

¿UNAS NUEVAS BASES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL? (Réplica cordial)

FRANCISCO JORDANO FRAGA

Universidad de Cádiz

En el Fascículo IV, *ADC*, 1993, p. 1719 y ss. («Las nuevas bases de la responsabilidad contractual»), publica el profesor Pantaleón su última aportación —en adelante, *Bases*— al problema de la responsabilidad contractual, continuando, por su parte, una polémica conmigo derivada de otros trabajos anteriores, suyos y míos.

En cuanto a mí, me parece obligado fijar definitivamente mi opinión en alguno de los puntos ya discutidos y ahora replanteados por Pantaleón, así como, también, pronunciarme sobre alguna de las (pocas) cuestiones nuevas previamente no abordadas.

Hay, además, muchos otros puntos tocados en ese último trabajo de Pantaleón de los que, sin embargo, no me ocuparé aquí: bien porque sobre ellos ya he expresado públicamente mi opinión (conforme o contraria) y no me parece necesario insistir más en ella, bien porque, no habiéndome pronunciado anteriormente acerca de los mismos, tampoco creo oportuno hacerlo ahora (manifestando mi conformidad, mi oposición o mi indiferencia).

Mi réplica pretende mantener el mismo tono cordial (no incompatible con el humor educado) que Pantaleón ha dado a su último escrito, y por respeto, ante todo, a los lectores de este *Anuario* tratará de hacerse lo más abreviadamente posible, limitando al máximo la reiteración de opiniones ya escritas. [A cuyos efectos —de reenvío a lo previamente publicado— indico que mi planteamiento sobre la responsabilidad contractual, en el que se apoya todo lo que sigue, se encuentra en *ADC*, 1991, pp. 5 y ss., y en los otros trabajos citados en su nota 1. Pueden encontrarse, también, indicaciones útiles en *La responsabilidad del deudor por*

los auxiliares que utiliza en el cumplimiento. Madrid, 1994 (aprovecho la ocasión para corregir, aquí y ahora, una errata en este último libro que me molesta especialmente: en la p. 334, párrafo primero, penúltima línea, dice «sólo el cesionario», debe decir «sólo del cesionario»)].

I. Afirma Pantaleón (*Bases*, cit., p. 1730, nota 34) cómo desde el planteamiento por mí sostenido, el art. 1.778 CC resulta inexplicable.

En *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987 (pp. 194 y ss.) relato, en efecto, los distintos expedientes (más o menos forzados) arbitrados por la doctrina italiana, defensora, como yo, de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (del cumplimiento o exacto cumplimiento no realizado por el deudor) como elemento de la prueba liberatoria, a fin de justificar, en conformidad con las normas generales, la exoneración del heredero de buena fe del depositario en este caso.

Al final concluyo —y me reafirmo hoy en esta opinión— que sea cual fuere el fundamento (discutible) del artículo 1.778 CC, lo cierto, y lo importante a efectos prácticos, es que la ley establece en concreto, de forma inequívoca, la exoneración/liberación del heredero de buena fe del depositario de su obligación (heredada) restitutoria, dándose las circunstancias del art. 1.778, y la propia ley asocia a ese efecto liberatorio/extintivo su típica consecuencia del *commodum repraesentationis*.

Dije entonces, y digo ahora, que sea ése o no el caso del art. 1.778, diseñado con carácter general (en los arts. 1.105 y 1.182 y ss. CC) el límite de la responsabilidad contractual (la imposibilidad sobrevenida liberatoria, el caso fortuito) con unos determinados caracteres, nada impide que el legislador, ante supuestos concretos, decida apartarse de los mismos.

El propio Pantaleón (*ibidem*) reconoce haber considerado, en 1991, al art. 1.778 CC como excepción de la norma general de la imputación por hecho propio.

Y si el art. 1.778 puede ser una excepción en el sistema general de la responsabilidad contractual tal cual lo concebía Pantaleón en 1991, no se ve por qué no pueda serlo en el por mí defendido.

Sea en el caso del art. 1.778 o en otro distinto, y sea cual fuere la forma de interpretar el sistema general de la responsabilidad contractual, es claro que no puede descartarse (la posibilidad siempre existirá en abstracto y será más o menos fácil encontrar algún ejemplo concreto) que la libertad de apreciación del legislador le conduzca a soluciones peculiares para casos concretos. Como también es claro que el sistema general de la responsabilidad contractual no se construye sobre la base de esas normas singulares o excepcionales, sino sobre las generales en la materia, a su vez confirmadas en una multitud de normas particulares que están en sintonía con ellas.

Lo anterior es suficiente para decir, pues, algo tan obvio como que: *a)* sobre la base de una norma singular prevista para un caso concreto, no puede ni confirmarse, ni desmentirse un sistema general de la responsabilidad contractual (porque toda regla tiene o puede tener excepciones); y *b)*, por lo mismo, de ningún sistema de responsabilidad contractual puede exigirse que todas, absolutamente todas, las normas vigentes de responsabilidad contractual respondan a los principios generales de aquél.

