

MILAGROS KOTEICH KHATIB\*

*El límite de la responsabilidad del deudor:  
del casus romano a la 'imposibilidad' de la pandectística*

---

\* Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [milagros.koteich@uexternado.edu.co].

RESUMEN: Los ordenamientos pertenecientes a la familia del *civil law* han sido tributarios de un sistema coherente de principios en materia de responsabilidad contractual, edificado este durante el curso del derecho romano y codificado más tarde en el ordenamiento francés (y sus epígonos). Algunos de estos ordenamientos han recibido luego la influencia de la Pandectística alemana, lo cual los ha llevado a introducir ciertos elementos de cambio que han debido, a la postre, interpretarse a la luz de las viejas concepciones para, de ese modo, darles una dimensión acorde con los *principios* del sistema. En las líneas que siguen se considera cómo el concepto de “imposibilidad objetiva y absoluta” vino en algunos ordenamientos a ocupar el lugar que tradicionalmente le estaba reservado al *casus* en calidad de límite de la responsabilidad contractual, con los problemas que ello ha acarreado.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad contractual, caso fortuito, fuerza mayor, causa extraña, imposibilidad.

Al Profesor SCHIPANI, con gratitud por todo cuanto nos heredó (un método, un mejor conocimiento sobre nosotros mismos, un compromiso), y admiración por la forma en que supo transmitirlo.

## I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad contractual es una de esas materias que hacen del conjunto de las legislaciones latinoamericanas un sistema identificable, particularmente por el que es su denominador común: la influencia romanista heredada de los códigos de ANDRÉS BELLO (Chile) y de VÉLEZ SANSFIELD (Argentina), y también de los trabajos de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação das Leis Cíveis* y *Esboço do Código Civil*, que luego hicieron de base del Código Civil de Brasil de 1916), los cuales, basados en el ordenamiento jurídico vigente para su época (*Siete Partidas* y *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*), coadyuvaron en lo que fue la transfusión del derecho romano en América Latina.

Sin embargo, dentro de ese cuadro general, luego se han introducido, siguiendo a la Pandectística, ciertos elementos portadores de cambios, que en muchos casos no han sido capaces de integrarse en forma natural a los distintos ordenamientos jurídicos que los han recibido; por lo que han debido ser la doctrina y la ciencia jurídica en general las llamadas a dar soluciones, realizando una lectura acorde con los postulados —precisamente— de la tradición<sup>1</sup>.

Es lo que sucede en particular con lo relativo al *límite* de la responsabilidad civil contractual, pues, mientras para la tradición romanista y los códigos inspirados en ella (el francés y el colombiano, entre otros) este se encuentra constituido por el caso fortuito o de fuerza mayor, para la Pandectística alemana y para aquellos ordenamientos que han recibido su influencia dicho límite está representado, en cambio, por la ‘imposibilidad’ *objetiva y absoluta* de cumplimiento, con todos los desafíos interpretativos que una noción tal plantea, como pasaremos a explicar enseguida.

## II. EL MODELO FRANCÉS: EL CASUS

### A. CASO FORTUITO O DE FUERZA MAYOR

Siguiendo la tradición romana en materia de criterios de imputación y de liberación de responsabilidad, encontramos que el incumplimiento o *inexécution de l'obligation*<sup>2</sup> imputable al deudor constituye la base del sistema codificado de la

---

1 Cfr. R. CARDILLI. “Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: l'esempio della responsabilità contrattuale”, en *Roma e America. Diritto romano comune 1*, Padova, 1996, p. 79-113, 89.

2 Art. 1147 del *Code civil*. Es de destacar que la noción de *inexécution* prevista en el *Code civil* tiene

responsabilidad contractual en el derecho francés<sup>3</sup>; y su límite, en el sentido de que en su presencia no se responde, el caso fortuito o de fuerza mayor.

Dicho modelo, basado en la noción de un incumplimiento imputable, es el mismo adoptado en países como Chile (art. 1547 C.C.), Colombia (art. 1604 C.C.)<sup>4</sup>, Argentina (art. 513 C.C.), Brasil (art. 879 C.C.)<sup>5</sup>, Venezuela (art. 1271 C.C.), México (art. 2104 C.C.), Cuba (art. 293 C.C.) y Uruguay (art. 1342 C.C.), entre otros.

Sin embargo, es necesario resaltar que la transfusión en América Latina de las normas del derecho romano relacionadas con la materia que nos ocupa se considera que fue aún más ‘pura’ de lo que pudo haber sido en Europa (excepción hecha del Código Civil español –art. 1101–); a pesar de que en muchos casos la misma se haya realizado gracias a la influencia del *Code civil*. Así por ejemplo, en el derecho latinoamericano se acogieron al pie de la letra las nociones y los términos técnicos empleados en el derecho romano en la materia bajo análisis; mientras que en el *Code civil*, en cambio, fue necesario apelar a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia para encontrar el sustento romanista de algunas de sus nociones atinentes a la responsabilidad por incumplimiento. El ejemplo paradigmático de lo que aquí se señala es el de la *culpa*, que no se halla expresamente enunciada en las normas relacionadas con los criterios de imputación del incumplimiento dentro del *Code civil* (salvo, tangencialmente, en lo que hace al deber de custodia de la cosa que debe entregarse –previsto en el art. 1137–, donde se hace referencia a la diligencia del “*bon père de famille*”), sino que ha sido la ciencia jurídica la que ha debido dar a sus extremos normativos una interpretación *acorde* con los criterios tradicionales romanos, en el sentido de que “causa imputable” *equivale*, pues, a culpa<sup>6</sup>.

---

un carácter unitario (a diferencia de lo establecido en el BGB, como veremos más adelante), en el sentido de que abraza todas las formas en las que el mismo puede verificarse: incumplimiento total, cumplimiento tardío, parcial o defectuoso.

- 3 Cfr. J. BONNECASE. *Tratado elemental de derecho civil*, trad. ENRIQUE FIGUEROA ALFONZO, México D.F., 1995, p. 876 ss.; R.J. POTHIER. *Traité des obligations*, en *Oeuvres*, I, Bruselas, 1831.
- 4 Aun si en los ordenamientos de Chile y Colombia, como en todos aquellos que acogieron el modelo de Bello, encontramos la tridivisión de la culpa, que no se encuentra presente en el *Code civil*.
- 5 La referencia es al primer Código Civil de Brasil, esto es, el de 1916. Las normas correspondientes en el Código Civil vigente (2002) serían los artículos 392 y 393.
- 6 Cfr. más en CARDILLI. “Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: l’esempio della responsabilità contrattuale”, cit., p. 101 y 86; É. CORTÉS. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 92 ss., 141 ss.

El incumplimiento, en cambio, no resulta imputable al deudor cuando el mismo obedece a un caso fortuito o de fuerza mayor, dado que se comporta como una causal de exoneración de responsabilidad (salvo en los casos en que el deudor se haya ofrecido espontáneamente a hacerse cargo de él, o haya sido moroso en restituir o entregar la cosa, o cuando “en virtud de su negligencia haya sobrevenido el caso fortuito”)<sup>7</sup>.

