



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlan
FACULTAD DE DERECHO

El Riesgo: Fundamento, Interpretación
y Efectos en los Contratos.

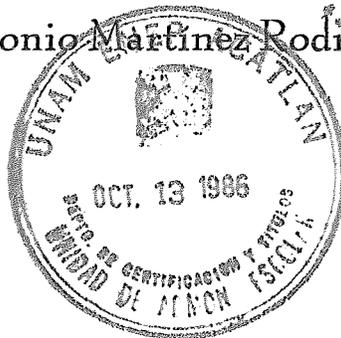
M-0036231

T E S I S
Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a

Marco Antonio Martínez Rodríguez

7702132-6

México, D. F.



1986



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES:

SIN SUS SACRIFICIOS Y APOYO
NO HUBIERA SIDO POSIBLE LA
REALIZACION DEL PRESENTE -
TRABAJO.

GRACIAS, LOS AMO.

ESTA TESIS FUE ELABORADA -
BAJO EL ASESORAMIENTO DE -
LA LICENCIADA MAGDALENA HER
NANDEZ VALENCIA.

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO I	EL RIESGO	
	I. Concepto de Riesgo	1
	II. Antecedentes	5
	III. La Teoría del Riesgo	17

CAPITULO II	FUNDAMENTACION JURIDICA	
	I. El Caso Fortuito o - Fuerza Mayor	26
	II. El Riesgo de la Cosa	37
	III. El Riesgo del Contrato	47
	IV. Relación de Causa a - Efecto:El Daño	60

CAPITULO III	INTERPRETACION Y EFECTOS	
	I. Función del Riesgo en los Contratos	64
	II. Interpretación	71
	III. Efectos	84

CONCLUSIONES	90
--------------------	----

BIBLIOGRAFIA	95
--------------------	----

M-0036231

I N T R O D U C C I O N

La intención de este trabajo, presentado a título de tesis, no es la de crear o inventar formas nuevas en el Derecho, sino la de, através de la investigación, estudiar, la Teoría de los Riesgos, desde sus antecedentes hasta su actual desarrollo y reglamentación en nuestro sistema legal.

Asimismo, el objetivo que se pretende en el presente trabajo, es la de señalar la complejidad que cobra la Teoría de los Riesgos en los contratos y decifrar conforme a Derecho, a cargo de quién se pierde la cosa o quién debe soportar las consecuencias, es decir, los daños, ante la presencia de tal Teoría.

Cabe hacer notar, que aunque la presente Teoría tiene amplitud de gamas, es reducido en cuanto a sus antecedentes y estudios realizados por los tratadistas, sin embargo, y a pesar de tal situación, se ha tratado de cumplir con el objetivo trazado en la presente tesis.

CAPITULO PRIMERO

EL RIESGO.

I. CONCEPTO DE RIESGO.

Hablar del riesgo y sobre todo, dar un concepto del mismo, implica el hecho indubitable de remitirnos al caso fortuito o de fuerza mayor, para el efecto de comprender en toda su magnitud la materia objeto de nuestro estudio: el riesgo.

Así, a reserva de ahondar posteriormente en tales conceptos, es indispensable dar una breve explicación al respecto:

Entiéndase por caso fortuito o de fuerza mayor el acontecimiento que impide el cumplimiento de una obligación que no es imputable al obligado, ya porque no ha podido preverle, ya porque aunque previsto no pudo impedirlo. De la falta de cumplimiento, en este caso, nadie es responsable mientras no dé lugar al caso fortuito o a la fuerza mayor su dolo o su culpa

excepto cuando el obligado se comprometió a responder por éstos.

Cabe aclarar que las expresiones de caso fortuito o de fuerza mayor se usan como sinónimos en la legislación y jurisprudencia, no así en la Doctrina, en donde algunos autores sostienen que la fuerza mayor suprimiría la responsabilidad por ser exterior a la esfera de acción del autor del daño, en tanto que el caso fortuito por ser un riesgo inherente a su género de actividad, debe quedar a su cargo, salvo que exista un texto legal en su contra.

La idea de partir del caso fortuito o de fuerza mayor para dar del riesgo un concepto, a pesar de ser absolutamente simple y elemental, no es retenida, sin embargo, por algunos autores, contándose entre éstos a Planiol (1) entre otros, ya que el caso fortuito o la fuerza mayor pueden incidir en el Derecho de muy diversas maneras: pueden por ejemplo, exonerar a los particulares de la prestación de ciertos requisitos que la ley normalmente exige; puede actuar, como es obvio, extinguiendo derechos reales al destruir las cosas sobre las que ellos recaen; o puede actuar, también, para no alargar más la lista de estos casos que el Derecho nos brinda, haciendo total o parcialmente imposible la ejecución de la obligación. Y es preci

(1) Citado por Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", T. II pág. 139, Ed. Porrúa, México 1970.

samente en esta última hipótesis de donde surge el concepto -- que nos interesa, y al que tradicionalmente las escuelas han denominado "periculum obligationis", y que nosotros conocemos simplemente como riesgo.

Esta acepción de riesgo, que vincula dicha noción al concepto de caso fortuito o de fuerza mayor, no es la que originalmente nace en la Historia del Derecho. En las fuentes romanas, en efecto, la expresión "periculum" no se aplica exclusivamente a los daños producidos por el caso fortuito, sino que se extiende también a aquellos deterioros o pérdidas que tienen su origen en un hecho culpable o doloso de alguna de las partes. Por eso, aún cuando en algunos pasajes del Derecho Romano (2) se habla de riesgo para aludir acontecimientos verdaderamente fortuitos, tales como la muerte involuntaria, en otros pasajes en cambio, se alude al concepto de "periculum" para referirse al riesgo que, si bien hace imposible el cumplimiento de una obligación, tiene su origen en una acción humana. En este último sentido el maestro Margadant (3) nos dice que el Digesto contiene un trozo de Ulpiano en el cual se habla de "periculum" del hurto, identificando la noción del riesgo, a la de un perecimiento obligado en un hecho culposo del cual el deudor no tiene obligación de responder; o de "periculum" en la custodia que nada tienen que ver con el concepto de caso fortuito o de fuerza mayor.

(2) Margadan S. Guillermo F. "Derecho Romano", pág. 116 Ed. - Esfinge, México 1968.

La evolución posterior de las ideas jurídicas ha tenido - por efecto, reducir el campo de aplicación del concepto de "periculum" y en la actualidad sólo se habla de riesgo en las circunstancias en que el deterioro parcial o total de una cosa objeto de la obligación resulta del caso fortuito o de fuerza mayor. Sólo hay riesgo, pues, en el Derecho Moderno, "cuando el objeto de una obligación deviene moral o físicamente imposible en virtud de un caso fortuito" (4).

Debe también aclararse, para los efectos que venimos persiguiendo, que para que se pueda, en puridad, hablar de "periculum obligationis", es necesario que el acontecimiento fortuito que afecte la obligación, o más precisamente, su objeto, no esté en la esencia misma del concepto de obligación de que se trate. Cabe aclarar que al igual que el maestro Jorge Peirano Facio (5), compartimos la idea de excluir de los dominios del riesgo a los contratos aleatorios, ya que, nos dice el autor - citado, "en estos tipos de contratos el riesgo, aunque derivante de un efecto fortuito asume un aspecto especialísimo, ya -- que no es, como en todos los demás contratos una consecuencia contingente que inside en el contrato ya formado, sino un elemento esencial para su existencia jurídica. Aquí, el riesgo - es el objeto mismo del contrato, no una eventualidad de destrucción de las obligaciones que emergen de él".

(4) Peirano Facio Jorge, "La Teoría de los Riesgos", Revista de la Facultad de Ciencias Sociales de Montevideo, Uruguay Págs. 4 y 5 de octubre a diciembre de 1952.

(5) Ibidem. pá. 4.

Finalmente debe señalarse, en el orden de ideas que se -- han venido expresando, que no entran en el concepto de "periculum obligationis" las pérdidas, depreciaciones o deterioros de la cosa que aún teniendo su origen en el caso fortuito o de -- fuerza mayor, poseen una causa anterior al perfeccionamiento -- de la relación jurídica. En estos casos se podrá, a más, ha-- blar de evicción, o de vicios o defectos ocultos, pero nunca -- de riesgo en sentido propio.

Por otro lado, etimológicamente el vocablo riesgo, nos di-- ce Capitan (6), es tomado del italiano "risco, risque", de ori-- gen obscuro y lo define como "la eventualidad de un aconteci-- miento futuro, incierto, o de plazo indeterminado, que no de-- pende exclusivamente de la voluntad de las partes y puede cau-- sar la pérdida de un objeto o de cualquier otro daño".

Tomando en consideración los razonamientos que se han es-- grimido, podemos concluir y dar del riesgo el siguiente concep-- to: Es el acontecimiento futuro e incierto, que por un caso fortuito o de fuerza mayor, impedirá el cumplimiento de una -- obligación y que es inimputable a la voluntad de las partes.

II. ANTECEDENTES.

Es en el Derecho Romano en donde podríamos encontrar algu:

(6). Capital Henri, "Vocabulario Jurídico", págs. 495 y 496, - Ed. Depalua, Buenos Aires 1946.

nos antecedentes de la Teoría del Riesgo, si bien es indudable que tal como se formula modernamente era desconocida.

Los jurisconsultos romanos, sin elaborar una teoría general, aplicaban sus principios en ciertos casos, pues habían advertido el principio general de la extinción simultánea de las obligaciones correlativas.

Los romanos, cuando hablaban de riesgo, lo relacionaban con el caso fortuito o de fuerza mayor, utilizando la expresión "periculum obligationis", sin embargo, esta expresión no se aplicaba exclusivamente a los daños producidos por el caso fortuito o de fuerza mayor, sino que se hacía extensiva también a aquellos deterioros o pérdidas que tenían en el hecho culpable o doloso de una de las partes. Por esta razón, como ya mencionamos en el apartado anterior, aún cuando en algunos pasajes del Derecho Romano se habla de riesgo para aludir a acontecimientos verdaderamente fortuitos, en otros en cambio, se alude al concepto de "periculum obligationis" para referirse al riesgo que, si bien hace imposible el cumplimiento de una obligación, tiene su origen en una acción humana.

Labión (7), justificaba el principio de la extinción de las dos obligaciones correlativas, por la idea de la buena fe.

(7). Citado por Gaudemet Eugène, "Teoría General de las Obligaciones", pág. 400, Ed. Porrúa, 1a. ed. en español, México 1974.

Pero una derogación notabilísima se le imponía a esta solución en el caso de la venta. Si la cosa perecía antes de la tradición por un caso fortuito, el comprador quedaba obligado a pagar el precio; seguía con la carga de los riesgos. Esta regla se hace más tarde extensiva a la permuta, por la analogía. -- Por lo demás, era discutida y en todo caso no se considera regla general.

Los romanistas siempre se han mostrado desconcertados y han acumulado tentativas de explicaciones racionales sin éxito. Hoy en día se reconoce que la explicación es de orden histórico. Conforme a una opinión muy generalizada, "se relaciona -- con la época en que la venta no era todavía un contrato consensual y se celebraba por medio de una doble estipulación, en la que el comprador estipulaba la cosa y el vendedor estipulaba el precio. Las dos estipulaciones producían dos obligaciones unilaterales independientes una de otra, siendo posible que -- una de ellas subsistiera a pesar de la extinción de la otra, -- por pérdida de la cosa. De esta suerte, la parte que había -- prometido la cosa, podía, aunque estando liberada por la pérdida de esa cosa, seguir siendo acreedora del precio. Más tarde, cuando la venta se convirtió en un contrato consensual, sinalegático de buena fe, que debía interpretarse de acuerdo con la presunta intención de las partes, habría habido que cambiar la regla y reconocer que esa intención, como en otras cosas, tenía que llevar a la conclusión de que cuando la obligación de

una parte de extingue, debe extinguirse la de la otra" (8). Sin embargo, la tradición perduró hasta la última etapa del Derecho Romano.

Esta idea fue tomada por la antigua legislación francesa y la generalizó en la máxima "res perit creditor", es decir, las cosas perecen para el acreedor. Históricamente esta máxima fue imposible justificarla racionalmente (9), además de ser muy combatido en los siglos XVII y XVIII, particularmente por los "ius naturalistas" quienes declaraban necesaria la ruptura con la tradición romana. La cosa debe quedar a riesgo del vendedor, mientras sea propietario; los riesgos no deben pasar a ser del comprador, sino con la propiedad; "res perit domino", o sea, las cosas parecen para su dueño. Luego, si la cosa parece entre la venta y la tradición, el comprador debe quedar exonerado del pago del precio.

Así tenemos, que además del "periculum obligationis", el Derecho Romano nos ha dado tres soluciones más claramente determinadas en el desarrollo de la Teoría del Riesgo; estas tres soluciones son las siguientes:

a.- "Res perit creditor" (Las cosas perecen para el acreedor), la cual propugna la manutención de la obligación co-

(8) Gaudemet Eugéne, obra citada, pág. 401.

