

El problema de la imposibilidad de recibir la prestación



MARTÍN KÓSA MUÑOZ*

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Jefe de Prácticas del curso de Derecho de las Obligaciones de la Universidad de Lima.



SUMARIO:

- I. Introducción al problema.
- II. Marco conceptual.
- III. La imposibilidad de recibir en el marco de la cooperación del acreedor como relación obligatoria.
- IV. La imposibilidad de recibir y la mora del acreedor.
- V. Una aproximación a la solución del problema desde la naturaleza de la prestación.

* El autor desea expresar su agradecimiento al profesor Luciano Barchi Velaochaga por sus amables comentarios y aportes en el desarrollo del presente artículo. No obstante ello, las opiniones aquí expresadas son de exclusiva responsabilidad del autor.

RESUMEN:

En el camino entre contraer una obligación y ejecutar la prestación debida puede sobrevenir determinada perturbación en la esfera del acreedor que, sin ser imputable a este, imposibilite de manera definitiva su cumplimiento. Se generaría así una lesión del crédito. Una de las interrogantes del presente artículo gira en torno al análisis que busca determinar si el obstáculo insuperable a la recepción del bien o conducta objeto de la prestación determinado por un hecho no imputable a las partes podrá ser incluido como un supuesto de imposibilidad sobreviniente de la misma prestación o, si por el contrario, se resuelve de manera distinta a dicha hipótesis.

Palabras clave: Derecho Civil, obligaciones, mora del acreedor, imposibilidad de la prestación, acreedor.

ABSTRACT:

On the path between contracting an obligation and its execution, a certain disturbance may arise for the creditor, that without being attributable to him, may turn the compliance of the obligation unachievable. One of the inquiries in this article revolves around whether an unbearable obstacle in the reception of a good or conduct object of an obligation determined by an occurrence not-attributable to the parties, may be considered an scenario of supervened impossibility of the execution of the obligation, or on the other hand, is resolved in a different manner.

Keywords: Civil Law, obligations, delay of the creditor, impossibility of the execution of the obligation, creditor.

Italia, 1987. Los esposos Renato y Elena Di Majo contratan con la empresa Best Tours un paquete turístico guiado a dos ciudades de Egipto por la suma de 6'816,000.00 liras italianas. Sin embargo, un mes antes del viaje, los cónyuges toman conciencia que no podrán acudir al mismo debido a un diagnóstico de adenosis esclerosante, fibroesclerosis y lipomatosis en la señora Di Majo. En efecto, lejos de viajar, ella se somete a una operación quirúrgica y a posteriores cuidados de recuperación, siendo acompañada en el proceso por su marido.

Paralelamente los señores Di Majo reclaman a la empresa el reembolso del monto ya pagado –íntegramente y por anticipado–, sobre la base que les había sido imposible recibir la prestación contratada. Best Tours se niega, argumentando

que no se le podía considerar imputable por la imposibilidad de la prestación, puesto que el origen de la misma se encontró dentro de la esfera del acreedor y que, en todo caso, los esposos Di Majo pudieron haber cedido su cupo a terceros.

La controversia llega a los tribunales y en el transcurso del proceso la señora Di Majo fallece debido a la enfermedad¹.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA.

En el desarrollo de las conductas y cooperaciones necesarias para la ejecución de la prestación debida puede sobrevenir determinada perturbación en la esfera del acreedor, sin embargo no imputable a este, que imposibilite definiti-

1. *Cfr.: Sentenza del Tribunale di Milano N° 12480/92 del 11 de diciembre de 1992.* Aunque en primera instancia el juez declara fundada la pretensión reconociendo la resolución del contrato y dictando la restitución de prestaciones en base a la imposibilidad de recibir la prestación, el tribunal de apelación revocó dicha sentencia considerando que la vulneración sin culpa del deber ("dovere") de cooperación de parte del acreedor impide la constitución en mora de este, mas no produce el efecto liberatorio o resolutorio pues, entre otros, ello supondría poner a cargo del deudor –listo a cumplir su prestación– las consecuencias de la imposibilidad sobreviniente. Curiosamente el legislador italiano luego reguló en sentido contrario (D.Lgs. n.111/1995; Codice del consumo art. 86, lit. d), otorgando al viajero la facultad de recesar el contrato y ver recuperado el depósito –excluyéndolo de la categoría de arras y del alcance del artículo 1385 del Codice Civile– en base a elemento sobreviniente no imputable ("fatto sopraggiunto non imputabile"). Respecto a las tendencias jurisprudenciales italianas en la tutela del turista en situaciones de imposibilidad de recibir la prestación ver: CISTARO, Mariangela. *Diritto del Turismo e Tuttele*. Italia: Halley Editrice, 2006, pp.71-75.

vamente la recepción del bien debido² y, por ende, genere la objetiva insatisfacción crediticia.

De forma similar a los esposos Di Majo, el alumno que no pueda recibir las clases particulares contratadas debido a una enfermedad impeditiva, el turista que estuviera imposibilitado de acudir a determinado crucero o viaje guiado por motivo de conscripción o leva obligatoria o, tal vez, el empresario que viera destruido por incendio el local en donde había contratado una presentación musical, son algunos de los ejemplos característicos en la reducida jurisprudencia y doctrina comparada que versa sobre el tema.

