quién es el riesgo de que la cosa se pierda. En principio, será aquel a quien pertenecía. *Periculum obligationis* es la pregunta por la repercusión de la imposibilidad del cumplimiento de una obligación en la obligación recíproca cuando ambas se encuentran enlazadas sinalagmáticamente. En pura teoría, dos soluciones son posibles. Según la primera, el acreedor de la otra obligación conserva su derecho, sin tener que ejecutar la prestación a su cargo. Es la solución que para el contrato de compraventa, siempre que la pérdida sea fortuita y sin *mora credendi* se puede deducir de la vieja regla *periculum est emptori* y del art. 1.452, en la medida en que se lea con esa clave. Con carácter general, la mencionada solución tiene un escaso apoyo en el texto de nuestro Código Civil, porque nada indica que con carácter general se conserve el derecho a la contraprestación sin ejecutar la que se tuviera al propio cargo. Las dos obligaciones, en el sinalagma, se encuentran enlazadas causalmente (art. 1.274 CC), lo que permite hablar de una desaparición sobrevenida de la causa. Y, sobre todo, el art. 1.124, según nuestro punto de vista, que más adelante quedará expuesto, otorga

la facultad resolutoria por el puro hecho objetivo del incumplimiento, que se produce también cuando la prestación es imposible. Ello permite entender que existe en el art. 1.124 la figura de la resolución por imposibilidad sobrevenida. De esta suerte, el problema del *periculum obligationis* se soluciona reconociendo que la parte que sufre, por ser acreedora, la imposibilidad sobrevenida de la prestación adversa, aunque sea fortuita, tiene abierta la vía de la resolución del contrato y puede, de este modo, desligarse de la obligación que tuviera a su cargo.

En rigor, la solución es la misma si la imposibilidad es imputable al deudor. En este caso, la otra parte tiene la opción de pedir la equivalente o la indemnización, ejecutando su propia prestación, o desligarse del contrato, reduciendo la indemnización que pueda pedir por los daños ulteriores que se le hayan causado.

9. La imposibilidad sobrevenida de carácter parcial

Constituye una laguna de la regulación de nuestro Código el supuesto que ahora se menciona, por cuanto los arts. 1.182 y 1.184 contemplan solamente la imposibilidad sobrevenida total. Algún sector de la doctrina ha señalado que la hipótesis se encuentra contemplada en algunos preceptos de nuestro Código Civil y se citan, entre ellos, los arts. 1.460, 1.558 y 1.595. Sin embargo, esta apreciación ha de considerarse errónea. El art. 1.460 se refiere, según literalmente dice, a una pérdida de la cosa que hubiese ocurrido ya «al tiempo de celebrarse la venta», por lo cual hay que considerarlo referido a la imposibilidad de la prestación como presupuesto de la validez del contrato y no al fenómeno de la imposibilidad sobrevenida. No es aplicable el art. 1.558, pues en él no hay imposibilidad de ejecución de la prestación, ni siquiera parcial, del contrato de arrendamiento y lo único que en él se prevé es una parcial suspensión del mismo, con temporal privación de uso de la cosa por el arrendatario, cuando es necesario hacer alguna reparación urgente en la cosa arrendada, que no pueda diferirse hasta la conclusión del arriendo. Tampoco contempla en rigor el supuesto que ahora nos ocupa el art. 1.595, que contiene una norma de carácter excepcional. La obligación dimanante del contrato de obra, que este precepto contempla, es una prestación contenida en una obligación de resultado, por lo cual el fallecimiento del contratista, encargado de la obra por razón de sus cualidades personales, determina la total inejecución, dado que el resultado no se llega a obtener. La solución legal de que el propietario abone a los herederos del constructor, a proporción del precio convenido, el valor de la parte de la obra ejecutada debe considerarse por ello como excepcional.