(9) Enciclopedia Jurídica OMEBA TOMO XXVII, pág. 98, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1968.

rrelativa. Este principio fue denominado en Roma "res perit emptori" (la cosa se pierde para el comprador), pues lo referían expresamente a la compra-venta. Pues en el caso de la pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor, la culpa se extinguía para éste, pero no para el acreedor, quien quedaba obligado a cumplir la contraprestación prometida, por ejemplo, el comprador quedaba obligado a pagar el precio de la cosa. Se sistematizaba este principio en la máxima ya mencionada "res perit creditor".

Una regla análoga regía para el caso de deterioro de la cosa: el deudor, siempre que no hubiese habido culpa de su parte, cumplía con su obligación entregando la cosa como estuviese, aunque fuese deteriorada. El acreedor soportaba, pues, los peligros de la cosa, sea en el caso de pérdida, sea en el de deterioro.

b.- "Res perit debitor" (las cosas perecen para el deudor), principio que sostiene la disolución de la obligación correlativa si la obligación del deudor ha sido extinguida. Esto, referido a la obligación de dar, significa que la cosa se pierde para el deudor, lo que equivale a decir que aquél no tendría derecho a la contraprestación.

c.- "Res perit domino" (las cosas perecen para su dueño),

que une la carga del riesgo a la propiedad. La cosa, en este caso, se perderá para quien sea propietario de ella, dependiendo de la asunción del riesgo de la condición de propietario.

De los tres principios anteriormente señalados, centraremos nuestro esfuerzo en estudiar, por su desenvolvimiento en los sistemas legales, a dos de ellos, el "res perit creditorium" y al "res perit domino", principio que, como veremos más adelante, es tomado por nuestro Código Civil para el Distrito Federal.

Como ya se mencionó, en la "res perit creditorium" (las cosas perecen para el acreedor), en el caso de la pérdida de la cosa sin culpa del deudor, la culpa se extinguía para éste, pero no para el acreedor, quien quedaba obligado a cumplir la contraprestación prometida. De igual manera, se dijo que una regla análoga regía para el caso de deterioro de la cosa: el deudor, siempre que no hubiera habido culpa de su parte, cumplía con su obligación entregando la cosa como estuviese, aunque -- fuese deteriorada. El acreedor, soportaba pues, los peligros de la cosa, sea en el caso de pérdida, sea en el caso de deterioro.

La misma solución del Derecho Romano la encontramos también en la antigua legislación española; la pérdidas o deterioro

ros de la cosa debida, producidos sin culpa del deudor, son a cargo del acreedor (10).

La regla "res perit creditori" se fundaba en razones de justicia y equidad, porque como veremos más adelante, en el Derecho Romano, y lo mismo ocurría en la antigua legislación española, el acreedor gozaba de los aumentos y mejoras que la cosa debida recibiese sin el hecho del deudor; era lógico, por consiguiente, que soportaba también los peligros de ella.

Existe otra explicación con respecto a la "res perit creditori", que sostiene que ésta, la "res perit creditori", es un vestigio del derecho antiguo, cuando los derechos y las obligaciones de cada parte en un contrato bilateral, eran los unos independientes de las otras; podía entonces, perfectamente, extinguirse la obligación a cargo de una parte, sin que se extinguiera la obligación a cargo de la otra.

De cualquier manera, lo cierto es que tanto en el Derecho Romano como en la antigua legislación española, si el acreedor soportaba el peligro de la cosa debida era en su carácter de tal y que desde el punto de vista racional pueden hacerse a este sistema, según Raymundo M. Salvat (11), las siguientes objeciones:

(10) Salvat Raymundo M. "Tratado de Derecho Civil Argentino", pág. 153, Ed. Talleres Gráficos de Guillermo Kraft, Buenos Aires 1942.

(11) Ibidem, págs, 154 y siguientes.

1a. "Desde el momento que el dominio de las cosas no se transmite sino por la tradición o entrega de ellas, parece injusto hacer soportar al acreedor los peligros de una cosa que aún no le ha sido entregada.

2a.- Además, la prestación de una de las partes responde, desde el punto de vista económico, a la prestación de la otra; por consiguiente, es injusto obligar al acreedor al cumplimiento de la prestación a su cargo, cuando el deudor está en imposibilidad de cumplir la suya".

Es interesante, y como complemento de las anteriores nociones históricas, conocer el Derecho Francés, el cual establece que la obligación de entregar "hace al acreedor propietario -- y pone a la cosa a sus riesgos desde el instante en que ella - ha debido ser entregada" (12). Existe, con respecto al significado exacto de esta disposición una delicada cuestión: si -- ella hace cargar con los riesgos al acreedor en su carácter de tal, o si más bien se los impone en el carácter de propietario, pues como se sabe, en las relaciones de las partes, la propiedad de las cosas se transfiere por el sólo efecto de las convenciones. Pues bien, después de haber predominado la primera doctrina, es decir, las cosas perecen para el acreedor, durante muchos años, hoy predomina en el Derecho Francés, la "respe rit domino", lo cual significa, que las cosas perecen para su

(12) Código Civil Francés, artículo 1138, 2a.p. citado por Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones" T. II. Ed. Porrúa. México 1970.

dueño y el artículo transcrito del Código Napoleón, al hacer - cargar al acreedor con los riesgos de la cosa debida, se los - impondría, "no en su carácter de acreedor, sino como propietario" (13).

El principio del Derecho Francés sería, pues, de acuerdo a lo señalado por el maestro Rafael Rojina Villegas (14), el mismo que el de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, es decir, el "res perit domino", si bien las consecuencias - prácticas serían radicalmente distintas, en relación de la diferencia que existe en cuanto al sistema de trasmisión de la propiedad.

Nos corresponde ahora hablar de la "res perit domino" en forma más amplia, principio que como ya dijimos, es tomado por nuestro sistema legal, y al que, por tal razón, hemos de tratar de ponerle mayor atención.

La "res perit domino" fue introducida por la Escuela de Derecho Natural y la explicación más coherente de tal introducción surge de los canonistas que incorporan la noción de causa de la obligación en el contexto contractual.

La preocupación central de los juristas mencionados, los canonistas, consiste en introducir la equidad dentro del ámbi-

(13) Salvat Raymundo M. obra citada, pág. 154.

(14) Rojina Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil", V.- III. t.ºn. 326. Ed. Porrúa. México 1981.

to obligacional, recurriendo a la causa motivo, idea que luego fue descartada por Domat (15), así como a la causa de la obligación.

La noción de causa de la obligación fue utilizada por los "ius naturalistas", inspirados 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 de tener, automáticamente, una causa abstracta (16), precisamente por la extinción de la obligación que le servía de contrapartida.

La solución romana 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,

- (15) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XXVII, pág. 99 Ed. Bibliográfica Argentina Buenos Aires 1968.
- (16) Zuzman Tinman Susana, "La teoría de los Riesgos", Revista Programa de Derecho Académico de la Pontificia Universidad Católica de Perú, abril de 1980, pág. 85.

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 de acreedor, no tenía ya razón de subsistir.

Si la obligación imposible se 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, pues consideran como algo normal que la pérdida de la cosa la asumiera 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, destruida la cosa, el derecho real ya no tenía razón de existir y se extingue con la misma.

Respecto a esta situación, es decir, a aquella en la que existe obligación pendiente, es indudable que la solución sólo puede ser una: "La de la extinción del derecho real" (17).

(17) Puig Brutai José, "Fundamentos de Derecho Civil" Tomo I Vol. II "Derecho General de las Obligaciones", pág. 355 Ed. Bosch, Barcelona 1959.

Sin embargo, nos dice la maestra Susana Zuzman (18), que para llegar al concepto de propiedad se debió recurrir a 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 aquello haya sucedido quedaría la situación de un propietario (que nunca perdía su propiedad) sin -- obligación pendiente, ni a su cargo, ni a su favor.

Es así como se explica 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 desvincula al -- acreedor de cumplir con su propia prestación y lo único que -- se daba era la noción de propiedad.

Más que en busca de un concepto imprescindible, se llega a la propiedad, posiblemente, como una forma de ejemplificar que ya no quedaba relación obligacional pendiente; quedaba -- una obligación entre un sujeto y una cosa: Derecho real (19). Ante esta situación se aplicaba el principio de la "res perit domino". Se puede decir, entonces, que tan válido como hablar

(18) Zuzman Tinman Susana, obra citada pág. 86.

(19) Puig Brutal José, obra citada, pág. 356.

del "res perit domino" en ese contexto, es hablar de "res perit debitor", pues si el fin perseguido consistió en desvincular al acreedor, el principio equivalente al "res perit domino" es el "res perit debitor" pues, nos dice al respecto el --tratadista Jorge Peirano Facio (20) "no hay nada en esencia -- que los ditinga".

Otra cuestión importante que deriva de lo anteriormente dicho, será la de aclarar que la "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, concebida en abstracto, el "res perit domino" es un principio de Derecho (21).

Sin embargo, nos dice Susana Zuzman (22) que nada es más falso que aquello, pues, "la equidad fue introducida en el Derecho mediante el concepto de causa, o lo que lo mismo: de la interdependencia de las obligaciones. Se consideraba más justo desvincularse al acreedor de su propia obligación si el deudor no podía cumplir con la suya".

(20) Obra citada, pág. 8

(21) Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. XXVII, pág. 99, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1968.

(22) Zuzman Tinman Susana, obra citada, pág. 87.

Se desprende de lo anterior, que 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 cumple con su prestación.

Para concluir, 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.

Por tanto, se puede afirmar que la noción de equidad no se encuentra presente en la Teoría del Riesgo, de lo que puede deducirse que el recurrir al concepto de propiedad no encierra éste en sí mismo, tampoco una noción de equidad. Pero de esta afirmación, la ya citada maestra Susana Zuzman (23), desprende que 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, que es el de la desvinculación de obligaciones, indicativo de que no existe ya relación contractual y lo que queda es un derecho de propiedad que se extingue con la extinción de la cosa.

III. LA TEORIA DEL RIESGO.

Para una mayor comprensión de la Teoría del Riesgo, ini-

(23) Obra citada, pág. 88.

ciaremos diciendo que la cuestión de los riesgos abarca o incluye, el estudio de los tres puntos siguientes:

- 1o.- Pérdida o deterioro de la cosa (de la que hablaremos más ampliamente en el Capítulo II del presente trabajo, bajo el rubro "El riesgo de la cosa").
- 2o.- Mejoras.
- 3o.- Frutos.

Con relación a cada uno de los puntos anteriormente señalados se tratará, separadamente de la cuestión según se trate de obligaciones de dar cosas ciertas con el fin de transferir derechos reales o con el fin de restituirlas a su dueño. Cabe aclarar que cuando nos referimos a las mejoras y a los frutos, sólo lo haremos a grosso modo, por no ser objeto de nuestro trabajo.

1o.- Pérdida o Deterioro de la Cosa Debida. La cosa debida, en el intervalo de tiempo que transcurre desde que la obligación es contraída hasta que ella es entregada al acreedor, puede haberse perdido o sufrido deterioros que disminuyen su valor, surgiendo así la duda de cuáles son en estos casos los derechos y obligaciones de las partes. Esta delicada cuestión ha sido también contemplada por nuestro Código Civil para el Distrito Federal, tanto en el caso de obligaciones de dar cosas ciertas para transferir derechos reales, como en el

caso de dar cosas ciertas para restituir las a su dueño (artículos 2017 a 2026 del Código Civil para el Distrito Federal): los principios son los mismos con respecto a unas y otras, pero la aplicación de ellos y sus consecuencias presentan algunas diferencias de detalle.

En las obligaciones de dar (cosas ciertas para transferir derechos reales), es necesario distinguir y estudiar en forma particular los dos casos en que pueden presentarse:

- I.- La pérdida o deterioro sin culpa del deudor.
- II.- La pérdida o deterioro por culpa del deudor.

Es en el primer caso, es decir, en la pérdida o deterioro sin culpa del deudor, de donde deriva propiamente la Teoría de los Riesgos. A este respecto (a la pérdida o deterioro de la cosa sin culpa del deudor), estudiaremos los tres puntos siguientes:

- a).- La Teoría General del Riesgo de la Cosa Debida.
- b).- Consecuencias prácticas en el caso de pérdida de ella.
- c).- Consecuencias prácticas en el caso de deterioro.

a).- La Teoría General del Riesgo De la Cosa Debida. - .
La teoría del Riesgo, es un principio de Derecho en que el deudor no es responsable, salvo en los casos de excepción, de la

falta de cumplimiento de la obligación, cuando ésta se produce por caso fortuito o de fuerza mayor (artículo 2017, fracción V de nuestro Código Civil para el Distrito Federal en vigor). Aplicando este principio de las obligaciones de dar cosas ciertas y suponiendo que éstas se hubiesen perdido o deteriorado a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, es evidente que la obligación de entregarlas estaría extinguida y que el deudor no sería responsable de los daños y perjuicios para con el acreedor.

