



**¿Y QUÉ LE PASO AL BIEN? A PROPÓSITO DEL
DO UT DES (DOY PARA QUE ME DES):
REFLEXIONES ACERCA DE LA PÉRDIDA DEL
BIEN CIERTO Y LA TEORÍA DEL RIESGO EN LA
RELACIÓN JURÍDICA OBLIGATORIA**

Jorge Alberto Beltrán Pacheco (*)

Marco Andrei Torres Maldonado ()**

Fecha de publicación: 01/01/2013

“Omnia esse debe eadem, quae fuerunt cum promiterem, ut promitentis didem teneas”

“Para tener que cumplir lo prometido todo debe permanecer en el mismo estado de cosas que existía cuando se formuló la promesa”

SÉNECA: De Beneficiis

(*) Abogado, Magíster y egresado del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la PUCP. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Nacional Federico Villareal, Universidad San Ignacio de Loyola, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, etc. Especialista en Derecho Civil Patrimonial y en Litigación Oral por la Universidad de Buenos Aires y el Centro de Altos Estudios Judiciales de Santiago de Chile. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y Ex asesor del Congreso de la República. Consultor del Consejo Nacional de la Magistratura. Colaborador permanente de Gaceta Jurídica.

Dedico el presente artículo a quien me ha iluminado los últimos días con su dulce compañía, mi tercer hijito Gianluca Luchiano Beltrán Grau y a la mamá más bella y fuerte, mi amada Yesenia Grau.

(**) Estudiante de la Escuela de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán”. Asistente de cátedra de Derecho Civil, en los cursos de Derecho de las Personas y Acto Jurídico en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad San Ignacio de Loyola. Coordinador académico de la Revista Universitaria “Liberatio”. Diplomado en Nuevas Tendencias del Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Curso de Formación de Árbitros en la Escuela Iberoamericana de Postgrado y Educación Continua. Colaborador de Gaceta Jurídica. marcotorresmaldonado@gmail.com

Sumario: 1) Introducción. 2) Obligación y prestación: Apuntes conceptuales para un marco general. 3) Sobre las obligaciones con prestación de dar bien cierto. 4) La imposibilidad sobreviniente (o sobrevenida) en la relación obligatoria. 5) El riesgo: ¿Es posible un análisis acerca de su naturaleza jurídica? 6) La Pérdida del bien en las obligaciones de dar bien cierto y Teoría del Riesgo: Una lectura de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil y sobre la asignación de responsabilidades. 6.1) Pérdida y deterioro: Breves notas conceptuales. 6.2) ¿Y quién es el responsable?: A propósito de su asignación. 7) Apreciaciones finales.

1. Introducción:

La divinidad de la naturaleza, tan llena de recursos y encantos, se localiza en donde existe armonía entre los diferentes tamaños, formas, colores, sabores, sonidos y muchas características variables. De todo ello no está excluido el linaje del hombre, muchos manifiestan que se debe tomar como algo natural e imprescindible la gran diversidad que hay entre los seres humanos, sería lógico aceptar dicho argumento cuando estas disconformidades sean por causas naturales, mas no por motivos que nacen de la actividad propia de algunas personas. *Simile* sucede con las aproximaciones a la naturaleza jurídica de la obligación respecto a sus variadas y notorias diferenciaciones entorno a su conceptualización. Las propuestas teóricas nunca son absolutas o estáticas, la dialéctica de los entes nos demuestra que todo se somete a transformaciones, vivimos en un período de apertura de las fronteras nacionales *ergo* el interés académico de los investigadores se engrandece hasta alcanzar los sistemas de fuentes doctrinales, jurisprudenciales y de legislaciones extranjeras.

Hoy es común enterarse de proyectos que tienden a la unificación jurídica europea, así como consideraciones con el fin de modernizar Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) tratando de dejar su tradicional tecnicismo y facilitando su comprensión. Varía el significado de obligación en este último, no obstante, detrás de esta distinta forma de expresarse se esconde también una divergencia de contenido: el nuevo término técnico significa algo más y al mismo tiempo lo mismo que la por todos conocida obligación. En este singular caso se transforma la tradicional expresión de Heráclito “*Panta rei kai oudén ménei*” traducido como “Todo fluye, nada permanece”, no obstante la idea primigenia de obligación de la fuente romanista aún se presenta como contenido en abstracto esencial de lo que las corrientes dogmáticas modernas han elaborado, estamos frente a un “Nada fluye, todo permanece” en función al caso de la relación obligatoria.

Para nosotros, sin pecar de las rigurosidades académicas¹, la obligación debe ser entendida como aquella situación jurídica compleja de cooperación concreta en torno a una función económico-social para el logro de un interés. En este proceso, la prestación, como comportamiento comprometido por aquellos sujetos en la relación obligatoria, titulares de un deber jurídico, con el propósito de lograr la satisfacción de los intereses de aquellos titulares de los derechos de crédito. Esta *prestazione* es posible cuando es, tanto a nivel fáctico como abstracto, susceptible de ser tipificado como un hecho de realización. Este es el lindero común que debería seguir cualquier obligación, no obstante, al enmarcarse en una función económico-social se abre la probabilidad de afectación del rendimiento diligente en la prestación conllevando a la afección del interés de los titulares, estas susceptibilidades son comprendidas en la Teoría del Riesgo.

La gama de cosas y bienes cumple un rol trascendental en el tráfico jurídico, de esa manera se hace comprensible que la doctrina haya procurado una metodología de sistematización distinguiéndolo en ciertas categorías (ciertos e inciertos) que se vinculan con el Derecho de las Obligaciones. Para fines de la presente aproximación nos ocuparemos en un inicio de las obligaciones con prestación de dar, posteriormente pretendemos dar a conocer una serie de situaciones que rodean el funcionamiento de la prestación como son las distintas reglas del artículo 1138 en relación a la pérdida del bien regulado en el numeral 1137 del Código Civil a partir de una nueva lectura del Riesgo en materia civil. Sin

¹ Al respecto: ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo II (Derecho de obligaciones). Vol. 1 (La obligación y el contrato en general). Ed. Bosch. Barcelona, 1980, pág. 15; COING, Helmut. *Derecho Privado Europeo*. Vol. 1. Trad. de A. Pérez Martín. Fundación Cultural de Notariado. Madrid, 1996, pág. 497 y ss.; GIORGIANNI, Michele. *La obligación (la parte general de las obligaciones)*. Trad. de E. Verdera y Tuells. Ed. Bosch. Barcelona, 1958, pág. 135; RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Trad. de R. Serrano Suñer y J. Santacruz. Ed. Reus. Madrid, 1929, pág. 07. LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Primera edición. Jurista Editores. Lima, 2007, pág. 46 y ss.; LARENZ, Karl. *Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. Trad. de Jaime Santos Brinz. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958, pág. 18 – 45. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La Obligación, apuntes para una dogmática del concepto*. En: Themis. N. 27 – 28. Lima, 1994, pág. 41 – 56. ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El debito y la responsabilidad en la estructura de la Obligación: historia de una confusión*. En: Cathedra, Espíritu del Derecho. N. 8. Lima, 2001, pág. 51 – 78. DIEZ-PICAZO, Luis. *El contenido de la relación obligatoria*. En: Anuario de Derecho Civil. Tomo XVII. Madrid, 1964, pág. 349 – 366. INZITARI, Bruno. *Instituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*. 8 ed. Turín. Giappichelli, 2001, pág. 457 – 460. BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho Civil*. Vol. 2. Trad. de Ramón García de Haro de Goytisolo. Bosch Editor. Barcelona, 1955, pág. 115 – 122.

desligarnos para este fin de la jurisprudencia nacional, legislación comparada y sobretodo las situaciones fácticas que sirven para elaborar cualquier concepto a nivel jurídico, vale la pena recalcar que las ideas, constructos teóricos o propuestas deben nacer de la percepción de nuestra realidad, la peruana.

