

El «*commodum representationis*» del artículo 1.186 del Código civil

ANGEL CRISTOBAL MONTES

Profesor Extraordinario de la Universidad de Zaragoza

1. Nuestro Código civil, que, en forma dogmáticamente defectuosa, subsume la materia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación bajo la especie de la «pérdida de la cosa debida» (aunque el error lo repare, en parte, a través del artículo 1.184), dispone en su artículo 1.186 que «extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». Norma cuya intrínseca justicia, resaltada de manera unánime por la doctrina, resulta de la simple consideración de que, de no existir la misma, el deudor que queda libre mediante la pérdida fortuita de la cosa debida resultaría más favorecido que aquel que accede a similar situación a través de la entrega de la misma, ya que podría retener todo lo que los terceros debiesen por razón de su participación dolosa o culposa (o en función de garantía o seguro) en el acaecimiento de aquella situación negativa. Bien que la ley, ante la imposibilidad de la entrega, libere al deudor del débito, pero resultaría inaceptable que además pudiera retener en su patrimonio todo lo que fuera consecuencia de semejante imposibilidad, ya que ello daría lugar a un verdadero enriquecimiento injusto a su favor.

Desde el punto de vista dogmático, el supuesto ha sido explicado de la siguiente manera: Sobre la base del texto romano *secundum naturam est commoda cuiusque rem eum sequi quem sequentur incommoda* (1), resulta que quien sufre el *periculum* tiene derecho a todo lo accesorio que debiera haberle sido entregado con la cosa pericidada (*commodum accessionis*), pero tiene también derecho a todo lo que surja en función de tal pericidamiento (*commodum representationis*).

(1) D. 50.17.10.

Terminología esta última utilizada por primer vez por Mommsen (2), hoy aceptada plenamente por la civilística, cuya justificación se produciría en base a considerar que si un acontecimiento ocasiona la desventaja de impedir el cumplimiento de la prestación y al mismo tiempo la ventaja de generar algún derecho o acción patrimonialmente estimable, esto último debe corresponder a aquella de las partes que experimente el *periculum obligationis*, de manera tal que si, como es ordinario, el acreedor debe soportar la imposibilidad sobrevenida de la prestación (*incommodum obligationis*), así también tendrá derecho a todo lo que se obtenga como consecuencia del hecho causante de la imposibilidad (*commodum representationis*), y no sólo cuando proceda del hecho ilícito de tercero, sino también cuando derive de cualquier acontecer que determine la imposibilidad de la prestación, tal como destrucción por incendio, expropiación forzosa, privación y, en general, siempre que el deudor obtenga una indemnización o un provecho derivado de lo que fue objeto de la obligación (3). La regla debe ser, pues, que quien soporte la desventaja, y precisamente por ello, debe beneficiarse de la ventaja: *Commodum eius esse debet, cuius periculum est*, según la fórmula de Mommsen.

2. Nuestro artículo 1.186 proviene directamente del artículo 1.163 del Proyecto de 1851 («el deudor de una cosa perdida está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnización»), aunque con una significativa mutación en los conceptos utilizados, que, a su vez, la tomó del artículo 1.303 del *Code Napoléon*. García Goyena argumentaba su defensa en razón de que nada de la cosa debe quedar en poder del deudor, pues el mismo no debe enriquecerse de manera alguna en detrimento de su acreedor, y, por tanto, de la misma forma que si la cosa no pereció enteramente subsiste la obligación en la parte que resta, así también todo lo en ella contenido «pertenece de derecho al acreedor como la pertenecía la cosa misma que no es posible ya devolverle» (4).

A su vez, el artículo 1.303 del *Code* se inspira en la doctrina que al respecto había defendido Pothier. Según este autor, la pérdida fortuita de la cosa debida la soporta el deudor dueño de la misma (*res perit domino*), pero como al mismo se aplica el principio *meum est quod res mea superest*, semejante consecuencia debe reconvertirse en provecho del acreedor, en el sentido de *mihi debetur quod ex re mihi debita superest*, ya que éste ha perdido también el derecho que ostentaba a la entrega de la cosa; sobre esta base y *secundum naturam*, toda ventaja derivada de la pérdida de la cosa corresponde obtenerla, dotándole al efecto del correspondiente derecho, no a quien pierde la cosa, sino a quien soporta el *periculum obligationis* (5).

