

Otros efectos de la pérdida fortuita

M.^a LUISA MORENO-TORRES HERRERA
Profesora Titular de Derecho civil

SUMARIO: I.— Introducción. II.— Obligaciones condicionales: arts. 1122 y 1123. III.— Obligaciones alternativas; art. 1136. IV.— Obligaciones restitutorias nacidas de la declaración de nulidad: arts. 1307 y 1314. V.— Contrato de compraventa: art. 1452. VI.— Contrato de arrendamiento: art. 1568. VII.— Contrato de obra: arts. 1589 y 1590. VIII.— Contrato de sociedad: art. 1687 y 1701. IX.— Otros preceptos sobre la pérdida fortuita. X.— Conclusiones.

I. INTRODUCCION

En el Código civil español la pérdida de la cosa debida es una causa de extinción de las obligaciones, mencionada en el art. 1156 y regulada en los arts. 1182 a 1186. El art. 1182 declara extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora. Establece, respecto de las obligaciones de dar, en qué casos la imposibilidad sobrevenida es liberatoria para el deudor, pero nada más. Consagra uno de los efectos —el más característico y general— de la pérdida fortuita, pero no se refiere a todos (1). Encontramos, sin embargo, dentro del Libro IV del Código, un buen número de normas referido a la pérdida de la cosa debida, que es de suponer *a priori* que o introducen excepciones a la regla general, o resultan necesarias, dada

(1) La norma no aborda, por ejemplo, de qué forma incide la extinción de la obligación sobre la obligación correlativa en el caso de tratarse de una obligación recíproca.

la peculiaridad del supuesto a que se refieren, por ser dudosa su inclusión dentro de la misma, o, sencillamente, prevén consecuencias distintas.

Son esas otras normas las que van a ser analizadas aquí, en un intento de no circunscribir la problemática de la pérdida de la cosa debida a los escasos artículos que nuestro Código Civil engloba bajo esa rúbrica, que, indudablemente, no agotan el tema. No me voy a ocupar del art. 1182 y concordantes del Código (2), aunque las referencias al mismo serán constantes, y no sólo porque nuestra doctrina les haya dedicado una importante atención, sino, fundamentalmente, porque sólo rompiendo la frontera que representa el Capítulo IV del Título I del Libro dedicado a las Obligaciones y Contratos, es posible comprobar la diversidad de consecuencias que de la pérdida de la cosa debida se derivan e intentar llegar a unas conclusiones generales sobre las mismas.

Hay que advertir que aunque únicamente interesa la pérdida fortuita, no todas las normas especifican a qué tipo de pérdida se refieren, aspecto que sólo puede averiguarse mediante su interpretación. Por otra parte, aunque en la mayoría de los casos se utiliza el término «pérdida» no siempre es así; por ejemplo, el art. 1452 habla de «*daño o provecho de la cosa vendida*». Finalmente, sólo en el art. 1122 se parte de una nítida distinción entre pérdida total y pérdida parcial o deterioro. Los restantes casos —salvo el 1452— parecen todos pensados para la pérdida total. Mucho más dudoso resulta pronunciarse acerca de si el legislador tenía en mente, además de la pérdida material o física, la pérdida jurídica (3).

II. OBLIGACIONES CONDICIONALES: ARTICULOS 1122 Y 1123

El art. 1122, sobre obligaciones sometidas a condición suspensiva, regula los efectos de la pérdida o deterioro (y también de la mejora) de la cosa debida durante la pendencia de la condición. La regla 1.^a del art. 1122 («*Si la cosa se perdió sin culpa del deudor quedará extinguida la obligación*») es, sin duda alguna, paralela a la del 1182. Una y otra están pensadas para obligaciones unilaterales y establecen el mismo efecto: la extinción de la obligación devenida imposible sin culpa del deudor. El hecho de ser una reiteración de la regla general en materia de imposibilidad sobrevenida no debe de inducirnos a buscarle otro significado. Mediante este artículo se ofrece una regulación exhaustiva

(2) Ni, por la misma razón, del art. 1147 que reproduce la norma para las obligaciones solidarias.

(3) Téngase en cuenta que si bien la figura de la pérdida jurídica no es extraña para nuestro Código, el art. 1184, que es el que la recoge, versa sobre obligaciones de hacer, no de dar.

y unitaria de los efectos de la pérdida o deterioro, tanto fortuitos como imputables al deudor, sin que sea por ello de extrañar que el legislador anticipe, al tratar de las obligaciones condicionales, la solución que luego consagra en el art. 1182 con carácter general.

La disposición, por lo tanto, no resuelve, como muy bien dice DIEZ -PICAZO (4), el destino de la contraprestación. Otros autores (5) entienden, por el contrario, que lo que se quiere decir es que con la pérdida de la cosa debida se extingue no sólo la obligación condicional, sino también la correspondiente a la contraparte. Pero no hay argumento alguno en que basar tal interpretación; es más, si unánimemente se opina que el art. 1182 cuando dice «*quedará extinguida la obligación*» no prejuzga la suerte de la contraprestación, ¿qué razón hay para entender que sí lo hace la regla 1.^a del 1122, que utiliza exactamente la misma expresión?

Una vez aclarado que el art. 1122, 1.^a se limita a proclamar la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida cuando no hay culpa del deudor, ¿cómo resolver la cuestión de si subsiste o no la correlativa?. Es opinión prácticamente unánime (6) en la doctrina actual (7) que el riesgo de la pérdida en la fase de pendencia de la condición lo sufre el deudor, quien no puede exigir la contraprestación pactada pese a cumplirse la condición. Los argumentos esgrimidos, brevemente expuestos, son los siguientes: 1.^o La idea según la cual la obligación devenida imposible no ha llegado a nacer por falta de objeto y la correlativa por falta de causa. 2.^o El tenor literal del precepto («*quedará extinguida la obligación*»), lo que parece indicar que concluye toda la relación obligatoria. 3.^o La regla 3.^a del mismo artículo, que atribuye el riesgo al acreedor, y debe entenderse que expresa una solución distinta a la de la regla primera, pues si no sería una inútil repetición.

(4) «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», vol. 2, 4.^a edición, Madrid 1993, p. 365.

(5) SANTOS BRIZ: Comentario del Código Civil. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, Tomo II, p. 159 y MONTES PENADES: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» dirigidos por M. Albaladejo, tomo XV, vol. 1, Madrid 1989, p. 1143.

(6) Hay que exceptuar a DÍEZ-PICAZO quien opina que «La aplicación de los principios generales de las obligaciones sinalagmáticas y la aplicación por analogía de la regla 4.^a debe llevar al reconocimiento de un derecho del acreedor de elegir entre la resolución y el cumplimiento mediante equivalente pecuniario o indemnización, en los casos de imposibilidad sobrevenida culposa y el derecho a la resolución, sin derecho de resarcimiento, cuando la imposibilidad es fortuita» («Fundamentos...», Tomo I, vol. 2.^o, p. 366).

(7) ALVAREZ VIGARAY: «La retroactividad de la condición», ADC 1964, p. 857; MONTES PENADES: «Comentarios...», tomo XV, vol. 1.^o, Madrid 1989, p. 1143; ALONSO PÉREZ: «El riesgo en el contrato de compraventa», Madrid 1972, p. 326; ALCÁNTARA SAMPELAYO: «La prestación del riesgo en la compraventa», RDP 1946, p. 506, nota 74; COSSIO: «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», RDP 1944, p. 375; SOTO NIETO: «El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación», Barcelona 1965, p. 180.

Mi opinión, por el contrario, es que la imposibilidad sobrevenida durante la pendencia de la condición suspensiva es a cargo del acreedor. Esta es la solución acorde con el principio de retroactividad expresamente consagrado por el art. 1120, que el Código no da muestra alguna de derogar en este punto, a diferencia del Código de Napoleón. El legislador francés, acogiendo las ideas de POTHIER (8) optó, en el art. 1182, por atribuir el riesgo al deudor. Pero esta solución, posteriormente adoptada por el Código italiano de 1865 (art. 1163), fue objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina (9), que quizás influyeron en la redacción del Proyecto del 51 y puedan explicar el silencio de su art. 1040 respecto de la pérdida total fortuita.

La verdad es que en esta ocasión la redacción del precedente del artículo que comentamos en el Proyecto del 51 no aclara demasiado las cosas. Sólo se observa una diferencia importante: no contiene su art. 1040 alusión expresa a los efectos de la pérdida total fortuita de la cosa debida *pendente conditione*. Tal omisión revela, puesto que se tomó como modelo el art. 1182 del Código francés, una clara voluntad de separarse de la solución recogida en éste. Téngase en cuenta que el silencio implica dejar el problema al juego de los principios generales y que conforme a éstos es el acreedor el que soporta el riesgo, puesto que el artículo se refiere sólo a obligaciones condicionales de dar. Extraña, no obstante, que si ésta era efectivamente la intención del legislador, no haga GARCIA GOYENA mención alguna a ella en su comentario, y que sin embargo, a propósito de la pérdida de la cosa sin culpa del deudor, reproduzca el texto de la ley 8, título 6, libro 18 del Digesto y el de la ley 26, título 5, Partida 5 (10), al tiempo que afirma que «la ficción (se refiere a la retroactividad) no puede tener lugar cuando no hay ya objeto sobre que recaiga: así, el vendedor no podrá reclamar del comprador en este caso el precio de la cosa».

En cuanto a los argumentos empleados por los autores para interpretar el art. 1122 en el sentido de que atribuye el riesgo al deudor, me parecen poco sólidos. En la actualidad no puede ofrecer duda lo desa-

(8) Según él «periciendo la cosa antes de que la condición se verifique, en vano después se cumplirá, ya que el cumplimiento de la condición no puede confirmar las obligaciones que no pueden existir, siendo para ello necesario el que haya una cosa u hecho que constituya su objeto» («Tratado de las Obligaciones» traducido al español, Barcelona 1839, p. 128).

(9) GIORGI: «Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno», traducción de la 7.^a edición italiana, vol. IV, Madrid 1911, p. 366; LAURENT: «Principes de Droit Civil Français», T. XVII, 2.^a édition, Bruxelles 1876, p. 114. Algunos, como DEMOLOMBE («Cours de Code Napoleon», Tome XXV, Paris 1877, p. 407 y ss) no critican la solución, sino el argumento empleado para adoptarla, arguyendo otros en favor de la misma, como la equidad y la voluntad presunta de las partes.

(10) «Condición seyendo puesta en la vendida, si la cosa se empeorase ó mejorase antes que la condición sea cumplida; el daño de aquél empeoramiento ó la pro, pertenesce al comprador. Mas si la cosa se perdiere o destruyese toda, por cual manera quier, el daño sería del vendedor maguer se cumpliese la condición después».

certado del comentario de POTHIER de que si la pérdida ocurría en la fase de pendencia de la condición, la obligación no podía nacer por falta de objeto, desacierto ya advertido por los autores de la época (11). Y es que una cosa es que la eficacia de la obligación esté subordinada al cumplimiento de la condición y otra bien distinta que sea perfecta desde su nacimiento si concurrieron en el momento del acuerdo de voluntades los requisitos necesarios, entre ellos la existencia del objeto.

No es tampoco difícil destruir el segundo de los argumentos de la opinión mayoritaria. La expresión legal «*quedará extinguida la obligación*» no tiene por qué aludir a la relación obligatoria en su conjunto. Ya DEMOLOMBE opinaba, a propósito de la misma en el párrafo 2.º del art. 1182 del Código francés, que literalmente lo único que significa es que el comprador queda liberado de su obligación de entregar la cosa, pero nada más. La exoneración del vendedor del deber de pagar el precio resulta del pfo. 1.º del mismo artículo, según el cual «*la chose demeure aux risques du débiteur*», pero no de la fórmula «*l'obligation est éteinte*» que, por sí sola, jamás implicaría esa consecuencia (12). Otro tanto cabe decir respecto de la análoga redacción del art. 1122 del Código español y 1163 del antiguo italiano (13), también alegada en favor de que el nuestro imputa el riesgo al deudor (14).

Sin duda, el argumento más poderoso de los argüidos por la doctrina mayoritaria es el sistemático. En efecto, la regla 3.ª del art. 1122, que preceptúa que «*Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor*» sugiere que la consecuencia es otra en los casos de pérdida total y no de simple deterioro, y que se mantiene el distinto régimen para uno y otro, como en los restantes códigos de la época y en nuestro Derecho histórico. Ahora bien, otra puede ser la razón de la sistemática seguida en este precepto. El hecho de tratar separadamente el supuesto de *interitus* (pérdida total) y el del menoscabo no quiere decir necesariamente que el régimen de riesgos difiera. Lo que ocurre es que la consecuencia jurídica prevista para uno y otro se sitúa en planos distintos: la de la regla 1.ª en el de la responsabilidad, exonerando al deudor no culpable, la de la regla 3.ª en el de atribución del riesgo, lo que presupone la exención de responsabilidad pero implica un paso más. Por otro lado, el art. 1122 de nuestro Código sigue fielmente la estructura de su concordante en el Código italiano de 1865, en el cual se diferencian en párrafos separados cuatro hipótesis distintas (pérdida sin culpa del deudor, pérdida culpable, deterioro sin culpa y deterioro culpable) a las que el texto español añade

(11) GIORGI: «Teoría...», vol. IV, pag. 367, nota 1.

(12) «Cours...», Tome XXV, p. 408.

(13) «*Si la cosa ha perecido enteramente sin culpa del deudor se considera la obligación como no contraída*» (Traducción de Vicente Romero y Girón, Madrid 1876).

(14) DE COSSIO: «Los riesgos...», p. 375.

(reglas 5.^a y 6.^a) las normas sobre mejoras. La mención independiente de cada uno de los supuestos tiene pleno sentido si la consecuencia jurídica varía, y aunque deja de tenerlo una vez que se unifica el régimen para algunos de ellos, se explica su mantenimiento por el legislador español por el hecho, ya mencionado, de desenvolverse sus respectivas consecuencias en esferas diversas.

Opino, en suma, que el riesgo, no sólo del deterioro, sino también de la pérdida fortuita acaecida en la fase de pendencia de la condición suspensiva es, en el régimen de nuestro Código, a cargo del acreedor. Ante el silencio legislativo se impone resolver el problema conforme a los criterios generales. Tanto si se aplican las normas sobre riesgos (referidas a obligaciones puras), como si se tienen en cuenta los principios que rigen las obligaciones condicionales, es el acreedor el que padece el riesgo. Si entendemos que el art. 1122 está exclusivamente referido a obligaciones de dar (transmisivas de propiedad), la regla que resulta aplicable es la del pfo. 1.º del art. 1452. Y al mismo resultado se llega si se atiende a los principios rectores de las obligaciones condicionales, porque es la solución acorde con el principio de retroactividad de la condición, claramente formulado por el art. 1120. Cualquier excepción al mismo tendría que estar expresamente establecida y, además, el propio Código demuestra respetarlo respecto del deterioro (regla 3.^a del art. 1122 y pfo. 2.º del art. 1123) y de las mejoras (regla 5.^a art. 1122).

Un último argumento, que resulta decisivo, se puede añadir en favor de la interpretación defendida: el pfo. 2.º del art. 1123, que sólo desde ella puede ser satisfactoriamente explicado. Dispone éste, respecto de las obligaciones sometidas a condición resolutoria que *«En caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente»*. Su significado es claro: el deudor de la cosa (es decir, el comprador adquirente) no tiene que restituirla, pese a verificarse la condición, si se ha perdido fortuitamente en sus manos. Nada se dice acerca de si el vendedor enajenante, quien no va a recuperar lo que había entregado, tiene o no que restituir el precio recibido. La respuesta, nuevamente, hay que buscarla en los principios generales, conforme a los cuales no es dudosa la respuesta afirmativa. Es la solución coherente con el principio de la eficacia retroactiva de la condición cumplida: se supone que el vendedor nunca dejó de ser propietario y la cosa se pierde para él. No es una excepción a la regla *«periculum est emptoris»* dado que desde el punto de vista jurídico en rigor aquí no hay compraventa.

Por contra, si se parte de la idea de que el art. 1122 impone el riesgo al deudor, se llega a un resultado descabellado: pese a resolverse la venta, es el «comprador» el que pierde el precio. Tan inadmisibles resulta

que muchos de nuestros autores (15) niegan que este pueda ser el significado del precepto, sugiriendo algunos otras interpretaciones.

Es indudable que hay razones para propugnar la solución contraria e imponer el riesgo al deudor. La acogida por el legislador español parece demasiado severa para el comprador y así se estimó en el Derecho francés e italiano, que derogaron en este punto el principio de la retroactividad de la condición en base, entre otros motivos, a la equidad (16). Más que una rigurosa interpretación de la norma, es también la equidad la que impulsa a la actual doctrina española a imputar el riesgo al deudor. Este parecer mayoritario sin duda merece ser tenido en cuenta de *lege ferenda*, mas creo cuanto menos razonable, en base a lo expuesto, la tesis contraria, acogida por algún autor aislado (17).

III. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS: ARTICULO 1136, 1.^a

La pérdida fortuita de la cosa debida, o, mejor, de alguna de las cosas alternativamente debidas es el supuesto de hecho de la regla primera del art. 1136. Se refiere éste a la obligación alternativa en que el derecho de elección ha sido atribuido al acreedor, y se ocupa de regular las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida (tanto fortuita como imputable al deudor) en el período previo a la concentración de la obligación alternativa y, en concreto, de qué forma incide la pérdida de todas o de algunas de las prestaciones sobre el derecho de elección del acreedor. Este no resultará afectado si la pérdida es culpable (recaerá entonces sobre el «precio»), pero quedará limitado en otro caso.

El sentido de la regla 1.^a del art. 1136 es claro: si en una obligación alternativa deviene fortuitamente imposible una de las prestaciones (18), el derecho de elección del acreedor se reduce a las restantes. Es lo mismo que resulta del art. 1134 (en cuyo texto, sin duda, queda incluida la pérdida fortuita) para el caso de ser el deudor el titular del derecho de elección. Así pues, el efecto de la imposibilidad fortuita sobre el derecho de elección es el mismo con independencia de que corresponda al acreedor o al deudor: las posibilidades de elección quedan limitadas o excluidas.

(15) ALONSO: «El riesgo...», p. 329; MONTES PENADES: «Comentarios...», p. 1154 y ss. COSSIO: «Los riesgos...», p. 376.

(16) PLANIOL Y RIPERT: «Tratado práctico de Derecho Civil Francés», traducción española de Diaz Cruz, tomo 7.º, La Habana 1945, p. 358.

(17) DE BUEN: Notas al «Curso Elemental de Derecho Civil» de Colin et Capitant, 2.^a edición española, Tomo III, Madrid 1943, p. 339; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, Kipp, Wolf, Tomo II, 2.º, 3.^a edición, Barcelona 1966, p. 62.

(18) O varias, lo importante es que al menos una continúe siendo posible.

En la sección dedicada a las obligaciones alternativas no hay ninguna previsión expresa respecto de la hipótesis de pérdida fortuita de todas las prestaciones antes de la concentración. La razón de ello es que rigen plenamente las normas generales, según resulta a contrario del art. 1135. Declara éste responsable al deudor del resarcimiento del daño si la pérdida de la cosa le es imputable. Ninguna especialidad ofrece en este aspecto la obligación alternativa, siendo la razón de la norma establecer, para este peculiar supuesto, el criterio que debe de seguirse para fijar la indemnización: se tomará como base «*el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible*». Como dice ALBALADEJO, en atención a la culpa del deudor-electo adopta la ley esta posición y no la de mantener el derecho a elegir prestaciones imposibles o sus precios (19).