Pero, supongamos que la obligación de dar tuviese como objeto la entrega de la cosa vendida y que el comprador, acreedor de dicha obligación, debiera aún el precio estipulado: ¿la obligación se consideraría también extinguida para él, o, por el contrario, estaría obligado, no obstante la extinción de la obligación del deudor, a pagar el precio de la cosa? En el primer caso, aunque el deudor no fuese responsable ante el acreedor de los daños y perjuicios por la inejecución de la obligación, sería él quien en definitiva soportaría las consecuencias del caso fortuito o de fuerza mayor, puesto que en adelante no tendría ya la cosa debida, no podría exigir del comprador el pago del precio estipulado.

En el segundo supuesto, por el contrario, las consecuencias del caso fortuito o de fuerza mayor, vendrían a recaer sobre el comprador, acreedor de la cosa debida, quien, no obs

tante no poder exigir su entrega ni formular cargo alguno al deudor, tendría, sin embargo, la obligación de pagar el precio.

Esta delicada cuestión es conocida en Doctrina con el nombre de Teoría del Riesgo. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal se refiere a ella, más específicamente, en su artículo 2017, que a la letra dice: "En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa y se pierde o deteriora, se observarán las siguientes reglas:

I.- Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios.

II.- Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, él acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción del precio y el pago de daños y perjuicios.

III.- Si la cosa se perdiere por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación.

IV.- Si se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene

la obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle.

V. Si la cosa se perdiere por caso fortuito o por fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido".

Cabe aclarar que dicho precepto no es el único artículo de nuestro Código Civil que se refiere a la Teoría en estudio, sino que hay más disposiciones que regulan la misma, en diversos tipos de obligaciones y que conforme se presenten, se mencionará el artículo o artículos correspondientes; sin embargo, podemos decir que la regla general que rige o regula la Teoría del Riesgo en nuestro Código Civil, es el de las cosas se pierden o se deterioran para su dueño ("res perit domino").

La aplicación de la regla de que las cosas perecen o se deterioran para su dueño de nuestro Código Civil, parece, por las consideraciones históricas vertidas en el apartado correspondiente, estar más en armonía con los principios del derecho estricto y de la equidad.

b).- Consecuencias Prácticas en el Caso de Pérdida de la Cosa Debida. Se entiende que existe pérdida de la cosa debida, según el artículo 2021 de nuestro Código Civil, en dos casos:

1o. Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio.

2o. Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se puede recuperar.

Producida la pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor, la obligación de éste será ceder al acreedor cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización a -- quien fuere responsable (artículo 2020 de nuestro Código Civil en vigor).

c).- Consecuencias Prácticas en el caso de Deterioro de la Cosa Debida. En este punto, debe entenderse por deterioro toda clase de desperfectos materiales que se produzcan en la cosa objeto de la obligación, susceptibles de disminuir su valor pecuniario.

Por otro lado, cuando exista culpa del deudor en la pérdida de la cosa, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios (artículo 2017 Fracción I de nuestro Código Civil).

Cuando hay deterioro de la cosa por culpa del deudor, el acreedor podrá optar, dice nuestro Código Civil, por la rescisión del contrato y el pago de los daños y perjuicios, o, recibir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la re

ducción del precio y el pago de los daños y perjuicios (artículo 2017 fracción II).

Pero, si es por culpa del acreedor la pérdida de la cosa, el deudor quedará libre de la obligación; y cuando hay deterioro de la cosa por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle (artículo 2017 fracciones III y IV de nuestro Código Civil).

2o.- Mejoras, las mejoras son toda modificación material de una cosa, que haga aumentar a ésta, su valor. Las mejoras, como es obvio, implican siempre un acrecentamiento material de la cosa. Está excluido de ellas, por consiguiente, el aumento de valor producido por las causas generales de valorización, las cuales no modifican la cosa en materialidad.

Las mejoras pueden ser de distintas clases y tienen aplicaciones diversas, según se trate de mejoras en el caso de obligaciones de dar cosas ciertas con el fin de transferir de rechos reales; o bien, de mejoras en los que tienen por fin restituir cosas a su dueño.

3o.- Los Frutos. Con respecto a los frutos, hemos de decir que son aquellos inherentes a la cosa y que por la naturaleza misma de ésta se producen o se presentan uniéndosele o incorporándosele natural o artificialmente.

Los frutos pueden ser naturales, industriales y civiles.

Los frutos naturales son las producciones espontáneas de la cosa. Los frutos industriales son aquellos que se presentan mediante el trabajo realizado de la cosa. Y los frutos - civiles, son aquellos que no son producidos directamente por la misma cosa, ya porque deriven de un contrato o por alguna disposición legal.

Con esto último y en términos generales concluimos con - la explicación de la Teoría del Riesgo y por consiguiente con el primer capítulo, para así, en los subsecuentes estudiar en forma más amplia, el objetivo que alimenta al presente trabajo.

CAPITULO SEGUNDO.

FUNDAMENTACION JURIDICA.

I. EL CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR.

Es el caso fortuito o de fuerza mayor, como ya lo mencionamos en el capítulo anterior, el punto de partida del concepto de riesgo manejado en el presente trabajo, debiéndose entender por caso fortuito o de fuerza mayor al acontecimiento que impide el cumplimiento de una obligación que no es imputable al obligado, ya por que no ha podido preverle, ya porque aunque previsto, no pudo impedirlo. De la falta de cumplimiento, en este caso, nadie es responsable mientras no de lugar al caso fortuito o de fuerza mayor, su dolo o culpa, excepto cuando el obligado se comprometió a responder por éstos.

Del párrafo que antecede, se desprende que el caso fortuito o de fuerza mayor, son casusa externa del incumplimiento involuntario de las obligaciones y que el deudor u obligado, en este caso, no siendo causa de ese incumplimiento, queda li

bre de su obligación.

Es importante hacer notar, antes que nada, que las expresiones de caso fortuito o de fuerza mayor, se usan como sinónimos tanto por la ley, así como por la jurisprudencia, sin embargo, en la Doctrina, existe discusión al respecto, ya que, considera que la fuerza mayor suprimiría la responsabilidad por ser exterior a la esfera de acción del autor del daño, en tanto que el caso fortuito, por ser un riesgo inherente a su género de actividad, debe quedar a su cargo, salvo que exista un texto legal en su contra.

A pesar del uso indistinto que se le dá en la práctica - al caso fortuito o de fuerza mayor, hay diferencias al respecto, como ya lo mencionamos, a nivel doctrinal, empezando por la distinción citada en el párrafo anterior.

Y así tenemos que hay quien divide a los casos fortuitos o de fuerza mayor en dos categorías (1). Unos tienen el carácter de accidentes naturales, como las enfermedades, la muerte, las inundaciones, los terremotos, etc. Otros constituyen hechos del hombre, tales como la guerra, invasiones, bombardeos, los impedimentos que resultan de una orden o prohibición emanada de una autoridad pública; etc..

(1) Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones". T. II pág. 109, Ed. Porrúa, México 1970.

Planiol (2), sostiene que el caso fortuito se refiere a los acontecimientos de la naturaleza, en tanto que la fuerza mayor, son hechos producidos por el hombre. No aceptando del todo, el referido autor, a quienes dicen que el caso fortuito se debe considerar cuando se quiere designar al origen externo del obstáculo, y la fuerza mayor para denotar la naturaleza insuperable del propio obstáculo.

En el Derecho Argentino, resultan idénticas, en sus efectos ambas figuras, sin embargo, encontramos también que los estudiosos de este Derecho, hacen distinguos (3), dividiéndose los autores en dos grupos:

El primero de estos grupos está integrado por aquellos autores que considerarán que la distinción es puramente teórica.

El segundo de estos grupos, está formado por autores que piensan que tales figuras atribuyen influencia sobre la responsabilidad del deudor.

En el primero de los grupos citados, se destacan dos cri

- (2) Planiol, Marcelo y Ripert Jorge, "Tratado Práctico de -- Derecho Civil Francés", T. VI, pág. 136 traducción española del Doctor Mario Díaz Cruz, Ed. Cultural Habana, -- S. A. 1947.
- (3) Enciclopedia Jurídica CMEBA T. II pág. 819, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1968.

terios. Para unos el término caso fortuito se aplica a los hechos producidos por la naturaleza, y la fuerza mayor a los hechos del hombre. El segundo criterio es el que apoya la diferencia en la importancia del acontecimiento: los hechos más importantes serían casos de fuerza mayor; los menos importantes, casos fortuitos.

En el segundo grupo, que apoya la diferencia en la extención de la responsabilidad del deudor, se asigna a la fuerza mayor un efecto liberatorio más amplio que el caso fortuito. La primera (la fuerza mayor) implica la "irresponsabilidad" del acontecimiento; y el segundo (el caso fortuito), su "imprevisibilidad". El caso fortuito significaría sólo una imposibilidad "relativa" de ejecución y, en cambio, la fuerza mayor sería imposibilidad "absoluta". Tal es la tesis contemplada por los franceses Colin y Capitan y así es tomada por este -- grupo de autores argentinos (4).

En nuestro Derecho, se puede afirmar sin que entremos en discusión, que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, se utilizan como palabras sinónimas. En apoyo a este criterio, se tiene que nuestro Código Civil vigente emplea indistintamente uno u otro término, y por lo que hace a sus efectos, como más adelante veremos son iguales.

(4) Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. II pág. 820, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1968.

Por otro lado, y partiendo del concepto que de caso fortuito o de fuerza mayor dado al inicio de este capítulo, se puede decir que son elementos constitutivos de tal concepto - en las figuras señaladas, los siguientes:

- a.- Un acontecimiento, ya sea natural o producido por el hombre.
- b.- La imprevisibilidad.
- c.- Lo previsible pero inevitable.

Elementos éstos, que traen como consecuencia el incumplimiento de una obligación no imputable al deudor.

Del primer elemento señalado, que es el acontecimiento natural o producido por el hombre, hemos de decir que por acontecimiento natural debemos estimar a las enfermedades, la muerte, los temblores, las inundaciones, etc..

Como acontecimientos producidos por el hombre se pueden señalar las guerras, las invasiones o bien, decretos emanados de una autoridad pública que impidan celebrar ciertos tipos de operaciones, o saquen del comercio determinados bienes. etc.

Se discute si los hechos del hombre que se puedan estimar como caso fortuito, pueden prevenir de terceros que no sean -

autoridades, y hay así autores que estiman, que si ello es posible. Salvat (5) sostiene que "el hecho de un tercero que hace imposible el cumplimiento de la obligación, constituye - también, al menos en principio, caso fortuito o fuerza mayor; la razón es siempre la misma: se trata de un hecho que el deudor no ha podido evitar. Dentro de ese orden de ideas el robo puede ser considerado como caso fortuito o fuerza mayor, - siempre que se produzcan a mano armada o en otras condiciones que lo hagan irresistible para el deudor. Por excepción, el hecho de un tercero no podría ser considerado como caso fortuito o fuerza mayor, en el caso de tratarse de un tercer por quien el deudor fuera responsable; se trataría en esta hipótesis de su propia culpa".

Gutiérrez y González (6) no comparte la anterior opinión, pues dice que entonces se podría presentar el caso de que un deudor se pusiera de acuerdo con un tercero para aparentar un asalto a mano armada, y que aún suponiendo cierto el asalto, - la idea de que fuera "irresistible para el deudor" señalada - por Salvat, quedaría, de acuerdo a lo indicado por el maestro Gutiérrez y González, sujeta a cada caso, pues dice este último, "lo que para un sujeto es irresistible no lo es para el otro".

Por lo anteriormente señalado, y a fin de evitar confusion

(5) Obra citada, pág. 819.

(6) Gutiérrez y González Ernesto, "Derecho de las Obligaciones"., pág. 455, Ed. Cajica, México 1971.

nes, debemos concluir, en concordancia con la generalidad de los autores, que es sólo el acto humano de autoridad pública u orden de ella, la que puede constituir caso fortuito o fuerza mayor.

En cuanto a la imprevisibilidad, segundo de los elementos del caso fortuito o fuerza mayor, debemos decir que lo imprevisible significa que el acontecimiento que impide cumplir con la obligación, no se puede conocer por señales o indicios que denoten su proximidad o llegada.

Por lo que se refiere al tercer elemento constitutivo del caso fortuito o fuerza mayor, que es lo previsible pero inevitable, sólo nos concretaremos a señalar que el acontecimiento que produce el incumplimiento de la obligación, puede ser previsible, pero en la capacidad del que debe cumplir, no está el evitarlo.

Sin embargo, Eugéne Gaudemet (7) afirma que lo anteriormente explicado, no ocurre en tres casos excepcionales:

a.- Los casos fortuitos pueden quedar por convenio a cargo del deudor. Indicando, que es una especie de seguro en el cual el deudor se convierte en asegurador de su acreedor.

(7) Gaudemet Eugéne, "Teoría General de las Obligaciones", - pág. 407 y 408, Trad. y notas por Pablo Macedo, Ed. Porrúa, México 1974.

