

LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DEBIDA

DR. JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ CAMPOS
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Murcia

*Sumario: I. La regulación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en el Código Civil español. 1.- Sistemática. 2.- Concepto. 3.- Requisitos de la imposibilidad: a) que la imposibilidad sea sobrevenida; b) que la imposibilidad no sea imputable al deudor; c) que la imposibilidad sea objetiva. 4.- Imposibilidad parcial e imposibilidad transitoria. 5.- Imposibilidad versus extraordinaria dificultad de cumplimiento de la prestación. 6.- Imposibilidad debida a tercero: el artículo 1186 C.C. II. La regulación de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación en el Código Civil portugués. 7. Introducción. 8.- Calificación de la imposibilidad: sus diferentes efectos. 9. Imposibilidad de la prestación por hecho de tercero: el *commodum representationis*. 10.- Conclusión.*

I. LA REGULACIÓN DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

1.- SISTEMÁTICA.

El Código Civil regula la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación debida como una de las causas de extinción de las obligaciones. Aparece mencionada en el artículo 1156 del Código Civil (junto con las otras causas de extinción de las obligaciones), pero no con esta denominación, sino como “pérdida de la cosa debida”.

Denominación que hemos de considerar incorrecta si nos queremos referir a todo tipo de obligaciones, en cuyo caso habremos de denominarla, como con mejor

criterio hace la doctrina, “imposibilidad sobrevenida de la prestación”. Y, en efecto, el propio artículo 1184 que se refiere a las obligaciones de hacer, dice textualmente “cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”: en consecuencia, la denominación doctrinal de “imposibilidad de la prestación” tiene base normativa en nuestro Código Civil.

La regulación de la imposibilidad de la prestación como causa de extinción de la obligación se encuentra en los artículos 1182 a 1186 del Código Civil, bajo el epígrafe de “pérdida de la cosa debida”¹, y, por tanto, habiendo adoptado el legislador como modelo normativo el de las obligaciones cuya prestación consiste en la entrega de cosa determinada. Con todo, el artículo 1184 se refiere a las obligaciones de hacer, en las que también cabe extinción de la obligación por imposibilidad de la prestación, en principio, con el mismo régimen de requisitos y efectos.

2.- CONCEPTO.

El concepto de “pérdida de la cosa debida” lo extrae la doctrina no de la propia regulación de esta causa de extinción de las obligaciones, sino del artículo 1122 del Código Civil, precepto ubicado en la regulación de las obligaciones sometidas a condición, donde se equipara la pérdida de la cosa debida a perecimiento, desaparición o imposibilidad legal (quedar fuera del comercio, es la expresión utilizada por el legislador). Expresamente se dice que: 2ª “*Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.*

1. Bibliografía general: ROCA JUAN, "Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del Código Civil)", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor De Castro*, Tomo II, Madrid, 1976, págs. 521-548; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 150-226; BADOSA COLL, *Comentario del Código Civil*, sub arts. 1182 a 1186, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 255-265; GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Tomo XVI, vol. 1, 2ª ed., Madrid, 1991, págs. 301-380; CABANILLAS SÁNCHEZ, "La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor", en *Homenaje al Profesor Roca Juan*, Murcia, 1989, págs. 117-128; MOLINER NAVARRO, "La pérdida de la cosa debida", en *Homenaje al Profesor Roca Juan*, Murcia, 1989, págs. 509-527; CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Dykinson, 2001. Últimamente, SANTOS BRIZ, *Comentario del Código Civil*, sub arts. 1182 a 1186, coordinados por Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 6, Bosch, 2000, págs. 376-388; ERDOZAIN LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, sub arts. 1182-1186, coordinados por Bercovitz, Aranzadi, 2001, págs. 1396-1405; MORENO-TORRES HERRERA, *Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil*, sub arts. 1182-1186, Tomo II, dirigidas por Pasquau Liaño, Granada, 2000, págs. 2055-2066.

Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece, de modo que se ignora su existencia o no se puede recobrar”.

Por consiguiente, son tres las posibles hipótesis contempladas de “pérdida” de la cosa que se debe entregar: primera, la pérdida o desaparición de la misma, ya sea porque se ignora su existencia o porque no se puede recobrar la cosa que se debía entregar (supuesto que parece apuntar tanto al hurto como a la disposición a favor de tercero de quien no se puede recuperar); segunda, el perecimiento o destrucción (tanto de modo fortuito como por causa imputable a un tercero); y tercera, quedar fuera del comercio, es decir, imposibilidad legal o jurídica que impide la entrega de la cosa debida o, en general, la realización de la prestación debida.

Cuando el perecimiento o destrucción se debe a un tercero, o la desaparición, surge entonces la cuestión de a quién corresponden la acción contra el tercero responsable de la pérdida: al deudor o al acreedor; también habrá que determinar si hay extinción de la obligación por imposibilidad de realización de la prestación, o transformación de la inicial prestación sustituida ahora por el valor de la cosa. Nos encontramos, en tal caso, en el supuesto de hecho del precepto contenido en el artículo 1186 y al cual dedicaremos una específica atención *infra*.

Volviendo al concepto de pérdida y a los supuestos que cabe considerar incluidos dentro del mismo, el artículo 1182, en el seno ya de la regulación de la “pérdida de la cosa debida” señala que quedará extinguida la obligación que consista en la entrega de una cosa determinada, cuando ésta se “perdiere o destruyere” sin culpa del deudor. Esto es, no se menciona el tercer supuesto o hipótesis de “quedar la cosa fuera del comercio”, pero parece claro que también en este caso no podrá el deudor, lícitamente, entregar la cosa objeto de la prestación debida.