II. En relación a lo que sobre la resolución por incumplimiento [*Bases*, 5, *a*), pp. 1731-1732] escribe Pantaleón, nuestro desacuerdo es, ciertamente, sustancial. Para Pantaleón, en el ámbito de aplicación del art. 1.124 CC, también debe incluirse la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento determinada por imposibilidad sobrevenida *no imputable* al deudor no-cumplidor (*imposibilidad liberatoria*, caso fortuito). Incluso en este caso la resolución del contrato sinalagmático sería meramente facultativa para el acreedor de la obligación no (exactamente) cumplida.

Para mí, en cambio [*La responsabilidad contractual cit.*, pp. 313-314, *CCJC*, 13, p. 4433 y ss.; *CCJC*, 24, pp. 1109-1110; *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992, pp. 89 y ss.; *La responsabilidad del deudor por los auxiliares*, cit., p. 511, nota, *infra* 3], tienen fundamento y régimen distintos la resolución de un contrato sinalagmático por incumplimiento y por imposibilidad sobrevenida liberatoria.

Opinión que, a mi juicio, tiene la doble ventaja de:

- 1) coordinar adecuadamente las normas de la responsabilidad contractual con las de la resolución *ex art.* 1.124 CC, y
- 2) respetar escrupulosamente el ámbito de aplicación que resulta de lo dispuesto en este último precepto.

Admitido, con la doctrina común, el caso fortuito, la imposibilidad liberatoria como límite de la responsabilidad contractual, resulta que existirá ésta siempre que haya *incumplimiento* (falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento de una obligación *subsistente en defecto* de caso fortuito/imposibilidad liberatoria).

Es también, en congruencia con ese límite asumido de la responsabilidad contractual, una forma, entre otras, de incumplimiento, la imposibilidad sobrevenida, del cumplimiento o exacto cumplimiento no realizado, que sea *imputable* (sobre la base del criterio general de la culpa/diligencia o sobre la de otro objetivo) al deudor no-cumplidor. También aquí, insisto, hay incumplimiento de una obligación: falta de (exacto) cumplimiento de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria (con todos sus requisitos). Obligación que, por hipótesis, ya no se podrá cumplir *in natura*, pero sí por equivalente.

Cuando el art. 1.124 CC ofrece la alternativa a la parte cumplidora, de escoger entre la resolución del contrato incumplido con indemnización cumulativa, o, alternativamente, la exigencia

de la responsabilidad contractual del incumplidor [ejecución coactiva, *in natura* —si es posible— o por equivalente —si no lo es—, del (exacto) cumplimiento no realizado más la indemnización de (otros) daños], está, obviamente, presuponiendo un verdadero incumplimiento [la responsabilidad contractual del deudor no cumplidor = falta de caso fortuito que impida el (exacto) cumplimiento no realizado]. Sólo así puede explicarse: 1) Que el art. 1.124 conceda *en todo caso* indemnización a la parte cumplidora, que opta por la resolución (daños derivados de la ineficacia sobrevenida del contrato que tiene su fundamento en una justa causa *imputable* a la parte incumplidora); 2) Que la parte cumplidora, optando por la responsabilidad contractual, pueda pedir *en todo caso* la ejecución coactiva —*in natura*, o, en su defecto, por equivalente— de la obligación no cumplida (porque *subsistente* en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria); 3) Que esa misma parte cumplidora pueda *siempre* pretender, optando por la responsabilidad contractual, si éstos existen, la indemnización de (otros) daños y perjuicios derivados del *incumplimiento* —infracción de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria— de su contraparte.

En cambio, si el deudor recíproco no cumple porque un evento sobrevenido le imposibilita (definitivamente) y por causa a él no imputable la realización del cumplimiento debido —caso fortuito/imposibilidad liberatoria—, resulta evidente: 1) Que la obligación no cumplida se ha extinguido (por imposibilidad liberatoria: arts. 1.182 y ss. CC) —y, por tanto, no puede ejecutarse coactivamente una obligación que ya no está en vigor—; 2) Que de su falta de cumplimiento —de los (otros) daños que tengan en ella su causa— no responderá contractualmente el deudor no-cumplidor, precisamente por haber caso fortuito/imposibilidad liberatoria; 3) Que la imposibilidad liberatoria/caso fortuito como justa causa de resolución *no es imputable* al deudor no-cumplidor (por lo que ninguna indemnización puede pretender por la resolución así producida su contraparte contractual en el contrato resuelto).

La opción del art. 1.124 CC, tal cual la regula el legislador —regulación que implica, como se ve, la sola contemplación del supuesto de la responsabilidad contractual— resulta, pues, *inaplicable* al caso de la imposibilidad liberatoria (lo reconoce ahora, involuntariamente, Pantaleón —*Bases*, cit., p. 1745—, quien, a pesar de la pretendida aplicación del art. 1.124 a este caso de la imposibilidad liberatoria, la hace negándole a la parte resolvente la indemnización que tal norma contempla en su favor: con lo cual confirma, a su pesar, la ajenidad de este caso al ámbito de aplicación, a la previsión del supuesto de hecho, del art. 1.124 CC).