En efecto, nacido en el derecho privado romano en calidad de *límite* de la responsabilidad contractual<sup>8</sup>, el caso fortuito o de fuerza mayor se encuentra hoy consagrado en los diferentes ordenamientos jurídicos<sup>9</sup> como aquel evento que

---

7 Respecto de esta última hipótesis (“en virtud de su negligencia haya sobrevenido el caso fortuito”) debemos decir que no es posible, en realidad, que, siendo el caso fortuito un evento esencialmente ajeno a la voluntad del deudor, pueda producirse por alguna participación de este último. Es un contrasentido hablar de caso fortuito *producido* por culpa del deudor, dado que cuando exista algún grado de culpa el deudor queda imposibilitado para probar los extremos clásicos del caso fortuito, la imprevisibilidad y la irresistibilidad; se trata, pues, de conceptos excluyentes: el incumplimiento se produce o por culpa del deudor o por caso fortuito, pero no puede tratarse de caso fortuito producido por culpa del deudor. Lo que puede suceder, en cambio, es que al caso fortuito *preceda* culpa del deudor (inspirados en un caso presente en las fuentes romanas—D. 13.6.18 pr.—, podríamos dar el ejemplo de un comodatario que ha tomado en préstamo una vajilla de plata para ofrecer una cena en casa, la cual resulta destruida, p. ej., por un trueno que cae en el campo abierto a donde, transgrediendo un límite contractualmente impuesto, había llevado la misma), en cuyo caso este resultará responsable precisamente de esa *culpa* suya y no del caso fortuito propiamente dicho. En este sentido, resulta más apropiada la redacción del Código Civil de Uruguay (art. 1343, y también art. 1322) cuando dice: “No se deben daños y perjuicios, cuando el deudor no ha podido dar o hacer la cosa a que estaba obligado o ha hecho lo que le estaba prohibido, cediendo a fuerza mayor o por caso fortuito. No se entienden comprendidos en la regla antedicha, los casos siguientes: (...) Si el caso fortuito ha sido precedido de alguna culpa suya, sin la cual no habría tenido lugar la pérdida o inejecución”.

8 Cfr. A. BELLO. *Derecho romano*, t. XVII, 2ª ed., Caracas, 1981, p. 134 ss., y los pasajes D. 19.2.25.6; D. 50.17.23 *in fine*; D. 13.6.18; Cód. 4.24.1.6. En D.3.5.10 encontramos la noción de caso fortuito en lo que hace a la *negotiorum gestio*; en D. 13.6.5.4 y D. 44.7.1.4 para el comodato; en D. 19.2.9.3 para la *locatio-conductio*; y en C. 8.21.2.1 para la prenda convencional.

9 El Código Civil colombiano tiene al caso fortuito como el imprevisto a que no es posible resistir (art. 1º de la Ley 95 de 1890 que subroga al art. 64 C.C.) que exonera de responsabilidad al deudor, salvo si el caso fortuito “ha sobrevenido por su culpa”, o si el deudor se encontraba en mora antes de su advenimiento y se trataba de un caso fortuito que no hubiera dañado la cosa de haber sido entregada al acreedor, o si lo había asumido convencionalmente a su cargo (art. 1604, incs. 2º y 3º). En los mismos términos se expresan el Código Civil chileno (arts. 45, 1547, incs. 2º y 3º, y 1673) y el Código Civil ecuatoriano (arts. 30, 1590, incs. 2º y 3º, y 1716). El Código Civil argentino (art. 514) señala: “caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”, por cuya causa se exonera al deudor de responsabilidad (art. 513), salvo en los mismos tres casos que señalan la generalidad de los códigos, es decir, cuando dicho caso fortuito se haya producido

impide el cumplimiento de la obligación no obstante haber usado el deudor toda la diligencia a la que estaba obligado<sup>10</sup>, y que para ser tal debe reunir determinadas características, como son la imprevisibilidad (que ni el más diligente padre de familia lo hubiese podido pronosticar) y la irresistibilidad (que aun previsto, sea insuperable)<sup>11</sup>, lo cual debe apreciarse no solo con base en las circunstancias

---

“por culpa del deudor”, cuando este estuviera en mora al momento de producirse el caso fortuito, o cuando lo hubiese asumido a su cargo. El Código Civil mexicano (art. 2111), de su parte, señala que nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa y contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se lo impone. El Código Civil cubano (art. 99, num. 1, letra b) en un concepto unitario (es decir, único para la responsabilidad contractual y extracontractual) señala que no generan responsabilidad civil para “su autor” los daños y perjuicios que se causen por fuerza mayor o caso fortuito (es evidente la falta de precisión en la redacción del artículo, pues, para los efectos de la exoneración de la responsabilidad, no puede el deudor ser ‘el autor’ o el responsable del advenimiento de este evento). El Código Civil de Brasil de 1916 señalaba (art. 1058): “El deudor no responde por los perjuicios resultantes del caso fortuito, o fuerza mayor, si no se había responsabilizado por ellos en forma expresa, excepto en los casos de los arts. 955, 956 y 957. Parágrafo único.- El caso fortuito, o de fuerza mayor, está constituido por el hecho necesario, cuyos efectos no era posible evitar, o impedir”. En los mismos términos se expresa el artículo 393 C.C. brasileño de 2002.

- 10 CARDILLI, analizando la tesis de LUZZATTO, señala: “el término *casus* aparecía ya en los textos clásicos, ello indicaba pura y simplemente aquel evento, aquel singular supuesto de hecho del cual el deudor no respondía; mientras que solamente a los compiladores post clásicos y justinianos sería de atribuir, siempre en el ámbito de la responsabilidad contractual, la transformación del término, en el sentido de aquel evento que excede del deber de *diligentia* ordinario del deudor, y del cual, precisamente porque lo excede, este resulta exonerado”: R. CARDILLI. *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, p. 79. Cfr. también C.M. BIANCA. *Commentario al codice civile. Dell'inadempimento delle obbligazioni*, dirigido por F. GALGANO (arts. 1218-1229), Bologna-Roma, 1979, p. 98 ss.
- 11 Cfr. F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 771 ss., con la jurisprudencia allí citada; E. MADURO L. y E. PITTIER S. *Curso de obligaciones*, t. I, 11ª ed., Caracas, 2004, p. 218 ss. De su parte, Ph. LE TOURNEAU. *La responsabilidad civil profesional*, trad. J. TAMAYO J., de la 1ª ed. de 2005, Bogotá, 2006, p. 20-24, habla de tres características o condiciones para que se dé el caso fortuito o de fuerza mayor, a saber: la *irresistibilidad*, que en materia contractual se traduce en la imposibilidad de cumplimiento de la obligación; la *imprevisibilidad* (según sentencia de Cas. Civ., Sala Segunda, de 13 de julio de 2000, *Bull. civ.* II, n.º 126, entre otras; contrapuesta a la tesis de la Sala Primera y la Sala Comercial, para las cuales esta condición no es indispensable); y la *exterioridad* en relación con la actividad del deudor (según sentencia de Cas. Civ., Sala Primera, de 29 de octubre de 1985, *Bull. civ.* I, n.º 273; pero que, al igual que el anterior, no siempre es exigido); siendo las dos últimas características, en realidad, indicio o reflejo de la primera. En cambio, G. VISINTINI. *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª ed., Padova, 1999, p. 164, al hablar de los requisitos esenciales del caso fortuito (*rec.*: causa no imputable), prescinde de la previsibilidad, para establecerlos luego en la extraneidad y la inevitabilidad. Esta, en realidad, responde a una orientación moderna más generalizada, en el sentido de que en los diferentes

objetivas sino también en las individuales propias del deudor, para lograr hacer de esa una valoración casuística, dirigida a lograr una “respuesta sensata, a la vez que equitativa”<sup>12</sup>.

Precisamente, con base en estas dos características el propio derecho romano quiso diferenciar el caso fortuito (*casus*) de la fuerza mayor (*vis*), definiendo el primero como el acontecimiento que no puede evitarse ni preverse (p. ej., una inundación), y la segunda, como aquel acontecimiento que aun siendo previsto, no puede ser evitado, por externo e irresistible, ni por el más diligente *pater familias* (p. ej., un acto del soberano)<sup>13</sup>.

Sin embargo, la situación cambiaría en edad posterior, pues ya en época de los glosadores rara vez se hizo distinción entre esos dos fenómenos, y desde la Glosa Ordinaria de Acursio, y más recientemente en el Código de Napoleón, se ha tendido a identificarlos.

