

LA DILIGENCIA Y LA IMPOSIBILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES*

Eric Palacios Martínez

Abogado

Asistente de Docencia de Derecho Civil

Pontificia Universidad Católica del Perú

Al analizar la problemática de la inejecución de obligaciones, la doctrina nacional, de manera mayoritaria, hace siempre referencia a la ausencia de culpa como factor determinante para la liberación del deudor de la responsabilidad que, en principio, le correspondería por el incumplimiento o por el cumplimiento irregular de una ejecución a su cargo. Sin embargo, el autor del presente artículo, hace un marcado deslinde con dichas posturas doctrinarias, y señala, sobre la base de un concienzudo análisis dogmático, que la ausencia de culpa expresada en la diligencia no puede ser suficiente para liberar al deudor infractor, y que la imposibilidad es el único factor exoneratorio-extintivo de responsabilidad. THEMIS - Revista de Derecho, considera especialmente importante la difusión de las distintas opiniones y puntos de vista acerca de las instituciones clásicas del Derecho Civil, más aún en estos momentos, en que viene siendo discutida la reforma del Código que las regula.

Es un hecho notorio que, cuando los tratadistas nacionales hacen alusión a la problemática de la ejecución de las obligaciones, y especialmente cuando examinan la liberación de la responsabilidad del deudor por dicha "inejecución", hacen siempre referencia a la ausencia de culpa como factor o hecho genérico-exoneratorio preponderante que determina que el deudor no sea responsable por el incumplimiento o por el cumplimiento irregular de una específica obligación¹. Así se recoge una larga tradición doctrinal y jurisprudencial que fue introducida por los bizantinos, y que fundamenta la responsabilidad en la culpa, imponiendo a su vez la exigencia de que la responsabilidad no se produzca sin una valoración negativa del comportamiento del deudor; resulta de esta manera evidente la influencia del cristianismo y de la filosofía helénica en este campo.²

Asumir, dentro del marco de la teoría de la culpa - acogida por nuestro Código Civil - la ausencia de culpa como factor exoneratorio de responsabilidad, es lógico y coherente. No lo es, por el contrario, el hecho de que dentro de un sistema inspirado en dicho principio, se considere también como hecho exoneratorio a la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor (caso fortuito y fuerza mayor), expresada en nuestro artículo 1316. Se incurre así en

* Para Jean Paul y Alfredo.

¹ En tal sentido, nuestra untuosa exposición de Motivos y Comentarios al Libro Sexto del Código Civil (Las Obligaciones) a cargo del doctor Felipe Osterling Parodi en "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios" dirigida por Delia Revoredo de Mur, Edición Oficial, Lima, 1985, T. V. p. 140, donde se puede leer a propósito del artículo 1314 que "la norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad ordinaria, requerida para no ser responsable por la inejecución de las obligaciones o por su cumplimiento irregular". Cita en su apoyo a autores como Giorgi, Jossierand y Mazeaud lo que demuestra su orientación teórica. En idénticos términos Ferrero Costa, Raúl, "Curso del Derecho de Obligaciones" Cultural Cuzco, Lima, 1987, p. 265 y Torres Vásquez, Aníbal, Código Civil. Luis Alfredo Ediciones, 2da. Edición, Lima, 1994, p. 502.

² Como señala Jordano Francisco "La Responsabilidad Contractual". Editorial Civitas S.A., Lima, 1987, p. 81.

una contradicción sistemática innegable. En efecto, la disyuntiva es excluyente, o se afirma la irresponsabilidad con base en la ausencia de culpa, y se es consecuente con el sistema acogido, o se destierra dicho sistema, señalando que la responsabilidad puede ser sobreviniente por una imposibilidad sobreviniente no imputable.

De lo anteriormente expuesto puede deducirse un cuestionamiento acerca de que la ausencia de culpa sea el límite de la responsabilidad y su fundamento. En esta dirección, Visintini ha sido quien más recientemente ha señalado, dentro del contexto italiano, la falta de "lógicas consecuencias prácticas" en la fundamentación de la responsabilidad contractual sobre la culpa preguntándose: "¿Qué significa en efecto decir que la responsabilidad está fundada sobre la culpa? Debería significar que el deudor incumpliente es liberado de la responsabilidad probando no estar incurrido en alguna culpa"³. A lo que nosotros agregaríamos ¿por qué entonces colocar a la imposibilidad sobreviniente como factor liberatorio-extintivo para el deudor?

A partir de esta reflexión se construyó toda la crítica a la doctrina de la culpa, de la cual no vamos a ocuparnos por no ser la finalidad de este ensayo. Nuestra postura apunta a demostrar que la ausencia de culpa expresada en la diligencia no puede ser suficiente, en una coherente elaboración dogmática, para liberar al deudor infractor, y que la imposibilidad es el único factor exoneratorio-extintivo de responsabilidad. Del mismo modo, nos proponemos llevar a cabo un análisis más o menos detallado de los caracteres y de la funcionalidad de ésta, tanto en el aspecto doctrinal como en el aspecto legislativo.

1. LA ACTUACIÓN DE LA DILIGENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. LAS OBLIGACIONES DE ACTIVIDAD Y DE RESULTADO.

Para establecer, con cierto grado de precisión teórica, cómo la ausencia de culpa expresada en el patrón objetivo de la diligencia no es de por sí suficiente

para operar la liberación del deudor, se hace necesario conocer cuál es su contenido, así como establecer algunos matices para aclarar su campo de actuación y su relevancia; en vista de que el desconocimiento de ellos puede haber sido el motivo de afirmaciones como la expresada en el artículo 1314 de nuestro "moderno" Código Civil.

La diligencia puede ser entendida como la idónea utilización de energías y medios útiles para realizar un fin determinado. Se tiene entonces que para valorarla es preciso tener en cuenta su contenido; es decir, la conducta de cierto sujeto en relación con los obstáculos que se le presentan y el esfuerzo necesario para superarlos; no así la consecución del resultado perseguido⁴. Según los diferentes fines perseguidos, diverso será el contenido de la diligencia.