Parece obvio, aunque el legislador, con muy buen criterio, —dado que sería una reiteración innecesaria— no aluda a ello, que si la desaparición de todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación se produce sin culpa del deudor, se extingue la obligación (art. 1182). Habrá entonces que resolver, si la obligación es recíproca, el problema del riesgo de la prestación, al que le son aplicables las normas generales. (20)

Es la peculiar naturaleza de la obligación alternativa la que exige que se regulen expresamente los efectos de la pérdida de la cosa debida. Después de la elección esos efectos serán los generales, pero antes de la misma había que regularlos pues aquí propiamente no se produce la pérdida de la cosa debida, sino la pérdida de una de las prestaciones sobre la que podía recaer la elección del facultado para llevarla a cabo. Las soluciones varían según que la imposibilidad le sea imputable al deudor o no, pero lo que no prevé el Código es qué régimen debe adoptarse en el caso de que el acreedor culpablemente ocasione la pérdida, aunque los autores han sido prolíficos al sugerir soluciones. Dos caminos posibles se nos presentan para resolver esta problemática: o aplicar sin más las normas del Código entendiendo que desde la perspectiva del deudor la culpa del acreedor entra dentro de la figura del caso fortuito, o bien aplicar al acreedor las mismas reglas que al deudor culpable. La primera vía, propuesta por PEREZ GONZALEZ Y ALGUER (21), presenta el inconveniente de conducir a resultados injustos. Por esa y otras razones estimo preferible la segunda. La imprevisión de la ley so-

(19) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. ALBALADEJO», Tomo XV, vol. 2.º, Madrid 1983, p. 187.

(20) ALBALADEJO: «Comentarios ...», Tomo XV, vol. 2.º, p. 185. En contra, para el caso de la compraventa, SOTO NIETO, argumentando que «aún perfeccionado el contrato, éste no podía alcanzar todavía su eficacia; no habrá surgido el deber de entrega sobre el cual se monta la regla *res perit emptori*» («Los riesgos...», p. 188).

(21) Notas al Tratado de Ennecerus, Kipp, Wolf, Tomo II, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona 1954, p. 114.

bre este punto no es reveladora de una voluntad legislativa de atribuir al deudor un trato más duro que al acreedor, sino que se explica por razones históricas. En la época en que se redactó el Código no se prestaba atención al acreedor más que como titular de un derecho de crédito, prescindiendo totalmente de la vertiente relativa a sus deberes de colaboración, cargas, etc, que sólo los textos más modernos incorporan expresamente. Pero no cabe duda de que también en nuestro Derecho, al acreedor, como parte que es de la relación obligatoria, se le exige un comportamiento adecuado a la buena fe (art. 1258 CC). Y no veo por qué el mismo comportamiento contrario a la buena fe en la fase previa a la concentración ha de producir consecuencias más o menos severas según que provenga de uno u otro de los sujetos de la relación obligatoria. En cualquier caso, la posición del deudor es ya por sí menos favorable, pues pesa sobre él la presunción del art. 1183 en virtud de la cual se entiende que es culpable de la pérdida; mas, si puede probar que fue por culpa del acreedor, ¿no es lógico que la situación de privilegio de éste resulte minorada en base al principio según el cual nadie puede aprovecharse de sus propios actos culpables?

Así pues, basta para decidir los efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por culpa del acreedor, con aplicar a éste los mismos que los arts. 1134 a 1136 establecen para el deudor, distinguiendo por lo tanto según que la imposibilidad sea de algunas o de todas las prestaciones alternativamente previstas y que la elección correspondiese al acreedor o al deudor. Veamos los resultados concretos que con ello se obtienen:

Primer caso: Imposibilidad de algunas prestaciones por culpa del acreedor y elección del acreedor: habrá que entender por aplicación del art. 1134, que se reduce o pierde su derecho de elección (22) sin perjuicio del derecho que frente a él corresponda al deudor por la pérdida de la cosa que culpablemente le causó (23).

Dispone el 1134 que «*El deudor perderá el derecho de elección cuando de las prestaciones a que alternativamente estuviese obligado, sólo una fuere realizable*». Es pacífica la opinión (24) de que, al no

(22) La misma solución extrae ALBALADEJO del criterio que, a su juicio, revela el pfo. 2.º del 1135 y que es el siguiente: «cuando la elección corresponde a una parte y ésta es culpable de que ciertas prestaciones se hagan imposibles, su derecho de elegir se reduce a las que aún son posibles, y si sólo queda una prestación posible, la obligación se concentra en ella» («Comentarios...», Tomo XV, vol. 2.º, p. 187).

(23) ENNECERUS Y PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: «Tratado...», T.II, vol. 1.º, p. 113 y 114; MUCIUS SCAEVOLA: «Código Civil», T. XIX, 2.ª edición, Madrid 1957, p. 834.

(24) ALBALADEJO: «Derecho Civil», II, 1.º, 9.ª edición, Barcelona 1994, p. 42; DE LA CUESTA: «Las obligaciones alternativas», RDP 1984, p. 21; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN: «Sistema...», vol. II, p. 159; HERNÁNDEZ GIL: «Derecho de Obligaciones», Madrid 1988, p. 97; SANCHO REBULLIDA en LACRUZ Y OTROS: «Elementos de Derecho Civil», Tomo II, vol. 1.º, 2.ª edición, Barcelona 1985, p. 109; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, T. II, vol. 1, p. 114; PUIG BRUTAU: «Fundamentos de Derecho Civil» I, vol. 2, Barcelona 1976, p. 218; RAMS ALBESA: «Las obligaciones alternativas», Madrid 1982, p. 312.

distinguir, se comprenden en él las hipótesis de imposibilidad culpable y no culpable, y ello es muy claro en el texto del precedente en el Proyecto del 51 (25). La única duda que pudiera suscitarse es si queda exceptuada la imposibilidad imputable al acreedor (o en general al no elector) como en el Código Alemán (parágrafo 265), lo que, en cualquier caso, no evitaría el resultado señalado.

Hay que reconocer que la aplicación estricta al acreedor de la regla del 1134 coloca al deudor en una situación bastante desfavorable: puesto que el acreedor conserva el derecho de elección, puede optar por una de las prestaciones subsistentes, de tal manera que el deudor tenga que satisfacerla pese a haber padecido una agresión por parte del propio titular del derecho de crédito (26). No obstante, la regulación del Código español no da pie para sostener otra cosa, a no ser que se acuda, como hace RAMS ALBESA, al principio del *favor debitoris*, base dudosamente suficiente para sostener la extinción de la obligación alternativa y la plena liberación del deudor (27).

Segundo caso: Imposibilidad de algunas prestaciones por culpa del acreedor y elección del deudor: Como señala RAMS (28), este es el supuesto en el que más se ha centrado el análisis de la doctrina y está expresamente previsto por el art. 1289 del vigente Código italiano, el cual, recogiendo las ideas de LAROMBIERE, dispone que el deudor queda liberado de la obligación cuando no prefiera cumplir la otra prestación y el resarcimiento del daño. Entre nuestros autores son de la misma opinión ALBALADEJO, SANCHO REBULLIDA, RAMS y DE LA CUESTA, aunque discrepan PEREZ GONZALEZ Y ALGUER.

Sólo puede defenderse que en este supuesto el deudor conserva su derecho de elección si se excluye de la regla del 1134 la imposibilidad culpablemente causada por el acreedor, para lo cual no parece que haya especiales obstáculos, si tenemos en cuenta las anteriores observaciones respecto de los motivos por los que el Código no toma en consideración —ni en ésta ni en otras ocasiones— la actitud culpable del titular del crédito.

Hay un inconveniente, que a mi juicio es más grave, para aceptar la solución mayoritariamente propuesta, y es que mientras que el Código

(25) Art. 1054: «En el caso de perderse *por cualquier causa una de las cosas prometidas, el deudor debe entregar la que hubiere quedado, sin que ni el cumpla con ofrecer, ni el acreedor pueda exigirle el precio de la otra...*»

(26) No sería así necesariamente si se dispusiese que en base a la culpa del acreedor, pierde éste su derecho de elección, que pasaría al deudor, el cual haría posible la extinción de su deuda por compensación, optando precisamente por la prestación imposibilitada.

(27) «Las obligaciones...», p. 384. La misma solución defiende SANCHO REBULLIDA en LACRUZ Y OTROS: «Elementos...», II, 1.º, p. 110.

(28) «Las obligaciones...», p. 353.

italiano proclama de modo expreso para este caso la liberación del deudor, tal declaración no se encuentra ni se puede en principio deducir de los artículos del nuestro. No es convincente la explicación de ENNECERUS (29) de que, escogida la prestación imposible, se extingue la obligación por imposibilidad, puesto que ésta es previa a la concentración. A mi modo de ver las cosas suceden de otro modo: devenida imposible alguna de las prestaciones pactadas por causa imputable al acreedor y correspondiendo la elección al deudor, podrá éste elegir cualquiera de las que subsistan o el precio de la que haya desaparecido por culpa del acreedor (art. 1136, 2.º) (30). Si la elección recae precisamente sobre ésta, dado que el acreedor es responsable frente al deudor por la pérdida que culpablemente le causó de la cosa y ambas deudas son pecuniarias, se extinguirán por compensación.

La solución viene a coincidir en lo sustancial con la del Derecho italiano, con la diferencia de que en éste la no reclamación por parte del acreedor de alguno de los contenidos todavía posibles es causa - automáticamente - de extinción de la obligación, mientras que en nuestro sistema, ese efecto final (la extinción por compensación) requiere la previa liquidación de la deuda indemnizatoria (art. 1196, 4.º).

Es importante la aclaración de que la causa de extinción de la obligación del deudor que ha optado por la prestación imposible (o mejor por su valor) es la compensación y no la imposibilidad sobrevenida, porque si así fuera y estando la prestación inmersa en una obligación recíproca, habría que acudir a las normas que regulan el *periculum obligationis* para decidir si subsiste o no la contraprestación, cosa absolutamente insostenible, como demuestra el hecho de que los autores, tras afirmar que se produce la liberación del deudor, se detengan en advertir que conserva su derecho a la contraprestación (31).

Tercer caso: Imposibilidad total por culpa del acreedor y elección del acreedor.— Quizás no sea el más difícil de resolver pero sí el más difícil de explicar. Entiendo que la obligación del deudor se extingue, si bien puede exigir de su acreedor la indemnización correspondiente a todas las prestaciones imposibilitadas por su causa, menos la última (argumento ex art. 1135, 2.º). Para nadie ofrece duda que se produce la extinción de la obligación, más conviene advertir que la causa de la misma sí es ahora la imposibilidad sobrevenida. Se extingue la obligación por imposibilidad subsiguiente no imputable al deudor pero nace una obligación de resarcimiento del daño, con la única peculiaridad de que es a cargo del titular del derecho de crédito y no del obligado.

(29) «Tratado...», T. II, 1, p. 113, nota 6.

(30) Contra, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, Tomo II, 1.º, p. 114.

(31) DE LA CUESTA: «Las obligaciones...», p. 21; RAMS: «Las obligaciones...», p. 358.

Cuarto caso: Imposibilidad total por culpa del acreedor y elección del deudor.— También el deudor queda liberado. El deudor exigirá del acreedor la indemnización correspondiente a todas las prestaciones que se hayan imposibilitado por su culpa, salvo una, sobre la cual hay que entender que recae su elección (art. 1136, 3.º), y que se extingue por compensación.

IV. OBLIGACIONES RESTITUTORIAS NACIDAS DE LA DECLARACION DE NULIDAD: ARTICULOS 1307 Y 1314

Nos enfrentamos ahora a dos artículos de oscuro significado y, lo que es peor aún, con pocos datos para aclararlo. A primera vista el art. 1307 recoge una excepción a la regla del 1182: la pérdida fortuita de la cosa que debe de ser restituida por efecto de la declaración de nulidad no libera al obligado, quien «*deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha*». El precepto habla de «*pérdida*» sin más y no de pérdida «*fortuita*», pero no cabe duda de que ésta queda incluida en su supuesto de hecho porque, como dice DELGADO ECHEVERRÍA, el precepto debe de ser interpretado en el sentido más adecuado para que produzca efecto, y si se cree referido a la pérdida imputable, sería una norma ociosa, que estaría reiterando la regla general (32). Lo más razonable y respetuoso con la letra de la ley es entender, dado que ésta no hace distinciones, que queda comprendida cualquier tipo de pérdida, tanto culpable como fortuita (33).

Sostuvo MANRESA (34), y su opinión es seguida por DELGADO (35), que el artículo sólo es aplicable al demandado de nulidad porque para el demandante el art. 1314 hace derivar efectos distintos de la pérdida de la cosa. Pero ello no es del todo cierto. El art. 1314 establece un efecto diferente (la **extinción** de la acción) para el supuesto de que la cosa se hubiese perdido por dolo o culpa del legitimado para el ejercicio de la acción. Los restantes casos de pérdida (fortuita de la cosa en manos de actor o demandado y culpable de la cosa en poder de éste último) no producen dicho efecto extintivo. La acción, en tales casos, subsiste, lo que quiere decir que los contratantes están obligados a la restitución recíproca de las cosas que se entregaron en virtud del contrato en los términos del art. 1303, «*salvo lo que se dispone en los ar-*

(32) «Comentarios al CC y Compilaciones Forales dirigidos por M. ALBALADEJO», tomo XVII, vol. 2.º, Madrid 1981, p. 315.

(33) SANTOS BRIZ: «Código Civil» dirigido por Albacar López, Tomo IV, Madrid 1991, p. 830.

(34) «Comentarios al CC Español», Tomo VIII, vol. 2.º, 6.ª edición, Madrid 1967, p. 884.

(35) «Comentarios...». T. XVII, vol. 2.º, p. 314.

títulos siguientes», entre ellos el 1307, para el caso de no ser posible la restitución en especie.

El régimen que respecto de la pérdida fortuita de la cosa objeto de la obligación de restitución se deduce de la opinión de los autores citados es el siguiente:

— Si afecta a lo debido por el demandado, éste responde del fortuito. Se trata de «proteger los intereses del demandante bajo el presupuesto de que es inocente y de que frente a él se alza un contratante deshonesto que trató de aprovecharse de su incapacidad o sorprender su buena fe» (36). Ahora bien, al contratante de buena fe no se le puede imponer tal responsabilidad. Sin embargo, el 1307 no distingue, siendo necesario acudir a la regulación del cobro de lo indebido para matizar su alcance y sostener que el único demandado que presta el fortuito es el de mala fe y que lo que ocurre es que el legislador supone que lo es.

— Si lo que se pierden son las cosas debidas por el demandante, habrá que estar a lo dispuesto por el art. 1314, de manera que podrá éste recuperar lo entregado por virtud del contrato, pese a no poder devolver aquello a lo que resultaba obligado. Según MANRESA, el rigor excesivo que esto implica para el demandado, aparte de ser consecuencia de la prestación del fortuito, se justifica porque la nulidad determina la desaparición de las cosas para el acreedor de la restitución (37). Menos rígida para con él resulta la solución de DELGADO, quien cree que el demandado no queda totalmente liberado, sino obligado en la medida en que se enriqueció (38).

Todo el planteamiento anterior resulta tremendamente coherente, pero, aparte de no explicar determinados aspectos y de prescindir excesivamente de la literalidad de los términos, tiene el inconveniente de que significa poner en manos del legitimado para impugnar, un mecanismo —que no es otro que el ejercicio de la acción— mediante el cual trasladar al otro contratante la disminución patrimonial que representa la destrucción del objeto del contrato, mecanismo que podrá utilizar a su arbitrio dentro del plazo de caducidad, incluso si el cocontratante es de buena fe (39).

Entiendo que ello excede de la protección que se persigue procurar por medio de la figura de la anulabilidad. Durante el plazo de caducidad la víctima del vicio o el menor o incapacitado tienen la oportunidad de dejar sin efecto el contrato. Son ellos los que habrán de decidir si les conviene mantener el negocio y lo harán en función de que les resulte beneficioso o perjudicial. Se les otorga esta facultad porque en el

(36) «Comentarios...», T. XVII, vol. 2.º, p. 316.

(37) «Comentarios...», T. VIII, vol. 2.º, p. 908.

(38) «Comentarios...», T. XVII, vol. 2.º, p. 345.

(39) Sólo estará entonces obligado, de acuerdo con las normas del cobro de lo indebido, en la medida en que se hubiese enriquecido.

momento del nacimiento del contrato no estaban en situación idónea para emitir libremente su voluntad o valorar la conveniencia de su celebración, cosa que sí pueden hacer una vez que cesa la causa de anulabilidad. Cuentan ya con la ventaja de poder valorar a posteriori el negocio. Es excesivo proporcionarles el medio de evitar el perjuicio patrimonial de la pérdida del objeto del contrato porque dicha pérdida **nada tiene que ver con la causa de nulidad** ni con las circunstancias en que el negocio se llevó a cabo. El privilegio que supone el disponer del plazo de cuatro años para decidir si se destruye o no el contrato es, por así decirlo, una exigencia del propio sistema, pero esto otro no lo justifica el comportamiento del demandado. Tengamos en cuenta, además, que nunca podrá saberse si se impugna el negocio porque realmente se estimó que debía dejarse sin efecto o porque lo recibido por virtud del mismo ha desaparecido, pero de lo que no cabe duda es de que si la acción permite al contratante recuperar lo que entregó y no satisfacer el equivalente de lo que perdió, ésta será ejercitada.

Mas tampoco parece remedio acertado el de impedir el ejercicio de la acción, pues puede ocurrir que al contratante en cuyo poder se perdió la cosa le interese destruir el contrato y recuperar lo que entregó, aún a costa de satisfacer el valor de lo perdido. Este sistema, que es el que mejor atiende a los distintos intereses en juego, es el que a mi modo de ver adopta el Código en los art. 1307 y 1314. Lo explicaré con más detenimiento.

En el régimen del Código no es presupuesto para el ejercicio de la acción de nulidad que el que la interpone esté en situación de devolver el objeto del contrato. Esto, claramente exigido por el art. 1295 para la rescisión, no se menciona en el capítulo dedicado a la nulidad, ni puede deducirse de ninguna de las disposiciones que lo integran: ni del 1303, que coincide en su primera parte con el 1295, si bien con un inciso final totalmente distinto, (40) ni tampoco del 1308, que lo único que hace es reconocer la *exceptio non adimpleti contractus* en favor de ambos deudores recíprocos y que, como ha declarado la Sentencia de 30 de enero de 1960 (RA 451), solo puede tener lugar en el momento de ejecutar el fallo.

No obstante la regla general, en los casos en que, conforme al 1314, la pérdida es causa de extinción de la acción, carece de sentido el tomar la iniciativa de pretender la declaración de nulidad. Esto explica el texto y ubicación del art. 1188 del Proyecto del 51 (precedente del 1314), dentro de la sección titulada «cuando y por quiénes puede pedirse la declaración de nulidad». Y explica también el lugar que el 1314 ocupa en el Código: puesto que el legitimado puede ejercitar la acción independientemente de estar en posición de restituir idéntica-

(40) Mientras que el 1295 dice «en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado», el 1303 dice «salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

mente el objeto del contrato, lo traslada desde el lugar que antes ocupaba al final del capítulo y lo lleva al lado de las restantes normas sobre extinción de la acción. No es un precepto dirigido a establecer los presupuestos para impugnar, sino una norma cuya finalidad es proclamar para ciertos supuestos la extinción del efecto de la declaración de nulidad, es decir de los recíprocos deberes de restitución (41).

A *sensu contrario*, la subsistencia de la acción implica el mantenimiento de dichos deberes restitutorios (42). Para la determinación de lo que debe de ser restituido hay que estar a la regla general del art. 1303 y a las especiales del 1304 y 1307. De ahí que GARCÍA GOYENA, en su comentario al art. 1194 del Proyecto (prácticamente idéntico al actual 1307), afirme: «*Cuando a pesar de la pérdida de la cosa a lugar a la declaración de nulidad como en los casos del art. 1188 (precedente del 1314), el precio se subroga necesariamente en lugar de la cosa, y no puede ser otro que el que tenía al tiempo de la pérdida, porque la cosa habría sido entregada en el estado que entonces tenía*».

El art. 1307 existe para resolver una peculiar problemática: la de precisar en qué consiste la deuda de restitución de cualquiera de las partes de un contrato anulable cuando se ha perdido fortuitamente la cosa materia del contrato. Lo que en tales casos el contratante tiene que entregar es, aparte de los frutos percibidos, «*el valor que la cosa tenía cuando se perdió con los intereses desde la misma fecha*». Viene así a decidir que el patrimonio del deudor es el que soporta la pérdida de la cosa, pero no como en otras ocasiones negándole el derecho a exigir la contraprestación, sino manteniendo (aunque con un objeto distinto) su deuda restitutoria.