En mi opinión, por lo dicho, el régimen de la resolución por imposibilidad liberatoria ha de buscarse fuera del art. 1.124 (por-

que esta norma, según se ve, no la contempla). Y puesto que la extinción de una de las obligaciones recíprocas priva sobrevenidamente de causa al contrato sinalagmático (arts. 1.274, 1.275 CC), en mi opinión procede afirmar la resolución automática (no facultativa) de éste (arg. art. 1.460 CC), con las limitaciones derivadas de la posible atribución del riesgo en los contratos transmisivos a la contraparte del deudor liberado de su obligación por el caso fortuito/imposibilidad liberatoria [supuesto en el cual, preciso ahora, la atribución patrimonial —*sin* derecho a la contra-prestación pactada en el contrato ni a su equivalente dinerario— hecha por quien soporta el riesgo del caso fortuito al deudor liberado de su obligación por ese mismo caso fortuito, no tiene su fundamento (causa) en el contrato (resuelto), sino directamente en *la ley* que hace esa imputación del riesgo].

III. Me acusa, muy galanamente, Pantaleón (*Bases*, p. 1732, nota 45), de «no haberme molestado» en explicar por qué el art. 1.186 CC no se aplica, en los casos de resolución del contrato sinalagmático transmisivo por imposibilidad liberatoria/caso fortuito, más que cuando el acreedor de la obligación extinguida soporta el riesgo (el comprador que debe pagar a su vendedor el precio convenido por la cosa vendida, a pesar de haber ésta perecido por caso fortuito) (cfr., en sentido análogo al por mí defendido, Delgado, en Lacruz y otros, *Elementos*, II, 1, Barcelona, 1985 —2.^a ed.—, p. 261).

El no haber justificado esta solución, deriva de su evidencia, siempre que se acepten, claro, los presupuestos de que yo parto. La extrañeza de Pantaleón, tan pulidamente expresada, deriva, simplemente, de su incapacidad para situarse (siquiera sea hipotéticamente) en mis presupuestos de partida.

Ahí va, pues, la explicación antes ahorrada: el art. 1.186 presupone una imposibilidad sobrevenida del cumplimiento/prestación, que es tanto *definitiva* como *inimputable* al deudor no-cumplidor: *extinguida la obligación*, dice la norma. Ciñéndome al caso directamente contemplado por la norma (obligaciones de dar cosa determinada), pensemos, por ejemplo, en la obligación de entrega de cosa determinada por parte de cierto vendedor. Pensemos, asimismo, que tal cosa se destruye por culpa de un tercero (responsable extracontractualmente), pero sin negligencia —en la custodia, preservación de la posibilidad del cumplimiento/entrega: arts. 1.094, 1.105, 1.182 CC— del vendedor/deudor de la entrega. Ante esta imposibilidad liberatoria/caso fortuito [imposibilidad sobrevenida del cumplimiento (entrega) por causa no imputable al deudor/vendedor], es clara tanto la liberación del vendedor de su obligación de entrega (extinguida por la imposibilidad liberatoria), cuanto su irresponsabilidad contractual, frente al comprador, por la falta de cumplimiento (entrega) —imposibilitado por el caso fortuito—. Ahora bien, la posición del comprador-acreedor de la

obligación así extinguida, resuelto, consiguientemente, el contrato sinalagmático transmisivo de que es parte en forma automática, es distinta según que:

1) Soporte el riesgo de la cosa fortuitamente destruida, en cuyo caso debe pagarla, a pesar de *no* recibirla, y, por tanto, experimenta un daño patrimonial, cuya vía de reparación es, precisamente, la posibilidad de accionar, contra el tercero extracontractualmente responsable, que el art. 1.186 le concede.

2) En cambio, si el comprador acreedor de la entrega no recibe la cosa comprada y destruida por caso fortuito y tampoco soporta él su riesgo (no tiene que pagarla): ¿Qué sentido tiene concederle acción contra el tercero extracontractualmente responsable, siendo así que no ha experimentado daño alguno? (y siendo, por otra parte, palmario que el que lo experimentaría, de no poder dirigirse contra el tercero extracontractualmente responsable, es el vendedor que pierde la cosa destruida y tampoco recibe del comprador, en este segundo caso, el precio convenido por ella).

A la vista del ejemplo que ahora manejo, y de lo que se dirá después (*infra* IV), me parece oportuno aclarar: *a*) por un lado, que si se piensa que la responsabilidad extracontractual del tercero no es, propiamente, un aspecto del contenido del *commodum* del art. 1.186, sino que es el resultado de la normal aplicación de la tutela aquiliana del derecho de crédito (con lo cual la acción del acreedor contra el tercero responsable no resultaría derivadamente de la protección del derecho —p. ej., propiedad— de su deudor, sino que se le otorgaría como acción propia resultante de la tutela del derecho de crédito frente a los actos lesivos de terceros), la aplicación, entonces, de la norma general del art. 1.902 CC a nuestro ejemplo no conduce a resultados distintos de los expuestos —sólo seguiría habiendo daño indemnizable al acreedor en el caso sub 1)—; y *b*), por otro, que para todos los restantes aspectos que inequívocamente forman el contenido del *commodum* del art. 1.186 (indemnizaciones derivadas de un seguro, justiprecio por expropiación, residuos físicos aprovechables si se considera también a ellos aplicable el art. 1.186), vale el mismo principio señalado para el ejemplo puesto (sólo el comprador que paga lo que no recibe sufre una pérdida patrimonial que deba ser compensada, mientras es evidente que se enriquecería a su costa el vendedor que además de cobrar el precio de la cosa fortuitamente destruida retuviera, los residuos físicos o jurídicos).

