

# Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo

**Eugenio Gadea Riedner**

Alumno del 4to. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

## 1. La imposibilidad de la Prestación

La fuerza vinculante de los contratos consiste en su exigibilidad. Solo en la medida en que se pueda exigir eficazmente el cumplimiento de un contrato, tendría éste realmente fuerza vinculante entre las partes. Se presentan, sin embargo, situaciones en las que, más allá de lo que vendría a ser el simple incumplimiento, se da la imposibilidad. De lo que se trata en este caso es que el contrato no puede ser cumplido.

La imposibilidad ataca a la prestación, que podría ser definida como "el comportamiento o conducta que, en interés del acreedor, debe observar el deudor. En tal sentido, puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer".<sup>1</sup> Según el art. 1403 del Código Civil, es el contenido de la Obligación.<sup>2</sup>

El mismo artículo dice que la prestación debe ser posible. Pero, ¿de qué tipo de posibilidad se trata? **Albaladejo** dice que "la imposibilidad de la prestación puede ser objetiva o absoluta (cuando es imposible en sí misma), y subjetiva o relativa (cuando es imposible para el obligado: cantar un mudo); originaria (cuando existe imposibilidad desde antes del momento en el que debe nacer la obligación), y subsiguiente (cuando el deudor se obliga a algo que solo después deviene imposible)".

"Pues bien, prosigue **Albaladejo**, el requisito de la posibilidad sólo falta si la prestación es imposible originariamente. De ser así, la obligación no llega a nacer por inidoneidad de la prestación, que no puede ejecutarse".<sup>3</sup> Nuestra ley civil consagra la misma

norma en el art. 219, inciso 3, que sanciona con la nulidad a la obligación que se constituye sobre una prestación imposible. Pero si ésta prestación fue posible en un principio, entonces la obligación nace.

### a) Concepto

Ahora bien, resulta pertinente preguntarse qué se debe entender por imposibilidad. En sentido literal es sólo lo que no puede ejecutarse en absoluto, como por ejemplo, dar una cosa que se destruye. Sin embargo, si "a la prestación posible en origen se oponen más tarde obstáculos extraordinarios que solo pueden vencerse mediante un sacrificio absolutamente desproporcionado, o bajo graves riesgos, o violando deberes de mayor importancia, entonces la consideración racional, ética y económica, que es la única que el Derecho toma en cuenta, tiene que considerar la prestación como imposible".<sup>4</sup> Por ejemplo, sacar del fondo del mar el vehículo que me obligué a entregar, con complicados y costosísimos trabajos de buzos.

Sin embargo, **Messineo**, opina que la dificultad no se identifica con la imposibilidad. El deudor puede precisar de un esfuerzo superior al normal, pero eso no le exonera de su obligación. Si ese esfuerzo es desproporcionado, se tratará de un caso de excesiva onerosidad. Según nuestro Código Civil, se podrá disminuir la propia prestación, aumentar la contraprestación o resolver el contrato (arts. 1440 y sgtes.). "Pero no estaremos en la hipótesis de irresponsabilidad por incumplimiento, sino en la hipótesis —bien diversa— de exoneración del deber de cumplimiento como consecuencia de la desaparición del deber de prestación, porque desaparece la fuente del mismo (contrato)".<sup>5</sup>

1. DE LA PUENTE, Manuel, "Estudios del Contrato Privado", Lima, 1983, Tomo I, pág. 487.

2. La redacción de dicho artículo debería ser la siguiente: "La prestación en que consiste la obligación y el bien o el servicio que es objeto de ella, deben ser posibles", puesto que en la redacción actual no están comprendidas las obligaciones con prestación de hacer y de no hacer.

3. ALBALADEJO, Manuel, "Derecho Civil", Barcelona, 1975, Tomo II, Vol. I, págs. 15-17.

4. ENNECCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin, "Tratado de Derecho Civil", Barcelona, 1954, Tomo II, Vol. II, pág. 235.

Estoy de acuerdo con **Messineo**, pero creo que se debe hacer la precisión que hace **Alonso**, cuando dice que la imposibilidad "se trataría de un impedimento no superable por las fuerzas humanas o, caso de poderse superar, lo sería empleando una actividad ilícita, mediante el sacrificio de la integridad ética, o de algún otro atributo de la personalidad".<sup>6</sup>

El tema es sumamente interesante y de gran importancia práctica; sin embargo, escapa a los alcances de este trabajo profundizar las diversas posiciones desarrolladas al respecto.