Pero dicho juicio de valoración (positivo o negativo) de la diligencia, tiene que realizarse sobre la base de patrones construidos sobre un modelo objetivo o abstracto que sea externo a la persona del deudor⁵. Lo contrario implicaría una evaluación concreta del caso particular, con la consideración de las aptitudes personales de cada deudor en su situación peculiar. Ello nos llevaría, sin duda, a una distinta conceptualización de lo que es el "comportamiento diligente" según se considere un concreto deudor titular de una específica relación obligatoria; sumergiéndonos en un grave problema de casuística, que terminaría por hacer inviable e ilusoria la tutela del crédito, que obedece a una racionalidad encaminada a la protección del interés del acreedor. Tomar en cuenta las aptitudes e intenciones del sujeto nos conduciría a otorgar excesiva relevancia a la situación deudora en detrimento de la acreedora; el mismo deudor acabaría siendo el punto de referencia sobre el cual se construirían los parámetros del "actuar diligente" bajo los cuales se califica su propio comportamiento⁶.

También resulta importante considerar - y aquí se encuentra el punto de partida de la demostración de su insuficiencia para operar la liberación del deudor - cómo la diligencia actúa sobre el módulo para establecer la verificación del efectivo cumplimiento.

³ Visintini, Giovanna. *La Responsabilità contrattuale*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Nápoli, 1979, p.14. Señala además, en el recuento de las doctrinas civilistas de la responsabilidad contractual, como Barassi en su *Teoria Generale delle Obbligazioni* "fue el único jurista italiano que escribiendo bajo el Código abrogado extrajo todas las lógicas implicaciones de la corriente afirmación realizada por la doctrina común, según la cual la responsabilidad contractual se funda sobre la culpa, es decir, sobre la violación de un deber de diligencia" (p.17)

⁴ De acuerdo con Bianca, Massimo. *Diritto Civile. L' obbligazione*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990 T. IV, p. 235.

⁵ Es la opinión de casi la totalidad de la doctrina italiana. En tal sentido Rodota Stefano *voce "Diligenza (diritto civile)"* en *Enciclopedia del Diritto*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1964 T. XII, p 539 y ss.

⁶ Sin embargo, el carácter objetivo de la diligencia no resulta de ninguna forma incompatible con su carácter "flexible" cuando se incorporan las diversas circunstancias en que el comportamiento valorado se produce.

Se hace de la diligencia la medida del cumplimiento, el criterio de valoración del comportamiento asumido por el deudor para la ejecución de la prestación⁷.

Sin embargo, resulta importante tener presente que no en todos los casos la diligencia actúa como factor de calificación para la existencia del cumplimiento. Ello sólo ocurre en las denominadas obligaciones de "actividad" o de "medios" y no en aquellas catalogadas como de "resultado". En tal sentido se hace necesario atender, aunque sea brevemente, a tal clasificación y al criterio que permite su utilización, sobre todo en vista de que hay quienes han negado su coherencia y la lógica de su aplicación, desechando incluso su existencia.

Como se sabe, la distinción fue primigeniamente adoptada por gran parte de la doctrina francesa, hasta el grado de convertirse en la "piedra de toque" de la explicación del sistema de responsabilidad contractual⁸. Así, en las obligaciones de actividad el deudor estaría constreñido a observar una conducta diligente, a conducirse de la manera más idónea para intentar obtener el resultado esperado; mientras que en las obligaciones de resultado el deudor estaría constreñido a la obtención específica de un resultado (*opus*) y sólo realizándolo se liberaría. La diferencia radica en la mayor o menor amplitud de lo debido respecto del interés primario del acreedor, consistente siempre en un resultado. Lo que sucede es que el "grado de cooperación" del deudor es distinto. Por un lado, se tiene que dicha cooperación se limita a realizar todo lo que el actuar diligente exige para la obtención del resultado necesario a fin de satisfacer el interés primario del acreedor; por otro lado, el grado de cooperación está encaminado a garantizar la realización del resultado esperado por el acreedor. No es que se intente excluir absolutamente la existencia de una actividad en una obligación de resultado y de un resultado en una obliga-

ción de actividad. Con ello descartamos el argumento simplista contrario a esta distinción, según el cual ella no se justifica en cuanto en toda obligación existe un resultado⁹, y más bien buscamos poner de relieve el diferente contenido del débito obligacional en la medida en que apunte mediata o inmediatamente a la satisfacción del interés del acreedor.

Si se toman las anteriores consideraciones se tendrá que aceptar que la diligencia (ausencia de culpa) cobra importancia en la esfera de la constatación del cumplimiento de las llamadas "obligaciones de actividad" y no en la presunta liberación del deudor, como aparente y contradictoriamente señala el artículo 1314 del Código Civil¹⁰.

El único límite de la responsabilidad contractual es la imposibilidad sobrevinida de la prestación, porque es ella la única que produce el efecto extintivo de la obligación que se requiere para la liberación del deudor y, consecuentemente, para la exoneración de la responsabilidad. Por tanto, el deudor de una obligación de "actividad" no se libera de responsabilidad porque se haya probado su diligencia (ausencia de culpa), sino porque se ha constatado la efectividad del cumplimiento. El razonamiento es mucho más contundente en el campo de las obligaciones de resultado, puesto que en ellas la diligencia no cobra ya ninguna relevancia en su cumplimiento y mucho menos en la liberación de la responsabilidad.

La secuencia de nuestro razonar se remite a la regla general de liberación de la responsabilidad contractual establecida en el artículo 1316, y definida por el artículo 1315¹¹, donde se alude a la causa no imputable como factor extintivo de la obligación, y por ello mismo liberatorio de responsabilidad. En suma, la norma del artículo 1314 tendría que referirse exclusivamente al "momento de cumplimiento" y no al "momento liberatorio".

⁷ En tal sentido, pero alcances generales que no compartimos, Giardina, Francesca "Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale". Dott A. Giuffrè Editore Milano, 1993, p. 63.