El Código, con muy buen criterio (a estos efectos la causa de la nulidad es irrelevante), concede el mismo trato a las dos partes contratantes ante la imposibilidad sobrevenida y fortuita de la cosa objeto del contrato: la deuda de restitución en especie se convierte en restitución por equivalente. El régimen, no obstante, es distinto para demandante y demandado si la pérdida les es imputable (43). Mientras que el efecto para el primero es la extinción de la acción, para el segundo es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, de conformidad con las reglas generales.

(41) Como dice DELGADO («Comentarios...», T.XVII, vol. 2.º, p. 346) la expresión «*se extinguirá la acción de nulidad*» quiere decir que si la cosa se perdió por dolo o culpa de quien contrató invalidamente por sufrir vicio del consentimiento, o tras adquirir la capacidad quien contrató sin ella, no podrá pedir la restitución de lo por él prestado.

(42) Podría dudarse, quizás, si del art. 1314 se puede deducir la subsistencia tan sólo del derecho del actor o también del demandado. Pero el texto del 1307 y el énfasis del adverbio «*siempre*» con que comienza, resultan decisivos en el sentido apuntado.

(43) Cuestión distinta y peculiar, que no podemos abordar aquí, es la de los criterios de imputación, dado que es dudoso que se pueda hablar de un deber a cargo del contratante de conservar la cosa. En cualquier caso, a los incapacitados no les será imputable la pérdida sino después de haber adquirido la capacidad (art. 1314, pfº. 2).

El régimen del Código constituye una exigencia propia de la obligación a que se refiere. Téngase en cuenta que el nacimiento de estas obligaciones recíprocas depende, exclusivamente, de la voluntad del contratante a quien se considera posible perjudicado. Asignar consecuencias distintas al caso fortuito supondría, como se ha puesto de relieve, desvirtuar la acción de anulabilidad, que se podría convertir en el cauce para eludir los efectos de éste. La misma problemática se plantea en los casos de resolución del contrato por incumplimiento, pero no es común a todas las obligaciones restitutorias bilaterales. En las obligaciones sujetas a condición resolutoria la cuestión del riesgo se resuelve, como ya vimos, en base al principio de retroactividad. No hay inconveniente ni injusticia alguna en dejar la solución al juego de este principio porque la causa de la destrucción de la obligación es automática y no depende del ejercicio de una facultad como en los casos de anulabilidad o resolución por incumplimiento.

Ahora bien, lo anterior no significa que la norma sólo responda al deseo de impedir que el legitimado para impugnar se valga de la acción de nulidad para eludir los perjuicios patrimoniales de la pérdida fortuita de la cosa que recibió por efecto del contrato. Si así fuera tendríamos que negar su aplicación al demandado e incluso al demandante cuando la pérdida se produce después de iniciada la acción. La norma resulta también necesaria para aquellos casos en que la pérdida se produce después de nacidos los deberes de restitución. Como efecto de la declaración de nulidad nace entre los sujetos una obligación restitutoria sinalagmática (buena prueba de este carácter es el art. 1308). Si una de esas prestaciones se destruyese de manera fortuita, ¿qué efectos se derivarían de ello?. Las normas generales no se adaptan bien a este caso. Conforme al 1182 la obligación devenida imposible se extinguiría, pero ¿y la otra? Su destino sería dudoso, por una parte por la ausencia de una norma general de atribución del riesgo, por otra por la imposibilidad de acudir a la resolución del art. 1124 y, finalmente, porque tampoco procede acudir a las reglas de tipos contractuales concretos ya que de lo que se trata es, justamente, de dejar el contrato sin efecto. Lo lógico, quizás, sería entender, con apoyo en la doctrina de la causa, que también la otra obligación se extingue pero esa solución es incoherente con la posibilidad, que nuestro Código reconoce, de impugnar pese a no poderse restituir en especie lo recibido por virtud del contrato.

Sólo cuando la pérdida fortuita tiene lugar después de nacida la deuda de restitución estamos ante una excepción a lo preceptuado en el art. 1182. Fuera de este caso no es exacto que se produzca la pérdida de la cosa «debida», sino que más bien lo que ocurre es que la deuda restitutoria nace con un objeto distinto del recibido por virtud del contrato, objeto que ha dejado de existir.

V. CONTRATO DE COMPRAVENTA: ART. 1452

A diferencia de los anteriores, este artículo ha sido objeto de una gran atención por parte de la doctrina. Prácticamente todo se discute en relación con el mismo, desde si el párrafo primero imputa el riesgo al comprador o al vendedor, o a qué modalidades de compraventa se refiere el párrafo tercero, hasta si la mora mencionada en su inciso final es *creditoris o debitoris*. La profundidad con la que nuestros más ilustres civilistas se han dedicado al tema del riesgo en la compraventa, unida al convencimiento de que nada se va a aportar aquí, justificaría que se prescindiese de su análisis, pero puesto que este trabajo pretende ofrecer una visión de conjunto de las consecuencias que nuestro Código Civil hace derivar de la pérdida fortuita de la cosa debida, es ineludible abordar —aunque sea brevemente— su comentario.

Partimos de la idea de que, en línea de principio, el art. 1452 atribuye el riesgo al comprador desde que, siendo perfecto el contrato, la cosa vendida está individualizada. Es claro que el pfo. 1.º deja imprejuzgada la cuestión al remitirse a los arts. 1182 y 1096 y que éstos tampoco resuelven propiamente el problema de si extinguida la obligación del vendedor de entregar la cosa, subsiste o no la del comprador de pagar el precio. Pero el pfo. 3.º resulta decisivo a efectos de concluir que efectivamente subsiste tal obligación, dado que para la venta de cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, «no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan contado, pesado o medido...», lo que indica que respecto de las restantes compraventas el comprador soporta el riesgo desde un momento previo: el de la perfección del contrato. Esta interpretación resulta además reforzada por los precedentes históricos, más por las Leyes de Partida (Partida 5.ª, título V, Leyes 23, 24 y 25) que por el Proyecto del 51, pues aunque su art. 1374 es de redacción prácticamente idéntica al 1452 actual, no hay que olvidar que el Proyecto acogía (art. 981) el sistema de transmisión de la propiedad *solo consensu*, con lo que la atribución del riesgo al comprador quedaba (desde la posición que enlaza ambos fenómenos, riesgo y adquisición de la propiedad) perfectamente explicada. Los defensores del *periculum est venditoris* alegan que, puesto que el Código acoge la teoría del título y del modo, debe de interpretarse que el 1452 atribuye el riesgo al vendedor. Pero es claro que en el Derecho Romano y en nuestro Derecho histórico el régimen de riesgos era independiente del de adquisición del dominio (44).

(44) Sobre el tema en el Derecho Romano, ARIAS RAMOS: «La doctrina del riesgo en la compraventa romana» en «Estudios sobre el contrato de compraventa», Barcelona 1947, p. 99 y ss.

Finalmente, son muchos los autores (45) que esgrimen como argumento en favor de esta interpretación el art. 1095, pero particularmente me parece más que dudoso que se pueda utilizar este enigmático precepto a tal fin (46).

El reconocimiento de que el pfo. 1.º consagra la regla *res perit emptori* encuentra cada vez menos obstáculos entre los autores, y la idea de que opera como una excepción a la regla general de resolución por incumplimiento del art. 1124, también. Puede, en buena medida, entenderse superado un periodo en que, sobre la base de la supuesta *inelegantia iuris* de la regla romana, se hicieron esfuerzos importantes para restringir su juego (47).

La solución al problema del riesgo en la compraventa se ha ligado en el Derecho moderno al momento de transmisión de la propiedad. En la mente de muchos juristas subyace todavía la idea de que la cosa se debe de perder para el comprador sólo desde el momento en que se ha convertido en propietario, pero no antes, hasta el punto de que la imputación del riesgo en base a criterios distintos (como hace el Código español) ha sido objeto de fuertes críticas. Pero, en realidad, imputar el riesgo a uno de los contratantes en base a que es dueño de la cosa, no es mejor criterio que imputárselo en función de otra circunstancia

(45) ALBÁCAR LÓPEZ: Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo V, Madrid 1991, p. 104; ALONSO: «El riesgo...», p. 300; BERGAMO: «El riesgo en el contrato de compraventa» en Estudios sobre el contrato de compraventa, Barcelona 1947, p. 169; BADENES GASSET: «El contrato de compraventa», Madrid 1969, Tomo I, p. 290; CASTÁN TOBEÑAS: «Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo IV, undécima edición, Madrid 1981, p. 102; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN: «Sistema ...», vol. II, 6.ª edición, reimpresión de 1990, p. 316; LÓPEZ Y LÓPEZ: Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid 1991, p. 896; GARCÍA CANTERO: «Comentarios al C.C. y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo», Tomo XIX, Madrid 1980, p. 79; MANRESA: «Comentarios al CC Español», Tomo X, vol. 1.º, 6.ª edición, Madrid 1969, p. 150; ROCA SASTRE: «El riesgo en el contrato de compraventa» en «Estudios de Derecho Privado», vol. 1.º, Madrid 1948, p. 395.

(46) No sólo porque, como dice COSSIO («Los riesgos...», p. 371) el art. 1095 se refiere únicamente a los frutos y es muy dudoso que esta palabra abarque también las demás mejoras y accesiones, sino también porque quizás el 1095 (y el 1468, aplicación de aquél para el caso de la compraventa) esté pensado para los casos en que la obligación de entrega sea exigible desde el mismo momento de perfección del contrato, mientras que el 1452 es, precisamente, para la hipótesis en que la entrega debe de efectuarse en un momento posterior.

(47) COSSIO, por ejemplo, sostuvo que una vez perfeccionado el contrato e individualizada la cosa, se presume que ésta se encuentra a disposición del vendedor y que si no la retira es porque no quiere o no le conviene; sólo a él debe imputarse la dilación y, por ello, sería injusto que el vendedor, por cuya transigencia y buena fe tal situación se produjo, perdiera el precio al destruirse o dañarse fortuitamente, sin culpa alguna de su parte, la cosa. Pero ésta es una presunción *iuris tantum*, de manera que si puede demostrarse que la dilación tuvo lugar en beneficio exclusivo del vendedor, deberán imputarse a éste los riesgos. («Los riesgos...», pp. 280). PINTO RUIZ parte de la distinción entre pérdida y menoscabo y sostiene que sólo respecto a éstos rige el principio «*periculum est emptoris*». Comparte esta opinión ALBALADEJO («Derecho Civil», II, 2.º, p. 54).

como la perfección del contrato o la traditio. Buena prueba de ello es que el enlace que el art. 1138 del Código de Napoleón efectúa entre riesgo y transmisión de propiedad tiene también sus detractores (48).

La aceptación de la solución del Código español al problema del riesgo en la compraventa crece a medida que se comprende que no es imprescindible el enlace entre riesgo y dominio y que el principio *res perit domino* no es necesariamente una solución equitativa. La diversidad de opiniones subsiste, no obstante, en cuanto a su justificación (49), aspecto de indudable interés a fin de determinar el ámbito de aplicación de la regla y sus posibles excepciones.

Hoy constituye afirmación prácticamente unánime la de que los dos primeros párrafos del 1452 se deben de interpretar en el sentido de que atribuyen el riesgo al comprador desde la perfección del contrato. Aparte de las matizaciones de PINTO RUIZ y ALBALADEJO, ya recogidas, debe de mencionarse la distinta opinión que COSSIO manifiesta en un trabajo posterior al citado. Pese a reconocer que la transmisión de la propiedad y la transmisión de los riesgos de las cosas vendidas son dos problemas independientes el uno del otro (50), propone, ante la aparente incongruencia entre el régimen de los riesgos y de los frutos en el Código, interpretar las normas sobre riesgos en función de aquéllas, afirmando que el traspaso del riesgo tiene que tener lugar desde el momento en que debe de efectuarse la entrega (independientemente de que, efectivamente se realice o no entonces) porque éste es el momento (según el art. 1095 y 1468) a partir del cual el acreedor tiene derecho a los frutos. Pero la premisa de que parte este autor me parece discutible. No sé hasta qué punto es cierto que deban de coincidir el momento a partir del cual adquiere el comprador el derecho a la percepción de los frutos con el momento a partir del cual debe de soportar el riesgo, pues es posible encontrar razones justificadoras de un trato distinto (51). En favor de que nada tienen que ver,

(48) Por citar alguno, CAPITANT: «De la cause des obligations», deuxième édition, París 1924, p. 291; LAURENT: «Principes...», T. 24, 3ème. édition, Bruxelles 1878; CROMME: «Teorie fondamentali delle obbligazioni nel Diritto Francese» (traduzione di Ascoli e Cammeo), Milano 1908, p. 127.

(49) Sobre esto, ampliamente, ALONSO: «El riesgo...», p. 224 y ss.

(50) «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», ADC 1953, p. 600.

(51) La idea de «fruto» conlleva una periodicidad, aunque sea relativa, mientras que el «provecho» parece un término más amplio que alude a cualquier incremento aunque sea esporádico. El fruto, en tanto que periódico, es algo previsible y, por tanto, supuestamente tenido en cuenta por las partes al celebrar el contrato y que corresponde al acreedor desde el momento en que debió de ser entregada la cosa, porque si efectivamente lo hubiese sido, le corresponderían en su calidad de propietario de la misma. No hay razón para que el provecho (que corresponde a lo que en Las Partidas se designan como «mejoras») siga el mismo régimen, aunque sí para que cualquier menoscabo fortuito e imprevisible sea soportado por el mismo sujeto a quien beneficia una mejora de la misma índole, pero de eso ya se ocupa el mismo 1452, referido tanto al «daño» como al «provecho».

en la mentalidad del legislador, los frutos con los riesgos puede mencionarse el hecho —que el propio autor destaca— de que el pfo. 1 del 1452 no remite al 1095 (lo que hubiese sido lo lógico de tener presente esa relación), sino al 1096. Por otra parte, y no es este momento de aclararlo, el sentido del art. 1095, en base al cual se interpreta el 1452, 3.º, es bastante oscuro, porque ¿cuándo se entiende «nacida» la obligación de entrega? No es fácil decidirlo, sobre todo si se tiene en cuenta que el art. 1468 (aplicación de la regla para el caso concreto de la compraventa) declara que «*todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato*» y que en rigor (aunque la doctrina no lo interprete así) el momento de la perfección es el del acuerdo de voluntades.

Al margen de los problemas hasta ahora citados sobre el art. 1452, que pueden en gran parte afirmarse superados, la mayor atención doctrinal se centra últimamente sobre el párrafo tercero, en torno al cual hay una serie de complejas cuestiones, no del todo aclaradas. Especial interés revisten los trabajos de CAFFARENA LAPORTA (52) y MOREU BALLONGA (53).

Un primer problema consiste en determinar las compraventas comprendidas en el supuesto de hecho de la norma. Aunque el tenor literal del 1452 es aparentemente muy claro (se refiere a contratos sobre «*cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida*»), se plantean algunas dudas.

Parece indiscutible que la venta *ad mensuram*, entendiendo por tal aquélla en la que hay perfecta individualización del objeto, si bien el precio depende de la medida, número o peso de las cosas vendidas, queda incluida dentro del pfo. 3.º (54). Donde hay diversidad de opiniones es respecto a la compraventa genérica, entendiendo por tal, en palabras de COSSIO (55), aquélla cuyo objeto no se determina por designación directa, sino por definición lógica, señalando su género y a lo sumo alguna de sus características. Depende, pues, exclusivamente de la voluntad de las partes el concluir el contrato como venta genérica o específica, aunque, desde luego, hay objetos que por su peculiar naturaleza se prestan más a uno u otro tipo. Para este autor, el pfo. 3.º se refiere únicamente a la compraventa *ad mensuram*, lo que quiere decir que el precepto, ni en este ni en los restantes párrafos, resuelve directamente el problema de los riesgos en la compraventa genérica.

Más convincente me parece la opinión de CAFFARENA de extender la regla del párrafo 3.º a la compraventa genérica, pues si bien no

(52) «Genus nunquam perit», ya citado, en ADC 1982.

(53) «En defensa del criterio de especificación unilateral notificada», ADC 1985, p. 3 y ss.

(54) Veáanse los argumentos en CAFFARENA: «Genus...», p. 337 y ss.

(55) «La transmisión ...», ADC 1953, p. 611.

es del todo desdeñable la idea de que en el momento de redactar el 1452 fuese ajena al legislador toda preocupación de disciplinar el riesgo respecto de ella (56), no lo es menos que el párrafo 2.º, unido a los precedentes históricos, constituye un importante argumento en favor de la tesis contraria. Así, GARCÍA GOYENA en su comentario al art. 1374 del Proyecto del 51, incluye la venta genérica dentro del párrafo tercero. Advierte CAFFARENA (57) que lo normal será que no se plantee en este tipo de compraventa el tema del *periculum obligationis* y que el aforismo «*genus...*» no funcione como regla de atribución de riesgo, sino tan sólo para indicar que el deudor no se ha liberado de su obligación porque ésta no ha devenido imposible. Y añade que también el art. 1452 atribuye al vendedor los riesgos en sentido técnico estricto «pues caso de que se produzca la imposibilidad liberatoria (supuestos, por ej. de imposibilidad legal) ocurrirá que no podrá exigir la contraprestación del comprador, quedando éste liberado de su obligación de pagar el precio».

Adherirse a esta opinión no significa entender, con la doctrina mayoritaria, que el pfo. 3.º regule el problema del riesgo en la compraventa genérica. Propiamente este párrafo abarca todas las ventas de cosas cuando se hicieren «*por un precio fijado con relación al peso, número o medida*», y en este sentido la expresión legal no es fácilmente sustituible. Las ventas podrán ser tanto específicas (caso, citado por COSSIO, de venta de una biblioteca, en que el precio se fija a tanto el volumen), como genéricas (venta de un número de fanegas de trigo a x pesetas fanega o por un precio total). No creo pues, en contra de lo que sostiene MOREU(58), que la razón de la diferencia de regulación entre los párrafos 2.º y 3.º sea el carácter genérico o no de la obligación del vendedor. Según él, la peculiar fijación del precio «*con relación al peso, número o medida*» hace presumir al legislador, salvo que otra cosa resulte claramente de la interpretación negocial, que la venta se consideró genérica por las partes y, a la inversa, la venta hecha aisladamente y por un sólo precio se presume venta específica, aún tratándose de cosas fungibles.

Es claro que el aspecto decisivo para el legislador no es la naturaleza fungible (59) del objeto del contrato. Evidencia de ello es el pfo. 2.º que

(56) Como indica este autor, leyendo con detenimiento el citado párrafo parece que el legislador cuando ha hablado de peso, número o medida lo ha hecho pensando en el precio y no en las cosas vendidas.

(57) «*Genus...*», p. 347.

(58) «*En defensa...*», p. 15.

(59) El término «fungible» se utiliza en su acepción romana como referido a cosas que se cuentan, pesan o miden y no en el sentido que le atribuye la doctrina más moderna de aptitud para ser sustituido por otro equivalente. Los ejemplares de la biblioteca pueden ser piezas únicas y, sin duda alguna, el riesgo es para el vendedor hasta que los volúmenes se hayan contado. Sólo entonces es posible la determinación del precio.

consagra la regla contraria también para la venta de cosas fungibles, sólo que «*hecha aisladamente y por un sólo precio o sin consideración a su peso, número o medida*». Es esto último, la necesidad de las operaciones de mensura, lo que exige un régimen distinto. El dato común que presentan las diversas modalidades de compraventa que encajan en el pfo. 3.º es que las operaciones de recuento son **necesarias, bien para la determinación de la cosa** (hasta ahora sólo determinable), **bien para la determinación del precio** (igualmente sólo determinable hasta ahora). En cuanto al primer caso es fácil comprender que hasta que las cosas no se separan del género no se puede atribuir el riesgo al comprador. Respecto del segundo, la no determinación inicial del precio no es por sí sólo suficiente para que el riesgo sea para el vendedor durante la fase de la indeterminación. Si la fijación del precio se ha atribuido a un tercero o es el de un día cierto en Bolsa, feria o mercado, el riesgo es a cargo del comprador desde el acuerdo de voluntades (arts. 1445 y 1450). **Sólo si las operaciones de mensura son necesarias para determinar el precio**, el supuesto es subsumible en el pfo. 3.º del 1452. Es claro que la consecuencia jurídica que éste prevé —la atribución del riesgo al vendedor— es para la venta de cosas fungibles por un precio fijado en relación al peso, número o medida, en el momento previo a la realización de tales operaciones. Siendo una norma excepcional no puede extenderse a otras ventas por el mero hecho de que el precio sea determinable. Así se deduce, además, de manera rotunda, del pfo. 2.º que de modo expreso consagra la regla general para las ventas hechas aisladamente y por un precio establecido **sin consideración a su peso, número o medida**.