Nuestro Código Civil nos dice en su artículo 2111, que nadie está obligado al caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que haya contribuido a él. Cuando el deudor dá causa o contribuye a su realización, está incurriendo en culpa y en este caso no habrá excepción sino que se confirmará la tesis general de que cuando el deudor incurre en culpa es responsable de los daños y perjuicios que cause. Sin embargo, puede el deudor aceptar expresamente la responsabilidad, cuando exista caso fortuito o fuerza mayor. En este caso nuestro Código Civil respeta el principio de la autonomía de la voluntad, y si el deudor quiere hacerse responsable, previendo el riesgo, la ley no debe ir en contra de su propia voluntad.

b.- Hay casos en que el deudor, por una disposición legal, tiene a su cargo los casos fortuitos: cuando está en mora, es decir, retrasado en su cumplimiento, "legalmente constante por medio de intimación" (artículo 1302, primer párrafo en fine del Código Civil Francés). Desde ese momento, dice - Gaudemet (8), "el caso fortuito ya no libera al deudor". No obstante, podría eximirse probando que la cosa también habría perecido en poder del acreedor si hubiese sido entregada oportunamente (artículo 1302, segundo párrafo del Código Civil -- Francés).

Con respecto a esto, nuestro Código Civil, en el ya cita

(8) Gaudemat Eugéne, obra citada, pág. 410.

do artículo 2111, estatuye que en ciertos casos la ley impone la responsabilidad para el caso fortuito o fuerza mayor; efectivamente, en el contrato de comodato la ley señala que en -- dos ocasiones el comodatario responderá del caso fortuito:

1a.- Cuando pudiendo salvar la cosa dada en comodato, - prefiere salvar la propia. Se supone que como el comodatario debe tener la diligencia máxima y está gozando gratuitamente de una cosa ajena, cuando haya un riesgo, debe salvar primero la cosa dada en comodato y después la propia. Basta que incyrra en esta omisión para que se le haga responsable del caso fortuito.

2a.- Cuando el Comodatario recibe la cosa estimada. Será suficiente que se haga un avalúo, aunque no se diga con - qué objeto, para que la ley interprete la intención del comodante en el sentido de valorizar la cosa, fue para que el comodatario devuelva su importe, si se pierde por caso fortuito. Dice el artículo 2505 de nuestro Código Civil: "Si la - cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantia empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos ha preferido la suya, responde de la pérdida de la otra".

Otros casos en que la ley impone que el deudor cumpla a

pesar del caso fortuito, los encontramos en los artículos 2502 el ya reproducido 2505, 2506 y 2512 de nuestro Código Civil.

c.- Del artículo 1302, cuarto párrafo del Código Civil Francés, indica Gaudemet (10), "resulta una disposición excepcional referente al ladrón". Es decir, el ladrón, obligado a restituir la cosa robada, tiene a su cargo los casos fortuitos, sin haber sido puesto en mora y sin poder probar que la cosa habría perecido también en poder del acreedor. Esta disposición, continúa el autor citado, "tan dura y contraria a los derechos, nos viene de Pothier; y sólo puede justificarse como una sanción".

Al respecto, nuestro ordenamiento Civil no contempla casos semejantes. Pero, los mencionados comparativamente con las excepciones de Gaudemet, entre otros, son los casos a que se refiere el artículo 2111 de nuestro Código Civil, en los que el deudor debe responder del caso fortuito o fuerza mayor, por disposición expresa de una ley.

El artículo 2111 de nuestro Código Civil, a la letra dice: "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se le impone".

Tenemos, por consiguiente, esta excepción fundamental: a

pesar de que el deudor no cumpla su obligación, si ello se debe a caso fortuito o fuerza mayor, se considerará que en primer lugar no incurrió en mora, porque hubo una imposibilidad absoluta de cumplir; y, en segundo lugar, que habrá también una imposibilidad física para entregar la cosa cuando ésta ha perecido, o bien, para realizar el hecho, dado que acontecimientos naturales en el caso fortuito, o hechos del hombre insuperables en los de fuerza mayor, impiden al deudor cumplir la prestación (11).

El arrendatario está obligado a devolver la cosa, lo mismo que el comodatario o depositario. Esta obligación principal de restituir queda sin efecto si por caso fortuito, es decir, por un acontecimiento natural la cosa se destruye; o bien si el que debe prestar el hecho (alguien que esté obligado a entregar algo), y por un caso de fuerza mayor, es decir, por un acto del hombre (una guerra por ejemplo), no recibe los elementos para la realización del hecho, y no puede cumplir la prestación, queda liberado de su cumplimiento.

Para concluir con lo referente al caso fortuito o de fuerza mayor, es necesario hacer hincapié en que no se puede establecer una lista o catálogo definitivo de cuáles deben considerarse como casos fortuito o de fuerza mayor.

(10) Gaudemet Eugéne, obra citada, pág. 410.

(11) Rojina Villegas Rafael, "Compendio de Derecho Civil", - Vol. III, pág. 377. Ed. Porrúa, México 1981.

Así pues, de acuerdo a lo establecido en el párrafo anterior, podemos dar las siguientes conclusiones:

a.- No se puede estatuir una enumeración de hechos que puedan necesariamente considerarse en sí mismos, como casos fortuitos o de fuerza mayor para todo tipo de obligaciones;-- pues, se podría incurrir en equivocaciones si se afirma que un acontecimiento considerado como caso fortuito o de fuerza mayor, siempre lo será, y libera a cualquier deudor de cualquier tipo de obligaciones del cumplimiento de las mismas, o bien si se afirma que el caso fortuito o de fuerza mayor opera de manera general respecto de todos los tipos de obligaciones.

b.- Por lo tanto, en cada caso que se invoque el caso fortuito o de fuerza mayor, deberá hacerse un análisis cuidadoso de las circunstancias que mediaron al producirse la conducta dañosa.

II.- EL RIESGO DE LA COSA

Ordinariamente, como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, se designa con el nombre de "Teoría de los Riesgos" al problema que por causas de algún caso fortuito o de fuerza mayor, se hace imposible el cumplimiento de una obligación; pero, es un hecho de interés evitar una confusión entre

el riesgo de la cosa y el riesgo del contrato, punto éste que se ha de estudiar en el apartado siguiente de este capítulo -segundo, en forma más amplia.

En las obligaciones de dar cosas ciertas con el fin de transferir derechos reales o con el de restituirlos a su dueño, el problema de los riesgos se presenta, y nos dá algunas diferencias de detalle; y es aquí, en donde se presenta lo -- que en este apartado hemos llamado "el riesgo de la cosa debida", ya sea por pérdida o deterioro y de donde surge la interrogante de ¿cuáles son en estos casos los derechos y obligaciones de las partes?.

Así pues, tenemos, que la cosa debida, en el intervalo -- que transcurre desde que la obligación es contraída hasta que ella es entregada al acreedor, puede haberse perdido o, en su defecto, sufrido deterioros que disminuyan su valor.

Esta situación, es decir, el riesgo de la cosa debida, -- está regulada por nuestro Código Civil para el D. F., en su título segundo del libro cuarto, capítulo quinto, en sus artículos 2017 a 2016, que contempla a los riesgos, tanto en el caso de obligaciones de dar cosas ciertas para transferir derechos reales, como para el caso de dar cosas ciertas para -- restituir las a su dueño.

Es necesario, sin embargo, sobre todo en las obligaciones de dar cosas ciertas para transferir derechos reales, distinguir y estudiar en forma particular dos casos en que pueden presentarse y a las cuales ya se hizo mención en el primer capítulo de este trabajo y que por necesidades del tema que se está desarrollando, lo repetiremos pero en forma más amplia:

- I.- La pérdida o deterioro de la cosa sin culpa del deu
dor.
- II.- La pérdida o deterioro de la cosa por culpa del deu
dor.

Del primer caso, es decir, de la pérdida o deterioro de la cosa sin culpa del deudor, deriva propiamente el problema de los riesgos y al respecto, es menester estudiar los siguientes puntos:

- a.- El riesgo de la cosa.
- b.- Consecuencias prácticas en el caso de pérdida de --
ella.
- c.- Consecuencias prácticas en el caso de deterioro.

Estos tres puntos están íntimamente ligados, derivando los dos últimos del primero.

a.- El riesgo de la cosa debida. Como ya sabemos, el multicitado riesgo de la cosa preséntase cuando hay falta de cumplimiento de la obligación por caso fortuito o de fuerza mayor, ya sea en obligación de dar cosas ciertas para transferir derechos reales, como en el caso de dar cosas ciertas para restituirlas a su dueño, es a todas luces evidente que la obligación de entregarlas estaría extinguida y que el deudor no sería responsable de los daños y perjuicios para con el -- acreedor.

Ahora bien, la situación descrita en el párrafo anterior no pasa inadvertida para nuestra legislación, pues es regulada por nuestro Código Civil y está contemplada específicamente en su artículo 2017, mismo que nos dice: "En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa y se pierde o deteriora, se observarán las siguientes reglas:

I. Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y -- perjuicios.

II. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de -- daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado en que se

encuentre y exigir la reducción del precio y el pago de daños y perjuicios.

III. Si la cosa se perdiera por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación.

IV. Si se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle.

V. Si la cosa se perdiera por caso fortuito o por fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya concedido".

La disposición reproducida en los renglones anteriores, de nuestro Código Civil, se puede decir que es la regla general que rige o regula el riesgo de la cosa debida, desprendiéndose de ésta el principio de que las cosas se pierden o deterioran para su dueño ("Res perit domino").

Es menester, sin embargo, aclarar que existen excepciones en cuanto a la regla general que rige el riesgo de la cosa debida en nuestro Código Civil, como lo es el artículo 2502 así como los artículos 2505 y 2506 que se refieren al contrato de comodato y que indican que el comodatario responde del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, del riesgo de la cosa debida.

Con esto, damos por concluido lo que concierne al riesgo de la cosa debida y de lo cual se desprende que impera una regla general que es la que las cosas se pierden o se deterioran para su dueño, en el caso de que se presente el caso fortuito o fuerza mayor, así mismo, como ya se mencionó, existen excepciones en nuestro Código para regla mencionada, en las que, a pesar del caso fortuito o de fuerza mayor, se deberá responder a la presencia de éstos.

b.- Consecuencias prácticas en el caso de pérdida de la cosa debida. Antes que nada, debemos de saber qué se entiende o cuando existe pérdida de la cosa debida; por lo cual recurrimos a lo dispuesto por el artículo 2021 de nuestro Código Civil, el cual nos indica que "la pérdida de la cosa puede verificarse:

I.- Pereciendo la cosa o quedando fuera del comercio.

II.- Desapareciendo de modo que no se tengan noticias de ella o que, aunque se tenga alguna, la cosa no se puede recuperar".

Producida la pérdida de la cosa debida sin culpa del deudor, la obligación de éste será ceder al acreedor cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización a --

quien fuere responsable (12).

Por otra parte, la cosa debe satisfacer los requisitos - que se señalan en el artículo 1825 de nuestro Código Civil, - los cuales son:

- 1o. Que la cosa debe existir en la naturaleza.
- 2o. Que la cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
- 3o. Que la cosa debe estar en el comercio.

La explicación de los requisitos señalados en los renglones anteriores, es la siguiente: Una cosa para que pueda ser objeto de un contrato, debe existir física o jurídicamente en el momento de celebrarse el mismo. De otra forma, si se celebra un contrato con vista de una cosa física o jurídicamente imposible, faltará el objeto de éste, y al acontecer esto, no habrá contrato.

Sin embargo, a pesar de la afirmación de que la cosa debe existir en la naturaleza, el mismo Código en su artículo - 1986, establece lo siguiente: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste consentimiento".

(12) Artículo 2020 de nuestro Código Civil: "El deudor de una cosa perdida o deteriorada sin culpa suya, está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones tuviere para reclamar la indemnización a quien fuere responsable".

Pueden ser así objeto del contrato cosas futuras toda -- vez que no se estiman imposibles físicamente sino sólo lo son las que no pueden llegar a existir, no las que son susceptibles de llegar a existir (13).

Por lo que se refiere a que la cosa debe ser determinada e determinable en cuanto a su especie, al momento en que, se hace una propuesta, el oferente debe especificar con precisión cuál es la cosa que desea forme el objeto del contrato. Al respecto, nuestro Código Civil en su artículo 2014 nos dice - que "En las enajenaciones de dar cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público".

De igual forma, nuestro Código es su artículo 2249 nos - indica que "por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se ha convenido sobre la cosa y su precio, aunque la primera no haya sido entregada, ni el segundo satisfecho".

También puede suceder que la cosa no esté determinada, - pero debe ser determinable en cuanto a su especie. En Derecho Romano (14) cuando se asumía una obligación de dar cosa -

(13) Gutiérrez y González Ernesto, obra citada, pág. 187.

(14) Apuntes de Derecho Civil II, Curso de Obligaciones, del maestro Lic. José Nuñez Castañeda, 1980-1981.

indeterminada, sólo determinable en cuanto a su género, se habla de obligaciones de género, pero si bien esa obligación era genérica, había necesidad de individualizar la cosa al momento de exigirse el cumplimiento del contrato.

El artículo 2015 de nuestro Código Civil dispone: "En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

En lo que concierne a que la cosa objeto del contrato debe estar dentro del comercio, es de entenderse que si la cosa que se quiere sea objeto del contrato no está dentro del comercio, tampoco podrá existir el contrato.