⁸ Así Demogue, René "Traité des obligations en general" T.V. Vol. 1, Sources des obligations. Paris, 1925, p. 1237; Mazeaud, Henry y León - Tunc, André, "Tratado de la Responsabilidad Civil". Ediciones Jurídicas Europa - América, traducción de la 5a. edición francesa Buenos Aires, 1977, T. 1 Vol 1, p. 727; Mazeud, Henry, León y Jean "Lecciones de Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa - América, traducción de la 1a. edición francesa Buenos Aires, 1978, Parte Segunda, Vol I, p. 21; Carbonier, Jean "Droit Civil. Les Obligations". Edigations de résultat. Editions Montchrestien, Paris, 1980; Le Tourneau La responsabilité Civile. Editions Montchrestien, Paris 1982; entre otros.

⁹ Este argumento fue desarrollado por Bianca, Massimo "Dell' inadempimento delle obbligazioni". En: *Commentario del Codice Civile, diretto de Scialoja e Bianca*, Bologna - Roma, 1979, p. 32 y ss.

¹⁰ "Artículo 1314 - Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

¹¹ "Artículo 1135.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."

Artículo 1316.- La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...)

Pues bien ¿en qué consiste la causa no imputable que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso?

Cuando el Código Civil alude a “causa no imputable” en su artículo 1315, en nuestra opinión, se está refiriendo a un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que imposibilita o interfiere en el normal cumplimiento de la obligación, y cuyo acaecimiento no es “atribuible” al propio deudor. Esto puede ser reconducido perfectamente a lo que en doctrina se viene denominando “hecho liberatorio”¹², consistente en la imposibilidad sobrevenida de la prestación y en la no imputabilidad de su acaecimiento a la persona del deudor. El “hecho liberatorio” genera el efecto extintivo de la obligación, y es el único capaz de producir por sí mismo la liberación de la responsabilidad del deudor una vez verificada la situación de lesión del derecho de crédito, cuyas formas básicas son los supuestos de no-prestación y los de prestación defectuosa¹³.

Al análisis de esta imposibilidad sobrevenida, elemento objetivo del hecho liberatorio, nos dedicaremos ahora.

2. LA IMPOSIBILIDAD EN GENERAL, IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA Y SOBREVINIENTE.

Un presupuesto que el ordenamiento innegablemente toma en consideración para estatuir un precepto legal que incorpora un determinado “deber”

para los particulares, es la posibilidad de que éste pueda ser cumplido. De lo contrario su incorporación al sistema jurídico carecería de fundamento y conllevaría, como es obvio, a su total desacatamiento¹⁴.

Si así funcionan las normas imperativas que el ordenamiento obliga a los particulares a cumplir, igual lógica debe regir las regulaciones subjetivas de intereses (negocios jurídicos) realizadas por dichos particulares. Ello se debe a que la calificación de los negocios jurídicos depende del mismo ordenamiento, que no puede permitir que los privados autorregulen sus intereses para conseguir resultados, como tampoco puede permitir autorregulaciones normativas que no sean susceptibles de ser verificadas en la realidad¹⁵. Una regulación será merecedora de tutela sólo cuando denote una posibilidad de concreción efectiva, de lo contrario el efecto negocial caería inevitablemente en el vacío.

Estrechamente vinculada con la apreciación genérica hasta aquí realizada en torno a la posibilidad referida al contenido negocial, se encuentra la indagación sobre la particular posibilidad de la prestación. La prestación, elemento propio de aquellos negocios que generan obligaciones¹⁶, debe ser también pasible de realización por parte del deudor constreñido a su ejecución. La imposibilidad de la prestación, entonces, traerá consecuencias directas sobre el mismo negocio o sobre el objeto creado por él, que en este caso es la obligación. Dichas consecuencias serán diferentes según se trate de una

¹² Sin embargo hay quienes artificiosamente distinguen entre los conceptos de caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero y la imposibilidad sobrevenida, arguyendo que “ellos se ponen en efecto sobre dos planos diversos, en relación, como dice la misma letra de la ley, de causa a efecto”. Así Cottino, Gastone *voce* “Caso Fortuito e forza maggiore (dir. civ.)” en *Enciclopedia del Diritto*. Dott. A. Giuffrè Editore Milano 1960 T. VI, p. 377-378 y Díez Picazo *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Tecnos, Madrid, 1968, T. I, p. 705.

Desde nuestro punto de vista dichos autores, con la distinción efectuada, no hacen sino intentar escapar del concepto riguroso de la imposibilidad objetiva, y sustentar dentro de su propio ordenamiento la concepción subjetiva del caso fortuito (al que se reconducen, y sólo en esto estamos de acuerdo, todos los supuestos considerados bajo la denominación de “causa no imputable”), expresada en su asimilación a un hecho que impide el cumplimiento perfecto dentro de la medida de la diligencia; en suma, aquello que vence el esfuerzo diligente del deudor. Nótese aquí la influencia directa de la tradicional identificación entre caso fortuito y ausencia de culpa.

¹³ Compartimos así el enfoque propuesto por Díez Picazo, Luis “Fundamentos...”, Op. Cit. T.I. p. 672, en base principalmente a examinar la cuestión desde la perspectiva que toma como punto de partida la satisfacción o no del derecho de crédito del acreedor, donde lo que importa es “en qué medida los hechos se han ajustado o no al ideal programa o plan de prestación”.

¹⁴ En tanto se parte de la premisa de que toda la realidad jurídica debe estar respaldada en la realidad social, y en cuanto se llegue a establecer un nexo inequívoco entre deber y poder. Betti, Emilio “Teoría General de las Obligaciones”. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, T. I, p. 48.

¹⁵ Es por ello que dentro de la Teoría General del Negocio Jurídico se hace viable hablar de un “contenido negocial” que apunte a un resultado posible, independientemente de la posibilidad del objeto, referida más bien a la “negociabilidad” de los intereses regulados por el negocio.