Ciñéndonos, pues, al supuesto planteado con carácter general, las soluciones que parecen dibujarse en la doctrina son dos. De acuerdo con una, debe operar el sistema de *favor debitoris* y ha de considerarse que la obligación se extingue en forma parcial y que el deudor queda liberado de la parte

de prestación que no haya sido ejecutada. Frente a ello, y con mejor acuerdo, otro sector doctrinal considera que sólo el acreedor puede ser árbitro de la situación, de manera que, en tal caso, el acreedor puede resolver la relación obligatoria sinalagmática u optar por su continuación, si bien en este caso con una proporcional reducción de la contraprestación a su cargo. Prescindiendo de la idea de que ésta es la solución que cuadra mejor con el carácter sinalagmático que normalmente tienen las obligaciones, debemos entender que la imposibilidad simplemente parcial es algo que, de acuerdo con lo dispuesto en las reglas generales sobre el pago, especialmente la que impone la integridad de éste, el acreedor puede justamente rehusar. Añádase a ello que, frente a lo que objetivamente es un incumplimiento de la obligación, debe tener abierto, aunque la hipótesis de imposibilidad sobrevenida parcial sea fortuita, la vía de la resolución por el juego del art. 1.124. En cambio, si el acreedor opta por la ejecución del contrato, debe quedar abierta la posibilidad de una reducción proporcional de la contraprestación que se produce por el juego del sinalagma y de acuerdo con los principios generales del sistema.

10. La llamada cesión legal del «*commodum representationis*»

Para concluir el tema que estamos estudiando hay que hacer referencia al art. 1.186 CC. Según él, «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviese contra terceros por razón de ésta». Señala ROCA JUAN (Estudios en Homenaje al Profesor De Castro, II, pág. 521) que en una consideración inicial, el art. 1.186 CC se presenta como un texto efectivo y lógico, que ofrece unas soluciones justas. Lo es que el acreedor, al perder su crédito, que queda extinguido, obtenga los beneficios que puedan derivarse de la pérdida de la cosa que ha determinado tal extinción. Lo es, igualmente, que el deudor, que ve extinguida su deuda y que queda liberado de ella, sin ningún comportamiento suyo, no quede, además, beneficiado mediante el resultado de las acciones, que como consecuencia de la pérdida de la cosa pueda ejercitar. El fundamento de la norma y su justificación se encuentra en que traspasa a favor del acreedor el valor de la cosa, que el deudor no puede entregar en especie, pero de cuya pérdida obtiene algún lucro; y en dar al acreedor aquello que, en el patrimonio del deudor, ha sustituido, desde el punto de vista económico, a la cosa cuya entrega no puede realizarse. El fin de la norma es la protección del acreedor: se trata de paliar en lo posible el perjuicio sufrido por éste y evitar el enriquecimiento que el deudor recibiría si quedara liberado de la obligación y obtuviera los lucros derivados de tal hecho.

Sobre el origen de la regla, ROCA JUAN aventura la hipótesis de que se introdujo en el art. 1.303 del Código de Napoleón en virtud de una especie de comunicación de tres principios diferentes, que habían nacido en áreas distintas: el principio *res perit domino*, el principio *meum est hoc ex re mea* (Digesto, 6, 1, 49) y el principio *secundum natura est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda* (Digesto, 50, 17, 10). Por

el primero, la cosa perece para su dueño. Por el segundo, el derecho de propiedad, tras la extinción de la cosa continúa subsistiendo en aquello que de ella resta. Por el último, el llamado *commodum* puede adoptar dos versiones: el que sufre el riesgo tiene derecho, tras la pérdida de la cosa, a aquellas accesiones que debían serle prestadas por ella (*commodum accessionis*) y le deben pertenecer también los derechos y las acciones ocasionados precisamente por la pérdida de la cosa y de las que les sustituyen (*commodum representationis*). Sin embargo, en POTHIER, de donde la norma del Código Civil francés procede directamente, se encuentra despojada de antecedentes (cfr.: *Tratado de las Obligaciones*, pág. 670). POTHIER la presenta como una regla razonable: cuando «sin culpa del deudor» la cosa que éste debía, ha perecido, o ha sido puesta fuera del comercio, o se ha perdido de manera que no se sepa dónde ha ido a parar, si el deudor tiene algunos derechos y acciones, su obligación subsiste, al efecto de que venga obligado a subrogar a su acreedor en los dichos derechos y acciones. Por ejemplo —dice POTHIER—, si fuerais deudor mío por un caballo que sin culpa vuestra recibiera muerte por manos de un tercero u os fuera arrebatado por violencia, sin que se pudiera saber el paradero, estaríais libre para conmigo respecto de ese caballo; mas estaríais obligado a subrogarme en las acciones que tengáis contra aquellos que lo han muerto o arrebatado. De igual manera, si fuerais deudor mío por un terreno que después ha sido expropiado para hacer una plaza pública, quedáis libre conmigo respecto de esos terrenos, pero debéis subrogarme en la indemnización que tengáis derecho a pretender, quedando de mi cuenta los gastos que hubiera que hacer para que viniera a mi provecho.