Por ello es necesario determinar cuáles cosas están dentro del comercio, o en otras palabras, saber en que consiste la comerciabilidad.

Al respecto el artículo 748 de nuestro Código determina "que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley".

Interpretada ésta disposición a contrario sensu se puede decir que las cosas están dentro del comercio, cuando por su

naturaleza o por disposición de la ley, no estén fuera de él.

Complementa la disposición anterior el artículo 749 del ordenamiento invocado que a la letra dice: "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

Con esto último se puede afirmar que todas las cosas pueden ser objeto de un trato, excepto:

a.- Las que por su naturaleza, no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente, ejemplo, el aire, el mar, -- etc..

b.- Las que la ley declare irreductibles a propiedad particular.

Tales pueden considerarse los bienes del dominio público de la Federación y a los cuales se refiere el artículo 2o. de la Ley General de Bienes Nacionales, y entre los que se cuentan los llamados bienes de uso común que comprenden el espacio aéreo nacional y el mar territorial.

La comerciabilidad, nos dice Gutiérrez y González (15), re

sulta ser entonces, "la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato".

III. EL RIESGO DEL CONTRATO.

Las causas que hacen imposible en forma total o parcial el cumplimiento de los contratos, dan lugar al problema de -- los riesgos, cuyo contenido fundamental y como se ha visto a lo largo del presente trabajo, consiste en determinar las consecuencias que originará ese incumplimiento, tratándose de -- obligaciones recíprocas.

Propiamente la cuestión jurídica se plantea sólo en el -- caso de los contratos bilaterales, pues en ellos, como indica Planiol (16), se trata de ver, si a pesar de que una de las -- partes quedó liberada por la imposibilidad de cumplir su obligación, la otra debe, no obstante ello, realizar la prestación debida, arrojándose íntegramente sobre la misma el riesgo del contrato; o bien, si por ese hecho, no debe cumplir la contraprestación, caso en el cual el riesgo sería a cargo de la parte que se vió impedida de cumplir por causas ajenas a su voluntad.

El problema que antecede no podría plantearse en los contratos unilaterales, pues en los mismos, por el sólo hecho de

que el obligado no puede cumplir su prestación por un caso -- fortuito o de fuerza mayor, quedará liberado, sin que exista la posibilidad de plantear el problema relativo a saber si la otra parte tendrá que cumplir, pues precisamente por tratarse de un contrato unilateral, ninguna obligación existe a su cargo.

Cabe observar que el problema de los riesgos se plantea no sólo en los contratos que tengan relación con las cosas si no también a los que se refieran a prestaciones de hacer o de no hacer independientemente de los bienes, pues cualesquiera que sean las prestaciones, positivas o negativas, cabrá pre--guntarse si por el hecho de que una parte quede liberada, se producirá también la liberación de la otra, o bien si deberá continuar obligada.

Ahora bien, debemos aclarar que el riesgo del contrato -- se distingue del riesgo de la cosa que es su objeto. Ambos -- riesgos están íntimamente ligados en los contratos de transmisión de la propiedad de cosa cierta. En estos contratos, en efecto, la transmisión de la propiedad se verifica por el sólo acuerdo de la voluntad de las partes, y el comprador y el permutante, se hacen propietarios en el momento mismo en que el contrato se perfecciona. Si la cosa perece antes de la en

(16) Planiol, "Teoría General de los Contratos" pág. 168 y -- 169, traducción de Cajica Jr., Ed. Cajica, México 1945.

trega, el que sufra la pérdida soportará también el riesgo del contrato.

En términos generales, según hemos dicho, cabe afirmar - que cuando en un contrato bilateral una de las partes queda - en libertad por imposibilidad de cumplimiento, la otra también debe quedar libre, pues este principio de justicia, nos indica Rojina Villegas (17), se basa en la interdependencia que - existe en los contratos bilaterales para las obligaciones recíprocas, así como en las normas que de manera semejante se - han establecido para la excepción de contrato no cumplido, la condición resolutoria tácita y la reciprocidad en el cumplimiento. Es decir, así como si una de las partes no cumple, - la segunda también debe hacerlo, cuando por imposibilidad material una de ellas esté impedida de realizar la prestación, - es de equidad que la otra también quede liberada.

De acuerdo con lo expuesto, si en un contrato de prestación de servicios, el que debe realizarlos se encuentre impedido por caso fortuito o de fuerza mayor, la otra parte a su vez quedará liberada de pagar la remuneración convenida.

Cuando interviene alguna cosa como objeto de la prestación de una de las partes, se plantea el problema de saber, -

(17) "Compendio de Derecho Civil" T. III, pág. 384, Ed. Porrúa, México 1978.

si la misma pereciere, cuáles serán las consecuencias respecto a las obligaciones asumidas por la otra parte. Por ejemplo, que deberá hacer el arrendatario, el depositario, el comodatario, etc.. Por el momento, hemos supuesto casos en los que no se trasmite el dominio para simplificar el problema, - pero conviene declarar que para nuestro Derecho, bien interpretada la situación jurídica que se crea en la permuta o en la venta, sí se altera el resultado de la solución general -- que se ha propuesto, por lo que se refiere al cumplimiento o a la liberación de las prestaciones principales.

En efecto, nos dice Rojina Villegas (18), en un contrato de arrendamiento, si la cosa perece por caso fortuito o por fuerza mayor, siguiendo la regla general de interdependencia de las prestaciones, el arrendatario quedará liberado de pagar la renta, pues si el arrendador está imposibilitado para concederle el uso, es de equidad que no tenga derecho a exigir la contraprestación relacionada con lo mismo.

Si se resolviese que, a pesar de la pérdida, tuviere que pagar la renta, entonces el riesgo sería íntegramente a cargo del deudor de la cosa, en cambio, en la solución propuesta, - el riesgo se arroja sobre el arrendador, que es el acreedor de la cosa, formulándose así el principio de que en los contratos, no traslativos de dominio, la cosa perece para el - -

(18) Obra citada, pág. 365 y siguientes.

acreedor de la misma, quien además de sufrir la pérdida, no -- tendrá derecho a exigir la prestación pactada a su favor por el goce o uso del objeto. Debemos recordar que tiene sólo -- sentido este problema, tratándose de contratos bilaterales -- onerosos, pues en nuestro derecho se contemplan también los -- contratos bilaterales gratuitos, como lo es el comodato.

Como en esta cuestión de los riesgos se trata de resol-- ver, si no obstante la pérdida de la cosa, deba el que la usa pagar una prestación, sólo esta clase de obligaciones serán -- las que interesen para definir si deberá haber o no liberación en cuanto a las mismas, sin importar que haya otra clase de -- deudas, como serían las relacionadas con la entrega de la co-- sa en el comodato o en el depósito.

Tratándose de contratos bilaterales onerosos, la reciprocidad de las prestaciones, cuando se refieren al uso o goce -- de las cosas, sí permite apreciar en todo su alcance el pro-- blema de los riesgos, pues justamente tendrá que resolverse -- si por no poder cumplir la parte obligada a proporcionar el -- citado uso o goce, la parte deberá quedar a su vez liberada -- de la contraprestación correspondiente.

En los contratos traslativos de dominio, no obstante que

el enajenante quede liberado de la obligación de entregar la cosa por estar imposibilitado, debido a que la misma pereció por caso fortuito o de fuerza mayor, se resuelve en nuestro derecho que, tratándose de cosas ciertas o determinadas, el adquirente si tendrá obligación de pagar el precio o valor -- pactado (artículo 2017 fracción V del Código Civil). Aún cuando también en estos contratos la cosa perece para el acreedor de la misma, como lo es el adquirente, la situación se invierte si se les compara con los traslativos de uso o goce, pues en tanto que en éstos no se cubre la contraprestación relacionada con la cosa, en aquéllos sí debe pagarse por el adquirente.

En mi opinión, es justificable que el adquirente pague, aun cuando no reciba la cosa, si se toma en cuenta que ya el enajenante cumplió su obligación principal de transmitir el dominio y, por lo tanto, el adquirente debe a su vez satisfacer la suya, sin que pueda liberársele por el hecho de que la otra parte se vea imposibilitada de cumplir la prestación secundaria consistente en entregar. Además, en el caso, el acreedor se convierte en dueño de la cosa, pues tratándose de contratos traslativos de dominio sobre bienes determinados, el artículo 2014 del Código Civil vigente, dispone que la traslación de la propiedad se opera por efecto directo del contrato, sin necesidad de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica.

El maestro Rajina Villegas (19), señala que la regla del artículo 2017 fracción V, es aplicable tanto a la compraventa como a la permuta y en general a todos los traslativos de dominio; pues el precepto invocado, al estatuir que en los casos en que la obligación de dar, importe la translación de la propiedad y la cosa se pierda por caso fortuito o de fuerza mayor en poder del deudor (enajenante), la obligación quedará sin efecto y el dueño sufrirá la pérdida, siendo situación ésta que se presenta en los contratos aludidos, por tal motivo, la regla le es aplicable; pero de acuerdo a lo planteado a lo largo del presente trabajo, el problema de los riesgos tendrá que plantearse sólo en los casos en los que el adquirente a su vez se obligue a pagar una contraprestación en dinero, valores o servicios al enajenante.

De esta suerte, en dichos contratos la regla de que la cosa perece para el dueño ("res perit domino") es igual a la regla de que la cosa perece para el acreedor ("res perit creditore").

Tratándose de cosas genéricas, conforme al artículo 2022, hasta que se individualicen se aplicará el principio ya mencionado. Para los "contratos en que la prestación de la cosa no importe la translación de la propiedad - nos dice el artículo

(19) Obra citada, pág. 386.

2024-, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte".

En todo contrato bilateral, traslativo de dominio, cuando es pura y simple, el acreedor se convierte en dueño de la cosa, pero en el Derecho Romano (20) no regía el mismo principio, porque la compraventa y la permuta no transmitían el dominio, de tal suerte que no era lo mismo decir "la cosa perece para su dueño" que "perece para el acreedor", pues el comprador era ya acreedor de la cosa y aún no era el dueño. Pero no sólo tiene importancia histórica distinguir esta regla, dada la naturaleza de la compraventa romana, sino también en el derecho actual, cuando el contrato bilateral depende de la modalidad consistente en la reserva de dominio, el acreedor no es aún el dueño de la cosa.

Si la compraventa es pura y simple, celebrando el contrato, el comprador es acreedor de la cosa para exigir su entrega y es, además, dueño de la misma; si perece por caso fortuito o por fuerza mayor, sufre la pérdida y tiene que pagar el precio.

Pero si el contrato está sujeto, por ejemplo, nos dice Rafael Rojina (21) "en la venta con reserva de dominio, - --

(20) Apuntes de Derecho Romano II, curso de Obligaciones, -- Contratos y Sucesiones, de la maestra Lic. María de Lourdes Tronconis, México, 1970.

(21) Obra citada, pág. 387.

o una modalidad, se discute si el comprador sufre la pérdida, aunque no es aún el dueño. Se adquiere, supongamos, como - - constantemente sucede en el mercado, una cosa con la condición de que el dominio no se transmitirá sino hasta que se pague - el precio; después si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor, antes de que ésta se pague. ¿Bastará con que el -- comprador sea acreedor de la cosa, aunque no sea dueña de la misma, para que deba pagar el precio, no obstante que se haya destruido por caso fortuito o fuerza mayor?!

El problema planteado por el autor citado en el párrafo anterior, tiene mayor significación si pensamos que la cosa - no ha salido de las bodegas del vendedor, parecerá injusto -- que el comprador, que ni siquiera la ha recibido, tenga que - pagar el precio, sin embargo, ésta es la regla estatuida para los contratos bilaterales, aplicando el principio general de que a lo imposible nadie está obligado y que por lo tanto el deudor no debe responder del caso fortuito o de la fuerza ma- yor. Habrá que hacer responsable al deudor o al acreedor, en estos casos.

Se considera que el acreedor es el que debe sufrir la -- pérdida pero no se justifica la regla diciendo que ya es el - dueño; en la mayoría de los casos está justificación sí es -- cierta, es decir, cuando la obligación de dar no está sujeta a condición.

En las obligaciones puras y simples, aunque la cosa no haya sido entregada al acreedor, éste ya es el dueño y es lógico que sufra la pérdida, que pague el precio, porque el deudor que la retenía en su poder era un simple depositario, de la misma manera de que si en el depósito se pierde la cosa, es el depositante quien sufre la pérdida.

Sin embargo, nos indica el mismo Rojina Villegas (22),-- en las obligaciones de dar sujetas a condición suspensiva con reserva de dominio, ya no se advierte equidad en la solución, surgiendo así las siguientes interrogantes: ¿Por qué el acreedor sufriría la pérdida si aún no es dueño de la cosa?, ¿Por qué se exceptúa este caso de la norma general de que el dueño sufrirá la pérdida?. En rigor, afirma el mencionado autor, "ésta es una excepción justificada sólo desde el punto de vista histórico; pues en el derecho romano, como la compraventa no transmitía el dominio, se dijo que debería ser el acreedor y no el dueño quien sufriría la pérdida. La compraventa se iniciaba con obligaciones totalmente independientes entre sí; había dos estipulaciones divorciadas y no la solidaridad que para los contratos bilaterales del derecho moderno se estableció como norma fundamental. Sólo por esta razón histórica se sigue aceptando en el Código de 1884, que la cosa perezca para el acreedor y no para el dueño, en los casos en que el acreedor no llegue a adquirir el dominio".