En cuanto al significado del inciso final del pfo. 3.º del artículo, que impone el riesgo al comprador aún antes de las operaciones de mensura cuando «*éste se haya constituido en mora*» depende en buena medida de lo anterior. Si el momento del traspaso del riesgo al comprador en las modalidades de venta a que se refiere esta norma es el de las operaciones de mensura, es lo coherente entender que la mora es una conducta de no colaboración del acreedor referente a tales operaciones. Nada tiene que ver, según la interpretación acogida, el riesgo con la entrega de la cosa y por ello no se puede pensar que es la negativa del comprador a recibir la cosa vendida lo que está en la mente del legislador. Tal conducta no puede determinar el traspaso del riesgo al comprador sencillamente porque dicho traspaso se ha producido en un momento previo. La negativa del comprador a recibir no puede ser previa a las operaciones de contar, pesar o medir (salvo que se piense en una notificación o algo parecido por virtud de la cual el acreedor haga saber al deudor su intención de no aceptarla). Distintas son las cosas en el Derecho alemán, cuyo Código expresamente declara que la mora determina el traspaso del riesgo, pero es que en él la regla general es la de que el riesgo se transmite con la entrega. Si la entrega no ha sido posible debido al acreedor, él debe de sufrir la pérdida.

VI. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: ART. 1568

Es el único precepto que, dentro de la regulación del arrendamiento de cosas, se ocupa de la pérdida de la cosa arrendada. A diferencia de lo que hemos visto que ocurría con el 1452, la atención que le ha prestado nuestra doctrina —como en general a los arrendamientos regidos por el Código— es prácticamente nula.

Dejando de lado los arrendamientos de fincas urbanas y rústicas sujetas a leyes especiales, para los cuales hay normas particulares, lo primero que hay que determinar es a qué arrendamientos —de los sujetos al Derecho común— se refiere la norma. La cuestión no es todo lo clara que sería de desear debido a la sistemática del Código, pero es obvio que no se puede reducir a los arrendamientos de fincas, aún cuando es en el capítulo dedicado a estos donde se la incluye. Las normas que integran dicho capítulo se entienden referidas al arrendamiento de cosas en general, tanto muebles como inmuebles. No rige, sin embargo, el 1568, respecto de los arrendamientos de obras y servicios, de los que se ocupa el capítulo siguiente.

Supuesto de hecho del art. 1568 es la pérdida de la cosa arrendada (60). A excepción de MUCIUS SCAEVOLA, quien considera, basándose en argumento claramente erróneo (61), que el 1568 alude sólo al caso de pérdida total, el resto de los autores (62) lo creen igualmente referido a la pérdida parcial, definida por MANRESA como aquel esencial cambio de estado que la haga inapta para el fin a que venía siendo destinada (63). Se piensa asimismo que la pérdida puede ser tanto física como jurídica, entendiéndose que ésta última tiene lugar cuando «aún subsistiendo físicamente la cosa no puede ésta ser utilizada por el arrendatario en virtud de la aplicación de normas jurídicas imperativas que prohiban la utilización de la cosa para el destino pactado o el que se infiera de la naturaleza de la misma según costumbre de la tierra» (64).

Parece por otra parte referirse el artículo a todo tipo de pérdida, tanto fortuita como imputable al deudor. Esto es lo que interpretan los mismos autores anteriormente citados, coherentemente con la *ratio* que atribuyen a la norma y con la consecuencia jurídica que, siguiendo a GARCIA GOYENA, creen que establece. No duda la doctrina que lo

(60) No nos interesa aquí el incumplimiento del contrato, que está igualmente previsto por el precepto.

(61) *Vid.* p. 598 del tomo XXIV del «Código Civil», Madrid 1909.

(62) ALBÁCAR LÓPEZ: «Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia». Tomo V, Madrid 1991, p. 752; LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Tomo II. Madrid 1991, p. 1131; MANRESA: «Comentarios al Código Civil Español», Tomo X, vol. 2.º, 6.ª edición, Madrid 1969, p. 238.

(63) Obra y página citadas en nota anterior.

(64) LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales» dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XX, vol. 1.º, Jaen 1980, p. 453.

que hace el art. 1568 es proclamar la extinción del contrato de arrendamiento y que la razón de ello es que, tratándose de un contrato de tracto sucesivo, la desaparición de su objeto durante cualquier momento de la vigencia del mismo, determinará necesariamente la extinción del contrato y que es indiferente a tales efectos cuál sea la causa de la pérdida, dado que lo que ocurre es que falta uno de los elementos esenciales del contrato.

Pero esta forma de razonar no es correcta. Lo que es evidente en materia de derechos reales, en los que la desaparición de la cosa determina la extinción de la relación jurídico-real, no lo es en absoluto en materia contractual. Se va a extinguir ineludiblemente la obligación que tenga por objeto la cosa desaparecida (65), pero no el contrato. Incluso el art. 1452 es prueba de ello, pero no porque opte por la subsistencia del vínculo contractual (no otra cosa significa que no siendo responsable resulte obligado el comprador al pago del precio), lo que al fin y al cabo es algo excepcional, sino porque lo hace precisamente a base de negar al comprador la posibilidad de resolver que normalmente le correspondería. Tal y como se entiende hoy el artículo en cuestión, la pérdida de la cosa vendida no produce la extinción del contrato, extinción que de todas formas no se produciría automáticamente.

No hay razón, pues, para sostener con LAURENT (66) que la resolución del arrendamiento sea inherente a la naturaleza misma del contrato, en cuyo caso, además, el art. 1568 resultaría una norma obvia. No cabe duda, no obstante, que nuestro legislador podría haber optado por atribuir a la pérdida fortuita del objeto arrendado la consecuencia de la inmediata y automática finalización del contrato. Pero no lo ha hecho. El art. 1568 nos confirma la idea de que en nuestro ordenamiento la imposibilidad sobrevenida fortuita es sólo causa de resolución del contrato, pero que no origina este efecto automáticamente. Remitirse a los arts. 1182 y 1183 no es, desde luego, el modo más directo de declarar la extinción del contrato de arrendamiento. Si ésta hubiese sido en efecto la intención del legislador, se hubiese dicho de otro modo, como hacía el art. 1487 del Proyecto del 51.

Encontramos en dicho Proyecto dos artículos distintos referidos a la pérdida de la cosa arrendada. Mientras que el 1487 se limita a la pérdida fortuita, declarando que si es total «*queda de derecho rescindido el contrato*» y que si es parcial puede el arrendatario «*optar entre la rebaja proporcional del precio o la rescisión del arriendo*», el 1499 se remitía, para el caso de pérdida de la cosa arrendada, al 1160 (precedente del actual 1182). Es obvio que ambos artículos, tomados respectivamente de los 1722 y 1741 del Code, no querían decir lo mismo,

(65) Con la única excepción de los casos en que tenga lugar la *perpetuatio obligationis* si se admite que esto es lo que ocurre cuando el deudor es responsable.

(66) «Principes...», tome XXV, p. 448.

aunque el no aparecer el primero de ellos en el Código podría ser indicio de que nuestro legislador, quizás influido por los comentarios de García Goyena, atribuyese a ambos el mismo significado y se decidiera por la supresión de uno de ellos.

Del art. 1568 no se puede deducir la resolución legal del contrato de arrendamiento. El precepto se limita a disponer que si se pierde la cosa arrendada «*se observará lo dispuesto en los artículos 1182 y 1183*». Estos son, como es bien sabido, preceptos pensados para obligaciones unilaterales que se limitan a declarar extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando esta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor, siempre que éste no esté en mora. De modo que hay que entender que la pérdida de la cosa arrendada produce la extinción de la obligación que como consecuencia de ella ha devenido imposible, pero no del contrato. También el art. 1452 contiene una remisión al 1182 y es claro que no está estableciendo la extinción de la compraventa, ni siquiera por la pérdida total de la cosa vendida. Lo que se extingue es la obligación devenida imposible (la entrega de la cosa) pero la subsistencia de la correlativa queda sin decidir. Y lo mismo ocurre respecto del 1568.

Pero no por ello es una norma innecesaria. Al ser el arrendamiento un contrato de tracto sucesivo se plantean algunas hipótesis de solución dudosa de no ser por la regla del 1568. A diferencia de lo que ocurre en la compraventa y en general en los contratos de tracto único en los que la destrucción de la cosa objeto del mismo impide únicamente el cumplimiento de la obligación de entrega, en el arrendamiento puede imposibilitar el cumplimiento de distintas obligaciones, y no sólo del arrendador sino también del arrendatario.

Nuestra doctrina circunscribe en general (67) el 1568 a la pérdida de la cosa en manos del arrendatario, lo cual tendría sentido si el arrendamiento fuera un contrato real pero, siendo consensual y dado que el precepto no distingue, es lo correcto incluir en él la pérdida del objeto del contrato desde el momento de su celebración y por lo tanto también antes de la entrega. Cuestión distinta es que para este caso la norma resulte innecesaria.

Según el momento en el que se produzca la pérdida de la cosa arrendada puede incidir sobre alguna de las siguientes obligaciones:

— La obligación de entrega de la cosa a cargo del arrendador: generalmente el objeto del contrato es una cosa determinada, de manera que su pérdida fortuita libera al deudor de su cumplimiento, salvo que estuviese constituido en mora. La entrega de la cosa es presupuesto previo para el cumplimiento de la principal obligación a cargo del arrendador, que es la de proporcionar al arrendatario el goce de la cosa arrendada. Esta, obviamente, no va a ser ya posible. Queda en conse-

(67) No así, BLANCO: «Curso ...» Tomo I, p. 97.

cuencia por ver si subsiste o no la correlativa de pago de la renta, pero ello es algo que no aborda el 1568 y cuya solución habrá que buscar en otro lugar.

Puede también ocurrir que el objeto del contrato sea una cosa genérica, en cuyo caso, si se pierde aquélla con la que el arrendador pensaba satisfacer su deuda, tendrá que proporcionar al arrendatario otra perteneciente al género. No estamos ante una hipótesis subsumible en el 1182 pues la cosa objeto de la obligación de dar no es determinada.

— Obligación (también a cargo del arrendador) de mantener al arrendatario en el uso pacífico de la cosa arrendada. El arrendador, si prueba que la pérdida no le es imputable, quedará igualmente liberado de esta obligación. Ello era algo obvio, sin necesidad del art. 1568 en los supuestos más frecuentes en que el arrendamiento se concierta sobre un objeto determinado, pero tratándose de un arrendamiento de cosa genérica se suscitaría la duda de si, producida la destrucción fortuita de la cosa en manos del arrendatario, podría o no exigir éste del arrendador la entrega de otra perteneciente igualmente al género pactado. El artículo que comentamos resuelve esta duda en sentido negativo. Lo que en realidad hace es poner de manifiesto que la pérdida de la cosa arrendada constituye un supuesto de imposibilidad liberatoria del art. 1182. La aplicación de lo en él preceptuado tiene lugar desde la concentración y ésta desde la entrega de la cosa al arrendatario. Se justifica por suponer una alteración al principio general según el cual el acreedor debe exigir el cumplimiento al deudor mientras éste sea posible. Se trata, en suma, de negar que pese sobre el arrendador la obligación de reponer la cosa si ésta ha perecido, solución idéntica a la de otros ordenamientos (68). Cuestión distinta, como ya se ha indicado anteriormente, es la del destino de la contraprestación y la rescisión del contrato.

Al incumplimiento de la obligación de procurar al arrendatario el uso pacífico de la cosa arrendada, no es aplicable el 1183, cuyo supuesto de hecho es que la cosa se haya perdido en poder del **deudor** porque el deudor de la misma es el arrendador, quien ya ha entregado la cosa al arrendatario.

— Obligación del arrendatario de devolver la cosa arrendada cuando finalice el contrato de arrendamiento: si la pérdida es total la restitución *in natura* no es ya posible. Tampoco pesa sobre el arrendatario deber de indemnizar si no está en mora y prueba el carácter fortuito de la pérdida. Ninguna innovación respecto de los principios generales supone para este caso el 1568. Además, siendo una obligación unilateral no plantea tampoco el problema del destino de la contraprestación. Si la pérdida es parcial, rige el 1561, que obliga al

(68) ABELLO: «Trattato della locazione», seconda edizione, vol. 1, Napoli 1915, p. 668; ENNECERUS...: «Tratado...», Tomo II, vol. 2, p. 261.

arrendatario a devolver la finca «*tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable*». Puede, pues, entenderse parcialmente liberado de la obligación de restituir por imposibilidad sobrevenida fortuita.

En realidad, sólo para la segunda de las obligaciones señaladas se muestra necesario el art. 1568, pues la solución respecto de las otras dos se deduce sin vacilación de los principios generales. Mas no por ello puede concluirse que el artículo en análisis comprende únicamente la pérdida de la cosa arrendada en manos del arrendador - idea que se desprende de los comentarios de nuestros autores- pues, aparte de la indiferenciación de la ley, no hay que olvidar la remisión al art. 1183, que al carecer de sentido respecto de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, no cabe duda que se introdujo en relación con las dos restantes: la de entrega de la cosa por el arrendador y de restitución por el arrendatario. Además, tal y como se expondrá más adelante, el 1568 tiene justificación como excepción al 1556.

Una vez que hemos concluido que el art. 1568 no regula directamente el problema del *periculum obligationis* en el contrato de arrendamiento, es el momento de buscar su solución fuera del mismo. Cúal sea ésta es algo que no puede ofrecer dudas. En nuestro ordenamiento la regla general, que es la que procede aplicar aquí, es que devenida imposible la prestación de una de las partes y habiendo en consecuencia incumplimiento, puede, en base al 1124, instarse la resolución del contrato; exactamente lo contrario de lo que se deduce para la compraventa poniendo en relación con éste el 1452.

Aducen muchos que el régimen de riesgos del arrendamiento debe de ser distinto al de la compraventa porque mientras que ésta es de tracto único, aquél es de tracto sucesivo. Todo lo más podría esta ser la *ratio* para la pérdida que se produce cuando ya el arrendatario está disfrutando de la cosa arrendada, pero no lo es respecto de la pérdida fortuita anterior a la entrega y, como ya se indicó, no es sostenible que sólo para aquélla hipótesis esté pensado el 1568. La entrega de la cosa arrendada es, como la de la cosa vendida, una obligación de tracto único (69). Desde esta perspectiva podría muy bien arguirse que si en nuestro sistema el comprador tiene que pagar el precio pese a no recibir la cosa vendida, por la misma o con mayor razón tendrá que satisfacer la renta pese a no obtener el uso de la cosa. La verdadera razón de la distinta disciplina del riesgo es que en la compraventa la entrega es transmisiva de la propiedad y en el arrendamiento no. Esa es, al menos, la tenida en cuenta por el Código italiano en los arts. 1463 y 1465,

(69) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Derecho Civil de Enneceurus, Kipp, Wolf, Tomo II, vol. II, Barcelona 1966, p. 273.

que al introducir normas generales para todos los contratos con prestaciones correspectivas, distinguiendo según que produzcan o no efectos reales, explica la desaparición del art. 1578 del antiguo Código para el caso concreto del arrendamiento (70).

Razones de tipo práctico abogan en favor de que devenida imposible una de las obligaciones recíprocas, la resolución del vínculo contractual no sea automática, especialmente si la pérdida no es definitiva o si es parcial. Las partes no sabrían a qué atenerse en cuanto a si el contrato sigue o no vigente. Tampoco si la pérdida es parcial puede entenderse que la resolución es inmediata, pues ello significaría prescindir totalmente del interés de los contratantes e impediría reconocer en favor del arrendatario el derecho a optar entre el mantenimiento del contrato con una rebaja proporcional de la renta o desligarse del mismo si lo desea. Esto es algo que no puede someterse a una valoración objetiva, pues sólo el arrendatario puede decidir si le sigue o no interesando el arriendo.

Pero no confundamos las cosas: entender que para dar por resuelto el contrato es precisa una declaración expresa al efecto, no significa que, entretanto, el arrendatario deba la renta acordada a pesar de no estar disfrutando de la cosa. Son cuestiones distintas: siendo obligaciones recíprocas, la obligación de pago de la renta carece de causa si no se le proporciona la posibilidad de uso al arrendatario. Aún a falta de una norma expresa similar al párrafo 323 del BGB o 1463 del Código italiano, hay que entender con base en los principios generales y en el art. 1558 que la solución es la misma en nuestro Derecho. Quizás su compatibilidad con la afirmación anterior de que la resolución no es automática no se aprecie bien a simple vista, pero su utilidad es clara en los casos de imposibilidad simplemente temporal. En base a dicho principio puede afirmarse que durante el tiempo en que no se procure el goce al arrendatario, no se le puede exigir el pago de la renta, pero el contrato continúa vigente si no se ha instado la resolución, de manera que, finalizada la imposibilidad, podrán las partes exigirse su cumplimiento. Ciertamente, en los casos de pérdida total y absoluta pierde buena parte de su sentido la declaración de rescisión. Por eso dice LA-RENZ que los párrafos 275 y 323 del Código alemán hacen innecesario acudir a la rescisión en los casos de pérdida total (71). Se explica también desde esta perspectiva la tan reiterada afirmación, que no es exclusiva de la doctrina de nuestro país, de que la pérdida total de la cosa arrendada produce la extinción de pleno derecho del contrato.

(70) Este, en traducción de Romero y Girón, Madrid 1876, decía así: «Si durante el arrendamiento la cosa arrendada se ha destruido totalmente, queda el contrato rescindido de derecho; si no se hubiese destruido más que en parte, puede el inquilino, según las circunstancias, pedir la disminución del precio o la rescisión del contrato. En ambos casos no tiene lugar ninguna indemnización».

(71) «Derecho de Obligaciones», tomo II, traducción española de SANTOS BRIZ, Madrid 1959, p.211.

Desde la interpretación propuesta, el art. 1568 del Código se nos muestra como una excepción a lo preceptuado en el 1556. Se considera éste una aplicación, con algunas variantes ventajosas para la víctima del incumplimiento, del 1124. Incumplida cualquiera de las obligaciones enumeradas en el art. 1554 o 1555, podrá el acreedor de la misma pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios (si procede con arreglo a las reglas generales) «*o sólo esto último, dejando el contrato subsistente*». Nada dice el artículo acerca de si el incumplimiento tiene que ser o no imputable al deudor. La exigibilidad de los daños y perjuicios por el acreedor, tanto si opta por la resolución como si no, parece apuntar en favor de que el legislador piensa en un incumplimiento imputable. Pero no tiene por qué ser así; también el 1124 alude al resarcimiento de daños y sin embargo se entiende a cargo del deudor únicamente cuando él es responsable del incumplimiento. De la misma forma debe razonarse respecto del 1556, cuyo campo de aplicación comprende cualquier tipo de incumplimiento porque, como afirmó la Sentencia de 14 de enero de 1936 «el precepto legal no distingue a tal respecto, atendiendo de modo exclusivo al resultado ...». Un nuevo argumento en favor de que el art. 1556 comprende tanto la pérdida culpable como la fortuita resulta del n.º 2 del art. 1554. Alude éste a la obligación del arrendador de efectuar en la cosa arrendada, mientras dure el arrendamiento, todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. Aunque no es fácil encontrar casos en que el incumplimiento de dicha obligación no sea imputable al deudor, parece claro que también entonces puede el arrendatario optar entre rescindir o no, salvo, lógicamente, que haya sido él quien haya impedido el cumplimiento.