El precepto presenta algunas dificultades de inteligencia en orden al modo de operar y a los supuestos de aplicación.

Por lo que se refiere al modo de operar del precepto, el debate doctrinal se ha centrado en punto a si determina una adquisición *ex lege* y automática para el acreedor de las acciones que corresponden al deudor; si implica una necesaria cesión de tales acciones; o si, en fin, estamos ante una legitimación excepcional del acreedor para ejercitar acciones que son propias del deudor. ROCA JUAN pone de relieve las dificultades a que conducen la tesis de la transmisión automática y la de la legitimación *ex lege*, por lo que considera preferible ver en el fenómeno del art. 1.186 un caso de subrogación real. Sin embargo, fuera de los supuestos en que la llamada subrogación real se produce dentro de un mismo patrimonio, es necesario un mandato legal que establezca la subrogación. Por ello, pese a todas las dificultades teóricas que puedan surgir, parece preferible la tesis de la cesión legal.

En lo que concierne a los presupuestos de aplicación, parece que la atribución de acciones que establece el art. 1.186 opera en la extinción de las obligaciones de entrega de cosa determinada cuando tales obligaciones cumplan una función traslativa de la propiedad o de otro derecho real, pero no, en cambio, en aquellas situaciones en que la obligación de entrega cumple una función restitutoria o es presupuesto para el ejercicio de un derecho, que tiene prevista una solución específica. En los casos de entrega con función restitutoria, el acreedor de la restitución lo es en la medida en que continúa siendo propietario o titular de otro derecho sobre la cosa (p. ej., comodato, depósito, etc.), por lo que las acciones derivadas de la pérdida de la cosa le corresponden por derecho propio, sin que sea aplicable el art. 1.186. Sin embargo, esta solución está suponiendo que el acreedor

de la restitución es el propietario o titular del derecho real sobre la cosa, lo que no siempre tiene que ocurrir (p. ej., el depositante no es el dueño de la cosa), por lo cual en estos casos debe aplicarse también el art. 1.186.

ROCA JUAN recuerda que la aplicación del art. 1.186 requiere que, cuando la obligación es bilateral o sinalagmática, la pérdida de la cosa no se proyecte en la relación obligatoria, liberando a ambas partes. La regla sólo es aplicable cuando en virtud de la pérdida de la cosa debida tenga lugar la atribución del riesgo al acreedor. Sin embargo, tampoco esta conclusión resulta pacífica, porque no se ve la razón para impedir, en la relación obligatoria bilateral o sinalagmática, al acreedor la opción entre reclamar la resolución o reclamar el cumplimiento con el *commodum representationis*, si esto puede ser más beneficioso para él.

Alguna dificultad de interpretación del art. 1.186 CC existe al puntualizar cuáles pueden ser las acciones que, surgidas por razón de la cosa misma, tienen el carácter de elemento representativo o residual y deben corresponder al acreedor. ROCA JUAN señala que son acciones que nacen para el deudor, porque son las que el deudor tuviere. Hay que entender que entran en el patrimonio del deudor a causa de la pérdida misma, lo que excluye la acción que el deudor tuviera con anterioridad al momento del nacimiento de la obligación de entrega.

Entre las acciones encuadrables en el art. 1.187 se encuentra la derivada de la expropiación de la cosa, que aparece expresamente mencionada en el ejemplo de POTHIER. Por virtud del art. 1.186, el acreedor tiene acción para dirigirse contra la entidad expropiante y obtener el precio de la expropiación. También es pacífico que se engloban en el art. 1.186 las acciones que el deudor tuviere contra el asegurador, en virtud de un contrato de seguro preconcertado.

