

LA TEORIA DEL RIESGO*

Susana Zusman Tinman

1. UBICACION DEL PROBLEMA

Debemos iniciar esta parte del trabajo ubicando la teoría del riesgo. Ella se encuentra íntimamente ligada a un problema fundamental: la inejecución de las obligaciones.

Como es sabido, y tal como afirma Giorgi ¹, “la obligación... puede quedar incumplida, pudiendo depender el incumplimiento de dos distintos órdenes de causas: causas dependientes de un hecho del deudor y causas no dependientes de este hecho. Ahora bien, si el incumplimiento tiene por causa un hecho del deudor, produce consecuencias para el deudor mismo... Si al contrario, reconoce como causa un evento extraño al deudor, las consecuencias indicadas no se realizan y la obligación queda extinguida como si jamás hubiera nacido...”

Podemos pues apreciar que en un caso —culpa del deudor— éste sufrirá las consecuencias de su acto o negligencia. Si se trata de un evento extraño, el deudor no responderá jamás en aplicación del principio de que “a lo imposible nadie está obligado”.

¿Qué quiere decir Giorgi cuando se refiere a “un evento extraño al deudor”? Creemos que es preciso definir tres conceptos abarcados por lo que Giorgi llama “evento extraño al deudor”. Estos conceptos son: (a) el caso fortuito, (b) la fuerza mayor y, por último, (c) la ausencia de culpa.

Debe advertirse que el análisis de tales conceptos no será hecho en forma exhaustiva, sino con un exclusivo propósito definitorio, para así ubicar mejor la teoría del riesgo dentro de su contexto correspondiente.

El caso fortuito y la fuerza mayor son equiparados por la doctrina moderna. Las legislaciones actuales usan ambos conceptos en forma indistinta. Sin embargo, la distinción puede ser hecha en teoría:

(a) Caso fortuito. Se refiere únicamente a los accidentes naturales. Así, por ejemplo, una inundación, un terremoto, etc. Es lo que el derecho anglosajón denominó “hechos de Dios”.

(b) Fuerza mayor. Comprende los hechos de un tercero y los procedentes

1 GIORGI, Jorge, Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Traducida de la Séptima edición italiana y anotado con arreglo a la legislación española y americana por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid; Imprenta de la Revista de Legislación, 1909., Tomo II, p. 29.

* “Extracto de la tesis de Bachiller de la Autora”.

de la autoridad. El derecho anglosajón los denomina genéricamente como “hechos del Príncipe”.

Como ya se dijo, esta distinción interesa únicamente con fines teóricos, pues para la doctrina moderna es irrelevante la causa del evento, es decir, si el daño fue provocado por hechos naturales o por hechos humanos. El caso fortuito y la fuerza mayor, pues, pueden ser perfectamente equiparados.

Parecería ser que nuestro Código Civil hace suya esta amalgamación de conceptos, pues, como anota Osterling ², “en el título relativo a la inejecución de las obligaciones (artículos 1319 y 1326) el Código emplea ambas expresiones como sinónimas, utilizándolas conjuntamente, lo mismo que en los artículos 995 y 1180. Con más frecuencia, el Código sólo se refiere al caso fortuito (artículos 840, 1256, 1283, 1533, 1590, 1596, 1618, segundo párrafo, y 1660) y, excepcionalmente, sólo a la fuerza mayor (artículos 1618, primer párrafo y 1625).

En el artículo 1518 —continúa diciendo Osterling— el Código Civil parece distinguir el caso fortuito y la fuerza mayor, pero la interpretación sistemática, conduce a descartar este criterio, que, por lo demás, carecería de relevancia jurídica”.

Giorgi ³ engloba ambos conceptos bajo la denominación general de “caso” concepto que define como “un acontecimiento independiente del hecho del deudor, no previsible o por lo menos no evitable, por efecto necesario del cual el deudor se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir total o exactamente la obligación”.

(c) Ausencia de culpa: Este concepto, utilizado frecuentemente por nuestro Código Civil, llama a confusión, pues no queda claro si la ausencia de culpa es equivalente al caso fortuito o fuerza mayor o si aquellos conceptos son susceptibles de distinguirse.

La doctrina no es unánime en este sentido. Planiol y Ripert ⁴ los consideran equivalentes. Al comentar el artículo 1173 del Código Civil francés, consideran que “existe caso fortuito en cuanto no exista culpa del arrendatario, por tanto, le bastará a éste, para demostrar que el incendio no se debe a culpa suya, probar, o bien que el fuego se ha originado en circunstancias de tal naturaleza que bastan a descartar para él toda imputabilidad, o bien, si la causa del incendio es desconocida, probar que en ningún caso dejó de poner en la

2 OSTERLING, Felipe; Inejecución de las Obligaciones Contractuales en el Código Civil Peruano de 1936. La Indemnización de Daños y Perjuicios; Tesis de Doctor; Lima, Perú; 1967, p. 27.

3 GIORGI, Jorge; op. cit.; Tomo II; p. 36.

4 PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge; en Osterling, Felipe; Inejecución de las Obligaciones contractuales. . . tesis; p. 41.

conservación de la cosa arrendada el cuidado de un poseedor cuidadoso y diligente”.

Los Mazeaud ⁵, en cambio, son de opinión contraria, pues al comentar el mismo dispositivo del Código Civil francés consideran que “al arrendatario no le es suficiente comprobar la ausencia de culpa, debe demostrar que los deterioros son debidos al hecho del arrendador, a la vetustez o a la fuerza mayor”.

Respecto de nuestro Código Civil Osterling ⁶ considera que “los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor son susceptibles de distinguirse. Insistimos desde luego, que en el caso fortuito o fuerza mayor sería un concepto particular dentro del concepto general de la ausencia de culpa. Es la ausencia de culpa, y no el caso fortuito o fuerza mayor, la regla general que exime de responsabilidad al deudor”. Así lo ordena el artículo 1318 del Código Civil al prescribir que “la obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor”. En la ausencia de culpa el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, o sea la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias de tiempo y de lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación”. Lo que interesa, a fines del presente trabajo es, simplemente, dejar establecido que aún cuando la ausencia de culpa no sea equivalente al hecho fortuito o fuerza mayor, dentro de nuestro Código Civil es suficiente para eximir al deudor de cumplir con su prestación. No es, pues, necesario que el deudor pruebe el hecho positivo, irresistible e imprevisible, sino tan sólo que pruebe su cuidado y diligencia.

Tenemos, pues, que el deudor que incumple con su obligación, ya sea debido a un caso fortuito, fuerza mayor, o simplemente, cuando no sea culpable de la inejecución, queda automáticamente liberado.

Este principio se encuentra consagrado, como ya se ha adelantado, por el artículo 1318 de nuestro Código Civil que dispone que: “La obligación se extingue cuando llega a ser imposible sin culpa del deudor”.

Tal es el principio general que sobre inejecución de las obligaciones consagran no sólo nuestro Código Civil sino todas las legislaciones. El deudor responde únicamente cuando incumple con su obligación con culpa. En el caso inverso, nunca será responsable por el cumplimiento y, mucho menos, por daños y perjuicios.

5 MAZEAUD, Henri, León y Jean en Osterling, Felipe; Inejecución de las Obligaciones Contractuales. . . Tesis, p. 44.

6 OSTERLING, Felipe; Inejecución de las Obligaciones Contractuales. . . Tesis, p. 50.

Ahora bien, la teoría del riesgo, tal como ya adelantamos, se encuentra íntimamente ligada a esta causa de extinción de las obligaciones, es decir, a la extinción por caso fortuito, fuerza mayor o inexistencia de culpa, pero de ninguna manera son lo mismo. Debemos por tanto seguir clarificando el panorama dentro del cual funciona la teoría del riesgo.

Ya hemos visto que aquella funciona en casos de extinción de las obligaciones debida a caso fortuito, fuerza mayor e inexistencia de culpa.

Se presenta, además, dentro del contexto contractual y, particularmente, en los contratos sinalagmáticos.

No consideramos necesario definir lo que entendemos por contrato, aunque sí es pertinente definir lo que entendemos por contrato sinalagmático en oposición a contrato unilateral.

H.L. y J. Mazeaud ⁷ definen a los contratos unilaterales como “aquellos en que cada una de las partes es solamente acreedora o deudora; ninguna de ellas es la vez acreedora y deudora, no existen obligaciones recíprocas entre las partes. Así, el contrato de préstamo, que no crea obligación sino con cargo al prestatario, obligado a devolver la casa”.

Añaden los mismos tradistas ⁸ que “interesa no confundir el contrato unilateral y el acto unilateral. El acto unilateral se opone al contrato (acto bilateral o plurilateral), la voluntad de una sola persona produce un efecto jurídico, mientras que el contrato necesita un concierto de voluntades. El contrato unilateral es un contrato: supone el acuerdo de dos o más voluntades. . .”.

El contrato sinalagmático o bilateral es también definido por H.L. y J. Mazeaud. Expresan los mencionados tratadistas ⁹ que “en los contratos sinalagmáticos o bilaterales, las obligaciones creadas son recíprocas, cada uno de los contratantes es a la vez acreedor y deudor; sus obligaciones tienen por causa las del otro contratante suyo, cada cual se compromete con el otro porque el otro se obliga con él. Más que recíprocas, estas obligaciones son interdependientes: la existencia de unas está subordinada a la de las otras. . .”.

Tenemos así que respecto de la teoría del riesgo cuando se trata de un contrato unilateral, es decir, aquel en el que existe obligación únicamente a cargo de una sola de las partes, la solución es clara: el deudor no responde por caso fortuito, fuerza mayor o ausencia de culpa, de manera que su obligación —la única del contrato— se extingue, quedando absolutamente liberado. Esta solución no es otra que la consagrada por la regla general de que “a lo imposible

7 MAZEAUD, H.L. y J., op. cit.; Parte II, No. 1; p. 109.

8 MAZEAUD, H.L. y J.; op. cit.; Parte II, No. 1; p. 109.

9 MAZEAUD, H.L. y J., op. cit., Parte II, No. 1, p. 110.

nadie está obligado”, la que, aplicada a un contrato unilateral, conduce necesariamente a la disolución de la única obligación a cargo del deudor. Esta cuestión no ofrece problema en absoluto. Nadie pone en duda que si la obligación llega a ser imposible sin culpa del deudor, aquél no está obligado a cumplirla.

Es por eso que Josserand¹⁰ explica que “si la obligación hubiese procedido de un contrato unilateral, las cosas quedarían así, y la situación sería muy sencilla, pero se complica cuando la obligación se desprende de una obligación sinalagmática, en la cual cada una de las partes desempeñaba por consiguiente, el doble papel de acreedor y de deudor: se plantea entonces la cuestión de saber qué ocurre con la obligación que le servía de contrapartida a la obligación extinguida por imposibilidad de ejecución. ¿Sobrevivirá o desaparecerá ella también en virtud de una ley de simetría contractual?”.

Queda de esta manera planteado el problema del riesgo: en un contrato sinalagmático, extinguida una de las obligaciones a cargo de una de las partes, ¿qué ocurre con la obligación aún posible, que tiene como contrapartida a la obligación extinguida?

¿Seguirá vigente, por ser aún posible? ¿O desaparecerá en virtud de la correlatividad de las obligaciones nacidas en un contrato sinalagmático?

La cuestión de los riesgos, entonces, no es que no se plantee en un contrato unilateral. Lo que sucede es que en esos casos existe una única y posible solución que es la extinción de la obligación.

El problema se torna complejo cuando se produce dentro del contexto de un contrato bilateral. La obligación del deudor, ya sabemos, queda extinguida, preocupándonos, tan solo, el destino de la obligación del acreedor de la obligación extinguida y deudor de la suya propia.