(2) MOMMSEN: *Eroerterungen über die Regel*, Braunschweig, 1859, p. 144.

(3) GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XVI-1, Madrid, 1980, p. 308.

(4) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 618.

(5) POTHIER: *Traité des obligations*, París, 1861, pp. 355 y ss.

3. Mientras el artículo 1.182 del Código civil, a propósito de la plasmación del principio de que las *obligaciones dare* se extinguen por la pérdida o destrucción de la cosa debida, significa que ésta debe ser «determinada», el artículo 1.186, relativo a la asignación al acreedor de los «residuos» jurídicos de la cosa pericida, prescinde de semejante señalamiento. ¿Querrá decir ello que el ámbito de aplicación de ambas normas es diferente, ampliándose el de la segunda a todas las obligaciones de dar, tanto genéricas como específicas?

González Porrás considera que el artículo 1.186 no se limita al supuesto de que el objeto de la obligación sea una cosa específica, concreta y determinada, sino que la atribución de acciones al acreedor contra tercero procede también cuando la *res debita* pertenezca al llamado *genus limitatum* y, «naturalmente, se haya perdido totalmente o, de cualquier forma, se haga imposible al deudor cumplir con otra cosa perteneciente al mismo género, siempre que ello sea por hecho de tercero, pues en tal caso nos encontramos ante una situación típica de lesión del crédito en la que no veo razones suficientes para que no se parifique con la de cosa concreta y determinada (6)».

Afirmación difícil de suscribir, en primer término, porque en relación a las obligaciones de dar resulta escasamente justificable que el ámbito de operatividad del artículo 1.182 y 1.186 sea diferente, por lo que si el primero habla de «cosa determinada» así también deberá entenderse el segundo por más que prescinda del término «determinada»; y, en segundo lugar, porque pretender desvirtuar este planteamiento para incluir también las obligaciones de género limitado supone un esfuerzo sin necesidad ni contrapartida, ya que sabido es que en aquellas relaciones obligatorias en las que la cosa debida pertenece a un *genus limitatum* no se aplica el régimen jurídico de las obligaciones genéricas (en especial la regla *genus nunquam perit*), sino el propio de las específicas (7).

4. Otra cuestión que puede plantearse es la relativa a si la regla del artículo 1.186 operará tan sólo en relación a las obligaciones de entregar cosa en función traslativa (o constitutiva), o si, por el contrario, extenderá también su radio de acción hasta las obligaciones de entregar cosa en función restitutoria. En principio, la respuesta parece sencilla por cuanto en esta segunda categoría (por ejemplo, la obligación devolutiva del comodatario o del depositario) la propiedad de la cosa nunca salió de las manos del acreedor, y, en consecuencia, parece lógica pensar que «los derechos y acciones derivados del hecho que motivó la imposibilidad no corresponderán al deudor», ya que «por atribución *ex lege* y desde siempre son derechos y acciones del dueño de la cosa, con lo que la aplicación del artículo 1.186 del Código civil se manifiesta sin utilidad alguna» (8).

(6) GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, pp. 309-310.

(7) COTTINO: *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milán, 1955, pp. 177 y ss.

(8) GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios...*, XVI-1, *op. cit.*, p. 311.

También Roca Juan, aunque en forma más matizada, considera que, en principio, acaso pueda anticiparse que la atribución de acciones que establece el artículo 1.186 opera en la extinción de obligaciones de entregar cosa determinada, en función traslativa de la propiedad u otro derecho real, y no en aquellas situaciones en que la obligación de entregar cumple una función restitutoria o es presupuesto para el ejercicio de un derecho de goce, que tienen prevista una solución específica (9).

La verdad es que en una mayoría determinante de casos las cosas ocurrirán de la manera apuntada y en ellos, obviamente, la aplicación del artículo 1.186 del Código civil resultará improcedente e innecesaria. Si el acreedor, por haber conservado la propiedad de la cosa que pasó a manos ajenas, tiene derecho, *ministerio legis*, a todos los derechos y acciones que puedan surgir o restar en caso de que aquélla se destruya o perezca, ¿para qué precisará la ayuda del mecanismo previsto en el referido artículo?