Por lo que se refiere a las acciones derivadas de responsabilidad civil extracontractual, cuando un tercero haya causado dolosa o culposamente la pérdida de la cosa debida, la cuestión resulta más controvertida. No cabe duda que se encontraban en la idea de POTHIER, puesto que uno de los ejemplos que pone es de responsabilidad aquiliana o derivada de delito. Frente a ello, F. PANTALEÓN ha argumentado que, al no existir en nuestro Derecho de daños la exigencia de que el daño tenga que suponer lesión de un derecho de carácter absoluto, las acciones frente a los terceros causantes del daño surgen en cabeza del acreedor dañado, por lo que éste no precisa de ninguna especial cesión legal de ellas.

Se ha cuestionado si al lado del llamado *commodum ex re* o acciones derivadas por el hecho mismo de la pérdida de la cosa, puede colocarse el llamado *commodum ex negotiatione*. El autor antes citado da a esta pregunta una respuesta afirmativa, señalando que las palabras «por razón de ésta» (la cosa), con las que finaliza el art. 1.186, no parecen argumento bastante para

limitar el ámbito de aplicación del precepto al *commodum ex re* y que palabras semejantes contenidas en el parágrafo 281 BGB no han impedido a la jurisprudencia y doctrina en Alemania mantener una posición parecida. Ello significa, siguiendo al autor citado, que si el deudor enajena a un tercero la cosa debida, el acreedor puede optar por exigir, con apoyo en el art. 1.186, la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero y la entrega de lo ya satisfecho por éste. Alternativa —concluye F. PANTALEÓN— que interesará especialmente al acreedor cuando con ella pueda obtener sumas mayores de la que conseguiría como indemnización de daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad extracontractual.

§ 3. LA IMPOSIBILIDAD TEMPORAL PROLONGADA Y LA FRUSTRACION DEL FIN DEL NEGOCIO

11. Los impedimentos temporales excesivamente prolongados y la prolongada inacción del deudor

Para poder hablar de un incumplimiento definitivo o de una definitiva insatisfacción del derecho de crédito, operando con puros esquemas lógicos y dogmáticos, es necesaria una imposibilidad de prestación que sea definitiva e insuperable. Sin embargo, esta idea tiene que resultar matizada en atención a las circunstancias del caso, al fin del negocio y al interés del acreedor.

El más evidente de los casos en que hay incumplimiento definitivo sin imposibilidad se produce en aquellos casos en que el término de cumplimiento tenía un carácter esencial. La avería de un vehículo es, sin duda, un obstáculo de carácter puramente temporal. Pero si el vehículo estaba contratado para prestar sus servicios en un concreto día, la posterior subsanación de la avería no permite ya el cumplimiento, porque no permite la consecución del fin del negocio. Del mismo modo, el exhibidor que ha acordado la proyección cinematográfica de una película de notorio éxito durante las fiestas del lugar, se encontrará ante un supuesto de imposibilidad temporal si la película se halla detenida en la aduana o si el cumplimiento de determinados trámites administrativos de importación impiden su proyección en tal momento. El paso de la fecha hace que la ejecución de la obligación tal y como se encontraba prevista no sea ya posible.

Problema distinto del anterior se plantea en aquellos casos en que, aun cuando el término de cumplimiento no sea esencial, el impedimento temporal o la imposibilidad transitoria se prolongan de manera excesiva. Surge entonces la cuestión de establecer si tiene o no tiene algún límite la necesidad de espera a que se somete al acreedor. La imposibilidad de comunicación o de transporte durante un conflicto bélico es transitoria, en el sentido de que, una vez concluida la guerra, el transporte será de nuevo posible. Sin embargo, es razonable preguntarse si puede ser sometido el acreedor a una

espera prolongada o indefinida, cuya duración no es conocida por el momento.