(22) Obra citada, pág. 384.

Los artículos que fijan las soluciones mencionadas en -- los renglones anteriores, son: el 2017 que indica que "en los casos en que la obligación de dar cosa cierta impone la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora - en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:

I.

II.

III.

IV.

V. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, - a menos que otra cosa se haya convenido".

Aquí el Código dice que el dueño sufre la pérdida, pero se está refiriendo a las obligaciones traslativas de dominio puras y simples, en las que el dueño es el acreedor; pero tenemos el artículo 2023 que dice: "En los casos de enajenación con reserva de la posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las reglas siguientes:

I.

II.

III. A falta de convenio o de culpa, cada interesado sufrirá la pérdida que le corresponda, en todo, si la cosa perece totalmente, o en parte, si la pérdida fuere solamente parcial;

IV.".

Según la fracción III del artículo 2023, cada interesado sufrirá la pérdida si no hay culpa; es decir, si hay caso fortuito o fuerza mayor. Como se trata de contratos traslativos, es evidente que el dueño, acreedor de la cosa, es el que sufre la pérdida.

En el Código Civil de 1884 (23), el artículo 1430 consagraba una regla general para todos los contratos que tuviesen por objeto prestaciones de cosa, pues una vez perfeccionados por el consentimiento de las partes, hacía que el acreedor reportaba la pérdida del objeto, aún cuando éste no le hubiere sido entregado. Es decir, se seguía claramente el principio de que la cosa parecía para el acreedor, excepto cuando hubiere culpa del deudor, conforme al artículo 1431. Los mencionados preceptos estatúan lo siguiente: "Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, es de cuenta del acreedor el riesgo de la cosa, aún cuando ésta no le haya sido entregada. "El riesgo será de cuenta del deudor si por su culpa se perdiere o deteriorare la cosa que estaba en su poder".

Tomando en cuenta que el citado artículo 1430 del mencionado Código, se encuentra en el capítulo denominado "De la prestación de las Cosas", se estima, de acuerdo con Borja So-

(23) Citado por Manuel Borja Soriano, obra citada pág. 136.

riano (24), que "dicho precepto se refiere, como en el artículo 1138 del Código Napoleón a la enajenación de los bienes individualmente determinados y, por lo tanto, debe relacionarse con el artículo 1436 del mismo Código anterior, según el cual "en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica, salvo convenio en contrario". Es decir, continúa el autor de referencia, "debemos entender el 1430 como un principio aplicable a los contratos traslativos de dominio, teniendo en consecuencia el mismo alcance que el 1138 francés, en el que se previene que la obligación de entregar es perfecta por el sólo consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario y pone la cosa a sus riesgos desde el instante en que debió ser entregada, aunque la entrega no haya sido hecha, a menos que el deudor esté en mora de entregarla, caso en el cual la cosa queda a los riesgos de este último".

Señala el mismo autor antes citado, que para los contratos no traslativos de dominio "el artículo 1450 del Código anterior -es decir, el de 1884-, arrojaba el riesgo sobre el dueño, pues tal precepto disponía que en los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del dueño, menos cuando

(24) Borja Soriano Manuel, obra citada, pág. 138.

intervenga culpa o negligencia de la otra parte", finaliza.

Nuestro Código Civil vigente, con respecto a lo asentado en el párrafo anterior, en su artículo 2024 nos indica: "En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la - traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de - la otra parte".

Con tal precepto, damos por terminado lo relacionado a lo que titulamos en este tercer apartado como "riesgo del contrato", mismo que se trató de estudiar lo más ampliamente posible y en base a lo dispuesto por nuestro Código Civil vigente, -- respaldándome, por supuesto, por los comentarios que al repecto han hecho diversos autores.

IV. RELACION DE CAUSA A EFECTO:

EL DAÑO.

La figura del daño y consecuentemente, del perjuicio, -- van unidas una de la otra, sin embargo son distintas y tienen su origen en el Derecho Romano (25), siendo de ahí de donde surgieron los primeros conceptos al respecto. Los romanos pa ra designar al daño, hablan de "damnus emergens" o sea, el da

(25) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo V, pág. 607, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1956.

ño emergente, y de "lucrum cesans", para denotar al lucro que cesa, o ganancia sin percibir, lo que representa lo que llamamos perjuicios en el Derecho Moderno.

Los romanos elaboraron su teoría sobre los elementos de los daños y perjuicios, concretándose sólo en la distinción entre el "damnus emergens" y el "lucrum cesans".

El "damnus emergens", es el perjuicio sufrido por el acreedor en forma efectiva, y que puede ser directo o indirecto.

El "lucrum cesans", es la ganancia o provecho de que ha sido privado el acreedor por causa del incumplimiento.

Esta clasificación de los elementos del daño ha pasado a las legislaciones modernas, en la que está incluida la nuestra y que define en el artículo 2108 del Código Civil a los daños de la siguiente manera: "Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de la obligación".

Los daños y perjuicios que se causen, deben ser consecuencia directa e inmediata de la conducta ilícita de acción u omisión, y no presentarse como una consecuencia indirecta o mediata.

La relación de causalidad con que titulamos este apartado, la encontramos en el artículo 2110 del Código Civil que a la letra dice: "Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse".

Esta disposición, al igual que los artículos 2108 y 2109, son criticados por Gutiérrez y González (26), pues según él, - debido al ilógico sistema que observa el Código para tratar - los hechos ilícitos, es aplicable sólo a los daños y perjuicios derivados de violar una obligación previa, crítica que - no analizaremos por no ser objeto de nuestro estudio, en el presente trabajo.

Por otro lado, el autor de la acción que produzca el daño o perjuicio, debe de acuerdo con la ley, soportar la responsabilidad jurídica ante el hecho dañoso.

Mientras que el perjudicado por tal acción, debe probar solamente que la conducta dañosa le es imputable el autor de los daños y perjuicios, para que sobre éste recaiga la responsabilidad jurídica ante el hecho dañoso.

La responsabilidad por la acción que produzca los daños

(26) Obra citada, pág. 42e.

y perjuicios recae sobre una persona, no sólo cuando ella realizó materialmente la conducta dañosa, sino también en aquellos casos en que se produce el daño por cosas que posee, o bien, por personas bajo su custodia.

Otra causa que origina la responsabilidad de incurrir en los daños y perjuicios, es la mora, pues en los contratos, así como en las declaraciones unilaterales de voluntad, se realiza una conducta ilícita, no sólo al incumplir la obligación de manera definitiva, sino también al retardar el cumplimiento de ella, de tal suerte que se incurre en tal responsabilidad tanto el que no cumpla su obligación, como el que no cumpla puntualmente.

Del párrafo anterior se desprende que mora es el retardo en el cumplimiento de una obligación y que consecuentemente produce la presencia de los daños y perjuicios, figuras que como ya vimos, se distinguen la una de la otra, pues por daño debemos entender que es la "pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación; y perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación"

CAPITULO TERCERO.

INTERPRETACION Y EFECTOS.

I. FUNCION DEL RIESGO EN LOS CONTRATOS.

A lo largo del presente trabajo, se ha determinado lo -- que entendemos por riesgo, se han estudiado sus antecedentes asi como el desarrollo de su Teoría, y cual es el principio - que sigue nuestro Derecho. De igual forma, se establecio lo que debemos entender por caso fortuito o de fuerza mayor; ahora bien, habrá que saber, en base a lo señalado a lo largo del presente trabajo, cuál es la función del riesgo en los contratos dentro de la complejidad que cobra esta figura jurídica - dentro de éstos.

Por lo que habrá, como ya se mencionó en el párrafo anterior, en base a lo ya estudiado, que decifrar jurídicamente a cargo de quién se pierde la cosa o quién debe soportar el daño, ante la presencia del incumplimiento de una obligación por caso fortuito o de fuerza mayor, desprendiéndose de estos razo-

namientos lo que en este apartado hemos llamado la función -- del riesgo en los contratos.

El riesgo, una vez que se realiza, y al que hemos definido como "el acontecimiento futuro e incierto, que por un caso fortuito o de fuerza mayor, impedirá el cumplimiento de una - obligación y que es inimputable a la voluntad de las partes" se estará en presencia de lo que el maestro Gutiérrez y González (1) ha llamado "siniestro", que no es más que el producto de la concretación del riesgo.

La presencia del riesgo y de su realización ("El siniestro"), debe distinguirse según se trate de obligaciones de -- dar, de hacer o de no hacer, las que hayan resultado incumplidas con vista al caso fortuito o de fuerza mayor, y dentro de los contratos con obligaciones de dar, procede establecer también distinciones, según se trate de dar cosas específicas o genéricas; y dentro de las cosas específicas, debe también distinguirse si el contrato es unilateral o bilateral; finalmen- te, en el caso de los contratos bilaterales, debe diferenciar se si es traslativo de dominio o no lo es.

Para poder comprender lo anterior, tomaremos la idea que al respecto nos dá Gutiérrez y González (2), en el siguiente

(1) Gutiérrez y González Ernesto, "Derecho de las Obligacio- nes", pág. 466 Ed. Cajica, México 1971.

(2) Ibidem Pág. 467.

cuadro sinóptico:

CONTRATO QUE CREA OBLIGACIONES
CON OBJETO DE:

- A. Dar (prestaciones de cosas):
 - 1o. Cosa genérica
 - 2o. Cosa específica:
 - a. contrato unilateral.
 - b. contrato bilateral:
 - a' traslativo de dominio.
 - b' no traslativo de dominio.
- B. Hacer (prestación de hechos).
- C. No hacer (abstención).

Desglosando el cuadro anterior, tendremos entonces:

A.- El Riesgo en el Contrato que crea obligación de dar cosa. Como se anotó en el cuadro elaborado por el autor citado, debe distinguirse si se trata de dar cosa genérica o específica, y así tenemos:

1o. Contrato con obligación de dar cosa genérica. La cosa genérica es la que se expresa por su número, peso o medida; cuando ésta se extingue por caso fortuito o de fuerza mayor, se aplica la máxima "généra non pereunt", con lo cual se significa que la cosa genérica no perece, y por lo mismo, en el caso de que se pierda, el deudor sigue en la necesidad de

cumplir con la obligación, y soportará las consecuencias del caso fortuito.

2o. Contrato con obligación de dar cosa específica. La cosa específica es la que se expresa o se designa por sus características de identidad, o sea, la individualmente designada. Por lo que cuando un contrato versa sobre cosa de este tipo, debe hacerse la distinción de si es un contrato unilateral o un contrato bilateral. Y así se tiene:

a. El riesgo y el contrato unilateral con obligación de dar cosa específica.- Si la cosa específica perece por caso fortuito o de fuerza mayor, entonces el deudor queda liberado de cumplir con su obligación, sin mayores trámites. Un ejemplo claro de este tipo lo encontramos en la donación, en donde el donatario soporta la pérdida.

b. El riesgo y el contrato bilateral con obligación de dar cosa específica.- En este tipo de convenciones, debe a su vez establecerse la distinción de si el contrato es o no traslativo de dominio, pues en uno y en otro caso las consecuencias son diversas.

a' El riesgo y el contrato bilateral traslativo de domi

nio con obligación de dar cosa específica. Para este caso, - se aplica la regla general contemplada por nuestro Código, es decir, la "res perit domino", que como ya vimos, significa que la cosa perece para su dueño, y por lo mismo debe ser éste -- quien reporte los efectos del caso fortuito o de fuerza mayor.

b' El riesgo y el contrato bilateral no traslativo de - dominio con obligación de dar cosa específica. Para este caso, se aplica el principio, también ya estudiado en este trabajo, "res perit creditore", es decir, que la cosa perece para el acreedor, de tal forma que será éste el que reporte los daños que sufra la cosa cuando ellos perecen por caso fortuito o de fuerza mayor.

El artículo 2024 del Código Civil dispone al respecto - que: "En los contratos en que la prestación de la cosa no importa la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre - de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte".

La anterior disposición nos confirma que toda regla tiene su excepción, es decir, el artículo 2024, es la excepción a la regla general de que las cosas perecen para su dueño ("res perit dominio").

B. El riesgo en el contrato que crea obligaciones de --

hacer. En este tipo de contrato, cada parte reportará sus daños si se presenta el "siniestro", es decir, la realización - del riesgo, y el que puede cumplir queda liberado de hacerlo, pues su obligación se extingue al mismo tiempo y necesariamente.

En relación al párrafo que antecede, el artículo 2027 de nuestro Código Civil es claro al señalar que: "Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando - la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho".

C. El riesgo en el contrato que crea obligaciones de no hacer. En este tipo de contrato, si el obligado a no hacer, - por caso fortuito o de fuerza mayor, y con ello causa daños, - los soporta el que los hubiere sufrido, sin derecho a indemnización.

