



Universidad Nacional Autónoma
de México

FACULTAD DE DERECHO

INDEMNIZACION EN EL INCUMPLIMIENTO
DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

Licenciado en Derecho

P R E S E N T A

RAFAEL ALBERTO ABREU GUEVARA

México, D. F.

1975



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 mi Padre con cariño y respeto.

A mi Madre con admiración y devoción.

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL.

Antes de entrar a examinar en qué consiste la responsabilidad contractual y tocar de paso la extracontractual, procede asentar el concepto de responsabilidad civil. Esta consiste, de acuerdo con COLIN Y CAPTANT (tomo II, núm. 175. Citado por BORJA SORIANO. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, pág. 89), en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado.

Ahora bien, existen, como lo acabamos de señalar, dos tipos de responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual.

Responsabilidad extracontractual. - De ésta responsabilidad no nos ocuparemos a fondo, pues es materia de otro amplio tema y de ella sólo diremos que comprende los siguientes hechos jurídicos: a) enriquecimiento ilegítimo (abarca el pago de lo indebido), b) gestión de negocios, c) hechos ilícitos y d) el riesgo creado.

Todos estos hechos producen la obligación de indemnizar daños y perjuicios aunque son responsabilidades adquiridas fuera de contrato.

Responsabilidad contractual. - Como su nombre lo indica, es la que resulta del incumplimiento de las obligaciones convenidas. Veamos su regulación en los códigos de 1884 y en el vigente.

Código de 1884. - "Artículo 1458. - Son causas de responsabilidad civil: I. - La falta de cumplimiento de un contrato; II. - ...". "Artículo 1459. - El contratante que falte al cumplimiento del contrato, sea la substancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al otro contratante".

"Artículo 1423. - El que se hubiere obligado a prestar algún hecho y dejare de prestarlo, o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios". "Artículo 1428. - El que se hubiere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención". "Artículo 1432. - Es aplicable a la prestación de cosas lo dispuesto en el Artículo 1423 respecto de la prestación de hechos".

Código de 1928. - "Artículo 2104 (en lo conducente). - El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de los daños y perjuicios". "Artículo 2028 (en lo conducente). - El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención".

Artículo 2105: Establece la responsabilidad en las obligaciones de dar que tengan plazo fijo y alude a las que no tuvieron plazo cierto.

De acuerdo con el artículo 1859 del Código vigente, que establece que el principio de que las disposiciones legales sobre contratos son aplicables a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos, la responsabilidad contractual se extiende al caso de incumplimiento de las obligaciones que tienen por fuente la declaración unilateral de la voluntad.

Elementos. - Son elementos constitutivos de la responsabilidad contractual:

1. - Un daño o perjuicio causado al acreedor por el incumplimiento de la obligación.
2. - Que éste incumplimiento sea imputable al deudor.
3. - Que éste esté en mora. (BAUDRY-LACANTINERIE ET HARDE,

tomo XII, núm. 431; FLANIOL, tomo II, núm. 225. Citados por BORJA SORIANO. Teoría General de las Obligaciones, tomo II, pág. 91).

Por otra parte, vemos en el Manual de Derecho Civil y Comercial del maestro FRANCESCO MESSINEO, respecto del tema que nos ocupa, que pueden darse dos hipótesis, a saber:

a) Puede ocurrir, en un primer caso, que el incumplimiento sea voluntario, esto es, debido a la intención (dolo del deudor de no cumplir) independientemente de si se trata de obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer.

Sin embargo, a veces, la abstención voluntaria del cumplimiento es legítima, como sucede cuando depende de excepción justificada y aquí, -- por supuesto, no hay causa de incumplimiento imputable al deudor.

b) Puede ocurrir, en un segundo caso, lo contrario, o sea que el cumplimiento se haya hecho imposible (objetivamente), pero por culpa o negligencia del deudor (sobre todo cuando se trate de obligaciones de dar). Está presente aquí también una causa imputable al deudor.