La teoría del riesgo está destinada, precisamente, a solucionar este problema, es decir, a decidir si la obligación del acreedor (a su vez deudor) permanece vigente o si debe seguir la suerte de la del deudor, o lo que es lo mismo, extinguirse también.

Seguiremos restringiendo el alcance de la teoría del riesgo, aunque ya no por ser su panorama necesariamente más restringido, sino a efectos de nuestro trabajo.

Queremos decir con esto que la teoría del riesgo pretende solucionar el problema aludido dentro de cualquier contexto contractual, siempre y cuando se trate de un contrato sinalagmático. El contrato puede generar obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En cualquiera de los tres casos dicha teoría funciona perfectamente, pues su interés estará en solucionar el destino de la obligación

10 JOSSERAND, Louis; op. cit.; Tomo II, Vol, p. 254.

correlativa, aún cuando la obligación extinguida sea una de dar, de hacer o de no hacer.

El interés de nuestro trabajo está dirigido principalmente a los contratos generadores de obligaciones de dar o, hablando con más propiedad, a aquellos en los que la obligación que se extingue sea siempre y necesariamente una obligación de dar. Es en este sentido que podemos ya referirnos con toda propiedad a “la pérdida de la cosa debida”, expresión utilizada frecuentemente. La obligación correlativa puede ser una de dar, de hacer o de no hacer. Eso ya no interesa. Lo importante es que la obligación extinguida sea una de dar. Puede presentarse, utilizando la terminología romana, en los siguientes dos contextos:

- (a) Doy para que des.
- (b) Doy para que hagas (o no hagas).

Debe, sin embargo, decirse que el contexto general y propio de la teoría del riesgo abarca a todas las categorías de obligaciones a las que hemos aludido y no debe dejarse de pensar que las obligaciones de dar difieren sustancialmente de lo que la teoría del riesgo informa respecto a las demás categorías de obligaciones. En otras palabras, la teoría del riesgo se ocupa de todas ellas, aunque nuestra atención estará dirigida casi exclusivamente a las obligaciones de dar. Además está decir que en estos casos la imposibilidad debe ser subsecuente al nacimiento de la obligación. Si ella es anterior o concomitante con su nacimiento, estamos ante un problema totalmente diferente: el de la obligación sin objeto, cuya nulidad es evidente.

Para decidir entonces que estamos ante un problema de riesgos, deberá presentarse un supuesto conformado por los siguientes elementos:

- (a) Que se trate de un contrato sinalagmático.
- (b) Que exista imposibilidad de cumplir con una de las prestaciones.
- (c) Que la prestación correlativa sea aún posible de cumplirse.
- (d) Que el incumplimiento se deba a caso fortuito, fuerza mayor o que no exista culpa en el deudor de la obligación.

(e) A efectos de nuestro interés, que la obligación extinguida sea una obligación de dar una cosa cierta es decir, que se trate de pérdida de la cosa. Las cosas fungibles tienen sus normas particulares.

- (f) Que la imposibilidad sea subsecuente al nacimiento de la obligación.

Presentes estos elementos, estamos ante un problema que reclama solución mediante la teoría del riesgo.

Ya podemos apreciar cómo es que la teoría del riesgo, si bien tiene vinculación con el aspecto más general de la inejecución de las obligaciones, de ninguna manera se identifica con ella. El problema es mucho más restringido y pretende buscar una solución que partiendo de la inejecución de obligaciones es

diferente. Así, Tartufari ¹¹ explica que “la cuestión del riesgo y peligro en materia de compra-venta, se reduce en sustancia a buscar sobre cuál de los dos contratantes debe recaer el daño derivado de la pérdida o deterioro de la cosa vendida. Y esto mismo sugiere dos observaciones: la primera es que tal cuestión, aún cuando se vincula a aquella más general del caso fortuito como causa de extinción de las obligaciones, no debe sin embargo confundirse con ella, ya que, verdaderamente, tanto en la hipótesis de que el riesgo esté a cargo del comprador, como aquella en que está a cargo del vendedor, nadie duda de que la pérdida de la cosa libere a este último de hacer su entrega. Y, sin embargo, mientras en un caso subsiste en él el derecho al pago del precio, en el otro, por el contrario, queda extinguido, lo que importa, que aquí debe tenerse en consideración, no solamente la obligación del vendedor sino también la del comprador, según que esta última sobreviva o no a la extinción de aquella. . .”.

Como una cuestión puramente aclaratoria debemos decir que muchos autores colocan el problema del riesgo en un contexto contractual muy restringido, cual es el de la compraventa y la permuta. Nosotros debemos decir que si bien es cierto que ambos contratos son los únicos contratos nominados en los que el problema se presenta (por ser los únicos contratos sinalagmáticos cuyo objeto es una obligación de dar para transferir derechos reales), debemos admitir la vigencia del aludido problema en el contexto de los contratos innominados a los que hemos hecho referencia, es decir, el contrato que incluye la obligación “doy para que hagas”, que, como es obvio, no es el caso de la compraventa ni de la permuta.

Sin embargo, es claro que los contextos contractuales en los que el problema se presentará más frecuentemente serán la compraventa y la permuta.

Ya clarificado el contexto dentro del cual el problema del riesgo se presenta, es decir, el del contrato bilateral y habiendo determinado que la pregunta fundamental consiste en averiguar lo que ocurrirá con la obligación del acreedor-deudor, es decir, si ella es mantenida o queda a su vez disuelta por efecto de la disolución de la obligación correlativa, debemos analizar las soluciones que el Derecho ha brindado al problema en cuestión. Tales soluciones no han sido uniformes. Ellas, sin embargo, han oscilado entre tres claramente determinadas.

(a) Res perit creditori, es decir, la que propugna la manutención de la obligación correlativa. Este aforismo fue denominado en Roma “res perit emptori”, o lo que es lo mismo, “la cosa se pierde para el comprador”, pues lo

11 TARTUFARI, Luis. *De la Venta y el Reporto*; en *Derecho Comercial* Bolaffio; Rocco y Vivante, Ediar, Soc. An., Editores, Buenos Aires, 1948, Sexta Edición enteramente reformada, Tomo IV, Vol. I, p. 393.

referían expresamente a la compraventa.

(b) *Rés perit debitor*, que sostiene la disolución de la obligación correlativa si la obligación del deudor ha sido extinguida. Esto, referido a obligaciones de dar, significará que la cosa se pierde para el deudor, lo que equivale a decir que aquél no tendrá derecho a la contraprestación.

(c) *Res perit domino*, que une la carga del riesgo a la propiedad. La cosa, en este caso, se perderá para quien sea propietario de ella, dependiendo la asunción del riesgo de la condición de propietario.

Debemos adelantar que es entre estas tres soluciones que ha oscilado el Derecho a lo largo de su evolución, otras no han podido ser imaginadas. Además, consideramos necesario también anticipar que ninguna de ellas consiste en un principio general del Derecho, cuya inclusión en un sistema legal sea necesario.

Ha contribuido a ello, sin duda, la creencia de que el *res perit domino* es un principio y que la propiedad y el riesgo se encuentran unidos de manera irreductible, dependiendo un concepto del otro.

Es para clarificar esta cuestión y para observar el desenvolvimiento que tales aforismos han sufrido en los grandes sistemas legales, particularmente en los sistemas matrices, es decir, el romano, el francés y el alemán, que haremos una breve reseña histórica de la aplicación de las soluciones mencionadas, tratando de colocar a cada una dentro del sistema legal en que fueron propuestas, lo que nos permitirá desprendernos del mito de que alguna de tales soluciones constituye un principio inamovible. En este sentido, nuestro esfuerzo se encontrará centrado en derribar el mito relativo al *res perit domino*.

Nos proponemos analizar y casi diríamos describir, el funcionamiento de cada uno de estos principios en el Derecho Romano, Francés y Alemán, para luego analizar los Códigos brasileño y argentino, fuentes primordiales de nuestro Código Civil de 1936, para desembocar luego en un análisis de la teoría del riesgo dentro de nuestro ordenamiento civil.

2. *EL RES PERIT DOMINO*

2.1 *Su introducción por la Escuela de Derecho Natural*

Trataremos de dar una explicación, que a nuestro juicio es la más coherente, respecto de la introducción del *res perit domino* por los juristas de la Escuela de Derecho Natural.

Ya hemos explicado cómo es que los canonistas introducen la noción de causa de la obligación en el contexto contractual.

La preocupación central de los juristas mencionados, como ya se ha dicho, consistió en introducir la equidad dentro del ámbito obligacional, recurriendo a

la causa motivo, luego descartada por Domat, así como a la causa de la obligación.

La noción de causa de la obligación fue utilizada por los ius naturalistas, inspirándose en los canonistas, para establecer la interdependencia de las obligaciones nacidas en el ámbito de un contrato sinalagmático.

Dado, entonces, que la obligación de cada una de las partes contratantes tenía por causa la de la otra, desaparecida una de las obligaciones por imposibilidad de cumplimiento, la obligación correlativa dejaba automáticamente de tener una causa abstracta, precisamente por la extinción de la obligación que le servía de contrapartida.

La solución romana —es decir, la de mantener la permanencia de la obligación correlativa— dentro de este contexto ya no tenía razón de ser. Desaparecida una de las obligaciones, su extinción debía arrastrar a la obligación que tenía por causa la obligación extinguida.

Es así como dichos juristas invierten la solución romana, colocando los riesgos a cargo del vendedor (o, en términos generales, del deudor). De esta forma liberan al comprador (o acreedor) de cumplir por su parte con su propia obligación. Ella —la obligación del acreedor— no tenía ya razón de subsistir.

Si la obligación imposible de extinguía —y, por lo tanto, lo mismo sucedía con la obligación correlativa— todo quedaba como si nada hubiera acontecido y es en ese momento cuando dichos juristas recurren al concepto de propiedad y se preguntan: ¿no es normal acaso que la pérdida de la cosa la asuma el propietario?

Sin lugar a dudas, en circunstancias normales en las cuales no existe una obligación pendiente de cumplimiento, la destrucción de la cosa conducirá necesariamente a la extinción del derecho real que sobre ella existe. En otras palabras, destruída la cosa, el derecho real ya no tiene razón de existir y se extingue con la cosa misma.

Respecto a esta situación, es decir, a aquella en la que no existe obligación pendiente, es indudable que la solución sólo puede ser una: la de la extinción del derecho real.

Sin embargo, debemos reconocer que para llegar al concepto de propiedad han debido ocurrir dos circunstancias:

(a) Que una de las obligaciones se haya vuelto imposible sin culpa del deudor.

(b) Que la obligación correlativa se haya extinguido.

Una vez que todo ello ha sucedido, ¿qué quedaría? La situación de un propietario (que nunca perdió su propiedad por ser el sistema materialista) sin obligación pendiente, ni a su cargo, ni a su favor.

Es así como nos explicamos que se haya recurrido al concepto de

propiedad. Si bien es cierto que se llegó a tal concepto, lo importante a efectos del riesgo es que se desvinculó al acreedor de cumplir con su propia prestación y lo único que quedaba era la noción de propiedad.

Más que en busca de un concepto imprescindible, se llega a la propiedad, posiblemente, como a una forma de ejemplificar que ya no quedaba relación obligacional pendiente; quedaba una relación entre un sujeto y la cosa: derecho real. Ante esta situación se aplicaba el principio del *res perit domino*. Podemos incluso decir que tan válido como hablar del *res perit domino* en ese contexto es hablar del *res perit debitor*, pues si el fin perseguido consistió en desvincular al acreedor, el principio equivalente al *res perit domino* es el del *res perit debitor*. No hay nada en esencia que los distinga.

Ahora bien, sabemos que la Escuela de Derecho Natural tuvo una enorme influencia tanto en Domat como en Pothier (quien como veremos luego no es totalmente adepto a tal Escuela), ambos inspiradores del Código Civil francés, así como en los legisladores franceses.