Conforme al 1556, si el arrendador no entrega la cosa o no mantiene al arrendatario en el goce pacífico de la misma, podrá éste, además de exigir la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda según los principios generales, elegir entre la rescisión o el mantenimiento del contrato. Pero ésta última posibilidad le está vetada cuando la causa del incumplimiento sea la imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación. Así resulta del 1568, de cuya remisión al 1182 se deduce, tal y como ya hemos concluido, la extinción de la obligación del arrendador, lo que le exime de facilitar a su acreedor una nueva cosa, incluso si es posible encontrar otra que satisfaga plenamente su interés (72). Mantener en tal caso el contrato supondría para la víctima del incumplimiento una ventaja injustificada y para el otro contratante un perjuicio excesivo.

(72) Si tendrá, sin embargo, que hacerlo cuando la imposibilidad sea imputable al arrendador, en cuyo caso el arrendatario disfrutará plenamente de la opción del 1556: o rescisión del contrato (con indemnización) o mantenimiento del mismo (también con indemnización).

VII. CONTRATO DE OBRA: ARTS. 1589 y 1590

Es opinión mayoritaria (73) entre nosotros la de que el sentido del art. 1589 del Código es declarar que el contratista que se obligó a aportar el material no puede exigir el precio de la obra cuando ésta se destruye fortuitamente antes de ser entregada, salvo en el caso de morosidad en recibir la obra, y que el art. 1590, referido al contrato de obra sin suministro de materiales por el contratista, distribuye los riesgos entre los dos contratantes, puesto que el contratista habrá trabajado «en vano» (no recibirá el precio) y el comitente perderá los materiales. Sólo podrá reclamarse el precio por el contratista, aparte de en el caso de la mora, en el supuesto en que «*la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño*». Se piensa, además, que los artículos no resuelven el problema de si subsiste la obligación del contratista de ejecutar la obra a que se comprometió inicialmente, aunque debe entenderse que es así siempre que sea posible su realización (74). Mayor diversidad de opiniones se encuentra a propósito de cuál es el fundamento de la solución legislativa al problema de los riesgos en el contrato de obra.

La anterior interpretación tiene, como mínimo, el inconveniente de que deja inexplicada la razón por la que se utilizan dos preceptos distintos, uno para el contrato de obra con suministro de materiales y otro sin él, si se va a establecer el mismo régimen de riesgos. Ambas normas se refieren a la pérdida de la obra anterior a la entrega y las dos imponen el riesgo al contratista en el sentido, según la opinión expuesta, de que no puede reclamar al comitente el precio. Pero es inútil distinguir si el contratista aporta los materiales o no, porque en definitiva siempre va a sufrir el riesgo (75). El hecho de que el 1590 recoja una excepción a la regla general que no aparece en el 1589 no parece suficiente para justificar la duplicidad de normas.

(73) DEL ARCO Y PONS: «Derecho de la Construcción», Jaén 1980, p. 255; ALBACAR LÓPEZ: «Código Civil. Doctrina y jurisprudencia». Tomo V, p. 1210; CASTÁN TOBEÑAS: «Derecho Civil Español, Común y Foral», Tomo IV, undécima edición, Madrid 1981, p. 501; Díez-PICAZO y GULLÓN: «Sistema ...», II, p. 439; LACRUZ BERDEJO: «Elementos...», II, 3.º, p. 283; LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo», T. XX, 2.º, Madrid 1986, p. 264 y ss; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, Tomo II, 2.º, p. 540 y 541; PUIG BRUTAU: «Fundamentos ...» II, 2.º, p. 444; SAGARDOY BENGOCHEA: «Un contrato especial de trabajo: el contrato de ejecución de obra», ADC 1964, p. 53; SÁNCHEZ CALERO: «El contrato de obra. Su cumplimiento», Madrid 1978, p. 183; SOTO NIETO: «El caso...», p. 269 y ss.

(74) ALBALADEJO, en cambio, parece identificar destrucción de la obra con imposibilidad sobrevenida («Derecho Civil» II, 2.º, p. 273).

(75) BLANCO: «Curso...», T. I, p. 102.

Es mucho más lógico pensar que los arts. 1589 y 1590 versan sobre cosas distintas y que la consecuencia jurídica del primero (el contratista «*sufrirá la pérdida*») es diferente de la del segundo, conforme al cual el contratista «*no puede reclamar ningún estipendio*». La interpretación que se va a proponer sobre ambos preceptos responde a esta idea. Según ella, uno y otro guardan relación entre sí, si bien resuelven problemas distintos: del primero se desprende que la destrucción de la obra no es un supuesto de imposibilidad liberatoria si el contratista se obligó a aportar el material, el segundo regula el *periculum obligatio-nis*.

El art. 1589 se refiere al contratista que se obligó a poner el material. Está pensado para los contratos de construcción de una *res nova*, no para los de reparación o modificación de una cosa ya existente. Su consecuencia jurídica, tal y como está formulada, puede tener significados diversos. Descartado por la razón ya indicada (¿porqué diferenciar su supuesto de hecho del del artículo siguiente si la consecuencia jurídica es la misma?) que se esté eximiendo al comitente de la obligación de pago del precio, cabe pensar que su sentido es aclarar que los materiales se pierden para el contratista. Esto es lo que sostiene la doctrina francesa, en la que está muy arraigada la distinción entre «riesgos de la cosa» y «riesgos de la remuneración». Mas, ¿qué quiere decir exactamente que los materiales se pierden para el contratista?

Podría pensarse que se trata sólo de atribuir el *periculum rei* al contratista. Sin embargo, esto parece algo obvio, tanto como que la cosa vendida se pierde para el vendedor, dueño de la misma, o como que la cosa arrendada se pierde para el arrendador, de cuyo patrimonio desaparece. Según SANCHEZ FONTANS, «en cierto sentido puede afirmarse que la cosa perece siempre para su dueño, pues es quien se ve privado del derecho de propiedad, aún en aquellos casos en que el perjuicio económico que esa pérdida entraña es soportado por el otro contratante» (76). Es por ello por lo que no se comprende bien que el Código haya de declarar expresamente tal cosa para el contrato de obra.

Frente a ello podría contraargumentarse que en sistemas como el francés de transmisión consensual de la propiedad, la norma según la cual el contratista sufre la pérdida del material es precisa porque de no ser por ella se dudaría, al menos si el régimen de riesgos se liga a la propiedad de la cosa, si la propiedad de lo ya construido (y de los materiales empleados en la construcción) corresponde al contratista (deudor de los mismos) o al comitente.

Una pista para descubrir el significado de la consecuencia jurídica establecida por el art. 1589 («*el contratista sufrirá la pérdida*») encontramos en sus precedentes inmediatos y, concretamente, en el art. 1788

(76) «El contrato de construcción», Tomo II, Montevideo 1953, p. 199.

del Code y en el art. 1635 del antiguo Código italiano. En ambos y en la Partida V, 8, 17 aparece un dato que no por haber omitido nuestro art. 1589 hay que considerar suprimido y es que se refiere a la pérdida de la obra producida por cualquier causa (77), es decir, la norma se refiere tanto a la pérdida fortuita como a la imputable al contratista. La consecuencia jurídica para este es idéntica en ambos casos. No es dudoso que si la pérdida le es imputable tendrá que proporcionar nuevos materiales y rehacer la obra. Lo mismo cabe decir para el caso fortuito. Se exceptúa sólo la morosidad en la recepción de la obra. En suma, la situación del contratista es la misma con independencia del carácter culpable o fortuito de la pérdida. En ambos casos continúa obligado a hacer y entregar la obra. Habrá diferencias, claro está, en cuanto a la responsabilidad derivada de la mora, sólo exigible si el retraso le es imputable, pero no en cuanto a la subsistencia de la obligación.

Esta idea encuentra base en otros argumentos, concretamente en el art. 1590. Está éste referido al contratista que sólo pone su trabajo, el cual, en el caso de destrucción fortuita de la obra, no puede reclamar el precio; ¿significa esto que sí puede hacerlo, en la misma hipótesis, el contratista que suministra el material?. Es obvio que no, lo que ocurre es que se ha entendido que sólo cuando está obligado a restituir (bien porque debe los materiales que se le han entregado para que realice su trabajo, bien porque se le entrega una cosa para que la repare) puede quedar liberado en base a la imposibilidad sobrevenida fortuita y por eso únicamente para este caso se ha regulado la forma en que ello incide sobre la correlativa obligación del comitente.

De esta forma se deduce del art. 1589 que el contratista no se exime de su obligación de obtener el resultado acordado por el hecho de que la obra se pierda antes de su entrega. Nunca, según el Código, la destrucción de la obra antes de su entrega determina la liberación del contratista si éste suministra el material. En el momento de la entrega su prestación se concentra y se traspa al otro contratante (78). Es exactamente lo mismo que ocurre en la compraventa de cosa genérica, sólo que en ésta la concentración es previa a la entrega. De la misma forma que el deudor de cosa genérica asume el «riesgo»,

(77) Art. 1788 del Code: «*Si, dans le cas ou l'ouvrier fournit la matière, la chose vient a périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fut en demeure de recevoir la chose*».

Art. 1635 del antiguo Código Italiano, según traducción de Romero y Girón: «*En el caso de que el artífice suministre la materia, es de cuenta del mismo la pérdida de la cosa, si ésta pereciere de cualquier manera antes de haberse entregado, a no ser que el que la mandó hacer estuviese en mora para recibirla*».

Ley XVII, Título VIII, Partida V: «*...Otrosí dezimos que destajando alguna ome alguna laour so tal pleyto que fara la laour en tal guisa, que por qual manera quier que se pierda, o se derribe, fasta que el señor otorgue que se paga della, sea a su peligro...*».

(78) BERTRAND: «Les risques dans le contrat d'entreprise», *Revue de Droit Immobilier* 1981, p. 178; ENNECERUS, KIPP, WOLFF: «Tratado...», II, 2.º, p. 521.

en el sentido de que soporta la pérdida que acaezca antes de la concentración (no queda liberado mientras existan cosas pertenecientes al género), el deudor de la obra, salvo mora del acreedor «*sufre la pérdida*» de ésta si tiene lugar antes de la entrega (tendrá pues, que construir nuevamente la cosa). La razón de ello es que la obra es jurídicamente considerada como indeterminada (79). Cuando se ha pactado que el contratista proporcione el material su obligación es genérica: siempre que haya otros materiales aptos para la construcción y dado que el contratista no está imposibilitado para la ejecución de la prestación (80), subsiste la obligación principal que del contrato de obra nace a su cargo.

En realidad, es la misma solución que resulta de los principios generales: mientras que la prestación sea legal y físicamente posible, el deudor permanece obligado. No obstante, este contrato presenta una peculiaridad que convierte la norma en necesaria: el elemento tiempo, referido, como indica MESSINEO, no a la ejecución del contrato, sino a la producción del resultado (81). Por otro lado, en ocasiones resultará tremendamente oneroso para el contratista el emprender de nuevo la obra y teniendo en cuenta el carácter fortuito de la pérdida de la ya iniciada, es probable que nos hubiésemos inclinado, ante el rigor de la solución que resulta del régimen de los arts. 1182-1184, por entender que el contratista queda en tales casos liberado.

Ahora bien, el art. 1589 debe de ser interpretado en relación con el 1184 y concordantes, de manera que si en algún caso (que será poco frecuente) los materiales que tiene que suministrar el contratista son de naturaleza no fungible y se produce la destrucción fortuita de la obra —extremo éste que deberá de probar el deudor de la misma—, estaremos ante una imposibilidad liberatoria para el deudor (82). Pero en general el legislador ha entendido con buen criterio que cuando se pacta que el contratista suministre el material, su obligación es genérica, lo que quiere decir que salvo que se agoten los materiales adecuados para la obra o que el contratista se vea en la imposibilidad de realizarla por causa independiente de su voluntad (hipótesis del art. 1595), siempre será posible (aunque resulte muy gravoso) obtener el resultado pactado. Mientras así sea, el contrato está vivo y las obligaciones de ambas partes también.

(79) BERTRAND: «Les risques...», p. 181; LAURENT: «Principes...», T. XXVI, p. 9; MANRESA: «Comentarios al Código Civil Español», T.X, Madrid 1905, p. 696.

(80) No es esta la hipótesis del artículo, que no se refiere a la imposibilidad sobrevinida de la prestación, sino a la «destrucción de la obra».

(81) «Manual de Derecho Civil y Comercial», traducción de Santiago Sentís Melendo. T. V, Buenos Aires 1971, p. 196.

(82) Es de esta opinión VITALI: «Dell'appalto» en «Commentario torico-pratico al codice civile diretto da Vittorio de Martino», Roma 1973, p. 519.

De ser cierta esta interpretación, el art. 1589 estaría advirtiendo, para el caso de contrato de obra con suministro de materiales por el contratista, que la destrucción de la obra no constituye por sí un caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación (como tampoco lo es la pérdida de la cosa genérica antes de la entrega). Por supuesto que el comitente sigue estando obligado al pago del precio, pero a cambio del resultado debido por el contratista. Según SPOTA (83) la esencia jurídica de la locación de obra indica que solamente ante el resultado alcanzado procede el pago del precio de la obra en que se concretó ese resultado.

Nuestro Código no contiene ninguna previsión expresa relativa a si queda o no liberado el deudor de la obra cuando su destrucción acaece antes de la entrega, para el caso de contrato con suministro de materiales por el comitente. El art. 1590 se ocupa tan sólo de la subsistencia de la obligación de pago del precio cuando la ejecución de la obra ha devenido imposible, pero no de indicar cuándo tal imposibilidad se produce. No puede utilizarse, para resolver esta cuestión, el art. 1589, pues de la norma según la cual el contratista deudor de los materiales tiene que suministrar otros nuevos si la obra se destruye antes de la entrega, que es lo que en definitiva he deducido de este artículo, no puede deducirse a contrario que el comitente obligado a aportarlos no tenga que hacerlo en el mismo caso. Lo único que mediante una interpretación a contrario puede extraerse del precepto en cuestión es que el contratista que no se obligó a suministrar el material no tiene que aportar los materiales para la obra si ésta se destruye sin su culpa. Ello es algo obvio y quizás por eso no pasó al Código la disposición del Proyecto del 51 que así lo establecía. El art. 1530 del Proyecto, tras contener en su primer párrafo la norma del actual art. 1589, y con términos idénticos, añadía en un segundo párrafo: «*Si ha puesto sólo su trabajo o su industria, no es responsable sino de los efectos de su impericia*». La doctrina francesa entiende respecto del art. 1789 del Code, de redacción análoga (84), que su significado es que la destrucción o deterioro de los materiales los sufre el comitente, propietario de los mismos, si el contratista obligado a su restitución prueba que la pérdida no le es imputable (85); Pero afirmar que el riesgo de los materiales lo sufre el comitente es una expresión de significado dudoso (podría entenderse que

(83) «Tratado de locación de obra», Vol. II, 3.ª edición, Buenos Aires 1976, p. 117.

(84) «*Dans le cas ou l'ouvrier fournit seulement son travail ou son industrie, si la chose vient a périr, l'ouvrier n'est tenu que de sa faute*».

(85) BOURBEAU: «Théorie...», p. 197; DELVAUX: «Traité juridique des batisseurs», Bruxelles 1968, deuxième édition, tome premier, p. 52; HANNEQUART: «Le droit de la construction», Bruxelles 1974, p. 143; LAURENT: «Principes...», T. XXVI, n.º 9, p. 12.

con ello quiere decirse que el comitente tiene que aportar nuevos materiales (86)). Con arreglo a sus precedentes, la finalidad de la norma no es otra que proclamar que el contratista no es responsable del fortuito, según siempre se entendió en nuestro Derecho histórico (87). También ahora la solución coincide con los principios generales (88): el contratista que recibe del comitente el material con que realizar la obra asume un deber de custodia y restitución del mismo (89), del que quedará liberado si se destruye fortuitamente, aunque no si la destrucción le es imputable.

La solución es aplicable no sólo en los casos en que el comitente aporte el material, sino también respecto de aquellos contratos por virtud de los cuales se entrega al contratista un objeto para que lo repare o transforme, pues también en estos se detenta una cosa ajena, requisito necesario para la aplicación de esa norma de exención de responsabilidad (90).

La no inclusión en el Código, tras lo preceptuado en el 1589, de la regla contenida en el pfo. 2.º del art. 1530 del Proyecto, es, en buena medida, la responsable de la interpretación de nuestra actual doctrina sobre el régimen de los riesgos en el contrato de obra, que deja algunos puntos oscuros, como el de la subsistencia o no de la obligación de obtener el resultado pactado. Propiamente la norma no es necesaria, dado que al mismo régimen (el de que el contratista no responde de la pérdida fortuita de los materiales) se llega a partir de los principios generales, pero al suprimirse, sin modificarse la redacción de la norma previa y de la siguiente, respectivamente referidas al contrato de obra con suministro de materiales (pfo. 1.º del art. 1530 del Proyecto) y a aquél en el que el contratista se obliga sólo con su trabajo (art. 1531 del Proyecto), inducen al lógico error de creerlas referidas a la misma cuestión. Sólo la coincidencia, para ambas hipótesis, de la consecuencia jurídica, pone al intérprete sobre la pista de que no es así.

Volviendo al caso del contrato de obra con suministro de materiales por el comitente, debe de partirse de que, a falta de norma expresa, hay que estar a las reglas generales para decidir cuándo hay imposibilidad liberatoria. Debe, eso sí, tenerse presente que para nues-

(86) De hecho, algunos autores italianos (VITALI: «Dell'appalto», p. 520 y SCOCCINI-RIPA: «Il contratto di appalto tra privati», Roma 1987, p. 178) interpretan de ese modo la expresión utilizada por el 1673, pfo. 2.º del Código italiano que expresamente dice que el perecimiento o deterioro de la obra es a cargo del comitente.

(87) Véase GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: «Códigos o Estudios...», T. IV, p. 441 y ss.

(88) RICCI: «Derecho Civil», T. XVII, p. 336.

(89) BORREL MACIA: Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, voz «arrendamiento de obras», p. 914; LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios...», T. XX, vol. 2.º, p. 251; MANRESA: «Comentarios...», T.X, p. 698; POTHIER: «Tratado de la locación-conducción», traducido al español, Barcelona 1841, p. 192; SALVADOR CODERCH: «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, T.II, p. 1189.

(90) BERTRAND: «Les risques...», p. 180.

tro Código tal imposibilidad no se produce en el contrato de obra con suministro de materiales por el contratista, sí que es posible cuando el que suministra los materiales es el dueño de la obra. Prueba de ello es el art. 1590 que regula el *periculum obligationis* en esta última modalidad de contrato de obra.

De conformidad con los principios generales, la destrucción fortuita antes de la entrega de la obra y siempre que el deudor no esté en mora le eximirá de su obligación salvo que el comitente le entregue nuevos materiales. Si es así el resultado puede todavía ser obtenido. El contratista tendrá que realizar de nuevo el trabajo que ha perdido, pero su situación no es distinta de la contemplada en el art. 1589. Ahora bien, el comitente no está, propiamente, obligado a aportar nuevos materiales. La ley no le impone este deber. Su obligación de suministro de materiales se ha extinguido con el cumplimiento. De otro lado, es obvio que el contratista no tiene que aportarlos en esta modalidad de contrato de obra (art. 1589 a contrario) y que a falta de material no puede lograr el resultado pactado. Pero sí que puede hacerlo si el acreedor de la obra le proporciona nuevos materiales, debiendo entonces entenderse que subsiste el deber de ejecutar la obra, al igual que subsiste para el contratista que aporta el material.