Sin embargo, a poco que se observe la situación, la respuesta puede no ser tan obvia. En efecto, referir la aplicación de la norma en estudio al único supuesto de que la *res debita* sea propiedad del deudor, aunque sin duda el mismo constituya la manifestación más importante y en el que el precepto encuentra su más clara expresión, constituye, de todas maneras, una indebida mutilación del tenor de éste, ya que no necesariamente «todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros» tendrán que derivar de la circunstancia de que el mismo sea dueño de la cosa perdida.

El hecho de que el surgimiento de acciones por razón de la destrucción o pérdida (en el sentido amplio del artículo 1.122 del Código civil) de la cosa debida tenga lugar determinantemente a favor de quien sea propietario de la misma, no quiere decir, empero, que no puedan surgir otras a favor del deudor no propietario y, sobre todo, que en este último caso el acreedor no tenga derecho a las mismas. Cuando la cosa se destruye en manos de un comodatario, depositario o arrendatario nada obsta a que el mismo vea aparecer a su favor por disposición de la ley y, particularmente, por convención al respecto una amplia gama de recursos jurídicos que le permitan reclamar de terceros prestaciones de diverso signo: pues bien, ¿tendría sentido que en este caso el acreedor se viese despojado de participar en tales recursos por virtud de una interpretación del artículo 1.186 que lo limita a las obligaciones de dar con finalidad traslativa? Paradójicamente, con la solución que se critica el acreedor tendría menos derechos cuando es propietario de la cosa que cuando no lo es; *reductio ad absurdum* que debe llevarnos a rechazar semejante visión restrictiva.

Del hecho de que en numerosos casos la norma del artículo 1.186

(9) ROCA JUAN: *Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1.186 del Código Civil)*, en «Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico De Castro», II, Madrid, 1976, p. 534.

del Código civil resulte inútil o innecesaria, ya que las acciones nacerán directamente en la persona del acreedor, o de la circunstancia de que el ordenamiento civil tenga previstas «soluciones específicas» para algunos supuestos de obligaciones de entregar con finalidad simplemente restitutoria, no debe concluirse, sin más, que en ningún caso fuera de los vínculos traslativos tenga el acreedor derecho a participar en todo lo que provenga de la desaparición física o jurídica de la *res debita*, porque ello no resulta así ni de los términos ni del espíritu del artículo 1.186, ni encuentra justificación alguna al arrebatarse al acreedor cualquier posibilidad jurídica que pueda existir orientada a paliar patrimonialmente los efectos negativos derivados del daño de la cosa.

La fórmula legal («extinguida la obligación por la pérdida de la cosa») vale lo mismo para las obligaciones de traslación que para las obligaciones de devolución, englobando a unas y otras, así como la consecuencia de que correspondan al acreedor «todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta», no sólo no excluyen la titularidad de aquél en los casos de ser ya dueño de la cosa adeudada, sino que fuerzan a estimarla en todo supuesto en que una persona tenga derecho a la entrega de cosa determinada. Pues bien, si la regla legal en nada obsta (antes bien, propicia) semejante extensión y si la misma protege más amplia y adecuadamente al acreedor, que es lo que, en definitiva, persigue la norma, ¿por qué restringir a las obligaciones de dar con finalidad traslativa la aplicación de la misma? No existen razones suficientemente convincentes para ello.

5. ¿Y en las obligaciones de hacer? Sobre la base de la literalidad del precepto, que habla de la «pérdida de la cosa», parece que la solución debe ser necesariamente negativa, y en este sentido se manifiesta una clara mayoría de la doctrina sin necesidad de recurrir a mayores argumentaciones, ya que se da por sobreentendida su estricta aplicación a las obligaciones de dar («se observará que el precepto no se aplica en las obligaciones de hacer», dirá, por ejemplo, Delgado Echeverría) (10).

No faltan, sin embargo, voces contrarias a semejante postura restrictiva. Así, en Italia, Mandrioli se muestra partidario de estimar la existencia en el patrimonio del deudor de un elemento representativo del objeto de la prestación cuando, tratándose de obligaciones de hacer, aquél resulte de imposible cumplimiento, por lo que deberá operar el *commodum representationis* a favor del acreedor (11). También en España, Moreno Quesada defiende semejante ampliación, ha-

(10) DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona, 1985, p. 261.