2. Obligación y prestación: Apuntes conceptuales para un marco general:

Tradicionalmente se ha asumido que la relación jurídica obligatoria en tanto relación de “cooperación” busca que los sujetos se provean de los bienes indispensables para la satisfacción de sus necesidades. Esta relación obligatoria nos plantea que la prestación por sí sola no es importante, esto es que no quedará en el plano de una “simple conducta”, sino que debe estar orientada a la satisfacción de un interés. El interés a ser satisfecho deberá ser merecedor de tutela por el ordenamiento jurídico, pudiendo tener juridicidad o carecer de ella y siendo delimitado por la necesidad del sujeto interesado. Esta delimitación subsume las posibilidades materiales para poder proveerse de dichos bienes y las características propias del bien que tiene la cualidad de satisfacerla. La obligación como categoría jurídica tiene un objeto, el cual como presupuesto es necesario para su construcción, pero no un elemento esencial. El que el objeto sea un presupuesto no exime que se encuentre presente en toda la existencia de la relación obligatoria como efecto del negocio jurídico.

DIEZ PICAZO² manifiesta que “Cómo ha puesto de relieve HECK, la prestación es un plan o proyecto acerca de una conducta futura de una persona. Se puede hablar por ello de un ‘programa de prestación’. Dicho en otros términos, es la programación lineal o intelectual de un acontecimiento que se aspira que sea realidad en un momento posterior”. El problema con esta aproximación es que desnaturaliza el sentido esencial de la prestación, como conducta (carácter objetivo) y satisfacción del interés (carácter subjetivo)³. Asimismo, el comprender a la prestación como una mera

² DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: Las relaciones obligatorias*. Vol. 2. Quinta edición. Ed. Civitas. Madrid, 1996, pág. 236.

³ “A propósito de la relación obligatoria y, más propiamente, observando la correlación entre el desempeño del deudor y la satisfacción del acreedor, la doctrina pone de presente que en oportunidades dicha satisfacción no depende del todo del comportamiento de aquel, o puede alcanzarse como resultado no necesariamente suyo, y, en consecuencia, propone una distinción entre ‘prestación subjetiva’ y prestación objetiva’, de modo que a la concepción general del deudor que con su conducta ha de satisfacer el interés del acreedor y se reputa haber logrado dicha satisfacción con su comportamiento exacto se contrapone o agrega la consideración de que en veces el deber del deudor no se determina con relación a un hacer o no hacer, sino con relación a un resultado: por ejemplo, el goce pacífico de un bien, ejemplo

aspiración o expectativa se condice solo en su sentido como objeto de resultado, mas no como contenido que se centraría en el bien apto para satisfacer la necesidad. Consideramos que la prestación es entendida como comportamiento o conducta desplegada por el sujeto deudor a fin de lograr la satisfacción del interés del acreedor. De esa manera la relación que se instituye entre el acreedor y deudor se expresa mediante la pretensión creditoria, esto es, el derecho de crédito al cual está obligado el deudor.

Antiguamente parte de la doctrina equiparaba la obligación en sentido amplio al deber jurídico, esta idea ya ha sido superada porque el *obbligatio* u *obbligatio* es una clase de deber jurídico en el cual la norma impone una conducta carente de contenido patrimonial a sujetos determinados y en favor de otros, a los que atribuye el derecho subjetivo de exigir aquel comportamiento, por lo que definitivamente se habla de obligación para referirse a la situación jurídica en la que una persona (acreedor) tiene un derecho (crédito) que le permite exigir de otra (deudor) un comportamiento, como resultado de ello ésta última tiene un deber de prestación. La noción de prestación toma en cuenta como elemento determinante de la definición del objeto de la obligación no tanto la conducta del deudor, sino a la satisfacción del interés del acreedor; es decir, concibe el objeto de la obligación no desde la perspectiva del deudor, sino desde la perspectiva del acreedor lo que es decisivo también para la efectividad del cumplimiento.

3. Sobre las obligaciones con prestación de dar bien cierto:

Sostiene INZIRATI⁴ que “El deudor y el acreedor son los sujetos de la obligación (es decir, los protagonistas de la obligación). El *deudor está obligado a dar* al acreedor, por ejemplo una suma de dinero o una cosa, como un atado de leña o una maquinaria útil para hacer funcionar una empresa. O bien el *deudor está obligado a hacer* para el acreedor una actividad específica, como por ejemplo, transportar las cajas de vino del depósito del acreedor al negocio en la ciudad del distribuidor de vinos, o trabajar (algo que es muy común, por cierto) bajo dependencia del

al que pueden sumarse el de la inscripción del título traslativo de dominio en el registro público correspondiente, que cualquier persona puede obtener, y el de la puesta de la cosa a disposición del acreedor, al tiempo que hace recordar el *concursum causarum* romano, como medio extintivo de la obligación, cuando el acreedor obtenía, a otro título, la prestación que se le debía. A lo cual ha de hacerse la precisión reiterada de que el deudor debe satisfacer el interés del acreedor, pero *por medio* de la prestación”. HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones: Concepto, estructura, vicisitudes*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000, pág. 109 y 110.

⁴ INZITARI, Bruno. “*Instituzioni di diritto privato a cura di Mario Bessone*”. 8 ed. Turin. Giappichelli, 2001, pág. 457. En: LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Primera edición. Jurista Editores. Lima, 2007, pág. 111.

acreedor, como empleado, trabajador manual, proyectista, etc. o realizar una obra como la construcción de una casa, de una nave, de un armario empotrado en un muro, o reparar el motor de un automóvil o el sistema de ascensor de un edificio. De igual forma, el *deudor puede estar obligado frente al acreedor a no hacer* una determinada actividad, por ejemplo, a no vender un bien a otro o a no venderlo en cierto periodo del año en cierta zona geográfica, o incluso a no producir o comercializar cierto bien o a no edificar en el terreno propio”. La exposición del autor es general de las formas en que la relación obligacional se materializa en un caso concreto, de todos estos nos ocuparemos de la primera: La obligación con prestación de dar.

Dar consiste en transferir la propiedad de una cosa⁵, a su vez representa ser una expresión polisémica pues inicialmente equivale a entrega, deber de entregar una cosa, en sentido de la actividad dirigida a la transferencia de la posesión o aun de la simple detentación en beneficio del acreedor. ULPIANO en el Digesto 45, 1, 75, 10 señalaba que “Esta estipulación: ¿Prometes dar el fundo Tusculano? –es cierta y significa que el dominio ha de ser del que estipuló”. No obstante, el actual significado de *dar* debe ser entendido como una obligación de resultado. “El dare y la dación no se configuran como una pura actividad humana, sino que son el resultado de esa actividad y, más concretamente, como ha señalado F. BADOSA, la producción de un efecto jurídico”⁶. Este resultado se representa en obtener una finalidad como es la adquisición de la propiedad de aquella cosa, su restitución o la constitución efectiva de un derecho de goce o de garantía sobre ella.

Las obligaciones con prestación de dar, para nosotros, son aquellas cuya conducta comprometida consiste en el traslado de un bien determinado del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor, dicha transferencia que se realiza en realidad es un intercambio de titularidades pues puede ocurrir que el bien físicamente ya se encuentre en el patrimonio del acreedor por lo que únicamente habría una modificación de sujeto

⁵ *Dare*, significa la promesa de transferencia de la propiedad, o de otro derecho real (*ius in re*) sobre la cosa. “La obligación de *dar* es la que tiene por objeto, no la entrega de una cosa, sino la *adquisición por parte del acreedor de un derecho real sobre esa cosa* generalmente del derecho de propiedad. Ya hemos visto que a diferencia del Derecho romano y el antiguo Derecho francés, que así como el Código civil alemán, distinguen cuidadosamente el acto generador de la obligación de dar (venta, donación, permuta) y el acto traslativo (tradición) que extingue la obligación por su cumplimiento, nuestro Derecho moderno (art. 1138) ha suprimido el intervalo entre ambas operaciones”. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo III. Trad. de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus. Madrid, 1924, pág. 18.