El ordenamiento civil peruano no define ni regula de forma expresa una solución al problema, siendo además que las herramientas positivas para aproximarnos a ella son relativamente limitadas.

Esencialmente encontramos que el Código Civil, en su artículo 1431, resuelve la imposibilidad sobreviniente de la prestación sin culpa de las partes extinguiendo la obligación y resolviendo el contrato. Y luego, en el mismo sentido, los artículos 1315 y 1316 del Código Civil regulan las obligaciones de imposible ejecución debido a causas no imputables a las partes, incluyendo sus figuras específicas tales como el caso fortuito y la fuerza mayor.

Teniendo esto en cuenta, se explica la usual tendencia por parte de los operadores jurídicos locales a no advertir el fenómeno de la imposibilidad de recibir la prestación y a tomarla como imposibilidad de ejecutarla, aplicando directamente o por simple analogía, alguna de los dispositivos legales arriba indicados.

Por lo tanto, el problema surge al preguntarse si estos artículos comprenden únicamente las

situaciones en las que el deudor se ve imposibilitado de ejecutar la prestación o, si por el contrario, este impedimento a la ejecución de la prestación con posterior extinción del vínculo también se aplicará a aquellos supuestos no imputables que abstienen permanentemente a la parte creditoria de realizar las acciones para recibir el bien o conducta debidas por su contraparte, quien para estos efectos asumimos se encuentra en disposición –e incluso en interés– de realizar los actos de ejecución a su cargo.

II. MARCO CONCEPTUAL.

En el contexto de las múltiples operaciones económicas realizadas diariamente a través de las relaciones obligatorias jurídicamente tuteladas, los escenarios en los que el pago es realizado y como consecuencia se logra el interés creditorio, serán evidentemente más comunes que aquellas en las que se produce una determinada alteración que frustre total o parcialmente la satisfacción de dicho interés. Sin embargo, son estos últimos escenarios los que presentan una complejidad en su resolución, al ser solucionados en forma supletoria a lo esperado originalmente por las partes al momento de la celebración del negocio.

Ahora bien, la primera interrogante, muy poco estudiada por la doctrina y la jurisprudencia nacional, es si dentro de estas alteraciones, más precisamente llamadas hipótesis de lesión del crédito, podemos aislar la imposibilidad definitiva de recibir la prestación por parte del acreedor como un supuesto específico.

Siguiendo a Díez-Picazo, podemos clasificar a las formas básicas de lesión del derecho de crédito en aquellas situaciones de prestación inexacta o de prestación defectuosa –“*Slecht-leistung*”– y en las situaciones de no prestación

2. A lo largo de este artículo usaremos los términos “recibir” y “cooperar” como sinónimos, prescindiendo de la diferencia que ciertos autores realizan entre ellos, restringiendo el uso del primero para supuestos de obligaciones de dar y del segundo para obligaciones de hacer. Nótese, sin embargo, que son estas últimas –y más precisamente las obligaciones de hacer que no concluyen en un dar– en donde con mayor frecuencia se requerirá la participación activa del acreedor y por lo tanto en cuyo marco se presentará el problema de imposibilidad de recibir la prestación.

–“Nichtleistung”³–, clasificación que por cierto se encuentra recogida en el artículo 1314 de nuestro Código Civil.

Las primeras, situaciones de prestación inexacta, se encuentran referidas a escenarios en los que la conducta realizada por el deudor no se ajusta enteramente con el proyecto de prestación o a los requisitos de regularidad del pago. En palabras del profesor, son “*aquellos casos en que el comportamiento solutorio llevado a cabo por el deudor no se ajusta a los presupuestos o condiciones que el pago reclama para producir plenos efectos liberatorios y satisfactivos*”⁴. Como ejemplos de ellas en el marco de nuestro ordenamiento es posible distinguir al cumplimiento defectuoso, al cumplimiento parcial, y al cumplimiento tardío de la obligación.

Por el contrario, las situaciones de no prestación constituyen supuestos en los que no se han realizado actos para la satisfacción del interés crediticio, a saber: el incumplimiento, el retardo, y la imposibilidad sobreviniente de la prestación. A su vez, como indica Pontecorvo, el origen del hecho causa de la imposibilidad puede derivar tanto de hecho del deudor, de hecho de tercero, de medida legislativa o administrativa, o de hecho del propio acreedor⁵. En el problema bajo análisis, nos interesa estudiar cualquiera de estas formas de imposibilidad, siempre que la misma mantuviera dos características: (i) Se produzca sin culpa de las partes, y (ii) afecte definitivamente la capacidad de recepción del bien por parte del acreedor.

En dicho marco, entonces, dilucidaremos si el obstáculo insuperable a la recepción del bien o

conducta objeto de la prestación determinado por un hecho no imputable a las partes podrá ser incluido como un supuesto de imposibilidad sobreviniente de la misma prestación o, si por el contrario se resuelve de manera distinta a dicha hipótesis.

