



La prestación imposible

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Profesor Emérito

Resumen: Según el Autor, la prestación imposible es tratada en el código civil peruano en sus artículos 1319 y 1318 al prescribir que el deudor no sólo no es culpable y la prestación resulta imposible por caso fortuito y fuerza mayor sino también cuando la prestación resulta imposible sin que se le pueda atribuir culpa alguna. Desarrolla sus puntos de vista recurriendo a los antecedentes legales, a la jurisprudencia nacional y extranjera y al Derecho comparado.

Acerca de la imposibilidad sobreviniente de la prestación, en forma general, debe revisarse ENNECCERUS-LEHMANN (30), quienes también distinguen entre imposibilidad originaria y subsiguiente y ésta última la subdistinguen en imposibilidad objetiva subsiguiente e imposibilidad subjetiva subsiguiente. Advierten que a diferencia de lo que acontece en la imposibilidad originaria, la mera imposibilidad subsiguiente y la imposibilidad subjetiva subsiguiente, reciben igual trato. Agregan que para determinar si la imposibilidad es originaria o subsiguiente lo decisivo reside en el momento de la conclusión del contrato y si se trata de legados, es el momento de la apertura de la sucesión lo que decide.

ENNECCERUS-LEHMANN (31) hacen saber que la imposibilidad no debe confundirse con la mera dificultad. Sin embargo, agregan que si los obstáculos son tan enormes que sólo pueden ser eludidos con sacrificios desproporcionados a fin de poder cumplir con la prestación, dicho cumplimiento debe considerarse racional, económica y moralmente *imposible* y esto lo toma

* Véase la primera parte en esta Rev. Vol. 41, 1977, p. 5 y ss.

(30) D. de oblig., vol. I, t. II, § 45, 1), p. 238.

(31) D. de oblig. vol. I, t. II, § 29, I, p. 154; tex. y n. 2 de la p. 154.

en cuenta el derecho. El límite que se señale en lo judicial para determinar que la prestación es posible, deberá tener en cuenta la presunta intención de las partes y la buena fe. V.g., la construcción puede hacerse con cimientos de 50 mt de profundidad porque en el subsuelo existen cavernas enormes. O la cosa caída al mar puede ser rescatada mediante trabajos desproporcionados de buzo, por lo costosos, en relación con el valor venal del objeto perdido. Estos son casos de prestación imposible.

J. W. HEDEMANN (32) expresa sobre *obligación imposible*, que la imposibilidad puede ser entendida amplia o restrictivamente. Quien tiene dificultades para pagar la prestación se inclinará siempre a decir que le es "imposible" hacerlo.

LARENZ KARL, D. de obligaciones, t. I, Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 20, p. 300 sh.) debe estudiarse.

En el derecho alemán se dice que existen causas de imposibilidad "subsiguiente" o "sobrevenida" de la prestación, que se oponen a su cumplimiento. Son causas objetivas; no subjetivas.

LARENZ (33) trata de los presupuestos de la imposibilidad "posterior". Nosotros comprendemos que no existe diferencia entre decir "imposibilidad subsiguiente", a decir "imposibilidad sobrevenida".

Se trata de que aparecen obstáculos o alteraciones que destruyen la base de la relación obligatoria sin que el deudor o el acreedor sean responsables de esos obstáculos o alteraciones.

Antes de explicar la "imposibilidad posterior" se ocupa de la "imposibilidad originaria" (34). Dice que el contrato es nulo según el § 306 del BGB si se dirige a una prestación imposible, y será válido si la imposibilidad puede ser evitada. El contrato se concluyó para el caso de que la prestación se hiciera posible.

§ 308, parr. I del BGB. Se observa que en el caso en examen se trata de prestación imposible desde el principio en que se convino, o sea es imposible al tiempo de concluir o perfeccionar el contrato. Aquí, se trata de una imposibilidad inicial u originaria y no de una prestación que se torna imposible después de celebrado el contrato, que es una imposibilidad subsiguiente o sobrevenida: §§ 275 y 280. LARENZ identifica los vocablos "subsiguiente" y "sobrevenida" en su tomo I de D. de ob.,

(32) D. de oblig., vol. III, edit. Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 20, I, p. 167.

(33) D. de ob., I, § 20, I, a), p. 300.

(34) D. de ob., I, § 7, p. 101 ss. Advuértase desde ahora que se trata no de imposibilidad anterior al nacimiento de la prestación, sino de imposibilidad posterior a dicho nacimiento.

§ 7, p. 101 (trad castellana). Es evidente, entonces, que se ha traducido mal el 2º párr. del § 275 del BGB.

También dice LARENZ (35) que la trascendencia del § 306 BGB aparece cuando la prestación de la obligación es no subjetiva, sino objetivamente imposible. O sea que resulta imposible en si misma y para cualquier deudor y no para un deudor concreto. V. g., debe el deudor dar una cosa que no existe porque se destruyó después de concluido el contrato, o porque se obligó a hacer algo imposible no sólo para él, sino para todos.

Es prestación sólo subjetivamente imposible dar el derecho de propiedad de una cosa de la que no es dueño el deudor, o ceder la posesión de una casa que otro posee y no quiere dejar la posesión. Por eso, la venta de cosa ajena no es nula (cf. art. 1394 del C.C. del Perú). Si no la puede dar el deudor, deberá indemnizar los daños y perjuicios al acreedor. LARENZ (36) expresa que del § 306 BGB no se infiere con seguridad que la imposibilidad es objetiva; pero que se alega que el párr. II del 275 BGB equipara la imposibilidad subsiguiente o sobrevenida del deudor después de que nazca la obligación a la imposibilidad que le sobrevenga con posterioridad, o sea la ineptitud del deudor. Agrega que en el § 306 BGB no se habla de la ineptitud del deudor, por lo que se debe concluir que dicha ineptitud no se equipara a la imposibilidad objetiva y que, por tanto, el contrato es válido.

Después, LARENZ (37) se pregunta porqué la ley considera nulo un contrato que tiene por objeto una prestación objetivamente imposible, en tanto que en caso de simple ineptitud queda obligado el deudor a indemnización de daños y perjuicios. Cree

(35) D. de oblig., I, § 7, I, p. 101.

BGB § 280.— "Siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, éste ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el no cumplimiento".

"En el caso de imposibilidad parcial, el acreedor, rechazando la parte de prestación aún posible, puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación, si el cumplimiento parcial no tiene para él ningún interés. Se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los párrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional".

BGB § 308.— "La imposibilidad de la prestación no obsta a la validez del contrato, si dicha imposibilidad puede ser suprimida y el contrato se ha concluido para el caso de que la prestación se haga posible".

"Si es prometida una prestación imposible bajo otra condición suspensiva o bajo señalamiento de un término inicial, es válido el contrato si la imposibilidad desaparece antes del cumplimiento de la condición o del término".

(36) D. de ob., I, § 7, I, p. 102.

(37) D. de ob., I, § 7, I, p. 102.

LARENZ (38) que la nulidad del contrato que declara el § 306 BGB, es porque desde el principio carece de finalidad, de sentido y de objeto. El § 306 al declarar la nulidad lo hace porque nadie puede responder de lo que sea objetivamente imposible, no existiendo alguien en el mundo, que pueda cumplirlo. Empero, si debe responder aquel que se obligó a una prestación en si misma posible en el momento de asumir la obligación.

Es evidente que el acreedor no podría obtener una prestación que nadie puede objetivamente cumplirla; pero si el acreedor debe confiar en que su deudor cumpla una prestación posible subjetivamente, aunque él no se encuentre en situación de cumplirla. Lo excepcional está en el § 437 del BGB, que se refiere a que el que vende un crédito u otro derecho responda sólo de su existencia jurídica, más no de la solvencia del deudor (véase art. 1459 del C.C. del Perú) (38).

Ejemplo de esta imposibilidad objetiva se da cuando se vende una mercancía que se hundió con el barco que la transportaba antes de concluir el contrato de compra-venta de dicha mercancía. Es claro que con buzos se puede extraerla del fondo del océano, pero eso es muy costoso si se compara con el valor de las mercancías hundidas.

También será imposible la prestación si la cosa vendida le fué hurtada al vendedor antes de perfeccionar el contrato de enajenación y es difícil recuperarla.