Otra cuestión importante que deriva de lo anteriormente dicho será la de aclarar que el *res perit domino* fue una solución que se concibió directamente derivada de la naturaleza jurídica del contrato sinalagmático.

Muchos tratadistas encuentran un principio de justicia o equidad en el hecho de haber recurrido a la propiedad, considerando, por ello, que, concebido en abstracto, el *res perit domino* es un principio de Derecho.

Nada más falso que aquello. La equidad fue introducida en el Derecho mediante el concepto de causa o, lo que es lo mismo: de la interdependencia de las obligaciones. Se consideraba más justo desvincular al acreedor de su propia obligación si el deudor no podía cumplir con la suya.

Pero podemos decir que inclusive la mira en la introducción de la equidad no estuvo propiamente en la cuestión del riesgo. Más bien, se introdujo para desvincular al acreedor cuando el deudor no cumplía con su prestación, sin hacerse referencia expresa al caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, fundamentalmente para permitir la penetración de la excepción "*non adimpleti contractus*" y la condición resolutoria es que se recurre a la interdependencia de las obligaciones. La cuestión del riesgo se vio beneficiada, si se quiere de manera indirecta, por la doctrina de la interdependencia de las obligaciones.

La explicación es muy sencilla. Si nosotros nos preguntamos ¿es justo que el comprador se vea obligado a pagar el precio cuando nada recibe?, la respuesta será que como es evidente.

Pero, si también nos preguntamos si es justo que el vendedor no reciba el pago del precio cuando la cosa se perdió sin culpa suya, habiendo concertado válidamente una obligación, deberemos de responder que, en este caso, tampoco

la situación es justa.

La cuestión que queremos clarificar es que cuando se trata de la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor o, simplemente, de inexistencia de culpa, la cuestión de la equidad no funciona necesariamente. En ninguno de los dos casos antes planteados podemos hablar de justicia o injusticia. Si se trata del incumplimiento culposo o doloso de una obligación nacida de un contrato sinalagnático, podemos decir con toda propiedad que es justo que el acreedor, a su vez obligado, se niegue a cumplir con su propia prestación. En este contexto sí juega la equidad.

Como manifestábamos antes, pues, la problemática del riesgo se vio influenciada por la noción de causa, pero no puede hablarse propiamente de que la equidad se haya introducido en la cuestión de los riesgos.

El único aspecto equitativo dentro del problema del riesgo es el de posibilitar al deudor de incumplir con su prestación sin daños, cuestión que, como ya se afirmó, forma parte de la teoría del riesgo pero no es lo mismo que ella.

Podemos afirmar que la noción de equidad no se encuentra presente en la teoría del riesgo, de lo que puede colegirse que el recurrir al concepto de propiedad no encierre éste en sí mismo tampoco una noción de equidad. El *res perit domino* no es entonces un principio de Derecho del que no pueda prescindirse, sino un recurso utilizado dentro de un contexto particular —el de la desvinculación de obligaciones—, indicativo de que de no existir ya relación contractual, lo que queda es un derecho de propiedad que se extingue con la extinción de la cosa.

Entender, por tanto, que el concepto de propiedad o, en otras palabras, el decir que la cosa se pierde para su dueño, sea una cuestión más justa que el decir que la cosa se pierde para el acreedor o para el deudor, no tiene sentido alguno. Esto nos demuestra la inconsistencia del *res perit domino*.

En buena cuenta, existen dos soluciones contrapuestas: o bien mantener vinculado al acreedor a cumplir con su prestación, o bien desvincularlo por completo. Respecto a la calidad de propietario, como se trata de la transferencia de un derecho real, será dueño en un caso el acreedor y en otro el deudor, según el sistema por el que se opte. Será, por tanto, suficiente referir la problemática del riesgo al acreedor o al deudor, sin que la propiedad juegue para nada por tratarse de relaciones puramente obligacionales, y por que su inclusión no encierra principio alguno de justicia, tal como se ha pretendido.

El *res perit domino*, pues, en nuestro concepto no tiene vigencia real. En un caso será el acreedor el propietario y en otro lo será el deudor. Si se trata de desvincular o de mantener la obligación correlativa, el concepto de propiedad no

juega para nada en este contexto.

3. LA TEORIA DEL RIESGO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO

Después de haber explicado la evolución de la teoría del riesgo, su correcta ubicación y la naturaleza del res perit domino, nos queda por analizar acuciosamente el problema del riesgo dentro de nuestro Código sustantivo. La mayor parte de la doctrina nacional ha sostenido que tal principio se encuentra contenido en el artículo 1175 de nuestro Código Civil, el que establece que si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación.

El mencionado dispositivo se encuentra ubicado en el Título I Sección Segunda, referida a las Obligaciones de Dar.

Unido al problema del riesgo se encuentra el artículo 1318 del mismo cuerpo legal, que dispone que “la obligación se extingue cuando llega a ser imposible sin culpa del deudor”.

El artículo 1318 se encuentra ubicado en el Título IX de la misma sección, referido a la Inejecución de las Obligaciones.

Dentro del mismo título debemos hacer referencia a dos artículos importantes, también vinculados a la problemática del riesgo. Ellos son el artículo 1326 que dispone que el obligado a entregar la cosa que se ha destruido o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad, y, el artículo 1327. “El deudor que se libere de su responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubieran quedado relativos a ella”.

Debemos, en primer lugar, referirnos a la génesis del artículo 1175 y otros relacionados con la cuestión de los riesgos.

3.1 *El Segundo Anteproyecto y el Proyecto de Código Civil*

En el Segundo Anteproyecto se encuentran los siguientes artículos:

Artículo 118: Si la cosa mueble cierta se perdiera sin culpa del deudor antes de efectuarse la tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación para ambas partes.

Se cita como antecedente del mismo al artículo 865 del Código Civil brasileiro.

Respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer, se encuentran consignados los siguientes artículos.

Artículo 129: “Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación

queda extinguida para ambas partes y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiese recibido”.

Artículo 134: Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida.

En el Proyecto de Código Civil, encontramos el siguiente artículo:

Artículo 1165: Si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación.

Puede apreciarse que entre el artículo 118 del Segundo Anteproyecto y el artículo 1165 del Proyecto de Código Civil existe una diferencia, es decir, que el artículo 1165 excluye la frase “para ambas partes”.

Como ya fue explicado a propósito del problema de transferencia de propiedad, desde el Segundo Anteproyecto hasta el Proyecto transcurren varios años y el Proyecto aparece sin que se de explicación de ciertos cambios, supresiones o adiciones efectuadas.

Tal como puede apreciarse, este es, precisamente, uno de los casos en los que esto sucedió; es decir, que se suprime una expresión importantísima sin darse razón de tal supresión. La Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil, elaborada por Manuel Augusto Olaechea, tampoco explica el motivo de tal supresión.

Esta cuestión es de una importancia capital, pues, tal como explicaremos a propósito del artículo 1175 del Código Civil, la supresión de dicha frase cambia por completo el sentido del artículo 1165 del Proyecto, equivalente al artículo 1175 del Código definitivo.

No es posible determinar la razón de tal supresión, es decir, si se la consideró redundante o si simplemente se quiso variar el sentido del artículo, cuestión que no debe ser descartada como posibilidad.

Todo ello nos demuestra nuevamente la poca consistencia del método histórico de interpretación. Se ha transformado por completo un artículo, sin darse explicación de lo hecho e, incluso, entre los mismos elementos componentes del método histórico; es decir, entre el Segundo Anteproyecto y del Proyecto definitivo existe variación.

Adelantamos, pues, que recurrir en este caso al método Histórico es tan peligroso como estéril, aún cuando posteriormente nos valdremos de una opinión de Manuel Augusto Olaechea que aparece en las Actas de la Comisión Reformadora que resulta sumamente interesante.

Lo importante en este caso es simplemente describir la evolución del dispositivo en estudio y analizarlo tal como lo encontramos dentro del Código Civil vigente. No obstante, antes de entrar a analizar el artículo 1175, es conveniente detenemos un poco en la teoría general del riesgo. Ya hemos

advertido que nuestro interés primordial será puesto en el caso de pérdida de la cosa mueble, es decir, que atenderemos fundamentalmente al problema de la inejecución de la obligación cuyo objeto es un cuerpo cierto, es decir, la obligación de dar.

Sin embargo, es importante averiguar si respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer nuestro Código regula el problema del riesgo.

El artículo 1184, ubicado bajo el Título II de Obligaciones de Hacer, dispone que “si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido”.

El artículo 1188 dispone a su vez que “si la obligación fuese de no hacer y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El artículo citado se encuentra ubicado en el Título II referido a Obligaciones de No Hacer.

Respecto a los contratos unilaterales, nuestro Código Civil regula la cuestión en el título de cada contrato en particular.

Así, el artículo 1577 dispone que el que recibe algo en mutuo es dueño de la cosa prestada desde que se le entrega, y le corresponde la mejora, deterioro o destrucción que sobrevenga después.

El artículo 1589 dispone, a su vez que “corresponde al comodante, el aumento y menoscabo o pérdida de la cosa prestada, a no haber culpa de parte del comodatario o pacto de satisfacer todo perjuicio.

El artículo 1610 establece que “es de cuenta del depositante, el deterioro o pérdida de la cosa sin culpa del depositario”.

Respecto al contrato de compraventa, el Código Civil no regula la cuestión de los riesgos.

Debemos averiguar también si nuestro legislador ha recogido el contrato sinalagmático con la naturaleza que le hemos atribuido, es decir, como aquél en el cual las obligaciones son recíprocas e interdependientes.

Esto es sumamente importante por derivar la teoría del riesgo de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático, tal como ya se explicó. Tenemos, en primer lugar, el artículo 1255 que establece que “en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, sino desde que alguno de ellos cumple su obligación o se allana a cumplir la que le concierne”. Este artículo contiene el principio de que “la mora purga la mora”, típica derivación de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático.

De otro lado, el referido artículo 1341 dispone que hay condición resolutoria tácita en todo contrato bilateral, y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne.

El artículo 1342, recogiendo la excepción non adimpleti contractus,

dispone que en los contratos bilaterales, no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido, u ofreciese cumplirlo. Ambos dispositivos constituyen, igualmente, una derivación de la naturaleza recíproca del contrato sinalagmático.

El artículo 1343 establece, a su vez, que “si después de concluído el contrato bilateral, sobreviniese a una de las partes disminución de su patrimonio capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación, en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o dé garantía bastante”.

Igualmente, este dispositivo consagra la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático.

Citados estos dispositivos a manera de ejemplo, puede decirse, con toda certeza, que nuestro Código Civil entiende la interdependencia de las obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático.

Tenemos, entonces, que nuestro Código Civil regula bajo el rubro de Obligaciones de Dar, la pérdida de la cosa; bajo el rubro de Obligaciones de Hacer, la imposibilidad de ejecución sin culpa, lo mismo que bajo el título de las Obligaciones de No Hacer.

Respecto a cada contrato en particular existe un artículo destinado a regular la cuestión del riesgo, artículos a nuestro juicio innecesarios, pues el artículo 1318 podría cubrirlos perfectamente, salvo el caso del mutuo, el que por tener por objeto cosas fungibles merece una regulación especial.

Ahora bien, lo que interesa es analizar la forma como ha sido tratado el problema del riesgo por nuestra legislación sustantiva. Este punto, consideramos necesario tratarlo después de analizar el artículo 1175 del Código Civil. Lo que nos interesa destacar en este punto es que la cuestión del riesgo no parece haber sido ajena al legislador, lo mismo que la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático.