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. *Ob. cit.*, pág. 240.

titular. No compartimos lo señalado por FERRERO COSTA⁷ quien plantea que “La obligación de dar es aquella que tiene por objeto la entrega de un bien; ya sea para constituir un derecho real, como el de propiedad; transferir el uso, como en el arrendamiento: ceder la simple tenencia, como en el depósito, o restituirlo a su propietario cuando desaparezca la causa que originó su tenencia, como el comodato”. En el citado concepto el autor confunde la naturaleza jurídica de las obligaciones de dar con las obligaciones de entregar. Esta última para nosotros es aquella donde la prestación consiste en entregar una cosa, esto es, en ponerla a disposición del acreedor, sea que la entrega envuelva tradición, sea que se trate de un título precario, o sea una restitución. En este terreno lo fundamental consiste en verificar que la satisfacción del acreedor consiste en recibir el bien o los bienes que le son debidos. A diferencia de ello, la obligación de dar se refiere al derecho sobre la cosa, en tanto que la obligación de entregar se refiere a la cosa misma.

Las prestaciones de dar son aquellas en que el deudor se obliga a transmitir al acreedor un derecho real sobre una cosa, especialmente la propiedad. Ciertos contratos por definición generan obligaciones de dar, como sucede con la compraventa, el aporte de cosas a una sociedad en propiedad o el usufructo. La obligación de dar, además de la transferencia de la propiedad o la constitución de un derecho real sobre cosa ajena, comprende también la que tiende simplemente a entregar una cosa, sea su posesión, uso o custodia. Las obligaciones⁸ de dar deben producir un enriquecimiento en el patrimonio del acreedor y un correlativo empobrecimiento en el patrimonio del deudor, aunque esto debe tomarse en un sentido relativo.

Ahora bien, las cosas en esencia no son ciertas ni inciertas, la calificación de estas depende del sistema jurídico, al constituir una relación obligacional, el ordenamiento predetermina las cosas que se encuentran en aptitud (*capacidad real*) para el cumplimiento del objeto de la obligación. En este caso el bien debe estar plenamente determinado en especie, calidad

⁷ FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Tercera edición. Ed. Grijley. Lima, 2004, pág. 31.

⁸ “La *substantia*, como decía el jurista romano Paulo, de la obligación, no radica en el hecho de que ella atribuya a alguien la propiedad de una cosa o un derecho real, sino en el hecho de que ella crea a cargo de un sujeto un deber jurídico de dare, facere o praestare a favor de otro sujeto. Este discurso quiere decir, precisamente, que la esencia de la obligación no radica en un derecho del acreedor, porque ella no atribuye al acreedor, en efecto, ningún poder ‘sobre mundo exterior’: la esencia de la obligación radica en el deber del deudor y, precisamente, en el deber de este para las prestaciones a favor del deudor”. CANNATA, Carlos Augusto. “*Le obbligazioni in generale*”. En: *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*. Vol. 9. 2 ed. Ed. Turín. Utet, 1999, pág. 13.

y cantidad. Por ejemplo, un reloj de marca A, del año W de origen X y peso Y, o un departamento en la avenida M, cuadra T, número K y tamaño F. Cada bien tiene una identidad propia, una propia realidad individual o certidumbre real que lo distingue de los otros bienes. La identificación es el acto de verificación de la identidad del bien, ella procede en base a varios criterios referidos a señas materiales o jurídicas que permiten su determinación o precisión.

Tratándose de un bien cierto, el cual las partes han establecido expresamente al celebrar la obligación no puede ser sustituido por otro a sola decisión unilateral del obligado. El acreedor tiene derecho a que se le entregue el bien, por eso no se le puede obligar a recibir otro bien, aunque el bien ofrecido como sustituto sea de mayor valor y por el cual dicho acreedor puede ser beneficiado económicamente. Si se admite válidamente el cambio, por arbitraria decisión del deudor, la obligación dejaría de ser de bien cierto. Por otro lado, si el acreedor acepta expresamente el cambio, esta modalidad de pago surtirá efectos cancelatorios. En función a ello nuestro Código Civil en su artículo 1132 plantea que “*El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor*”. Es necesario precisar que la naturaleza de la presente disposición no es un deber jurídico sino una carga de recepción, no está obligado a recibir y no estaría en mora sino cumple con lo descrito en la fuente (contrato). Pues no se puede violar la identidad de lo comprometido, la integridad representada en un solo acto y la indivisibilidad como modo de ejecución en el tiempo. De modo que creemos que las obligaciones con prestación de dar bien cierto a su vez encierra no el deber, sino la carga de entregarlos en el tiempo, modo indicado y lugar oportuno consensuado por las partes.

4. La imposibilidad sobreviniente (o sobrevenida) en la relación obligatoria:

GIORGI⁹ manifiesta que “La obligación coloca al deudor en la necesidad jurídica de efectuar la prestación, cualquiera que sea, que constituye su objeto. Pero la necesidad jurídica, siendo como es, necesidad puramente moral, carece de exacción perfecta, y deja por lo mismo al libre arbitrio del deudor la posibilidad de no respetarla, esto es, de no cumplir la obligación. No basta. Así como el hombre propone y Dios dispone, puede ocurrir que también un obstáculo independiente del hecho positivo o negativo del deudor y superior a sus fuerzas le impida cumplir la obligación y a su pesar le coloque en la situación de incumplimiento”. La posibilidad o factibilidad se refiere a las cualidades del objeto para generar

⁹ GIORGI, Jorge. *Teoría de las Obligaciones*. Vol. 2. Trad. de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus. Madrid, 1928, pág. 29.

el resultado satisfactorio y debe vincularse con dos situaciones: una de hecho, concreta o física y otra de derecho, jurídica o abstracta. En el primer caso, *grosso modo* se trata de evitar escenarios que vulneren la ley de la naturaleza, “el objeto será físicamente posible en tanto reúnan las condiciones materiales necesarias para el cumplimiento del resultado esperado por los sujetos que intervienen”¹⁰. Esto significa que si un bien no existe ni puede existir materialmente en el plano de lo factible estaremos ante un supuesto de imposibilidad física. En lo concerniente a la posibilidad jurídica, significa que el objeto de la obligación no se oponga a una norma jurídica de modo que sea un obstáculo insalvable para que aquello tenga lugar, es decir, que dentro del ordenamiento jurídico no haya alguna disposición que impida el nacimiento de esas consecuencias. Lo sostenido no debe conllevar a pensar que se trate de un objeto ilícito, pues la ilicitud no es una imposibilidad por que puede realizarse, pero se convierte en un hecho ilícito y este no es imposible, sino reprochado y sancionado por el sistema jurídico.

Ahora bien, junto a la división anteriormente mencionada la doctrina ha tendido a distinguir entre los conceptos de imposibilidad originaria e imposibilidad sobrevenida o sobreviniente. En relación a la *imposibilidad originaria* esta se presenta cuando al tiempo de contraerse la obligación, la prestación era ya imposible. Cuando la imposibilidad es originaria el contrato es inválido. En otras palabras, se da cuando la prestación es imposible al momento de constituirse (o mejor dicho, de pretender constituirse) la relación obligatoria. La sanción para este tipo de imposibilidad es la nulidad. Por lo contrario, la *imposibilidad sobrevenida* o *sobreviniente* surge con posterioridad al momento de contraerse la obligación de manera que inicialmente el objeto era posible. Esto dará lugar a que el acreedor pueda exigir daños y perjuicios si la imposibilidad se debe a culpa del deudor. La imposibilidad es sobreviniente¹¹ cuando la

¹⁰ BILGLIAZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. “Presupuestos y elementos del negocio y del contrato”. En: *Derecho Civil*. Tomo I. Trad. de Fernando Hinestrosa. Vol. 3. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Bogotá, 1995, pág. 869.