IV. Por lo que se acaba de decir (*retro* sub III) sobre el art. 1.186 CC, no me parece, en principio, compatible con el tenor literal de esta norma, la pretensión de Pantaleón [*Bases* cit., p. 1737 *infra* *b*)] de aplicarla también cuando la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento no realizado es *imputable* al deudor no-cumplidor. El supuesto de hecho de la norma está inequívocamente delimitado en su texto: *extinguida la obligación*, y sólo

una imposibilidad sobrevenida de la prestación/cumplimiento debido que sea *inimputable* al deudor no-cumplidor (art. 1.182 CC) tiene esa eficacia extintiva/liberatoria que presupone el art. 1.186 del Código Civil.

El significado de la postura de Pantaleón en este punto, varía, sin embargo, en función de cómo se interprete la consecuencia jurídica que el art. 1.186 establece para su propio supuesto de hecho y también, según creo, de qué aspecto concreto del *commodum* estemos hablando.

Fuera del supuesto de hecho del art. 1.186, por lo antes dicho (*retro sub II*), la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento no realizado que sea *imputable* al deudor no-cumplidor, es una forma más de incumplimiento (de infracción de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria), y nos hallamos, por tanto, para los contratos sinalagmáticos, en el ámbito de aplicación del art. 1.124 CC, conforme al cual la parte cumplidora podrá optar entre la resolución del contrato con los daños derivados de la misma, o, alternativamente —únicamente, si la obligación incumplida no deriva de un contrato sinalagmático—, por la responsabilidad contractual: la ejecución coactiva, por equivalente, del cumplimiento no realizado (y sobrevenido imposible *in natura* por causa imputable al deudor no-cumplidor) más la indemnización de (otros) daños derivados del incumplimiento.

1) Hablo, en primer lugar, de la responsabilidad extracontractual de un tercero como posible contenido del *commodum*: naturalmente que ésta no sólo es planteable dentro del ámbito del supuesto de hecho visto del art. 1.186 CC; fuera de él, la acción de responsabilidad contractual contra el deudor incumplidor (en los contratos sinalagmáticos, si el acreedor opta por ella) puede *concurrir* con una acción de responsabilidad extracontractual contra un tercero, cuando la imposibilidad sobrevenida sea el resultado tanto de la conducta del deudor como de la del tercero. Y esto (posibilidad del concurso de responsabilidades de deudor y tercero) vale también, desde luego, para cualquier forma de incumplimiento —de infracción de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria— distinta de la imposibilidad sobrevenida imputable.

Pero, entonces, la responsabilidad extracontractual del tercero responsable frente al acreedor (en todos los casos en que ésta concurre con la responsabilidad contractual del deudor no-cumplidor —ausencia de caso fortuito/imposibilidad liberatoria—: fuera del ámbito de aplicación del art. 1.186 CC), se afirma, sobre la base de las normas generales de la responsabilidad extracontractual (en principio, art. 1.902 CC), como consecuencia de la lesión por el tercero del derecho de crédito de aquél, en forma de una acción propia, directamente atribuida al acreedor lesionado.

El art. 1.186, si se considera aplicable en cuanto a la responsabilidad extracontractual del tercero, implicaría también, desde luego, una manifestación de la tutela aquiliana del derecho de crédito —pero aquí, por el supuesto concreto al que se refiere dicho precepto (imposibilidad liberatoria/caso fortuito), sin concurrente responsabilidad (contractual) del deudor no-cumplidor: el crédito del acreedor se ha extinguido sin responsabilidad del deudor no-cumplidor, pero sí con la del tercero—, mas dicha tutela, en cambio, a diferencia de la que directamente resulta del art. 1.902 CC para los demás casos, en el art. 1.186 para el suyo funcionaria, al menos según su tenor literal, como una subrogación legal del acreedor lesionado en la acción del deudor liberado contra el tercero responsable.

Pienso que esta diversidad de tratamiento —acción propia/subrogación legal— para regular el mismo fenómeno (de la tutela aquiliana del derecho de crédito) no tiene justificación (no se entiende, en verdad, por qué la tutela aquiliana del derecho de crédito funciona autónomamente cuando concurre con la responsabilidad contractual del deudor no-cumplidor, y, en cambio, deba funcionar en modo derivado/subrogatorio —como consecuencia, por ejemplo, de la protección del derecho de propiedad del deudor de la entrega de la cosa destruida culpablemente por un tercero sin responsabilidad de tal deudor—); pero, de todas formas, esta discusión sobre el efecto jurídico establecido por la norma del art. 1.186 no afecta, para nada, al claro supuesto de hecho por ella prevenido. Y si se llega a la conclusión (que me inclinaría, por lo dicho, a compartir) de que el art. 1.186, pese a su redacción de cariz subrogatorio, es aplicación, en el caso concreto por ella contemplado y para el solo efecto de la responsabilidad extracontractual de un tercero, de la norma general del art. 1.902; ello, en buena técnica jurídica, conduce —aunque el resultado práctico sea lógicamente el mismo—, en los restantes casos posibles de tutela aquiliana del derecho de crédito, a aplicar aquella norma general (de la que el art. 1.186 para un caso concreto es aplicación), y no la particular fuera de su supuesto de hecho.