Todo ello significa que, de hecho, es el comitente el que decide, bastándole, si todavía le interesa el resultado, con suministrar nuevos materiales para la obra. Subsiste, además, su obligación de pago del precio, pero siempre a cambio del resultado, nunca por el trabajo frustrado. Si al comitente no le interesa ya la obra le basta con abstenerse de procurar nuevos materiales (ya se ha dicho que ningún precepto le obliga a ello, a cambio de lo que ocurre respecto del contratista). Es entonces cuando la obligación del contratista de obtener el resultado se extingue por imposibilidad sobrevenida fortuita (arts. 1182 y 1183) y se decide el destino de la obligación principal a cargo del otro contratante en base a lo preceptuado en el art. 1590, el cual establece como regla que el contratista no puede reclamar ningún estipendio y como excepciones la mora en la recepción de la obra y el hecho de haber provenido la destrucción de la mala calidad de los materiales, si advirtió oportunamente al dueño dicha circunstancia.

Las soluciones del Código parecen estar pensadas para la pérdida total. Veamos lo que ocurre si la pérdida es parcial. También entonces está en manos del comitente evitar la imposibilidad liberatoria para el deudor. Ahora bien, si no proporciona nuevos materiales para la construcción, no puede, sin embargo, rechazar la obra realizada alegando que no coincide con la pactada y tendrá, lógicamente, que satisfacer el precio que corresponda a la parte efectivamente realizada. De lo contrario quedaría a su arbitrio el hacer recaer sobre el contratista todos los perjuicios del caso fortuito. Por la misma razón no puede pedir la resolución del contrato, ni siquiera cuando se haya perdido una parte importante de la obra, pues entonces sufriría el contratista la pérdida del

trabajo ya realizado al que sin embargo no le ha afectado el fortuito. El argumento en que apoyar esta solución lo encontramos en el art. 1595. Declara éste rescindido el contrato por la muerte del contratista cuando se le había encargado la obra por razón de sus cualidades personales, si bien se le impone al propietario la obligación de abonar a los herederos del constructor el valor de la parte de obra ejecutada, en proporción al precio convenido. «*Lo mismo se entenderá —dice el pfo. 3.º— si el que contrató la obra no puede acabarla por causa independiente de su voluntad*» (91).

Lo peculiar de la resolución de que trata el art. 1595 es que no se refiere a la parte de obra ya ejecutada, sino a la pendiente de realizar. Lo que ya se hubiera cumplido de la prestación del constructor se mantiene y debe retribuirse en proporción al precio estipulado. El comitente no puede rechazar la obra inconclusa (92). Ello quiere decir que en esta modalidad contractual el acreedor no puede elegir, si se produce una imposibilidad parcial, entre resolver la relación obligatoria sinagmática u optar por su continuación con la proporcional reducción de la contraprestación, solución que se propugna en general para la hipótesis de la imposibilidad sobrevenida parcial (93).

No es sólo al comitente a quien le está vetada la resolución (total) del contrato, sino también al contratista. Si recibe nuevos materiales para la obra, no cabe la resolución pero porque faltará uno de sus presupuestos: el incumplimiento inimputable, pero ¿y si no los recibe?. Creo que la resolución que entonces debe de tener lugar es la del art. 1595. No parece sostenible que el contratista pueda resolver totalmente el contrato pues con ello privaría a su acreedor de recibir la parte de obra ya ejecutada. No olvidemos que el dueño no está obligado a procurar nuevos materiales y que en consecuencia aunque no lo haga su conducta es tan irreprochable como la del constructor. No por el hecho de haberse decidido a recibir tan sólo la parte de obra realizada puede verse expuesto a verse privado de ella. Esta es la solución que acoge el art. 1672 del Código italiano. En realidad, como dice DE MARTINO, teniendo en cuenta la naturaleza indivisible de la obligación del constructor, el incumplimiento parcial debería de equipararse al incumplimiento total, pero dado que la falta de ejecución integral de la obra no es imputable a ninguna de las partes, se admite que el comitente esté obligado a pagar la parte de obra ejecutada, atemperándose así el rigor del principio de indivisibilidad. (94)

(91) Entiende nuestra actual doctrina (LUCAS FERNÁNDEZ: «Comentarios...», Tomo XX, 2.º, p. 436 y SALVADOR CODERCH: «Comentario...», T.II, p. 1205) que las causas del pfo. final del artículo no han de recaer necesariamente sobre la persona del contratista.

(92) SÁNCHEZ FONTANS: «El contrato...», p. 81.

(93) DíEZ-PICAZO: «Fundamentos...», Tomo I, vol. 2.º, p. 657.

(94) VITALI: «Dell'appalto» en Commentario teorico-pratico al codice civile diretto da Vittorio de Martino, Roma 1973, p. 515.

En conclusión, nuestro Código dedica dos artículos a la destrucción fortuita de la obra antes de ser recibida por el comitente: el 1589 y el 1590. En el primero de ellos me baso para sostener que no es causa de liberación para el deudor si el contratista se obligó a aportar el material; el segundo niega el derecho del acreedor a recibir la contraprestación (el precio de la obra) en aquellos casos en que se haya extinguido la obligación de ejecutar la obra, lo que sólo es posible, según el sistema del Código, cuando es el comitente el que aporta el material. El art. 1589 se aplica sólo a la destrucción de la obra, no a otros supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, para determinar la existencia de los cuales habrá que estar al régimen general. La solución del art. 1590 rige siempre que se produzca la liberación del contratista. Cuando esto ocurra el comitente queda a su vez liberado de la obligación de pago del precio (si la destrucción es total) o bien esta se reduce en proporción a la parte de obra ejecutada, en base al art. 1595.

VII. CONTRATO DE SOCIEDAD: ARTS. 1687 y 1701

Siendo la sociedad, como el arrendamiento, un contrato consensual (art. 1679) y de tracto sucesivo, la problemática de la pérdida de la cosa debida va a presentar caracteres análogos en ambos. En el contrato de sociedad, la pérdida de la cosa objeto de aportación puede ocasionar, según el momento en que se produzca (antes o después de que el socio la haya entregado) el incumplimiento de dos distintas obligaciones: la del socio de aportar lo prometido (art. 1681) y la de la sociedad de restituir al socio su aportación cuando se disuelva la sociedad.

Antes de analizar de qué forma incide sobre la relación contractual la imposibilidad sobrevenida de cada una de esas obligaciones, es preciso ver si dicha imposibilidad se produce conforme a las normas generales o si hay alguna norma especial al respecto.

El socio se libera de la obligación de aportar por imposibilidad sobrevenida cuando, consistiendo en la entrega de una cosa determinada, tanto si lo es para transmitir su propiedad como para ceder su uso, se pierde ésta por una causa que no le es imputable. Es el régimen general de los arts. 1182, 1183 y concordantes del Código (95). No hay en este punto ninguna especialidad, pues el art. 1687 sólo considera el caso de las aportaciones ya realizadas (96). Es más que razonable la solución propuesta por SOTO NIETO de atribuir el riesgo a la sociedad desde la perfección del contrato en base a la similitud, cuando se aporta la

(95) ESPIN: «Manual de Derecho Civil Español», vol. III, 3.^a edición, Madrid 1970, p. 583; PAZ-ARES: Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Tomo II, p. 1429.

(96) En este sentido, PUIG BRUTAU: «Fundamentos de Derecho Civil», II, 2.^o, 2.^a edición, Barcelona 1982, p. 503.

propiedad de una cosa, entre el socio y el comprador, al que el art. 1452 impone el riesgo antes de la entrega. Pero, aparte de la excepcionalidad de esta norma, el art. 1701, pfo. 1.º, disipa cualquier duda al proclamar como efecto del perecimiento de la cosa previa a la entrega, la disolución de la sociedad, pues si bien es cierto que extinción de la obligación y extinción de la sociedad son cosas distintas, es obvio que esto último implica por fuerza aquello (97). También la aportación de industria puede, obviamente, hacerse imposible de manera sobrevenida. Independientemente de la incidencia que ello tenga sobre el conjunto de la relación contractual, el socio queda liberado de su obligación de aportar si la imposibilidad no le es imputable (art. 1184).

En cuanto a la obligación, a cargo de la sociedad, de restituir al socio la cosa específica aportada, se extingue cuando la pérdida de ésta no es imputable a la sociedad, siempre y cuando se trate de una restitución *in natura*, porque si lo que la sociedad tiene que restituir en fase de liquidación es otro tanto de la misma especie y calidad de lo aportado (como cuando la aportación es pecuniaria), el riesgo es de la sociedad, en el sentido de que no se libera de dicha obligación por el hecho de que se hayan perdido o deteriorado, aún fortuitamente, las cosas concretas que recibió del socio aportante. Entiendo que este es el significado del art. 1687, en el cual, por lo tanto se habla de «riesgo» en el mismo sentido en que lo hace nuestra doctrina a propósito de la regla consagrada en el 1182. Este, al proclamar la liberación del deudor por imposibilidad sobrevenida de la prestación está atribuyendo el «riesgo» al acreedor, que es quien no va a ver satisfecho su interés. Y lo mismo hace el párrafo primero del art. 1687 al atribuir al socio propietario (acreedor de la restitución *in natura*) «*el riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos*», regla general respecto de la cual constituyen excepciones los casos mencionados en el párrafo segundo.

No es ésta la interpretación tradicional del precepto, pero si se aborda sin prejuicios, es perfectamente razonable y apta para obviar los inconvenientes de aquélla, que nunca resultó plenamente satisfactoria. El objetivo del art. 1687 de nuestro Código Civil es, según opinión unánime (98), decidir quien ha de pechar, al término de la sociedad, con la pérdida, deterioro o aumento de valor de las cosas aportadas, si el socio aportante o la sociedad, pero partiendo de la idea de que ésta tiene que restituir **todas** las aportaciones recibidas. Se comprende así que se in-

(97) CAPILLA RONCERO: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo», Tomo XXI, vol. 1.º, Madrid 1986, p. 620.

(98) BLANCO («Curso...», p. 104); CAPILLA («Comentarios...», T. XXI, 2.º, p. 317); DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS («Sistema de Derecho Civil», vol. II, 6.ª edición, Madrid 1989, p. 524); MANRESA («Comentarios...», T. XI, p. 341); PAZ-ARES («Comentario...», p. 1429); PUIG BRUTAU («Fundamentos...», tomo II, vol. 2.º, p. 503; SOTO NIETO («El caso...», p. 290).

terprete que atribuir el riesgo a la sociedad signifique que en las operaciones de liquidación el socio aportante tenga derecho en todo caso a recuperar el bien (99) sin quedar perjudicado por su pérdida o deterioro; y que hacer recaer el riesgo sobre el socio implique, por el contrario, que a éste se le restituirán las cosas aportadas en el estado que tengan al tiempo de su devolución. Esto último es lo que dispone el párrafo 1.º respecto de las aportaciones *quoad usum* de cosas no fungibles. No hay previsión expresa para las aportaciones *quoad dominium*, pero se deduce a sensu contrario del mismo párrafo: el riesgo será entonces de la sociedad. También será de la sociedad, por disposición expresa del pfo. 2.º: «*si las cosas aportadas son fungibles o no pueden guardarse sin que se deterioren o si se aportaron para ser vendidas o cuando se trate de cosas aportadas con estimación hecha en el inventario*». La razón de ello, según opinión generalizada, es que en tales casos se ha transmitido la propiedad de las cosas y el legislador no hace otra cosa, en relación con el riesgo de la aportación, que consagrar el principio *res perit domino* (100).

La diferencia esencial entre la tesis mayoritaria —que acabo de resumir— y la aquí adoptada, es el punto de partida. Que el 1687 regula el *periculum rei* («*El riesgo de las cosas ciertas y determinadas...*», comienza diciendo la norma) y no el riesgo contractual o *periculum obligationis*, no ofrece duda, y que se refiere únicamente al riesgo de las cosas después de la aportación, tampoco. **Pero lo hace sólo en relación con la obligación de restituir** a cargo de la sociedad en el momento de su liquidación. El precepto no se ocupa de establecer cuándo existe la obligación de restitución y cuándo no, como parece entenderse entre nosotros, sino que lo presupone. Está tan sólo referido a aquellas aportaciones que, una vez recibidas por la sociedad, originan a su cargo una deuda de restitución que deberá de cumplirse cuando finalice el contrato, esto es a las aportaciones *quoad usum*. De ahí el silencio del artículo respecto de las aportaciones *quoad dominium*, que había llamado la atención de BATLLE VAZQUEZ (101).

Prescindiendo de la oscura categoría de aportación *quoad sortem*, se clasifican las aportaciones sociales en aportaciones a título de propiedad (*quoad dominium*) y aportaciones a título de uso (*quoad usum*) (102). Las primeras transmiten a la sociedad la titularidad plena del derecho que se aporta. Si se trata de cosas se transfiere su propiedad y pasan a

(99) O su valor, sobre este punto no hay acuerdo.

(100) ALBÁCAR Y ALBIEZ: Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, p. 231. CAPILLA: «Comentarios...», p. 320; PAZ-ARES: Comentario..., p. 1430.

(101) MUCIUS SCAEVOVA: Código Civil. Tomo XXV, vol. 2.º, Madrid 1948, p. 85.

(102) Sobre los distintos tipos de aportaciones y sobre éstas en general, ampliamente CAPILLA RONCERO: «La sociedad civil», Bolonia 1984, p. 36 y ss.

formar parte del patrimonio social (103). No puede, pues, hablarse de un derecho del socio a recuperar en especie lo aportado (104) y, dudosamente, de un derecho a recuperar su valor (105). Como dice BORDA a propósito del Código argentino (art. 1702 y concordantes), en el que ésta cuestión está muy clara, si a la liquidación de la sociedad todavía subsistieran total o parcialmente los bienes aportados en propiedad, no podrá exigir su restitución el socio que los aportó. Este tiene sólo un derecho personal para exigir la porción del capital social que le corresponde en la sociedad, pero no un derecho real sobre los bienes aportados (106). También en nuestro Código hay base para sostener que al finalizar la sociedad el capital social será distribuido entre los socios, salvo el que lo sea de industria, en proporción a sus aportaciones (107). Me refiero al art. 1708 cuando preceptúa que «*Al socio de industria no puede aplicarse ninguna parte de los bienes aportados*» y no sólo porque en él se hable de «*parte de los bienes aportados*», sino porque la norma sería innecesaria si fuese cierto que en fase de liquidación se debería adjudicar a cada socio exactamente el bien aportado (o su valor caso de pérdida) al ser claro que el socio de industria no ha aportado un bien material.

Mediante las aportaciones a título de uso únicamente se cede a la sociedad el goce de las cosas aportadas, pero el socio que las realiza conserva la propiedad de las mismas. Consecuencia inmediata de ello es su derecho a recuperarlas idénticamente. Cuando esta restitución deviene imposible de manera fortuita, la sociedad queda liberada de dicha obligación o, lo que es lo mismo, aunque con términos poco exactos, el riesgo es del socio propietario. Lo establece así el pfo. 1.º del art. 1687, que vendría a coincidir con el parágrafo 732 del BGB, que tras afirmar que los objetos que un socio ha cedido a la sociedad para su aprovechamiento han de restituírsele, añade que el socio no puede exigir indemnización por un objeto perdido o menoscabado por caso fortuito. Cuestión distinta es la del estado en que debe devolverse la cosa, que propiamente no aborda ese precepto, pero que debe de ser resuelta, habida cuenta de la analogía existente entre las aportaciones *quoad usum*

(103) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, T. II, vol. 2.º, p. 695.

(104) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: Notas al Tratado de Ennecerus, II, 2.º, p. 741.

(105) Esta es la postura de LACRUZ BERDEJO: «Elementos...» II, 3.º, p. 428.

(106) «Tratado de Derecho Civil argentino. Contratos». Tomo II, 2.ª edición, Buenos Aires 1969, p. 232.

(107) Nos recuerda PAZ-ARES, en su magnífico comentario al art. 1687, que la cifra que arroja la liquidación del patrimonio social viene formada por dos magnitudes que se reparten de modo distinto: el capital (valor conjunto de las aportaciones) que se distribuye de acuerdo con el valor aportado por cada socio y el resultado (pérdidas o ganancias) que se distribuye de conformidad con lo prevenido en el contrato o en la ley» («Comentario...», Tomo II, p. 1429).

y el arrendamiento, mediante la aplicación del art. 1561, a cuyo tenor el arrendatario, al concluir el arriendo, debe devolver la cosa arrendada «*tal como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable*» (108).

Lo anterior es para la hipótesis de que las cosas aportadas en uso no se consuman mediante su utilización, mas es claro que también son susceptibles de este título de aportación cosas que se consumen por el uso. Lo que la sociedad entonces habrá de restituir es otro tanto de la misma especie y calidad (109). Respecto de esta deuda de restitución del *tantumdem* no puede tener lugar la imposibilidad liberatoria para la sociedad. Este es el sentido del pfo. 2.º del 1687 cuando dice que «*el riesgo es de la sociedad*».

Cuatro supuestos distintos recoge este párrafo segundo. En cuanto al primero, el de las cosas fungibles, es fácil comprender por qué es la sociedad la que sufre el riesgo. Cosas fungibles son aquí aquéllas que no pueden usarse sin consumirse (caso del dinero); estrictamente no es, pues, concebible que sólo se aporte su uso y no su propiedad. Pero cuando las partes, a pesar de ello, las hacen objeto de una aportación de este tipo, lo que en realidad están acordando es que cuando se liquide la sociedad se reintegre al socio aportante el *tantumdem*, igual que si de un préstamo se tratara (110). Lo mismo puede decirse en relación con las cosas que no pueden guardarse sin que se deterioren. La explicación es distinta respecto de las cosas que se aportaron para ser vendidas: el uso pactado (la venta) determina la desaparición del bien del patrimonio social; no pudo por ello convenirse la restitución del mismo bien entregado, sino del precio de la venta. Suele por eso decirse que en realidad el socio aporta el precio de las cosas que han de ser vendidas (111).

Se llega así al último caso del pfo. 2.º del 1687, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, que presenta algunas diferencias con los anteriores. Se trata ahora de cosas determinadas que, por lo tanto, la sociedad tendrá que restituir *in natura*. Pero si se pierden fortuitamente, la sociedad, excepcionalmente, no queda liberada, debiendo satisfacer al socio aportante el precio en que fueron tasadas. El legislador agrava así, mediante una norma dispositiva, la responsabilidad de la sociedad, como agrava también en idéntico caso la del

(108) El art. 1706 del Código Argentino consagra expresamente esta solución para la sociedad. Dice así: «Si la prestación fuere del uso o goce de los bienes, el socio que la hubiese hecho continuará siendo propietario de ellos, y es de su cuenta la pérdida total o parcial de tales bienes cuando no fuese imputable a la sociedad o a alguno de los socios; y disuelta la sociedad podrá exigir la restitución de ellos en el estado en que se hallaren».

(109) MUCIUS SCAEVOLA: «Código Civil», tomo XXV, p. 85.

(110) Sobre esto, BORDA: «Tratado...», Tomo II, p. 232.

(111) En contra, CAPILLA: «Comentarios...», T. XXI, 1.º, p. 329.

comodatario, según resulta del art. 1745. La *ratio* de ambas disposiciones es la misma y así lo advirtió GARCÍA GOYENA (112) con un comentario del que prescinden los autores y que carece de sentido desde la explicación mayoritaria (113) de este caso, consistente en entender que a falta de pacto especial en contrario, la estimación causa venta (114). No siempre es así y muchos autores lo reconocen. Como advierte ESPIN, la estimación puede obedecer a diversas finalidades, como la simple restitución del valor (115).

Pienso que con la anterior forma de entender el art. 1687 quedan superados los inconvenientes que se derivan del significado que tradicionalmente se le ha atribuido. El problema, todo hay que decirlo, es el de los argumentos en que apoyarlo, impenscindibles cuando se propone una interpretación novedosa. Al margen de algunas razones ya mencionadas (como la de que de esta manera se explica el silencio del artículo respecto de las aportaciones en propiedad), el argumento decisivo lo encontramos en las ideas de POTHIER, que el Código francés y luego el nuestro respetaron plenamente en este punto.