¹¹ “La imposibilidad ha de ser sobrevenida. Si la imposibilidad es originaria o anterior a la constitución de la obligación, la misma no habrá llegado a nacer, o si la imposibilidad sólo era conocida para el deudor en el momento de constituirse la obligación, se producirá la *perpetuatio obligationis*, esto es, la ficción de existencia de la obligación a efectos de determinar su responsabilidad en el momento del cumplimiento. Así STS 15.2.94: el artículo 1184 CC no se aplica al futbolista que contrata sus servicios con un club cuando ya había sido contratado por otro anteriormente, pues en este caso no hay imposibilidad, sino incumplimiento; como cuando a sabiendas se contrata por un armador construir una embarcación que no podía ser construida (STS 26.5.80)”. ALVAREZ CAPEROCHIPI, José

prestación es posible al momento de constituirse la relación obligatoria, pero se torna imposible antes de su ejecución¹². BIANCA¹³ manifiesta que “la imposibilidad sobrevenida es entendida como una situación impeditiva del cumplimiento que el deudor no está en grado de superar ni de prever con la diligencia requerida”. Así la imposibilidad sobrevenida estará referida a toda causa que surja con posterioridad a la construcción del vínculo obligatorio y antes del vencimiento del mismo. La Corte Suprema ha señalado en una jurisprudencia (Cas. N° 280-2000):

“En las obligaciones de dar bienes ciertos la imposibilidad de ejecutar la obligación debida resulta por algún suceso jurídico o por la naturaleza de las cosas. En el primer caso la imposibilidad es consecuencia de una prohibición legal, y en el segundo el bien materia de la relación obligacional ha dejado de existir o se ha perdido para las partes antes de su entrega”

Nuestro Código Civil en sus artículos 1137, 1138, 1139 y 1140 se refiere a la imposibilidad sobrevenida. Además de estos numerales, el legislador de 1984 optó por darle un tratamiento único y especial en el artículo 1316 que *ad pedem litterae* menciona lo siguiente: “La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil (...)”. La primera línea de la presente disposición, según DE LA PUENTE Y LAVALLE¹⁴ “no se trata del caso en que la prestación es imposible antes de la celebración del contrato (imposibilidad originaria o inicial, pues en tal

Antonio. *Curso de Derecho de las Obligaciones: Teoría General de la Obligación*. Vol. 1. Civitas Ediciones. Madrid, 2000, pág. 158.

¹² “Al contrario que la invalidez, que es la consecuencia de un acto afectado total o parcialmente en su íntima constitución, la ineficacia supone un negocio jurídico válidamente formado y, por consiguiente, susceptible de ejecución, pero que carece de efectos o que le priva de ellos un hecho posterior, tal vez extraño a la voluntad de las partes. No es posible encerrar en una sola fórmula las distintas hipótesis, y menos establecer en general sus características y consecuencias”. STOLFI, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*. Trad. de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1959, pág. 123 y ss.

¹³ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile: L'obbligazione*. Tomo IV. Dott. A. Giuffré Editore. Milano, 1991, pág. 528.

¹⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE. Manuel. “La Teoría del Riesgo en el Código Civil de 1984”. En: *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Vol. I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1986, pág. 177.

caso el contrato sería nulo (inciso 3 del artículo 219 del Código Civil), sino cuando la prestación que era posible al momento de la celebración del contrato se convierte en imposible en el lapso comprendido entre la celebración del contrato y la total ejecución de la prestación (imposibilidad subsiguiente o sobrevenida)”. Al celebrarse la obligación con prestación de dar bien cierto lo común es que su cumplimiento se realice inmediatamente, no obstante en determinadas situaciones la relación obligacional está sujeta a modalidades, ello permite verificar dos momentos ciertos: la celebración, y posterior a ello el cumplimiento de lo convenido. Es durante este intervalo temporal en el que surgirá la patológica imposibilidad sobreviniente.

Estas modalidades (condición o plazo) que nos permiten verificar dos periodos se ligan con la imposibilidad sobreviniente¹⁵, que para nosotros es una forma de ineficacia de los contratos bilaterales por incumplimiento de las prestaciones debido a causas imprevistas e insuperables no imputables a las partes que imposibilitan la ejecución del contrato, la forma como se vinculan es porque esta imposibilidad se presenta durante esta espera de tiempo¹⁶. Ello motiva la aplicación de la denominada dogmática de los riesgos. Es en base a lo señalado que esta clase de resolución es denominada e identificada en la doctrina francesa con el nombre de la “Teoría de los Riesgos”, materia sobre la cual versarán las siguientes líneas.

5. El riesgo: ¿Es posible un análisis acerca de su naturaleza jurídica?:

Según el DRAE *riesgo*, (Del *it.* *risico* o *rischio*, y este del ár. clás. *rizq*, lo que depara la providencia). Significa en su primera acepción: “1. m.

¹⁵ “La distinción entre imposibilidad originaria e imposibilidad subsiguiente es de importancia trascendental, ya que la primera tiene por consecuencia la nulidad de la obligación y la segunda sola la transformación o extinción de la obligación según sea o no imputable al deudor. Por ello se hace necesario fijar el momento límite que separa uno de otro género de imposibilidad, momento antes del cual la imposibilidad será originaria y después del cual será considerada subsiguiente. Aunque el C. c. español no concreta en ningún precepto la solución, creemos que ésta puede ser deducida de su articulado arrojando un resultado igual al de la tesis sentada en el texto. En efecto, la imposibilidad es originaria, determinando la falta de objeto del negocio, cuando existe al tiempo de concluirse el contrato y, si se trata de legados, al tiempo de la apertura de la herencia; será subsiguiente si ocurre después”. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil: Derecho de las Obligaciones*. Tomo II. Trad. de la 35ª Edición alemana. BOSCH Casa Editorial. Barcelona, 1954, pág. 239.

¹⁶ Un estudio importante sobre esta materia, y compartido por nosotros, ha sido desarrollado por: PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *El incumplimiento de las Obligaciones*. En: *Teoría General de las Obligaciones*. Pról. Gastón Fernández Cruz. Jurista Editores. Lima, 2004, pág. 139 – 220.

Contingencia o proximidad de un daño”. Y en su otro alcance: “2. m. Cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro”. Hoy en día el concepto de riesgo aparece en las especialidades científicas más diversas e inclusive en las ciencias más variadas. Al manejo estadístico tradicional de los cálculos de riesgo se añade ahora la investigación económica, así como también lo pertenecientes a las ciencias sociales entre estas: la jurídica. Ha sido un error en la doctrina nacional¹⁷ el hecho de abordar el riesgo como una temática propia del Derecho, lo recomendable sería primero dilucidar sobre su existencia ontológica como categoría conceptual abstracta y segundo, hacer una aproximación a la misma desde una perspectiva jurídica.

Riesgo¹⁸, según ULRICH BECK¹⁹ “es una figura por cual la ética (y, por lo tanto, también la filosofía, la cultura, la política) es invocada nuevamente en los centros de la modernización, en la economía, en las ciencias naturales, en las disciplinas técnicas. Su constatación es una

¹⁷ Véase al respecto: OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003; FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Tercera edición. Ed. Grijley. Lima, 2004; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Tercera edición. Ed. Idemsa. Lima, 2008.

¹⁸ “En el antiguo comercio marítimo oriental existía ya una conciencia del riesgo, con las disposiciones legales correspondientes. En un comienzo éstas eran difícilmente separables de programas adivinatorios, invocación a deidades protectoras, etc. Sin embargo, en lo legal, en especial en la división de funciones de los prestadores de capital y los navegantes, hacían claramente las veces de aseguradoras, un papel que habría de extenderse de manera relativamente continua hasta ya entrada la Edad Media e influir en la conformación del derecho comercial marítimo, así como en los seguros de este tipo. Pero inclusive en la antigüedad no cristiana falta una conciencia plenamente desarrollada de las decisiones. En realidad, no será sino hasta el largo período de transición que va desde la Edad Media hasta los inicios de la Modernidad cuando se empezará a hablar de riesgo. Las raíces de la palabra no son conocidas. Algunos piensan que es de origen árabe. En Europa, la expresión aparece ya en algunos escritos medievales, pero no es sino hasta la aparición de la imprenta cuando se extiende; en primer lugar aparentemente en Italia y en España. Faltan todavía tanto una investigación histórico-nominal como una histórico-conceptual detalladas. Pero esto es comprensible si tomamos en cuenta que la palabra aparece al principio en relativamente raras ocasiones y en ámbitos muy diversos. Los contextos importantes en los que se aplica son los de la navegación marítima y los contextos comerciales. Los seguros marítimos constituyen un caso temprano de control de riesgo planificado, pero también e independientemente de esto se encuentran en los contratos cláusulas como ‘*adrisicum et fortunam...*’, ‘*pro securitate et risico*’, o ‘*ad omnem risicum, periculum et fortuna Dei*’, que regulan quién ha de hacerse cargo de las reparaciones en el caso de que hubiera un daño”. LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Trad. de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Coord. de la trad. Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. México, 2006, pág. 30.