¹⁶ Ello porque consideramos, en parecer propio, que la obligación, en tanto efecto negocial, no puede tener estructura como sostiene casi la totalidad de la doctrina especializada en dicho campo, en vista de que su supuesta estructura puede ser perfectamente reconducida a la del negocio jurídico. Este último reflejaría su contenido preceptivo sobre su efecto inmediato, la obligación, lo que conllevaría también a afirmar que el negocio jurídico no se extingue con la creación de una obligación; ella es sólo su efecto inmediato de vinculatoriedad.

imposibilidad originaria o sobreviniente de la prestación. A su desarrollo y a las consecuencias por ellas generadas nos dedicaremos en los párrafos siguientes.

Se tiene el fenómeno de la imposibilidad originaria de la prestación cuando ella se considera como imposible en el momento de perfeccionamiento de la estructura negocial. Aquí resulta decisivo el momento de la conclusión en los contratos, y si se trata de testamentos, el de la apertura de la sucesión; por esto, en los contratos o testamentos bajo condición o plazo no es originaria la imposibilidad si la prestación posible en el momento de la conclusión del contrato o de la apertura de la sucesión, deviene en imposible antes de cumplirse la condición o expirar el plazo¹⁷.

Cuando nos encontramos ante el caso de la imposibilidad originaria de la prestación se establece la sanción¹⁸ de la nulidad para el negocio que la contiene¹⁹. El fundamento de la nulidad en este caso, se encontraría, según algún autor alemán, en que racionalmente el ordenamiento no puede admitir obligaciones que ambas partes no hubieran contraído de haber conocido la imposibilidad; y además en que por lo general falta una razón para el nacimiento una obligación de indemnizar²⁰. Sin embargo, a pesar del respeto que nos merece dicha opinión, nos vemos forzados a disentir en razón de que su sostén se encuentra en una ficción, incoherente con el

espíritu y con el sistema global de la moderna concepción del sistema negocial. El ordenamiento no sanciona con la nulidad al negocio de efectos obligacionales porque las partes de haber conocido la imposibilidad no hubieran contraído la obligación, típico razonamiento de la teoría de la "voluntad presunta o hipotética"²¹, sino porque considera que la regulación de intereses perseguida se torna irrealizable en su efectiva constatación al incorporar una prestación imposible que forma parte del contenido del negocio, lo que da origen a un defecto en el supuesto de hecho configurativo del acto negocial. En tal sentido Larenz, desestimando la consideración económica que justifica la razón de la nulidad en la inexistencia de un valor económicamente ponderable²², afirma que "la nulidad se tiene porque el contrato (o negocio) desde un principio carece de finalidad, de sentido y de objeto (...) no cabe responder de lo que sea objetivamente imposible y nadie sea capaz de cumplir (...) No puede razonablemente contarse con obtener una prestación que objetivamente no puede ser cumplida por nadie"²³.

Es momento oportuno para aclarar que el concepto hasta ahora utilizado de imposibilidad, en este caso originaria, responde a un enfoque objetivo, en tanto es el único que conduce a la nulidad del negocio. Si la imposibilidad fuese subjetiva, y dudamos de que se trate de un verdadero supuesto de imposibilidad²⁴, y sólo se manifiesta como tal para el sujeto

¹⁷ De acuerdo con el razonamiento de Eneccerus, Kipp y Wolff "Tratado de Derecho Civil". Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1981. T. II-1, Vol 1, p. 238 Citan en su apoyo a "Kish Nachtragliche Unmöglichkeit und Unvermögen", 1900, p. 27. 27 y ss. Mommsen "Unmöglichkeit der Leistung. Beiträge zum". Obler, I, 1853, p. 230; entre otros.

¹⁸ La consideración de la nulidad como sanción civil, a su vez de la construcción del sistema de ineficacias como un "instrumento de control normativo utilizado, junto a otros, para no dispensar tutela jurídica a aquellos intereses que estén en contraste con los valores fundamentales del sistema; por lo que constituye el medio para su tutela efectiva". Así Monticelli, Salvatore "Fondamento e funzione della rilecabilità d'ufficio della nullità negoziale". En *Rivista di Diritto Civile*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, I, p. 669 y ss. También Irti, Natalino "La nullità come sanzione civile". En *Contratti e Impresa*. Dot. A Giuffrè Editore Milano, 1987, I, p. 669 y ss, los cuales pueden ser calificados como los últimos grandes "nocialistas italianos, rebeldes aun al abandono del estudio de la figura del negocio jurídico por parte de la doctrina italiana en su afán de liberarse de la denominada influencia "tedesca" (alemana).

¹⁹ Así Larenz "Derecho de Obligaciones" Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, T. II, p. 155. Bianca, Massimo "Diritto Civile". Op. Cit. T. III p. 320; Messineo Francesco Doctrina General del Contrato. Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1986. T. I, p. 149; entre otros. Sin embargo, hay quien considera que el negocio sería más bien inexistente al pertenecer a *fattispecies* denominadas "defectuosas" por carecer de algún elemento considerado como esencial. Así Ruiz Serramalera, Ricardo "El Negocio Jurídico". Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 367.

²⁰ Son las palabras de Eneccerus, Kipp y Wolff. Op. Cit. p. 158.

²¹ Que se orienta a explicar que todo efecto jurídico atribuido a un acto de regulación subjetiva, el negocio, está justificado en la voluntad sea ésta "real" o simplemente "hipotética". Para el desarrollo crítico de esta teoría ver por todos Palacios Martínez, Eric "La Conversión y la Heterointegración de los Negocios Jurídicos". Tesis para optar el Título de Abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1995, T. p. 129 y ss.

²² Lo que tal vez nos pueda recordar los postulados del Análisis Económico del Derecho.