(11) MANDRIOLI: *Commodum representationis*, en «Rivista di Diritto civile», 1928, p. 172.

bida cuenta de que la responsabilidad de los terceros en la lesión de los derechos de crédito procede también en los supuestos de obligaciones de hacer, mera consecuencia del «deber general de respeto de todos los derechos subjetivos y de todas las situaciones jurídicas que forman la esfera jurídica ajena» (12); y el mismo González Porrás, aunque con menor convicción y con una dudosa apoyatura textual, considera que dicha interpretación extensiva puede mantenerse no sólo por las razones esgrimidas, sino también porque el artículo 1.186 habla de «pérdida de la cosa» —sin decir si ha de ser determinada— (*sic*) y porque nuestro Código civil no utiliza una terminología precisa para diferenciar entre cosa y prestación (13).

Por nuestra parte, también pensamos que la regla en estudio debe extenderse a las obligaciones de hacer cuando sobrevenida la imposibilidad de su cumplimiento pueda el deudor de las mismas reclamar a un tercero en razón del hecho que determinó semejante imposibilidad. Aquí, como en cualquier otro lugar del Código, la escueta expresión legal («pérdida de la cosa») no debe ser óbice para trasladar el régimen contemplado para un supuesto específico a otros que revisitan idéntica *substantia iuris*, porque el objetivo siempre es el mismo: que el acreedor que soporta el *periculum obligationis* obtenga también el *commodum representationis*.

Pocas dudas pueden existir en el supuesto de que la prestación de una obligación de hacer resulte de imposible verificación, se dé la presencia de un tercero responsable y esté abierta al deudor la posibilidad de exigir responsabilidades. ¿Por qué en este caso el acreedor no iba a tener derecho a tales acciones de su deudor, mientras goza de ellas cuando se trata de obligaciones de dar? ¿Acaso el distinto contenido de la prestación es tan determinante como para conceder en unos supuestos y negar en otros algo que, como se ha señalado al comienzo, responde a razones de la más elemental justicia y al propósito de evitar que el deudor, al haber quedado liberado de la obligación que le afectaba, obtenga un enriquecimiento injusto? Si, como dice Larenz, la finalidad del precepto consiste en dar al acreedor lo que en el patrimonio del deudor ha sustituido desde el punto de vista económico a la cosa debida (14), ¿quién se atreverá a encontrar una diferencia suficiente y justificante, a estos efectos, entre el curso que debe tomar la indemnización del tercero por destrucción ilícita de la cosa debida y la que proceda por impedir también ilícitamente dicho tercero que el deudor realice el concreto servicio a que venía obligado, reteniéndole, por ejemplo, el día en que indefectiblemente debía ejecutarse la prestación de *facere*?

Pero es que, incluso, en nuestro Derecho ni siquiera cabe sostener que la exclusión se derivaría de la literalidad de la ley porque no es tal la situación, sin que haya necesidad de acudir a una argumenta-

(12) MORENO QUESADA: *Problemática de las obligaciones de hacer*, en «Revista de Derecho privado», 1976, pp. 488 y ss.

(13) GONZÁLEZ PORRÁS: *Comentarios...*, *op. cit.*, XVI-1, pp. 310-311.

(14) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, p. 305.

ción tan discutible como la de que el artículo 1.186 habla de «cosa» y no de «cosa determinada», pues aunque el epígrafe de la Sección segunda reza «De la pérdida de la cosa debida», luego resulta que la misma no se refiere tan sólo a las obligaciones de dar (únicas que tendrían sentido bajo semejante membrete), sino a toda clase de obligaciones, ya que el artículo 1.184 contempla también la liberación del deudor «en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible». Por ello, si la obligación se extingue y el deudor queda libre no sólo cuando se pierde o destruye la cosa debida, sino también cuando *in genere* la prestación deviene imposible por expresa dicción del texto legal, resultará que incluso literalmente el complemento que el artículo 1.184 realiza respecto al artículo 1.182 deberá entenderse también en relación al artículo 1.186, aunque el legislador haya prescindido de repetir en función de éste lo que ya dispuso en función de aquél.