Dentro del Tratado de la sociedad se ocupa POTHIER de los riesgos en tres lugares distintos: dentro de las clases de sociedades, a propósito de las obligaciones respectivas de los socios y, por último, en el n.º 126 del capítulo VIII, pero aquí sólo se ocupa de aquéllos que pueden afectar a una aportación de goce que la sociedad debe devolver porque se va a disolver o por otra causa cualquiera. Y aquí precisamente se contienen, según REY PORTOLES (116), los antecedentes literales del actual art. 1687.

Una vez establecido en qué casos se extinguen por imposibilidad sobrevenida la obligación de aportar del socio y la de restituir a cargo

(112) Véase su comentario al art. 1581 y 1636 del Proyecto de 1851.

(113) BOURBEAU: «Théorie des risques et perils dans les obligations», Poitiers 1865, p. 203; GIORGI: «Teoría de las obligaciones», vol. IV, traducción de la 2.ª edición, Madrid 1977, p. 274; LAURENT: «Principes...», Tome XXVI, p. 289; MANRESA: «Código...», tomo XI, p. 343.

(114) En la S. de 20 de julio de 1989 (RA 5766) el Tribunal Supremo aplicó el art. 1687, pfo. 2.º, para hacer recaer sobre la sociedad el riesgo de una aportación de ganado hecha con tasación, explicando la norma de esta manera: «En los supuestos en que dicho precepto hace correr el riesgo por parte de la sociedad es porque a ésta se le ha transferido la propiedad de las cosas, según el principio «res domino suo perit», y este es, en definitiva, el criterio mantenido por el Juzgado de Primera Instancia y por la Sala de apelación al entender correctamente que en tales casos el usufructo recae, no sobre las cosas mismas que se entregan, sino sobre la suma representativa de su valor estimado (cuasi usufructo), debiendo por ello ser rechazados ambos motivos».

(115) «Manual...», vol. III, p. 584. En el mismo sentido, BATLLE VÁZQUEZ en Código Civil citado, tomo XXV, p. 86.

(116) No me ha sido posible consultar el Tratado de la sociedad de Pothier; en consecuencia me atengo en esta cuestión a la información proporcionada por REY PORTOLES en su trabajo «El art. 1701 del Código Civil. La imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad civil» en ADC 1975, p. 925, nota 81.

de la sociedad, puede ya afrontarse la cuestión de la incidencia que ello tiene sobre el conjunto de la relación social. Aborda esta cuestión el art. 1701 del Código, en el cual se diferencian varios supuestos. De él se deduce que en nada afecta a la vida de la sociedad la pérdida de la cosa cuya propiedad ya se le había transmitido, de la misma forma que tampoco incide sobre el contrato de compraventa la pérdida fortuita de la cosa vendida en poder del comprador. Sin embargo, cuando se trate de cosas de las que el aportante conserve la propiedad, su pérdida produce la disolución de la sociedad, tanto si ya se había efectuado la entrega (pfo. 2.º) como si no (pfo. 1.º). También en materia de arrendamiento se establece en nuestro Derecho una misma consecuencia para la pérdida de la cosa arrendada, con independencia de que se haya o no entregado al arrendatario, pues a éste no se le transfiere su propiedad (117).

El artículo contempla solamente la pérdida fortuita de la cosa específica que el socio se ha obligado a aportar a la sociedad o de la cosa ya efectivamente aportada *quoad usum* que es jurídicamente considerada como específica por el hecho de haber sido ya entregada. Aunque la opinión no es unánime (118), comparto la de PAZ-ARES (119) y CAPILLA (120) de que, aunque el precepto no distingue, la disolución se ordena sólo para la pérdida fortuita del bien aportado o que se debe a la sociedad. Los argumentos esgrimidos por este último resultan convincentes: «el supuesto general de incumplimiento del deber de aportar en relación con la posible disolución de la sociedad se encuentra recogido, junto con el incumplimiento de otros posibles deberes del socio, en el art. 1707, en el cual se comprenden tanto los supuestos de pérdida culpable como aquéllos otros en los que la pérdida es por caso fortuito o fuerza mayor». También la *ratio* de la norma aboga en ese sentido. La extinción del contrato de sociedad no se establece en atención a que la imposibilidad de realizar una aportación (o de mantenerla si era a título de uso) haga imposible la consecución del fin social, pues esto último constituye una causa de disolución distinta, recogida en el n.º 2 del art. 1700 (121). Es opinión generalizada la de que es el carácter esencial de la aportación la razón por la cual se dispone que la imposibilidad sobrevinida de la aportación de un socio determina, automáticamente, el fin de la sociedad. Sostuvo POTHIER que siendo de

(117) Véase en este trabajo, el comentario al art. 1568.

(118) No la comparte LACRUZ: «Elementos...», II, 3.º, p. 425.

(119) «Comentario...», T.II, p. 1496.

(120) «Comentarios...», t. XXI, vol. 1.º, p. 620.

(121) Existe, no obstante, una corriente doctrinal (ALBÁCAR Y ALBIEZ: «Comentario...», Tomo VI, p. 260; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: «Sistema...», p. 532) según la cual el art. 1701 es desarrollo del n.º 2 del art. 1700. Pero REY PORTOLES demuestra, en su documentado trabajo sobre aquél, («El art. 1701 ...», p. 903 y ss.) que no es así.

esencia de la sociedad que cada uno de los socios contribuya a ella, no puede ya haber sociedad cuando uno de los socios no tiene con qué contribuir (122), afirmación que, se estime o no errónea, parece inspirar el artículo 1701 de nuestro Código civil. Y si esta es la *ratio* de la norma, no hay más remedio que limitarla a los casos de pérdida fortuita porque si es imputable al socio aportante, tendrá éste que satisfacer el equivalente y faltará el presupuesto de la falta de aportación. Distinta es la facultad de los restantes socios de instar la disolución de la sociedad que, sin duda alguna, les asiste en este caso.

Sin negar que, en último término, sea el carácter esencial de la aportación el fundamento de la radical consecuencia jurídica prevista por el artículo 1701, hay otra razón más concreta en la que fundarla: si continuase la sociedad pese a quedar liberado un socio de su deuda (la aportación devenida imposible) frente a la sociedad, quedaría roto en todo caso el equilibrio inicial entre lo que se había previsto que dicho socio iba a dar y a recibir de la sociedad. Por eso se proclama extinguida la sociedad, aún cuando el fin social sea posible y aún cuando el socio liberado de la aportación imposible continúe siendo deudor de la sociedad de una aportación distinta, pendiente o no de cumplimiento.

En materia de distribución de pérdidas y ganancias rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad, con el único límite derivado del art. 1691. Pero el Código supone que la participación que se asigna a cada socio en beneficios **está en función** de lo que se obliga a aportar a la sociedad. Esta es la razón por la que señala como criterio para establecerlos, a falta de pacto, el de la proporcionalidad (art. 1689, pfo. 2.º). Por ello, si pese a quedar liberado un socio de una aportación concreta, continuase la sociedad funcionando en los términos inicialmente convenidos, la participación en pérdidas y ganancias acordada para dicho socio no guardaría ya la debida relación con la aportación; se estarían atribuyendo pérdidas o ganancias como contrapartida de una aportación inexistente.

Es evidente que los socios, en el momento de pactar la participación en los resultados, pueden tener en cuenta otros aspectos (es posible, por ejemplo, que haya un cierto ánimo de liberalidad respecto de alguno de los socios (123)), pero el legislador entiende, y ello es lógico pues así ocurre normalmente, que se ha atendido a la aportaciones convenidas. En cierto modo, al asignarse los porcentajes de participación en pérdidas y ganancias, se ha atribuido un valor a las aportaciones de los socios, en función de circunstancias no estrictamente económicas, sino de otras como pueden ser la importancia que cada una reviste en el conjunto de la relación social, que sea o no imprescindible para la consecución del fin, etc.

(122) Cita de REY PORTOLÉS, p. 925.

(123) En este sentido, CAPILLA: «La sociedad...», p. 199.

El punto de partida del Código alemán es distinto. En él se prescindió totalmente de cualquier relación entre participación en resultados y aportación. Es claro al respecto el texto del parágrafo 722, a cuyo tenor «*Si las cuotas de los socios en las ganancias y pérdidas no están determinadas, cada socio tiene, sin consideración a la clase y cuantía de su aportación, una cuota igual en las ganancias y pérdidas*». Se establece que, ante la falta de disposición de los particulares, el criterio de distribución es por cabezas y no proporcional como en los códigos que siguieron el patrón napoleónico, lo que quiere decir que se entiende que aportación y cuota en beneficios discurren por caminos separados. Coherentemente con ello no incluye el BGB ningún precepto en el que se señale como efecto de la imposibilidad sobrevenida del deber de aportar, la disolución de la sociedad, ni tampoco la exclusión del socio. Salvo que los socios hagan uso de la facultad de denuncia que se les concede para el caso de que se haga imposible el incumplimiento de la obligación de un socio (& 723) o que sea ya imposible la consecución del fin social (& 726), la sociedad subsiste. En lo que no hay acuerdo entre los autores alemanes es en la repercusión que tiene sobre la relación social la imposibilidad liberatoria (se discute si los restantes socios pueden reducir en la misma proporción sus aportaciones o si disminuye la cuota de ganancia del socio liberado. Está claro, no obstante, en base al & 707 que no está obligado a aportar otro objeto para sustituir al perecido o menoscabado).

Volviendo a nuestro Código, no está claro si para aplicar el art. 1701 basta con que se produzca la pérdida inimputable de la cosa objeto de una aportación *quoad usum* o si es necesario que la imposibilidad afecte a todo lo que el deudor debía a la sociedad. Esto último es lo que parecen entender nuestros autores y ello es lógico, puesto que sostienen que la razón de la norma es que sin aportación no hay sociedad; luego si subsisten (satisfechas ya o no) otras aportaciones a cargo del mismo socio, habría que entender que la disolución no se produce. Sin embargo, la interpretación literal del artículo apunta en sentido contrario y si a ello añadimos que la razón de ser de la norma es que la falta de una aportación supone la ruptura del equilibrio establecido al celebrarse el contrato, parece lo exacto sostener que la pérdida de cualquier aportación *quoad usum* implica para el Código la disolución de la sociedad, porque mediante ella se destruye la equivalencia entre aportación y cuota de resultados, con independencia de que subsistan o no otras deudas a cargo del mismo socio.

Se pudo optar por restablecer dicho equilibrio por otros medios menos drásticos que la extinción del contrato, como la reducción de la participación en beneficios en proporción a la aportación fallida, siempre, claro está, que continúe siendo posible la consecución del fin social (de lo contrario se aplicaría como causa de extinción la del n.º 2 del art. 1700). De la misma forma que en la compraventa o el arrendamiento el precio se reduce, siempre que el contrato siga interesando al acreedor de la cosa, cuando ésta se deteriora parcialmente, podría pen-

sarse que esta solución, más acorde con el principio de conservación del negocio, es también adecuada para el caso planteado.

Y tampoco es imprescindible, para restablecer el equilibrio en los casos en que se hace imposible la total aportación de un socio, ordenar la extinción de la sociedad, siendo suficiente con excluir a éste de la relación contractual, como hace hoy el Código italiano (art. 2286) y propugna en nuestro país, fundamentalmente, REY PORTOLLES (124).

En cuanto a la consecuencia jurídica del art. 1701, es claro que la pérdida fortuita de la cosa objeto de la aportación *quoad dominium* antes de la entrega y de la aportación *quoad usum* en cualquier momento, origina la disolución de la sociedad. Pero advierte CAPILLA que el automatismo no significa que sin tránsito alguno y si ningún socio la insta, deba entenderse disuelta la sociedad, pues se trata de la protección de intereses particulares en los que los tribunales no pueden entrar de oficio y nadie mejor que los propios interesados para decidir la puesta en marcha del mecanismo disolutorio (125). Se suma por eso a la opinión de los que entienden que la disolución tiene que ser instada por los demás socios. Pero ello plantea el problema de las relaciones y diferencias entre el art. 1701 y 1707 que quedan definitivamente aclaradas desde la perspectiva de PAZ-ARES. Para este, ambos preceptos no se solapan, sino que se complementan; cada uno regula una materia distinta: el primero, la distribución de riesgos, el segundo, la disolución. Se puede así llegar a la conclusión de que la forma de extinguirse el contrato de sociedad por imposibilidad sobrevenida no difiere de la manera de extinguirse por la misma causa los contratos sinalagmáticos (resolución ex art. 1124 y por tanto, no automática). No obstante, la utilidad del art. 1701 en cuanto norma sobre riesgos, es obvia. Aparte de que, como señala este autor (126), en base a él es indiscutible el derecho de cualquier socio a provocar la disolución de la sociedad mediante denuncia unilateral, y de que priva al socio del derecho a reclamar la cuota de liquidación, posee la indudable utilidad de resolver en sentido negativo la duda acerca de si, producida la pérdida de lo aportado a la sociedad sólo para su uso, estaría o no obligado el socio a realizar una nueva aportación de iguales características, lo que de modo expreso resuelve el art. 1710 del Código argentino y el 707 del BGB.

Aparentemente no decide el art. 1701 la cuestión de si el socio causante de la disolución participa o no en las ganancias y pérdidas de la sociedad, pero desde el momento en que se considera una norma sobre riesgos, la respuesta a este interrogante es clara. Si el precepto declara la disolución de la sociedad por entender que sólo si hay aportación se

(124) «El art. 1701...», p. 975.

(125) «Comentarios...», T. XXI, vol. 1.º, p. 625.

(126) «Comentario...», Tomo II, p. 1497.

tiene derecho a la participación en las ganancias, no hay más remedio que entender que éstas no le corresponden al socio que no aportó. Se hace preciso, no obstante, distinguir varias hipótesis:

En el caso del párrafo primero (pérdida de cosa específica que se debía transmitir a la sociedad, ocurrida antes de la entrega) la situación del socio deudor de la misma en la liquidación de la sociedad, sería la siguiente: no tiene derecho a participar ni en el capital ni en los resultados si la aportación frustrada era la única a su cargo. En caso contrario, su participación deberá de reducirse, quedando limitada a la que le corresponda por las aportaciones efectivamente realizadas. La razón de ello es que tanto la participación en capital como en resultados tienen su causa en la aportación. Se tiene derecho a ella sólo si se ha aportado y en la medida en que se ha hecho. En favor de ello, los términos del pfo. 2.º del art. 1689 («*A falta de pacto, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcionada a lo que haya aportado*»).

Dentro del párrafo segundo hay que distinguir dos supuestos:

— Si la cosa que se debía entregar para su uso se pierde antes de la entrega, no tiene derecho el socio a exigir de la sociedad el valor de la misma porque no ha nacido, al no haberse efectuado la entrega, deuda alguna de restitución a cargo de aquélla. Tampoco tiene, por las razones antes expuestas, derecho a participar en las ganancias, siempre sin perjuicio de que éste y la participación en capital le corresponda si realizó otras aportaciones.

— Si la cosa aportada *quoad usum* se pierde fortuitamente, la posición del socio en el momento de la liquidación de la sociedad es la siguiente: pierde su derecho a recuperar lo aportado en base al art. 1687, 1.º, sin perjuicio de su derecho a participar en el capital si ha realizado otras aportaciones. Y participa en las ganancias conforme a lo pactado, porque éstas son la contrapartida de su aportación, con la que efectivamente ha cumplido hasta entonces.

IX. MENCIÓN DE OTROS PRECEPTOS SOBRE LA PERDIDA FORTUITA

Aunque los hasta ahora tratados son, de los artículos que contemplan la pérdida fortuita de la cosa debida, los que mayor interés revisiten, no sólo porque establecen efectos peculiares, sino también porque su significado es oscuro y tradicionalmente discutido, no se pueden dejar de mencionar otros igualmente referidos a ella. Me refiero al 1744 y 1745 sobre el comodato, 1766 y 1777 relativos a la pérdida de la cosa depositada y 1896 y 1897 sobre la pérdida y menoscabos de la cosa objeto de un pago indebido.

Los arts. 1744 y 1745 agravan la responsabilidad del comodatario. Este responderá de la pérdida -aún fortuita- de la cosa prestada si la destina a un uso distinto de aquél para el que se prestó o la conserva en su poder por más tiempo del convenido y cuando la cosa se entregó con tasación. En el caso del primero de los preceptos la agravación de responsabilidad descansa en la conducta del comodatario, quien está traicionando la confianza que en él puso el comodante al cederle gratuitamente el uso de la cosa. En cambio, en la hipótesis del art. 1745 hay una presunción de la voluntad de los contratantes, entendiéndose que la tasación es indicativa de un acuerdo de ellos en base al cual asume el comodatario los riesgos de la pérdida de la cosa. El contenido de la obligación parece, además, distinto en un caso y en otro: mientras que el 1744 se limita a declarar al comodatario responsable de la pérdida (habrá en consecuencia que entender que responde conforme a las reglas generales), el 1745 lo hace responder sólo del precio.

En suma, ambos artículos recogen casos en los que el deudor no queda liberado pese a la pérdida fortuita de la cosa que debía restituir al otro contratante. No se produce la extinción liberatoria, lo mismo que no se produce cuando el deudor está en mora o cuando se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos sujetos distintos (arts. 1182 y 1096), si bien la responsabilidad del deudor queda limitada en el caso del art. 1745 al precio de la cosa, no rigiéndose, pues, por las reglas generales de los arts. 1101 y siguientes.

Por el contrario, la responsabilidad del depositario queda plenamente sometida a las reglas generales según expresamente ordena el art. 1766, lo que quiere decir que no se deroga para este caso la regla del 1182. Paralelamente al 1186, el 1777 impone al depositario la obligación de entregar al depositante la cosa que hubiere recibido en lugar de la cosa depositada perdida por fuerza mayor.

Por último, tratan de la pérdida de la cosa debida los arts. 1896 y 1897. Siempre que una persona recibe de otra un pago indebido se convierte en deudora del que lo realizó. Esa obligación restitutoria tiene distinto alcance en función de la buena o mala fe del *accipiens*, aunque, salvo supuestos excepcionales (los del art. 1899) nace de todas formas (127). Si la cosa recibida era cierta y determinada, deberá de restituirse *in natura*, y si era dinero u otra cosa fungible que se confunde en el patrimonio del *accipiens*, la restitución es del *tantundem*. En este caso los riesgos incumben al *accipiens* en cuanto que siempre tendrá que restituir otra tanto de la misma especie y calidad. No ocurre lo mismo si se produce la pérdida de la cosa específica objeto de la deuda de restitución, aunque las consecuencias de ésta dependen en el régi-

(127) RODRÍGUEZ DEL BARCO: «El pago de lo indebido por error», RDP 1961, p. 816.

men del Código de que el *accipiens* sea de buena o mala fe. En el primer caso «sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiere enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo» (art. 1897). El *accipiens* de buena fe no responde del caso fortuito pues, como dice SANTOS BRIZ, desconoce el carácter indebido de la *datio* (128). Pero ello no quiere decir que se le permita obtener ventajas de la misma. Por eso sólo responderá en la medida en que se hubiese enriquecido, quedando eximido por lo demás. Por contra, no se libera de la restitución por la pérdida fortuita el *accipiens* que lo sea de mala fe; y ello al margen de que se haya enriquecido o no. Se ha dicho en este sentido que la mala fe lleva la *indebitum solutio* al campo del resarcimiento de daños (129).

En conclusión, la regla general de liberación del deudor por la pérdida no imputable de la cosa debida se deroga por el legislador cuando se trata de un *accipiens* de mala fe, salvo que pruebe que hubiese afectado del mismo modo a las cosas hallándose en poder de quien las entregó (art. 1896 *in fine*). La posición de éste es equiparable, en opinión de algunos, a la del deudor moroso.

X. CONCLUSIONES

Lo primero que queda de manifiesto, tras el anterior estudio de las normas que fuera del Título I del Capítulo IV del Libro IV dedica nuestro Código Civil a la pérdida fortuita de la cosa debida, es la diversidad de problemas que resuelven y de soluciones que establecen, con la consiguiente dificultad para llegar a conclusiones generales. Esto es algo que ya comprobaron aquéllos autores que intentaron construir una teoría general sobre el riesgo en las obligaciones (130). Parece que tal tentativa debe de ser olvidada y mucho más aún la de elaborar una construcción doctrinal sobre el riesgo contractual en general, entendido como expresión alusiva al peligro o posibilidad de alteración del equilibrio contractual derivado de la incidencia sobre la economía del

(128) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo», Tomo XXIV, Madrid 1984, p. 83.