En cualquier caso, esta definición es insuficiente para abarcar todos los supuestos de imposibilidad de la prestación no referidos a la entrega de una cosa determinada. La jurisprudencia ha venido a colmar esta laguna del Código Civil definiendo la “imposibilidad de la prestación” como “acontecimiento que torna irrealizable la prestación comprometida, al margen de las concretas circunstancias del momento, y con independencia de que se contemple la persona del deudor u otra persona” (S.T.S. de 12 de marzo de 1994)².

2. Repertorio Jurisprudencial Aranzadi (en adelante, Ar.) 1742, Ponente: D. Francisco Morales Morales.

3.- REQUISITOS DE LA IMPOSIBILIDAD.

Para que la imposibilidad de cumplimiento de la prestación determine la extinción de la obligación y, consecuentemente, la liberación del deudor, es necesario que cumpla ciertos requisitos: que la imposibilidad sea sobrevenida y no originaria; que sea ajena al deudor, es decir, que la imposibilidad no le sea imputable, pues de lo contrario no habría extinción de la obligación, sino deber de indemnización de los daños por incumplimiento; y, finalmente, que la imposibilidad sea objetiva y no subjetiva. Analicemos sucintamente cada uno de estos requisitos.

a) Que la imposibilidad sea sobrevenida.

La imposibilidad de la prestación que extingue la obligación ha de ser una imposibilidad sobrevenida, y no originaria, es decir, debida a una causa acontecida una vez constituida o nacida la obligación, pues si se tratara de una imposibilidad debida a una causa originaria se trataría, entonces, de un supuesto de nulidad de la obligación o del contrato, en la medida en que la posibilidad es uno de los requisitos de la prestación como objeto de la obligación y del contrato (contemplada en el artículo 1272 C.C.). No obstante, en ocasiones, el propio Tribunal Supremo ha confundido imposibilidad originaria con imposibilidad sobrevenida, como ocurrió en la sentencia de 1 de mayo de 1950³.

b) Que la imposibilidad no sea no imputable al deudor.

Para que la imposibilidad de la prestación extinga la obligación ha de tratarse de una imposibilidad debida a una causa ajena al ámbito de responsabilidad del deudor, es decir, que la imposibilidad no le sea imputable. Se afirma expresamente en el artículo 1182 cuando dispone que la pérdida o destrucción de la cosa determinada que se haya de entregar acontezca “sin culpa del deudor”.

Si la pérdida o destrucción, o en general, la imposibilidad de la prestación, se debe a culpa del deudor, entonces no habrá extinción de la obligación sino que habrá un incumplimiento imputable que dará lugar a las consecuencias correspondientes, entre ellas a la indemnización de daños y perjuicios (pues conceptualmente no es posible una ejecución forzosa específica que permita la obtención de la cosa debida), en la medida y cuantía que corresponda en atención a la causa del incumplimiento: es decir, no hay liberación del deudor por extinción de

³ Ar. 994, Ponente D. Saturnino López Peces. Vid. también las SS.T.S. de 19 de julio de 1993 (Ar. 6165), 15 de febrero de 1994 (Ar. 1316) y 11 de octubre de 1995 (Ar. 6360/1997).

la obligación sino que el deudor continúa obligado. A esta subsistencia de la obligación cuando la imposibilidad de la prestación se debe a culpa del deudor se la ha llamado tradicionalmente *perpetuatio obligationis*, denominación con la que se quiere significar que la obligación subsiste, solo que se transforma el objeto de la misma, cambia la prestación⁴.

Respecto de si la imposibilidad de la prestación es o no imputable al deudor, hay que tener presente que el artículo 1183 C.C. presume que la pérdida se debe a culpa del deudor si la cosa se pierde (o destruye) estando en poder del mismo (“*Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario*”)⁵.

Y además hay que tener en cuenta que, tal y como dispone el propio artículo 1182 *in fine*, aunque la cosa se pierda o destruya sin culpa del deudor no habrá extinción de la obligación si dicha pérdida o destrucción acontecen una vez que el deudor ha sido ya constituido en mora⁶.

Por otro lado, como se afirma en la jurisprudencia, si hay concurrencia de culpas entre deudor y acreedor, no procederá la extinción de la obligación y consecuente liberación del deudor, sino sólo la moderación de su responsabilidad⁷.

c) Que la imposibilidad sea objetiva.

Según autorizada doctrina, la imposibilidad la podemos considerar como objetiva cuando depende de un impedimento inherente al contenido de la prestación; y sería subjetiva cuando los impedimentos se refieren a la persona del deudor, no ligados con el contenido de la prestación⁸. En esta línea, estaríamos ante un supuesto de imposibilidad objetiva cuando los impedimentos aun siendo inherentes a la persona del deudor, por tratarse de obligaciones de hacer infungibles,

4. Coincidiendo en el efecto, los diferentes autores difieren en la denominación y, en ocasiones, en la conceptualización. Vid. PANTALEÓN PRIETO, “Sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, págs. 1019-1091; y “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 1719-1745.

5. Sobre el concepto de “culpa” del artículo 1182 y 1183, y si esta culpa coincide o no con la culpa de los artículos 1101 y 1104 del Código Civil en materia de responsabilidad por incumplimiento de la prestación, vid. BADOSA COLL, *Comentarios...* cit., sub art. 1183, págs. 257-259.

6. Respecto al requisito de ausencia de culpa, vid. SS.T.S. 30 de mayo de 1994 (Ar. 3763), 29 de octubre de 1996 (Ar. 7484), 25 de marzo de 1993 (Ar. 2232) y 20 de mayo de 1991 (Ar. 9817).