La jurisprudencia española ha mantenido, respecto del tema que estamos examinando, posiciones vacilantes. La STS de 3 de junio de 1944, en un caso en que la guerra civil había impedido la entrega de una mercancía vendida, consideró que la fuerza mayor dimanante de la guerra no producía una imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, sino una imposibilidad de carácter transitorio con un «efecto meramente suspensivo», de manera que, al cesar la fuerza mayor, según la sentencia, «puede *revivir* la obligación», aunque añadió que ello era así «si subsiste entonces la finalidad buscada por el interesado». Con independencia de la mayor o menor exactitud que tenga al hablar de un «efecto meramente suspensivo» y de una «reviviscencia de la obligación», lo cierto es que esta sentencia entendió que los impedimentos temporales de prestación, aunque se prolongaran a lo largo de una guerra civil de tres años, no determinaban la extinción de la obligación. Naturalmente, la hipótesis no era de mora, por no serle imputable al deudor el impedimento temporal de prestación, por lo que la sentencia trata de describir el supuesto como de imposibilidad con efecto, suspensivos. Sin embargo, conviene parar la atención sobre la condición que esta sentencia proponía: «si subsiste la finalidad buscada por los interesados». Es claro que se refiere a una finalidad común y por consiguiente no a los móviles o motivaciones particulares de uno de los contratantes. Pero si la finalidad buscada por el interesado a través de la relación obligatoria resulta de imposible consecución, la conclusión parece que es que lo que empezó siendo una imposibilidad transitoria se convierte en definitivo incumplimiento.

La jurisprudencia ha afrontado también el problema relativo a la mera inacción del deudor. Ya en la STS de 5 de enero de 1935 el Tribunal Supremo entendió que el retraso en el pago puede permitir el ejercicio de la acción resolutoria, de manera que el retraso queda equiparado a un incumplimiento definitivo cuando determina una frustración del fin práctico perseguido por el negocio o existe un interés atendible en la resolución. Esta línea jurisprudencial aparece reiteradamente en los últimos años, como veremos más adelante.

12. Frustración del fin práctico del negocio, pérdida del interés del acreedor e inexigibilidad de una continuación de la vinculación del deudor

Tras todo lo dicho hasta aquí, puede llegarse a la conclusión de que los supuestos de imposibilidad temporal y los de prolongada inacción del deudor pueden ser equiparados al incumplimiento definitivo si determinan una frustración del fin del negocio o existe un interés de las partes en la liberación del vínculo que resulta de algún modo atendible.

En un sentido parecido al expuesto, el art. 1.256 del Código Civil italiano dice que una imposibilidad temporal extingue la obligación si dura tanto tiempo que, de conformidad con el título constitutivo o con la naturaleza del objeto, el deudor no puede considerarse ya como obligado o el acreedor ha perdido el interés en conseguir la prestación. En nuestra jurisprudencia y en relación con el incumplimiento que determina la resolución de los contratos sinalagmáticos, existe en los últimos años una línea en virtud de la cual se considera suficiente para el ejercicio de la acción

mentada «que se frustre el fin del contrato», que haya un «incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una persistente resistencia obstativa al cumplimiento», bastando que se frustre «la legítima aspiración de la contraparte, siempre que tal conducta del incumplimiento no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias, pudiendo consistir la omisión del incumplimiento en una prolongada inactividad o pasividad frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte» (cfr.: STS de 10 de octubre de 1982, 4 de octubre y 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985, 24 de enero y 4 de marzo de 1986 y 5 de junio de 1989).

De esta suerte, los casos en que existe incumplimiento definitivo, además de la imposibilidad sobrevenida de prestación, son:

1.º La frustración del fin práctico del negocio, que puede concretarse en la falta de consecución de lo que más arriba se llamó la causa concreta, con razonable pérdida de interés del acreedor.

2.º La inexigibilidad de una continuación de la vinculación del acuerdo por una prolongada inactividad o pasividad del deudor.

§ 4. OTROS SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO

13. La manifiesta voluntad del deudor de no cumplir

En la jurisprudencia de nuestro TS, al establecer los requisitos y las circunstancias necesarias para que sea viable el ejercicio de la acción resolutoria de una relación obligatoria de carácter sinalagmático y de origen contractual, se ha señalado, con reiteración, aunque últimamente no sin altibajos, que es preciso «que se patentice una voluntad verdaderamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento». A primera vista, la hipótesis del obstáculo, definitivo e irreformable, puede ser englobada dentro de lo que nosotros hemos llamado una imposibilidad sobrevenida de la prestación. Más difícil de analizar es la llamada voluntad deliberadamente rebelde, situación en la cual la prestación es posible y en sí misma idónea para la satisfacción del interés del acreedor. Se introduce, para acordar la resolución, lo que la jurisprudencia ha podido llamar en algunas ocasiones un «factor etiológico subjetivo» o, dicho de otro modo, una valoración judicial del comportamiento del demandado. Se trata entonces de averiguar no tanto las causas o las razones que puedan haber determinado al deudor a no cumplir, en particular si existen o no objetivos impedimentos de prestación, cuanto de llevar a cabo un enjuiciamiento de los propósitos de éste en orden a un ulterior cumplimiento. Desde el punto de vista objetivo, en pura dogmática, un caso como el descrito tendría que ser sólo de retardo o de mora, pero, como señaló en su momento PINTO RUIZ, hay