6. Según el artículo 1.303 del Código civil francés, «cuando la cosa haya perecido, haya quedado fuera del comercio o se haya perdido, sin culpa del deudor, éste está obligado, si tiene algunos derechos o acciones de indemnización con respecto a esa cosa, a cederlos a su acreedor». También el artículo 1.163 del Proyecto García Goyena habla de que el deudor «está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones...». Pues bien, frente a estos precedentes, el artículo 1.186 del Código civil español utiliza la fórmula de que todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de las cosas «corresponderán» al acreedor. ¿Qué valor tiene semejante mutación terminológica?

Lo cierto es que el esquema francés de cesión obligatoria de acciones, aunque contaba con el alto patrocinio de Pothier, fue severamente criticado por la mayoría determinante de los civilistas franceses (Toullier, Marcadè, Duranton, Moulon, Demolombe, etc.) desde la promulgación misma del *Code*, sobre la base de que entraba en conflicto con la nueva doctrina legal de transmisión de la propiedad *solo consensu* y de que no se hallaba en el proyecto de Código preparado por la Comisión: «Fue añadida, sin que se sepa por quién ni por qué..., y los espíritus, todavía poco familiarizados con los nuevos principios, no se dieron cuenta de la incongruencia de esta disposición» (15).

Advertidos por estas críticas, los redactores del Código civil italiano de 1865 transformaron la fórmula francesa de obligación de ceder en la más expeditiva de que los derechos y acciones del deudor respecto a la cosa «pasan» al acreedor, con lo que superaban la contradicción apuntada y se resaltaba que el tránsito tenía lugar *ipso iure* y no mediante el acto de cesión del deudor.

(15) TOULLIER: *Le Droit française suivant l'ordre del Code*, IV, Bruselas, 1830, p. 201.

En la doctrina española, a tenor del cambio conceptual que realizó el Código civil de 1889 frente al Proyecto de 1851, ha existido siempre una clara mayoría a favor de la tesis de la adquisición automática de las acciones por el acreedor. En este sentido, Manresa aseveraba que la redacción clara y terminante del precepto no deja lugar a dudas, «en cuanto a que la transmisión de acciones a que se refiere se verifica por ministerio de la ley, sin necesidad de una cesión dependiente de la voluntad del deudor», añadiendo que «desde el instante en que por la ley se atribuyen al acreedor, instante que es el de la extinción de las obligaciones, desde aquel mismo queda privado de ellas y de su ejercicio el deudor» (16).

También para Albaladejo las acciones pasan al acreedor por ministerio de la ley, en razón de que el fin de la norma es el de la protección del acreedor, por lo que «a la automática extinción de su derecho va unida la automática adquisición del subrogado que correspondía al deudor» (17). De la misma manera, Díez-Picazo considera que la norma del artículo 1.186 confirma la tesis tradicional de que la acción contra el tercero compete directamente al deudor, y al acreedor le concierne sólo a través de una atribución *ex lege*, esto es, «se confiere una especial legitimación, que es directa frente a los terceros, pero el acreedor no ejercita su propio interés, sino una acción que corresponde a su deudor» (18). Y, por su parte, Alonso Pérez estima que «es una mera atribución o transmisión *ipso iure* de las acciones del deudor al acreedor para de algún modo atenuar el *periculum* de la cosa obligada» (19).

En opinión de González Porras, el supuesto del artículo 1.186 del Código civil debe encuadrarse dentro de la atribución *ex lege* del *commodum representationis*, principio del subingresso legalmente atribuido que en nuestro ordenamiento está ampliamente acogido. No piensa que nos hallemos ante una especie de subrogatoria, pues aunque en ambos casos se produzca la sustitución procesal, el ejercicio de la subrogación exige que el que se subroga tenga un derecho vivo frente al subrogado, situación que no se produce en la hipótesis en estudio: «El artículo 1.186 del Código civil, al decir que corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros, lo que hace es claramente determinar, de forma automática, el subingresso del acreedor en los derechos del deudor» (20).

Sin embargo, también desde los primeros momentos se ha defendido en España la originaria tesis francesa de la obligación de ceder los derechos. Así, Mucius Scaevola habla de «cesión de acciones al

(16) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, VIII-1 (sexta edición revisada por Moreno Mocholí), Madrid, 1967, pp. 771-772.