Por tanto, la imposibilidad inicial u originaria debe regularse en forma distinta de la imposibilidad subsiguiente. El deudor no está obligado a indemnizar en la imposibilidad inicial, salvo si se le prueba que vendió a sabiendas de que la cosa había desaparecido. En este último caso hay una responsabilidad por culpa regulada por el § 307 BGB.

El deudor sólo indemniza el interés de la confianza y no el interés del incumplimiento. Este último se indemniza en el supuesto de ineptitud del deudor. El § 307 BGB se refiere al que sabe que la prestación es imposible cuando concluye el contrato y ordena que pague el daño que sufre la otra parte por confiar en la validez del contrato.

Distinguir entre imposibilidad objetiva e ineptitud es en

(38) § 437 BGB.— "El vendedor de un crédito o de otro derecho responde de la existencia jurídica del crédito o del derecho".

"El vendedor de un título-valor responde también de la circunstancia de que dicho título no esté reclamado con objeto de declararle sin efecto.

veces difícil. Hay ineptitud en quien vende y no tiene derecho de propiedad que transmitir.

Véase § 308 párr. II BGB, que trata del contrato imposible al tiempo de otorgarse, pero que está sujeto en su cumplimiento a un término o a una condición suspensiva. Dicho precepto declara que será eficaz si la prestación se torna posible antes de que venza el plazo o que se realice la condición (39).

Si la cosa que se vende ya había perecido, no hay venta, dice el art. 1390 del C.C.; y agrega que si sólo pereció en parte el comprador puede retractarse o convenir en una rebaja.

HEDEMANN (40) también habla de que existen dos teorías sobre *obligación imposible*: una teoría considera que la imposibilidad deriva de un concepto lógico (físico), en cuyo caso la imposibilidad no existe si hubiere alguien que pudiere cumplir del modo que fuere y realizando los más grandes sacrificios y dentro de las mayores dificultades. Pone como ejemplo quien se obliga a transportar mercaderías por el Elba, pero el río se encuentra helado en una época en que normalmente no debía estarlo. Sin embargo, puede navegarse con rompe-hielos, aunque los gastos por este concepto fueren considerables; y el deudor cumplirá así con la prestación derivada del contrato de fletamento.

Frente a esta teoría hay otra —que es la que se aplica en Alemania Federal— y que concibe la “imposibilidad” en sentido no físico, sino jurídico, oponiendo a la valoración lógica la razón práctica. Con esta teoría se equipara la “imposibilidad” a la teoría de la “no exigibilidad de otra conducta”. Se trata de que no se puede exigir al deudor un “esfuerzo superior al correspondiente a la obligación”.

HEDEMANN (41) agrega que la imposibilidad jurídica en sentido estricto se da cuando una prohibición legal declara que no se puede explotar o importar la mercancía enajenada; o cuando al deudor no se le puede exigir un sacrificio material demasiado elevado, porque ello vulnera el principio de la buena fe contenido en el § 242 BGB, que dice que el deudor sólo está obli-

(39) BGB § 308.— “La imposibilidad de la prestación no obsta a la validez del contrato, si dicha imposibilidad puede ser suprimida y el contrato se ha concluido para el caso de que la prestación se haga posible”.

“Si es prometida una prestación imposible bajo otra condición suspensiva o bajo señalamiento de un término inicial, es válido el contrato si la imposibilidad desaparece antes del cumplimiento de la condición o el término”.

(40) D. de oblig., III, § 20, I, a), p. 168.

(41) D. de oblig., III, § 20, I, a), p. 168.

gado a efectuar la prestación *como exige la buena fe*. Pero advierte que el tribunal del Reich ha sido en ciertos casos muy severo, expresando que sólo existe imposibilidad cuando el cumplimiento de un contrato se manifiesta como económicamente imposible, si para el obligado a cumplirlo ello importa su exterminio económico o ponerlo al borde de la ruina, razón por la que existe necesidad económica y jurídica de negar la protección judicial al acreedor que pretende cargar sobre la otra parte todos los perjuicios de una anormalidad económica (42). Agrega que en otras sentencias la justicia se ha mostrado no tan dura, habiendo expresado que cuando los hechos han transformado las relaciones económicas, a tal punto que el deudor habrá de recibir por su prestación una contraprestación en la que no cabe ver entre ambas ni de modo aproximado, la equivalencia que debería existir según la intención de los contratantes, está arreglado al principio de la buena fe que el acreedor no insista en que se le pague la prestación a que tiene derecho.

En estos casos existe similitud con la resolución o rescisión del contrato por alteración de las circunstancias, o desaparición de la base del negocio ("*cláusula rebus sic stantibus*"), ya que también en este caso habría inexigibilidad de la prestación. Debe anotarse que la resolución por la alteración de las circunstancias exige los siguientes presupuestos:

1.— Que se compruebe que la prestación del deudor está tan objetivamente desplazada, que se encuentra en evidente desproporción con la prestación que pactaron las partes.

2.— Que la prestación esté también subjetivamente desplazada.

3.— Que la alteración de circunstancias no hubiere podido ser prevista por el deudor.

4.— Que los contratantes no pudieron desde antes tener presente la posibilidad de una cierta alteración de las circunstancias y si en ese momento el deudor no asumió el riesgo expresa o tácitamente.

El Tribunal del Reich ha decidido que la perturbación de las bases del negocio no produce sin más la ineficacia del contrato, sino que sólo tiene relevancia jurídica en cuanto a que si se mantiene el cumplimiento estricto del contrato resulta contrario al principio de la buena fe. Si así fuere, la observancia

(42) HEDEMAN, D. de oblig. III, § 20, 2), p. 168 y s.

del contrato representa un inadmisible ejercicio del derecho. También en otro fallo declara que ante circunstancias muy especiales, cuya concurrencia ha de examinarse cuidadosamente en cada caso, puede aparecer admisible y hasta indicado, de acuerdo con la buena fe, suavizar la obligación del deudor, o eximirle de ella". Sin embargo, esta doctrina hace vacilar la eficacia del contrato y toda la vida económica, ya que el deudor siempre pretendería que se han alterado las circunstancias.

Así se afecta gravemente la confianza y peligra toda la actividad negocial. Es un instituto jurídico peligroso. Obviamente, el contrato no debe subsistir si priva de los propios medios de subsistencia al deudor; debe reducirse, entonces la cuantía, estipulada.

Como expresa HEDEMANN (43) esta figura que atenta contra el "*Paeta sunt servanda*", es de carácter negativo. Sólo destruye; no construye: Resuelve; rescinde. Por eso el juzgador debe tener en cuenta el interés general, antes que sólo el interés del que debe; y la legislación constructiva sobre la revisión de los contratos y la configuración judicial de los mismos.

La configuración judicial no es sólo la interpretación del contrato. Se da al juez no sólo una función declarativa, sino constitutiva. Se supera la nulidad del contrato y se da al juez una función correctora del contrato. La tiene el juez en la facultad que le da la ley para reducir el montante de la cláusula penal: § 343 BGB; y en el C.C. del Perú art. 1227. El § 343 permite la reducción de la pena aun para el 3º que la promete para que otro cumpla.

La configuración aparece cuando el contrato es nulo por infringir el orden jurídico objetivo. Por eso se le da al juez esta facultad de configurar el contrato (44).

Ciertamente, esta facultad no se puede conceder a nuestros jueces, no sólo por su falta de conocimientos, sino sobre todo por su debilidad moral.

Este es otro recurso utilizado en Alemania Federal por el deudor; el de la revisión judicial de los contratos, destinada a ajustar las obligaciones del deudor teniendo en cuenta su disminuída capacidad económica, conforme a la equidad y realidad y sin atender a los principios jurídicos generales.

Este recurso se utilizó inmediatamente después de la guerra, en que hubo desmontaje de fábricas de que se apoderaron ciertos

(43) D. de oblig., III, § 17, V, 5), d, p. 151. Véase antes en esta obra V, p. 150.