En ambos casos, se perfila la llamada responsabilidad contractual, puesto que en uno y otro el comportamiento del deudor es ilícito.

Al decir "contractual", --sigue diciendo MESSINEO-- se quiere -- expresar no solamente que se trata de culpa (o dolo), que es causa de incumplimiento de la obligación derivada de contrato, sino de culpa (o dolo) que -- de una manera más general es causa de incumplimiento de una obligación ya existente, sin importar que su fuente sea distinta del contrato (promesa unilateral, ley. Ejemplo, entre otros muchos: responsabilidad del tutor frente-

al menor).

La mayoría de los autores -continúa el mismo autor- dan en contraponer la culpa contractual como tal a la culpa extracontractual (y al dolo -extracontractual), que es la culpa que da lugar, no ya a incumplimiento, sino a lesión del derecho ajeno; del que nace, después y a causa del acto culposo (o doloso), una obligación que tiene un contenido típico y constante: es de resarcir el daño inferido. De esta última forma de culpa (o dolo) (llamada también aquiliana) y de sus peculiares caracteres también en comparación con la culpa contractual y de sus efectos no hablaremos, pues, como dijimos con anterioridad, la misma configura un acto ilícito (el denominado delito civil), y es materia de otro estudio.

Es importante también observar que la responsabilidad por incumplimiento se transmite también al sucesor del deudor a título universal: pero no al sucesor a título particular. (MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, págs. 233 y 234).

Otra opinión muy acreditada es la del profesor ALBERTO TRABUCHI, quien nos explica que la obligación puede incumplirse, o bien porque falte la posibilidad objetiva de exigirse la prestación, o bien porque el deudor no pueda o no quiera realizarla. Y nos pone un claro ejemplo: Así, si yo me encuentro obligado a entregar un cuadro u otra cosa no fungible, mi incumplimiento fundado en el hecho de que no quiero observar la palabra dada se distingue claramente del caso del incumplimiento motivado por la destrucción del cuadro, o de la cosa a consecuencia de un incendio o de cualquier otra causa - que no dependiese de mi querer o de mi poder".

(ALBERTO TRABUCCHI. Instituciones de Derecho Civil, tomo II, pág. 63).

Tenemos en el primer caso a la responsabilidad denominada -- "responsabilidad por incumplimiento" o "ilicitud contractual", en el segundo caso se da la extinción de la obligación por la imposibilidad de cumplimiento sobrevinida y que no depende de la voluntad del deudor, por lo cual no es imputable a él.

Y volviendo al tema de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil (propiamente de la responsabilidad contractual), citaremos al maestro ROJINA VILLEGAS, pues nos parece muy lógico su punto de vista.

Tradicionalmente, nos dice el jurista, han sido tres los elementos señalados para que sea posible exigir la responsabilidad civil por incumplimiento de una obligación; a saber:

- a) Mora del deudor,
- b) Daños y perjuicios al acreedor y
- c) Existencia de una culpa contractual.

De los mismos, para el autor, sólo es necesaria la presencia del primero, es decir, de que el deudor incurra en mora, los otros dos no los -- menciona la ley. Lo anterior tiene su fundamento en que una obligación se ha ce exigible en tanto transcurra el tiempo señalado por la ley o cuando venza -- el plazo indicado por lo contratantes, por tanto, lógico es deducir que se podrá hacer responsable civilmente al deudor cuando la deuda sea exigible y no se cumpla, o sea que el deudor se encuentre en mora, tal circunstancia será la base para la responsabilidad civil.

Por otra parte y en lo que respecta a la existencia de un daño, nos dice el maestro, que es innecesario hacerlo aparecer como un elemento constitutivo, "porque toda deuda supone un interés jurídico para el acreedor y, por lo tanto, su incumplimiento se traduce en la lesión de un derecho y, en consecuencia, en un daño". (ROJINA VILLEGAS. Compendio de Derecho Civil, tomo III. Pág. 352).