(129) BALLARIN HERNÁNDEZ y autores citados por él en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, tomo II, p. 1958.

(130) BOURBEAU, BLANCO o GIORGI en las obras repetidamente citadas a lo largo de éste trabajo. A la misma sistemática responde en nuestro país el libro de SOTO NIETO «El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación», también reiteradamente citado.

negocio de circunstancias o eventos sobrevenidos (131). Es posible, sin embargo, clasificar las normas relativas a la pérdida fortuita en grupos distintos, en función de los diferentes planos en los que se desenvuelven sus consecuencias, cada uno de los cuales parece estar regido por sus propias reglas.

Un primer grupo es el constituido por los artículos que reiteran la regla general del art. 1182, esto es, que declaran liberado al deudor cuando se pierde fortuitamente la cosa debida. Son, aparte del 1147, el 1122, regla 1.ª, el 1452, pfs 1.º y 2.º, el 1568, 1766 y 1897. Y consagra la regla que a contrario resulta del mismo art. 1182 (es decir, la de que no se libera el deudor de cosa genérica cuando se produce la pérdida antes de la concentración), el art. 1589 en cuanto que declara, según la interpretación aquí defendida, que la destrucción de la obra antes de la entrega no es causa de liberación del deudor si él mismo lo es también del material.

Un segundo grupo es el integrado por aquellos preceptos que, por el contrario, suponen una excepción al art. 1182, estableciendo que, pese al carácter fortuito de la pérdida, el deudor no queda liberado. Se agrava su responsabilidad en atención a circunstancias concretas. Se trata de normas que por su carácter excepcional deben de ser restrictivamente interpretadas. Dentro de éste puede, a su vez, hacerse una distinción entre los casos en que la responsabilidad del deudor se somete a las normas generales de la responsabilidad contractual (art. 1744 y 1896) y aquellos otros en que se limita su alcance y que son el art. 1745, según el cual el comodatario sólo responde del precio en que se tasó la cosa, y el art. 1307 que impone al obligado por la declaración de nulidad la obligación de restituir los frutos percibidos, el valor que la cosa tenía cuando se perdió y los intereses desde la misma fecha (o sea, el mismo contenido que a la deuda de restitución asigna el art. 1303, sólo que sustituyendo la cosa perdida por su valor).

En tercer lugar están las normas sobre *periculum obligationis*, entendiendo por tales las destinadas a decidir, a propósito de las obligaciones bilaterales, si, sobrevenida la imposibilidad fortuita de una prestación, persiste o no el derecho a la contraprestación. Son el párrafo 3.º del art. 1452 (en cuanto que según él subsiste la obligación de pagar el precio pese a extinguirse la del vendedor de entregar la cosa), el art. 1590 (que declara extinguida la obligación del comitente de pagar

(131) Existe hoy una tendencia a utilizar la expresión «riesgo contractual» en un sentido amplio, muy próximo a su significado vulgar. En esta línea se sitúan, entre otros, ALPA: «Rischio contrattuale» en *Contratto e impresa* 1986 y GAVIDIA: «Presuposición y riesgo contractual», *ADC* 1987, fundamentalmente pp. 584 y ss. Otros, como RESCIO («La traslazione del rischio contrattuale nel leasing», *Milano* 1989, p. 5, nota 5) critican el uso omnicompreensivo de la locución «riesgo contractual», que estima peligrosa y que es inútil desde el momento en que se constata, como dice ALPA («Rischio...», p. 630), la «imposibilidad de enunciar principios generales en términos de riesgo».

el precio de la obra pese a haberse liberado el contratista de la obligación de ejecutarla por imposibilidad sobrevenida) y el art. 1701 si se flexibiliza el concepto de *periculum obligationis*, pues la sociedad es dudoso que origine obligaciones sinalagmáticas.

En un lugar distinto habría que situar el art. 1136, destinado, como hemos visto, a disciplinar en las obligaciones alternativas los efectos sobre el derecho de elección de la pérdida anterior a la concentración.

Todas las anteriores vienen siendo consideradas por nuestra doctrina normas sobre «riesgos». Es éste un término ampliamente utilizado: en el campo de las obligaciones bilaterales los autores suelen plantear el tema de los riesgos afirmando que se reduce a decidir la suerte de la contraprestación cuando la obligación de una de las partes deviene imposible por caso fortuito (132); en un sentido totalmente distinto se dice que el riesgo lo soporta el deudor en las obligaciones genéricas para aludir al hecho de que si se pierden las cosas que pensaba destinar al pago, antes de efectuarse éste, deberá de procurarse otras, pertenecientes al mismo género, con las que hacerlo; y se dice que el riesgo lo soporta el deudor moroso o que se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas distintas para aludir al hecho de que en tales casos, aún producida la pérdida sin su culpa, no queda liberado.

Independientemente de que en todas las hipótesis la pérdida fortuita afecte al deudor y que en este sentido pueda afirmarse que sufre el riesgo, desde el punto de vista jurídico las situaciones no son equiparables y, al margen de su resultado económico, entrañan importantes diferencias desde el punto de vista técnico. Con relación a la deuda genérica estamos ante un caso fortuito carente de efectos jurídicos. Mientras la deuda sea genérica (y lo es hasta el momento de la concentración) ningún efecto liberatorio supone para el deudor la pérdida de «lo debido». Esta es la idea que expresa el aforismo «*genus nunquam perit*», que no es en su acepción usual una norma sobre riesgos. Lo único que evidencia, como destaca nuestra actual doctrina (133) es que la imposibilidad sobrevenida de la prestación no tiene lugar respecto de este tipo de obligaciones y que por ello ni siquiera llega a suscitar el problema del riesgo contractual. Tampoco en el último de los supuestos indicados hay propiamente atribución del riesgo. En los casos con-

(132) ALBALADEJO: «Derecho...» II, 2.º, p. 49; ALCÁNTARA SAMPelayo: «La prestación...», p. 491 y ss; ALONSO PÉREZ: «El riesgo ...», p. 103 y ss; Díez-PICAZO: «Fundamentos...» II, 2.º; PUIG BRUTAU: «Fundamentos ...» I, 2.º, p. 429; BLANCO: «Curso...» I, p. 90; Díez-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: «Sistema...», vol. 2, 6.ª edición, reimpresión de 1990, p. 314; DE COSSIO: «Los riesgos...», p. 362; ROCA SASTRE: «El riesgo en el contrato de compraventa» en «Estudios de Derecho Privado», vol. I, Madrid 1948, p. 386 y ss; SOTO NIETO: «El caso...», p. 131; CLEMENTE DE DIEGO: «Instituciones de Derecho Civil», tomo II, Madrid 1959, p. 39.

(133) ALBALADEJO: «Derecho...» II, 1.º, p. 49; CAFFARENA: «Genus...» ADC 1982; CRISTÓBAL MONTES: «El incumplimiento de las obligaciones», Madrid 1989, p. 187.

templados por el art. 1096 la imposibilidad es imputable al deudor y el problema es de responsabilidad.

No sólo no están claros los límites entre lo que son normas sobre responsabilidad y lo que son propiamente normas sobre riesgos, sino que tampoco lo están las relaciones de estas últimas con la extinción de la obligación (134) o con el caso fortuito (135). Se deslizan, no obstante, de manera más o menos esporádica, en los trabajos dedicados al tema, algunas afirmaciones de interés (136), pero sigue sin estar claro, por ejemplo, si el problema del *periculum obligationis*, que se distingue nítidamente del *periculum rei* (137), es exclusivo de las obligaciones bilaterales (138) o si, por el contrario, también respecto de las unilaterales cabe hablar de «riesgo contractual», si bien los que así piensan creen en última instancia que el planteamiento es totalmente distinto según que se trate de unas u otras (139).

Este confuso panorama doctrinal sólo puede ser aclarado distinguiendo riesgo y responsabilidad. Aunque todas las normas anteriores son normas sobre riesgos en cuanto que regulan las consecuencias de la pérdida fortuita, carecen de suficientes puntos en común como para que tenga algún sentido hacerlas objeto de un tratamiento unitario. Por el contrario, posee pleno sentido establecer una distinción entre imputación de responsabilidad y atribución del riesgo contractual, habida cuenta de que las consecuencias para los contratantes son radicalmente distintas en un caso y en otro.

Si la prestación pactada deviene imposible antes de su ejecución y el deudor prueba que dicha imposibilidad se produjo sin su culpa, queda liberado de su obligación. De lo contrario, así como en los casos en que la ley ordene otra cosa, es responsable del incumplimiento. Libe-

(134) DE COSSIO: «Los riesgos...», p. 362.

(135) ALCÁNTARA: «La prestación...», p. 490.

(136) ALCÁNTARA («La prestación...», p. 491) advierte que cuando hay culpa por parte del obligado a entregar una cosa, el concepto de riesgo puede confundirse con el de responsabilidad si se pierde la cosa antes de la entrega; BLANCO («Curso...», tomo I, p. 90) considera que la doctrina de los riesgos tiene que ser estudiada como uno de los efectos característicos de los contratos bilaterales; CAFFARENA («Genus...», p. 303) y DELGADO (en Lacruz y otros: «Elementos de Derecho Civil», II, vol. 1.º, p. 271) afirman que la imposibilidad de la prestación es un estadio previo al problema de los riesgos...

(137) Este último es un concepto extraño al derecho de obligaciones e indica la disminución patrimonial que la cosa supone para su poseedor o propietario: ALONSO («El riesgo...», p. 106); BORJA SORIANO («El caso fortuito...», p. 133); TACELIN («Des obligations», 2.ª edición, Quebec 1986, p. 136).

(138) En favor de ello, BLANCO («Curso...», p. 90), BORJA SORIANO («Teoría...», p. 496); COLIN ET CAPITANT: «Curso elemental de Derecho Civil», 2.ª edición española, T. III, Madrid 1943, p. 749.

(139) ALCÁNTARA: «La prestación...», p. 487; ALONSO: «El riesgo...», p. 99 y ss; CAFFARENA: «Genus...», p. 303; GIORGI: «Teoría de las obligaciones», traducción de la 7.ª edición italiana, vol. IV, Madrid 1911, p. 243.

ración y responsabilidad del deudor son los dos posibles efectos de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Son, claro está, situaciones incompatibles. Cada una está regida por sus propias normas: si el deudor es responsable se aplican, salvo disposición en contrario, las reglas generales sobre responsabilidad contractual; si queda liberado está aún por decidir el destino de la contraprestación. Éste es el problema del riesgo contractual.

De «riesgo contractual» hablamos aquí en sentido restringido, como equivalente al *periculum obligationis*. En su sentido clásico y riguroso el problema del llamado *periculum obligationis* o «riesgo de prestación» consiste en decidir, a propósito de las obligaciones bilaterales, si, sobrevenida la imposibilidad fortuita de una prestación, persiste o no el derecho a la contraprestación. Los presupuestos o premisas del «riesgo contractual» en su sentido clásico son los siguientes:

1.º Extinción de una obligación por imposibilidad sobrevenida: no basta, pues, con que se produzca la imposibilidad de la prestación, sino que es preciso que la misma sea extintiva o, mejor **liberatoria** para el deudor (140).

Según lo anterior, pertenecen a la problemática de los riesgos las hipótesis en que la imposibilidad esté directa y exclusivamente ocasionada por el acreedor, siempre que se trate de una conducta que no entre dentro del campo de previsión y evitabilidad del deudor. Como dice MESSINEO (141), entre los hechos que determinan la imposibilidad de la prestación, sin constituir causa imputable al deudor, debe incluirse el eventual hecho *culposo* del acreedor». Si la pérdida no es imputable al deudor conforme a las reglas existentes al respecto, se extingue su obligación (art. 1182) y decidir el futuro de la contraprestación es un tema de riesgos.

2.º Que la obligación devenida imposible sea sinalagmática, es decir, que tenga una contrapartida. No basta con que se inserte en un contrato bilateral o recíproco, sino que ha de ser, propiamente, una obligación de esta naturaleza. Así, no son normas sobre riesgos las que liberan o hacen responder al deudor de la restitución de la cosa debida si se pierde fortuitamente, en aquellos casos en que la restitución es la forma de poner fin a la relación contractual, pues la obligación de restitución es en ellos de carácter unilateral (142) (caso del arrendamiento:

(140) La opinión, sostenida por PANTALEÓN PRIETO («El sistema de responsabilidad contractual», ADC 1991, p. 1021) según la cual también hay que considerar **extinguida** la obligación en los casos en que el deudor resulte obligado al resarcimiento del daño, no incide, si se comparte, sobre lo afirmado en el texto. Lo decisivo es que el deudor quede **liberado** y que, por lo tanto, aunque se entienda extinguida la prestación devenida imposible, no nazca la de resarcimiento.

(141) «Manual ...», tomo IV, p. 227.

(142) No así en la restitución de las cosas objeto del contrato por nulidad o resolución del mismo en que, sin embargo, la problemática del riesgo ofrece las particularidades ya comentadas.

art. 1563; comodato: art. 1744 y 1746 o depósito: art. 1766). Por el contrario sí es, conforme al criterio adoptado, un problema de riesgo contractual, el relativo a la subsistencia o no de la obligación de pago de la renta por el arrendatario una vez que el arrendador se ha liberado de la correlativa de proporcionarle el uso pacífico de la cosa arrendada por pérdida inimputable de la misma. Son igualmente normas sobre riesgos las dedicadas a regular la incidencia que sobre la relación social tiene la imposibilidad sobrevenida de la aportación de un socio porque aunque su carácter sinalagmático sea dudoso, de lo que en suma se trata, como dice CAPILLA, es de analizar las consecuencias producidas por el incumplimiento involuntario del deber de aportar en el conjunto de la relación social (143).

De manera que las reglas que imponen al deudor el deber de resarcimiento cuando ya no es posible la realización de la prestación debida son normas sobre responsabilidad, mientras que las dirigidas a decidir el destino de una obligación tras la liberación del deudor de la contrapartida son disposiciones sobre riesgos. Aunque desde el punto de vista práctico pueda parecer lo mismo hacer responsable al deudor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación que hacer recaer sobre él el riesgo de la contraprestación, no lo es. Los arts. 1101 y siguientes sólo son aplicables si el deudor es considerado responsable. Su sacrificio no va a ser igual en los dos casos: el resarcimiento del daño comprende el lucro cesante (art. 1106) y, si hubo dolo, «responderá de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» (art. 1107); en cambio, si se le impone el riesgo, su disminución patrimonial viene representada por la prestación que no llega a recibir. Dicho en términos sencillos, mientras que la cuantía de lo que tiene que satisfacer el deudor responsable no tiene por qué coincidir con la de la contraprestación, el valor de ésta es de lo único de lo que resulta privado el deudor al que se le imputa el riesgo. También, lógicamente, es distinta la situación del acreedor de la prestación imposible en un caso y en otro. Si el deudor es responsable, deberá de quedar el acreedor económicamente igual que si hubiese recibido exactamente la cosa prometida, pero si lo que se le impone es el riesgo, quedará el acreedor (salvo los gastos y perjuicios que de la frustración del contrato se deriven) en la misma situación que antes de su celebración: no recibe la prestación prometida pero tampoco satisface la que él contrajo.

Otra diferencia entre los casos en que la imposibilidad se impute al deudor y aquéllos otros en que se le impone el *periculum obligationis* se aprecia en relación con la facultad de resolver del art. 1124. El deudor responsable no puede nunca instar la resolución, pero sí que puede hacerlo, según resulta del análisis normativo efectuado, el deudor al que se le impone el riesgo.

(143) «Comentarios...», T. XXI, vol. 1.º, p. 618.

En el arrendamiento el riesgo de la contraprestación lo soporta el arrendador (deudor de la cosa y de la prestación consistente en proporcionar su uso pacífico) dado que no recibe la contraprestación cuando ésta se pierde. Sin embargo, puede, en base al art. 1568, pedir la resolución. Impedir en tales casos al deudor-arrendador resolver sería lo mismo que entenderle obligado, por todo el tiempo pactado, a procurar al acreedor otra cosa apta para el mismo uso y, no siendo posible, a satisfacer su equivalente.

En el contrato de obra el *periculum obligationis* se le impone al contratista, quien pierde su derecho al precio cuando la prestación a su cargo deviene imposible de manera fortuita. Sin embargo, puede pedir la resolución, siendo sus efectos los del art. 1595. Por el contrario, si ese mismo contratista fuese responsable de la imposibilidad sobrevenida, no podría él pedir la resolución ni tampoco exigir del comitente que aceptase la parte de obra ejecutada a cambio del precio correspondiente a esa parte.

En la sociedad el riesgo contractual lo soporta el socio deudor de la aportación imposibilitada puesto que la consecuencia de ello, según el art. 1701, es la disolución de la sociedad sin que reciba dicho socio las ganancias correspondientes a aquélla aportación incumplida. No hay, en la regulación del contrato de sociedad, ninguna norma en la que basar la negativa a que el socio cuya aportación deviene imposible pueda pedir la resolución del contrato, aunque el Código piense en la hipótesis, desde luego más probable, de que lo hagan los restantes socios (art. 1707).

Tampoco, lógicamente, es igual la situación del acreedor de la prestación imposible cuando el deudor es responsable que cuando soporta el riesgo contractual. Mientras que en el primer caso le corresponde la opción del art. 1124 entre cumplimiento y resolución con resarcimiento de daños a que se refiere su pfo. 2.º, en el segundo el acreedor no es siempre objeto de un trato tan favorable; así, el arrendatario no puede optar por el mantenimiento del contrato y la resolución que puede instar el comitente es una resolución parcial (art. 1595). Las razones de ello son claras: el incumplimiento no es imputable al deudor, no habiendo pues razón para salvaguardar los intereses del acreedor como cuando el incumplimiento ha sido causado por aquél, resultando más equitativo distribuir entre las partes los efectos desfavorables del fortuito.

A las diferencias anteriores pueden todavía añadirse otras: si el deudor soporta el riesgo deja de ostentar su posición acreedora, y si ya había recibido el precio, deberá restituirlo conforme a las reglas de pago de lo indebido. Si el deudor es responsable, sus posiciones deudora —y también acreedora— se mantienen. Esta última no sufre alteración alguna y en cuanto a aquélla depende de que se considere que la obligación se perpetúa (entonces podrá valer de la excepción de incumplimiento) o que, por el contrario, se piense que se extingue y es

sustituida por otra nueva. Si es así no parece posible la utilización de la *exceptio*. Es verdad que lo que generalmente tendrá lugar será la compensación dado que la deuda indemnizatoria siempre es pecuniaria y con frecuencia lo será la contraprestación, pero, aparte de que para ello es preciso que ambas sean líquidas (art. 1196, 4.º), no hay que descartar la posibilidad de que tenga ésta última naturaleza distinta (por ej: permuta).

La distinción entre riesgos y responsabilidad sólo es clara si las obligaciones son recíprocas. En una obligación unilateral no hay que decidir el destino de ninguna contraprestación. Lo único que hay que decidir es si al deudor le es o no imputable la pérdida. La problemática de los riesgos no se suscita, o mejor, carece de autonomía. Son las normas sobre responsabilidad las que dicen la última palabra respecto del patrimonio que sufre la pérdida, pero esa es otra cuestión (144). Si ésta es imputable al deudor, conforme al art. 1182 y concordantes y, en su caso, reglas especiales, él soporta el «riesgo» (más exactamente, la pérdida); en otro caso lo soporta el acreedor al extinguirse su derecho de crédito.

(144) El problema del riesgo contractual no estriba generalmente —aunque sí en la compraventa— en decidir qué patrimonio soporta la pérdida de la cosa. El *periculum rei* lo soporta el dueño de la cosa: arrendador-propietario de la cosa arrendada, contratista para quien se pierde la cosa en fase de ejecución, comitente para quien se pierden los materiales que él aportó o socio deudor de la sociedad (no cuando ya ha dejado de serlo por haberle transmitido la propiedad de lo aportado).