¹⁹ BECK, Ulrich. *La Sociedad de los Riesgos: Hacia una nueva Modernidad*. Trad. de Jorge Navarro. Colección Surcos. Ed. Paidós. Barcelona, 2006, pág. 42.

simbiosis aún desconocida –no desarrollada– entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu, entre la racionalidad cotidiana y la de los expertos, entre interés y hechos; su estudio, no puede ser aislado por uno u otro especialista, ni ser desarrollado y fijado de acuerdo a los propios estándares de racionalidad”. Para nosotros el riesgo, como categoría ontológica abstracta, debe ser apreciado como la probabilidad de que una amenaza se convierta en un desastre. Es decir, la vulnerabilidad o las amenazas por separado no representan un peligro, pero si se juntan se convierten en un riesgo, o sea, en la posibilidad de que ocurra un desastre o un efecto, contrario a lo deseado por los sujetos. La noción de riesgo subsume la idea de una prevención sin certeza, por lo que se constituirá como una probabilidad, posibilidad o contingencia de que ocurra un hecho indeseable.

Entendido el riesgo desde el presente, el futuro se presenta como algo incierto y recién en “los futuros presentes” será consecuentemente considerado como “deseable o indeseable”. Es claro que lo que suceda entonces dependerá de la decisión que se tome en el presente. En este punto corresponde señalar que la distinción entre riesgo y peligro está dada en la incertidumbre respecto a los daños futuros. Creemos que cuando el posible daño sea una consecuencia de la decisión que se tome, se estará ante un riesgo. Por otro lado, cuando se juzgue que el hipotético daño pueda ser provocado externamente, se atribuya al entorno por decir ajeno al sujeto, se estará ante un peligro. Lo relevante del concepto de riesgo sea la posible existencia de un daño contingente, esto es, evitable. Esto último se liga con la diligencia presente en el quehacer de los sujetos. Si somos cuidadosos en nuestra relación con el ambiente y si somos conscientes de nuestras vulnerabilidades o del acto que realizaremos frente a las amenazas existentes, podemos tomar medidas para asegurarnos de que las amenazas no se conviertan en pérdidas. Es por ello que los riesgos pueden reducirse o manejarse.

De lo mencionado, surge la cuestión, ¿Es posible un análisis acerca de la naturaleza jurídica del Riesgo?, esto significa, ¿Cómo concibe el Derecho al Riesgo?; para nosotros el riesgo debe entenderse jurídicamente como la posibilidad de pérdida o deterioro que puede sufrir el bien, objeto de la obligación, en el lapso de tiempo entre la celebración y el cumplimiento de la relación obligacional. Riesgo y peligro son dos conceptos que involucran a la seguridad. Sin embargo, desde el punto de

vista jurídico, riesgo²⁰ es una función que denota la probabilidad de efectos perjudiciales para el bien protegido por el ordenamiento; mientras que peligro se lo utiliza normalmente en un sentido más amplio y describe todo producto o procedimiento que pueda tener efectos perjudiciales, este último generalmente es utilizado en el Derecho del Consumo. “El riesgo imprevisible supone dos ideas: *primera*, la de magnitud, que sobrepase los límites de la previsión normal y corriente, y *segunda*, la de tiempo, el que transcurre entre la celebración del acto jurídico y la aparición del acontecimiento imprevisto que varía fundamentalmente las circunstancias”²¹. La existencia de estos riesgos²² puede acrecentar la responsabilidad del deudor pero también pueden liberarlo respecto del acreedor, si la imposibilidad es sobrevenida el contrato queda sometido a nulidad; ergo, no requiere de declaración judicial alguna. Como indica ZUSMAN TINMAN²³ “La teoría del riesgo está destinada (...) a decidir si la obligación del acreedor (a su vez del deudor) permanece vigente o si debe seguir la suerte de la del deudor, o lo que es lo mismo, extinguirse, también”.

6. La Pérdida del bien en las obligaciones de dar bien cierto y Teoría del Riesgo: Una lectura de los artículos 1137 y 1138 del Código Civil y sobre la asignación de responsabilidades:

²⁰ “El riesgo es no sólo la posibilidad de una disminución patrimonial sino también de un aumento dejado de percibir, tendríamos que aceptar que cada uno de los sujetos soporta algún riesgo desde el momento en que sólo uno de los sujetos tuviera la posibilidad de experimentar una disminución patrimonial. Precisamente en cuanto que la no disminución final del patrimonio supondría para la otra el no aumento de su patrimonio, y en consecuencia, una pérdida”. DÍAZ GÓMEZ, Manuel Jesús. “*El riesgo en la doctrina de Pothier*”. En: *Derecho y conocimiento*. Vol. 1. Facultad de Derecho Universidad de Huelva, pág. 369.

²¹ BADENES GASSTE, Ramón. *El riesgo imprevisible: Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional*. BOSCH Casa Editorial. Barcelona, 1946, pág. 22.

²² “Se llaman riesgos y peligros en el lenguaje jurídico moderno todos los casos fortuitos que deterioran o destruyen la cosa debida. No lo son las variaciones de valor dependientes de causas económicas o políticas, y aquellos vicios o defectos que el deudor esté, por la índole del contrato o por pacto especial, obligado a garantizar. Y como el género y la cantidad no perecen, apenas se necesita advertir que cuando la cosa, o para hablar más generalmente, la prestación debida, no sea un cuerpo cierto y determinado, o por lo menos, un género y una cantidad limitados de tal modo que equivalgan al cuerpo cierto y determinado, no ha lugar a hablar de riesgos y peligros”. GIORGI, Giorgio. *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Vol. 4. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1909, pág. 242.

²³ ZUSMAN TINMAN, Susana. *La Teoría del Riesgo*. Derecho PUCP. Número 34. Lima, 1980, pág. 81.

6.1. Pérdida y deterioro: Breves notas conceptuales:

Recordemos que estamos tratando de bienes ciertos, motivo por el cual su grado de insustituibilidad es total, salvo la voluntad de las partes de hacerlas sustituibles por otras. Los artículos 1137, 1138 y 1139 del Código Civil se refieren al supuesto de la imposibilidad sobreviniente, esto es, aquella que ocurre entre la constitución de la relación obligacional y la ejecución de la prestación. La Teoría del Riesgo se constituye por los diversos hechos que hagan que la prestación debida (dar bien cierto) devenga en imposible de cumplimiento, ya sea por algún caso fortuito, fuerza mayor, o culpa del acreedor o del deudor. Nuestro artículo 1137²⁴ consagra lo siguiente:

Art. 1137: La pérdida del bien puede producirse:

- 1. Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.*
- 2. Por desaparecer de modo que no se tengan noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.*

²⁴ Muy similar en su regulación tenemos el Código Civil chileno en su artículo 1670: “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”. El *Code Napoléon* en su numeral 1302: “Cuando el cuerpo cierto y determinado que era objeto de la obligación, perezca, sea puesto fuera del comercio, o se pierda de manera que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extinguirá si la cosa hubiera perecido o se hubiera perdido sin culpa por parte del deudor y antes de que se constituyera en mora. Incluso cuando el deudor se constituya en mora, y no sea responsable al tratarse de caso fortuito, la obligación se extinguirá en caso de que la cosa hubiera igualmente perecido en poder del acreedor si le hubiera sido entregada. El deudor estará obligado a probar el caso fortuito que alegue. Sea cual fuere la manera en que la cosa robada hubiera perecido o hubiera sido perdida, su pérdida no dispensará a quien la sustrajo, de la restitución del precio”. El artículo 2012 del Código Civil mexicano indica que “La pérdida de la cosa puede verificarse: I. Peciendo la cosa o quedando fuera del comercio; II. Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que aunque se tenga alguna, la cosa no se pueda recobrar”. El Código Civil colombiano en su artículo 1729: “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes”. El numeral 1344 del Código Civil venezolano plantea: “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. Aun cuando el deudor haya incurrido en mora, si no ha tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos, se extingue la obligación, si la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado. El deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. De cualquier manera que haya perecido o se haya perdido una cosa indebidamente sustraída, su pérdida no dispensa a aquél que la ha sustraído de restituir su valor”, entre otros.