No obstante, algunos autores (entre ellos JOSSEMAND y EXNER), y también alguna jurisprudencia francesa (sentencia de 13 de febrero de 1930, p. ej.) siguieron levantando diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor, con el objeto de negar poder exoneratorio al primero, diciendo que el mismo constituye un hecho que, si bien es súbito, es inherente a la cosa misma, a su empleo, a su funcionamiento (p. ej., la explosión de una caldera o la avería de una maquinaria), por lo cual solo tendría poder exoneratorio si el deudor aporta la prueba de que su origen es externo a la actividad que desarrolla o a los instrumentos que emplea (con lo que, a la postre, reuniría las características de la fuerza mayor). Por fuerza mayor, en cambio, se tiene aquel evento externo al funcionamiento de la cosa, imprevisible e irresistible que impide el cumplimiento de la obligación (p. ej., una inundación, el hecho del príncipe, la guerra, una invasión), que tiene por efecto exonerar de responsabilidad al deudor<sup>14</sup>. Como se ve, el criterio de distinción deja de ser subjetivo (previsibilidad, irresistibilidad) para pasar a ser *objetivo*, en el sentido de que se trata, en definitiva, de un sistema de repartición de los riesgos contractuales: aquellos propios de la actividad que desarrolla el deudor y aquellos que le son ajenos<sup>15</sup>.

---

ordenamientos se tiende hoy a obviar la exigencia de la imprevisibilidad, para concentrarse en la irresistibilidad.

12 Cfr. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 776.

13 Cfr. sobre el tema A. D'ORS. *Derecho privado romano* (10ª ed.), Pamplona, 2004, p. 496 ss.; MIQUEL, J., *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, p. 288 ss.

14 Cfr. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 774.

15 L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN. *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, 2005, p. 201; VI-

Esta tendencia ha ejercido su influencia también en algunos otros ordenamientos<sup>16</sup>, si bien la tesis mayoritaria sigue siendo la que sostiene que caso fortuito

---

SINTINI. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 161 ss., 659; ID., “Inadempimento”, en *Enciclopedia Giuridica* Treccani, XVI, Roma, 1988; ID., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 10 ss.

- 16 PÉREZ VIVES, en Colombia, defiende la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, siguiendo para ello el pensamiento de JOSSE RAND. El autor ha esquematizado los argumentos que han esgrimido los diferentes doctrinantes para diferenciar estas dos figuras, así: “1.- El primero sostiene que el caso fortuito es un acontecimiento natural que ocasiona un perjuicio, como una inundación o un temblor, mientras que la fuerza mayor sería no un acontecimiento natural, sino proveniente de una persona distinta de aquella sobre la cual pretende la víctima descargar la responsabilidad del perjuicio, como sería una orden o prohibición de la ley o de una autoridad (acto del príncipe). 2.- El segundo argumento reposa sobre la idea de que el caso fortuito se conformaría con los eventos ‘menos importantes’, y la fuerza mayor con aquellos más importantes. 3.- La tercera teoría expresa la idea de que la fuerza mayor es un evento irresistible, y el caso fortuito uno imprevisible. 4.- De su parte, Colin y Capitant sostienen que el caso fortuito constituye una relativa imposibilidad de cumplimiento, mientras que la fuerza mayor constituye una imposibilidad absoluta de cumplimiento. 5.- Jossierand ha esgrimido la teoría de la exterioridad, es decir, considera caso fortuito aquel evento que proviene de la esfera interna del deudor (y que, por tanto, no lo exonera de responsabilidad), en tanto que la fuerza mayor es un evento externo al campo de actividad del deudor”: A. PÉREZ VIVES. *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, 1951, p. 432 ss. En la jurisprudencia colombiana encontramos que el Consejo de Estado (p. ej., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 20 febrero de 1989, año XLIV, t. CXVI, n.º 499-500, p. 1415-1416) establece diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, dándole siempre fuerza liberatoria a esta última, y cuestionando tal efecto respecto del caso fortuito, al decir que “la fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, al paso que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado por cuanto, precisamente, la causa inmediata del daño es imputable de todas maneras a la estructura misma de la cosa o actividad por la cual debe responder el demandado. Si bien la causa desconocida demuestra la ocurrencia de culpa del demandado, por no serle exterior no suprime la imputabilidad del daño”. Criterio este que no es compartido en la actualidad por la Corte Suprema de Justicia de Colombia (otrora, en cambio, se encuentran sentencias que acogen la distinción: Tribunal Supremo, 20 de abril de 1944, t. LVII, p. 149, 2º; 24 de junio de 1942, G.J., 1986, p. 658). Por su parte, el artículo 922 C.Co. colombiano, en su momento, también levantó diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor, al decir que aquel solo tendría los efectos liberatorios de esta última cuando reuniera sus elementos constitutivos; pero esta disposición fue modificada por el artículo 10 del Decreto 01 de 1990, que dice así: “El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña”. En Venezuela, así como en Italia, no obstante el intento de algunos de levantar diferencias, la doctrina mayoritaria ha aceptado que legalmente las nociones de caso fortuito y de fuerza mayor son sinónimas: cfr. MADURO y PITTIER. *Curso de obligaciones*, cit., p. 222; VISINTINI. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 161 ss. El legislador uruguayo (art. 1343), de su parte, inspirado en el *Code civil*, prevé el caso fortuito y la fuerza mayor en un mismo concepto y los utiliza indistintamente.

y fuerza mayor son una misma cosa<sup>17</sup>, en virtud de que la ley no los distingue —por lo que mal podría hacerlo el intérprete—<sup>18</sup>.

Finalmente, en esta materia algunos códigos hablan en términos de “causa extraña no imputable” para referirse a aquella área del incumplimiento que no puede ser imputada al deudor. En los códigos que la contienen como causal de exoneración de responsabilidad, el caso fortuito o fuerza mayor constituye su paradigma<sup>19</sup>, por lo que es a partir de él que se definen las demás hipótesis (el hecho exclusivo de la víctima y el hecho de un tercero)<sup>20</sup>. En los ordenamientos donde se habla únicamente de caso fortuito o fuerza mayor, las demás subespecies de causa extraña deben normalmente entenderse comprendidas en dicha noción, lo que significa que es el intérprete quien debe determinar si en una determinada norma y contexto se habla del caso fortuito en sentido abstracto (como comprendiendo no solo el caso fortuito en sentido estricto, sino además el hecho exclusivo de la víctima y el hecho de un tercero), o si más bien se hace en sentido estricto.

El *Code civil*, por ejemplo, contiene contemporáneamente ambas nociones, la de causa extraña no imputable y la de caso fortuito. La primera se encuentra en el artículo 1147, el cual señala que el deudor se encuentra obligado a la reparación en los casos en que haya causado un daño a otro y no pueda justificar que la inejecución proviene de una *cause étrangère qui ne peut lui être imputée* —dejando claro que dentro de esta quedan comprendidas otras hipótesis además del caso fortuito—<sup>21</sup>; mientras que el artículo 1148 se refiere solo y específicamente al caso fortuito o de fuerza mayor, diciendo que no hay lugar a indemnización por daños y perjuicios cuando a causa de una *force majeure ou d'un cas fortuit* el deudor se ha visto impedido a dar o a hacer aquello a lo que estaba obligado o ha hecho lo que le estaba prohibido.

17 Cfr., por todos, HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 774 ss.; A. VALENCIA ZEA y A. ORTIZ. *Derecho civil*, t. III, 9ª ed., Bogotá, 1998, p. 258, 378 ss.

18 URIBE HOLGUÍN, R., *De las obligaciones y del contrato en general*, Bogotá, 1980, p. 118.

19 Cfr. LE TOURNEAU. *La responsabilidad civil profesional*, cit., p. 20.

20 Aun si no se habla en términos de causa extraña en el ordenamiento colombiano, sus diferentes hipótesis son pacíficamente admitidas. A título de ejemplo, cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de febrero de 1995, rad. S-021-95, M.P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO: “Su defensa, entonces, no puede plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero”.