Así, tenemos al artículo 2028 del Código Civil el cual - nos indica: "El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de con--

travención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado".

Por otra parte, y en caso de que haya un principio de -- ejecución de la obligación (cualesquiera que sea ésta), por -- una de las partes, ésta no tiene derecho ya a recuperar lo -- que dió, y soportará la pérdida de lo ya aportado o dado para tal efecto; y correlativamente si la otra parte también ya -- inició el cumplimiento de la obligación perderá lo que hubiere erogado.

A efecto de comprender lo anteriormente señalado, reproduciremos los artículos 2664 y 2665 de nuestro Código.

Artículo 2664.- "El contrato de transporte se rescindirá de hecho antes de emprenderse el viaje, o durante su curso, si sobreviniera algún suceso de fuerza mayor que impida verificarlo o continuarlo".

Artículo 2665.- "En el caso previsto en el artículo anterior, cada uno de los interesados perderá los gastos que hubiere hecho si el viaje no se ha verificado; y si está en curso, el porteador tendrá derecho a que se le pague del porte -- la parte proporcional al camino recorrido, y la obligación de presentar los efectos, para su depósito, a la autoridad judi-

cial del punto en que ya no le sea posible continuarlo, comprobando y recabando la constancia relativa de hallarse en el estado consignado en la carta de porte, de cuyo hecho dará conocimiento al cargador, a cuya disposición deben quedar".

II. INTERPRETACION

En la celebración de un contrato, no obstante que reuna tanto los elementos de existencia como los de validez, las partes, no siempre expresan con claridad sus ideas con respecto al mismo, quedando inexacto y por ende, hay necesidad, en estos casos, de interpretar o tratar de conocer lo que las partes quisieron decir, lo que trae como consecuencia el problema de la interpretación de los contratos.

Interpretar un contrato es "averiguar el sentido en que una declaración de voluntad es decisiva para el Derecho, esto es, buscar el alcance y efectos jurídicos de las voluntades que en él intervinieron" (3).

Cabe aclarar, que el problema de la interpretación no es exclusivo de las obligaciones bilaterales o contratos, pues también abarca otros campos del Derecho.

La problemática de la interpretación de la voluntad de

(3) Gutiérrez y González Ernesto, obra citada, pág. 309.

las partes contratantes, surge en aquellos casos en que al celebrarse un contrato, difiere la voluntad real o interna de los otorgantes con la que aparece externada, es decir, se presenta en los casos en que no se traduce fielmente la voluntad de las partes.

Lo manifiesto en los renglones anteriores, nos plantea la disyuntiva de que si se debe atender a la voluntad interna, o bien, a la voluntad declarada de los contratantes.

Es de gran importancia adoptar una u otra solución, pues las consecuencias serán diferentes, ya que, si se atiende a lo que pensó decir él o los contratantes, el resultado será uno; y si se aparece dicho, no podrá considerarse la real intención de las partes. Así tenemos que existen dos diversas corrientes:

I.- De la voluntad real o interna.

II.- De la voluntad declarada.

I.- Teoría de la Voluntad Real o Interna. Está teoría también es conocida como la de la "autonomía de la voluntad", y es la que inspiró al Código Francés y al Código Italiano. - Esta Teoría afirma que si la voluntad de las partes es el alma del contrato, habrá sin duda que atender a ella, y por lo

mismo el interprete de un contrato, deberá desarrollar la labor de un psicólogo, para poder desencajar la verdadera intención de los que otorgan el acto.

Es cierto que la voluntad no puede existir para los efectos del Derecho si no se le dá una expresión adecuada; pero - aún teniéndola, ésta no puede reflejar el íntimo querer de las partes por no haberse sabido exteriorizar con propiedad. Es ahí donde se dice que debe intervenir un psicólogo, quien deberá desenterderse en lo absoluto de los intereses que por - una expresión incorrecta se hayan podido establecer a favor de terceros.

Julien Bonnecase (4) acepta la Teoría de la voluntad -- real o interna, pero considera que la misma debe ser objeto - de dos limitaciones:

- a).- Tratándose de los mal llamados "Contratos de Adhesión".
- b).- En cuanto a los actos comerciales.

Dice que debe sufrir esas limitaciones, pues en esos mal llamados contratos de adhesión se está en presencia de actos de naturaleza jurídica especial que se deben interpretar - -

(4) Bonnecase Julien, "Elementos de Derecho Civil", T. I, - pág. 175, Traducción de Cajica Jr. Ed. Cajica, México - 1946.

en caso de duda, en perjuicio de la parte que se encuentra en situación preponderante, pues ésta, "es la que imprime -- las cláusulas de la convención".

En los actos comerciales, también se debe estar a lo que las partes hayan externado, ya que entonces, nos dice el autor citado, "el medio social actúa de manera especial, dando lugar al nacimiento de consecuencias jurídicas también especiales".

II.- Teoría de la voluntad declarada. Es también conocida con el nombre de "Teoría de la declaración de la voluntad", y en su contenido, totalmente opuesta a la anterior.

En esta Teoría, se sostiene que para interpretar el contenido y alcance de un contrato, se debe atender en forma exclusiva a lo que exteriorizaron los otorgantes, de manera independiente de que esa declaración traduzca o no fielmente, su querer interno.

Según esta Teoría, si las partes desean dar en un contrato nacimiento a derechos y a obligaciones, no deben olvidar - que surgen de inmediato responsabilidades por su acto de voluntad, mismas que cobran especial interés respecto de terceros, ya que si éstos para fundar determinadas operaciones han toma

do en cuenta los términos literales de la declaración de un - contrato, lógico es que esos términos sean los que prevalezcan sobre la intención real de los contratantes, y por lo mismo - se debe dar importancia a lo que exteriorizaron sobre lo que digan haber pensado.

Ahora bien, es de interés saber lo que con respecto a la interpretación de los contratos nos dice el Derecho Alemán (5) pues éste alude a que el gran contingente de normas dispositivas no sólo tiene la misión negativa de poder ser eludidas por las partes si éstas pactan otra cosa, sino que además, tiene una función positiva. Es decir, las partes, al celebrarse el contrato, prevén solamente sobre lo que tienen más próximo, - mucho queda sin tratar y, por lo tanto, sin regulación inmediata. Entonces las normas elásticas que forman el Código Civil Alemán, en virtud de la denominada "misión integradora o supletoria del Derecho Positivo, cubren las lagunas dejadas por -- las partes" (6).

Los alemanes, al igual que en la mayoría o generalidad - de las legislaciones, sostienen que siempre que hayan dudas - acerca del contenido de las obligaciones en un contrato, han de ser resueltas por el juez, respecto a la intención de la -

(5) Hedeman J.W., "Derecho de Obligaciones" Vol. III, traducción del español Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1950, Pág. 68

(6) Ibidem Pág. 68.

voluntad de las partes, pero, a tal averiguación se le debe añadir la interpretación de las disposiciones legales pertinentes: establecer de un lado si se trata de Derecho coactivo o dispositivo, y en ambos casos ha de investigar en muchos pasajes de la ley que quiso el legislador expresar con sus palabras y si son o no aplicables al caso en cuestión.

Esta actividad interpretativa, señala Hedemann (7), constituye el aspecto más importante de las funciones judiciales.

En la interpretación se atiende el juez solamente a la voluntad de las partes, sin añadir nada por sí, sino que se limita a sacar, obtener el contenido de esa voluntad. No obstante, afirma el autor de referencia, "se plantea el problema de que si el juez está llamado a intervenir por sí mismo configurando la estructura del contrato y llegando así a alterar el contenido de la prestación debida y, en caso afirmativo, cuál será el alcance de esa intervención, lo que trae como consecuencia una actitud creadora del juez. La posición tradicional seguida íntegramente por el Código Civil Alemán, mantiene que el juez, en general, dentro del ámbito de las relaciones obligatorias tiene en principio sólo una misión declarativa. Ello significa que el juez ha de compulsar y basarse únicamente en los dos factores básicos que constituyen la voluntad de las partes y el texto de la ley, sin que pueda por

(7) Obra citada pág. 69.

sí alterar el contenido del contrato concertado".

Von Thur (8), nos dice que las reglas de interpretación de los contratos que rigen el Derecho Alemán son seis y que se transcriben a continuación:

"1a.-: En primer lugar ha de examinarse si las partes quisieron crear una obligación jurídica o si, por el contrato, - al no concretar el contenido de la prestación, lo que pretendieron fue efecto de una simple relación de amistad.

2a.- Si se ha comprobado que lo que pretendieron fue -- obligarse jurídicamente, ha de distinguirse si se creó, en -- efecto, la obligación o si únicamente crearon un estado previo o de preparación, dejando aún sin contenido la prestación. - En este último caso no ha surgido aún la obligación y ninguna de ambas partes tiene acción judicial (artículo 154 B.G.B. o Código Civil Alemán).

3a.- En caso de que el contrato haya sido inequívocadamente concertado, pero el contenido de la prestación de una o de ambas partes, esté aún en blanco, entonces el interprete - ha de indagar sobre la forma en que las partes quisieron de-- terminar dicho contenido.

(8) Thur Andreas Von "Tratado de las Obligaciones", pág. 299 T. II, trad. del alemán por W. Roces, 1a. ed. Ed. Reus, - S.A., Madrid.

4a.- En el supuesto de que la "determinación" del contenido de la prestación esté atribuido a una persona singular, - ha de distinguirse si se trata de un tercero o de una de las partes contratantes, y, en este último caso, si del deudor o del acreedor.

5a.- La expresada determinación, ya sea hecha por uno de los contratantes o por un tercero, está sometida a un control objetivo basado en el principio de la buena fé; por consiguiente, esta operación no puede ser contraria a la equidad y el que resulte perjudicado puede acudir a los tribunales y obtener que éstos lleven a cabo aquella determinación por medio de la sentencia.

6a.- La atribución de un tercero de la determinación de la prestación nos conduce a su fijación por medio de un tribunal arbitral. En determinados círculos económicos, particularmente en la industria y el comercio, han obtenido carta de naturaleza y sin bien aceptados por los tribunales arbitrales - privados. Con ello se pretende evitar el procedimiento ordinario correspondiente, unas veces por sus complicados trámites; otras, por creerse que tal vez los funcionarios judiciales no poseen suficientes conocimientos en la materia. Dichos círculos económicos configuran en sus contratos, frecuentemente -- proyectados por las asociaciones económicas, su propio - -

"procedimiento judicial", cuya validez es reconocida por el Estado".

Ahora bien, nuestro Código Civil adoptó en cuanto a la interpretación de los contratos, el contemplado por la "Teoría de la voluntad real o interna", que se hace manifiesta por lo señalado en su artículo 1851, que a la letra dice: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas".

Es importante hacer notar que nuestro Código, al igual que Código Español, establece diversas reglas para desentranar el alcance de las voluntades, cuando hay discrepancia con lo declarado; estas normas están contempladas en los artículos 1852 a 1857 de nuestro ya citado Código (1.281 a 1.289 del Código Civil Español).

Como consideración previa al estudio de las normas que consigna el Código, se debe hacer mención que si bien atiende a la voluntad real o interna, resulta que para conocer esa voluntad interna de los contratantes, se debe atender a la voluntad declarada por los mismos, pues ella es el mínimo con que

se cuenta para explorar el contrato, lo cual resulta contradictorio al espíritu de la teoría. Ahora bien, de lo mínimo declarado se debe inducir el contenido real de la declaración, a través de la declaración que se haga de los términos y circunstancias en que se otorgó el contrato.

Ya hecha la consideración anterior, se tratará de comentar cada una de las normas de interpretación contempladas en los artículos 1852 a 1857 de nuestro Código, aludidas en renglones anteriores.

El artículo 1852 nos señala que "cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar".

Del anterior precepto, se desprende que la interpretación que se haga, debe ser restrictiva y no amplia, para no imponer ni atribuir obligaciones contractuales a un consentimiento que no se tiene por cierto.

Nos indica el artículo 1853 que "si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para que produzca efecto".

En lo concerniente a este artículo, debe entenderse, que si los contratos se celebran con un fin, es indudable que las cláusulas deben entenderse en aquél sentido que cumplan mejor la meta que se propusieran los contratantes.

Dice el artículo 1854: "Las cláusulas de los contratos - deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

Esto es, la interpretación que se haga de las cláusulas no debe ser aislada; no se debe estimar que cada una de ellas es un todo, pues con esa forma de interpretación podrían surgir discordancias entre unas y otras.

El contrato, que se forma por distintas cláusulas, busca un fin único, y por lo mismo las cláusulas se deben armonizar de tal manera que se evite su colisión, y así alcanzar el propósito impuesto por los contratantes.

El artículo 1855 señala que "Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato".

Es decir, de acuerdo al anterior precepto, las palabras pueden tener diversas acepciones, ya sea jurídicamente o bien, gramaticalmente, pero en todo caso, deberá atenderse a lo que

sea acorde con la naturaleza y objeto del contrato.

Dispone el artículo 1856 que "El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos".

Así pues, tenemos, que para interpretar un contrato se debe atender además a las costumbres o usos del país.