III. LA IMPOSIBILIDAD DE RECIBIR EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN DEL ACREEDOR COMO RELACIÓN OBLIGATORIA.

La cooperación del acreedor se encuentra esencialmente compuesta por los recursos y acciones necesarios para satisfacer una necesidad determinada y propia del mismo acreedor. Sin embargo, su contenido no se agota en ello, sino que en aplicación del principio y deber jurídico *alterum non laedere*,⁶ también consistirá en realizar todo aquello que sea física y jurídicamente permitido para que el deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo, cooperando así con este para su efectiva liberación.

Sobre este particular, existe cierta discusión doctrinaria sobre hasta qué punto dicha cooperación resulta jurídicamente exigible en la forma de una obligación distinta y autónoma a la debida por el deudor.

En opinión de determinado sector, como Wayar, el acreedor será “*sujeto pasivo de ciertos deberes de conducta jurídicamente obligatorios (...), [entre ellos] el deber de contribuir a la materialización del pago, esto es, el deber de cooperación del acreedor*”, dando a entender así la existencia de una obligación autónoma a la asumida por el deudor originario⁷.

3. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Segunda Edición, Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 673.

4. DIEZ-PICAZO, Luis. *Op. Cit.*, p. 698.

5. PONTECORVO, Armando. “*L'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*”. En: *Teoria e Pratica del Diritto*, N° 134. Italia: Giuffrè Editore, 2007, p. 25.

6. ULPIANO, compilado en las *Institutiones*, 1, 1, 3-4 *Juris*, de Justiniano, ya establecía como Preceptos Fundamentales del Derecho el “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”, traducidos de manera clásica como “*vivir honestamente, no causar daño a nadie y dar a cada uno lo que es suyo*”.

7. WAYAR, Ernesto. “*Derecho Civil, Obligaciones*”, Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 24. En: BARCHI VELA OCHAGA,

En el mismo sentido, Osterling y Castillo Freyre señalan que “los actos de colaboración del acreedor constituyen, en buena cuenta, obligaciones que en muchos casos pasan desapercibidas como tales, pues son apreciadas como obligaciones de ‘segundo rango’ o de ‘segunda categoría’”⁸.

Finalmente, para Luzzatto “(...) existen argumentos sustanciales para reconocer la existencia de obligaciones relativas a varias especies de cooperación del acreedor en la ejecución de la prestación debida por el deudor”⁹.

Extender los alcances de la cooperación creditoria atribuyendo a esta la naturaleza obligatoria supone defender la existencia de una obligación en el marco de otra distinta, con la dificultad conceptual que ello significa. Sin embargo, a nuestro criterio, se debe notar que esta visión del conjunto obligacional permitiría tomar al evento causante de la imposibilidad de recibir la prestación como un hecho directamente subsumible dentro del supuesto previsto en el artículo 1315 del Código Civil.

En efecto, frente a la producción del hecho no imputable que le impida recibir el bien y reúna las características de imprevisibilidad, irresistibilidad y extraordinariedad descritas en el artículo 1315, el deudor –siempre de acuerdo a esta posición–, podrá aducir la constitución de un evento de fuerza mayor que le impide la ejecución de una obligación determinada a su cargo: la de coope-

rar con el deudor originario y recibir la prestación. Del mismo modo, el asumir la cooperación como una obligación distinta a la principal liberará al acreedor originario de responsabilidad en tanto correspondería la aplicación directa de los artículos 1314 y 1316 a dicha obligación de imposible cumplimiento por causa no imputable.

Así, el alumno cuya sobreviviente sordera le impidiera recibir las lecciones de música podría argüir que la ejecución de su obligación de cooperar con la prestación del profesor particular –por ejemplo, recibir las lecciones de música– fue impedida a causa de un evento de fuerza mayor, extinguiéndose en virtud del primer párrafo del artículo 1316 del Código Civil.

No obstante, para la mayoría de la doctrina moderna¹⁰, la cooperación del acreedor no tiene naturaleza obligatoria, sino que constituye un ejemplo de carga a favor del acreedor, quedando el deudor en situación de sujeción respecto del primero. Concordamos con esta posición¹¹, teniendo en cuenta que no resulta adecuado calificar el comportamiento de cooperación como *debido*, sino más precisamente como un *tener que hacer para luego poder tener*.

Como bien describe Zatti¹², no siempre las normas impondrán una conducta, siendo que en algunos casos, se limitarán a establecer que cierto resultado pueda ser obtenido solo por

Luciano. “¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones”. En: *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, p. 654.

8. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, María. *Tratado de las Obligaciones*, Tomo XIV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 2306.
9. LUZZATTO, Ruggero. *La compraventa según el nuevo Código Civil Italiano*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953, p. 460.
10. Para un mayor análisis de ambas posiciones, confrontar: BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *Op. Cit.*, y OSTERLING PARODI, Felipe. “Mora del Acreedor”. En: *Código Civil Comentado*, Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
11. Una excepción, sin embargo, la puede constituir aquellas obligaciones en las que el deudor hubiera manifestado expresamente un particular interés en su ejecución, como por ejemplo, el artista que quisiera realizar una presentación en determinado festival, el abogado que deseara patrocinar cierto caso de público interés, el cirujano en una intervención médica nunca antes realizada, etc.
12. ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto privato*, Novena Edición. Padua: Editorial CEDAM, 2003, pp. 71-95.

quien realice un determinado comportamiento, sin encontrarse obligado a ello.