7. S.T.S. 29 de octubre de 1996, Ar. 7484; Ponente D. Francisco Morales Morales.

8. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Las Relaciones Obligatorias, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 651.

éstos se encuentran directamente relacionados con el contenido de la prestación (por ejemplo, enfermedad que impide actuar a la soprano).

4.- IMPOSIBILIDAD PARCIAL E IMPOSIBILIDAD TRANSITORIA.

Respecto de la imposibilidad parcial de ejecución de la prestación, no hay en nuestro Código Civil ningún precepto que de modo específico regule la cuestión (a diferencia de otros códigos civiles extranjeros, como el art. 792 del Código Civil portugués o el art. 1248 del italiano) pero un sector de la doctrina considera que procedería en este supuesto de imposibilidad que afecta a parte de la prestación debida, la extinción parcial de la obligación misma⁹. En cambio otro sector de la doctrina señala que la solución dependerá de cada caso concreto. En particular, y si las partes no han previsto nada en el contrato, si la obligación tenía causa gratuita, la imposibilidad parcial debe dar lugar a la extinción parcial; en cambio, si la obligación tenía causa onerosa, se producirá extinción parcial o total dependiendo del acreedor¹⁰.

Otro supuesto que merece una atención particular es el de imposibilidad transitoria de la prestación. En este caso en que la imposibilidad de la prestación no es definitiva sino transitoria o provisional, parece que no procede, lógicamente, la extinción de la obligación. Si, además, la causa de la imposibilidad no es imputable al deudor, aunque no haya cumplimiento puntual, no habría tampoco lugar a la constitución en mora del mismo, de modo que será el acreedor quien deba soportar los eventuales perjuicios del retraso.

Pero si al no cumplir en el momento acordado, el cumplimiento tardío no satisface ya el interés del acreedor, entonces sí habrá imposibilidad “definitiva” y extinción de la obligación (como si, por ejemplo, la soprano pierde momentáneamente la voz, y sólo se recupera de esa afonía una vez transcurrida la fecha o el momento de la gala contratada).

Por otro lado, parte de la doctrina señala que la imposibilidad transitoria no extingue la obligación (al no ser una imposibilidad definitiva) pero que, al menos,

9. ABRIL CAMPOY, *Curso de Derecho Civil*, Tomo II, Marcial Pons, 2000, p. 405; DELGADO, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, volumen 1º, Dykinson, Madrid, 2000, p. 189.

10. ALBALADEJO, *Derecho Civil, II (Derecho de Obligaciones)*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 299. Este insigne civilista señala que la imposibilidad parcial puede ser por afectar a una parte de la prestación, siendo el resto posible; o bien porque toda la prestación sufra un menoscabo, de modo que puede decirse que parcialmente se ha destruido la cosa.

en las obligaciones recíprocas, si permitiría al acreedor instar la resolución de la obligación (ex artículo 1124) cuando se duda si será posible o no la realización de la prestación, y esta espera o incertidumbre impide al acreedor satisfacer su interés por otra vía, por ejemplo, acudiendo a otro deudor que esté en condiciones de realizar una prestación semejante¹¹. En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado, en ocasiones, que la imposibilidad no ha de ser, necesariamente, definitiva para que proceda la extinción, como en la S.T.S. de 23 de febrero de 1994, que recoge un supuesto de denegación de licencia que impide al contratista realizar su prestación: el Tribunal Supremo optó por la extinción por imposibilidad para no obligar al deudor a un retraso indefinido en el cumplimiento¹².

Especial relevancia adquirió la imposibilidad provisional de cumplimiento de la prestación respecto de contratos y obligaciones afectados por la escasez de provisiones y problemas de infraestructuras derivados de la Guerra Civil española y la II Guerra Mundial, que llevó a nuestro Tribunal Supremo a flexibilizar los requisitos de esta causa de extinción, bien considerando específicas y no genéricas ciertas prestaciones (cierta partida de aceite, en S.T.S. de 2 de julio de 1948, Ar. 1116) y así poder apreciar la extinción; o bien, considerando el supuesto como una imposibilidad transitoria que, sin merecer la extinción de la obligación sí provoca, al menos, la suspensión de la misma¹³.

11. ALBALADEJO, ob. cit., p. 300. Vid. también JORDANO FRAGA, "Imposibilidad temporal liberatoria de la obligación en un contrato sinalagmático (Comentario a la S.T.S. de 13 de marzo de 1987)", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 13, 1987, págs. 4423-4436.

12. Ar. 683/1995, Ponente D. Teófilo Ortega Torres, en la que, además, se afirma que "un cierto grado de previsibilidad de que podían sobrevenir circunstancias que hicieran imposible la prestación, no debe excluir la operatividad de lo dispuesto en el art. 1184, sino que lo esencial es que realmente se produzca la imposibilidad objetivamente sin culpa del deudor".

13. En la S.T.S. de 9 de enero de 1951 (Ar. 581, Ponente D. Felipe Gil Casares) en un asunto sobre reclamación de aceite, entendió el Tribunal Supremo que renacida tras el final de la guerra la posibilidad de cumplir, había que considerar subsistente la obligación pues todavía persistía el interés del acreedor en la prestación; asimismo, en la S.T.S. de 13 de junio de 1944 (*Jurisprudencia Civil*, 1944, Tomo 7, núm. 18, Ponente D. Celestino Valledor) se afirma que "la fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en las obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce en principio efecto extintivo por imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento en atención a que el género no perece, pero produce corrientemente imposibilidad pasajera con efectos meramente suspensivos en aquellos casos en que la fecha de la entrega es requisito accidental constitutivo de simple demora amparada con efectos liberatorios por la fuerza mayor". ALBALADEJO (ob. cit., p. 300) señala numerosos casos resueltos por el Tribunal Supremo, como en las sentencias de 13 junio 1944, 5 julio 1946, 25 noviembre 1946, 24 septiembre 1953, 10 diciembre 1963, y especialmente la de 16 de mayo de 1941.