En resumidas cuentas, la manipulación por Pantaleón en el supuesto de hecho del art. 1.186 CC para extender su aplicación, en cuanto a la responsabilidad extracontractual de un tercero como concreto contenido del *commodum*, o es inútil por la vigencia del art. 1.902 (si se considera que el efecto jurídico de la primera norma en cuanto a la responsabilidad extracontractual de un tercero es mera aplicación al caso de la norma general del art. 1.902), o conduce, si se acepta el planteamiento subrogatorio también para la responsabilidad extracontractual del tercero, a extender indebidamente, para la tutela aquiliana del derecho de crédito, fuera del caso querido por el legislador en una norma particular (art. 1.186), el mecanismo de subrogación legal, en casos donde,

por contra, según la norma general (art. 1.902), el acreedor debe tener una acción propia contra el tercero responsable.

En mi opinión, por las razones antes vistas, la mejor solución es hacer funcionar siempre a la tutela aquiliana del derecho de crédito sobre la base de la norma general del art. 1.902 (carece de toda lógica seguir la vía subrogatoria en el caso del art. 1.186, cuando de no existir esta norma particular, aplicaríamos, sin más, el art. 1.902). Me reafirmo, pues, en no dar, sólo para este aspecto del *commodum* (que, en realidad, como se ve, no lo es: el ordenamiento protege directamente el derecho del acreedor contra conductas ilícitas de terceros), al art. 1.186 una interpretación subrogatoria. La justificación técnica —la práctica ya se ha dicho— sería que la tutela aquiliana del derecho de crédito en tanto que protección autónoma, directa del derecho del acreedor contra actos ilícitos de terceros, es ajena al *commodum* (a una protección meramente derivada del derecho del acreedor, a través de la propia del de su deudor), y, por tanto, al art. 1.186 CC.

2) En cambio, para los restantes (verdaderos) aspectos del *commodum* (indemnizaciones de seguros, justiprecio de expropiaciones, residuos materiales o físicos aprovechables, si a ellos se considera también aplicable la norma del art. 1.186) el sentido del art. 1.186 es indisociable del supuesto de hecho por él inequívocamente prevenido (imposibilidad liberatoria/caso fortuito, extinción de la obligación así imposibilitada —con liberación de su deudor, no cumplidor—, más resolución automática del contrato sinalagmático de que, en su caso, derivase la obligación extinguida), entonces el típico efecto subrogatorio de esta norma (de efecto inmediato o con obligación de transmitir por parte del deudor liberado por el caso fortuito, esto se discute), permite, como se vio antes (*retro sub III*), tratándose de contratos sinalagmáticos transmisivos resueltos *ipso iure* por el caso fortuito/imposibilidad liberatoria, compensar al acreedor de la obligación extinguida que soporte el riesgo del caso fortuito. Lo que reciba por la vía de *commodum* deberá, naturalmente, descontarse a efectos de la eventual acción de responsabilidad extracontractual de que disponga contra un tercero. Fuera del caso de contratos sinalagmáticos transmisivos, cabe imaginar la aplicación del art. 1.186 (en cuanto al genuino *commodum*), dentro de su supuesto de hecho (imposibilidad liberatoria/caso fortuito), en casos del estilo del previsto en el art. 1.777 CC: casos en que el típico efecto subrogatorio del *commodum* persigue evitar un injusto enriquecimiento del deudor liberado de la obligación extinguida.

En este segundo aspecto del *commodum* (el que para mí es el genuino) la manipulación de Pantaleón en el supuesto de hecho del art. 1.186 le hace perder su sentido, asociado, como se ve, no en vano, por la propia norma, a la imposibilidad liberatoria/caso fortuito que implica, en todo caso, extinción de la obligación afec-

tada con liberación de su deudor, extinción del correlativo derecho del acreedor, y, además, tratándose de contratos sinalagmáticos transmisivos, el planteamiento respecto de ese caso fortuito de la cuestión del riesgo.

V. Me decepciona, después de tantas insistencias por mi parte (y vuelve a ser revelador de la incapacidad de Pantaleón de situarse, ni aún hipotéticamente, fuera de sus propias premisas), el interrogante que, a modo de objeción contra mi planteamiento, formula este autor (en *Bases* cit., p. 1738, nota 65): «¿por qué la imposibilidad *no culposa* libera al deudor (extingue la obligación y excluye el incumplimiento) pese a que puede “cumplirse por equivalente” (aunque no en forma específica), exactamente lo mismo que cuando la imposibilidad es *culposa*?».

La respuesta a tal interrogante es evidente: sobrevenido *imposible* el cumplimiento/prestación no realizados, por causa *inimputable* al deudor no-cumplidor, la obligación de éste se *extingue* (ex arts. 1.182 y ss. CC) si la imposibilidad sobrevenida es definitiva, o se *suspende temporalmente* —mientras persista el evento impositivo— si la imposibilidad sobrevenida es temporal. Y me resulta claro que ningún efecto jurídico puede derivarse —exigencia coactiva, *in natura* o por equivalente, del cumplimiento no realizado, indemnización de (otros) daños— de una obligación que está extinguida o suspendida temporalmente (en este segundo caso, naturalmente, mientras lo esté).