²³ Larenz. Karl "Derecho de Obligaciones" Op. cit. p. 103

²⁴ La incertidumbre la tenemos si se considera que la imposibilidad debe ser entendida como tal en la realidad material objetiva, no cabiendo en nuestra opinión, hablar de un tipo subjetivo de ella, en cuanto no tendría razón de ser establecer diferenciación de tratamiento jurídico entre dos sujetos con situaciones jurídicas equivalentes; en este punto es irrelevante la apreciación de las condiciones particulares del sujeto. De acuerdo Bianca, Massimo "Diritto Civile". Op. Cit. T. III, p. 319.

llamado a realizar el comportamiento debido, no nos encontraríamos frente a un caso de nulidad del negocio. Tal sería el supuesto del surgimiento de una obligación que al no poder ser extinguida mediante su cumplimiento derivaría en el efecto consecuencial generador de responsabilidad; salvo el caso de liberación por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor²⁵. Se supone entonces la existencia de una garantía legal e incondicional para la posibilidad de cumplir la prestación en el momento en que se asume: el deudor responde de la suficiencia de su propia esfera negocial²⁶.

Pero el hecho de que se excluya la existencia de una obligación como efecto negocial, en la imposibilidad originaria objetiva, no implica que se excluya del todo la existencia de una eventual responsabilidad. Puede darse el caso de que una de las partes, por ejemplo en un contrato, haya dolosamente cerrado los ojos de la otra para inducirla a la celebración del negocio nulo; o también se puede argüir que la responsabilidad queda fundada en el perjuicio irrogado por la confianza depositada en la prestación imposible por la parte que desconocía dicha imposibilidad²⁷.

En definitiva, nos encontramos concretamente ante la exigencia de que el contenido sea abstractamente susceptible de realización, por lo que la problemática se traslada más allá del ámbito de la prestación, presente tan sólo en aquellos negocios que generan obligaciones. Por otro lado, el juicio de posibilidad de dicho contenido nunca tiene en cuenta la concre-

ta disposición de las partes a absolver el compromiso asumido, sino la abstracta realizabilidad de tal compromiso, aun cuando éste implique un esfuerzo superior al normal²⁸.

Caso particular de imposibilidad originaria lo tenemos en la inexistencia del bien, en el supuesto de que el negocio apunte su regulación sobre un objeto (materia social) no susceptible de existencia o identificación; es decir, cuando se trata de un bien que no existe, y que ni siquiera en el futuro podrá existir. Otro caso de imposibilidad originaria lo tenemos cuando la regulación recae sobre un bien que no puede ser regulado por los particulares; ejemplos típicos son la vida, la salud y el honor, además de todos aquellos bienes que el ordenamiento declara fuera de comercio, calificados como bienes "inalienables" (parques públicos, monumentos, etc)²⁹.

Teniendo claros los lineamientos básicos de la imposibilidad originaria pasemos ahora a examinar aquella de naturaleza sobreviniente, fundamental a nuestro entender para estructurar los límites de un sistema de responsabilidad contractual que guarde coherencia y esté en concordancia con la realidad. A ello nos abocamos en los párrafos que siguen.

Por imposibilidad sobrevenida se entiende aquella situación impeditiva del cumplimiento, que incide directamente sobre el contenido de la prestación, en sí misma considerada, y que no resulta superable ni susceptible de ser vencida por las fuerzas humanas.

Dicha negación se encontraría confirmada en el surgimiento de una obligación que a su vez originaría una eventual responsabilidad. No entendemos, por lo demás, por qué la mayor parte de la doctrina alemana insiste en catalogar la hipótesis como una de "imposibilidad subjetiva". Resultaría mejor, en este último caso hablar de una "ineptitud" del deudor para la prestación concretamente establecida, de acuerdo Larenz, Karl "Derecho de Obligaciones". Op. Cit. p. 102. Es también sintomática la orientación de nuestro Código Civil en materia de imposibilidad sobrevenida, según la cual sólo la imposibilidad sobreviniente objetiva libera al deudor, cuando en el artículo 1316 establece que "la obligación se extingue (y con ello se libera el deudor) cuando no se ejecuta por causa no imputable del deudor", lo que contundentemente apoya nuestro argumento en el derecho positivo.

²⁵ La atribución de responsabilidad a la hipótesis de imposibilidad originaria subjetiva motivó en ese momento un ardoso debate doctrinal en Alemania. Así, algunos autores apoyándose en la falta de regulación específica quisieron apoyar analógicamente las normas generales sobre la imposibilidad subsiguiente. Esto significaría que el deudor no respondería, es decir, no devendría en obligado a indemnizar. En tal sentido Titze Op. Cit. p. 247.

²⁶ Argumento que perfectamente podría servir para sustentar una responsabilidad contractual de carácter objetivo mediante la creación de un nuevo factor atributivo independiente de la culpa.

²⁷ De acuerdo Barbero, Doménico "Sistema del Derecho Privado". Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de la 6ta. Edición Italiana, Buenos Aires, 1968, T. III p. 115. Enneccerus, Kipp y Wolff a su vez, Op. Cit. T. II-I, Vol. I, p. 156; entre otros. Cabe señalar que el razonamiento puede ser extendido a la imposibilidad originaria subjetiva. En cuanto a la naturaleza de dicha responsabilidad pensamos que se trata de una naturaleza pre-contractual derivada de la violación del deber de corrección, derivado de la Buena Fe reconocida expresamente en nuestro ordenamiento por el artículo 1362 del Código Civil.

²⁸ Se deja así de lado la valoración personal de las cualidades particulares del deudor, porque consideramos que no puede hacer depender el surgimiento de la obligación, o en general de los efectos negociales, de aspectos singulares tomados de un sujeto concreto. De acuerdo sólo con el resultado del razonamiento del texto principal Bianca, Massimo "Diritto Civile". Op. Ci. T. III, p. 319.

²⁹ De acuerdo, aunque superficialmente, Galgano, Francesco "Il Negozio Giuridico". En *Trattato del Diritto Civile e Commerciale*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1988, Vol III T. I p. 105.

En este sentido, la imposibilidad para efectos liberatorios, debe ser objetiva y absoluta³⁰.