5.- IMPOSIBILIDAD VERSUS EXTRAORDINARIA DIFICULTAD DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN.

La doctrina también ha distinguido, como lo ha hecho el Tribunal Supremo, entre imposibilidad de cumplimiento de la prestación y extraordinaria dificultad de la misma, en el sentido de que sólo la primera es causa de la extinción de la obligación (cuando, además, se cumplen los otros requisitos señalados).

La extraordinaria dificultad de realización de la prestación se da en supuestos de modificación o alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato que rompen el equilibrio contractual tal y como había sido acordado por las partes, en los contratos con cumplimiento diferido o en los de tracto sucesivo, y suponen la excesiva onerosidad de una de las prestaciones. Esta alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato provoca un desequilibrio en la economía del contrato al que se ha tratado de responder con diferentes remedios en cada ordenamiento, primero en la jurisprudencia y luego recogidos en algunos de los códigos civiles extranjeros¹⁴.

La posibilidad de revisión del contrato debida a la modificación por circunstancias sobrevenidas, constituye un supuesto excepcional de modificación de la obligación, contrario al principio de *pacta sunt servanda*. Se trata de un remedio de construcción jurisprudencial, (en verdad, una cláusula elaborada por la doctrina, admitida por la jurisprudencia) que exige una aplicación prudente y ajustada a unos requisitos que el propio Tribunal Supremo ha ido perfilando: así podríamos resumir la doctrina: “La cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida. Sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea admitida por los tribunales. Se trata de una cláusula peligrosa por lo que, en su caso, se debe admitir con cautela. Su admisión requeriría como premisas fundamentales: a) que se produzca una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción

14. En efecto, la doctrina apunta que se conocen varios remedios en Derecho comparado para reconducir esta situación, así desde la teoría de la imprevisión en Francia, o la teoría de la base del negocio en Alemania, a la excesiva onerosidad de la prestación en Italia. Se trata de remedios con distinto fundamento; en unos se trata de un fundamento subjetivo, basado en la presunta voluntad de las partes; en otros, se trata de remedios que tienen un fundamento objetivo, tendentes a remediar el resultado producido que se considera contrario a la buena fe. Este, a juicio de ORDUÑA MORENO, debe ser su apoyo en nuestro ordenamiento, sobre la base del artículo 1258 de nuestro Código Civil (en ORDUÑA MORENO y otros, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 318).

exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles”. En cuanto a los efectos, se añade, “hasta el presente se le ha negado efectos rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato, otorgándole solamente efectos modificativos del mismo, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones”¹⁵.

De modo que esta dificultad extraordinaria, fruto de alteraciones sobrevenidas posteriores a la celebración del contrato o a la constitución de la obligación, en la medida en que no suponen una imposibilidad de realización de la prestación misma no determinan la extinción de la obligación pero sí permiten una revisión de la relación jurídica. A juicio de la doctrina, sólo cuando no sea posible su modificación o revisión judicial “para reducir la obligación a su originaria onerosidad, procederá, entonces, la extinción”¹⁶.

Los argumentos alegados en apoyo de la aplicación de esta medida, son de diversa índole; en primer lugar, se fundaría en el principio de buena fe consagrado en los artículos 7 y 1258 del Código Civil, “que debe presidir aquello a [lo] que el deudor queda obligado así como lo que el acreedor puede exigir”; por otro lado, aunque el Código Civil habla sólo de imposibilidad, eso no significa que se quisiera excluir otros remedios ante la dificultad extraordinaria; y, por último, se apoya en la jurisprudencia que ha venido sosteniendo la revisión de los contratos por alteración de las circunstancias básicas, como consecuencia de la aplicación del mismo principio, y extensible aunque no se trate de obligaciones recíprocas¹⁷.

6.- IMPOSIBILIDAD DEBIDA A TERCERO: EL ARTÍCULO 1186 DEL CÓDIGO CIVIL¹⁸.

Cuando la imposibilidad de la prestación se deba a la intervención de un tercero

15. S.T.S. de 16 de octubre de 1989, Ar. 6927, ponente D. Pedro González Poveda, a partir de un contrato de préstamo.

16. ALBALADEJO, ob cit., p. 302. Vid. MOLINER NAVARRO, ob cit., p. 515.

17. ALBALADEJO, ob cit., p. 302.

18. Es fundamental para la comprensión de este precepto y, en general, de toda la institución de la imposibilidad sobrevenida de la prestación el trabajo del Profesor ROCA JUAN, “Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del Código Civil)”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor De Castro*, Tomo II, Madrid, 1976, págs. 521-548. Vid. también CRISTOBAL MONTES, “El *commodum representationis* del art. 1186 del Código Civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, págs. 601-613.

sin culpa del deudor (esto es, la diligencia que cabía pedir al deudor no comportaba la exigencia por su parte de haber previsto y evitado que tal eventual intervención del tercero produjera la pérdida o destrucción de la cosa debida), el artículo 1186 prevé un mecanismo de protección del acreedor en virtud del cual esta imposibilidad determina la extinción de la obligación, pero, extinguida ésta, corresponderán al acreedor las acciones que el deudor tuviera contra el tercero causante de la pérdida o destrucción (o, en general, de la imposibilidad).