La responsabilidad contractual delimitada negativamente por el límite del caso fortuito/imposibilidad liberatoria, asumido coherentemente con todas sus consecuencias, implica la vinculación de aquélla a toda infracción —falta de (exacto) cumplimiento— de una obligación *subsistente* (en defecto de imposibilidad liberatoria/caso fortuito): al *incumplimiento*. Más allá del límite de la responsabilidad contractual: donde hay imposibilidad liberatoria/caso fortuito, donde hay extinción o suspensión de la obligación no cumplida, ni hay incumplimiento (infracción de una obligación *subsistente*), ni, por ello, responsabilidad contractual, que, no en vano, estructuralmente se asocia por todos a la idea misma de la obligación.

La pregunta de Pantaleón esconde detrás, por tanto, a mi juicio, un verdadero disparate jurídico: ¿es que cabe una responsabilidad contractual independizada de una obligación (subsistente)?; ¿dónde está la norma de nuestro Derecho vigente que permita la exigencia de responsabilidad contractual —en la medida que sea: tampoco en la del valor económico de la prestación— al deudor no-cumplidor de una obligación *extinguida*? (a cuyos efectos, ojo, se considerará tanto la *inimputabilidad* del evento impositivo conforme al criterio general de la culpa/diligencia, como con arreglo a criterios distintos: un evento impositivo del cumplimiento que se impute —legal o convencionalmente— de forma

objetiva al deudor no-cumplidor, carece de virtualidad exoneratoria/extintiva *ex art. 1.105 CC*, no es imposibilidad liberatoria/caso fortuito: también aquí, pues, habrá incumplimiento, infracción de una obligación *subsistente*).

VI. El asunto verdaderamente capital donde, a mi juicio, naufraga estrepitosamente el planteamiento de Pantaleón, es en el del contenido del límite de la responsabilidad contractual/prueba liberatoria del deudor no-cumplidor. Tema, digo, de importancia capital, no sólo por su trascendencia negativa —es importantísimo saber, desde luego, cuándo el deudor no-cumplidor, pese a ello, no responderá contractualmente—, sino, también, positiva —desde el límite de la responsabilidad contractual se determinan, *a contrario*, los supuestos de infracción de la obligación que acaorean responsabilidad contractual del deudor no-cumplidor.

En este punto yo he partido del mismo límite de la responsabilidad contractual generalizadamente aceptado por la doctrina española y enunciado por nuestra jurisprudencia: el caso fortuito/imposibilidad liberatoria: la imposibilidad sobrevenida de la prestación (del cumplimiento o exacto cumplimiento no realizados) inimputable al deudor no-cumplidor (inimputabilidad, en principio, según el criterio general de imputación: imposibilidad no obediente a culpa-negligencia del deudor no-cumplidor; pero también existen otros criterios, legales o convencionales, de imputación).

Que la imposibilidad sobrevenida de la prestación/cumplimiento sea elemento o requisito del caso fortuito/imposibilidad liberatoria es, pues, un dato pacífico entre nosotros (para las citas de doctrina, *La responsabilidad contractual*, cit., pp. 213-214, notas 230 y 232, y *ADC*, 1991, p. 45, nota 46; para las de jurisprudencia, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 213, nota 230, y *ADC* últ., cit., p. 45, nota 47. Una y otra relación podrían incrementarse sin esfuerzo).

Dato éste, como se ve, que no sólo he invocado explícitamente en mi favor, sino que, aún más, he reiterado machaconamente que mi planteamiento sólo pretendía desenvolver coherentemente las consecuencias ínsitas (positiva y negativamente), para la responsabilidad contractual, en el establecimiento tradicional y generalizado de su límite (y prueba liberatoria) en el caso fortuito/imposibilidad liberatoria —con sus mismos tradicionales/comunes requisitos—, y desvelar, así, cómo resulta incompatible con el funcionamiento real, efectivo de un sistema de la responsabilidad contractual asentado en tal límite, la consideración de la culpa-negligencia como fundamento de la responsabilidad contractual y la de la ausencia de culpa-diligencia como causa exoneratoria de la misma [ambas afirmaciones, para la doctrina común que asienta la liberación del deudor no-cumplidor en el caso fortuito/imposibilidad liberatoria, no son sino terminologías inapropiadas que es-

conden detrás una realidad distinta: el *incumplimiento* como fundamento directo de la responsabilidad contractual (toda infracción de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria) y la *extinción/suspensión* de la obligación no cumplida como causa de exoneración del deudor no-cumplidor (imposibilidad liberatoria/caso fortuito definitivo o temporal)].

Pantaleón, de forma injustificada e injustificable, ignoró la vinculación de mi pensamiento con la doctrina generalizada, común en la materia (vinculación que no sólo yo esgrimía, sino que debería ser notoria a todo el que se aproxime, aunque sólo sea a nivel manualístico, al problema de la responsabilidad contractual). Quien lea la despectiva crítica que Pantaleón hace a mi planteamiento en *ADC*, 1991 (p. 1044), sacaría la (errónea) conclusión, de no tener otros datos, de que yo soy el primer autor español en haber introducido la imposibilidad sobrevenida de la prestación/cumplimiento en el seno del límite de la responsabilidad contractual/prueba liberatoria (el caso fortuito), y que, además, lo he hecho forzosamente: únicamente por influjo doctrinal italiano.