De esta manera, una parte –acreedor– como titular del derecho subjetivo –crédito–, tendrá el poder de determinar un cambio de la situación jurídica de la otra parte –deudor–. No obstante, esto no siempre dependerá de la exclusiva voluntad del agente, sino que requiere de un trabajo, de una carga –la recepción del bien–, para obtener la determinada modificación a la realidad jurídica deseada –satisfacción del interés creditorio–.

Sobre esta base, la abstención voluntaria de la conducta para lograr el referido resultado de satisfacción no deberá ser interpretada como una hipótesis de incumplimiento, sino como una simple inacción respecto de un poder otorgado por la fuente de la obligación que, como luego veremos, generará otro tipo de consecuencias¹³.

Bajo el mismo orden de ideas, tampoco la abstención derivada de la imposibilidad de colaborar podrá constituir al acreedor originario como deudor de una obligación distinta tornada de imposible cumplimiento por causa no imputable.

IV. LA IMPOSIBILIDAD DE RECIBIR Y LA MORA DEL ACREEDOR.

La falta de satisfacción del propio interés del acreedor a consecuencia de su ausencia de cooperación para que el deudor ejecute los actos de entrega del bien debido a menudo derivará en la figura de la mora del acreedor, la misma que traslada al acreedor tanto el riesgo de la pérdida

del bien como la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del retraso.

Analizaremos aquí si la imposibilidad de recibir la prestación por causas no imputables al acreedor generará y se encontrará integrada a la figura de la mora del acreedor o, si en cambio, adopta una naturaleza y efectos diferentes¹⁴.

Esta manera de aproximarse al problema de la imposibilidad de recibir la prestación ha sido especialmente tratada y discutida en la doctrina alemana a partir de la Primera Guerra Mundial, en tiempos en los que las relaciones entre trabajadores y empleadores eran reguladas esencialmente por el Derecho Civil.

Así, y como consecuencia de los graves problemas logísticos, militares y sociales que a su vez propiciaban cierres temporales de locales y negocios, los juristas germanos tuvieron que preguntarse quién debería hacerse cargo del llamado “riesgo de empresa”. En otras palabras ¿podía el dueño de la fábrica paralizada por una bomba, convulsión social o escasez de insumos argüir la imposibilidad de la prestación y dejar de pagar el salario a los trabajadores o, por el contrario, tenían derecho estos últimos a declarar la mora del acreedor en tanto desde su lado no tenían inconvenientes para ejecutar sus obligaciones?

Si bien en base a consideraciones sociales la respuesta este tipo específico de interrogante fue apartándose progresiva y jurisprudencialmente de la codificación civil hasta llegar a una regulación laboral propia¹⁵, la discusión dejó aportes interesantes en el estudio de aquellos casos

13. En el mismo sentido, Barchi concluye que “la colaboración del acreedor no es una obligación, caso contrario sería deudor y no habría fundamento para regular la mora ‘creditoris’”. BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *Op. Cit.*, p. 656.

14. Tan sutil llegaría a ser la diferencia entre ambas que, por ejemplo, Hedemann llega a asociarlos indistintamente, advirtiendo que “es difícil y discutida la delimitación entre este concepto –la mora del acreedor– y la imposibilidad de la prestación. En el supuesto de que, por ejemplo, los trabajadores acudan puntualmente al trabajo, pero la corriente eléctrica esté interrumpida, lo mismo puede considerarse que se está ante una imposibilidad que ante la no aceptación del servicio por parte del dador del trabajo, es decir, concebirlo como mora del acreedor”. HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derecho de Obligaciones*, Vol. III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 187.

15. En nuestro ordenamiento, a través del artículo 15 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N°. 003-97-TR y 21 y ss. del Reglamento de la Ley de

distintos a los relacionados con la suspensión del contrato de trabajo.

La mora del acreedor o *mora credendi* es, como la explica Díez-Picazo, "aquella situación en la cual se produce un objetivo retraso en la producción del resultado de prestación como consecuencia de un comportamiento que es debido a una causa imputable al acreedor"¹⁶. Como consecuencia de dicho retraso el ordenamiento atribuye al acreedor el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación¹⁷ y la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados¹⁸.

La mora del acreedor se encuentra regulada en el artículo 1338 de nuestro Código Civil, el cual exige los siguientes presupuestos para su constitución: (i) El ofrecimiento de la prestación por parte del deudor; (ii) la negativa del acreedor a aceptarla realizando los actos requeridos para ello; y (iii) la ausencia de motivo legítimo en dicha negativa.

Es discutido si el requisito de ausencia de motivo legítimo exige realizar un análisis de imputabilidad en la conducta del acreedor para descartar la existencia de culpa o, si en cambio, la ausencia de motivo legítimo en la mora del acreedor se constituye independientemente del factor subjetivo de atribución, quedando sujeta exclusivamente a ciertos caracteres objetivos de la prestación.