El remedio parece sencillo, pero la doctrina polemiza en torno al fundamento y al instrumento o medio jurídico que lo materializa: un sector entiende que, una vez extinguida la obligación, se produce una subrogación legal y automática del acreedor en la posición jurídica que el deudor tenía frente al tercero; o bien que estamos en presencia de un supuesto de legitimación extraordinaria operada por ministerio de la ley, para paliar el perjuicio que el acreedor recibe por la extinción de la obligación. Otro sector de la doctrina, en cambio, entienden que estamos ante un supuesto de cesión de acciones por el deudor y no una legitimación automática.

En efecto, para algunos autores el artículo 1186 del Código Civil contempla una transmisión automática de las acciones que correspondían al deudor frente al tercero que ocasiona la pérdida de la cosa o la imposibilidad de la realización de la prestación, que hace innecesaria una cesión de tales acciones por parte del deudor¹⁹. No necesita, así, el acreedor que el deudor le ceda las acciones contra el tercero. Además, se argumenta, la obligación de donde nacería tal deber ya se ha extinguido²⁰. Esta cesión por ministerio de la ley se prevé para paliar el perjuicio que el acreedor sufriría, ya que si se extingue automáticamente su derecho a exigir la prestación debida, también debe adquirir automáticamente la acción contra el tercero (de modo que, de alguna forma, se sustituye el objeto de su prestación)²¹. La justificación de la medida se encuentra en que si el acreedor debe soportar el riesgo de la pérdida o imposibilidad fortuita o debida a tercero, debe también corresponderle a él los medios para resarcirse del daño por tal pérdida sufrido; se habla entonces de cesión del *commodum representationis*.²²

19. ABRIL CAMPOY, ob. cit., p. 403.

20. DE PABLO CONTRERAS, (y otros), *Curso de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Colex, Madrid, 2000, p. 195. Además el autor señala que sólo le corresponden las acciones por responsabilidad contractual o extracontractual, pero no las acciones de restitución, para limitar el ámbito de aplicación del precepto y darle así más coherencia. Porque, a nuestro juicio, estos autores explican lo dispuesto por el artículo 1186 pero sin cuestionarse la lógica del mecanismo y sobre todo su correspondencia y coherencia con el sistema general de incumplimiento.

21. ALBALADEJO, ob. cit., p. 303; MOLINER NAVARRO, ob. cit., p. 527.

La legitimación del acreedor para dirigirse contra el tercero causante de la pérdida de la cosa debida sería el justo desenlace de la consecuencia prevista inicialmente: extinción de la obligación. Extinción, señala el precepto, a pesar de que el deudor todavía disponía de acciones para intentar obtener la cosa misma (acción de restitución contra quien la sustrajo o contra quien debiendo entregarla no cumple su obligación), o acción para exigir una cantidad equivalente a su valor (como indemnización ya sea extracontractual, contra quien la destruye o menoscabe, o contractual, contra quien –a su vez, deudor suyo- la debió entregar, más otros supuestos como, en su caso, contra la compañía aseguradora para exigir la correspondiente indemnización, o para reclamar el justiprecio en caso de expropiación).

Ello ha permitido considerar que más bien parece que nos encontramos ante un supuesto de subrogación real en el objeto de la prestación que puede exigir el acreedor, ya no la cosa determinada que se debía entregar, sino la acción contra el tercero (para obtener la cosa misma o su valor). Pero que para comodidad del acreedor, el Código Civil en el artículo 1186 establece un mecanismo que le evita tener que dirigirse contra el deudor pues directamente le corresponden a él esas acciones. Y esto se produce extinguiendo la obligación original.

Para verificar esta impresión inicial, analicemos con más detenimiento el precepto, y distingamos varios supuestos. En efecto, en ocasiones el deudor, a pesar de no poder entregar la cosa determinada, objeto de la prestación inicial, sí que tiene acciones contra el tercero causante de dicha imposibilidad, bien porque la pérdida de la cosa se debe a sustracción (nacería una acción de restitución), o por destrucción (nacería una acción de indemnización extracontractual), o bien porque a su vez el tercero se había comprometido a su entrega o transmisión al deudor (en cuyo caso nace una acción contractual de cumplimiento forzoso o de indemnización por incumplimiento).

Por consiguiente, esta aparente imposibilidad de entregar la cosa debida porque el deudor no dispone de la cosa determinada que se había comprometido a entregar al acreedor, no parece que deba sin más ocasionar la extinción de la obligación, sino

22. DIEZ-PICAZO, ob. cit., p. 657. Este autor, respecto al modo de operar el precepto, señala que “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 artículo 1186 un caso de subrogación legal. Sin embargo, pese a todas las dificultades teóricas que puedan surgir, parece preferible la tesis de la cesión legal” (ibidem. p. 658).

que nos encontramos en el funcionamiento de la obligación por incumplimiento, debiendo el deudor entregar en cumplimiento de la obligación, si no ya la cosa determinada, prestación que ha devenido imposible, sí la suma obtenida, por ejemplo, como justiprecio de la expropiación, o como indemnización si la cosa destruida o perdida estaba asegurada, o la cantidad que haya recibido como indemnización extracontractual del tercero que ocasionó su pérdida. En este contexto es donde se comprendería la postura de quienes sostienen que el deudor, a pesar de no poder entregar la cosa determinada, sí debe, porque sigue comprometido, entregar su “sustituto”, ya sea la suma recibida (cualquiera que sea el concepto) o bien la acción para reclamar la propia entrega de la cosa o la suma equivalente. En este orden de ideas, un sector de la doctrina estima, en contra de la doctrina dominante, que sí hace falta cesión de las acciones que sean por parte del deudor, que estaría obligado a ello, o a pagar la cantidad ya recibida si previamente había ejercido tales acciones²³.