## b) Consecuencias

Tratándose de imposibilidad subsiguiente, la única solución que puede dar el Derecho es la de resolver la obligación. Ya no es posible elegir entre ciertas opciones que la ley brinda, como ocurre en el incumplimiento (ver arts. 1150, 1151, 1158).

Al respecto es preciso dilucidar qué tipo de prestación puede devenir imposible.

(1) Prestación de Dar.— **Messineo** la caracteriza "sobre todo, por el hecho de que, con ella, se alude a una figura que tiene por contenido la tradición (entrega) de una cosa".<sup>7</sup>

Existen tres casos de prestación de dar:

- si el bien pertenece a un 'genus illimitatum' (como su nombre lo indica, género ilimitado o bien incierto), no hay nunca la imposibilidad de cumplir la prestación, ya que siempre podrá el deudor sustituir el bien por otro de iguales características. Esta regla es recogida por nuestro Código Civil, en su artículo 1146, primer párrafo.
- si el bien es determinado (cierto), sí hay imposibilidad de la prestación al perecer éste, ya que el deudor no podrá sustituirlo por otro, puesto que no sería aquel al que las partes se han referido y el acreedor ha tenido a la vista.
- si el bien es de un 'genus limitatum' (también llamado 'unum de certis' o 'incertum ex certis',<sup>8</sup> es decir que es uno cualquiera de un grupo de bienes, en este caso, no existirá imposibilidad hasta que todo el genus se haga imposible. Esta es la regla del art. 1146, segundo párrafo.

Además de las reglas mencionadas, existe una regla general: la ley. Por mandato legal, se puede excluir del comercio, algún bien, o limitar su tráfico, etc. En

aquellas circunstancias, la prestación de dicho bien será imposible.

(2) Prestación de Hacer.— En este tipo de prestación, lo que se persigue es que el deudor realice una actividad determinada. Consiste, por lo general, en la energía del trabajo proporcionada por el deudor.

La imposibilidad de esta prestación se puede dar, según su esencia, en los siguientes casos:

- Prestaciones de hacer 'intuitus personae' o infungibles (es decir, aquellas "que se contraigan teniendo en consideración calidades que son inherentes al deudor, por referirse a sus atributos personales", o cuando el pacto le da esa calidad). Este caso se podría dar en las siguientes hipótesis: si el deudor muere o deviene física o mentalmente incapaz para aquella prestación; si por otras causas no dependientes de su voluntad no puede realizar la prestación (por servicio militar, etc.).
- Prestaciones de hacer fungibles. En este caso no hay nunca imposibilidad, puesto que si el deudor no se encuentra en la facultad de cumplir, será factible que un tercero la ejecute por cuenta de él.

Aquí también existe la regla general conformada por la ley. Si ella prohíbe determinada actividad, será imposible cumplir la obligación concertada sobre dicha prestación.

(3) Prestación de No Hacer.— Consiste en una abstención. Es decir, que el deudor cumplirá, en la medida en que no verifique determinada conducta. Por lo tanto, el incumplimiento se configura cuando el deudor de la prestación 'deje de abstenerse', o mejor dicho, haga.

La imposibilidad en este tipo de prestaciones es sumamente infrecuente. **Albaladejo** da el siguiente ejemplo: "quien se comprometió a no edificar en un solar, la de levantar un edificio por imperativo de una ley que obliga a construir".<sup>10</sup> Este ejemplo, por demás extraño, nos da una idea de cuánto se puede dar la imposibilidad.

## 2. Teoría del Riesgo

En torno al problema de la imposibilidad, la doctrina y las distintas legislaciones han llegado a lo que se conoce como la Teoría del Riesgo. Lo que busca esta teoría es determinar qué sucede en un contrato con prestaciones recíprocas, con la prestación aún po-

5. MESSINEO, Francesco, "Derecho Civil y Comercial", Buenos Aires, 1979, Tomo IV, pág. 224.

6. ALONSO PEREZ, Mariano, "El Riesgo en el Contrato de Compra-venta", Madrid, 1972, pág. 61.

7. MESSINEO, Francesco, Op. cit., pág. 36.

8. Comisión Revisora del Código Civil, exposición de Motivos y Comentarios (Recopilación: Delia Revoredo de Debakey), Lima, 1985, Tomo V, pág. 323.

9. IBIDEM, pág. 325.

10. ALBALADEJO, Manuel, Op. cit., pág. 244.

sible. Si se dice que deja de ser exigible, el deudor de la prestación imposible se verá perjudicado; si por el contrario, decimos que es exigible, será el acreedor de la prestación imposible el perjudicado. Esto es lo que se conoce como el Riesgo de la Contraprestación.