(44) HEDEMANN, D. de oblig., III, § 5, II, 2), p. 68.

países vencedores; las expropiaciones en la zona alemana sovie-tizada; las pérdidas en el valor de la moneda; la pérdida del te-rritorio oriental, para formar otro país; la merma considerable en la producción. Esto ocasionó que masas enormes de deudores perdieran su base económica de subsistencia y no pudieran pa-gar sus obligaciones. Por su parte, los acreedores exigían el pa-go total de sus acreencias. Fue entonces necesario que intervi-niera el legislador a fin de evitar la ruina, disponiendo la revi-sión judicial de los contratos teniendo en cuenta la cuantía de las cargas de cada deudor; su capacidad económica de trabajo; la intensidad con que fué afectado el patrimonio del acreedor y del deudor. Se pudo sin embargo, como advierte LARENZ (45), aplicar, por los tribunales, los §§ 157 y 242 BGB, que contienen el principio de la buena fe en las obligaciones y en los contratos. Asimismo, en Alemania existe legislación de amparo judicial de los deudores, que aplazaba el cobro o rebajaba la cuantía de las obligaciones. Esta legislación es ahora necesaria en el Perú.

La más importante fue una ley federal de amparo judicial, de 26 de marzo de 1952, que aplazó y redujo las deudas a pe-dido del deudor. El amparo judicial no es aplicación del dere-cho, sino configuración del derecho.

Sobre la obligación que tiene el deudor de probar su incul-pabilidad, por no cumplir la prestación, el § 282 BGB, en una traducción de MELON INFANTE Carlos, del año 1955, dice:

“Si es litigioso el hecho de si la imposibilidad de la presta-ción es consecuencia de una circunstancia de que ha de respon-der el deudor, la carga de la prueba corresponde a éste”.

En cambio, la traducción en J. W. HEDEMANN, D. de oblig., vol. III, Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 20, II, b), p. 171, es muy clara y la hizo Jaime Santos BRIZ. Dice:

§ 282.— “Si existen dudas acerca de si la imposibilidad es imputable al deudor a éste incumbe la carga de la prueba”.

Nótese que si no existen dudas se tiene al deudor por no culpable.

Refiriéndose a las obligaciones recíprocas, que son propias de los contratos bilaterales, el deudor se libera de su prestación que se hizo imposible por una circunstancia no imputable a él,

(45) D. de ob., I, § 20, III, p. 319.

dicen también ENNECCERUS-LEHMANN (46); pero el acreedor puede exigir la indemnización o la pretensión de indemnización que el deudor hubiere obtenido o tuviere derecho a obtener. Y si no opta por ello, el acreedor se libera de su contra-prestación (§ 323, párr. 1 prop. 1 BGB); y si ya cumplió con pagar su contraprestación, puede repetirla invocando el enriquecimiento injusto (§ 323, párr. 3, BGB. Cf. § 812, ap. 1 prop. 2 BGB). Empero, existen excepciones como son los casos de dolencias y de ciertas relaciones de trabajo (§ 617 BGB).

Con respecto a los contratos bilaterales, HEDEMANN (47) cita los §§ 323 a 325 BGB, en cuanto a la imposibilidad sobrevi-

(46) *Trat. de D. Civ., t. II, D. de oblig., vol. I, § 46, III, 1, p. 243.*

BGB § 323.— "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación; siendo parcial la imposibilidad se aminorará la contraprestación de conformidad de los párrafos 472 y 473" (contrato de compra-venta).

"Si la otra parte exige, según el párrafo 281, entrega de la indemnización obtenida por el objeto debido o cesión de la pretensión de indemnización, queda obligada a la contra-prestación; ésta se aminorará, sin embargo, de conformidad con los párrafos 472 y 473, en la medida que el valor de la indemnización o de la pretensión de indemnización quede por debajo de la prestación debida".

"Siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones, lo pagado puede ser repetido según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto".

BGB § 812.— "Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico".

"Como prestación vale también el reconocimiento de la existencia o de la no existencia de una relación obligatoria realizado por el contrato".

BGB § 821.— "Quien contrae una obligación sin causa jurídica puede negar el cumplimiento aunque haya prescrito la pretensión de liberación de la obligación".

Los §§ 812 y 821 están instalados en el título 24 de la sección séptima del C.C. alemán (BGB), denominado "Enriquecimiento injusto".

(47) *D. de oblig., vol. III, § 20, III, p. 172.*

BGB § 324.— "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder la otra parte, conserva aquélla su pretensión a la contraprestación. Debe, sin embargo, tolerar que se impute aquello que ahorre a causa de la liberación de la prestación o aquello que adquiere o deje maliciosamente de adquirir mediante ulterior utilización de su actividad de trabajo".

"Lo mismo vale si la prestación que incumbe a una parte se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder, en un tiempo en que la otra parte está en mora en cuanto a la aceptación".

BGB § 325.— "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder, puede la otra parte exigir indemnización de daños a causa del incumplimiento o desistimiento del contrato. En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento parcial del contrato no tiene para ella interés alguno, está autorizada a exigir indemnización de daños a causa del incumplimiento de toda la obligación, de conformidad con el párrafo 280, párrafo 2º, o a desistirse de todo el contrato. En lugar de la pretensión de indemni-

niente de la prestación por culpa del deudor, expresando que difieren; y que son aplicables supletoriamente los principios que rigen para los casos en que existe responsabilidad subsiguiente por culpa del deudor, en los contratos no bilaterales. Esos principios son: 1) el deudor no responde de la imposibilidad de la prestación si dicha imposibilidad obedece a alguna circunstancia de la que no ha de responder, como legisla el § 275 BGB. En las obligaciones genéricas si concurre sólo imposibilidad subjetiva, el deudor afronta un mayor riesgo porque el género es difícil que desaparezca; 2) el deudor responde de la imposibilidad de la prestación, razón por la que está obligado a indemnizar los daños: § 280 BGB; y esa indemnización es en dinero y abarca las ganancias que no pudo conseguir el acreedor, al ser incumplida la prestación que se le debe. En la práctica se tiene en cuenta el precio de cobertura que el acreedor pagó para contar con las cosas que debieron entregársele. Asimismo, puede darse "concurrency de culpas" según el § 254 BGB, porque el acreedor rechazó llevar a cabo un negocio de cobertura favorable: y 3) Si el deudor ha recibido o espera recibir indemnización de un tercero por la pérdida o destrucción de la cosa que debía entregar al acreedor en pago de su prestación, el acreedor puede reclamarle la entrega de esa indemnización, o que le ceda la pretensión de ser indemnizado: § 281 BGB. Esta es la aplicación del principio de subrogación.

Pues bien, estos principios se aplican supletoriamente a los casos de imposibilidad posterior de una de las prestaciones en los contratos bilaterales. HEDEMANN (48) se plantea las siguientes hipótesis:

zación de daños y del derecho de resolución, puede también hacer valer los derechos señalados para el caso del parágrafo 323".

"Lo mismo vale en el caso del parágrafo 283 si la prestación no es efectuada hasta el transcurso del plazo o si en este tiempo no está realizada en parte".

(48) D. de oblig., III, § 20, III, p. 172.

BGB § 254.— "Si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, la obligación a la indemnización, así como la cuantía de la indemnización a prestar, depende de las circunstancias, en especial de hasta qué punto el daño ha sido causado preponderantemente por una u otra parte".

"Esto vale incluso si la culpa del perjudicado se limita a la circunstancia de que ha omitido llamar la atención del deudor sobre el riesgo de un daño de consideración no corriente, el cual —riesgo— no conocía ni debía conocer el deudor, o de que ha omitido evitar o aminorar el daño. Se aplica oportunamente la disposición del parágrafo 278".

BGB § 281.— "Si a consecuencia de la circunstancia, que hace imposible la prestación obtiene el deudor una indemnización o una pretensión de indemnización por el objeto debido, el acreedor puede exigir la entrega de lo recibido como indemnización o la cesión de la pretensión de indemnización".

Si el acreedor tiene pretensión a la indemnización de daños a causa de no cum-

a) Ninguna de las partes en el contrato bilateral es responsable de la imposibilidad de la prestación. Aquí el deudor queda liberado y como es lógico, pierde la prestación a reclamar la contra-prestación: §§ 275 y 323, párr. I BGB.

Si el otro contratante pagó ya su contra-prestación, puede exigir su devolución: § 323, párr. III BGB, pero hasta donde hubiere "enriquecimiento injusto" (sin causa).