En este sentido, parece que el remedio del artículo 1186 simplificaría trámites pues directamente, y en virtud de una cesión legal o subrogación *ope legis*, el acreedor queda legitimado para reclamar del tercero la entrega o restitución de la cosa, o la suma que corresponda sin necesidad de previa entrega o cesión de acciones por parte del deudor.

Pero el precepto señala que el remedio (corresponderán al acreedor las acciones que el deudor tuviera contra el tercero causante de la imposibilidad) procede porque queda extinguida la obligación; es decir, como si la imposibilidad “inmediata” (o momentánea) determina ya, directamente, la extinción de la obligación y transmisión legal de las acciones al acreedor contra el tercero (sean acciones contractuales o extracontractuales). Desde luego, un remedio sencillo y operativo, pero que ciertamente altera el funcionamiento normal de las obligaciones en caso de incumplimiento de la prestación debida²⁴. Veamos cuál ha sido la solución legislativa consagrada en el ordenamiento jurídico portugués y en el italiano para esta cuestión, para después pronunciarnos con más criterio.

23. DELGADO, ob. cit., pág. 191. Para este autor, la dicción del precepto obedece al sistema italiano y francés (origen del precepto) de transmisión de la propiedad por el mero contrato. Son acciones que, entonces, ya no corresponden al deudor, sino al acreedor que desde la celebración del contrato se ha convertido en propietario de la cosa que el deudor debía entregar y que después se perdió o destruyó por la acción de un tercero.

24. Por eso, habrá que distinguir si la entrega de la cosa debida que ahora se hace imposible por pérdida o sustracción o destrucción de la misma, nació de un contrato para la transmisión de la propiedad de la cosa que se debía entregar, o para la cesión de su uso o para otra finalidad.

II. LA REGULACIÓN DE LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS.

7.- INTRODUCCIÓN.

El Código Civil portugués, aprobado por Decreto-Ley nº 47344 de 25 de noviembre de 1966, bajo la apariencia formal de haber acogido la sistemática propia del BGB, ha incorporado, de hecho, en la regulación de muchas de sus instituciones jurídicas, la reglamentación contenida en el *codice civile* de 1942 (aprobado por Real Decreto de 16 de marzo), enriquecida con la aportación de la valiosa doctrina italiana posterior al código²⁵. La doctrina civilista portuguesa ha sabido extraer de la mejor doctrina extranjera (se puede comprobar con facilidad las cuantiosas citas en sus trabajos científicos de autores alemanes, italianos, franceses y españoles) valiosas aportaciones que han contribuido a la formación y elaboración de su actual regulación legal y a su posterior exégesis²⁶.

La regulación de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación se halla ubicada dentro del Capítulo VII (titulado “Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”), del Título I (“De las Obligaciones en general”) del Libro II del código civil portugués. Se trata de la subsección 1ª bajo la rúbrica de “*Impossibilidade do cumprimento e mora nao imputáveis ao devedor*” que comprende los artículos 790 a 797, con las siguientes rúbricas: art. 790:

Imposibilidad objetiva; art. 791: imposibilidad subjetiva; art. 792: imposibilidad temporal; art. 793: imposibilidad parcial; art. 794: “*commodum*” de representación; art. 795: contratos bilaterales; art. 796: riesgo; art. 797: promesa de envío²⁷.

25. También anterior: constituye un hito dentro de la doctrina italiana sobre imposibilidad sobrevinida el trabajo de OSTI, “Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione”, en *Rivista de Diritto Civile*, 1918. Vid. también COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano, 1955; además de los diversos comentarios sistemáticos del Código Civil italiano. Sobre imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor, vid. RITA ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Cedam, Padova, 2000.

26. Tenemos la sensación de que esta importante obra legislativa, que une con acierto modernidad y experiencia a través de la tradición jurídica de esos dos países (Alemania e Italia), no es suficientemente conocida en el extranjero, incluso en España (tantas veces tan distante a pesar de la proximidad geográfica). No suelen aparecer en nuestros trabajos de investigación cita de la regulación portuguesa y, mucho menos, de sus autores. Acaso estemos cometiendo con ellos la misma injusticia que sucede con nuestra doctrina española en países vecinos (Francia, Italia, Alemania).

Examinemos, brevemente, esta regulación porque aporta un modelo de reglamentación ordenada y completa de una institución (la imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida) y ofrece soluciones a cuestiones controvertidas que la doctrina española ha debido ir construyendo salvando la ausencia de regulación específica en nuestro Código Civil. En este sentido, nos ha parecido especialmente oportuno, examinar por un lado la cuestión relativa a la calificación de la imposibilidad (objetiva, subjetiva, temporal y parcial) y los diferentes efectos que tal calificación comporta; por otro lado el tema de la imposibilidad de una de las prestaciones en los contratos bilaterales; y, por último, la controvertida cuestión de la imposibilidad debida a la intervención de tercero.

8.- CALIFICACIÓN DE LA IMPOSIBILIDAD: SUS DIFERENTES EFECTOS.

Los primeros artículos de la regulación dedicada en el Código Civil portugués a la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, se centra en su diferente calificación y consiguiente régimen de efectos. Así el artículo 790, bajo la rúbrica de *Impossibilidade objectiva*, apunta el primer carácter que debe reunir la imposibilidad de cumplimiento de la prestación para que pueda determinar la extinción de la obligación; aunque realmente lo que hace el artículo es enunciar la regla de que la obligación se extingue cuando la prestación se hace imposible por causa no imputable al deudor.