Para que proceda la aplicación de la Teoría del Riesgo, son necesarios los siguientes requisitos:

- Debe tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas, ya que el Riesgo de la Contraprestación no se da en el Contrato con prestación unilateral (puesto que no hay contraprestación), ni en el contrato con prestaciones autónomas (puesto que no hay ningún vínculo que una las prestaciones entre sí).
- Que la imposibilidad sea sobreviniente, ya que en caso de imposibilidad originaria, como hemos visto, el acto jurídico sería nulo.
- Que la contraprestación sea aún posible.
- Que la imposibilidad recaiga sobre un bien o servicio determinados.
- Que la imposibilidad tenga como causa la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho de un tercero. En este último caso, el contratante perjudicado podrá accionar contra el tercero.

Este último requisito es lo característico de la Teoría del Riesgo: ninguno de los contratantes ha incurrido en culpa, por lo que es injusto que sufra un empobrecimiento.

Un ejemplo ayudará a esclarecer las ideas. Supongamos que se celebra un contrato de compraventa. Si antes de la entrega del bien, éste se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, ¿qué sucede con el precio? ¿Deberá ser pagado o no? Si decimos que no debe ser pagado, el deudor de la prestación imposible deberá, sin haber incurrido en culpa, soportar la pérdida del bien. Y si aceptamos que sí debería ser pagado el precio, será el acreedor el que, sin culpa, deba soportar el riesgo.

Nuestra legislación consagra el principio conocido como *Periculum est Debitoris*, en virtud del cual es el deudor quien sufre la imposibilidad, liberando al acreedor. Tal criterio se desprende de lo dispuesto por los arts. 1138, incisos 5 y 6; 1156; 1431; 1567 del Código Civil.

### 3. Imposibilidad Total y Riesgo de la Contraprestación

Existen seis casos de imposibilidad legislados en el Código, que son el resultado de combinar dos ele-

mentos: imputabilidad de los contratantes y extensión de la imposibilidad.

#### a) Imposibilidad Total sin Culpa de las Partes

Este caso, tratado por el art. 1431 del CC, configura el supuesto de aplicación de la Teoría del Riesgo. Aquí el deudor sufre las consecuencias de la imposibilidad de la prestación por mandato legal. Las consecuencias previstas en este artículo son las siguientes:

- la obligación queda resuelta de pleno derecho.<sup>11</sup>
- el deudor pierde el derecho a la contraprestación;
- y
- el deudor debe restituir lo que ha recibido.

#### b) Imposibilidad Total por Culpa del Deudor

Cuando nos encontramos frente a un incumplimiento contractual por culpa del deudor, no podemos, o mejor dicho, no necesitamos aplicar la Teoría del Riesgo, puesto que ella se utiliza sólo cuando al Derecho se le presenta el caso de imposibilidad sin culpa. Aquí también es el deudor quien sufre las consecuencias de la imposibilidad, pero por otra razón: su propia culpa. Ya no es la ley quien arbitrariamente le impone esta carga. Las consecuencias que se dan en este supuesto son:

- la obligación queda resuelta de pleno derecho.
- el deudor pierde el derecho a la contraprestación.
- el deudor debe restituir lo que hubiere recibido.
- El deudor debe indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que le hubiere causado al acreedor. Las reglas para determinar la cuantía de la indemnización serán las contenidas en los arts. 1318 y siguientes.

#### c) Imposibilidad Total por Culpa del Acreedor

En esta situación es el acreedor quien, por su dolo o culpa ha causado la imposibilidad. El debe, por lo tanto, soportar el riesgo. Las consecuencias de esto serán:

- la obligación queda resuelta de pleno derecho.
- el acreedor debe satisfacer el íntegro de la prestación a su cargo.
- los derechos y acciones que hubieren quedado relativos al bien le corresponden al acreedor.

## 4. La Imposibilidad Parcial

Las reglas que acabamos de enumerar pueden ser utilizadas en el caso de imposibilidad parcial, por lo que sería ocioso revisarlas nuevamente. El Código Civil plantea una reducción proporcional de la contraprestación, siempre que ello sea posible, dada la naturaleza de la prestación, o la voluntad de las partes. Lo que se persigue, en definitiva, es que los contratos no

11. Véase DE LA PUENTE, Manuel, Op. cit., págs. 101 y sgtes.

sean resueltos y que, en la medida en que puedan ser cumplidos, lo sean.

El art. 1433 se ocupa de la imposibilidad parcial, y su texto es el siguiente:

“Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el incumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida. El contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción”.