3.2 Análisis del artículo 1175 del Código Civil

Debemos empezar el análisis del mencionado dispositivo diciendo que nuestro Código Civil no establece expresamente lo que debe entenderse por pérdida de la cosa debida.

El Código francés, en cambio, sí lo hace.

El Código argentino hace lo propio en el artículo 891, el cual dispone que “la cosa que debía darse sólo se entenderá perdida en caso que se haya destruído completamente, o que se haya puesto fuera del comercio, o que haya desaparecido de un modo que no se sepa de su existencia”.

Nuestro Código Civil deja de lado tal cuestión, la misma que, a nuestro

modo de ver, es importantísima, pues no puede saberse lo que para el Código Civil es la pérdida de la cosa. ¿Incluirá las tres posibilidades del Código argentino, o debemos simplemente entender el término en su expresión literal más estricta, expresión que como máximo incluiría pérdida y destrucción?

Y es aquí que debemos detenernos para hacer un comentario general de nuestro Código Civil. Dicho cuerpo de leyes, por el prurito de que un Código es más técnico cuanto menos define, deja de dilucidar cuestiones de suma importancia, tales como la definición a la que aludimos. Si bien es cierto que en los artículos 1326 y 1327 se alude a pérdida o destrucción, no podemos determinar si la puesta fuera del comercio (una expropiación, por ejemplo) podría constituir un caso de pérdida o estaría comprendida en la sustitución de la obligación, en cuyo caso el deudor deberá ceder sus derechos y acciones al acreedor, sin poderse desvincular ni él ni el acreedor de sus respectivas obligaciones.

El Código Civil peruano resulta, en ocasiones, demasiado técnico, pues deja de definir aspectos en los que debe el legislador tomar partido necesariamente. No se trata en este caso de que propugnemos una vuelta al sistema del Código de 1852 o al mismo Código Civil francés, pero consideramos que existen casos en los que es imperioso un pronunciamiento, ya sea en uno u otro sentido.

Un Código que define, tiene muchas más posibilidades de perdurar que uno que no lo hace. Podemos apreciarlo en el Código Civil francés, el que constituyó modelo de muchas legislaciones extranjeras y esto por su gran claridad. El Código Civil alemán, cuyo tecnicismo es igualmente muy grande, en muchas ocasiones se ve precisado a definir e, incluso, a regular instituciones con muchísimo detalle.

Esto no significa que el juez —quien en definitiva aplicará la norma— se deba encontrar obligado y restringido por tales definiciones. Ellas podrían constituir simples pautas aclaratorias, lo que contribuiría a dar mayor riqueza y perdurabilidad a un cuerpo sustantivo.

Es por ello que la técnica legislativa de nuestro Código Civil deja mucho que desear en innumerables aspectos. Un Código que no contiene Exposición de Motivos y cuyos trabajos preparatorios son poco claros y explicativos y cuyas definiciones son prácticamente inexistentes, tendrá todas las características de escasa claridad, por lo que las controversias sobre su contenido serán muy grandes.

Volviendo al inicio de este segmento, si quisiéramos entender entonces la definición de pérdida de la cosa, deberíamos recurrir a los artículos 1326 y 1327 por interpretación extensiva, para que nos den la solución. Una interpretación literal conduciría en este caso a una contradicción con el sistema lo que resultaría en un sinsentido. El por ello que utilizamos, en este caso, la interpretación

extensiva, es decir, que recurriendo a los artículos 1326 y 1327, ampliamos el concepto estricto de pérdida de la cosa, por el sinsentido que resultaría de que en un caso comprenda dos conceptos y en el otro tan solo unos*.

Esto no contradice en nada la necesidad de que en este caso concreto nuestro Código debiera definir, dándole así más claridad a la institución que estudiamos.

Una vez dejado este problema en claro, debemos analizar ya el artículo 1175 de nuestro Código sustantivo.

Ha quedado ya claro que cuando una de las obligaciones se convierte en imposible —lo que en obligaciones de dar significa la pérdida de la cosa—, ella se extingue en virtud de lo dispuesto por el artículo 1318 de nuestro Código Civil.

Pues bien, dentro del contexto de un contrato sinalagmático, ¿qué ocurrirá con la obligación correlativa?

León Barandiarán ¹² afirma que “el riesgo y el peligro tratándose de bien mueble, lo soporta el deudor (artículo 1175), así como a él corresponden los aumentos y mejoras, por los cuales podrá exigir un alza en el precio. Es que hasta el momento de la tradición, el deudor continúa como propietario y res perit domino (sic). . .”.

Continúa el mismo autor ¹³ afirmando que “los artículos 1175, 1176 y 1177 son consecuencia del régimen de que antes de la tradición el acreedor de la cosa no es aún propietario, sino que se conserva como tal el deudor de modo que éste y no aquél debe soportar la pérdida o deterioro que sufra la cosa por caso fortuito o fuerza mayor. Es decir, que se confirma la regla del res perit domino. Es por eso que el artículo 1175 dispone que en caso de pérdida, la obligación queda disuelta para ambas partes, o sea que si el deudor no puede dar la cosa, porque ha perecido, tampoco puede exigir el pago del precio convenido por ella, o en su caso, debe serle repetible el precio que recibió pues la obligación hubiera carecido de causa”.

El comentario de León Barandiarán encierra tres cuestiones importantes que debemos analizar.

(a) Que al deudor corresponden los aumentos de la cosa antes de efectuar la tradición.

(b) Que el artículo 1175 contiene la teoría del riesgo

(c) Que el principio que recoge es el del res perit domino.

Respecto al punto (a), puede apreciarse que ni el artículo 1175 ni ninguno

* N. del A. Ya ha sido explicado ampliamente en el Capítulo I el alcance del método extensivo de interpretación.

12 LEON BARANDIARAN, José; Comentarios al Código Civil peruano; Tomo II, p. 24.

13 LEON BARANDIARAN, José, op. cit., p. 32.

otro contemplan el caso de aumento o mejora de la cosa.

¿Existe alguna razón para vincular el aumento de la cosa al caso de pérdida de ella?

Ya hemos manifestado que en la cuestión de la pérdida de la cosa, lo mismo que en cuanto al aumento de ella, no existe principio alguno que pueda derivarse naturalmente del Código. El legislador puede optar por colocar la pérdida, así como el aumento, en manos de uno u otro contratante.

Derivar la solución de que los aumentos, en este caso, corresponden al deudor, consiste en hacer decir a la ley lo que ella no dice y establecer una vinculación entre la pérdida de la cosa y su aumento que no es necesariamente cierta. No olvidemos cómo la Escuela de Derecho Natural demostró que no existía proporción entre el aumento y la pérdida de la cosa, de modo que la vinculación no debe necesariamente ser hecha.

La cuestión del aumento, podemos encontrarla, en nuestra opinión, en dos normas:

Artículo 1402: “En el caso de ser culpable el vendedor por la demora de entrega, es responsable al comprador por los frutos de la cosa, desde que debió ser entregada y por los perjuicios. .”.

Parece ser que en el caso de la compraventa, el legislador coloca el caso de la percepción de frutos en manos del comprador únicamente desde que hay mora. Esto nos hace pensar que sería el vendedor el que percibe los frutos hasta el momento de entregar. Sin embargo, el artículo en mención no distingue si se trata de bienes muebles o inmuebles. Une simplemente la percepción de los frutos a la entrega ya sea de un bien mueble o inmueble, de manera que si bien es cierto que respecto de bienes muebles, su solución coincidiría con la de León Barandiarán, es decir, que el deudor hace suyos los frutos (o aumentos en general) hasta el momento de la tradición, en el caso de inmuebles, en el que según el mismo autor la solución del Código es la de poner los riesgos a cargo del acreedor, los aumentos de la cosa seguirían estando en manos del deudor. La proporcionalidad que pretende establecer entre aumentos y deterioros, pues, no existe a tenor del artículo 1402. Tenemos, entonces, que según el artículo 1402 los aumentos no serían para el mismo para quien es la pérdida.

El artículo 1402 se refiere únicamente a compraventa y nosotros hemos manifestado que la pérdida de la cosa puede producirse también en un contrato innominado de “doy para que hagas”. Sin embargo, en aplicación del método de interpretación contractual que consiste en recurrir al contrato que más se asemeje al que tratamos de interpretar, cabe recurrir al artículo 1402.

La afirmación de León Barandiarán, pues, a nuestro juicio, carece de sustento, tanto por derivar del artículo 1175 consecuencias que dicho dispositivo no prevé expresamente, tanto porque su propio planteamiento (es decir, que los

aumentos son para el mismo que soporta la pérdida) se ve contradicho por el artículo 1402 que no distingue entre bienes muebles e inmuebles. En el caso de inmuebles, pues, el acreedor que soportaría el riesgo de la cosa no se vería beneficiado por los aumentos.

Podría quizás unirse la cuestión del aumento al artículo 850 del Código Civil, en tanto que expresa que el propietario hace suyos los frutos de la cosa. Deberá por tano averiguarse primeramente quién es propietario en el caso de bienes muebles —cuestión controvertida como se mostró en el primer capítulo— y en el caso de bienes inmuebles, cuestión clarísima conforme al artículo 1172 del Código Civil. No responderemos el primer interrogante, pero si respondemos el segundo, es decir, quién es el propietario de bienes inmuebles, notaremos nuevamente que el artículo 1402 contradice claramente la percepción de frutos por parte del propietario.

Podemos entonces decir, con toda certeza, que la cuestión de los aumentos es un asunto en el que el legislador puede optar. No deriva necesariamente de la cuestión del deterioro y no se encuentra vinculada necesariamente a la propiedad, ya que el artículo 1402 la vincula a la entrega, la que, como ya se demostró en el primer capítulo, no significa transferencia de propiedad. Podemos concluir anotando la necesidad de regulación de este aspecto por nuestro Código Civil, aspecto que en el caso de otros contratos (comodato, depósito, etc.), regula con toda precisión.

(b) Respecto a la cuestión de determinar si el artículo 1175 contiene la teoría del riesgo, debemos detenernos a analizar gramaticalmente el mencionado dispositivo.

Ya hemos adelantado que la norma que sirvió de antecedente al artículo 1175 es el artículo 865 del Código Civil brasileiro, que dispone que “si en el caso del artículo anterior, la cosa se pierde sin culpa del deudor antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación para ambas partes”.

Nuestro artículo 1175 repite al artículo 865 del Código Civil brasileiro, salvo en la última frase, es decir “para ambas partes”.

Tenemos entonces, que ante la supresión de esta frase, nos queda la expresión “queda disuelta la obligación”.

¿A cuál obligación se estaría refiriendo el legislador? ¿A la obligación imposible o a la obligación correlativa?

Utilizando la interpretación literal estricta, notamos que si el Código se refiere a que queda disuelta la obligación, habiendo aludido previamente a la pérdida de la cosa objeto de dicha obligación, deberemos pensar que se trata de la disolución de la obligación imposible.

Tenemos entonces, que el problema del riesgo no lo soluciona el artículo

en estudio, pues la respuesta que dicho problema busca es el conocer el destino de la obligación correlativa nacida dentro de un contexto contractual sinalagmático, lo cual no se encuentra previsto por el artículo 1175 de nuestro Código Civil.

En otras palabras, podemos decir, que el artículo 1175 es una especificación del artículo 1318, o, si se quiere, el artículo 1318 es el género, que bien habría podido comprender el supuesto del artículo 1175, y éste constituye la especie, por referirse específicamente a obligaciones de dar.

Si reparamos entonces en ambos dispositivos, podremos apreciar que el supuesto contemplado por ambos es el mismo, y que el artículo 1175, no solamente que no resuelve la problemática que la teoría del riesgo plantea, sino que resulta siendo reiterativo y por tanto, innecesario.