Esta concepción objetiva, que no ha podido ser convincentemente superada por los rezagos del subjetivismo, permite a su vez un enfoque que, sin dejar de lado la exigencia de la objetividad en la producción del efecto liberatorio-extintivo, abre paso a la posible relevancia de los impedimentos personales cuando en el contenido de la prestación se hallen implícitas las aptitudes de un determinado deudor; por ejemplo cuando se trate de un hacer intangible. Tal supuesto se da cuando se contrata a un famoso pintor para un retrato familiar o inclusive cuando se contrata a un médico especialista para una operación específica. Pero también este reconocimiento de los impedimentos personales tiene importancia fuera del campo de las prestaciones infungibles cuando la actividad del deudor, manifestada en el esfuerzo debitorio presente en toda prestación, se ve obstaculizada en forma tal que cualquier deudor quedaría imposibilitado de actuar para el cumplimiento. Por ejemplo, cuando al deudor le ocurre un accidente cuando se dirige al lugar establecido para el pago.

Nuestra postura no implica desconocer la importancia de considerar que la "imposibilidad de cumplir" en que se encuentra un deudor constreñido en el compromiso de cooperación debe ser valorada de acuerdo con el tipo de relación obligatoria. En tal virtud, las prestaciones, al ser diversas, reclaman una intensidad y forma de esfuerzo de cooperación distintas en cada caso. Dicha intensidad y forma de esfuerzo se reflejan indefectiblemente en el contenido y en los límites de la imposibilidad³¹.

Cabe aclarar sin embargo, que el impedimento que obstaculiza el cumplimiento debe estar conectado objetivamente al contenido de la prestación. Por tanto, no serán relevantes la enfermedad o la insol-

vencia para efectos liberatorios, en supuestos de prestación de dar o de hacer, respectivamente. El impedimento debe ser de tal naturaleza que ningún deudor se encuentre en condiciones de cumplir³².

Problema distinto es el de la configuración del hecho liberatorio-extintivo. Éste se constituye no sólo por la imposibilidad (elemento objetivo), sino también por la no imputabilidad de dicha imposibilidad a la persona del deudor (elemento subjetivo). Es decir, no basta que se configure en la realidad un caso de imposibilidad sobrevenida; es necesario también que ella no sea atribuible al deudor. Si el accidente (secuestro, atropello, etc.) calificado como imposibilidad fuera imputable al deudor y ello llegara a probarse, no se produciría el efecto liberatorio-extintivo previsto, por lo que se concluiría que el deudor responde de todas formas³³.

En tal sentido, la doctrina más acreditada³⁴ ha aceptado que el hecho liberatorio es de naturaleza dual-compleja, por lo que se necesita de la confluencia de dos elementos para operar su efecto connatural. En principio, se requiere la existencia un hecho sobreviniente al surgimiento de la obligación, que impida su cumplimiento, de tal naturaleza que afecte a cualquier deudor colocado en esa posición. Además, se necesita que dicho hecho no sea "imputable" al deudor; es decir, que éste haya actuado con la debida diligencia para evitarlo y sustraerse al evento que ha hecho imposible el cumplimiento. Existe entonces un nexo negativo entre uno y otro, necesario para la producción del efecto liberatorio extintivo.

La distinción, así configurada, de los elementos del hecho liberatorio, permite explicar coherentemente la redacción poco feliz, por decir lo menos, del controvertido artículo 1314 del Código Civil, base sobre la cual muchos autores optan por un sistema de responsabilidad contractual subjetivo, basado en la culpa. Se puede así sostener, aplicando la

³⁰ Se sigue así incondicionalmente la tesis de Osti, Giuseppe "Revisión de la teoría sobre la imposibilidad de la prestación". En: *Rivista di Diritto Civile*. Casa Editrice Dott. Antonio Miliani. Padova, 1918. Anno X, III, p. 216.

³¹ Así Osti, Giuseppe "Revisión de la teoría sobre la imposibilidad de la prestación". Op. Cit. p. 218; Betti, Emilio Teoría General... Op. Cit., T. I, p. 124 - Milano, 198. T. I, p. 161 y ss.

³² Son las palabras de Díez Picazo, José Luis "Fundamentos..." Op. Cit. T. I, p. 682.

³³ No es el caso analizar aquí los presupuestos de la liberación del deudor, en tanto el presente trabajo sólo está dedicado a examinar y analizar con cierto detenimiento la categoría genérica de la "imposibilidad" que afecta al contenido negocial, sea originaria o sobreviniente.

³⁴ Así Messineo, Francesco "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979. T. IV, pp. 226-227; Bianca, Massimo "Diritto Civile". Op. Cit., T. III, p. 319; Enneccerus, Kipp y Wolff "Tratado..." Op. Cit., p. 156; Osti, Giuseppe "Revisión de la teoría sobre la imposibilidad de la prestación". Op. Cit., pp. 216 y ss.; Barbero, Domenico Sistema... Op. Cit., T. III, pp. 116-117; Betti, Emilio Teoría General... Op. Cit., p. 124; Jornada Fraga, Francisco "La Responsabilidad..." Op. Cit., p. 151; "¿Unas nuevas bases de la responsabilidad contractual?" en Anuario de Derecho Civil Ministerio de Justicia e Interior Centro de Publicaciones, abril-junio, T. XLVII fascículo II Madrid, 1994, p. 395 y ss entre otros.

hermeneútica sobre el texto legal y con ánimo de defender la armonía y sistemática del ordenamiento con los lineamientos teórico-dogmáticos esbozados anteriormente, que el artículo 1314 del Código Civil no consagra que el deudor se libera tan sólo actuando con la "diligencia ordinaria", sino que dicho artículo establece solamente el requisito subjetivo de la imposibilidad, en el sentido de que el deudor, al actuar con la diligencia ordinaria, no es imputable por incumplimiento total, tardío o defectuoso "derivado de una imposibilidad sobreviniente de la prestación"³⁵.