Si el acreedor reclama el valor que sustituye a la cosa (v.g., reclama el valor de indemnización que recibió su deudor por la destrucción de la cosa que debía entregar al acreedor), dicho acreedor debe cumplir con su contra-prestación. Obviamente, el acreedor pide la indemnización al deudor, que la ha recibido por el daño sufrido, cuando ese valor de indemnización supera al valor de su contra-prestación.

b) El acreedor en el contrato bilateral responde de la imposibilidad de la prestación que debería pagar el deudor, y está en *mora accipiendi* (49). El deudor, en este caso, queda liberado: § 275 BGB. Pero el acreedor tiene derecho a los eventuales ahorros que ha hecho el deudor al quedar liberado; y esos ahorros deben ser evaluados. Véase § 324, párr. I BGB.

c) En el contrato bilateral se presenta el caso de que el deudor responda de la imposibilidad. Por ejemplo, el vendedor de un caballo lo vende a un tercero por segunda vez, a quien entrega la posesión del animal.

El acreedor comprador puede elegir dice HEDEMANN (50), entre la indemnización de daños o la resolución: § 325 BGB. Elegirá la resolución si el contrato le es desfavorable; o la indemnización de daños si el contrato es beneficioso para dicho comprador. En el Perú demandamos los daños por la inexecución del contrato; y nada más. Además, la cosa mueble es del acreedor que ya tiene su posesión: art. 1173 C.C. del Perú; y si es inmueble de quien tiene inscripción registral; y si el acreedor no tiene inscripción, la cosa inmueble es de quien tiene escritura pública más antigua; y si no tiene instrumento público se prefiere al acreedor que tiene instrumento privado más antiguo: art. 1174 C.C.

plimiento, si hace uso de los derechos señalados en el párrafo primero, se aminora la indemnización que ha de pagársele en el valor de la indemnización o prestación de la indemnización obtenida".

(49) HEDEMANN, D. de oblig., III § 23, p. 187 y ss.

(50) D. de oblig., III, § 20 c), 1, p. 173.

Conviene examinar esta cuestión en el contrato bilateral de compra-venta. El riesgo en los contratos de transferencia de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria.

En Alemania federal también se analiza el tiempo que media entre la perfección del contrato de compra-venta y la entrega de la cosa vendida y en ese intervalo la cosa está expuesta al riesgo de su pérdida o destrucción; además, deben realizarse gastos para su conservación hasta su entrega, llamados "expensas". Asimismo, la cosa enajenada puede producir provechos o aumentos.

El riesgo aparece cuando ya el comprador ha pagado el precio y la cosa inmueble se incendia. Se necesita saber si ha perdido el precio pagado porque el riesgo ha pasado al comprador, o si puede exigir la devolución del precio porque el vendedor es el que soporta el riesgo.

A este respecto, el § 323, párr. I del BGB dice: "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace *imposible* a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación; siendo parcial la imposibilidad se aminoran la contraprestación de conformidad con los párrafos 472 y 473".

Y el párr. III del § 323 expresa:

"Siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones, lo pagado puede ser repetido según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto".

Tratándose de la enajenación de las cosas, HEDEMANN (50) hace saber que lo que decide es el momento de la entrega. Desde ese momento el riesgo pasa al comprador; y cita en su apoyo el § 446 BGB, cuyo texto es el que sigue:

"Con la entrega de la cosa vendida pasa al comprador el riesgo de la pérdida fortuita y de un menoscabo fortuito. Desde la entrega corresponden los provechos al comprador y él soporta las cargas de la cosa".

"Si el comprador de una finca es inscrito en el Registro como propietario antes de la entrega, estos efectos se producen con la inscripción".

Registrada la venta inmobiliaria aunque la cosa no hubiese sido entregada, ni el precio pagado, el incendio del predio lo

(50) D. de oblig., III, § 20, p. 172 y ss.

sufre el comprador que ha inscrito su derecho. Por tanto, viene obligado a pagar el precio de venta del inmueble.

De otro lado, en el derecho germano la propiedad del inmueble no se consigue, como entre nosotros, con el simple contrato de compra-venta, por el comprador, sino con el registro a su nombre. La venta sólo produce obligaciones; no concede de inmediato la propiedad del predio vendido. La venta inmobiliaria en el Perú, basta para trasladar el dominio al comprador, por virtud del art. 1172 del C.C. nuestro, cuya doctrina resulta equivocada cuando se aplica a los contratos traslativos del uso de las cosas muebles. Por ejemplo, en la donación de inmuebles no opera pese a que es enajenación, ya que debe cumplirse con la forma para que el contrato exista: art. 1474 § 3º C.C. peruano, por lo que no llenada la forma el contrato de donación es nulo de pleno derecho: art. 1123, inc. 3º C.C.

Nosotros seguimos al derecho romano en inmuebles tan sólo, porque para los muebles, su venta no transfiere el dominio al comprador, sino que se necesita su entrega a éste, que puede ser simbólica si el mueble lo posee un tercero ("*periculum est emptoris*") : art. 1172 C.C., *a contrario, sensu*.

En derecho alemán en muebles hay excepciones. Así, en las compraventas de remisión: el § 447 BGB declara que si el vendedor al ser requerido por el comprador envía la cosa mueble a un lugar distinto del lugar de cumplimiento, el riesgo pasa al comprador tan pronto como el vendedor haya entregado la cosa al transportista. Pero si el comprador hizo alguna especial indicación sobre la remisión y el vendedor se separó de la indicación sin imperioso motivo, dicho vendedor responde del daño causado (51).

En la venta con reserva de dominio nada decimos nosotros ni en el cód. ni en la legislación especial; en Alemania, como la cosa vendida con este pacto es entregada al comprador, aún

(51) BGB § 446.— "Con la entrega de la cosa vendida pasa al comprador el riesgo de la pérdida fortuita y de un menoscabo fortuito. Desde la entrega corresponden los provechos al comprador y él soporta las cargas de la cosa".

"Si el comprador de una finca es inscrito en el Registro como propietario antes de la entrega, estos efectos se producen con la inscripción".

BGB § 447.— "Si el vendedor, a requerimiento del comprador, envía la cosa vendida a un lugar distinto del lugar de cumplimiento, el riesgo pasa al comprador tan pronto como el vendedor haya entregado la cosa al expedidor, al transportista o a la persona o establecimiento encargado en otra forma para la realización del envío".

"Si el comprador ha facilitado alguna especial indicación acerca de la forma del envío y el vendedor se separa de la indicación sin imperioso motivo, dicho vendedor es responsable para el comprador del daño causado por esto".

cuando el vendedor continúa siendo propietario, el riesgo ha pasado al comprador ya que el vendedor ha quedado desligado de la custodia de la cosa y, por ende, de su aprovechamiento. Así lo establece la jurisprudencia aplicando el § 446 BGB, que declara que el riesgo se transfiere al comprador con la entrega; y esta solución judicial es apoyada por la doctrina (52).

Los doctrinadores que esclarecen quién soporta el riesgo, determinan como deben pagarse las expensas, las cargas y los gastos, salvo estipulación contractual en contrario.

El deudor queda liberado sea porque la prestación no es exigible, sea porque para pagarla existe "dificultad desproporcionada". El deudor si quiere cumple su prestación, pese a las enormes dificultades y, a su vez, exige la contraprestación. La dificultad extrema no lo libera de hecho al deudor, si él no quiere liberarse. Pero si se niega a cumplir, es obvio que carece de derecho a reclamar la contraprestación. El contrato bilateral sólo queda resuelto por dificultad desproporcionada, si esa es la voluntad del deudor.

ENNECCERUS-LECHMANN (53) también examinan el riesgo del comprador de inmuebles, que sufre la pérdida del predio no obstante que no le ha sido entregado, si ya tiene inscrito registralmente su derecho de propiedad, siempre que la pérdida o deterioro de dicho predio se hubiere producido sin culpa del vendedor o del tercero que tiene su posesión por causa legal, es decir que sea un poseedor de buena fe, un arrendatario por ejemplo.

En nuestro derecho (art. 840 C.C.) el poseedor de mala fe responde de la pérdida del bien aunque sea por caso fortuito, pero es fácil probar la buena fe del poseedor según el art. 832 del mismo cód., ya que la buena fe del poseedor habrá de existir aunque exista error de hecho o de derecho. La consecuencia para el comprador, que con el registro ya es dueño, es que debe pagar su contraprestación, que es el precio. En los muebles, el riesgo pasa con la entrega, como ocurre entre nosotros.

En los contratos bilaterales, ENNECCERUS-LEHMAN (54) expresan que el acreedor puede denegar su prestación, alegando tan sólo, la imposibilidad de la prestación que le corresponde recibir, o si no está sujeto a dar la prestación en primer término, puede deducir la e.n.a.c. y con ésta evita probar la imposibilidad de la

(52) HEDEMANN, D. de oblig., III, § 32, III, 3), p. 251 s. Véase también § 32, VI, c), p. 274 de la misma obra.