Podríamos recurrir al método denominado “sedes materiae”, definido por Messineo ¹⁴ como el que ubica “el lugar donde la norma está colocado, y la relación de conexión en que la norma viene a encontrarse con las otras concernientes a la misma materia. . .”.

Ya hemos ubicado al artículo 1175 dentro de las Obligaciones de Dar, lo que por utilización de dicho método interpretativo podría sugerirnos que es a obligaciones a lo que se refiere el artículo en cuestión, y que nada tiene que ver con la relación contractual.

Parecería innecesario distinguir entre los conceptos de obligación y contrato. Ambos constituyen conceptos absolutamente diferenciables. La obligación, según Albaladejo ¹⁵ no viene a ser sino “un efecto del contrato”. Los contratos en realidad, generan obligaciones, lo que en modo alguno puede significar que el contrato sea un concepto identificable con la obligación.

La ubicación de la norma en estudio pues, nos sugiere que a lo que el legislador se ha referido es a obligaciones de dar, y el artículo 1175 regula precisamente la situación de una obligación de dar que se torna imposible sin culpa del deudor. Tal obligación se extinguirá, en aplicación del principio de que “a lo imposible nadie está obligado”.

Esto, como se ha dicho, no resuelve la cuestión de la asunción del riesgo en un contrato sinalagmático, cuestión totalmente diferente.

De todo lo dicho pues, puede colegirse que la cuestión del riesgo en lo que se refiere a contratos sinalagmáticos, cuyo objeto sea una obligación de dar, no ha sido contemplada en forma expresa por nuestra legislación.

14 MESSINEO, Francesco; op. cit.; Tomo I; p. 103.

15 ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil; Tomo II, Título del Derecho de Obligaciones, Vol. II, Los Contratos en Particular y las Obligaciones no Contractuales, Librería Bosch, 1975; p. 190.

Angel Gustavo Cornejo ¹⁶ parece ser de la misma opinión al decir que “la regla *debitor certi corporis liberatur*, aparece consagrada en nuestro artículo 1175 de modo imperfecto, no basta para resolver la cuestión del riesgo, pues se limita a declarar disuelta la obligación relativamente a la cosa debida que se pierde por causa fortuita pero no expresa si esta liberación abarca la contraprestación recíproca del acreedor (el vendedor que paga el precio). El riesgo del contrato, cuestión diversa de la influencia que la pérdida de la cosa tiene respecto a la situación de quien debe, no está resuelta en el artículo 1175. El Código la resuelve en relación a cada contrato (artículos 1386, 1518). . .”.

Sin embargo, el mismo tratadista se contradice al afirmar que respecto a los contratos traslativos de dominio “. . . rige el principio del artículo 1175; si la cosa no fue entregada en el acto de la celebración del contrato, sea porque se fijó un plazo, o se estableció una condición suspensiva, simplemente porque fue diferida, la pérdida fortuita de la cosa causa la disolución del contrato; ni el deudor puede ser requerido para la entrega ni el acreedor debe el precio, y si este hubiera sido pagado anticipadamente tiene derecho a la restitución. Esta solución no necesitaba de un dispositivo expreso de la ley; es una simple aplicación del artículo 1318. La pérdida de la cosa sea mueble o inmueble, produce una imposibilidad fortuita de que la prestación se cumpla. . .”.

Como puede apreciarse, Angel Gustavo Cornejo, empieza detectando el vacío del artículo 1175, para luego decir que el mencionado dispositivo resuelve el problema de la asunción del riesgo.

Coincidimos sin embargo con su primer planteamiento, es decir, el que manifiesta que la teoría del riesgo no ha sido contemplada por el artículo 1175 de nuestro Código.

Podríamos quizás intentar una explicación de lo sucedido. Sabemos que la cuestión del riesgo no ha sido ajena a nuestro legislador; ella ha sido regulada específicamente en los contratos unilaterales (contratos en los que ha aplicado simplemente el artículo 1318) y en las obligaciones de hacer y no hacer.

Sin embargo, parece que nuestro legislador no ha distinguido con precisión el concepto de obligación del concepto de contrato.

Esto puede apreciarse muy claramente en el artículo 1341 de nuestro Código Civil, artículo cuya ubicación ha sido bien concebida por el legislador (en la parte relativa a los contratos), pero cuya redacción nos sugiere lo que expresábamos antes. Al decir el legislador que la condición resolutoria tácita “se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne”, parece confundir el término obligación del contrato. La

16 CORNEJO, Angel Gustavo; op. cit.; Tomo II; p. 91.

obligación es una, y sólo puede corresponder a una persona determinada. En el presente caso, el legislador parece dividir a una obligación en varias partes, según que le concierna a uno u otro contratante. Como puede apreciarse, no puede referirse en este caso a la obligación, sino al contrato, en la parte que le concierne, es decir, en el cumplimiento de las obligaciones que el contratante ha tomado a su cargo.

Entender el artículo 1341 de otra forma, sería un sinsentido, lo que nos obliga a aclarar que es ésta y no otra la manera de entenderlo. Sin embargo, fluye de nuestra perspectiva interpretativa, la necesidad de reforma del artículo en mención.

El artículo 1341 de nuestro Código Civil nos sirve pues de referencia para explicar como parece que el legislador ha confundido los términos obligación y contrato, refundiéndolos en uno solo. Esto resulta extraño para un Código cuya gran innovación constituyó precisamente en distinguir con toda precisión las nociones de Acto Jurídico, Obligaciones y Contratos, tan es así que en secciones que llevan esos nombres dividió el libro de Obligaciones en general. Parece no haber abandonado del todo a la legislación francesa, la cual refunde en una sola parte las Obligaciones y los contratos aunque no llega a confundir ambos términos.

Puede concluirse, de todo lo dicho, que la cuestión de la asunción del riesgo, tratándose de obligaciones de dar una cosa cierta para transferir sobre ella derechos reales, no ha sido expresamente contemplada por nuestro Código Civil.

Dentro de nuestra perspectiva de análisis pues, debemos decir que la reforma de nuestra legislación debe producirse en dos aspectos.

(a) Variando el texto del artículo 1175 del Código Civil. De querer incorporar el legislador el aforismo *res perit debitor*, deberá manifestar en forma expresa que se disuelve, no solamente la obligación imposible, sino la correlativa.

(b) Ubicando adecuadamente la norma que contenga la cuestión del riesgo, es decir, en la parte referida a contratos, y dentro del contexto del contrato sinalagmático, junto con la condición resolutoria tácita y la excepción “*non adimpleti contractus*”.

Sin embargo, debemos preguntarnos si del articulado del Código Civil podría fluir alguna respuesta a la cuestión del riesgo.

En utilización del método que consiste en recurrir al contrato que más se le parezca, debemos recurrir a la compraventa.*

Así, tenemos que el artículo 1383 establece que “ por la compraventa,

* N. del A. Ya ha sido manifestado que la teoría del riesgo, tratándose de obligaciones de dar, puede referirse también al supuesto de “*doy para que hagas*”.

el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa, y el comprador a pagar el precio en dinero”.

Sabemos que en aplicación de los artículos 1318 y 1175 del Código Civil, la obligación de dar se extinguiría cuando llega a ser imposible sin culpa del deudor.

El artículo 1383, mientras no sea desvirtuado por ninguna norma específica que se refiera a la cuestión del riesgo, conserva toda su vigencia. En ese sentido podemos decir que si no existe norma expresa que determine la extinción de la obligación del comprador, ella permanecerá vigente.

Es de esta manera como habríamos llegado a establecer el principio del *res perit creditori*, es decir, que la obligación del acreedor permanecería vigente.

Sin embargo, y razonando en este caso tal como lo haría un Juez, podríamos recurrir a una especie de analogía en interpretación de los artículos 1404 y 1405 del Código Civil.

El primero de ellos establece que “cuando por falta de entrega se rescinde la venta, si ha habido culpa en el vendedor, debe éste al comprador los impuestos y gastos del contrato y los perjuicios. Si no la ha habido, le debe sólo los impuestos y gastos.

El artículo 1405 dispone a su vez que “rescindido el contrato por falta de entrega, se devuelve no sólo el precio pagado, sino también los intereses corridos hasta la devolución”.

Estos dos artículos conceden una opción al comprador cuando no haya existido entrega, opción que consiste en la rescisión (léase resolución) del contrato.

Ahora bien, la falta de entrega puede ser debida a culpa del vendedor, cuestión que ambos artículos resuelven con claridad. Puede no existir culpa, cuestión también considerada por ambos dispositivos (en el primero de ellos lo refiere expresamente, mientras que en el segundo no distingue entre la existencia o inexistencia de culpa). Sin embargo, la cuestión del riesgo se plantea en términos parecidos aunque no idénticos. En primer lugar, es necesario que la imposibilidad de entrega sea total, es decir, que no se trate de una cuestión pasajera, que de producirse el comprador tendría igualmente opción de resolver el contrato; y, en segundo lugar, la imposibilidad de entrega así planteada, debe arrastrar necesariamente a la obligación correlativa, es decir, no existe razón para conceder opción alguna al comprador. No se trata pues técnicamente de una resolución, sino de una extinción de pleno derecho de la obligación correlativa. Sabemos bien que la rescisión, salvo el caso del artículo 1412 debe ser declarada judicialmente, lo que difiere sustancialmente de la cuestión del riesgo, cuyo correcto planteamiento estaría en declarar extinguida de pleno derecho la obligación correlativa.

Tenemos pues que en el caso de los artículos mencionados, la pérdida puede no haberse producido, es decir, que la imposibilidad no sea total, en cuyo caso, al comprador le bastaría simplemente que el cumplimiento no se produzca en el plazo determinado para poder optar por la rescisión. Respecto a la teoría del riesgo, la pérdida de la cosa debe ser total, por lo que difiere en sustancia de este caso de rescisión.

Sin embargo, podemos afirmar que tales cuestiones son análogas, si bien no idénticas. A falta de norma expresa, podríamos recurrir a una especie de analogía*. De esta manera, podríamos, en aplicación de los artículos 1404 y 1405, considerar disuelta la obligación correlativa.

Esta cuestión no es ajena a la jurisprudencia francesa, la cual, como afirman los Mazeaud¹⁷ “ha acudido con frecuencia a las mismas. . .”

No obstante ello, dentro de una perspectiva doctrinaria pura, perspectiva de la cual partimos, el recurrir al artículo 1383, o a los artículos 1404 y 1405, no implica que el problema del riesgo haya sido contemplado por nuestra legislación en forma expresa, y, por tanto, de que la reforma respecto a dicha institución sea necesaria.

(c) De todo lo dicho, es fácil derivar la conclusión de que el *res perit domino*, no se encuentra contenido por el artículo 1175 de nuestro Código Civil. Si el mencionado dispositivo no contempla la cuestión del riesgo, menos habrá introducido la regla mencionada.

Si nuestra interpretación nos conduce a la aplicación del artículo 1383 del Código Civil, en tanto mantiene vigente la obligación correlativa, la regla que contendrá nuestro Código, será precisamente la del *res perit creditor*, y no el *res perit domino*, como afirma León Barandiarán.

Debemos dejar constancia de que ante las dos posibles soluciones anotadas anteriormente, es decir, ante la aplicación del *res perit creditor* (recurriendo al artículo 1383), y el *res perit debitor* (recurriendo analógicamente a los artículos 1404 y 1405), optamos por la primera, pues la analogía es un método de última instancia, al cual debe recurrirse en caso de imposibilidad absoluta de solucionar un supuesto determinado, recurriendo a normas del Código que puedan dar

* N. del A. Decimos especie de analogía, pues la analogía se aplica cuando concurren dos circunstancias: que el legislador no haya previsto en absoluto el caso, pues de haber sido él previsto, aunque sea deficientemente debe recurrirse a otros métodos interpretativos; y, que exista un elemento de identidad con el caso previsto (donde hay la misma razón hay el mismo derecho). En el presente caso, es posible solucionar el problema recurriendo al artículo 1383 y mantener así la obligación vigente, aunque se desdierá de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático.