En efecto, la primera postura exige el elemento de culpa por parte del acreedor para que la falta de cooperación pueda constituirse en mora del acreedor –*mora accipiendi culpata*–. En palabras de Osterling constituir en mora al acreedor sin previa culpa, "sería injusto, ya que representaría una infracción de la regla general de la mora: 'no hay mora sin culpa'; la misma que pregona la necesaria presencia del dolo o de la culpa (en cualquiera de sus grados) para la existencia de la mora. Además, sería inquitativo, a todas luces, que para que el deudor se encuentre en mora sí se requiera que haya actuado culposamente, en tanto que no se estaría previendo esta misma exigencia para que el acreedor se halle en tal situación"¹⁹.

Aquellos que se adhieren a esta posición suelen sustentarla en una interpretación analógica del requisito de imputabilidad en el retardo deudor y, a nivel local, en la adscripción que hace nuestro Código Civil al sistema de responsabilidad subjetiva en materia de inexecución de obligaciones²⁰.

En resumen, de acuerdo a la *mora accipiendi culpata* solo se verá constituido en mora aquel acreedor que se abstenga de recibir o cooperar con la recepción del bien por motivo imputable a este –ya sea mediante culpa o dolo– siendo que todos los demás supuestos de abstención no generarán dicho estado sino, más bien, un simple

Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo N°. 001-96-TR, el cual llega a establecer una definición de "caso fortuito" y "fuerza mayor" distinta a la civil, y que se resuelve, una vez verificada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, a través de la suspensión del contrato de trabajo.

16. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II. Madrid: Civitas - Thomson Reuters, 2009, p. 737.
17. Artículo 1340 del Código Civil: "El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor".
18. Artículo 1339 del Código Civil: "El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso".
19. OSTERLING PARODI, Felipe. "Mora del Acreedor". En: *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 803.
20. Incluso dicha adscripción será discutida, y aun cuando por razones de espacio no sea posible aquí tratar esta polémica, es de interés la posición seguida por quienes sostienen que nuestro Código adopta un sistema objetivo. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "Inimputabilidad en la Inejecución de Obligaciones". En: *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Tercera Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, pp. 627-646.

retardo en la recepción del bien, enmarcado en cierta posición de desventaja para el deudor.

En este sentido, el adoptar este sistema significará que el obstáculo no imputable al acreedor que genere la imposibilidad de recibir la prestación vendría a ser considerado *motivo legítimo* y esto a su vez impedirá la constitución de la mora creditoria, abriendo la puerta a otro tipo de solución al problema²¹.

Por otro lado, en contraposición a la aproximación subjetiva del requisito de culpabilidad, hay quienes interpretan el *motivo legítimo* usando un criterio objetivo, o de *justa causa*, para constituir la mora creditoria.

Este planteamiento, razonando innecesario llegar al examen de imputabilidad de la conducta del acreedor, asume que mientras no medie ninguna razón objetiva en justificación de su conducta, el acreedor será responsable por el retardo en la recepción del bien. Estas razones estarán siempre relacionadas a los requisitos de oportunidad, integridad, localización y temporalidad del pago de la prestación debida y de ahí el carácter objetivo de la justificación.

En otras palabras, como señala Barchi, el concepto de *justa causa* o *mora accipiendi inculpada*, permitiría la exclusión de la mora del acreedor en, por ejemplo, "el ofrecimiento de entregar una cosa distinta a la debida; o el ofrecimiento de ejecutar parcialmente la prestación; o el ofrecimiento anticipado de pago cuando el plazo se ha estable-

cido en beneficio del acreedor o de ambas partes; o cuando el ofrecimiento de pago comprende el capital pero no los intereses"²².

Esta posición, a diferencia de la *mora accipiendi culpata*, determina que el acreedor vea trasladado hacia a él los efectos de la mora creditoria por todos aquellos sucesos ocurridos ya no en la esfera de riesgos controlables por él, sino en su esfera jurídica en general.

Así, en categórica opinión de Trimarchi, "puede ser justificada la negativa de recibir la prestación ante una oferta inexacta o parcial o hecha prematuramente si el término se hubiera establecido en interés del acreedor. Fuera de estos casos, la falta de cooperación determina la mora del acreedor"²³. Siguiendo esta postura, también será mora creditoria aquella falta de cooperación del acreedor motivada por un hecho no imputable a él que la imposibilite definitivamente, solucionando en apariencia nuestro problema planteado al inicio de estas líneas.

En efecto, la persona que hubiera contratado a un artista para que pinte un retrato suyo y luego no pueda cooperar posando para el mismo por motivo de una permanente enfermedad impeditiva, se vería, por ejemplo, constituido en mora, trasladándosele los riesgos y costos asociados.

En palabras de Von Tuhr, "para que la negativa de recibir la prestación se estime injustificada, basta que el acreedor no pueda invocar ninguna razón objetiva en abono de su conducta. Para los

21. Por ejemplo, en tesis de Pontecorvo, "l'impossibilità in cui il creditore si trovi, di ricevere la prestazione determina, parallelamente, l'impossibilità del debitore di prestare, com'è dimostrato dall'art. 1206, che impedisce la mora del creditore allorchè sussiste un "motivo legittimo" di rifiuto della prestazione". PONTECORVO, Armando. *Op. Cit.*, p. 27.

22. BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. *Op. Cit.*, p. 657. No obstante, para el autor, también constituirán *justa causa* las circunstancias que inspiradas en la buena fe, permiten la tutela del crédito u otro interés legítimo del acreedor, tales como la cooperación asociada a un riesgo sobre su persona, o patrimonio, o aquella gravosa, difícil o imposible para el acreedor. Nosotros entendemos esta última referencia como imposibilidad transitoria, puesto que la definitiva generará otros tipos de efectos, como intentaremos explicar más adelante.

23. En el original italiano: Cfr: TRIMARCHI, Pietro. *Istituzione di Diritto Privato*, Quindicesima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 306. "Il rifiuto di ricevere la prestazione può essere giustificato di fronte a un'offerta inesatta, o parziale, o fatta anzitempo, se il termine è stabilito nell'interesse del creditore (artt. 1197 comma 1, 1181, 1208, n.3 e 4 cod. civ.). Fuori di questi casi, la mancata cooperazione determina la mora del creditore".

efectos de la mora creditoria, es indiferente que medien, o no razones personales (v.gr., enfermedad, circunstancias imprevistas, error acerca del objeto de su crédito) que le impidan la aceptación, o que el acreedor adolezca de culpa²⁴.

La lógica de esta parte de la doctrina guardaría, además, aparente concordancia con la justificación de la llamada Teoría del Riesgo puesto que en el marco de obligaciones recíprocas el acreedor permanecería obligado a la contraprestación²⁵.

A pesar de ello, no podemos sencillamente dejar de lado que el adoptar el sistema de la justa causa o *mora accipiendi inculcata* para resolver el problema de la imposibilidad de recibir significa, a nuestro juicio, extrapolar impropriamente los alcances de la mora a la imposibilidad definitiva de la prestación, en tanto el carácter transitorio de la primera. Como bien señala Crome, la discordancia entre los conceptos de mora e imposibilidad, incluso terminológica, es evidente²⁶.

En efecto, no se debe omitir la contraposición entre la naturaleza definitiva e impositiva del tipo de imposibilidad que aquí estudiamos y el carácter limitado en el tiempo y revestido de posibilidad de la situación moratoria. Si

bien esta parecerá compatible con la imposibilidad transitoria de recepción, ¿Qué sucederá en caso el impedimento del acreedor sea definitivo o irrazonablemente duradero?, ¿Acaso la mora y sus efectos se prolongarán indefinidamente? La lógica nos señala que no y que la prestación debería quedar extinta, pero bajo la aplicación de la figura de la mora del acreedor en general y de justa causa en particular no vemos camino en Derecho para llegar a este resultado²⁷.

Con diferente análisis pero similar conclusión, Larenz señala que *"tampoco puede admitirse la existencia de mora del acreedor cuando la actuación prestatoria del deudor, en cuanto en él radique, sea todavía posible, pero la finalidad del contrato expresada en su contenido se haya hecho inalcanzable, desapareciendo así las bases objetivas del negocio por causas ajenas a la voluntad y a la esfera de influencia del acreedor y que frente al mismo pueden considerarse como un caso de fuerza mayor"*²⁸.

De forma acertada Cottino explica la confusión de los autores que excluyen la relevancia de la imposibilidad de recibir en razón a la supuesta presencia de la *mora accipiendi*, señalando que estos deben primero comprobar si la imposibilidad de recibir está comprendida dentro del esquema de la imposibilidad de la prestación y solo después de

24. VONTUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 312.

25. Ante el supuesto de la imposibilidad de la prestación por causas no imputables a las partes, las codificaciones civiles suelen penalizar al deudor con la pérdida del derecho a la contraprestación, asumiendo éste una situación de desventaja en el sinalagma *-periculum est debitoris-*, en tanto al generarse la imposibilidad en el marco de su esfera, se le presume encontrarse en una mejor posición para evitarla. Así, en el supuesto de la imposibilidad de recibir la prestación, aparentemente debiera el acreedor, por analogía, cargar con el riesgo y ejecutar la contraprestación *-periculum est creditoris-*, dado que sería en la esfera del mismo que se produce la imposibilidad y por lo tanto estaría mejor situado para sortearla.

26. CROME, CARLO. *Teorie fondamentali delle obbligazioni*. Milano: 1908, p. 116. En: COTTINO, Gastone. *L'impossibilità di ricevere o di cooperazione del creditore e l'impossibilità della prestazione*. En: *Rivista del Diritto Commerciale*, Vol. XLVI, Milán: p. 452.

27. Diverso escenario se producirá en el caso que el evento que determine la imposibilidad de la recepción se produzca luego de la constitución en mora del acreedor, siendo aquí que el riesgo lo asumirá el acreedor conforme el artículo 1340 del Código Civil.