21 Cfr. VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Traité de droit civile. Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., Paris, 1998, p. 217 ss.

Por su parte, en Italia el *codice civile* de 1865 (art. 1225), siguiendo en este sentido al *Code civil*, hablaba también en términos de “causa extraña no imputable”, y consagraba, a su vez, la noción de caso fortuito o de fuerza mayor (art. 1226) en la misma parte general en la que estaba contenida la primera. Luego, con el *codice civile* de 1942 (art. 1218) se suprimió el término ‘extraña’ y se consagró solo como ‘causa no imputable’, por haberse considerado que hay motivos que aun proviniendo de la esfera interna del deudor (con lo que dejarían de ser extraños al mismo) pueden resultarle no imputables (como una enfermedad que impide el cumplimiento, p. ej.)<sup>22</sup>; y de otra parte, se desplazó la noción de caso fortuito o de fuerza mayor a la parte especial del código<sup>23</sup>. Adicionalmente, según la letra de este, la noción de ‘causa no imputable’ ya no se relaciona directamente con el *inadempimento* (incumplimiento) o el *ritardo* (retardo), sino con la *impossibilità* (imposibilidad), tal como veremos más adelante.

La influencia del *codice civile* vigente en esta materia resulta palmaria en el Código Civil peruano de 1984<sup>[24]</sup>, al hablar este de caso fortuito en términos de ‘causa no imputable’, que tiene por efectos la extinción de la obligación<sup>25</sup> y, en consecuencia, la exoneración de responsabilidad del deudor<sup>26</sup>; y también en el Código Civil de Bolivia de 1976, el cual señala que la obligación se extingue cuando se produce una imposibilidad definitiva de cumplimiento de la prestación debida a una ‘causa no imputable’ al deudor<sup>27</sup>.

Por último, también el Código Civil venezolano, influenciado por el *codice civile* de 1865, habla simultáneamente de ‘causa extraña no imputable’<sup>28</sup> y de caso fortuito y fuerza mayor<sup>29</sup>, tal como sucede además con el Código Civil uruguayo<sup>30</sup>.

---

22 Cfr. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 161.

23 Arts. 1007, 1017, 1492, 1609, 1635, 1648, 1686, 1693, 1694, 1787, 1805, 1839, 2037, 2051, 2052, 2743 del *codice civile*.

24 Art. 1315 C.C. de Perú.

25 Art. 1316 C.C. de Perú.

26 Art. 1317 C.C. de Perú.

27 Art. 1316 C.C. de Bolivia.

28 Art. 1271 C.C. venezolano.

29 Arts. 1272 y 1344 C.C. venezolano.

30 Arts. 1322, 1342 y 1343 C.C. de Uruguay. La jurisprudencia uruguaya normalmente exige que la causa extraña no imputable represente una imposibilidad absoluta y objetiva para el cumplimiento, pese a que del tenor de las normas en cuestión no se deduce tal exigencia. Cfr. GAMARRA, J., *Responsabilidad contractual*, t. I-II, Montevideo, 1996, p. 49.

## B. ASUNCIÓN CONVENCIONAL DEL RIESGO O *PERICULUM*

Si bien la regla es que el deudor no responde ante un evento de caso fortuito o de fuerza mayor, las partes pueden, en ejercicio de la autonomía privada, convenir lo contrario; posibilidad esta consagrada ya desde el derecho romano, primero para casos particulares, relacionados con el depósito y el comodato, y luego como criterio general en virtud de la *regula iuris* contenida en D. 50.17.23<sup>[31]</sup>, la cual establece que las reglas sobre responsabilidad allí establecidas solo se aplican si las partes no han convenido una cosa diferente<sup>32</sup>.

Ello en atención a que las normas relativas a la responsabilidad contractual son, en general, de carácter dispositivo, en la medida en que no regulen materia de orden público<sup>33</sup>.

Cuando las partes entran a modificar dicho régimen general pueden, de hecho, estar pactando—además de una exoneración o una limitación— una agravación de la responsabilidad<sup>34</sup>, cual ocurre cuando el deudor asume la eventualidad de la ocurrencia de *todo* caso fortuito o de *alguno en particular*<sup>35</sup>.

31 D. 50.17.23. ULPIANO, Comentarios a Sabino, libro XXIX.—Ciertos contratos admiten solamente el dolo malo, y otros, el dolo y la culpa; solamente dolo, el depósito y el precario; dolo y culpa, el mandato, el comodato, la venta, el recibimiento en prenda, la locación y también la acción de dote, y de tutela y la gestión de negocios; en estos, ciertamente se responde también de la diligencia. La sociedad y la comunión de bienes, admiten así el dolo como la culpa; pero esto es así, si no se convino expresamente alguna cosa, o más o menos, en cada contrato, porque se observará lo que se convino al principio, pues dió la ley del contrato, excepto lo que opina CELSO, que no es válido si se hubiere convenido que no se responda del dolo, porque esto es contrario al principio de la buena fe; y así lo observamos. Mas de los accidentes de los animales, y de las muertes que sobrevienen sin culpa, de las fugas de los esclavos que no suelen estar custodiados, de las rapiñas, tumultos, incendios, avenidas de agua y acometida de ladrones, no se responde por nadie”.

32 Efectivamente, en las relaciones obligatorias tuteladas con *iudicia bonae fidei*, el criterio legal de imputación de la responsabilidad podía, dentro de ciertos límites, ser alterado por las partes contratantes, quienes estaban facultadas, por ejemplo, para excluir la responsabilidad por culpa o por custodia, o para incluirla cuando no estuviera prevista (cfr. V. ARANGIO RUIZ. *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968, p. 386 ss.); también podían las partes incluir la responsabilidad por caso fortuito, por cuanto con ello no se alteraba la esencia de la obligación ni se violaba la *fides bona* (D. 19.2.9.2); pero lo que, como en el derecho moderno, se encontraba prohibido era el *pactum de dolo non praestando*, por el que se buscaba anticipadamente no responder en caso de dolo (D. 2.14.27.3; D. 13.6.17 pr.; D. 16.3.1.6-7).

33 Arts. 1547, inc. 4°, 1558, inc. 3°, y 1673 C.C. chileno; 1604, inc. 4°, y 1616, inc. 3°, C.C. colombiano; 1590, inc. 4°, 1601, inc. 3°, y 1716 C.C. ecuatoriano; 1345 y 1552 C.C. uruguayo; 2117 C.C. mexicano; 1229 *c.c.* italiano; art. 1328 C.C. de Perú; art. 350 de Bolivia; § 276 BGB; entre otras.

34 Cfr. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 91 ss., con la bibliografía allí citada. Sobre la disponibilidad de las normas relativas a la responsabilidad contractual en derecho colombiano, cfr. E. RENGIFO. *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, Bogotá, 2002, *passim*.

35 Arts. 1732 C.C. colombiano; 1673 C.C. chileno; 513 C.C. argentino; 879 C.C. brasileño (de 1916

De manera que por este tipo de cláusulas el deudor acepta hacerse responsable *por más* de lo que es normal en derecho común, al asumir una obligación adicional que agrava su responsabilidad: la de hacerse cargo de los efectos nocivos del caso fortuito (sin que pueda pensarse en forma apriorística que una estipulación tal sea violatoria de la ley o de principios jurídicos superiores, dado que la misma será válida solo en tanto esté comprendida dentro de los límites imperativamente impuestos: el orden público y la buena fe).