Se establece entonces una necesaria vinculación interpretativa entre lo preceptuado por los artículos 1314 y 1316 del Código Civil, de tal manera que la extinción de la obligación por causa "no imputable" al deudor no debe ser "atribuible" al mismo, en el sentido de que éste debió utilizar la diligencia ordinaria para evitarla. La interpretación sistemática propuesta no implica, como pudiera parecer, un intento arbitrario de forzar al sistema en una apasionada búsqueda de fundamento para nuestras orientaciones, sino que solamente apunta a encontrar la congruencia deseable del sistema normativo con los anteriormente mencionados lineamientos teórico-dogmáticos, los cuales rechazan la ausencia de culpa como factor suficiente para exonerar al deudor de responsabilidad. De otra manera se favorecería abusivamente la posición debitoria, puesto que del mismo deudor dependería su propia liberación sin pago o cumplimiento. Sólo una obligación que contenga, en los términos tradicionales, una prestación de imposible realización, puede ser extinguida *ex lege* por el ordenamiento. De ello resulta la liberación del deudor, justificada ya sea en la pérdida del sentido de la existencia de la obligación³⁶, en la propia impotencia para cumplir³⁷ o en la falta de uno de los elementos indispensables para la existencia de la obligación, en este caso el objeto, lo que determina la desaparición de dicha obligación^{38 39}.

3. DISTINCIÓN DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN DE OTRAS HIPÓTESIS SIMILARES DE POSIBLE AFECTACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA. PROBLEMAS PECULIARES EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NOCIÓN GENERAL DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA.

En el devenir de la múltiple casuística, en el marco de los elementos modificativos o extintivos de la relación obligatoria, resulta imprescindible distinguir, en un esbozo teórico con efectos prácticos, la noción misma de imposibilidad sobrevinida de otros efectos que afectan de alguna manera el cumplimiento, y que no constituyen bajo ningún punto de vista sostén para configurar el elemento objetivo de la prueba liberatoria del deudor.

Así tenemos que se debe considerar distintas a la imposibilidad sobrevinida, especialmente, la dificultad de cumplimiento y la excesiva onerosidad de la prestación.

La dificultad de cumplimiento es un obstáculo que el deudor está llamado a superar utilizando todos los medios que tenga a su alcance para hacer viable la ejecución de la prestación. Todo obstáculo es objetivamente superable en la medida en que su aparición no hace a la prestación de "imposible" cumplimiento. El deudor colocado en su específica relación obligatoria, está en la posibilidad de cumplir puesto que el contenido del negocio es perfectamente "viable", en la medida en que su verificación en la realidad está dentro del marco del "esfuerzo" al que el deudor se encuentra constreñido a través de su deber de cooperación. En tal sentido, una mera dificultad sería aquella que se presenta cuando, existiendo una obligación de entrega en un lugar medianamente distante, se tenga por ejemplo la

³⁵ Se tiene por ello la delimitación de la aplicación del criterio de la diligencia en dos posibles campos; por un lado, en la verificación del cumplimiento de las obligaciones de "actividad" o "medios"; y por el otro, en el elemento subjetivo de la prueba liberatoria en el sentido hasta ahora esbozado. Se excluye por tanto la influencia de la diligencia en la composición del concepto de imposibilidad.

³⁶ Así Larenz, Karl "Derecho de Obligaciones" Op. Cit. p. 305.

³⁷ Como sostiene Messineo, Francesco "Manual ...". Op. Cit., T. IV, p. 222.

³⁸ Afirmación de Ruiz Serramalera, Ricardo "Derecho de Obligaciones". Centro de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid 1991, T. I, p. 327.

³⁹ Sin embargo hay quien ha pretendido defender la tradicional y desprestigiada regla "no hay responsabilidad sin culpa" afirmando que la exoneración (y por ende la extinción de la obligación) es un efecto típico y propio de la ausencia de la imputabilidad. En tal sentido, el argentino Wayar, Ernesto "Derecho Civil", Obligaciones. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1990, pp. 510. Lo cierto del caso es que el efecto liberatorio-extintivo se produce, no porque exista imputabilidad en el deudor, sino porque su cumplimiento concreto se ha afectado en su realización material y efectiva, lo que constituye base sobre la cual recién se valora su posible imputabilidad a la persona del deudor.

clausura de la compañía o servicio de *courier* normalmente utilizado para realizar entregas por el deudor, pudiéndose realizar aquella prestación (entrega) mediante otros medios. Otro ejemplo se tiene en el caso de una obligación de hacer una escultura, cuyo cumplimiento se ve dificultado, y tan sólo eso, por el incendio del taller del escultor, por la sencilla razón de que aún se puede realizar la obra en un lugar distinto al taller habitual. Por último, constituiría sólo una dificultad, cuando existiendo la obligación de hacer una traducción, se pierde el diccionario del traductor, pues la prestación aún es ejecutable utilizando un diccionario similar.

En definitiva, la dificultad de cumplimiento pone en evidencia la necesidad de que el deudor realice un "esfuerzo" para cumplir, inclusive superior al que se necesita normalmente según el tipo de relación obligatoria, de acuerdo con el grado de intensidad del deber accesorio de colaboración, por que el ordenamiento no exonera al deudor, ya que si no realiza este esfuerzo, incumple⁴⁰.

Otra figura distinta a la imposibilidad sobreviniente es la excesiva onerosidad de la prestación. Ella es el grave aumento del costo económico de la prestación, derivado de eventos extraordinarios e impredecibles⁴¹. No es que se impida la ejecución de la prestación, por lo que no se extingue de por sí la obligación, pero la excesiva onerosidad sobrevinida legítima al deudor a utilizar el remedio de dejar sin efecto la relación, o de reducir equitativamente la contraprestación. Por ello no se puede confundir este fenómeno alterativo de la equivalencia de las atribuciones patrimoniales con la imposibilidad sobreviniente, la cual se caracteriza por no permitir,

aún con el mayor sacrificio y esfuerzo material o económico, la realización de la prestación⁴².

Realizada ya la distinción entre la imposibilidad sobreviniente y las figuras cercanas a ésta, que parte de la doctrina ha equiparado en algunas hipótesis casuísticas, es importante como punto siguiente en nuestro *excursus* examinar el problema, planteado en la doctrina italiana, de si la imposibilidad sobrevinida de la prestación, como elemento del hecho liberatorio, puede ser determinada por la imposibilidad de recibir por parte del acreedor.