Naturalmente que, por muy generalizado que sea entre nosotros considerar la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento no realizado, como requisito del caso fortuito-límite de la responsabilidad contractual, nada impedía a Pantaleón criticar, si lo estimaba conveniente, esta opinión generalizada. Pero eso es una cosa, y otra distinta ocultar (¿deliberadamente?) el carácter extendido de la opinión combatida y presentarla (¿interesadamente?) como el resultado de una importación del extranjero, ajena a nuestro Derecho, realizada por un aislado autor. En suma, me parece innegable que Pantaleón, para criticar mi planteamiento (para lo que estaba en su perfectísimo derecho), ha falseado —deliberadamente o no, en cualquier caso de modo inexcusable— la situación, doctrinal y jurisprudencial, de nuestro Derecho, en la que, precisamente, mi planteamiento (confesadamente) se apoya (y para esto otro carecía de legitimación mi contradictor).

Estando así las cosas, no creo difícil de entender lo gracioso, en efecto, que resulta ver a ese mismo fustigador de la imposibilidad sobrevenida como elemento del límite de la responsabilidad contractual-caso fortuito, acabar hablando, reiteradamente (*ADC*, 1991, p. 1060 y ss.), a efectos de la aplicación del art. 1.105 CC, de *impedimento* del cumplimiento no realizado, como requisito de la exoneración contractual del deudor no-cumplidor: ¡los muertos que vos matáis gozan de buena salud!

Así pues, tanto Pantaleón, como yo, como la doctrina común, exigimos del deudor no (exactamente) cumplidor que pretende exonerarse de responsabilidad contractual, en conformidad con el art. 1.105 CC (y la doctrina común, la jurisprudencia y yo añadimos, también, en conformidad con los arts. 1.182 y ss. CC), la producción sobrevenidamente a la constitución de la obligación

no (exactamente) cumplida, de un evento que determine la imposibilidad del (exacto) cumplimiento no realizado: que lo impida, obstaculice o frustre.

Que Pantaleón evite cuidadosamente el empleo del término «imposibilidad», no afecta a la sustancia del asunto: ¿qué diferencia hay entre un evento que impide y otro que imposibilita el cumplimiento no realizado? A lo largo de mis trabajos he empleado frecuentemente de forma indistinta estas dos expresiones (junto con otras: evento que obstaculiza, frustra, etc.), exactamente en el mismo sentido —ya he recordado que esto es un presupuesto confesado de mi planteamiento— con que se exige el requisito de la imposibilidad sobrevenida, en la doctrina común, a efectos del caso fortuito del art. 1.105 CC y de la (coincidente) causa extintiva del art. 1.182 CC. De la lectura de ese trabajo últimamente citado de Pantaleón, no deduzco ninguna diferencia entre su evento causante del impedimento para cumplir y mi imposibilidad/impedimento/obstáculo/frustración del cumplimiento.

Si asentar la responsabilidad contractual sobre nuevas bases consiste en dejar de hablar de «imposibilidad sobrevenida» para hablar de «impedimento sobrevenido», no tengo inconveniente en acceder al cambio, siempre que se sea consciente de su absoluta intrascendencia sustantiva: un mero cambio (entre otros muchos posibles) de terminología.

VII. Se comprende que el afloramiento de esta grave contradicción, no hiciera, en cambio, gracia alguna a Pantaleón. Y con razón, puesto que es la causa, como digo, según mi opinión, del naufragio completo de su planteamiento.

Porque el desenvolvimiento coherente de todas las implicaciones ínsitas en los requisitos tradicionales del caso fortuito, los que Pantaleón, la doctrina común y yo reconocemos —incluyendo la imposibilidad/impedimento sobrevenido del (exacto) cumplimiento no realizado— conduce, precisamente, a mi planteamiento (el que sucintamente he recordado, *retro sub V*).

En particular, toda persona que sea coherente con la exigencia de la imposibilidad/impedimento sobrevenido como requisito del caso fortuito/prueba liberatoria/limite de la responsabilidad contractual, no podrá dejar de reconocer que la simple *posibilidad* (*ausencia* de imposibilidad/impedimento sobrevenido) del (exacto) cumplimiento no realizado, es suficiente por sí misma, sin consideración alguna de la culpa-diligencia del deudor no-cumplidor, para determinar la responsabilidad contractual de éste [lo niega Pantaleón, *ADC*, 1991, p. 1044, en contradicción flagrante, como se ve, con su exigencia posterior de la imposibilidad/impedimento sobrevenido del cumplimiento como elemento del caso fortuito. Lo afirma, Lacruz, *Elementos*, II, 1, Barcelona, 1977, p. 118. Opinión conservada en la revisión por Delgado, Barcelona, 1985, 2.^a ed., p. 263. Lo afirmaba, también, coherentemente con

la exigencia del requisito de la imposibilidad sobrevenida en el caso fortuito, Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, Madrid, 1979, p. 704, y posteriormente, Madrid, 1983, 2.^a ed., p. 715. (Si bien que estos autores hablan únicamente de la prestación debida o de su valor económico)].