17 MAZEAUD, H.L. y J., op. cit., Parte II, No. III, p. 371.

solución al supuesto que buscamos. Si no existe dispositivo que respecto a la imposibilidad fortuita de cumplir derogue al artículo 1383, no existe razón para derogar dicho dispositivo recurriendo a la analogía.

De esta manera, y habiendo optado porque la solución es la del *res perit creditori* respecto de bienes muebles, queda desvirtuado el planteamiento de León Barandiarán en lo que considera que la regla contenida por el artículo 1175 es la del *res perit domino*.

Ahora bien, aún cuando nuestra atención primordial esté puesta en la asunción del riesgo en el caso de bienes muebles, debemos referirnos a la cuestión del riesgo respecto de bienes inmuebles, por servir dicha referencia a la clarificación de la cuestión en bienes muebles.

Considera León Barandiarán¹⁸ que como consecuencia del régimen consagrado por el artículo 1172, la prestación del riesgo y peligro, tratándose de inmuebles, corresponde al acreedor: *res perit domino*. Así, la pérdida de la cosa, o su deterioro, siempre que aquélla o éste no provenga de culpa del deudor, no modifica la obligación correlativa del acreedor.

Sabemos que respecto de inmuebles, el legislador no ha regulado en absoluto la cuestión del riesgo, es decir, no existe norma expresa que aún equivocadamente nos pueda hacer pensar que el legislador se refirió a la cuestión del riesgo.

Ya ha sido dicho como es que el problema del riesgo, no es otro que uno de opción. El legislador no introduce ningún principio de Derecho al consagrar la solución al problema en cuestión.

Si esto es así, ¿cómo interpretar que respecto de inmuebles funciona el *res perit domino* si no existe norma que expresamente lo determine?

No podemos entender, siguiendo nuestro planteamiento, cómo es que León Barandiarán se inclina a pensar que del artículo 1172 se deriva necesariamente el tratamiento del riesgo, y que, además, la solución sea la del *res perit domino*.

Debe haber la posibilidad, que aún cuando el traspaso de la propiedad opere consensualmente, la carga del riesgo quede diferida hasta la entrega. Propiedad y riesgo, tal como se manifestó, no se encuentran irreductiblemente unidas. El riesgo no sigue la suerte de la propiedad, ni ella la del riesgo. Con esto queremos decir, que si no existe una norma que expresamente contemple el problema del riesgo, tratándose de inmuebles, la solución no puede derivar del artículo 1172 de nuestro Código Civil. Nada debe hacernos pensar que el legislador ha unido la propiedad y el riesgo, cosa que parecería haber hecho en

18 LEON BARANDIARAN, José; Comentarios al Código Civil Peruano; Tomo II; p. 23.

Francia*.

La única conclusión posible de obtener del artículo 1172 de nuestro Código Civil, es que la propiedad inmueble es transferida consensualmente. Derivar alguna otra conclusión sería forzar el mencionado dispositivo, haciendo decir a la ley lo que no dice definitivamente. Llegar a otra conclusión, constituiría una interpretación incorrecta y se contradiría con cualquier método, llámese literal, lógico e incluso histórico (tal como la veremos después).

Tenemos pues, que si consideramos que el *res perit domino* no es un principio de Derecho, y que aún siéndolo, la ley no lo prevé expresamente, no es lícito considerar que aquél se encuentra presente.

Nosotros, sin embargo, llegaremos a la misma solución que León Barandiarán, pero apoyándonos en fundamentos totalmente diferentes, sin derivar de ningún artículo consecuencias que no provengan directamente de él.

Consideramos que la interpretación más adecuada respecto a inmuebles es la que ya verificamos al tratar de la carga del riesgo en bienes muebles, es decir, que partiendo del artículo 1383 que establece dos obligaciones, mientras que la que se convierte en imposible sin culpa de deudor es considerada disuelta a tenor de lo dispuesto por los artículos 1318 y 1175 de nuestro Código Civil, la obligación correlativa, no se disolverá mientras no exista disposición expresa que la derogue.

Si utilizamos el método analógico al que aludíamos respecto del problema del riesgo en bienes muebles, y aplicamos los artículos 1404 y 1405, artículos que no establecen distinción alguna entre bienes muebles e inmuebles, podremos apreciar que el riesgo en el caso de inmuebles se encontraría unido a la entrega. Así, el comprador podrá resolver el precio, los intereses, impuestos y gastos, lo que significa que el acreedor se desvinculará de su propia prestación de no cumplir el vendedor con la suya.

Podemos apreciar en este caso, que de recurrir a esta forma de interpretación, la solución será la del *res perit debitor*, pues definitivamente, tratándose de bienes inmuebles, desde el acuerdo entre las partes, el acreedor se convierte en propietario.

La cuestión de determinar con precisión cuál es la regla que nuestro Código Civil recoge, no tiene un valor puramente teórico, como ya se explicó respecto al Código Civil francés.

Así, si aceptamos la solución de León Barandiarán, en el caso de venta con pacto de reserva de dominio, la pérdida de la cosa la sufrirá el vendedor, pues se mantiene aún como propietario, mientras que si adoptamos la solución que

* N. del A. Sabemos que en Francia no es del todo clara la cuestión de la regla que se ha consagrado en el Code (ver numeral 4).

propusimos inicialmente se aplicará la regla del *res perit creditori*, y será el acreedor quien sufrirá la pérdida de la cosa.

Debemos recurrir al método histórico en este caso, el que nos proporciona cierta luz al estudiar la transferencia del riesgo en el caso de inmuebles, por coincidir lo obtenido utilizando dicho método con nuestra interpretación lógica.

Se expresa en los Trabajos Preparatorios¹⁹ “que cuando se trate de obligaciones de dar cuyo objeto sea la transferencia de dominio de cosas inmuebles queda en todo su vigor el régimen imperante hoy, esto es, que la propiedad se desplaza automáticamente entre las partes, como efecto del consentimiento.

En el primer supuesto, no transfiriéndose el dominio de las cosas muebles sino cuando la tradición se opera, el adquirente es únicamente acreedor, no propietario —en el segundo caso tiene la consideración jurídica de dueño, y no de simple acreedor. Por aplicación de este sistema dual, debe decidirse que en el primer caso los riesgos permanecen a cargo del deudor que se conserva como propietario de la cosa mientras la entrega no se efectúa —*res perit domino*— y que tratándose de las cosas inmuebles, los riesgos se soportan por el acreedor, convertido en propietario, como efecto inmediato de la obligación: *res perit creditori*. Esta última razón puede justificarse por razones jurídicas y económicas. La solución no ofrece dificultad cuando se refiere a contratos unilaterales y relativamente a los sinalmáticos es evidente que una vez perfeccionado el contrato, cada obligación tiene su existencia propia y sus caracteres particulares de ejecución y extinción. Así, la obligación del vendedor puede extinguirse por la pérdida fortuita de la cosa. Y esta pérdida carece de influencia respecto de la obligación correlativa del comprador, que versando sobre los casos genéricos, no reconoce como causa de extinción la pérdida de la cosa.

Ya han sido ampliamente explicado los alcances del método histórico de interpretación en el primer capítulo. Todos los tratadistas revisados que tratan sobre el tema, le conceden muy poca significación si es que los Trabajos Preparatorios se oponen a la interpretación literal, lógica, teleológica, etc. de una norma determinada. Sin embargo, le conceden gran utilidad cuando, es coincidente con los métodos antes mencionados y, en ese caso, su valor es muy grande, pues llega a confirmar lo que el intérprete ya consideró como la solución por medio de otros métodos.

Respecto únicamente de inmuebles, y ya que el método histórico coincide con los utilizados por nosotros, podemos afirmar que la solución es la del *res perit creditori*.

19 Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852; fascículo V; pp. 119, 120.

Olaechea, autor del Libro quinto, a quien pertenece la cita anterior, llega inclusive más lejos que nosotros, al pronunciarse claramente por la independencia de las obligaciones derivadas del contrato sinalagmático; ellas, una vez que el contrato ha nacido, se vuelven independientes una respecto de la otra. Es así como considera que ni siquiera existe necesidad de legislar sobre la asunción del riesgo, respecto de bienes inmuebles, pues el Código ya lo contempla.

Como cuestión aparte, puede notarse una vez más el exceso de tecnicismo del Código Civil peruano, pues deja de legislar sobre una cuestión importantísima, considerando que el intérprete puede llegar por sus propios medios a soluciones tan complejas.

La opinión expresada por el Doctor Olaechea es, a nuestro juicio, inexplicable. ¿Por qué motivo hace la diferenciación entre bienes muebles e inmuebles si su posición es la de considerar independientes a las obligaciones derivadas de un contrato sinalagmático?

De otro lado, el mismo Código Civil contradeciría su posición, pues dicho cuerpo sustantivo contempla claramente la interdependencia de las obligaciones nacidas en un contexto contractual sinalagmático.

Nos interesa a efectos de nuestro trabajo, sin embargo, destacar únicamente que los Trabajos Preparatorios se refieren al *res perit creditor* tratándose de bienes inmuebles, cuestión que terminaría de desvirtuar la tesis de León Barandiarán.

Podemos concluir el análisis del artículo 1175 expresando que dicho dispositivo no contiene expresamente la teoría del riesgo, y que en el caso de inmuebles, ella no deriva del artículo 1172 del Código Civil. En ambos casos, por lógica derivación de lo dicho primero, la regla del *res perit domino*, no encuentra cabida.

3.3 La teoría del riesgo en las obligaciones de hacer y no hacer

Sería importante efectuar un breve análisis del tratamiento que da nuestro Código Civil a la teoría del riesgo respecto de obligaciones de hacer y de no hacer, para notar nuevamente su deficiencia.

Respecto a la primer categoría de obligaciones, el artículo 1184 dispone que “si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido”.

Podemos apreciar en este caso, el mismo defecto que cuando el Código alude a las obligaciones de dar, es decir que el Código habla de la extinción de la obligación. ¿A cuál obligación se refiere?

Parece que en este caso vuelve a confundir el concepto de obligación con el

de contrato.

Sin embargo, el dispositivo en estudio dispone que el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de la obligación hubiese recibido. Podemos notar en este caso, que el Código Civil recoge la interdependencia de las obligaciones y debiera aludir a un contrato sinalagmático. En este caso, salvando el defecto de la primera parte del artículo, podemos decir que se está consagrando el *res perit debitor*, consecuencia de la interdependencia de las obligaciones nacidas de un contrato sinalagmático.

Respecto a las Obligaciones de No Hacer, el artículo 1188 de nuestro Código Civil, dispone que “si la obligación fuese de no hacer y la omisión del hecho resultara imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida”. En este caso, el artículo 118, aunque pretendió resolver la cuestión del riesgo nacido en un contexto contractual sinalagmático, no lo hizo, pues no alude a la obligación correlativa, de manera que nada resuelve. Comete el mismo error que el artículo 1175, referido, tal como reiteradamente se ha dicho, a obligaciones de dar.

Podemos concluir pues, que nuestro Código Civil respecto de Obligaciones de Dar cosas muebles ciertas, no contempla expresamente el problema del riesgo; respecto de Obligaciones de Dar cuyo objeto sea una cosa inmueble, tampoco se refiere a la cuestión. Tratándose de Obligaciones de Hacer, en cambio, lo contempla, aunque deficientemente; y tratándose de obligaciones de no hacer, hace lo mismo que respecto a obligaciones de dar, es decir, no lo trata en forma expresa.