En su segundo apartado, contempla como causa de extinción y no como causa de invalidez del negocio, la imposibilidad sobrevenida en las obligaciones bajo condición o a término, acontecida después de constituida la obligación pero antes de la verificación de la condición o del vencimiento del término (deslindando, así, los ámbitos de la imposibilidad originaria, que determina la invalidez inicial del contrato, y la sobrevenida, que es la que comporta la extinción de la obligación, inicialmente válida²⁸).

27. Un análisis fundado y detallado de esta regulación, en VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente, desaparecimento do interesse do credor, casos de nao cumprimento da obrigação*, Lisboa, 1955; BAPTISTA MACHADO, *Risco contratual e mora do credor (risco da perda do valorútilidade ou do rendimento da prestação*, Coimbra, 1988; VAZ SERRA, "Impossibilidade superveniente por causa nao-imputavel ao devedor e desaparecimento do interesse do credor", en *Boletín do Ministerio da Justícia*, nº 46.; y DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 65- 90.

28 La regla general contenida en este precepto se corresponde, casi literalmente, con la regla general enunciada en el artículo 1256 (comma 1º) del codice italiano; sólo que el codice no precisa, a continuación, la situación respecto de las obligaciones bajo condición o a término.

El segundo artículo, bajo la rúbrica de *Impossibilidade subjectiva* señala que aunque como regla general hace falta una imposibilidad objetiva para que el deudor quede liberado de la obligación, también se extingue la misma cuando la imposibilidad se refiere a la persona del deudor (imposibilidad subjetiva) siempre y cuando la prestación sea personalísima, es decir, en los casos en que el deudor no se puede sustituir por un tercero.

Más interés tiene la regulación sobre la imposibilidad temporal o transitoria contenida en el artículo 792, bajo la rúbrica de *Impossibilidade temporária*. Se trata de una imposibilidad de cumplimiento de la prestación que, debido a su carácter temporal o transitorio, no comporta la extinción de la obligación pero que, en la medida en que la no realización de la prestación debida se debe a causa no imputable al deudor, tampoco debe comportar que el deudor pueda quedar incurrido en mora. Esta imposibilidad temporal comportará la extinción de la obligación sólo en los supuestos en que la prestación que no se ha podido realizar en su momento ya no interesare al acreedor. Dicha extinción procederá por los trámites de la resolución del contrato²⁹.

Lo dispuesto en este precepto se corresponde con el párrafo 2º del artículo 1256 del *codice civile* italiano, que también señala que no será responsable el deudor del retraso en el cumplimiento cuando éste se deba a una imposibilidad temporal no imputable al mismo. A continuación (en correspondencia con el 792.2 portugués) se precisa que esa imposibilidad temporal comportará la extinción de la obligación cuando la prestación deja de satisfacer el interés del acreedor o cuando el deudor no se puede considerar que sigue obligado (el código portugués sólo recoge la primera de estas circunstancias donde la imposibilidad, aunque no se pueda considerar definitiva, sí determina la extinción de la obligación)³⁰.

Por último, el artículo 793, intitulado *Impossibilidade parcial* establece una regla (lógica) en virtud de la cual el deudor sigue obligado al cumplimiento de la parte de la prestación que sigue siendo posible, y queda exonerado de la parte de

29 DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2001, págs. 1001-1006.

30 Con todo, nos parece más correcta la ubicación del precepto en el código portugués, en cuya ordenación se han individualizado cuatro preceptos para tratar, correlativamente, de la imposibilidad objetiva (art. 790: contiene la regla general), la subjetiva (art. 791), la temporal (art. 792: no habrá mora, ni tampoco extinción salvo especiales circunstancias) y la imposibilidad parcial (art. 793: determina sólo la extinción parcial de la obligación).

imposible realización. Eso sí, esa imposibilidad parcial comporta, en caso de obligación bilateral, la correspondiente reducción proporcional de la contraprestación a la que está obligada la otra parte de la obligación.

Se corresponde con el artículo 1258 del *codice* italiano que establece, como no podía ser de otra forma, que la imposibilidad que afecta a parte de la prestación debida determinará, no la extinción total, sino la extinción parcial de la obligación, porque el deudor resultará liberado de la obligación cumpliendo la parte de la prestación que aún resulta posible. El *codice* ha introducido en el segundo párrafo una norma que aclara (acaso innecesariamente) que lo dispuesto anteriormente (liberación del deudor cumpliendo sólo la parte de la prestación que sigue siendo posible) se aplica cuando debiéndose una cosa determinada, ésta ha sufrido un menoscabo o deterioro. El código portugués, en cambio, ha prescindido de esta precisión (a nuestro juicio con acierto) y ha preferido establecer que, en caso de que esa parte de la prestación ya no satisficiera el interés del acreedor, podría éste optar no por el cumplimiento “parcial”, sino por la resolución del negocio³¹.

Finalmente, y fuera ya de la diferente calificación de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación, pero ofreciendo también interés para una completa ordenación de la institución, el artículo 795 del Código Civil portugués, bajo el epígrafe de *Contratos bilaterais* señala que en los supuestos de contratos u obligaciones bilaterales, la imposibilidad de una de las prestaciones comporta que quien era acreedor de esta prestación, ahora imposible, queda “desobligado” al cumplimiento de la contraprestación. En el caso de que el acreedor de la prestación ahora imposible ya hubiera cumplido la prestación que a él le incumbía, tendrá derecho a poder exigir su restitución siguiendo el régimen de la restitución por enriquecimiento sin causa. Esta será la consecuencia siempre y cuando, la imposibilidad de la primera prestación no se debiera a causa imputable a su acreedor, pues, en este caso, no quedaría este acreedor exonerado del cumplimiento de la contraprestación que a él le incumbe.