La responsabilidad contractual incondicionada (sin necesidad de culpa del deudor no-cumplidor) mientras la prestación/cumplimiento no realizado sea posible, es una consecuencia, pues, de que, entonces, *no* hay caso fortuito (con todos sus requisitos, incluido la imposibilidad/impedimento sobrevenido del cumplimiento no realizado); entonces lo que hay, en mi opinión, es *incumplimiento*: una obligación infringida (no o no exactamente cumplida) y subsistente (en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria). Se trata, como se ve, de un principio general —derivado de las normas generales de la responsabilidad contractual—, que permite explicar, por ejemplo, como aplicación del mismo, la responsabilidad incondicionada (sin necesidad de culpa suya) del deudor de cosas genéricas mientras el género debido subsista, siempre que, claro, su obligación no haya sobrevenido (inimputablemente) imposible —su cumplimiento haya quedado sobrevenidamente impedido, diré también en obsequio a Pantaleón— por causa distinta del perecimiento fortuito del entero género debido [p. ej., imposibilidad legal de traficar con la mercancía debida, eventos que afecten —impidiéndola, imposibilitándola— la actividad (conducta) de cumplimiento del deudor, por sí y por otro].

De forma enteramente análoga a lo visto para la posibilidad del cumplimiento, la exigencia, para que haya caso fortuito/imposibilidad liberatoria, junto a la imposibilidad/impedimento sobrevenido del (exacto) cumplimiento no realizado, además, de la inimputabilidad al deudor no-cumplidor de la concreta causa del evento que le imposibilita/impide cumplir, conduce, consecuentemente, y también en conformidad con los principios generales de la responsabilidad contractual, a negar la existencia del caso fortuito y afirmar, por tanto, la responsabilidad contractual de deudor no-cumplidor, siempre que el evento que imposibilita/impide a éste el (exacto) cumplimiento no realizado, obedece a su culpa-negligencia (criterio legal-general de imputación), o le es de cualquier otro modo (legal, convencionalmente) imputable. También aquí, en mi opinión, hay incumplimiento, infracción —falta de (exacto) cumplimiento— de una obligación subsistente en defecto de caso fortuito/imposibilidad liberatoria (con *todos* sus requisitos).

VIII. Contesto, concreta y brevemente, a las dos interpelaciones directas que me hace Pantaleón (pero no sin dejar de constatar lo pintoresco y divertido que resulta verme retado a ser coherente con la asunción de la imposibilidad/impedimento sobrevenido del cumplimiento no realizado como elemento del caso

fortuito —yo que he asumido, con la doctrina común, inequívocamente ese requisito, de principio a fin— por un autor que, contradictoriamente, defiende y critica, al mismo tiempo, dicho requisito del caso fortuito):

a) En cuanto al caso *sub a)*, en *Bases*, p. 1744, me parece evidente que existe, en efecto, imposibilidad sobrevenida temporal por causa inimputable al deudor. ¿Es que alguien —y, en particular, el acreedor del caso— puede prejuzgar la invalidez por inconstitucionalidad de una ley mientras el TC no se pronuncie (estando pendiente el proceso de inconstitucionalidad)?; ¿es que la sospecha de inconstitucionalidad o, incluso, la pendencia de un proceso de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la ley afectada? (*Vid.* arts. 164 Const., y 38 y 40 LOTC).

b) En cuanto al caso *sub b)* (*Bases*, p. 1744), entiendo que, en efecto, no hay imposibilidad sobrevenida de la prestación debida y personalmente fungible, pero las circunstancias del caso hacen que la pretensión del acreedor a la realización de la prestación debida por un sustituto del deudor y a costa de éste, aparezca limitada por la buena fe. Por concretar: no es exigible, según buena fe, que el deudor provea, por sí o por otro, a su propia sustitución por un tercero en el cumplimiento, el día en que su hijo resulta atropellado. Pero, en principio, es injustificable que, so pretexto de la agonía del hijo atropellado, el deudor no provea durante un mes a esa sustitución (que puede encomendar realizar a otro, o gestionar, por sí o por otro, sencillamente por teléfono). No tengo la menor duda en que procede, pues, la responsabilidad contractual por retraso, pasado el tiempo «de respeto» que, según buena fe, sea razonable en el caso (en otras palabras, durante el «tiempo de respeto» existe, conforme a la buena fe, una imposibilidad/impedimento/inexigibilidad del cumplimiento —*Unzumutbarkeit*—).

IX. Pantaleón (*Bases*, p. 1745) consigue, previa inserción en él de ciertas palabras de su cosecha, que el texto de la ley 493-I Comp. nav. diga cosa distinta de lo que dice. ¡Así cualquiera: hágase usted la ley a la medida de su doctrina! ¿Se construyen las leyes sobre la doctrina o la doctrina sobre las leyes?. Por otra parte, ¿qué se le puede reprochar al texto navarro, que no ha hecho sino sacar, coherentemente, todas las consecuencias de la noción tradicional y común del caso fortuito —con todos sus requisitos, incluido la imposibilidad/impedimento del (exacto) cumplimiento no realizado— (la misma que Pantaleón acaba, en feliz contradicción, admitiendo)?

X. Como colofón, en lo que a mí respecta definitivo, de esta polémica, quiero manifestar abiertamente que mis discrepancias con el profesor Pantaleón, en el fondo y en la forma, son puramente doctrinales (pero son graves, no se trata de juegos florales), y no alcanzan, por tanto, al terreno personal ni, por supuesto,

afectan a la elevada consideración profesional que le tengo. Si en algún momento ha parecido otra cosa, sólo es imputable a mi vehemencia (que si no va a la zaga de la suya, tampoco la adelanta). Agradezco las declaraciones similares de Pantaleón y no dudo de su sinceridad.

Jerez, 29 de abril de 1994.