Por último, tenemos el artículo 1857, que tiene dos párrafos y cada uno de ellos dá una regla especial sobre la interpretación del alcance de voluntades que forman el consentimiento en el contrato, por lo cual se harán comentarios por separado de cada párrafo.

Artículo 1857, párrafo primero: "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se revolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses: si fuere oneroso, se resolverá la duda en favor de la mayor reciprocidad de intereses".

Esta regla de interpretación reproduce el principio general de Derecho consagrado en el artículo 20 del mismo Código cuando dice: "Cuando haya conflicto de derechos, a falta de

ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados".

Ahora bien el párrafo segundo del artículo 1857 dispone que: "Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo".

Con respecto a este párrafo no será necesaria hacer observación alguna, pues el mismo es claro. Sin embargo, Gutiérrez y González (9), critica este segundo párrafo pues considera que se emplea en forma equivocada el término "nulo", -- pues, dice "si resulta imposible armonizar las voluntades sobre el objeto principal del contrato, no son coincidentes éstas, y por ende no hay consentimiento, y al no haberlo el acto será inexistente y no nulo".

Además, considera que el hecho de que se hayan exteriorizado dos voluntades, no quiere decir, que hayan consentimiento. Si después de que se hayan sujetado a una interpretación aplicando todas las reglas para tal efecto contempladas por -

(9) Obra citada pág. 321.

el Código, no se logra hacer coincidentes a esas voluntades, las mismas no pudieron integrar el consentimiento, y por lo mismo se estará en presencia de unas conductas inexistentes para el derecho como contrato, y no ante un consentimiento nulo.

III. EFECTOS.

Los efectos del caso fortuito o de fuerza mayor, que como ya vimos son sinónimos para nuestro Código Civil, y que como se desprende de los conceptos dados de estas figuras jurídicas y de la misma ley, la persona que produce el daño (que es en sí el efecto del caso fortuito o fuerza mayor), no ha tenido el ánimo de causarlo, ni por dolo ni por negligencia sino por el contrario, aún contra toda su voluntad se realiza la conducta dañosa.

Por tal razón, al no haber culpa del obligado por la presencia del caso fortuito o de fuerza mayor, ya sea por dolo o negligencia de su parte, no le imputa la ley la responsabilidad de indemnizar, pues existe un principio general de Derecho que nos dice que "a lo imposible nadie está obligado", y por lo mismo, el efecto del caso fortuito o de fuerza mayor, es el de no responsabilizar al autor de la conducta dañosa, el cual no queda obligado a cumplir la obligación, ni a reparar el daño.

Nuestro Código consagra el mencionado principio en su artículo 2111 que a la letra dice; "Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se la impone".

Cabe hacer mención, que Gutiérrez y González (10), critica la redacción de tal precepto, pues considera que es deficiente, toda vez que los sujetos no pueden estar nunca "obligados al caso fortuito" aunque quieran, sino que, nos afirma el citada autor, "a lo que no están obligados, es responder en caso fortuito o fuerza mayor", por tal motivo dice que el texto del artículo referido debe decir: "Nadie está obligado si hay caso fortuito, salvo cuando ha dado causa o contribuido a él..... etc."

La misma idea del artículo antes comentado por Gutiérrez y González, se contiene en el artículo 2017 del mismo Código Civil, cuando se ocupa de las obligaciones de dar, y que en su fracción V nos dispone:

"V.- Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido".

(10) Gutiérrez y González Ernesto, obra citada, pág. 458 y 459.

Ahora bien, de la transcripción que se hizo del artículo 2111 del Código Civil en renglones anteriores, se aprecian los casos en los cuales no obstante mediar caso fortuito o de fuerza mayor, se debe indemnizar y a lo cual nos referimos ya más ampliamente en el capítulo segundo de este trabajo (11), y -- que aquí sólo mencionaremos:

a.- Si el autor de la conducta dañosa contribuyó al incumplimiento de su deber u obligación, y esto es normal porque entonces encontraremos que hay ya un principio de culpa.

b.- Cuando expresamente se acepta responder del daño aun que se cause por caso fortuito o de fuerza mayor.

c.- Cuando la ley de manera expresa impone las consecuencias del caso fortuito o de fuerza mayor.

En el Derecho Español (12) los efectos del caso fortuito son similares al de nuestra legislación pues el principio que rige tal figura, es el "res perit domino", es decir, las cosas perecen para su dueño, por tanto, las consecuencias que trae la presencia del caso fortuito o de la fuerza mayor en las -- obligaciones, es decir, los efectos, no varían teóricamente -- con lo dispuesto por nuestro Código Civil.

(11) Ver. pág. 35 y siguiente del presente trabajo, en su capítulo segundo.

(12) Código Civil Español, artículos 1.105, 1.122, 1.182 y - 1.184, Ed. Oficial, Madrid 1975.

En el Derecho Argentino (13) las consecuencias de los -- efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor, son las mis-- mas: el deudor queda liberado de su responsabilidad.

Lo anterior se desprende del artículo 513 del Código Civil Argentino (14) que indica: "El deudor no será responsa-- ble de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resulta-- ren de caso fortuito o fuerza mayor".

Se dice, así nos lo indica López Olaciregui (15), que la fuerza mayor o caso fortuito reviste naturaleza funcional dis-- tinta según se trate de responsabilidad contractual o extra-- contractual, variando, en consecuencia, sus efectos. En la -- responsabilidad contractual, la existencia previa de la obli-- gación proclama la necesidad de un acto de cumplimiento; la -- no prestación de ese acto, determina la responsabilidad del -- deudor, quien sólo puede liberarse de ella merced a la fuerza mayor.

En cambio, en materia extracontractual, la excusa de fuer-- za mayor no es indispensable; pues, señala el autor referido, "las leyes se contentan con afirmar la responsabilidad por do

(13) Salvat Raymundo M. "Tratado de Derecho Civil Argentino" pág. 69, y sgis. Ed. Talleres Gráficos Kaft, Buenos Ai-- res 1941.

(14) Citado por Salvat Raymundo M. obra citada pág. 71.

(15) López Olaciregui J.M., "La Fuerza Mayor y la Orden del Soberano ante la Teoría de la Responsabilidad Civil", -

lo y por culpa. Faltando uno u otro elemento la situación de responsabilidad no llega a configurarse, y por tanto no es necesario invocar el efecto liberatorio de la fuerza mayor".

Dé ahí, se desprende, la distinta manera de actuar de la fuerza mayor o caso fortuito: en el primer caso, es decir, la responsabilidad contractual, es excusa que no borra la obligación pero libera al deudor de su cumplimiento; en el segundo caso, el de la responsabilidad extracontractual, es circunstancia que impide en el Derecho Alemán (16), los efectos del caso fortuito o fuerza mayor, primero se hace un reporte del riesgo ("de las consecuencias que traiga consigo"), pues su importancia práctica es evidente. Si por ejemplo, el comprador ha pagado ya, pero por caso fortuito o fuerza mayor, desaparece la cosa comprada, pierde también el precio pagado en caso de que el riesgo hubiese ya pasado a él; por el contrario, podrá exigir la devolución del dinero cuando el vendedor haya aún de soportar el riesgo.

Según la ley (artículo 323 del Código Civil Alemán), es decisivo el momento de la entrega: desde entonces el riesgo pasa al comprador (artículo 446 Código Civil Alemán).

Y es así, con lo que habremos de dar término a este último capítulo y por tanto con el presente trabajo en el que se

(16) Hedemann, J. W., obra citada, vol. III, pág. 251, en donde hace referencia a los artículos 323 y 446 del Código Civil Alemán.

ha tratado de exponer la complejidad que cobra el riesgo al -
presentarse en los contratos y decifrar jurídicamente, quién
en su defecto, debe soportar el daño que como se dijo en su -
oportunidad, es la relación de causa a efecto.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

- I. El Riesgo es el acontecimiento futuro e incierto, que por un caso fortuito o de fuerza mayor, impedirá el cumplimiento de una obligación y que no es imputable a la voluntad de las partes.
- II. No entran en el concepto de riesgo, las pérdidas, depreciaciones o deterioros de la cosa que aún teniendo su origen en el caso fortuito o de fuerza mayor, poseen una causa anterior al perfeccionamiento de la relación jurídica. En estos casos, a lo más, se podrá hablar de evicción, o de vicios o defectos ocultos, - pero nunca de riesgo en sentido propio.
- III. Sólo hay riesgo en el Derecho Moderno, cuando el cumplimiento de una obligación se hace imposible, en virtud de un caso fortuito o de fuerza mayor.
- IV. La regla general que regula a los riesgos en nuestro

ordenamiento civil vigente, es el principio "res perit domino", es decir, las cosas perecen para su dueño.

- V. El contenido fundamental de la Teoría de los Riesgos, consiste en determinar las consecuencias que originará este incumplimiento.
- VI. En nuestro Derecho, se puede afirmar, que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, a pesar de las diferencias doctrinales existentes, son palabras sinónimas, pues nuestro Código, las emplea indistintamente.
- VII. Los efectos del caso fortuito, o de la fuerza mayor, pese a las diferencias doctrinales, son iguales.
- VIII. No se puede establecer una lista o patrón de hechos - que puedan necesariamente considerarse en sí mismo, - como casos fortuitos o de fuerza mayor para todo tipo de obligaciones; pues afirmar ésto, sería incurrir en equivocaciones si se fomentara la creencia que un acontecimiento considerado como caso fortuito o de fuerza mayor, siempre lo será, y libera a cualquier deudor - de cualquier tipo de obligaciones, o bien si se afirma que el caso fortuito o de fuerza mayor opera de ma

nera general respecto a todos los tipos de obligaciones.

- IX. En cuanto a los daños y perjuicios, la responsabilidad que produzcan éstos, debe recaer sobre una persona, no sólo cuando ésta intervenga materialmente en la conducta dañosa, sino también en aquellos casos en que se produce el daño por cosas que posee, o bien, - por personas bajo su dependencia.
- X. Se debe distinguir el daño del perjuicio y no confundirse, pues daño como ya quedó asentado, es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación; y perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de las obligaciones.
- XI. En los daños y perjuicios que se causen, deben provenir directa o indirectamente de la conducta ilícita de acción u omisión, y no presentarse como una consecuencia indirecta o mediata.
- XII. La función del riesgo en los contratos, es decifrar - jurídicamente a cargo de quién se pierde la cosa o - quién debe soportar el daño, ante la presencia del in

cumplimiento de una obligación por caso fortuito o de fuerza mayor.

- XIII. En lo concerniente a la interpretación de los contratos, si sus términos son claros, se estará en sentido literal de las cláusulas de los mismos.
- XIV. Si no son claros los términos de las cláusulas de un contrato, y parecieran contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas.
- XV. Como regla general los efectos del caso fortuito o de fuerza mayor, son los de no responsabilizar al obligado por la presencia de éstos, pues, nadie está obligado a lo imposible. Sin embargo, hay casos como excepción en que sí se responde por el caso fortuito o de fuerza mayor, ya sea por disposición expresa de alguna ley, ya porque el obligado se comprometió a responder por éstos.

B I B L I O G R A F I A

B I B L I O G R A F I A

B

1. Badanes Gasset Ramón. El Riesgo Imprevisible, Editorial Bosch, 1a. Edición, Barcelona 1946.
2. Bejarano Sánchez Manuel. "Teoría General de las Obligaciones, Editorial Marla Harper And Ron Latinoamericana, México 1981.
3. Bonnacasse Julien. Elementos de Derecho Civil, Traducción de Cajica Jr., Editorial Cajica, México 1946.
4. Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 6a. Edición, México 1970.

C

1. Capitán Henri, Vocabulario Jurídico, Editorial Depalva, Buenos Aires 1946.

E

1. Fuentes De León Gonzalo. Diccionario de Derecho Romano, Editorial Sea, Buenos Aires 1962.

G

1. Gautemet Eugéne. Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 1a. Edición en Español. México 1974.
2. Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Editorial Esfinge, S.A., 3a. Edición, México 1974.

H

1. Hedemann J.W. Derecho de las Obligaciones, Traducción al Español Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Priv adc, Madrid 1950.

M

1. Margadant S. Guillermo F. Derecho Romano, Editorial - Esfinge, S.A., 3a. Edición 1968.

O

1. Omeba, Enciclopedia Jurídica, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Airés 1968.

P

1. Planiol Marcelo. Teoría General de los Contratos, - Traducción de Cajica Jr., Editorial Cajica, México -- 1945.
2. Planiol Marcelo y Ripert Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Traducción Española del Doctor Mario Díaz Cruz, Editorial Cultural Habana, S.A. 1947.
3. Puig Brutai José. Fundamentos de Derecho Civil, Editorial Bosen, 2a. Edición, Barcelona 1959.

R

1. Rojina Villegas Rafael, Compendio De Derecho Civil, - Editorial Porrúa, 8a. Edición, México 1978.

S

1. Salvat Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino Editorial Talleres Gráficos de Guillermo Kraff, 4a. - Edición Buenos Aires 1941.

T

1. Thur Andreas Von. Tratado de las Obligaciones, Traducción del Alemán Por N. Roces, Editorial Revs, S.A., -- 1a. Edición, Madrid.