3. *Por quedar fuera del comercio.*

El denominado riesgo del bien se vincula con su pérdida (total) o deterioro (parcial) que disminuye su valor económico o lo convierta en inútil en el tráfico jurídico afectando con ello el fin previsto por su propietario. Esta imposibilidad tiene que ser evidentemente en un momento posterior a la fecha cierta de la celebración del contrato. El riesgo no es la pérdida misma ni el deterioro del bien, sino la mera posibilidad, pues el riesgo es uno solo. El criterio de distinción entre la pérdida y el deterioro no debe ser rígido, debido a que va a depender de cada circunstancia concreta en relación a la función del bien y el contenido de la obligación.

Para nosotros pérdida es la desaparición total del bien, es decir, la desmaterialización anómala o extinción de su materialidad. Es el perecimiento absoluto para el tráfico jurídico, por lo que también es necesario asimilar como pérdida cuando el objeto por disposición legal alguna o convencional (Derecho consuetudinario) sea puesta fuera del comercio. Asimismo cuando este no se pueda recobrar o haya un desconocimiento respecto a su paradero. Según ALTERINI²⁵ “Se considera que existe pérdida de la cosa cuando se destruye totalmente, cuando desaparece o es puesta fuera del comercio. La pérdida supone la imposibilidad completa de la prestación”. A diferencia de ello, el deterioro no es la total desaparición, sino solo un menoscabo, imperfecto material o parcial de un bien, ya sea funcional o estructural y cuyo resultado no puede ser otro que una merma en su utilidad y valorabilidad económica. “Es un detrimento sufrido por la cosa que disminuye su valor económico”²⁶. En otra expresión, el deterioro es un daño parcial. Es un requisito fundamental que tanto la pérdida como el deterioro se deben producir después de la celebración de la relación obligatoria. El criterio de distinción entre la pérdida y el deterioro no debe ser rígido, pues va a depender de cada circunstancia concreta en relación a la función del bien y el contenido de la obligación²⁷.

²⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Curso de Obligaciones*. Tomo II. Cuarta edición. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1992, pág. 75.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ “El deterioro, como principio, no puede alterar por su magnitud la imposibilidad de aprovechamiento del bien –en la concepción más amplia del término–. Por otro lado, la distribución implica una imposibilidad de aquel aprovechamiento. En el primer supuesto, la relación obligacional podrá continuar produciendo sus efectos y determinada la casusa de la afectación, deberá o no reparar la situación. En cambio, en el segundo la relación obligacional se interrumpe, dado que resultaría imposible su cumplimiento. Indagada la causa, el deudor deberá pagar al dueño el valor de sustitución, sin perjuicio de otros daños

El Código Civil refiere en su primer inciso del artículo 1137 “*Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial*” como un supuesto de pérdida del bien cierto. El presente caso constituye un error de apreciación del legislador, pues equipara absurdamente el perecimiento con la inutilidad para el acreedor. Por perecimiento entendemos como aquella forma natural de la pérdida y que ocurre con mayor cotidianidad. En el perecimiento la destrucción del bien debe ser absoluta, *ergo* que elimine cualquier probabilidad de que en bien sea útil en el futuro. Por ejemplo, un terremoto de 8.5 grados que derrumbe la casa de adobe de la Sra. Diamantina. El perecimiento funciona tanto en bienes muebles como inmuebles, ya que este mismo terremoto puede destruir el televisor de Frumencio. Esclarecido el perecimiento, nuestro legislador lo iguala con la inutilidad del bien para el acreedor por daño parcial. Lo parcial es lo no total o no completo, de modo que se encuadra en la figura antes desarrollada del deterioro. El deterioro puede dar lugar a una disolución de la obligación cuando resulte inútil para el acreedor. Indudablemente creemos que el deterioro no puede ser un supuesto de pérdida del bien. No obstante, el *leitmotiv* de esta consideración de inutilidad por daño parcial (deterioro) como hipótesis de “pérdida” del bien debe analizarse desde la perspectiva de la causa e interés del acreedor sufriendo una metamorfosis de pérdida del bien al de pérdida del interés.

El segundo supuesto considerado como pérdida del bien es “*Por desaparecer de modo que no se tengan noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar*”; el mismo que se refiere a la desaparición total del bien por extravío e ignorancia del lugar donde pueda hallarse de tal modo que no se tenga conocimiento sobre su paradero. En este ámbito surge una problemática, ¿a partir de cuándo se debe considerar que un bien cierto se ha perdido? Para nosotros esto debe ser a partir del momento en el que no se sepa de la existencia del bien. Por ejemplo, Epigmenio se obliga a dar un teléfono celular a Urbanelia, sin embargo, una semana antes de la fecha fijada Epigmenio hace un viaje a la selva en cuyo recorrido pierde el bien sin tenerse idea de dónde puede estar, pues su ruta fue por zonas boscosas y resbaladizas. Ahora bien la otra hipótesis del presente inciso está referida a la imposibilidad de recobrarlo: esto no se refiere a un perecimiento físico del bien, lo más importante en este supuesto radica en la imposibilidad de recuperarlo. Veamos el siguiente ejemplo, Marciana está obligada a entregar un anillo, faltando unos días para hacerlo viaja al Cañón de Colca,

que hubiese ocasionado. GHERSI, Carlos Alberto. *Obligaciones civiles y comerciales: Complementando un análisis socioeconómico, constitucional, tratados internacionales y la ley de defensa del consumidor*. Segunda edición. Ed. Astrea. Buenos Aires, 2005, pág. 106.

lugar en el cual durante la práctica de un deporte de riesgo el anillo se le termina resbalando por un abismo pedregoso. Luego de contactarse con personas que tienen la maquinaria especial para su recuperación y habiéndolo localizado, concluyen que por la difícil situación del terreno es imposible.

El último caso está vinculado al hecho de “*quedar fuera del comercio*”; en este punto la doctrina ha sido unánime en sostener que esta modalidad no se trata de una pérdida física sino de naturaleza jurídica por haber salido del tráfico comercial y como efecto de ello no puede ser más objeto de la relación obligatoria. En este supuesto el hecho más común es que el bien inmueble determinado haya sido expropiado por el Estado para fines de intereses públicos. Es decir, en un inicio pertenecía a un patrimonio privado, pero en función a un hecho posterior este se deriva a uno de carácter público, conllevando al perecimiento de la relación obligatoria.

Grosso modo, todas estas circunstancias que constituyen supuestos de la pérdida del bien hemos señalado que deben de producirse con posterioridad a la fecha cierta de celebración de la obligación, pero antes del plazo de la entrega, puesto que, si tal hecho se presentase al momento de la concertación, la obligación nacería nula por tratarse de un objeto imposible. “Si la imposibilidad fuese anterior a la obligación, no se podría decir que la obligación se extingue; sino que no habría nacido nunca por carecer de objeto, salvo las indemnizaciones que pudiera tener su fundamento en la mala fe o dolo de alguna de las partes”²⁸. De lo dicho, y a modo de recapitulación la imposibilidad debe ser posterior a la celebración del contrato y perfecta o total. En este intervalo, conforme a la causa que haya originado esa imposibilidad sobreviniente, se hará la respectiva asignación de responsabilidades. La Teoría del Riesgo tiende a determinar cuál de las partes contratantes debe soportar la pérdida patrimonial que se ha derivado por la imposibilidad sobrevinida antes de la ejecución de la prestación.