### C. REPARTICIÓN DEL RIESGO O *PERICULUM*<sup>36</sup>

Ahora bien, si las partes –en ejercicio de su autonomía privada– no han dispuesto nada diferente, la obligación se extingue sin dar lugar a daños y perjuicios en los casos en que la prestación que constituye su objeto no pueda ya ejecutarse en virtud de un caso fortuito o de fuerza mayor<sup>37</sup>; y subentra en su lugar el tema de la repartición del riesgo contractual<sup>38</sup> (o *periculum*)<sup>39</sup>.

---

–correspondiente al art. 393 C.C. de 2002–); 1727 y 1344 C.C. venezolano; 1343, inc. 3°, y 1552, inc. 2°, C.C. uruguayo; 2017, n.º V, y 2111 C.C. mexicano; 1773 del *Code civil* (se refiere específicamente al contrato de arrendamiento, no obstante lo cual su solución puede aplicarse a otras figuras contractuales); entre otros.

- 36 Es necesario resaltar que la cuestión del riesgo contractual se plantea solo cuando el incumplimiento no puede ser imputado al deudor, y en esa medida se distingue y se halla separado, en estricto sentido, del problema de la responsabilidad contractual; no obstante, a los fines de definir la suerte de las prestaciones correspondientes cuando no es posible imputar al deudor el incumplimiento, creemos conveniente expresar algunas ideas sobre este tema.
- 37 Salvo que se trate de una prestación que tenga por objeto una cantidad de dinero u otra cosa fungible, pues mientras exista el género, existirá la posibilidad de cumplir con la prestación: *genus nunquam perit*, es decir, esta seguirá siendo posible (por lo que no subentra el problema de la *atribución del riesgo*). Algunas normas relacionadas con el riesgo son: arts. 1550 y 1670 C.C. chileno; 1607 y 1729 C.C. de Colombia; 1593 y 1713 C.C. ecuatoriano (al tenor de los arts. 1550 y 1670 chileno); 1161 y 1344, y también 1220 C.C. de Venezuela; 1138 y 1302 del *Code civil*; 1256 c.c. de Italia; 1156, 1316 y 1138 C.C. peruano; 379 y 380 C.C. de Bolivia; 1335 y 1549 C.C. uruguayo; 2024 y 2017, n.º V, del C.C. mexicano; 298, n.º I, y 299 C.C. cubano.
- 38 Este es un problema que se pone respecto de los contratos bilaterales, puesto que cuando se trata de contratos unilaterales el riesgo del contrato es siempre del (único) acreedor, en el sentido de que no se plantea en estos casos el dilema acerca de la suerte de la obligación correspondiente (respecto de aquella otra cuyo cumplimiento no es ya posible por una causa extraña al deudor), porque tal obligación no existe. Por otra parte, se habla aquí de los riesgos del contrato, pues los de la cosa, naturalmente, son siempre de su dueño, según la máxima *res perit domino*.
- 39 Sobre el *periculum*, cfr. MIQUEL. *Derecho privado romano*, cit., p. 289; TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 659. Por su parte, CANNATA, A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 92, señala que “aun si en el derecho romano no encontramos criterios generales sobre la materia, las reglas sobre responsabilidad y las reglas sobre el

Sin embargo, en esta materia debe distinguirse entre si el contrato es de aquellos relativos a la transferencia de la propiedad o si más bien atañe a otro tipo de derechos; pues solo en este último caso el incumplimiento de una de las partes debido a una causa no imputable, libera a la otra de sus obligaciones correlativas, al tiempo que ésta pierde el derecho de exigir el cumplimiento a su co-contratante (p. ej., contrato de arrendamiento en desarrollo del cual perece la cosa)<sup>40</sup>. Por el contrario, si el contrato es de aquellos atinentes a la transferencia de la propiedad, los riesgos son para el adquirente, aunque la tradición no se haya aún verificado, lo que significa que el vendedor (si hablamos de una compraventa) tendrá derecho a su contraprestación en los casos en que la cosa se destruya, deteriore o perezca en su poder en virtud de un caso fortuito o de fuerza mayor (a menos que ello ocurra por una culpa precedente suya o durante su mora, o habiendo él asumido convencionalmente tal riesgo).

Frente a la inequidad que pareciera desprenderse de esta solución, resulta útil detenerse en los tres sistemas existentes en lo relativo al riesgo en el contrato de compraventa, es decir, detenerse sobre las diferentes soluciones que se han formulado frente al evento de que la cosa perezca o se deteriore después de la celebración del contrato y antes de la entrega al comprador.

La primera de estas soluciones, acorde con el principio romano *periculum est emptoris*<sup>41</sup>, efectivamente considera que el comprador, aun no siendo propietario (por no haberse verificado aún el *modo*), soporta el llamado ‘riesgo del precio’,

---

riesgo concurren juntas a permitir al juez determinar, en una situación planteada por una de las partes, cuáles son las obligaciones residuales de la otra parte respecto de ella”. Cfr. J. 3.23.3 (para la venta), y Gayo 4.61. Según su etimología, *periculum* (que Servio ubicaba dentro de los criterios de imputación, y Labeón entre los límites de la responsabilidad –lo cual se acerca mucho más a nuestro sistema–) puede relacionarse, según señala D’ORS. *Derecho privado romano*, cit., p. 549, con “*experiri*”, que significaría “prueba”, pero por la implicación de “riesgo”, se aproxima a “*perire*” (de “*ire*”), perecer.

40 Tal como en el derecho romano, se aplica la máxima *periculum locatoris*, en el sentido de que el arrendatario solo está obligado a pagar la *merced* o canon en la medida en que haya podido gozar de la cosa arrendada. Cfr. D’ORS. *Derecho privado romano*, cit., p. 594 ss. En tal sentido, cfr. los artículos 1722, 1790 y 1867 del *Code civil* y 1588, 1635 y 1675 C.C. venezolano, relativos a tres diferentes contratos bilaterales no traslativos de propiedad, a saber, arrendamiento, obra y sociedad, respectivamente, que definen la suerte de la obligación del contratante que aun pudiendo cumplir se encuentra frente a la imposibilidad de cumplimiento no imputable de su co-contratante. En estos códigos no existe en realidad una norma general en la materia, sino que ha sido a partir de estas normas particulares que la doctrina ha extendido la aplicación de la teoría de los riesgos del contrato a otros supuestos.

41 Sobre el cual cfr. D’ORS. *Derecho privado romano*, cit., p. 548 y 582 ss. Según el adagio romano *cuius commoda eius et incommoda*, se sostiene que quien goza de las ventajas de una cosa (los frutos

por lo que se encontraría obligado a pagarlo, aun si la entrega no pudiera ya verificarse; la segunda sigue el llamado ‘principio de la *traditio*’ o germánico, por el cual el comprador carga con los riesgos solo a partir del momento de la entrega, lo que significa que si la cosa perece o se deteriora antes de que esta se verifique, no estará obligado a pagar; y para la tercera, el comprador se hace propietario al momento de la celebración del contrato, de allí que los riesgos naturalmente corran por su cuenta<sup>42</sup>, aun si la entrega no se ha verificado<sup>43</sup>.

La última es la solución adoptada por el *Code civil*<sup>44</sup> y, en consecuencia, también por el *codice civile*<sup>45</sup> y el Código Civil venezolano<sup>46</sup>, entre otros. La primera solución, en cambio, es la adoptada por el Código Civil colombiano (arts. 1876 y 1607)<sup>47</sup>, lo que implica que el comprador (acreedor de la cosa vendida) se verá obligado a pagar el precio de la cosa aun si su entrega es ya de imposible verificación; solución esta que ha recibido severas críticas por parte de la doctrina<sup>48</sup>,

---

desde la celebración del contrato y hasta la entrega de la cosa) debe soportar también sus riesgos (la eventual pérdida de la cosa en virtud de un caso fortuito).