(53) D. de oblig., vol. I, t. II, § 46, III, a), p. 244.

(54) D. de oblig., vol. I, t. II, § 48, IV, p. 252.

prestación que le respecta. Y si la otra parte invoca que su contraprestación es imposible, habrá de inferirse que también ha quedado extinguida la prestación de que es deudor.

El deudor responde por su conducta en el cumplimiento de sus obligaciones. Pero existen obstáculos para cumplir la prestación o alteraciones que destruyen la base de la relación obligatoria, en los que el deudor no es responsable. Así, la *imposibilidad* subsiguiente o sobreviniente de la prestación. Es *imposibilidad* no originaria, sino posterior; sobreviniente; subsiguiente. La prestación resulta objetivamente imposible si para cualquiera que la debe es irrealizable.

Ej.: quien se obliga a pintar un cuadro y le sobreviene ceguera; o una orden gubernativa impide al deudor remitir la mercancía al país extranjero; o por ley se declaran ciertas cosas inalienables.

Pero también en el derecho germano una prestación es irrealizable o imposible si sólo se puede cumplir con medios que en el tráfico no pueden ser considerados por lo costosos, en relación con la prestación debida. LARENZ (55) pone el ejemplo de la recuperación de un anillo caído en el mar.

Asimismo, LARENZ (56) hace saber que en su derecho, si bien es cierto que tratándose de la responsabilidad originaria del deudor sólo se admite la imposibilidad objetiva, cuando se trata de la responsabilidad sobreviniente o posterior del deudor debida a alteraciones, también se libera el deudor si la imposibilidad es sólo subjetiva. Cita en apoyo de su afirmación el § 275, párr. II BGB, que equipara la imposibilidad originaria a la imposibilidad sobreviniente.

No existe imposibilidad si el obstáculo es sólo temporal. Por ejemplo, la mercadería no se remite el día convenido, por una huelga del transporte que se levanta a los dos días. No resulta imposible de cumplir la prestación cuando sólo es imposible por cierto tiempo. Además, no existirá mora porque no existe culpa. Pero hay prestaciones cuyo cumplimiento sólo es posible en fecha fija o dentro de cierto término. A los contratos productores de estas prestaciones los llama el derecho alemán, "contratos sinalagmáticos puros", por diferenciarlos de los "contratos sinalagmáticos relativos o simples". En estos últimos la

(55) D. de oblig., I, § 20, I, a), p. 301.

(56) D. de oblig., I, § 20, I, a), p. 301. En el C.C. alemán traducido por MELON INFANTE, la versión del párrafo II del 275 es inexacta.

prestación puede realizarse con posterioridad a la fecha que se señala. Para nosotros véase art. 1254, inc. 2º del C.C.; y, además, el art. 1257 del mismo cód., pero que supone que el deudor está en mora y otorga derecho al acreedor a rechazar la ejecución de la prestación si ya ésta carece de utilidad para él (la cual deberá probar). Dentro del derecho germano, el acreedor —si el contrato es bilateral y no obstante estar señalado con precisión el término para el cumplimiento de la prestación, si ésta puede ser cumplida en fecha futura—, tiene dicho acreedor el derecho de retención si la prestación de la otra parte no se realiza. (Para nosotros la retención se fundaría en el art. 1342 del C.C., que impide a la otra parte del *synallagma* pedir la prestación si ella no ha cumplido con su prestación. El art. 1342 tiene su concordante, aunque no muy exactamente, con el § 322 del BGB. Practicada la retención por el acreedor alemán en el contrato sinalagmático, ello significa que el acreedor retentor no desiste de su derecho, por lo que el deudor puede cumplir posteriormente con la prestación (57). El derecho de retención del acreedor en un contrato con obligaciones recíprocas está en el BGB, en el § 273, párr. I.

En los contratos bilaterales no se puede admitir que se espere siempre el cumplimiento de la prestación debida por una

(57) LARENZ K., D. de ob., I, § 20, I, a), p. 302.

BGB § 322.— "Si una parte interpone acción para reclamar la prestación a ella debida a consecuencia de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho correspondiente a la otra parte de negar la prestación hasta la efectuación de la contraprestación sólo produce el efecto de que dicha otra parte ha de ser condenada al cumplimiento "Zug um Zug".

"Si la parte demandante ha de cumplir la prestación antes, en caso de que la otra parte esté en mora en cuanto a la aceptación, puede entablar acción para reclamar la prestación después de la recepción de la contraprestación por la otra parte".

"A la ejecución forzosa se aplica la disposición del parágrafo 274, párrafo 2º".

BGB § 274.— "El hacer valer el derecho de retención frente a la acción del acreedor sólo produce el efecto de que el deudor ha de ser condenado a la prestación a cambio de recibir la prestación que a él corresponde (Erfüllung Zug um Zug)".

"En base a semejante condena, el acreedor puede ejercitar en vía de ejecución forzosa su pretensión sin realizar la prestación que le incumbe, si el deudor está en mora para recibirla".

BGB § 273.— "Si el deudor, derivada de la misma relación jurídica en que descansa su obligación, tiene una pretensión vencida contra el acreedor, puede, en tanto otra cosa no se deduzca de la relación obligatoria, negar la prestación debida hasta que sea efectuada la prestación que a él corresponde (derecho de retención)".

"Quien está obligado a la entrega de un objeto tiene el mismo derecho si le corresponde una pretensión vencida a causa de gastos (realizados) en el objeto o a causa de un daño que éste le haya causado, a no ser que haya obtenido el objeto por un acto ilícito dolosamente realizado".

"El acreedor puede evitar el ejercicio del derecho de retención mediante prestación de seguridad. La prestación de seguridad mediante fiador está excluida".

de las partes. La otra parte acreedora estaría en su derecho al considerar que la imposibilidad temporal se ha convertido en definitiva.

No siendo imputable al deudor el no cumplimiento de la prestación, se libera según el § 275 BGB.

Empero, siempre continúa obligado frente al acreedor si el hecho que hizo imposible la prestación da lugar a que el deudor sea indemnizado por la desaparición del objeto debido. Esto es el llamado en Alemania, "*commodum subrogatus*". El acreedor puede exigirle la entrega de dicha indemnización o que le ceda la pretensión para obtenerla (58). Así, un incendio destruye la cosa asegurada y es el acreedor el que recibe la indemnización. con arreglo al § 281, párr. I del BGB. Se da al acreedor lo que ha recibido el deudor, a cambio de lo que estaba debiendo. Es una sustitución; es un "subrogado". La indemnización puede valer menos o más que la cosa debida; pero es del acreedor.

Y si esto ocurre en un contrato bilateral, la parte que se libera de la prestación que debe por aplicación del § 275 BGB, carece de derecho para reclamar la contraprestación que debe la otra parte; así lo dispone el § 323, párr. I BGB. En nuestro derecho, siendo la compra-venta inmobiliaria traslativa del derecho de propiedad al comprador sólo *consensus*, aunque la pérdida de la cosa inmueble vendida se produzca cuando la posee el vendedor, esa pérdida la sufre el comprador; éste tiene que pagar el precio. No se daría esta solución si el vendedor está en mora de entregar.

Véase también esta cuestión en la compra-venta de inmuebles, si ya se inscribió registralmente la propiedad a favor del comprador, en Alemania. Aunque la posesión del inmueble la conserve todavía el comprador, la cosa inmueble se pierde para el comprador, ya que es su dueño desde que en el Registro aparece como tal dueño.

En los bienes muebles, tanto en Alemania como en el Perú, la transferencia de la propiedad se consuma con la *traditio*.

El contrato de enajenación mobiliaria no basta, si no hay entrega. La posesión del adquirente es necesaria para que el dominio se transfiera.

Normalmente, en el derecho germano el acreedor de la cosa se ahorra la contra-prestación, que es el precio. El contratante que debía la cosa pierde el precio, o sea que soporta el riesgo del

(58) LARENZ, D. de ob., I, § 20, I, b), p. 305.

precio, ya que su prestación de dar la cosa se ha hecho imposible. El acreedor de la cosa retiene válidamente su contra-prestación que es el precio. Este tiene por causa la cosa si ya el enajenante recibió el precio habrá enriquecimiento sin causa (59).