De otro lado, la ubicación de tales normas es en nuestro concepto, y tal como ya lo manifestamos, absolutamente inadecuado. Su lugar correspondiente sería el de los Contratos en general, pudiendo aludirse a la cuestión del riesgo en cada contrato en particular si el legislador considera necesario aclarar la cuestión.

Consideramos que en esta materia, el sistema mejor logrado es el sistema alemán, cuyo tratamiento del problema se muestra sumamente técnico y preciso, de manera que no ocasiona su articulado ningún problema.

Nos quedarían tres problemas a los que nos referiremos brevemente. Ellos son los relativos a la asunción del riesgo en el caso de mora del deudor o del acreedor, el deterioro de la cosa debida, y la incorporación de la condición suspensiva por el artículo 1175 de nuestro Código Civil.

3.4 La asunción del riesgo en el caso de mora

Para el análisis de este punto, tomaremos como ejemplo a los Códigos francés y alemán, Códigos éstos de los que las demás legislaciones han tomado sus soluciones.

Respecto al Código Civil francés, sabemos que éste, en el artículo 1138, hace una referencia expresa al caso de mora del deudor, disponiendo que el riesgo estará a su cargo si se encuentra en mora de entregar.

El Código alemán, por su parte, hace referencia a la mora del acreedor en el artículo 324 del B.G.B., manteniéndolo vinculado a cumplir con su propia prestación en caso de encontrarse en mora de recibir el cumplimiento de la obligación, convirtiéndose ésta en imposible por caso fortuito o fuerza mayor.

De la simple lectura de ambos dispositivos, es decir, del artículo 1138 del Código Civil francés, y del artículo 324 del Código Civil alemán, podemos obtener una regla:

Quando la regla general establecida por determinada legislación es la de mantener vigente la obligación correlativa, el caso de mora que respecto a la cuestión del riesgo deberá tratar, será siempre la mora del deudor; y, a la inversa, si la regla general es la de desvincular al acreedor de su propia obligación, el caso de mora que respecto a la cuestión del riesgo deberá contemplar, será la mora del acreedor.

Esto, tiene una explicación muy simple. La mora, que consiste en el retardo culposo en el cumplimiento de la obligación, tiene como uno de sus efectos, el de hacer soportar la carga del riesgo a quien se encuentre en mora. Es por eso que decíamos en el Primer Capítulo, que la mora es una suerte de “castigo”, por lo que aquél que haya incurrido en ella, deberá sufrir las consecuencias de la pérdida de la cosa.

Si la regla general de una determinada legislación consiste en el *res perit creditor*, obviamente deberá legislar en sentido inverso, ocupándose de invertir la solución para el deudor moroso. La mora del acreedor, no tiene objeto de regularse, pues éste cargará siempre con el riesgo, de manera que haya o no incurrido en mora, el riesgo estará siempre a su cargo.

Lo mismo sucede en el caso inverso. Si la regla es el *res perit debitor*, no tendrá objeto legislar sobre la mora del deudor, pues éste soportará los riesgos de la pérdida de la cosa, esté o no en mora de entregar, mientras que ya que el acreedor es el beneficiado de dicha situación, su mora, que perjudica obviamente al deudor, debe ser regulada en sentido inverso, es decir, aplicándose en este caso el *res perit creditor*.

Ahora bien, la regulación que una determinada legislación haga sobre la mora, puede resultar muy significativa en el caso de que exista un vacío en la regulación de la regla general respecto del riesgo.

En otras palabras, es lícito —de no haber regulado una determinada legislación la carga del riesgo en casos normales— recurrir a la regulación que haga respecto a la carga del riesgo en caso de mora para, interpretando “a contrario”, derivar la regla general.

Demás está decir que un sistema mejor logrado es el que regule ambos aspectos. Sin embargo, de existir un vacío en la regla general, la interpretación “a contrario” es absolutamente pertinente de ser utilizada, pues del caso excepcional —la mora— puede derivarse la regla general.

Sabemos que nuestro Código Civil no ha contemplado en forma expresa la asunción del riesgo en términos generales. Puede derivarse, sin embargo, la solución del res perit creditor.

Respecto de la mora, nuestro Código Civil, no contiene disposición alguna referida a la carga del riesgo, producido este supuesto. No existen dentro de las disposiciones generales referidas a la mora del deudor (artículos 1254 al 1257), ni dentro de las disposiciones que pueden referirse a la mora del acreedor (artículos 1258 y siguientes, referidos al pago por consignación), ni tampoco dentro de cada contrato sinalagmático en particular, disposiciones que aludan a la carga del riesgo en el caso de constitución en mora.

La única referencia que nuestro legislador hace respecto a la asunción del riesgo por efecto de la mora es la del artículo 1385 en su última parte y la del artículo 1385, ambos referidos a compraventas de cosas que se pesan, cuentan o miden*.

Del artículo 1385, podemos obtener la conclusión de que de ser la regla contenida por el artículo 1175 la de unir los riesgos a la entrega, regla que podría denominarse res perit domino, el mencionado dispositivo, se apartaría claramente de la regla mencionada.

El artículo 1385 estaría más bien confirmando lo que nosotros concluíamos antes, es decir, que la regla contenida por nuestro Código Civil es el res perit creditor.

La última parte del artículo 1385, conjuntamente con el artículo 1386, regulan el caso de mora, tal como ya se expresó.

Se trata, sin embargo, de un supuesto especial, es decir, de la mora, no en recibir las cosas objeto de la compraventa sino de aquélla que se produce cuando el comprador no conconcorre a verificar las operaciones de peso, conteo o medición.

Nuestra intención al recurrir a dichos dispositivos ha sido la de tratar de hallar, a partir de la regulación de la mora, y utilizando la interpretación “a contrario”, la regla general, cosa que es imposible, pues el caso de mora regulado por dicho dispositivo, es un caso especial, siendo la compraventa a la que aluden igualmente excepcional.

No nos es posible pues, interpretar partiendo de la norma excepcional, pues ella resulta “una excepción de otra excepción”, por lo que partir del

* N. del A. Ya ha sido ampliamente analizada la cuestión del riesgo dentro de dichos dispositivos en el Capítulo Primero, numeral 4.

concepto de mora que los artículos 1385 y 1386 dan para hallar la regla general, es absolutamente imposible.

Es posible más bien, partir de la primera parte del dispositivo mencionado, es decir, del artículo 1385, para afirmar, utilizando la interpretación “a contrario” que la regla general es el “res perit creditori”.

Podemos concluir con dos cuestiones:

(a) Si aceptamos que puede ser verificada la interpretación “a contrario”, partiendo del caso excepcional de la mora, para así hallar la regla general, ello resulta imposible, pues nuestro legislador no ha contemplado la cuestión de la mora.

(b) Si aceptamos lo que decíamos al inicio del presente segmento, esto es, de que la mora —caso excepcional— debe ser regulada en sentido inverso que la regla general, nos encontraríamos en el mismo problema, pues no existe regla general expresa que regule la asunción del riesgo.

Sin embargo, si consideramos válido que interpretación de los artículos 1175 y 1383 la regla que fluye es la del res perit creditori, podremos decir que la solución que correspondería al caso de constitución en mora deberá ser la inversa, es decir, que la mora que debería derivar de dicha interpretación es la mora del deudor, por lo que en caso de constitución en mora, la regla a aplicarse sería la del res perit debitor.

Esto, sin lugar a dudas, no consiste en la utilización del método interpretativo “a contrario”. Dicho método no puede partir de la regla general para encontrar la regla excepcional. Su aplicación debe ser hecha en el sentido inverso, esto es, de la regla excepcional llegar a la regla general.

Nuestra aseveración fluiría más bien, del análisis doctrinario de la cuestión de la mora, es decir, de considerar que la parte contratante que incurra en mora, deberá ser la que normalmente no cargue con los riesgos de la cosa, y que en caso de estar en mora, deberá sufrir las consecuencias que su pérdida ocasiona. Ante un vacío de la legislación, nuestra interpretación estaría basada en lo que doctrinariamente significa la mora, es decir, en su naturaleza misma.

Es evidente, sin embargo, que ante este panorama, urge la revisión de todo el articulado referido a la teoría del riesgo, cuestión a la que pretendemos llegar dentro de nuestra perspectiva de análisis.

La reforma de la legislación civil, deberá pues producirse en el siguiente sentido:

(a) Ubicando la teoría del riesgo dentro del contexto contractual sinalagnático.

(b) Haciendo referencia expresa a la obligación correlativa.

(c) Regulando expresamente el caso de mora, consagrando la solución inversa a la regla general.

3.5 *El deterioro de la cosa debida*

Respecto al deterioro de la cosa debida, el artículo 1177 de nuestro Código Civil dispone que “si la cosa mueble se deteriorase sin culpa del deudor, el acreedor podrá disolver la obligación, o recibir la cosa en el estado en que se hallare con disminución proporcional del precio si lo hubiere”.

La cuestión del deterioro tiene estrecha vinculación con la cuestión de la pérdida de la cosa debida. Ambas forman parte de la teoría del riesgo. El deterioro consiste en el menoscabo del bien que disminuya de cualquier forma el valor que dicho bien tenía al momento de la celebración del contrato.

La ley, sin embargo, no especifica la clase de deterioro del que pueda ser objeto la cosa para que justifique la aplicación del artículo 1177.

Podemos decir, siguiendo a Baudry Lecantinerie ²⁰, que “éste debe ser jurídicamente razonable”. Esto significa que no cualquier deterioro puede justificar la aplicación del artículo 1177, así por ejemplo, un deterioro insignificante, podría constituir un abuso del derecho por parte del acreedor que quisiera acogerse a los beneficios que el artículo 1177 le concede.

Obviamente, fluye de nuestro razonamiento que la ley debiera dar siquiera lineamientos generales, o cuanto menos, dejar la decisión al Juez para determinar si la disminución del bien constituye o no un caso de deterioro.

De no expresar nada, cualquier menoscabo, por insignificante que éste fuera, podría constituir un caso de deterioro.

La cuestión del deterioro de la cosa debida, se rige teóricamente por los mismos principios que rigen el caso de pérdida total. Tenemos entonces, que la naturaleza interdependiente del contrato sinalagnático es quien debe informar las reglas que regirán en caso de deterioro.

Comenzando por la obligación del deudor, si la cosa se ha deteriorado sin culpa suya, éste evidentemente no tendrá responsabilidad alguna, en aplicación de la regla de que “a lo imposible nadie está obligado”.

Sobre ello, no cabe duda. Así, nunca se verá obligado a reparar por daños y perjuicios si no tuvo culpa en dicho menoscabo.

Respecto a la obligación del acreedor en cambio, y dependiendo ella de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagnático, la ley le concede la facultad, o bien de disolver la obligación, o bien de recibir la cosa en el estado en que se hallare con disminución proporcional de precio, si lo hubiere.

La solución que el legislador da en este caso, es a nuestro juicio acertada. Sin embargo, vuelve a confundir, tal como lo hizo respecto a la pérdida total el concepto de contrato y el de obligación. El acreedor no disolverá la obligación,

20 MAUDRY LECANTINERIE G. y Barde L; op. cit.; Tomo XIII; p. 69.

sino el contrato, que abarca su propia prestación, prestación que el acreedor buscará dejar de cumplir. La expresión “disolver la obligación” alude a la obligación a cargo de una de las partes, pudiéndose entender que en este caso se refiere a la obligación del deudor, la que en la parte del menoscabo se encuentra ya disuelta, lo cual no resuelve la cuestión que la teoría del riesgo propone, es decir, lo que ocurre con la obligación correlativa.