42 Se aplica pues la regla *res perit domino*.

43 Cfr. R. KNÜTEL. “Augusto Teixeira de Freitas e il periculum nella compravendita”, en *Roma e America 1, Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas* (Roma, 12-14 de diciembre de 1983), a cargo de S. SCHIPANI, Padova, 1988, p. 489 ss.

44 En el ya citado art. 1138 del *Code civil*.

45 Art. 1376, que contiene el principio de la eficacia real del contrato. En la doctrina, cfr. F. DELFINI. *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, *passim*; G. GORLA. *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1954, p. 55 ss.

46 Art. 1161, que habla igualmente del principio consensualista en cuanto a la transmisión de la propiedad y otros derechos reales. Cfr., en la doctrina, J. MELICH-ORSINI. *La resolución del contrato por incumplimiento*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2003, p. 168 ss.; ID. *Doctrina general del contrato*, 2ª ed., Caracas, 1993, p. 797-824.

47 En relación con los contratos cuya prestación sea de hacer o no hacer, podemos citar los artículos 1518, inciso 3º, 1524 y 1604 C.C. colombiano. Frente a ellos, si la prestación de una de las partes resulta imposible, la obligación del co-contratante queda sin causa, por lo que no estaría más obligado a desarrollar la prestación objeto del contrato, pues la obligación se extingue y el acreedor no tendrá derecho a indemnización alguna y sí, en cambio, a la repetición de lo pagado.

48 “El art. 1607 prescribe ‘el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; ...’. Si bien esta solución es correcta para ciertos contratos, por ejemplo para la obligación del arrendatario, del depositario, del comodatario, del transportador en relación con la entrega que deben hacer el arrendador, depositante, comodante, consignante o destinatario de la cosa arrendada dada en depósito, en comodato o transportada, sin embargo, resulta absurda al aplicarla a la compraventa, según se advirtió, pues el acreedor de la cosa vendida es el comprador”: VALENCIA ZEA y ORTIZ. *Derecho civil*, cit., p. 384.

y que determinó a la postre la elección realizada en esta materia por el Código de Comercio colombiano de 1971 (art. 929): el riesgo en la compraventa mercantil, cuando se trate de cuerpo cierto, es, a diferencia de lo que sucede en la compraventa civil, de cargo del vendedor. En realidad, en todos los ordenamientos mencionados —excepción hecha del estatuto comercial colombiano— es la misma persona quien soporta el riesgo del contrato, solo que en algunos casos (el francés, el italiano, el venezolano) esta es ya propietaria de la cosa (contrato con eficacia real), mientras que en otros (como en el caso del estatuto civil colombiano), si bien es compradora, no es aún propietaria (contrato obligatorio).

### III. EL MODELO DE LA IMPOSIBILIDAD

#### A. EL CASO ALEMÁN

Como se ha expresado antes, el *casus* era el límite de la responsabilidad en el derecho privado romano, así como también lo es en el *Code civil* y en los otros ordenamientos jurídicos que en este se inspiraron; es luego, en la segunda mitad del siglo XIX, con la Pandectística alemana liderada por FRIEDRICH MOMMSEN, que se introduce la idea de la imposibilidad<sup>49</sup> —ajena al derecho común— en lugar del *casus*<sup>50</sup>, como límite de la responsabilidad contractual, con la consecuencia

49 A este respecto, ZIMMERMANN, R., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. ANTONI VAQUER ALOY, Madrid, 2000, p. 47 y 122 ss., señala: “encontramos un complejo sistema de reglas jurídicas que se han desarrollado alrededor de un concepto excesivamente artificial de imposibilidad, ideado por Friedrich Mommsen a partir de las reglas de derecho romano aplicables a las *obligationes stricti iuris*, lo que resulta paradójico, pues el moderno derecho contractual general procede del contrato consensual romano y no de las *obligationes stricti iuris*. La responsabilidad en los contratos consensuales, en particular la compraventa, debía ser enjuiciada de acuerdo con el estándar flexible de la buena fe, y no existía razón alguna para acudir a la estricta categoría de los tipos de incumplimiento específicos, que son característicos del moderno derecho alemán”.

50 Conviene recordar que, en Roma, “cuando se hablaba de ‘imposibilidad’ en el ámbito de la responsabilidad contractual se entendía precisamente el cumplimiento impedido por un caso fortuito. Con MOMMSEN, ese significado se sustituye por el de ‘imposibilidad’ de la prestación en sentido ‘naturalístico’, [q]ue se convertía en la única causa de liberación de la responsabilidad por incumplimiento, trasladando el juicio de la culpa a la ‘posibilidad’ en abstracto de la prestación”: CARDILLI. *Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema: l'esempio della responsabilità contrattuale*, cit., p. 90. Para visualizar esta imposibilidad de la Pandectística puede ser útil un ejemplo: un deudor, obligado a entregar unos animales en una ciudad vecina (que el acreedor pretende exponer en una feria), encuentra que todas las vías de acceso terrestre han sido bloqueadas por una manifestación, lo que le impide, no obstante haber empleado toda la diligencia que podía exigírsele (en cuanto a la preparación de los animales, el medio de transporte, etc.), cumplir su prestación en el tiempo

de que, si tal imposibilidad no constituye un obstáculo *objetivo y absoluto* para el cumplimiento de la prestación, el deudor responde incluso en presencia de un caso fortuito o de fuerza mayor.

A complicar la situación hermenéutica y sistemática —y en últimas, de inequidad— que dicho cambio introduce, se suma el hecho de que en el ordenamiento alemán no existe, como en el francés (*inexécution*) o incluso en el derecho anglosajón (*breach of contract*), un concepto unitario de incumplimiento, pues su sistema de responsabilidad no tiene, en realidad, por base esa noción<sup>51</sup>, sino dos nociones perfectamente delimitadas, como son: la imposibilidad (*Unmöglichkeit*)<sup>52</sup> de la que hablamos, y el retardo en el cumplimiento (*Verzug*)<sup>53</sup>; las cuales resultan insuficientes para abarcar todas las hipótesis de incumplimiento que conocemos (p. ej., no comprende el cumplimiento defectuoso)<sup>54</sup>.

Estas dificultades pretendieron solventarse con la reciente reforma del derecho alemán de las obligaciones<sup>55</sup>. Así, por un lado, se consagró la llamada “lesión del deber” (*Pflichtverletzung*), como pretendido remedio a la noción de imposibilidad, y por el otro, se codificaron las diferentes hipótesis de incumplimiento, comprendiendo aquellas que antes no estaban previstas de ningún modo en el BGB: incumplimiento total, parcial, cumplimiento defectuoso<sup>56</sup>.

Pero, contrario a lo que pudiera pensarse, el problema sistemático no quedó resuelto, dado que a la postre el legislador alemán no estuvo dispuesto —aun si

previsto. Frente a esta situación, según el modelo de la imposibilidad, el deudor sería responsable del incumplimiento en virtud de que, al menos en abstracto, la prestación seguiría siendo posible si se tiene en cuenta que sigue existiendo la posibilidad de cumplir empleando la vía marítima o la vía aérea para realizar el transporte. Para una explicación en español acerca del sistema alemán de responsabilidad contractual, y su correspondiente concepto de ‘imposibilidad’, cfr. K.J. ALBIEZ. “Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LV, fasc. III, julio-septiembre 2002, Madrid, 2002, *passim*; CORTÉS. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 92 ss.

51 Prefiere hablarse en cualquier caso de “contravención de la prestación”.

52 § 275.1 BGB.

53 §§ 286 a 288 BGB.

54 Sobre la diferencia del régimen contractual en estos ordenamientos, cfr. R. ZIMMERMANN. *The Law of Obligations*, New York, 1996, p. 783.

55 La cual tuvo como objetivo principal reformar lo relativo a la responsabilidad por “incumplimiento” de las obligaciones y lo atinente a la prescripción; y también, realizar la transposición al BGB de ciertas directivas europeas y de algunas leyes especiales (relativas a la protección de los consumidores y usuarios).