Una primera respuesta ha sido dada en sentido negativo, afirmando que la imposibilidad del acreedor de recibir y de efectuar la cooperación necesaria, lejos de extinguir la obligación del deudor, somete a éste al procedimiento de la propia liberación coactiva, como en el pago por consignación -mora del acreedor-, quedando el deudor liberado por no serle imputable dicha mora⁴³.

A tal superficial razonamiento se ha objetado que es imprescindible diferenciar entre dos situaciones teóricas diversas, que lógicamente conllevan a efectos prácticos también distintos. La primera es la mora del acreedor, que puede desencadenar un pago por consignación, efecto de un no querer; y la segunda es la imposibilidad de recibir (o de cooperar) efecto de un no poder, que en sede de cumplimiento vendría a ser causa de imposibilidad de la prestación misma, con sus normales consecuencias⁴⁴. A lo dicho se puede agregar, a título personal, que la premisa criticada parte de una hipótesis errónea, que es la de equiparar los casos de imposibilidad de cooperar y de mora del acreedor, a partir tan sólo de

⁴⁰ Messineo, Francesco "Manual ...". Op. Cit., T. IV, p. 223-224; Bianca, Massimo "Diritto Civile L' obbligazione". Op. Cit., T. IV, p. 529. Es interesante tomar en cuenta la opinión de los alemanes en el sentido de considerar que "si los obstáculos son tan grandes que sólo pueden superarse con sacrificios desproporcionados, entonces la consideración racional, ética y económica, que es la única que el derecho toma en cuenta, tiene que considerar la prestación como imposible, teniendo presente la presunta intención, la buena fe y los usos del tráfico". En tal sentido Enneccerus, Kipp y Wolff "Tratado...". Op. Cit., T. II-1, p. 154 y Larenz, Karl "Derecho de Obligaciones". Op. Cit., p. 103. Se marca así el límite entre dificultad e imposibilidad, nos parece, desde un punto de vista subjetivo, en vista de que se alude a los "sacrificios desproporcionados" por parte del deudor. Es nuestro parecer que una prestación será posible aunque tenga que realizarse con mucho sacrificio, y si no lo es, lo será muy independientemente de la realización de aquél.

⁴¹ Así Bianca, Massimo "Diritto Civile". Op. Cit., T. IV, p. 529.

⁴² Así, no compartimos la equiparación entre excesiva onerosidad de la prestación e imposibilidad, en el caso de que el impedimento sobrevinido sólo puede ser superado con un esfuerzo financiero del todo desproporcionado, propuesta por la doctrina alemana, y a la que se ha venido denominado como la "doctrina de la imposibilidad económica, como se desprende de la lectura de los autores mencionados en la cita 40.

Nuestro disenso se basa concretamente en que dicha proposición borra de un plumazo la delimitación entre imposibilidad objetiva y subjetiva; es decir aquella imputable al deudor. Por demás, es ciertamente muy difícil plasmar cuándo la dificultad o la excesiva onerosidad, según sea el caso, devienen en una imposibilidad al necesitar "sacrificios desmedidos" en su superación, lo que irremediamente nos conduce a un análisis subjetivo inaceptable en el manejo teórico que hemos venido realizando.

⁴³ Falzea, Angelo "L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore". Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1947, p. 123 y ss.

⁴⁴ Así, magníficamente concluye Cottino Gastone "L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e L'impossibilità della prestazione" en *Rivista di Diritto Commerciale*. Anno 1948, I, p. 448 y ss.

un punto en común, cual es la no ejecución del deber de cumplimiento por circunstancias concernientes a la esfera acreedora.

En tal sentido, cuando la actividad debitoria se encuentre impedida en su culminación por la imposibilidad de cooperar del acreedor en su ejecución, y cuando sea imprescindible tal cooperación, los efectos liberatorios se despliegan sobre la prestación misma, dando como inequívoco resultado la equiparación entre los casos de imposibilidad en las posiciones debitoria y acreedora respectivamente. No se puede por tanto sostener razonablemente, bajo ningún punto de vista, la equiparación efectuada entre los casos de imposibilidad de cooperación del acreedor y los que se reúnen en la situación de existencia de un estado moratorio en el acreedor; principalmente tomando en cuenta que esto último requiere la imputación a la persona calificada como morosa. Caso distinto, evidentemente, es aquél en el cual la prestación se ha hecho imposible por una causa imputable al acreedor, en el cual el deudor se libera, quedando el acreedor aún constreñido a efectuar la contraprestación.

Como comentario final, concluyendo nuestra breve reflexión, podemos afirmar que la imposibilidad, en un nivel de aproximación abstracto, puede ser afrontada, en términos generales, configurándola como un fenómeno obstaculizador de la vinculatoriedad

generada por un negocio jurídico, la cual puede actuar en forma inmediata; excluyendo toda producción de efectos y la misma generación de vinculación subjetiva, en el caso de que la imposibilidad sea originaria, afectando la conformación de la estructura negocial; o en forma sucesiva, desvaneciendo el efecto vinculante producido primigeniamente cuando haya decaído la posibilidad de cumplir con el débito obligacional, hasta ese momento sujetador de la conducta del deudor. En síntesis, la imposibilidad acaba con los efectos producidos o por producirse, lo que importa una valoración para el nexo intersubjetivo creable o creado por el negocio, en este último supuesto de naturaleza efectual obligatoria.

Así, a través del desarrollo realizado hemos querido exponer nuestra posición personal en torno a la imposibilidad como situación de hecho que, según se ha podido observar, puede ser abordada con un estricto método científico por quienes todavía tenemos la convicción de que la construcción dogmática, mediante un ordenado trabajo conceptual, puede llegar a resolver muchos de los problemas hermeneúticos que aquejan el mundo de los "prácticos" y que lamentablemente son casi siempre resueltos acudiendo a maniobras inconfesables, con el fin de salir del atolladero en el que sucumben aquéllos que no cuentan con una sólida base conceptual.