#### a) Crítica

Existe en este artículo un error casi mecanográfico, y un error de fondo.

El primero consiste en que donde dice: “... cuando el incumplimiento ...”, debió decir: “... cuando el cumplimiento ...”, ya que de otra manera, carecería de sentido la oración.<sup>12</sup>

Respecto del segundo error, cabe señalar lo siguiente: para los dos primeros casos (imposibilidad parcial sin culpa de las partes e imposibilidad parcial por culpa del deudor), la redacción de este artículo es impecable: el acreedor manifiesta al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial. Se le está dando al acreedor esta facultad de decisión. Y es justo que así sea, puesto que, por un lado, él es el mortificado por este acontecimiento, toda vez que se dio sin su culpa; por otro lado, no se le puede conferir esta facultad al deudor culposo, o llegado el caso, doloso, ya que se le estaría dando la facilidad de evadir parcialmente su responsabilidad.

Sin embargo, cuando se aplica este mismo artículo al caso de imposibilidad por culpa del acreedor, se presentan ciertos inconvenientes. El art. 1433, materia de estudio, le estaría dando la facultad de elección al contratante culposo o doloso. Pongamos un ejemplo que caricaturice la situación: A y B celebran un contrato de compraventa de un vehículo. Antes de la entrega, el comprador rompe los faros y ventanas de dicho bien con un martillo; luego, le dice a B que está de acuerdo que le entregue el automóvil averiado, reduciéndose el precio.

Esta es una situación repugnante; sin embargo, si se aplicara rigurosamente el precepto citado, se podría dar. La ley habla de ‘manifestar su conformidad’; nunca dice ponerse de acuerdo, ni ninguna fórmula parecida. Con la redacción actual, el acreedor culposo podría elegir entre resolver la obligación, continuando obligado él a su prestación (lo que le es muy gravoso), o bien reducir su contraprestación (lo que no le afecta patrimonialmente). Es obvio que elegirá la segunda alternativa, con lo cual el deudor asumirá injustamente el riesgo de la parte de la prestación que se hizo imposible.

Y, es más, aún en el caso que ambos se pongan de acuerdo, o que el contratante sin culpa (deudor en este caso) sea quien manifieste al otro su conformidad para el cumplimiento parcial; aún en ese caso, el deudor estaría asumiendo, sin culpa, el riesgo de esa parte de la prestación. De lo que se trata, pues, es de un error de fondo.

Por otro lado, no existe razón para que se utilice una regla para la imposibilidad total, y otra regla para la imposibilidad parcial. Si bien es cierto que no es posible aplicar dos reglas idénticas, también es cierto que deben guardar una cierta correlación.

#### b) Solución Propuesta

A fin de evitar las contradicciones y problemas señalados propongo se tomen en cuenta dos aspectos para llegar a la solución del problema: la forma y el fondo.

Respecto de la forma como debería ser legislado el problema, creo que sería adecuado distribuir las reglas para cada caso en sendos artículos, incisos, párrafos, etc., de tal manera que brinde claridad y facilite el entendimiento. La actual forma dificulta la comprensión. El art. 1431 trata un solo supuesto; el art. 1432, trata dos; y el art. 1433, combinando las dos normas anteriores, regula tres.

Respecto del fondo, creo que es deficiente la solución que brinda el art. 1433. No se debe hablar de reducción de la contraprestación para este caso específico, ya que sería tratar de regular dos situaciones sustancialmente distintas de la misma manera.

Me parece que la regla adoptada en el art. 1138, inciso 4, es muy adecuada. No se habla allí de reducción de la contraprestación, sino de la obligación de recibir la prestación perjudicada por su propia culpa en el estado en que se encuentre. De esa forma se está siendo consecuente con la regla dada para el caso de imposibilidad total con culpa del acreedor. Además, es así el acreedor quien responde por el riesgo de la parte de la prestación que hizo él imposible.

Ese es el criterio que se debería adoptar en el Libro VII. De esa forma se evitaría siempre la resolución del contrato.

En conclusión: la solución propuesta sería la de legislar los seis casos separadamente, según las mismas reglas contenidas en los artículos 1431 y siguientes, excepto el caso de imposibilidad parcial por culpa del acreedor, cuyo texto podría ser el siguiente:

**“En el caso de imposibilidad parcial por causas imputables al acreedor de la prestación, deberá éste recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación a su cargo”.**

12. Comisión Encargada de la Revisión del Código Civil, Op. cit., Tomo VI, pág. 95.