(17) ALBALADEJO: *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980, p. 301.

(18) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 740.

(19) ALONSO PÉREZ: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, p. 115.

(20) GONZÁLEZ PORRAS: *Comentarios...*, *op. cit.*, XVI-1, p. 314.

acreedor» y acoge las palabras de Bigot, Favard y Jaubert en el sentido de que «el deudor no está obligado a hacer diligencias ni gastos, sino sólo a ceder sus derechos y acciones al acreedor» (21). Pérez González y Alguer estiman que la palabra «corresponderán» del artículo 1.186 es compatible lo mismo con el supuesto de transmisión *ex lege* que con la hipótesis de la obligación de ceder, pero el primer supuesto implicaría «una subrogación del acreedor en un crédito propio del deudor que no puede afirmarse en vista de los artículos 1.209 y 1.210 del Código civil», aparte de que la misma, caso de que el deudor ya hubiera cobrado la indemnización a que ahora el acreedor tiene derecho, supone que «el deudor habría de ser considerado como actuando por cuenta del acreedor en cuanto a la indemnización recibida, aunque éste no hubiese reclamado todavía el pago»; absurdo patente al que, en su opinión, conduce la doctrina del traspaso *ipso iure* de las acciones (22). En fin, Delgado Echeverría, aunque estima que del origen del precepto en los Códigos francés e italiano (con transmisión de la propiedad por el mero contrato) podría deducirse que la transmisión de las acciones es automática o *ex lege*, o que proporciona directamente una legitimación excepcional al acreedor para ejercitar derechos de su deudor, juzga que «faltando en nuestro Derecho tal premisa, parece más fundada la opinión contraria, es decir, que el deudor queda obligado a ceder al acreedor las correspondientes acciones (o pagar la cantidad ya cobrada en ejercicio de las mismas)» (23).

Pero, sin duda, es Roca Juan quien con mayor argumentación defiende en la doctrina civil española del momento la tesis de la cesión obligatoria. En su sentir, la transmisión automática de las acciones al acreedor no parece ser la idea más adecuada porque al persistir en nuestro Código el sistema de adquisición por el título y el modo, el haber sustituido el explícito deber de ceder las acciones por el ambiguo «corresponderán» al acreedor, sugiere hacerle (por todo lo contrario de lo que movió a los exégetas a hacer la crítica del *Code*) el mismo reproche, pero por razón inversa. Por lo que en cuanto el Código, conforme a la Ley de Bases, acepta la doctrina que exige la tradición para adquirir, aunque suprima la expresión de la obligación de ceder, lleva a tener que interpretar el término «corresponderán» teniendo en cuenta el origen del precepto, es decir, «que la cesión de las acciones por el deudor es necesaria para legitimar al acreedor frente al tercero, y precisa para que el deudor se libere».

Contra la tesis dominante se alza el obstáculo la determinación del momento de la transmisión automática de las acciones, porque mientras la desaparición de la cosa de manera total o que ésta quede

(21) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, XIX, (2.^a ed. revisada por Marin Pérez), Madrid, 1957, pp. 1049-1050.

(22) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, I, Barcelona, 1954, p. 247.

(23) DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, op. cit., II-1, p. 261.

fuera del comercio son hechos objetivamente determinables de una manera normal, en cambio cuando «perece» es supuesto que puede estar sujeto a distintas apreciaciones, por lo que surgirán desacuerdos que obligarán a la previa declaración judicial de extinción, determinante de la automática transmisión de las acciones del acreedor. Además, cabe que el acreedor acepte un cumplimiento con deterioro o menoscabo de la cosa debida, sin responsabilidad para el deudor, en cuyo caso se excluiría el efecto del artículo 1.186, ya que la obligación se extinguiría por cumplimiento y no por pérdida, y, a lo sumo, las acciones se originarían directamente en el acreedor contra el tercero que lesionó su derecho. Por todo ello, piensa Roca Juan que «acaso sea preferible ver en el fenómeno del artículo 1.186 un caso de subrogación real con cuya cesión o entrega se libera el deudor. Pero no una subrogación legal y automática del acreedor en tales acciones e indemnizaciones, sino un derecho del acreedor a subrogarse, exigiendo la cesión» (24).