6.2.¿Y quién es el responsable?: A propósito de su asignación:

Uno de los elementos de la relación obligatoria (sea de fuente convencional o legal), es el vínculo jurídico, entendido como aquel nexo que une dos situaciones jurídicas (comúnmente una de poder y otra de

²⁸ CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y Comparado: De las Obligaciones*. Tomo X. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1950, pág. 558.

deber) contrarias pero coincidentes, dentro del cual ubicamos dos conceptos: el débito y la responsabilidad. Desde una posición clásica de la Responsabilidad se buscó postular la separación de estos conceptos pero luego de una serie de observaciones a la misma se concluyó que la responsabilidad es un concepto que se verifica desde que surge la relación obligatoria, de ahí que no podemos referirnos a “obligaciones” que carezcan de débito o de responsabilidad la que en este contexto se entiende como exigibilidad. El Código Civil en su artículo 1138 regula diversos escenarios que surgen, sea del perecimiento o del deterioro del bien, precisando sobre esta base los efectos que corresponden a cada una de ellos. El tratamiento de la presente disposición fue tomando en consideración el BGB de 1900 y el Código Civil portugués de 1967. El primer inciso reglamentando *la pérdida del bien por culpa del deudor* plantea que:

Art. 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

- 1. Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización. Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituir se al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.*

En este supuesto²⁹ “el acreedor puede exigirle al deudor el equivalente en dinero de la cosa perdida, más los daños que el incumplimiento le hubiere ocasionado. Evidentemente por tratarse de cosas ciertas no existen equivalentes absolutos”³⁰. Debemos distinguir el efecto sinalagmático del efecto resarcitorio, respecto al sinalagmático se señala que si el bien, objeto de la prestación, se pierde la conducta que iba a desplegarse queda ineficaz y la ineficacia de la prestación determina la

²⁹ El Código Civil mexicano sostiene en su artículo 1948, inciso 1: “Cuando las obligaciones se hayan contraído bajo condición suspensiva, y pendiente ésta, se perdiere, deteriorare o bien se mejore la cosa que fue objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación”.

³⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Ob. cit.*, pág. 75.

ineficacia de la contraprestación. Esto se da debido a la reciprocidad o funcionalidad de la obligación. De la misma forma, como hay culpa del deudor se puede pedir la resolución de la obligación (resolución del contrato) y la pretensión resarcitoria sustitutoria (indemnización) a cargo del deudor porque es por causa imputable (culpa o dolo). BUSO³¹ sostiene que “la responsabilidad del deudor sólo existe si su conducta u otro acontecimiento del cual resulte la violación –inclusive aquellos que tengan carácter fortuito– le son imputables. Suele hablarse entonces de responsabilidad contractual. Pero aunque en la mayoría de las hipótesis se tratará de una responsabilidad de este género, podría suceder que así no fuese. En efecto, el deber de cumplimiento debe extenderse a todo género de obligaciones, inclusive a las de origen legal, y, en consecuencia, la responsabilidad por incumplimiento será en estos casos extracontractual”.

La segunda parte de este artículo es innovador pues se refiere a aquel supuesto en que el deudor pueda obtener una indemnización como consecuencia del bien que debe entregar. Es el típico caso que ocurre cuando el deudor de un automóvil de marca W y año X lo haya asegurado para tales eventualidades y que, producida la pérdida, le asista el derecho de solicitar indemnización a la entidad aseguradora. Esta indemnización que en principio corresponde al deudor, iría en definitivo a poder del acreedor para cubrir lo que aquel le debe por el perecimiento del bien y si no logra cubrir el monto de lo que debe abonar, servirá para reducir dicho resarcimiento.

El segundo inciso del artículo 1138 trata sobre *el deterioro del bien por culpa del deudor*, señalando que:

Art. 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

- 2. Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo*

³¹ BUSO, Eduardo B. *Código Civil anotado: Obligaciones*. Tomo III. Ediar Editores. Buenos Aires, 1949, pág. 238.

dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

Esto quiere decir³² que si el bien se deteriora por culpa del deudor dependerá del acreedor del acreedor si la afectación de su interés es nuclear o exógena (cuando la afectación del bien es superficial y el sujeto considera recibir el bien). Si es nuclear se resarce, mas si es exógeno y lo recibe la contraprestación se reduce lo que no evita el deber de resarcir. En otras palabras, el efecto del inciso 2 dependerá del derecho potestativo del acreedor. Consideramos que cuando el deterioro sea de escasa importancia, no habrá resolución alguna, porque el acreedor sólo tiene derecho a pedir la reducción de su contraprestación, cuando haya, además de la indemnización correspondiente, porque hay culpa en el deterioro; y la culpa, por ser siempre de carácter personal, le genera responsabilidad al imputable. Debemos señalar que también en el presente caso la resolución del contrato se convierte en una potestad del acreedor, *ergo* debemos erradicar la falsa creencia de que es una resolución impuesta por la ley. La tercera regla del artículo bajo análisis está centrada en *la pérdida del bien por culpa del acreedor*, la misma que plantea lo siguiente:

Art. 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

- 3. Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.*

En este hipotético también debemos defender el efecto sinalagmático del resarcimiento. Si el bien se pierde entonces esta conducta deviene en ineficaz por lo que la contraprestación deja de producir efectos. Lastimosamente el presente numeral subsume una imprecisión conceptual,

³² Un tratamiento interesante no regulado en nuestro Código Civil podemos ubicarlo en el Código Civil argentino, el mismo que en su artículo 581 indica que “Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnización de los perjuicios e intereses, o de recibir la cosa en el estado en que se hallare, con indemnización de los perjuicios e intereses”.

si nos preguntásemos ¿cuál es la solución propuesta para el caso de que el bien se pierda por culpa del acreedor? La respuesta dada por el legislador sería que la obligación se resuelva para el deudor, pero subsiste para el acreedor, quien deberá ejecutar la contraprestación. ¿Es esto factible? Evidentemente creemos que no, pues la relación obligatoria no puede resolverse sólo para una de las partes y permanecer subsistente para el otro. Esto significa que la obligación no puede continuar permaneciendo si el objeto desaparece. Para nosotros la solución correcta sería que si consideramos que la obligación queda resuelta, entonces, no hay lugar a la contraprestación y en lugar de ello, el acreedor queda responsable por los daños y perjuicios que ocasione al deudor. El cuarto supuesto regula *el deterioro del bien por culpa del acreedor*:

Art. 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

- 4. Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.*

Cuando se presente este caso el acreedor tendrá que recibir el bien cierto en el estado en que se encuentra y conservar el derecho de contraprestación. Consideramos que el efecto debería ser que la contraprestación se reduce, sin embargo, ese valor que no se ha reducido vendría a ser el efecto resarcitorio. En realidad la solución consagrada en el presente inciso es inobjetable debido a que tiene eficacia práctica, pues la sanción es a quién es responsable por el menoscabo que sufre el bien. El acreedor está obligado a recibir el bien sin reclamo alguno, pues como reza un principio “no se puede basar un reclamo en hecho propio”. Cuestionamos aquella doctrina que manifiesta que este inciso es utópico e irreal por cuanto es de suponer que la responsabilidad del acreedor en el deterioro exige fehacientemente que éste tenga ya el bien cierto en su poder. No creemos en la validez de tal afirmación ya que en variados casos pese a encontrarse el bien todavía en poder del deudor, será el acreedor responsable de su deterioro. Por ejemplo, Gorgonio celebra un contrato donde se obliga a entregar un codiciado Blackberry Curve 9300 a Cacerolo, quien con motivo de constatar que el bien está siendo cuidado adecuadamente decide examinarlo, hecho que termina con la afección del mismo en uno de sus botones. El inciso 5 del artículo 1138 codifica *la pérdida del bien sin culpa de las partes*, el mismo que indica:

Art. 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

5. *Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.*

Si el bien se pierde sin culpa de las partes, significa que la pérdida ha sido ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor. En ese sentido, el artículo 1316 indica en su primera línea que “*La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor (...)*” y con mayor razón si la causa no es imputable a alguna de las partes³³. Los efectos de este perecimiento sin culpa producen consecuencias distintas para las partes, de acuerdo con la naturaleza de los bienes (muebles e inmuebles). Recordemos que en caso de perecimiento del bien, primero debe establecerse qué le pasa a la obligación, si se extingue o no; y después quién de los sujetos, va a sufrir el menoscabo patrimonial, porque el bien, como patrimonio tiene un titular que en algunos casos será el acreedor y en otros será el deudor. De modo que aplicando el principio *res perit dómimo* será necesario determinar qué parte es el *dóminio* de la cosa, porque él soportaba la pérdida. Nuestro Código Civil ha establecido que perdido el bien, le corresponderán al deudor los derechos y acciones que pudieran haber quedado relacionados con el bien, tales como un seguro contra todo riesgo por ejemplo. Finalmente, el inciso 6 trata acerca del *deterioro del bien sin culpa de las partes*, esta disposición señala lo siguiente:

³³ “Pero si la obligación de un parte corresponde en la otra una contraprestación (contrato bilateral o sinalagmático), la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida no puede exigir de la otra la prestación correspondiente, y si la hubiese ya recibido, está obligada a restituirla según las normas acerca de la repetición de lo indebido. El riesgo, en tal caso, recae *sobre ambos*, ya que cada una de las partes podría tener interés en la prestación de la otra, aún efectuando la propia, mientras que tiene que resignarse a la ineluctabilidad del caso fortuito o de la fuerza mayor, y soportar el daño. No responde a una exacta apreciación que recaiga sobre el deudor, y que la regla esté constituida por el *casum sentit debitor* (el riesgo lo sufre el deudor); esto sólo puede ser verdad eventualmente –y sólo empíricamente– en el caso de que el deudor hubiese proveído a aprontar el objeto, no teniendo en tal caso ningún derecho a reembolso; pero tampoco aquí queda excluido que, si el daño mayor es del deudor, tenga daño también la otra parte, la parte acreedora de la prestación imposible”. BARBERO, Domenico. *Sistema de Derecho Privado: Obligaciones*. Tomo III. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967, pág. 120.

Art. 1138: En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

- 6. Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.*

La regulación de este dispositivo es auténtica para el supuesto de que las partes convienen en mantener válida la relación obligacional. Para nosotros la fuerza mayor será la imposibilidad absoluta procedente de un obstáculo irresistible, imprevisto e imprevisible (tempestad, rayo, terremoto, guerra, etc.). “No hay interés en distinguir e caso fortuito y la fuerza mayor, porque ambos producen la liberación del deudor. Esto está conforme a la equidad, pues no se puede exigir del deudor más de que un hombre inteligente del término medio es capaz de dar”³⁴. La jurisprudencia N° 2625-98 (Lima) respecto a este punto señaló:

“El Código Civil actual define el caso fortuito o fuerza mayor a la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardía o defectuoso. Extraordinario es aquello fuera de lo común; imprevisible es aquello a la que no se puede ser previsto en el orden normal de los sucesos y del pensamiento humano; e irresistible es aquello a la que no se puede oponer, por ser superior a los recursos y posibilidades de contención”

El caso fortuito o la fuerza mayor³⁵, sólo ocasionan un deterioro y no la pérdida, luego, nada más justo que el perjuicio lo soporte el deudor y

³⁴ COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. *Ob. cit.*, pág. 24.

³⁵ “El caso fortuito y la fuerza mayor son equiparados por la doctrina moderna. Las legislaciones actuales usan ambos conceptos en forma indistinta. Sin embargo, la distinción puede ser hecha en teoría: *Caso fortuito*: Se refiere únicamente a los accidentes naturales. Así por ejemplo, una inundación, un terremoto, etc. Es lo que el derecho anglosajón denominó ‘hechos de Dios’. *Fuerza mayor*: Comprende los hechos de un tercero y los procedentes de una autoridad, también denominados ‘hechos del príncipe’”. ZUSMAN TINMAN, Susana. *Ob. cit.*, pág. 77. La distinción teórica desarrollada por la autora tiene su origen en el Digesto que diferenciaba ambos vocablos, al de “fuerza mayor” lo subsumía en

como correlato que se produzca una reducción proporcional de la contraprestación. Aquí surge una interrogante: ¿Pero qué sucede si el acreedor ya no desea para sí el bien por razón del deterioro? Ubiquémonos en el caso en que dicho deterioro hace inútil el bien para el acreedor ¿Sería justo que tenga que recibir el bien? Para nosotros si el deterioro es de naturaleza tal que le resulta inútil al acreedor, entonces, en lugar de recibir la cosa deteriorada con disminución proporcional de la contraprestación, puede optar por disolver la relación obligatoria. *Ergo* la determinación unilateral de su voluntad puede extinguir el vínculo como expresamente lo regulaba el artículo 1177 del Código Civil de 1936 facultando que el acreedor podrá disolver la obligación o recibir la cosa en el estado en que se halle, con disminución proporcional del precio, si lo hubiese.

7. Apreciaciones finales:

A manera de conclusión resaltamos las principales ideas:

1. Primero, sostenemos que la obligación es aquella situación jurídica compleja en la que una persona (acreedor) tiene un derecho (crédito) que le permite exigir de otra (deudor) un comportamiento, por lo que ésta última tiene un deber de prestación. En ese sentido sostuvimos que la noción de prestación toma en cuenta como elemento determinante de la definición del objeto de la obligación no tanto la conducta del deudor, sino a la satisfacción del interés del acreedor.

2. Segundo, esbozamos una noción de obligación con prestación de dar teniendo en consideración la *titularidad*, señalamos que estas son aquellas cuya conducta comprometida consiste en el traslado de un bien determinado del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor, dicha transferencia que se realiza en realidad es un intercambio de titularidades pues puede ocurrir que el bien físicamente ya se encuentre en el patrimonio del acreedor por lo que únicamente habría una modificación de sujeto titular.

3. Abordamos el riesgo, en un primer momento como una categoría ontológica abstracta y posterior a ello, como un constructo jurídico. Asimismo la relación de esta con la denominada Teoría del Riesgo

la tensión antinómica libertad-autoridad; mientras que al de “caso fortuito”, lo refería a una exigente de culpa, en función de acontecimientos, hechos, etc. diríamos exteriores a la voluntad de las partes.

teniendo como correlato el artículo 1137 del Código Civil en función a la pérdida y deterioro del bien cierto.

4. Por último, analizamos las distintas reglas que establece el artículo 1138 en función cuando no es viable el cumplimiento específico de una relación obligatoria de dar bienes ciertos dándose sucesivamente el efecto anormal (patológico) que consiste en la indemnización de daños a cargo del deudor, o bien puede disolverse la obligación sin indemnización de daños en el caso de no existir responsabilidad del deudor. Para ello, la Teoría del Riesgo nos permitió examinar cada supuesto y determinar quien carga con los riesgos durante la existencia de la obligación, y qué consecuencias se dan ante la ocurrencia de ellos.

El Derecho, en especial el de las Obligaciones, ya sea mediante su praxis legislativa, jurisprudencial y doctrinal, debe mostrarse atento a nuevos escenarios que superen el cumplimiento normal (y diligente) de la prestación, debido a que la existencia de riesgos es permanente en cualquier relación obligatoria. Hoy en día la confianza es mermada pues el incumplimiento se puede dar por razones imprevistas e irresistibles ajenas a esta, no obstante, la excesiva patrimonialización de la obligación y un evidente economicismo práctico como beneficio conlleva a que vuelva surgir la usual y seductora expresión “donde hay más riesgo, hay más provecho”.

Lima, agosto del 2012.
Los autores.