Del riesgo en las cosas muebles remitidas a un lugar distinto al lugar de cumplimiento, el § 447 BGB, ya reproducido, dispone que el vendedor se libera de su pérdida si a requerimiento del comprador, ha entregado las cosas vendidas al expedidor designado por el comprador. Aquí se ha operado la tradición con la entrega de las cosas vendidas a quien debe transportarlas, pero con la singularidad de que quien designó al porteador es el comprador; no el vendedor.

Asimismo, si la imposibilidad se presenta en una prestación de obligación genérica, el deudor no se libera por haber perecido por caso fortuito las cosas genéricas que debe y que tenía en su almacén para entregar al acreedor. No se puede ni siquiera invocar una imposibilidad eventual o temporal, si es *posible* objetivamente entregar otras cosas del mismo género. El deudor está obligado a dar el género, mientras sea *posible* obtenerlo. El deudor siempre responde, aún sin culpa: § 279 BGB (60).

Pueden ocurrir que el género hubiera desaparecido, razón por la que el género se ha hecho objetivamente *imposible* Ej.: la mercadería ya no existe en plaza, porque hay prohibición para inportarla al tiempo en que está obligado a entregarla.

También dentro de la *imposibilidad* subsiguiente o sobrevenida de la prestación, debe comprenderse la doctrina de la "*imposibilidad económica*" y del "límite del sacrificio". Trátase de una dificultad considerable respecto a la obligación debida, o que excede a la obligación. Es una gran dificultad para el deudor cumplir con la prestación, que requiere de éste sacrificio o gastos a los que según la buena fe no está obligado. Ocurre esto cuando se elevan súbita e imprevistamente los precios de las cosas que deben proporcionarse en una obligación de gé-

(59) En el C.C. alemán el enriquecimiento injusto se apoya en:

BGB § 809.— "Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no se produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico".

"Como prestación vale también el reconocimiento de la existencia o de la no existencia de una relación obligatoria realizada por contrato".

(60) BGB § 279.— "Si el objeto debido está determinado sólo según el género, el deudor, en tanto la prestación del género sea posible, ha de responder de su imposibilidad de dar la prestación, incluso si no le es imputable culpa alguna".

nero o si los insumos para la fabricación son de tal entidad que la prestación resulte para el deudor insoportable económicamente.

Para ENNECCERUS-LEHMAN (61) la dificultad extraordinaria para cumplir con la prestación, debe merecer igual consideración que la doctrina de la obligación *imposible*. Lo expresado lo extrae ENNECCERUS-LEHMANN del § 242 BGB, que dice que "el deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la *buena fe* en atención a los usos del tráfico". Para el Perú, los contratos deben cumplirse de buena fe, como lo expresa el art. 1328 del C.C. Cumplir el contrato es cumplir con pagar las prestaciones que dicho contrato contiene.

Sin embargo, el deudor no queda liberado de plano de cumplir la prestación, sino que delibera si cumple y exige la contraprestación, o no la cumple invocando la dificultad excesiva y desiste del contrato.

Karl LARENZ (62) objeta esta doctrina de la "imposibilidad económica"; cita a OERTMANN, quien expresa que ella borra la distinción entre *imposibilidad objetiva* e *imposibilidad subjetiva*. La *imposibilidad* de ejecutar la prestación no debe restringirse a la imposibilidad física, llamada "imposibilidad lógica". Además, "dificultad extraordinaria" o "excesiva en relación con la obligación debida" son expresiones vagas e imprecisas. Anota que el RG (Tribunal Supremo del Reich) expresó que falta medida o criterio para determinar qué cuantía tiene que alcanzar el daño para que se encuentre justificado liberar al deudor y ese defecto en el *quantum* acarrea una "insoportable inseguridad jurídica". Dice también LARENZ (63) que la dificultad que origina el elevado precio de las mercaderías contratadas a precio bajo, no importa una imposibilidad objetiva, sino una imposibilidad subjetiva, que el mismo BGB en su § 279 ya reproducido, ha declarado irrelevante en las obligaciones genéricas. Sin embargo, el § 279 no hace el distingo que advierte LARENZ, por lo menos en la traducción que he consultado.

LARENZ termina diciendo que se perdería la confianza en la estabilidad jurídica de los contratos si la parte no está obligada a responder de las prestaciones por ella asumidas, si su cumplimiento le produce, sin culpa suya, dificultades imprevistas.

En otro lugar, LARENZ afirma que si los gastos son tan con-

(61) D. de oblig., vol. I, 2ª ed., t. II del Trat. de D. Civ., 1954, § 46, I, 2), p. 241.

(62) D. de ob., I, § 20, I, d), p. 311.

(63) D. de ob., I, § 20, I, d), p. 312.

siderables que se rompe la equivalencia entre prestación y contraprestación, entonces lo que se comprueba y existe es la "desaparición de la base del negocio", o sea que se pierde la base negocial objetiva, lo que trae como consecuencia que esta situación no pueda subsistir o no pueda permanecer invariable. Esta solución es jurídicamente buena.

El "límite del sacrificio" intenta fundamentar teóricamente la "imposibilidad económica", sin conseguirlo.

En esta doctrina el deudor no se encuentra obligado a realizar aquellos trabajos o desembolsos que excedan del "límite del sacrificio", razón por la que la prestación debe reputarse "imposible" si con estos medios, que consisten en esfuerzos y gastos desproporcionados, aún no puede satisfacer al acreedor la prestación debida. Dícese por cierta doctrina, en Alemania, que el deudor sólo estaría obligado "a emplear cierta medida máxima de diligencia, fuerza y medios". Empero, el deudor está obligado a pagar a su acreedor, a fin de quedar libre en los términos del § 362 BGB, que reza: "La relación obligatoria se extingue cuando la prestación debida es efectuada al acreedor", o hecha a un extraño, el *verus* acreedor la ratifica: § 185 BGB, equivalente a nuestro art. 1238 C.C. del Perú, que es más amplio.

Es por eso que funciona en el derecho alemán la doctrina de la "desaparición de la base del negocio", pero sólo en los casos en que se puede acudir a ella.

LARENZ (64), explicando esta doctrina, hace saber que el contrato que fuere, nace teniendo en cuenta determinadas circunstancias generales, como son el orden social o económico existente, el poder adquisitivo de la moneda, las condiciones normales del mercado en que los pactos deben cumplirse, a fin de que dicho contrato surta la finalidad que la parte pensó que debía producir. Si la base objetiva del contrato se altera en forma total e imprevista y esa alteración no fue contractualmente considerada, no es conforme a la buena fe (§§ 157 y 242 BGB) (65). Está reñido con la equidad someter inflexiblemente a la parte desproporcionadamente perjudicada por la alteración, al contrato. La base del negocio tiene un sentido subjetivo y aparece de las representaciones de que partieron los contratantes

(64) D. de ob., I, § 20, II, p. 314 y ss.

(65) § 157 BGB.— "Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico". Más perfecto es el art. 1328 nuestro por el que los contratos deben cumplirse "según las reglas de la buena fe".

BGB § 157.— "Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico".

al señalar sus estipulaciones. Así, el valor en curso de ciertos títulos-valores es de precio determinado según ellos, pero realmente es un valor considerable no previsto. Aquí existe en ambas partes, error; y de haber conocido el valor exacto de los títulos, no se hubiere realizado la venta. En este caso, se trata de un error en los motivos, que en principio es indiferente, pero el error es común a ambas partes. La base subjetiva del negocio está comprendida en la doctrina del error.

Ejemplo de desaparición de la base objetiva del negocio es el de arrendar un predio estipulándose que el arriendo es para que sirva a una industria de hospedaje y en realidad se ha prohibido el turismo en esa comarca. En principio los contratos deben ser cumplidos, aunque ello suponga sacrificios, aún grandes. Está de por medio la seguridad en el tráfico jurídico y la fidelidad contractual. La desaparición de la base del negocio debe considerarse en cada contrato en particular, teniendo en cuenta su finalidad intrínseca. V. g., se ha destruído en el contrato la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación, que fué tenida en cuenta por las partes. Así, la depreciación monetaria; la elevación del tipo de interés por ley posterior, como ha ocurrido en el Perú con el D.L. No. 21504, de 25 de mayo de 1976. Resulta así que el equilibrio se ha roto; no hay intercambio; no existe conmutatividad. Es obvio que el perjudicado puede negarse a cumplir si la otra parte no consiente en restablecer la equivalencia entre prestación y contraprestación. Y si rehusa la parte favorecida tiene derecho el perjudicado a desistir del contrato, o rescindirlo si es de tracto sucesivo. Si ya pagó su prestación y no ha recibido la contraprestación, tiene una pretensión de enriquecimiento sin causa.