56 § 281 BGB.

esa había sido la propuesta inicial— a renunciar a su histórica noción de imposibilidad; con lo que dejó pasar la oportunidad de erradicarla del ordenamiento.

Se había discutido acerca de la posibilidad de *sustituir* el concepto de imposibilidad por el “supraconcepto” de la “lesión del deber”, en la medida en que este es capaz de agrupar todos los supuestos de contravención de la prestación; sin embargo, al final, la elección fue la de “dar mayor transparencia” a la regulación legal vigente, es decir, a la imposibilidad. Como consecuencia de lo cual el referido “supraconcepto”, si bien quedó legalmente consagrado<sup>57</sup>, se relegó en realidad a una regulación más marginal<sup>58</sup>.

En conclusión, aun después de la reforma, la imposibilidad continúa siendo la noción central del derecho de obligaciones en Alemania, con los nuevos supuestos que de la misma se introdujeron; razón por la cual se sostiene que su persistencia y modernización en el BGB hablan de un “pasado que busca mirar hacia el futuro”<sup>59</sup>.

Es así como el nuevo § 275 (en su num. 1)<sup>60</sup> sigue hablando —pero de una manera más clara que antes— de la imposibilidad como causa de extinción del deber de cumplimiento<sup>61</sup>; y a su tiempo, vistos los términos tan generales en los

57 § 280 BGB.

58 En contraste con lo sostenido por A. LAMARCA I MARQUÈS. *Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*, disponible en: [www.indret.com], Barcelona, 1/2002, 5, quien asevera que tal “supraconcepto” tiene un papel central dentro del BGB.

59 ALBIEZ. *Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB*, cit., p. 1164 ss.

60 § 275 BGB: “(1) La pretensión de recibir una prestación queda excluida en tanto esta sea imposible para el deudor o para cualquier otra persona. (2) El deudor puede denegar la pretensión siempre que esta exija un gasto que, teniendo en consideración el contenido de la relación obligatoria y la buena fe, resulte desproporcionado respecto al interés que sobre el cumplimiento de la prestación pueda tener el acreedor. Para la determinación de las exigencias al deudor también deberá tenerse en cuenta si el deudor es responsable del impedimento de la prestación. (3) Además puede el deudor denegar la prestación cuando él tenga que realizarla personalmente y la misma no pueda serle exigida teniendo en cuenta los obstáculos que se opongan a su realización frente al interés que el acreedor pueda tener en el cumplimiento de la misma. (4) Los derechos del acreedor se regirán por los §§ 280, 283 a 285, 311a y 326”. El viejo § 275 BGB señalaba: “(Imposibilidad por la que no se es responsable). 1.- El deudor queda libre de su obligación para cumplir si la prestación se hace imposible a causa de una circunstancia de la que no es responsable, ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria. 2.- La imposibilidad de cumplir por parte del deudor, después de la creación de la relación obligatoria, equivale a la imposibilidad sobrevenida de cumplir”.

61 Cfr. LAMARCA I MARQUÈS. *Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*, cit., p. 5.

que quedó consagrada la figura, se equiparan sus dos clases, es decir, la imposibilidad objetiva (*Unmöglichkeit*) y la imposibilidad subjetiva (*Unvermögen*)<sup>62</sup>.

De modo que, según el modelo alemán, la única causa de liberación para el deudor sería la verificación de una imposibilidad de cumplimiento objetiva según los postulados de la norma apenas mencionada: mientras la prestación sea en abstracto posible, el deudor está obligado a cumplir, dado que no es suficiente la ausencia de culpa (como generalmente sucede en el modelo del derecho romano común y en el código francés) para que el deudor pueda exonerarse de responsabilidad; es solo la imposibilidad lo que le permitiría sustraerse de los mecanismos de esta última.

Puede decirse, entonces, que la imposibilidad en el ordenamiento alemán se perfila no solo como límite de la responsabilidad sino como su verdadero fundamento, aunque quiera vérselo en la culpa<sup>63</sup>, que no es en realidad un criterio autosuficiente dentro del BGB, desde que es necesario integrarlo con el concepto de imposibilidad. De hecho, la ciencia jurídica tuvo que crear algunas soluciones para —de alguna manera— conciliar estos dos criterios, el de la imposibilidad (naturalística) y el de la culpa: la jurisprudencia alemana ha hablado en términos de ‘inexigibilidad’<sup>64</sup>, por la que se tiene exento de responsabilidad al deudor cuando el cumplimiento de la prestación le implica un esfuerzo excesivo

62 En el primer proyecto del BGB, tal como lo señala CORTÉS. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 93 ss., solo se preveía la imposibilidad objetiva como causal de liberación del deudor, pero ya en el segundo proyecto, y en su consagración definitiva, el Código Civil alemán de 1900, se previó, además de la imposibilidad objetiva, la imposibilidad subjetiva, aunque la jurisprudencia la restringió a una dificultad de carácter tan “excepcional” que equivalía a la poste a una imposibilidad del primer tipo. Con la reforma de 2002 ambas hipótesis quedaron comprendidas en el precepto general del § 275 BGB; como sucedió también con la imposibilidad inicial, que se equiparó a la sobrevenida, y la imposibilidad imputable, que se equiparó a la no imputable (lo que no excluye el resarcimiento de los daños *ex* § 280); y por último, se incluyó también, como antes, la imposibilidad parcial, mientras que lo relativo a la imposibilidad temporal o transitoria quedó regulado en el § 242.

63 Consagrada, tanto antes como después de la reforma, en el § 276, pero que, como novedad respecto de su formulación anterior, introduce los supuestos que constituyen las excepciones a la responsabilidad por culpa, que derivan básicamente de las obligaciones de garantía (*Garantiehftung*) y de lo relativo al riesgo en el suministro (*Beschaffungsrisiko*). Es de interés registrar que, a más de esta norma, en el BGB aparece ahora una disposición (§ 241.2) que establece los llamados “deberes de protección” (*Schutzpflichten*), con cuya noción se hace referencia al hecho de que las partes están obligadas a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte; contravenido lo cual se incurre en la sanción prevista en el § 282.

64 § 275.2 y también § 281 BGB. Cfr. CORTÉS. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 94 ss.

que supera aquel que normalmente puede exigírsele; y a su vez, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han hablado de una ‘violación positiva del contrato’ (*positive Forderungsverletzung*)<sup>65</sup>, dentro de la cual entienden comprendidas otras formas de incumplimiento distintas al retardo y a la imposibilidad (como el cumplimiento defectuoso)<sup>66</sup>; todo lo cual se entiende previsto en la reforma de 2002 dentro de la noción de “lesión del deber”.

## B. EL CASO ITALIANO

Situación análoga se presenta en el ordenamiento italiano<sup>67</sup> donde, según la letra del artículo 1218 del *codice civile* de 1942, la responsabilidad contractual deriva no de la culpa, sino del “simple y puro hecho objetivo del incumplimiento”, del cual solo puede exonerarse el deudor con la prueba de una *impossibilità* de cumplimiento no imputable; y no en cambio con la prueba del caso fortuito o de fuerza mayor (o ausencia de culpa)<sup>68</sup>.

En efecto, esta imposibilidad ha sido entendida en sentido naturalístico por un sector, si bien minoritario, de la doctrina italiana (al que pertenecen G. OSTI<sup>69</sup> y G. VISINTINI<sup>70</sup>), como una circunstancia que impide en forma objetiva

65 Cfr. §§ 280, 282, 323 y 324 BGB.

66 ALBIEZ. *Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB*, cit., p. 1163.

67 CORTÉS. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 95 ss.

68 En Italia, el *codice civile* de 1865 seguía muy de cerca al *Code civil*, de allí que en él se estableciera como límite de la responsabilidad el caso fortuito o de fuerza mayor; pero esto cambia, por la influencia de otros factores, a partir del *codice civile* de 1942.