Sin embargo, el legislador termina aludiendo a un contrato sinalagnático, al referirse a la disminución proporcional en el precio si lo hubiere. En este caso, obviamente alude a la obligación correlativa, aunque con poca propiedad, pues hace referencia al precio, elemento privativo de la compraventa. La expresión “si lo hubiere” alude a que se ha utilizado el término “precio” a modo de ejemplificar, lo que en una legislación técnica como se supone ser la nuestra, no cabe. Debe hablarse con propiedad de obligación correlativa. Ya hemos dicho que la teoría del riesgo, cuando su objeto es una obligación de dar, no alude necesariamente a la compraventa, aunque ella, junto con la permuta son los únicos contratos nominados en que el problema se presenta. Ejemplificar con el precio, pues es absolutamente antitécnico, aunque, salvando estos dos defectos a los que aludíamos, es decir a la expresión “disolver la obligación” y “disminución del precio”, el artículo 117 es cuanto menos entendible, y posible de ser aplicado.

León Barandiarán²¹ justifica la disposición del artículo 1177 en los siguientes términos: “. . . porque el acreedor de la cosa no tiene sino un simple ius ad rem, el artículo 1177 concede al acreedor el derecho, deteriorada la cosa, ya de resolver la obligación, ya de obtener disminución proporcional al precio pagado. Si el acreedor recibiera la cosa determinada, se faltaría a lo ordenado en el artículo 1171, ya que la cosa una vez deteriorada no es la que fue considerada en el momento de llevarse a efecto la estipulación. . .”.

León Barandiarán, vuelve a apoyar su fundamentación en el res perit domino, es decir, que por el hecho de no ser el acreedor aún propietario de la cosa, no sufrirá los menoscabos que a ella le sucedan.

Ya ha sido ampliamente explicado en nuestro trabajo, que la teoría del riesgo no deriva del concepto de la propiedad, es más, que riesgo y propiedad no tienen vinculación alguna. Nosotros podemos entender la norma del artículo 1177 como derivada de la naturaleza interdependiente del contrato sinalagnático. Es en razón de dicha interdependencia que el acreedor puede exigir la disolución del contrato, o exigir la cosa en el estado en que se encuentre con disminución proporcional del precio. El hecho de no ser propietario todavía, en nada juega con la opción que se le concede al acreedor.

21 LEON BARANDIARAN, José; Comentarios al Código Civil Peruano; Tomo II, p. 34.

En cuanto recurrir al artículo 1171 del Código Civil como fundamento del artículo 1177, sí nos parece pertinente dicha alusión.

El acreedor ya no estaría recibiendo la cosa que él contrató, sino una sustancialmente diferente, lo que le da derecho a elegir entre resolver el contrato o recibirla en el estado en que se encuentre con disminución proporcional del precio.

Podemos apreciar que el artículo 1177, no hace distinción entre bienes muebles e inmuebles. Esto significa que en el caso en que se produzca un deterioro en un bien inmueble, aún cuando el acreedor ya haya sido convertido en propietario, podrá invocar válidamente el artículo 1171 y negarse a recibir la cosa en el estado en que se encuentra. Siendo propietario, y siendo que la regla aplicable es la de que las cosas perecen y se deterioran para su dueño, ¿cómo justificar que un acreedor-propietario de un inmueble pueda invocar el artículo 1171?

El Código Civil, por otra parte, nada resuelve en cuanto a la pérdida o deterioro tratándose de bienes inmuebles, por lo que válidamente podría, de tratarse de una obligación de dar cuyo objeto sea un bien inmueble, invocarse la norma contenida por el artículo 1171 de nuestro Código Civil.

Volvemos pues a apreciar que de ser la regla recogida por nuestro Código Civil la del *res perit domino*, la cuestión de los bienes inmuebles, pone en duda el recogimiento efectivo de la mencionada regla.

Debemos mencionar finalmente, que nuestro Código Civil no contempla el caso de deterioro de la cosa por culpa del deudor, tal como lo hacen los Códigos argentinos y brasilero.

León Barandiarán²² considera que en este caso no previsto, “se aplicarán los artículos 1320, de un lado, y 1341 y 1342 del otro”.

Esto es exacto, pues el deterioro culposo puede dar lugar a la aplicación de los dispositivos citados por León Barandiarán, por no constituir dicho supuesto parte de la teoría del riesgo, cuyas normas deben ser específicas. El caso de existencia de culpa, puede ser perfectamente regulado por las disposiciones generales a las que León Barandiarán alude. No forma dicho supuesto parte de la teoría del riesgo, teoría que contempla únicamente los casos de pérdida o deterioro de la cosa debida, subsecuente al nacimiento de la obligación, en el que no exista culpa por parte del deudor.

Nos queda por analizar únicamente el caso de la condición suspensiva, que el artículo 1175 contempla.

22 LEON BARANDIARAN, José; Comentarios al Código Civil Peruano; Tomo II; p. 35.

3.6 La condición suspensiva

Ya ha sido mostrado* como es que el artículo 1175 de nuestro Código Civil, no contempla la cuestión del riesgo, pues se limita a declarar disuelta la obligación, sin hacer referencia a la obligación correlativa a cargo del acreedor de aquella convertida en imposible.

La presencia de la condición suspensiva, por tanto, resulta difícil de analizarse, por haber sido el artículo concebido en forma deficiente.

Sin embargo, partiremos del supuesto de que el mencionado dispositivo contempla efectivamente la cuestión del riesgo, colocando la carga de éste sobre el deudor.

El supuesto contemplado por el artículo 1175, sería el de una obligación contraída bajo condición suspensiva, y estando pendiente la condición, la cosa perece, quedando por tanto, extinguida la obligación correlativa.

Podría suponerse, ya que el legislador no ha hecho distinción alguna, que la cosa no ha sido entregada, perdiéndose en manos del deudor, o que haya sido entregada, operando la condición ya no sobre la transferencia de propiedad y la entrega, sino únicamente sobre la transferencia de propiedad.

El artículo 1110 de nuestro Código Civil dispone que “la condición no funciona retroactivamente, salvo que se hubiese establecido lo contrario”.

Si concordamos ambos dispositivos —entendiendo siempre que partimos de que el artículo 1175 declare extinguida la obligación correlativa— la situación ante la que estaremos, no será aquella que caiga bajo el ámbito de la teoría del riesgo. Ya se ha explicado que el incumplimiento de la obligación (o la pérdida de la cosa debida), debe ser *subsecuente* al nacimiento de la obligación. Únicamente en ese caso estaremos ante un problema que se incorpore a la cuestión del riesgo. Si la condición, dentro de nuestra legislación *no opera retroactivamente*, por lo que su cumplimiento determina el inicio de la relación jurídica, la pérdida de la cosa debida pendiente conditioni, estará comprendida dentro del caso de obligación sin objeto, obligación obviamente nula.

Dicha nulidad se encontraría incorporada en el artículo 1123, inciso segundo del Código Civil que establece que “El acto jurídico es nulo (. . .) cuando su objeto fuese ilícito o imposible”.

Este dispositivo concuerda con el artículo 1390 del Código Civil, que dispone que “si cuando se hizo la venta había perecido la cosa vendida, no hay venta, y si sólo había perecido una parte, tiene el comprador derecho a retractarse del contrato, o a una rebaja por el menoscabo, proporcionada al precio que se fijó por el todo.

* N. del A. Ver Capítulo Segundo, numeral 7.2.

Puede pues apreciarse, que estamos ante dos problemas distintos, resueltos conjuntamente por el legislador, con un error muy grande de técnica.

Se está legislando en conjunto, por un lado, el caso de la pérdida de la cosa debida subsecuente al nacimiento de la obligación, y por el otro, un caso de nulidad del acto jurídico. Ambos parecerían haber sido entendidos como formando parte de un solo todo. Ya que el artículo 1175 de nuestro Código Civil fue pensado en términos de incorporar la teoría del riesgo, la cuestión de la condición, no tiene cabida, desde el punto de vista técnico en dicho dispositivo.

Angel Gustavo Cornejo²³ considera que la incorporación de la condición suspensiva en el artículo 1175 que comentamos responde a la regla *res perit domino*, pues explica que “el comprador que no es un acreedor de la obligación de entregar, ni tampoco propietario, no corre el riesgo del contrato, y si la cosa se pierde fortuitamente, se pierde para su dueño actual (el vendedor). . . *res perit domino*. . .”.

El tratadista mencionado, entiende bien el problema al decir que el comprador no es un acreedor de la entrega. En efecto, ya que la condición suspensiva no obra retroactivamente, tal como él mismo lo menciona en otro apartado, el comprador no es acreedor de la entrega, pues la condición no se verificó. Sin embargo, la invocación de la regla *res perit domino* no tiene sentido, puesto que el contrato no ha podido nunca llegar a concretarse, precisamente porque al momento de verificarse la condición —momento éste en que se debe entender verificada la obligación— la cosa ya había perecido, y por lo tanto, debe entenderse igualmente que nunca hubo relación contractual pues no existe objeto sobre la que se aplique.

Cornejo pues evoca la incorporación de la condición por el mencionado dispositivo, considerando que la teoría del riesgo cubre dicho problema, cuando, tal como lo hemos explicado, el problema de la obligación condicional es absolutamente diferente.

Volviendo a la incorporación de la condición por el artículo 1175 de nuestro Código Civil, parecería ser que el legislador ha seguido influenciado por la legislación civil francesa en la que la condición opera retroactivamente por lo que consideró prudente incorporar la cuestión de la condición a la teoría del riesgo. Este es otro caso en el que se muestra claramente la influencia francesa en nuestro legislador, influencia de la que le fue difícil apartarse. Incluye así, sin querer una cuestión que en nuestra legislación, en aplicación del artículo 1110 del Código Civil debería ser ajena a la teoría del riesgo.

Concluyendo pues, y con miras a una reforma de nuestra legislación; podemos decir que:

23 CORNEJO, Angel Gustavo; op. cit.; Tomo II; p. 96.

- (a) De existir en el nuevo Código un dispositivo que contemple expresamente la cuestión del riesgo, y que;
- (b) De conciliarse dicho dispositivo con la naturaleza interdependiente del contrato sinalagmático, es decir, de incorporarse la regla *res perit debitor*, y;
- (c) De mantenerse la norma contenida por el artículo 1110 del actual Código Civil, podemos concluir que:
- (d) La pérdida de la cosa debida, *pendente conditioni*, deberá ser tratada separadamente de la cuestión del riesgo, en la parte relativa a la nulidad del acto jurídico por falta de objeto.

3.7 *El res perit domino como fundamento de la posición materialista sobre la transferencia de propiedad de bienes muebles.*

Parecería ya innecesario hacer referencia a que la posición materialista, invoca el artículo 1175 de nuestro Código Civil como apoyo a la consideración de que la tradición es el modo de adquisición de propiedad consagrado por nuestro Código Civil

Consideran los sostenedores de dicha posición* que el régimen adoptado sobre transferencia de propiedad está basado en la tradición, porque el artículo 1175 del Código Civil, contiene la regla *res perit domino*, y que de perderse la cosa antes de efectuarse la tradición, dicha pérdida la asumirá el deudor, es decir, el propietario.

Bastenos decir que ya ha sido ampliamente analizado cómo es que el artículo mencionado no contempla la teoría del riesgo, por lo que fluye de esta aseveración, que la regla *res perit domino*, no puede estar incorporada en dicho dispositivo.

La única regla que podría fluir del análisis de dispositivos no referidos expresamente a la problemática del riesgo, sería la del *res perit creditor*, lo que desvirtuaría por completo la afirmación de la posición materialista.

De todo el análisis efectuado respecto al artículo 1175 de nuestro Código Civil, podemos concluir pues que el mencionado dispositivo no refuerza la posición materialista respecto a la transferencia de propiedad, sino que por el contrario, podría incluso desvirtuarla.

* N. del A. Ver Capítulo Primero, numeral 1.1.5.