7. La verdad es que a la vista del cambio terminológico-conceptual que el artículo 1.186 del Código civil realiza respecto al precedente artículo 1.163 del Proyecto García Goyena resulta muy difícil sostener que en nuestro ordenamiento sigue vigente la añeja fórmula francesa de la obligación de ceder las acciones, fórmula que, por muchos esfuerzos que se realicen, es inencajable dentro del término «corresponderán» que utiliza el precepto en vigor. Argumentar, como hace Roca Juan, que debe sostenerse la vigencia de semejante construcción en aras al principio del título y el modo que rige en el sistema adquisitivo español y proscibiría cualquier supuesto de adquisición automática, no es admisible, en primer término, porque dicho criterio (arts. 609 y 1.095 C.c.) opera tan sólo en relación al tránsito de los derechos reales y aquí estamos en el campo de los derechos de crédito, y, en segundo lugar, porque bajo ese punto de vista también debería excluirse la adquisición *ope legis* en aquellos ordenamientos en que los contratos tienen eficacia real, pues es obvio que en los mismos, aunque no haga falta la *traditio*, sí se requiere al menos la existencia de un *titulus*.

Excluir la transmisión *ex lege*, tal como sostienen Pérez González y Alguer, en base a los artículos 1.209 y 1.210 del Código civil, tampoco tiene mayor fuerza, ya que los mencionados preceptos establecen los casos en que se presume que hay subrogación en los derechos del acreedor, mientras que aquí no estaríamos ante uno de tales casos, sino ante un supuesto en que la subrogación (*rectius*, adquisición) tiene lugar directamente por disposición de la ley, aparte de que el propio artículo 1.209 deja abierta la puerta a nuevas hipótesis cuando dispone que «en los demás (casos) será preciso establecerla (la subrogación) con claridad para que produzca efecto».

(24) ROCA JUAN: *Sobre la imposibilidad...*, loc. cit., pp. 543 y ss.

En cuanto al presunto absurdo que los mencionados anotadores pretenden se produce al sostenerse el traspaso *ipso iure* de las acciones en el caso de que el deudor ya hubiera cobrado la indemnización, no es tal, porque parece evidente que cuando semejante caso se dé, aunque no se haya producido todavía la reclamación del cumplimiento de la obligación, lo cierto es que habría tenido lugar la extinción de la misma, en cuanto la indemnización se pagará precisamente por la pérdida o destrucción de la *res debita*, y, en este supuesto, estamos ya en el campo de aplicación del artículo 1.186 del Código civil, sin que quepa ver obstáculo alguno en el hecho de que el deudor haya actuado por cuenta del acreedor. Si el artículo 1.186 atribuye al acreedor y para el futuro las acciones que tenga el deudor, a mayor abundamiento, y dentro de la misma línea de compensación del *periculum obligationis* con el *commodum representationis*, le atribuirá también todo lo que dicho deudor haya podido realizar ya al amparo de tales acciones indemnizatorias.

Tampoco parece defendible la idea de Lacruz en el sentido de que aquí estamos en presencia de «una especie de subrogatoria, que apunta sobre todo a la acción contra la compañía de seguros o el causante de la pérdida» (25). Y no lo es, no sólo porque, como apunta González Porras, en la hipótesis del artículo 1.186 no cabe contemplar el ejercicio de la acción subrogatoria en razón de que el subrogante no tiene «un derecho vivo frente al subrogado», sino también porque el propio autor contradice su tesis al parecerle razonable que, en cuanto el acreedor no puede ocupar por propia autoridad la cosa debida, resulta dudoso que el mismo pueda ejercitar acciones «sin tal permiso o declaración judicial de proceder su ejercicio». O una cosa o la otra, pero no las dos a la vez, pues es claro que el ejercicio de las acciones del deudor por vía subrogatoria *ex* artículo 1.111 no precisa que éste proceda a la cesión de las mismas.