En otros supuestos el fin objetivo expresado en el contrato se ha tornado irrealizable, pero la prestación del deudor es *posible*. Esta es la frustración del fin.

Empero, hay casos en que el contrato ha previsto el riesgo y se conviene en excluirlo, expresamente.

Deberá examinarse ahora la hipótesis en que responde el deudor, por la imposibilidad de la prestación. Dicha imposibilidad se debe a una circunstancia de la que responde el deudor. El §276 BGB ya reproducido previene: "El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico...". También debe tenerse en cuenta el § 278 BGB, ya reproducido, por el que "el deudor ha de responder con

el mismo alcance que en la culpa propia, de la culpa de su representante legal y de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación"; agrega que no se aplica el párr. II del § 276, que dice: "La responsabilidad a causa de dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor", o sea que el dolo del representante no se extiende al representado. El deudor paga una indemnización por su responsabilidad; esa indemnización es en dinero, al no ser posible la prestación originaria. Empero, la indemnización puede consistir en la entrega de una cosa igual a la debida, si se trata de cosa fungible, aunque esta cosa fungible estuviere individualizada. (Esta última forma de indemnización consta en una sentencia del Tribunal del Reich, pronunciada en causa civil).

El acreedor puede reclamar el *commodum subrogatus* si el deudor vendió la cosa adeudada, por lo que se le puede exigir la entrega del dinero obtenido como precio. Esto reduciría el monto de la indemnización por pagar al acreedor, ya que el precio se toma en cuenta dentro de la cantidad a indemnizar.

Si la prestación es sólo parcialmente imposible por culpa del deudor, se adeuda la parte posible y se cobra indemnización por la parte imposible. Y si el cumplimiento parcial no tiene interés para el acreedor, puede éste renunciar a la parte de la prestación que aún es posible y exigir indemnización de daños por la obligación completa, § 280, párr. II BGB., La solución germana la tenemos nosotros en el art. 1257 del C.C., pero limitada a la mora del deudor en el pago total de la prestación; y también la tiene en la mora el BGB en el § 286, párr. II. Véase los casos que plantea LARENZ (66) sobre este derecho de desistimiento del acreedor.

(66) D. de oblig., I, § 21, I, p. 326.

BGB § 286.— "El deudor ha de indemnizar al acreedor el daño ocasionado por la mora".

"Si a consecuencia de la mora la prestación no tiene —ya— ningún interés para el acreedor, éste, rechazando la prestación, puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento. Se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los párrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional".

La doctrina de este precepto es semejante a la del art. 1257 del C.C. del Perú.

BGB § 280.— "Siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, éste ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el no cumplimiento".

"En el caso de imposibilidad parcial, el acreedor, rechazando la parte de prestación aún posible, puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación, si el cumplimiento parcial no tiene para él ningún interés. Se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los párrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional".

En cuanto a la carga de la prueba, bastaría la afirmación del acreedor de que no se ha pagado la prestación. Corre a cargo del deudor probar que la *imposibilidad* se debe a una circunstancia de la que no responde. Adviértase que según el § 276 BGB, ya reproducido, responde del dolo y de la culpa, parece que restrictivamente. Pero como ocurre en nuestro derecho, la imposibilidad de pagar la prestación, hace presumir la culpa del deudor, con presunción relativa.

Si el deudor no cumple por circunstancias que excluyen su responsabilidad, debe alegarlas y probarlas; y si no las prueba es responsable, aunque en realidad no lo sea. Existe contra él una *praesumptio* de culpa. El acreedor sólo debe probar que se le debe y que ya es exigible la prestación. No necesita probar que no se le ha pagado. Basta su simple afirmación para obligar al deudor a probar que pagó.

Aquí se ve que el deudor es responsable de la *imposibilidad* de la prestación no sólo cuando el acreedor prueba que es culpable, sino también cuando no puede probar que no es culpable.

LARENZ (67) afirma que el acreedor a fin de procurarse la prueba de que el deudor no ha cumplido, debe intentar después de conseguir una sentencia firme, la ejecución forzosa del deudor; y acto seguido presentar demanda reclamando indemnización de daños. Para nosotros, la cuestión no es tan compleja, ya que basta el dicho del acreedor de que su deudor no ha cumplido con pagarle la prestación. El acreedor demanda el pago de la prestación dineraria por ejemplo, —en la vía ejecutiva, si tiene título que preste mérito ejecutivo—; y el deudor si quiere quedar eximido, debe presentar prueba de que la obligación puesta a cobro se encuentra extinguida por pago, novación, compensación, consolidación, etc.

LARENZ (68) examina los derechos que tiene el acreedor en los contratos bilaterales, o sea en los contratos con obligaciones recíprocas, cuando la prestación sea posteriormente imposible por causa de la que debe responder dicho deudor.

Se trata de derechos que no se pueden ejercitar conjuntamente, sino de modo alternativo.

Y también deberán concurrir los presupuestos señalados en el 283 BGB, que son: sentencia firme que le ordena al deudor

(67) D. de ob., I, § 21, I, p. 327.

(68) D. de ob., I, § 21, II, a), p. 329.

que realice la prestación, señalamiento de un plazo y expiración de dicho plazo (69).

El deudor conforme al § 325 párr. I, incs. 1 y 3 y párr. II BGB. puede optar por lo siguiente:

1) Exigir indemnización de daños por incumplimiento, en

(69) BGB § 325.— "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder, puede exigir la otra parte indemnización de daños a causa del incumplimiento o desistirse del contrato. En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento parcial del contrato no tiene para ella interés alguno, está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento de toda la obligación, de conformidad con el párrafo 280, párrafo 2º, o a desistirse de todo el contrato. En lugar de la pretensión de indemnización de daños y del derecho de resolución puede también hacer valer los derechos señalados para el caso del párrafo 323".

"Lo mismo vale en el caso del párrafo 283 si la prestación no es efectuada hasta el transcurso del plazo o si en este tiempo no está realizada en parte".

BGB § 281.— "Si a consecuencia de la circunstancia que hace imposible la prestación obtiene el deudor una indemnización o una pretensión de indemnización por el objeto debido, el acreedor puede exigir la entrega de lo recibido como indemnización o la cesión de la pretensión de indemnización".

"Si el acreedor tiene pretensión a la indemnización de daños a causa de no cumplimiento, si hace uso de los derechos señalados en el párrafo primero, se aminora la indemnización que ha de pagarse en el valor de la indemnización o prestación de la indemnización obtenida".

BGB § 283.— "Si el deudor está condenado en firme (cosa juzgada), el acreedor puede señalarle un plazo oportuno para la efectución de la prestación con la declaración de que después del transcurso del plazo rehusará la aceptación de la prestación. Después del transcurso del plazo, el acreedor puede exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento, siempre y cuando que no sea efectuada la prestación en tiempo oportuno; la prestación al cumplimiento está excluida. La obligación de indemnización de daños no tiene lugar si la prestación se hace imposible a causa de una circunstancia de la que no ha de responder el deudor.

"Si hasta el transcurso del plazo la prestación es sólo en parte efectuada, corresponde al acreedor también el derecho señalado en el párrafo 280, párrafo 2º".

BGB § 323.— "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación; siendo parcial la imposibilidad se aminora la contraprestación de conformidad con los párrafos 472 y 473".

"Si la otra parte exige, según el párrafo 281, entrega de la indemnización obtenida por el objeto debido o cesión de la pretensión de indemnización (*commodum subrogatus*), queda obligada a la contraprestación; ésta se aminora, sin embargo, de conformidad con los párrafos 472 y 473, en la medida que el valor de la indemnización quede por debajo de la prestación debida".

"Siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto".

BGB § 324.— "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder la otra parte, conserva aquélla su pretensión a la contra-prestación. Debe, sin embargo, tolerar que se le impute aquello que ahorre a causa de la liberación de la prestación o aquello que adquiere o deje maliciosamente de adquirir mediante ulterior utilización de su actividad de trabajo".

"Lo mismo vale si la prestación que incumbe a una parte se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder, en un tiempo en el que la otra parte está en mora en cuanto a la aceptación".

la que se incluye según el § 281, la reclamación del "*commodum subrogatus*".