69 G. OSTI. “Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni”, en *Riv. dir. proc. civ.*, 4/1954, p. 553 ss., señala que la tesis que funda la responsabilidad contractual del deudor sobre la culpa constituye una “desviación doctrinal”: de allí el título de su escrito. Por su parte, F. GIARDINA. *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, p. 35 ss., señala que a partir de la formulación del artículo 1218 podría decirse que la norma siguió el pensamiento de OSTI, quien es considerado el artífice de la materia de la responsabilidad contractual en el *codice civile* de 1942.

70 Analizando la tesis de OSTI señala VISINTINI que, aunque la imposibilidad en el *codice civile* no se adjetivó como ‘objetiva y absoluta’, ella debe incidir sobre la prestación en sí misma considerada y no sobre los medios utilizados por el deudor para cumplir: cfr. VISINTINI. *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 155. A esta doble caracterización de la imposibilidad, como ‘objetiva y absoluta’, A.J. BUERES. “La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual”, en *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de Rectoría 1963-2003*, t. I, Bogotá, 2003, p. 171, formula una crítica, cuando señala que es evidente la confusión que existe en la doctrina entre lo objetivo y lo absoluto y entre lo subjetivo

y absoluta el cumplimiento de la obligación y frente a la cual la total ausencia de culpa no es suficiente para exonerar de responsabilidad al deudor<sup>71</sup>; lo que, en resumidas cuentas, deriva en una responsabilidad objetiva en virtud del puro y simple hecho del incumplimiento<sup>72</sup> (sin perder de vista que tal imposibilidad puede producirse como consecuencia de la culpa del deudor o, lo que es lo mismo, como producto de la violación de su deber de diligencia)<sup>73</sup>.

Así las cosas, la imposibilidad como límite de la responsabilidad requeriría del deudor un esfuerzo mucho mayor que el exigido según los parámetros de la diligencia, lo que podría llegar a ser contrario a la buena fe, pues si el deudor ha empleado toda la diligencia que puede exigírsele según la naturaleza del contrato y el principio apenas enunciado, no podría luego ser responsable por el incumplimiento de una prestación que solo en abstracto sigue siendo posible, razón por la que la doctrina italiana ha debido introducir el concepto —probablemente tomado en préstamo de la experiencia alemana— de la ‘inexigibilidad’ de la prestación (cercana a la “teoría del sacrificio”, como la llamaron BRECHT, STOLL y HECK, entre otros)<sup>74</sup>, por el que se entiende que la imposibilidad, no obstante ser objetiva, debe atemperarse con el juicio sobre el límite del esfuerzo o sacrificio que razonablemente puede exigírsele al deudor.

Como consecuencia, en el ordenamiento italiano se habla de una interpretación “ecléctica”, por la que se sostiene que si bien no es posible llegar al extremo de ignorar el artículo 1218 *c.c.*, tampoco es posible que sobre la base de dicha norma se llegue hasta el punto de fundar una responsabilidad objetiva del deudor; lo que hace necesario proceder a su entendimiento sistemático con el

y lo relativo, que lleva a repetir, frecuentemente en forma mecánica, que la imposibilidad debe ser objetiva y absoluta, sin que se aclare si se trata de nociones diferentes o superpuestas.

71 Para la tesis “culpabilista”, demostrada la ausencia de culpa, se extingue la obligación y, por ende, la eventual responsabilidad del deudor, sin que se plantee siquiera el examen de la posibilidad o imposibilidad de cumplimiento de la prestación.

72 Cfr. GIARDINA. *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 39.

73 A este respecto, BUERES. *La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual*, cit., p. 165 ss., explica que es necesario aclarar que una cosa es el hecho que causa la imposibilidad, el cual debe ocurrir *sin culpa del deudor*, [y] otra cosa es la referida *imposibilidad*, que siempre debe ser *absoluta*. Ello, no obstante, señala el autor, entraña una contradicción irreductible dado que se funda la responsabilidad del *solvens* en la culpa (mediante la proposición *casus = no culpa*), y luego se considera que la imposibilidad de pago debe ser objetiva (*casus* no es igual a *no culpa*). De allí la necesidad de que las reglas que disciplinan la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevvenida y las que contemplan la liberación del deudor sean homogéneas.

74 BUERES. *La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual*, cit., p. 173.

artículo 1176 *c.c.*, de manera de equilibrar el deber de diligencia contenido en este último con la idea de (im)posibilidad de la prestación presente en aquel<sup>75</sup>. En términos similares se presenta, como hemos visto ya, la situación en Alemania, donde durante años se ha debatido (y se está debatiendo) acerca del significado que debe tener el concepto ‘imposibilidad’ dentro de un sistema históricamente basado sobre el principio de la culpa (cuya reminiscencia puede verse aún en el § 276 BGB, y cuyo homólogo en Italia sería el art. 1176 *c.c.*) para poder darle cierta coherencia dentro del mismo. Por el momento, en ambos ordenamientos la conclusión a la que se ha llegado es que dicha figura debe *interpretarse* como aquella imposibilidad que no puede ser superada con un esfuerzo diligente<sup>76</sup>.

### C. EL CASO LATINOAMERICANO

No obstante todos los inconvenientes que ha acarreado la inclusión de la imposibilidad (objetiva y absoluta) como límite de la responsabilidad contractual en el BGB y en el *codice civile* de 1942, algunas legislaciones latinoamericanas, que inicialmente seguían el modelo romano, han terminado por ser sus receptoras; ello quizá como producto de lo que se ha llamado la ‘pandectización del saber jurídico’<sup>77</sup>.

Así, el Código Civil de Bolivia de 1976, en su artículo 339, habla en términos de ‘imposibilidad de cumplimiento’ como límite de la responsabilidad contractual; al igual que el Código Civil peruano de 1984. En este último, sin embargo, encontramos una norma (art. 1314) que contrasta con lo apenas dicho, puesto que dispone que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso<sup>78</sup>.

Dichos cambios no han sido capaces de integrarse en forma ‘natural’ dentro de tales ordenamientos, por lo que han sido la doctrina y la jurisprudencia las llamadas a dar soluciones: tal como sucedió en Alemania e Italia, los esfuerzos

---

75 Cfr. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, citado por GIARDINA. *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 35 ss. A. DI MAJO. *La responsabilità contrattuale*, Milano, 1997, p. 57, por su parte, sostiene que las reglas sobre la diligencia y las reglas sobre el impedimento están destinadas a convivir y a limitarse mutuamente. Para una exposición en español sobre el tema, cfr. CORTÉS. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., p. 95 ss.

76 Cfr. C.M. BIANCA. *Diritto civile. La responsabilità*, t. 5, Milano, 1998, p. 59.

77 Cfr. CARDILLI. *Il ruolo della dottrina nella elaborazione del sistema*, cit., p. 100 ss.

78 Cfr. *ibíd.*

se orientan a 'interpretar' esta imposibilidad en forma coherente con los demás extremos normativos de la responsabilidad contractual presentes en la codificación civil (culpa, caso fortuito, fuerza mayor, incumplimiento imputable).

Por lo anterior, podría decirse que, para quienes ven en Latinoamérica un verdadero subsistema romanista<sup>79</sup>, los cambios introducidos en Perú y Bolivia constituyen sin duda una *ruptura*, en el sentido de que uno de sus factores de identidad, el incumplimiento imputable como base de la responsabilidad contractual, ha sido reemplazado por una noción que, a más de preñada de problemas, es ajena al mismo.

---

79 S. SCHIPANI (dir.). *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Colección de Estudios Jurídicos Latinoamericanos, *Roma e America* n.º 5, Padova, 1991; ID. *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1996, p. 43 ss.; P. CATALANO. *Diritto e persone*, Torino, 1990, p. 89 ss.