9.- IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN POR HECHO DE TERCERO: EL COMMODUM REPRESENTATIONIS.

Particular interés puede presentar para nuestro ordenamiento, lo dispuesto en el artículo 794 del Código Civil luso, que bajo la rúbrica de “*Commodum*” de

31 Vdi. BAPTISTA MACHADO, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, Coimbra, 1979, p. 7.

representação regula una cuestión espinosa, que ha suscitado (como hemos visto anteriormente) un interesante debate doctrinal en nuestro país acerca del mecanismo jurídico que articula los efectos previstos en el art. 1186 del Código Civil español cuando la imposibilidad de cumplimiento de la prestación se debe a la intervención de un tercero ajeno a la organización del deudor.

En efecto, se recoge en este artículo 794 que cuando la imposibilidad de la prestación se debe a un hecho que determina la sustitución en el objeto de la prestación de la cosa pérdida o periclitada por otra cierta, o por un derecho contra un tercero, el acreedor podrá exigir la entrega de la cosa sustituta, o bien subrogarse en la posición del deudor en la titularidad de ese derecho adquirido contra el tercero por razón del hecho que determinó la imposibilidad.

A su vez esta norma se corresponde con el artículo 1259 del *codice* italiano (último de la sección³²) que dispone, sin utilizar los términos clásicos (como hace el código portugués), bajo el epígrafe de “*Subingresso del creditore nei diritti del debitore*”, que el acreedor se subroga en los derechos que correspondan al deudor en relación con el sujeto que haya determinado la imposibilidad de la prestación, y puede exigir al deudor la entrega de todo cuanto el propio deudor hubiera ya obtenido a título de resarcimiento, como consecuencia de la pérdida o destrucción de la cosa debida. El *codice* circunscribe el precepto al supuesto de que el objeto de la prestación fuera la entrega de cosa determinada, restricción que no fue recogida por el código portugués.

No se trata, en realidad, de una elección para el acreedor entre mecanismos u opciones alternativos o incompatibles (por un lado, exigir lo obtenido por el deudor frente al tercero causante de la pérdida o destrucción de la cosa objeto de la prestación debida; por otro lado, ejercer las acciones contra el tercero responsable para exigir la indemnización que corresponda), sino que la opción dependerá del momento en que el acreedor reclame al deudor: si cuando reclama el deudor ya ha obtenido del tercero, voluntaria o forzosamente, una indemnización o una sustitución, procede la primera medida; si cuando el acreedor reclama al deudor, el tercero aún no ha cumplido o indemnizado al deudor, corresponderá al acreedor, previa subrogación legal en la posición del deudor, ejercer esas acciones contra el

32. Artículo 1259. “Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata é divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto abbia conseguito a titolo di risarcimento”.

tercero (acciones que serán de naturaleza contractual o extracontractual dependiendo del caso concreto).

10.- CONCLUSIÓN.

Lo que el examen de la regulación contenida en los artículos 794 del Código Civil portugués, y 1259 del Código Civil italiano demuestra es que este régimen que permite la subrogación del acreedor en la posición del deudor para ejercer las acciones contra el tercero causante de la imposibilidad no necesitan la previa extinción de la obligación. Al contrario, es la propia obligación el contexto que justifica la subrogación del acreedor, la que aporta título para que éste pueda ejercer derechos o acciones de su deudor necesarios para realizar su interés, y la propia subrogación (cuando el deudor no ha obtenido del tercero la indemnización o contraprestación pertinentes) es la forma natural de completa realización de la obligación misma.

Respecto de la regulación de la imposibilidad en el Código Civil español, en nuestra opinión, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida, por intervención de tercero, no debe significar, sin más, la liberación del deudor: éste sigue obligado con el acreedor, y aunque ya no puede entregar la cosa específica debida, sí puede entregar al acreedor lo que hubiera recibido del tercero en sustitución de la prestación originaria o como compensación de la pérdida de la cosa debida. De modo que donde el artículo 1186 dice “extinguida la obligación por la pérdida de la cosa”, debería decir, con más propiedad que “siendo imposible el cumplimiento de la prestación originaria debido a la intervención de tercero”, “corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de ésta”. Siendo la obligación el marco que explica y justifica esta medida legal de que el acreedor pueda dirigirse contra el tercero sin estar obligado con él (si era deudor de su deudor) o no ser titular del derecho o de la cosa destruida o perdida por él.

En nuestro ordenamiento, como bien sabemos y a diferencia del Derecho francés o italiano³³, el acreedor no se convierte en propietario de la cosa objeto del contrato de transmisión por el mero contrato, de modo que destruida la cosa por un tercero después de concluido el contrato pero antes de su entrega, le corresponde al acreedor (como propietario de la cosa) las acciones contra el tercero responsable de la pérdida o destrucción; sino que el deudor, en nuestro Derecho, sigue siendo en

33. Como advirtió bien DELGADO, ob cit., p. 191.

tal caso de destrucción de la cosa antes de la entrega, el propietario de la misma y, por tanto, titular de las acciones contra el tercero³⁴.

34. Este trabajo ha sido realizado en el seno de Proyecto de Investigación del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Murcia BJU2000-0275, concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, con el título de “Responsabilidad Civil Contractual”.