8. La dificultad que entraña, de acuerdo a lo que se acaba de señalar, la defensa de la cesión obligatoria en nuestro sistema, parece que deja la puerta expedita a la tesis opuesta de la transmisión *ministerio legis*. Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa debida (o mejor, por la imposibilidad sobrevenida de la prestación), todas las acciones que en razón de la misma pertenecieran al deudor pasan a atribuirse al acreedor de manera automática. Todavía algún autor (Díez-Picazo, Delgado Echeverría) hace la matización de que más propiamente que genuina adquisición de acciones lo que hay es la atribución legal de una legitimación extraordinaria que permite al acreedor ejercitar derechos que corresponden al deudor. Mas, ¿cómo encajar esta subsistente titularidad del deudor con el enfático y terminante «corresponderán» del artículo 1.186 del Código civil?

La verdad es, empero, que entender que en el mismo instante en que se pierde la *res debita* (por limitarnos al caso clínico) tiene lugar

(25) LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, p. 117

la transmisión directa y automática por expreso mandato de la ley de todas las acciones que al deudor pudieran pertenecer en razón de aquella pérdida, tiene algo de ficticio e irreal, no sólo en virtud de semejante traspaso *ipso iure*, sino en particular en función de que en un solo, mismo e inaprensible instante tendrían lugar el nacimiento de las acciones indemnizatorias, su atribución al deudor y su metéorico traspaso al acreedor. Piénsese en el caso de destrucción ilícita de la cosa debida por el hecho de tercero; la culpa aquiliana de éste determinará a un tiempo la extinción de la obligación por pérdida de la cosa, la adquisición de la acción de resarcimiento por el deudor y su inmediata desaparición en beneficio del acreedor. ¿No resulta este mecanismo demasiado enrevesado y, sobre todo, demasiado ficticio?

Sabido es que constituye privilegio de la ley humana frente a la ley natural la posibilidad de excluir el orden normal de las cosas y en su lugar instaurar otro excepcional o anómalo. El campo de la *fictio legis*, siempre por superiores razones de justicia o conveniencia objetiva, permite al legislador un amplísimo campo de actuación, pero es obvio que aquélla no deberá operar cuando el mismo resultado pueda obtenerse por los caminos normales de la ortodoxia jurídica, pues el esfuerzo que su puesta en funcionamiento implica no aparecería como necesario ni justificado.

En el supuesto en estudio, se trata nada menos que de fingir que las acciones que nacen en el momento en que se daña la cosa debida, en ese mismo momento se adquieren por el deudor y se traspasan al acreedor. Ciertamente que la ley puede hacer esto y mucho más, pero ¿hay necesidad de ello? ¿Para qué interponer la persona del deudor en un proceso adquisitivo por completo efímero e intrascendente que le hace recibir con una mano lo que al mismo tiempo debe entregar con la otra? Máxime cuando semejante participación de la persona del deudor ni siquiera resulta precisa dentro de ese *tractus*, ya que la adquisición del acreedor resulta producida *ministerio legis*.

A favor de la teoría de la transmisión automática ha coadyuvado, sin duda, la circunstancia de que aunque el artículo 1.186 del Código civil habla de «corresponderán», que pudiera facilitar la idea de que las acciones nacen directamente en la persona del acreedor, a continuación añade que se trata de aquellas acciones que «el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta» (la cosa debida), lo que parece obligar a que tenga juego la idea del traspaso, ya que las acciones que van a beneficiar al acreedor han surgido directa y primariamente en la persona del deudor, de ordinario dueño de la cosa dañada o destruida.

Y aquí es donde la interpretación jurídica paga un tributo excesivo a la letra de la ley. ¿Para qué atribuir al deudor unas acciones que por nacer precisamente en el instante en que la obligación se extingue por la pérdida de la cosa debida van a pasar *ipso iure* al acreedor? ¿No resulta mucho más lógico y operativo considerar que tales acciones nacen de una vez a favor de dicho acreedor, sin necesidad del injustificado e intrascendente rodeo de tener que pasar al

mismo tiempo por la esfera jurídica del deudor? Pensamos que ésta debe ser la solución defendible. El «corresponderán» del artículo 1.186 del Código civil ha de entenderse en el sentido de que, por mandato de la ley, siempre que extinguida una obligación por pérdida de la cosa surjan acciones contra terceros «por razón de ésta», tales acciones estarán atribuidas directamente al acreedor sin necesidad de tener que arbitrar el inadecuado mecanismo de la transmisión *ope legis* de las mismas.