28. LARENZ, Karl. *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 381. El profesor de la Universidad de Kiel, sin embargo, tampoco adjudicaba las reglas de la imposibilidad sobreviniente a este supuesto, sino que planteaba que el acreedor pueda rehusar la prestación que ha quedado sin finalidad y negar la contraprestación quedando obligado a indemnizar los gastos a la otra parte.

los resultados de dicho examen intentar afirmar o negar la existencia de la mora del acreedor²⁹.

V. UNA APROXIMACIÓN A LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA DESDE LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN.

Para poder afirmar que la imposibilidad de recibir se encuentra enmarcada como un supuesto que genera la imposibilidad de la prestación, consideramos se debe partir primero del concepto mismo de esta última, fenómeno jurídico que en nuestra opinión no debe ser estudiado únicamente desde la perspectiva del acto de cumplimiento del deudor.

En efecto, para dar respuesta a nuestro problema creemos que es esencial reconocer que la prestación como objeto de la obligación no se agota en el acto del deudor en sí, por lo menos en un sentido material.

Diez-Picazo agudamente advierte de ese riesgo al recordar que la prestación también debe ser vista como *"un plan o un 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 ideal o intelectual de un acontecimiento que se aspira que sea realidad en un momento posterior"*³⁰.

Creemos que esta programación de la conducta de prestación a cargo del deudor no solo comprende los actos a ejecutarse por el deudor para su liberación, sino que la misma también comprende –siempre en el plan proyectado al momento de la celebración del negocio por ambos el deudor y el acreedor–

la realidad crediticia en el marco de la cual dichos actos se ejecutan.

Ya Titzze³¹ mencionaba que los presupuestos del cumplimiento del deudor los constituyen de un lado la actividad del deudor y del otro la porción del mundo exterior *"ein Stück der Aussenwelt"* sobre la cual es ejercida la primera.

En similar posición, Cottino³² explica que siendo el acreedor el sujeto al que se encuentra destinado el objeto de esta, no es posible hacer abstracción de su persona en caso se deba determinar si existe o no cumplimiento de la prestación y, en idéntica lógica, tampoco en la determinación de la imposibilidad de ejecutarla.

Esta porción del mundo exterior o en palabras de Larenz *"aquello en lo cual o con lo cual ha de verificarse la prestación"*³³, podrá ser de naturaleza objetiva o subjetiva, tomando la forma de una cosa o conjunto de cosas –por ejemplo, el teatro objeto de un incendio cuyos dueños habían contratado un reconocido artista– como también de la propia persona del acreedor entendida en un sentido material –por ejemplo, la facultad visual del alumno que recibía clases privadas de fotografía–.

Evidentemente, en determinados casos será necesario realizar un análisis minucioso que permita deslindar del sustrato de la prestación aquellas simples dificultades que impactan adjetivamente en la esfera y el interés del acreedor sin llegar a impedir la recepción de la prestación. Se trata, para Ambrosoli, de

29. COTTINO, Gastone, *Op. Cit.*, p. 453.

30. DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p.271.

31. TITZE, *"Die Unmöglichkeit der Leistung"*, Braunschweig: 1853, p.90. En: COTTINO, Gastone, *Op. Cit.*, p. 449.

32. COTTINO, Gastone, *Op. Cit.*, p. 451. El profesor italiano advierte que incluso la figura de la mora accipiendi no deja de lado la satisfacción del interés creditorio –al otorgar remedios como la consignación del bien o la traslación de los riesgos y costas pero no la extinción del vínculo obligatorio–. Así tampoco, en su opinión, debería dejarla de lado el análisis de la imposibilidad de la prestación.

33. LARENZ, Karl, *Op. Cit.*, p.381.

descartar aquellos casos en los que la imposibilidad de la finalidad incide solamente en la utilidad de la prestación dejando íntegra la posibilidad de la misma³⁴.

La secuencia que hemos descrito conduce inevitablemente a la integración conceptual de la imposibilidad de cooperar o recibir la prestación desde la esfera del acreedor con la imposibilidad de ejecutar desde la del deudor. Como indica Cottino, no se trata de asimilar los efectos de la primera a la segunda, sino más bien de reconocer que son *dos aspectos de una única realidad jurídica*³⁵.

Sobre la base de ello y respondiendo a nuestra interrogante inicial podemos afirmar que dentro de las hipótesis de lesión del crédito la imposibilidad de recibir la prestación se encuentra subsumida como una situación de no prestación en la forma de imposibilidad. No diferente a la que se vería expuesto el deudor a causa de un hecho impeditivo en su esfera de actuación.

Dicha acotación dogmática resulta de especial relevancia al significar que la imposibilidad de recibir la prestación no se resolverá analógicamente a las normas que regulan la imposibilidad sobreviniente de la prestación. Por el contrario, en nuestra opinión la aplicación de los artículos 1315 y primer párrafo del 1316 del Código Civil, salvando el error de este último³⁶, debe ser directa. Así, por ejemplo, el alumno que deviene en invidente y por lo tanto ya no podrá tomar clases privadas de fotografía, solicitará la resolución del contrato y la restitución de las prestaciones –menos

lo efectivamente aprovechado– al profesor particular, sobre la base que la *prestación* –enseñanza– no será ya posible.