2) Desistir del contrato y si el acreedor ya pagó la prestación que le respecta, reclamar que se le reintegre. Como el contrato es bilateral las prestaciones de ambos desaparecen.

3) Considerando que se ha extinguido la obligación del acreedor, sin declaración del desistimiento se ejercita los derechos establecidos para el caso que contempla el § 323, párr. I, BGB, o sea que el acreedor considera que se ha extinguido su obligación de pagar la contraprestación sin declaración de desistimiento.

4) Reclamar la entrega del "*commodum subrogatus*"; y si su valor es inferior a la prestación que se les debía, tendría también derecho a reducir su contraprestación: §§281 y 323, párr. II BGB.

A los contratos bilaterales se aplica el § 325 y no el ya reproducido § 280 del BGB, en caso de imposibilidad de la prestación por culpa del deudor.

Mientras el acreedor no hace uso de una de las cuatro medidas enumeradas, existe algo interino, siendo inseguro si subsiste la obligación y cuál es su contenido (70).

(70) BGB § 323.— "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación de conformidad con los parágrafos 472 y 473".

"Si la otra parte exige, según el parágrafo 281, entrega de la indemnización obtenida por el objeto debido o cesión de la pretensión de indemnización, queda obligada a la contraprestación; ésta se aminora, sin embargo, de conformidad con los parágrafos 472 y 473, en la medida que el valor de la indemnización o de la pretensión de indemnización quede por debajo de la prestación debida".

"Siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones, lo pagado puede ser repetido según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto".

BGB § 349.— "La resolución se realiza por declaración frente a la otra parte".

BGB § 130.— "Una declaración de voluntad que ha de emitirse frente a otro, si es emitida en su ausencia, se hace eficaz en el momento que llega a él. No es eficaz si antes o simultáneamente llega al otro una revocación".

"No influye en la eficacia de la declaración de voluntad el hecho de que el declarante, después de la emisión —de la misma—, muera o se haga incapaz de celebrar negocios jurídicos".

"Estas disposiciones se aplican también si la declaración de voluntad ha de emitirse frente a la autoridad".

BGB 327.— Al derecho de resolución señalado en los parágrafos 325 y 326 se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los parágrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional. Si la resolución tiene lugar a causa de una circunstancia de la que no ha de responder la otra parte, ésta sólo responde según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto".

BGB § 325.— "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de res-

El desistimiento se realiza por declaración unilateral y su eficacia no depende de la aceptación de la otra parte sino de su notificación: §§ 327 y 349 BGB. El desistimiento es irrevocable: § 130 BGB. En cambio, si se reclama la indemnización de daños no es irrevocable, ya que el acreedor mientras el deudor no ha cumplido, puede ejercitar las otras alternativas.

Si el acreedor ejercita la 3ra. alternativa, ello significa que el acreedor prescinde del contrato y ello produce la extinción de todas las obligaciones bilaterales.

Si la imposibilidad es sólo parcial, por causa del deudor, el acreedor delibera si dicho cumplimiento parcial tiene interés para él. Si lo tiene, entonces el contrato subsiste y tiene todos los derechos del § 325 BGB.

La indemnización de daños se regula por la llamada "teoría de la diferencia". LARENZ (71) expresa que significa colocar al acreedor económicamente como se hallaría en caso de cumplimiento.

Dado el contrato bilateral —una compra-venta, por ej.—, en que el deudor debe responder de la imposibilidad, corresponde al acreedor decidir si reclama la indemnización de daños o la resolución: § 325 BGB. HEDEMANN (72) expresa que el acreedor elegirá la resolución si considera que el contrato le era desfavorable. En el derecho peruano la resolución va también acompañada de la indemnización de daños, los que hay que probarlos. HEDEMANN en cuanto a la indemnización de daños, se refiere a dos teorías: la del trueque y la de la diferencia, anotando que la segunda es la predominante en la jurisprudencia de su país. Ambas teorías son peculiares del derecho civil germano.

ponder, la otra parte puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento o desistimiento del contrato. En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento parcial del contrato no tiene para ella interés alguno, está autorizada a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento de toda la obligación de conformidad con el párrafo 280, párrafo 2º, o a desistirse de todo el contrato. En lugar de la pretensión de indemnización de daños y del derecho de resolución puede también hacer valer los derechos señalados para el caso del párrafo 323".

"Lo mismo vale en el caso del párrafo 283 si la prestación no es efectuada hasta el transcurso del plazo o si en este tiempo no está realizada en parte".

BGB § 351.— "La resolución está excluida si el titular —de la misma— ha sido culpable de un menoscabo notable, de la pérdida o de la ulterior imposibilidad de restitución del objeto recibido. La pérdida de una parte importante se equipara a un menoscabo notable del objeto, y la culpa de otro de la que ha de responder el titular según el párrafo 278 se equipara a la culpa del propio titular".

(71) D. de oblig., I § 21, II, b), p. 333. Véase también HEDEMANN, D. de oblig., III, § 20, III, p. 174, 2).

(72) D. de oblig., III, § 20, 1), p. 173 s.

Sobre la responsabilidad imputable al deudor por imposibilidad subsiguiente de la prestación. ENNECCERUS-LEHMAN (73) expresan que dicho deudor deberá "indemnización plena", o sea el "interés de cumplimiento" y cita el § 280 BGB párr. I, que declara que el deudor indemnizará el daño causado por el incumplimiento. Y ello es aplicable no sólo a la imposibilidad objetiva sino también a la subjetiva; y si ambas partes son culpables se aplicará el § 254 BGB.

De lo expuesto resulta que la doctrina alemana sobre prestación imposible es aprovechable en el derecho peruano, ya que esa doctrina ha sido lentamente elaborada por los juristas alemanes, a base de los §§ 306, 307, 308, 325 y 327 del BGB y denota profundidad y sutileza, a la vez que su aplicación procede por virtud del art. 1328 de nuestro C.C., el cual reclama la buena fe en la ejecución de los contratos, o sea en el pago de las prestaciones que los contratos contienen, que será hecho de buena fe, como lo exige el § 242 BGB.

En sustancia, en el derecho peruano se tiene:

Todo deudor está constreñido a cumplir con la obligación que ha asumido; y si no lo hace deberá indemnización de daños y perjuicios. Empero, no debe esa obligación indemnizatoria no sólo si se trata de perjuicios resultantes del caso fortuito y de la fuerza mayor, sino si la obligación resulta de cumplimiento imposible, pero sin culpa del deudor. Así lo dispone nuestro cód. civ. en los arts. 1318 y 1319. Y las causas de imposibilidad de cumplimiento de la obligación no sólo residen en el caso for-

(73) D. de oblig., vol. I, Trat. de D. Civ., t. II, § 48, I, 1), p. 250.

BGB § 280.— "Siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de que ha de responder el deudor, éste ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el incumplimiento".

"En el caso de imposibilidad parcial, el acreedor, rechazando la parte de prestación aún posible, puede exigir indemnización de daños a causa del no cumplimiento de toda la obligación, si el cumplimiento parcial no tiene para él ningún interés. Se aplican oportunamente las disposiciones existentes en los parágrafos 346 a 356 para el derecho de resolución convencional".

BGB § 254.— "Si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, la obligación a la indemnización, así como la cuantía de la indemnización a prestar, depende de las circunstancias, en especial de hasta qué punto el daño ha sido causado preponderantemente por una u otra parte".

"Esto vale incluso si la culpa del perjudicado se limita a la circunstancia de que ha omitido llamar la atención del deudor sobre el riesgo de un daño de consideración no corriente, el cual —riesgo— no conocía ni debía conocer el deudor, o de que ha omitido evitar o aminorar el daño. Se aplica oportunamente la disposición del parágrafo 278".

Nosotros tenemos el art. 1141 del C.C., que está instalado dentro de los actos ilícitos, que disminuye la reparación del daño cuando el hecho de la víctima contribuyó a causarlo".

tuito y la fuerza mayor, sino, v.g., en el extravío de la cosa que se debe, o, aún más todavía, en la excesiva onerosidad que soportaría el deudor para cumplir la obligación que ha asumido; y éstos son hechos que no importan caso fortuito o fuerza mayor, que podrían haber sido previstos teniendo en cuenta la situación de la economía, por personas extremadamente cautelosas y desconfiadas.