que valorar más que la pura lógica jurídica el terreno de lo pragmático y llevar a cabo una justa composición de los intereses en conflicto. Por ello, en estos casos, lo que en pura lógica sería retardo, al carecer de justificación denota que la prestación no será nunca cumplida. Por ello, el fenómeno que nos ocupa puede ser dibujado señalando que incide en una situación de incumplimiento definitivo el deudor que declara o manifiesta no querer cumplir o que no cumplirá. Tal manifestación puede producirse de una manera expresa: el deudor dirige una declaración o una comunicación señalando que no cumplirá, cualesquiera que puedan ser las razones o pretextos que al efecto alegue, siempre y cuando no se trate como es lógico de un impedimento de prestación que pueda considerarse como imposibilidad.

La voluntad de no cumplir puede ser inducida de actos concluyentes del deudor. Bajo esta luz, la idea jurisprudencial de la voluntad rebelde se comprende decisivamente. No se trata tanto de detectar una voluntad o un propósito de rebeldía, cosa que será siempre extraordinariamente difícil, cuanto de obtener o de inducir la razonable conclusión, con base en el anterior comportamiento del deudor, de que persistirá la situación de no cumplimiento. Dicho de otro modo, es la declaración de no querer cumplir y de que no se cumplirá, manifestada por actos concluyentes.

Con independencia de la conclusión de que en tales casos existe mora, sin necesidad de una especial intimación, y de que, como ha señalado la jurisprudencia, se produzca también el posible ejercicio de la acción resolutoria en las obligaciones sinalagmáticas, la equiparación entre la manifestación de voluntad de no cumplir y el incumplimiento definitivo permite atribuir a aquélla todas las demás medidas de protección del derecho de crédito definitivamente lesionado.

14. La violación de las obligaciones negativas

Se produce, como es obvio, mediante la realización de un acto positivo que contraviene el deber de prestación. Por ejemplo, el deudor obligado por un pacto de no concurrencia o por un pacto de exclusiva lleva a cabo el acto que lesiona el derecho del competidor o del exclusivista. Se trata de una situación en la cual la prestación *a posteriori* continuará siendo posible y en la que no hay tampoco, por lo menos necesariamente, una absoluta voluntad de no cumplir. ¿Qué tratamiento jurídico merece un caso como el descrito? Para resolverlo, es importante determinar si la violación de la obligación negativa produce por sí misma una frustración del fin del negocio. Cuando la respuesta a ese interrogante sea afirmativa, el acto positivo llevado a cabo en contravención de la obligación deberá ser elevado al rango de incumplimiento definitivo y el acreedor podrá poner en marcha todas las consecuencias que de un incumplimiento de aquella naturaleza deriven en su favor. Si la aislada conducta de contravención de la obligación negativa no deter-

mina una frustración del fin del negocio, subsistirá la obligación y podrá hablarse de un cumplimiento defectuoso, en el sentido que a esta expresión se dará en el capítulo siguiente.

15. La falta de obtención del resultado comprometido en las obligaciones de resultado

Un grupo de casos que pueden suscitar algún problema en orden a su calificación como incumplimiento definitivo, son aquellos en que, habiéndose comprometido el deudor no a un despliegue de actividad o de diligencia, sino a la obtención de un resultado, el deudor ha puesto los medios necesarios y ha llevado a cabo la actividad precisa, pero el resultado no se ha obtenido. En esta situación no existe, en puridad, un cumplimiento defectuoso, sino una falta de obtención total de la prestación. Sin embargo, no constituye un supuesto autónomo. Para decidir si hay retraso o incumplimiento definitivo habrá que examinar si la prestación-resultado es o no todavía posible de manera objetiva y absoluta y si, en el caso de que no lo sea, producida una frustración del fin del negocio, una razonable pérdida del interés del acreedor o la inexigibilidad de la continuación de la vinculación de éste.