Ahora bien, en los contratos con prestaciones recíprocas o contratos sinalagmáticos, bajo el primer párrafo del artículo 1431 el problema de distribución de riesgos aparenta ser más complejo al perder el deudor el derecho a la contraprestación. Como se pregunta Cabella Pisu en el marco del ordenamiento italiano, la duda es si se debe aplicar de plano la regla de la imposibilidad o si por el contrario a esta es necesario agregar un correctivo que remedie los gastos incurridos por el deudor conexos a la actividad preparatoria del cumplimiento³⁷.

Sobre este particular, y con excepción de los efectivamente aprovechados por el acreedor, consideramos que el ordenamiento civil vigente no contiene dispositivos que permitan la mitigación del *casum sentit debitor* restituyendo gastos o pérdida de ganancias que pudiera haber sufrido el deudor en la preparación de la prestación devenida en imposible de ser recibida. Tampoco veríamos el motivo, salvo razones extra jurídicas, al encontrarse la imposibilidad de recibir integrada a la figura de la imposibilidad de la misma prestación.

En este sentido, no olvidamos que el Derecho como elemento ordenador dinámico debe estar a la par de los cambios producidos dentro del tejido social y económico del que es parte. Al igual que por consideraciones sociales se reguló una especial manera de resolver este problema en los contratos de trabajo, consideraremos válido un eventual debate en torno a la reposición de

34. Cfr.: AMBROSOLI, Matteo. *La sopravvenienza contrattuale*. Italia: Giuffrè Editore, 2002, pp. 262-264.

35. COTTINO, Gastone. *Op. Cit.*, p. 452.

36. En efecto, el artículo 1316 del Código Civil donde menciona la inexecución de la prestación debió hacer referencia a la imposibilidad, apartándose de su antecedente el artículo 1256 del Codice Civile italiano. Como indicáramos al inicio de este trabajo, ambos conceptos guardan una relación de género y especificidad en el marco de las hipótesis de lesión del crédito. Así, aplicando la redacción vigente de manera literal, se llegaría al absurdo de considerar extinta una obligación no ejecutada por causa de simple retardo.

37. CABELLA PISU, Luciana. "La risoluzione per impossibilità sopravvenuta". En: VISINTINI, Giovanna (dir.). *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I. Italia: CEDAM, 2009, p. 514.

gastos incurridos por la parte deudora en caso se produzcan nuevas relaciones de colaboración e intercambio que por su especial naturaleza hagan necesaria la regulación de excepciones a la regla general del primer párrafo del artículo 1431.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe advertir también que ante el supuesto de imposibilidad de la prestación el mismo artículo 1431 a través de su segundo párrafo permite la traslación convencional de los riesgos al acreedor, lo que en la práctica ocurre en diversos tipos de contrataciones usualmente afectos al riesgo de la imposibilidad de recibir la prestación –contratos educativos, de turismo, de transporte, entre otros³⁸. Aplicando la integración de las figuras comentadas, creemos que nada impide a las partes considerar incluidos en dichos pactos la restitución de gastos en el evento que se pro-

duzca la imposibilidad de la prestación causada por la incapacidad de recibirla.

Finalmente, y aunque razones de espacio nos impide discutirlo aquí, creemos que resultará interesante también analizar la procedencia de la aplicación de las normas que regulan la inexigibilidad de la prestación en casos similares a los de imposibilidad de recibir la prestación. En este sentido, por ejemplo, si bien el cónyuge superviviente del caso introductorio podría físicamente acudir al paquete turístico contratado, nadie esperaría que realizase un sacrificio emocional desproporcionado como lo sería vacacionar a las semanas de haber enviudado siendo, sin embargo, muy complejo determinar la línea entre la determinación de una imposibilidad sobreviniente o por el contrario la ocurrencia de una prestación excesivamente onerosa *de recibir*³⁹.

38. En este sentido, no serán raros, por ejemplo, los pactos de no devolución de la matrícula escolar, la pensión universitaria, el boleto de avión, o el paquete turístico, que fueran abonados previamente y no aprovechados por el acreedor "por cualquier causa (incluyendo las no imputables)".

39. Si bien la imposibilidad no ha de confundirse con la mera dificultad, hay mucha similitud entre la figura de la imposibilidad con la "prestación con dificultad extraordinaria" o "prestación exorbitante", que acarrea la no exigibilidad de la misma. Como anota Ennecerus, "la dificultad extraordinaria se ha de considerar (...) como imposibilidad liberatoria si en el tráfico es equiparado a la imposibilidad, de suerte que no pueda exigirse al deudor que venza esa dificultad". ENNECERUS, Ludwig. *Derecho de las Obligaciones*, Vol. I, Segunda Edición, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1954, p. 154. Las reglas de aplicación para la inexigibilidad sin embargo, suelen variar con las de la imposibilidad, otorgándole en el primer caso al deudor la elección entre (i) cumplir voluntariamente y exigir la contraprestación, (ii) solicitar al juez la modificación de las prestaciones; o (iii) invocar la excesiva onerosidad para resolver el contrato.