El tercer elemento que tradicionalmente se ha venido exigiendo, queda subsumido en la ley, pues todo deudor que incumple una obligación, se presume que lo hace por su culpa, excepción hecha de que demuestre que intervino un caso fortuito o fuerza mayor. Respecto a la prueba será el deudor quien tenga que demostrar que por caso fortuito o fuerza mayor no pudo cumplir con la prestación a que estaba obligado. De lo contrario habrá una presunción de culpa; nunca el acreedor tendrá que demostrar que el incumplimiento del deudor se debió a culpa o dolo, sino que como esta culpa queda sobrentendida en la ley, corresponderá al deudor probar lo contrario. (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit., tomo III. Pág. 352 y 353).

EL DAÑO Y EL PERJUICIO (EL INCUMPLIMIENTO)

Antes que nada habrá que definir los mencionados conceptos de --
daño y perjuicio, para lo cual acudiremos a la orientadora obra del maestro -
ROJINA VILLEGAS.

"Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante -
haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación" -
(Art. 1464 del Código de 1884). "Se entiende por daño la pérdida o menoscabo
sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación" (Art.
2108 del código de 1928). "Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ga-
nancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obliga-
ción" (arts. 1465 del código de 1884 y 2109 del código de 1928).

Con certeza afirman BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE t. XII,
núm. 475 (citados por ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. 354) que si la
indemnización de daños y perjuicios no pudiera comprender los dos elementos
que son:

1. - *Damnum emergens*, o sea, la erogación que tuvo que hacer el
demandante y que implica el daño a su patrimonio, y;
2. - *Lucrum cessans*, es decir el beneficio que el demandante dejó
de percibir por el incumplimiento del deudor; no alcanzaría su fin que es colo-
car al acreedor en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecu-
tada.

Como es lógico suponer, entre los daños y perjuicios que sufra el
acreedor, y la conducta de incumplimiento del deudor, deberá siempre exis-
tir la llamada "relación de causalidad", que no es otra cosa que una relación-
de causa a efecto entre incumplimiento y daño, es decir, que, "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" (arts. 1466 del código de 1884 y 2110 del código de 1928).

Ejemplo: "Un negociante ha vendido a sabiendas una vaca enferma; el contagio se ha comunicado a los bueyes del comprador y le ha impedido cultivar sus tierras. El vendedor deberá, ciertamente, indemnizarlo del precio de las bestias muertas por efecto del contagio; pero no de los daños que resultan de la falta de cultivo, que no son sino una consecuencia lejana e indirecta de su dolo; no estando cultivadas las tierras, el comprador se ha encontrado privado de su renta; no ha podido pagar a sus acreedores; éstos han embargado sus bienes, etc. Se puede desarrollar a voluntad la serie de las consecuencias. Todos estos acontecimientos no son la consecuencia de la venta de una vaca enferma; habrían podido ser evitados; el comprador podría dar en arrendamiento sus tierras o procurarse otros animales para hacer sus labores" (PLANIOL, Ob. cit. t. II núm. 249). Citado por ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III pág. 356).

Personalmente no estamos totalmente de acuerdo con esa doctrina, especialmente cuando, como en este caso (ejemplo), en una transacción interviene el dolo de una de las partes. Sólo se está resarcido en el mencionado caso el daño causado al comprador, pero se está haciendo a un lado el perjuicio igualmente provocado, o sea la ganancia lícita que dejó de percibirse independientemente de las circunstancias que acompaña al caso concreto dado; veámoslo así:

El comprador para salvar su cosecha o para sembrar simplemente, tendrá que dar en arrendamiento sus tierras o bien, tendrá que adquirir -

nuevos animales; en el primer caso la ganancia que obtendrá será inferior a la que hubiera obtenido de haber sembrado él mismo sus tierras, pues no obtendrá los frutos producto de la misma, sino que percibirá sólo el precio pactado con el arrendamiento. En el segundo caso se pueden presentar muchas vicisitudes, por ejemplo: que los animales que tenga que adquirir se encuentren en un mercado distante de su pueblo o que se cotizen en un precio más elevado del que él pagó por sus finadas bestias, etc. En este último caso tendrá el deudor que hacer algo que implicará una pérdida de tiempo y un mayor esfuerzo, como es el ir a otro mercado distante, o bien, no obstante que se le restituiría a título de daños, tal vez no tenga dinero para adquirir nuevas bestias. Todo esto por la actitud dolosa del vendedor, ya que él lo podría haber evitado advirtiendo al comprador de la enfermedad del animal, el cual, por supuesto, no hubiera sido adquirido, o, al menos, no lo hubiera aparejado con sus animales y hubiera pagado menos por ella, lo cual, iría, lógicamente, en detrimento del interés del doloso vendedor.

Ahora bien, si no hubiera habido dolo por parte del vendedor, sería otra la postura a adoptar, en fin, sería el juzgador el que, de acuerdo con su criterio, estimara hasta donde sería responsable el vendedor. Más adelante veremos otros criterios de diferentes autores al respecto.

Teóricamente, nos dice el reconocido autor ROJINA VILLEGAS,— es imposible que el incumplimiento de una obligación no produzca daños y perjuicios tratándose de obligaciones que no sean bilaterales o recíprocas, ya que cualquiera de éstas producirá al no cumplirse cuando menos los llamados daños compensatorios, es decir, que generalmente las obligaciones de dar, hacer o no hacer tienen un valor en dinero, son susceptibles de traducirse en

dinero ya que si el deudor no las cumple ocasionará cuando menos un daño -equivalente a esa prestación (por su valor si son en dinero o por su equivalente también en dinero si no lo son). "Solo en las obligaciones recíprocas -podría darse el caso de que su no pago, no perjudicase al acreedor, al quedar éste liberado de la prestación que a su vez deba cubrir". (ROJINA VI- LLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. 356).

Para el maestro, MESSINEO, el daño -dependiente del incumplimiento- a resarcir se limita al que pudo preverse en el momento de celebrar el contrato; en tanto que el daño que no pudo preverse en ese momento no será resarcible.

La ley italiana habla de previsibilidad sin hacer mención de sujeto alguno determinado (por ejemplo, del deudor mismo); se refiere a la previsibilidad por parte de quien quiera que sea según "Las reglas normales -- de la experiencia".

Respecto a este tema de la previsibilidad del daño nos advierte -el autor que, en primer lugar, la prueba de la imprevisibilidad del daño corre a cargo del deudor, como prueba que puede valer para disminuir (en su beneficio) la entidad del resarcimiento debido por él, cuando el acreedor haya dado, por su parte la prueba del daño; en segundo lugar, que la noción de imprevisibilidad no es definible por lógica pura, sino que más bien corresponderá al juzgador, quien empleando su prudente arbitrio sopesará las circunstancias que acompañen al caso concreto, esto es, tendrá que tomar en cuenta la peculiaridad de la situación y también las características de la persona del deudor (calidades); pero, una vez comprobado que el daño era previsible, el resarcimiento se deberá siempre que concurren los otros requisi

tos, de acuerdo con la cualidad y la cantidad del daño.

Para reforzar y en cierto modo justificar su tesis en lo que se refiere a la justeza de que la resarcibilidad del daño dependa de la previsibilidad o imprevisibilidad del mismo en el momento en que nace la obligación, el maestro cita la opinión de POLACCO, otro insigne jurista, quien razona:

"El que el momento de la previsibilidad (o imprevisibilidad) del daño y la medida de su resarcibilidad se refieren al tiempo en que ha nacido la obligación, se explica, considerando que sería excesivamente gravoso atribuir, a riesgo del deudor, el resarcimiento también del daño no previsible en aquel tiempo. Este último es pues, irresarcible, y es soportado por el acreedor". (POLACCO).

En tercer lugar, y muy acertadamente, nos dice el maestro MESSINEO que, por el contrario, si el incumplimiento se debe a dolo, también el daño (directo) imprevisible deberá ser resarcido.

La razón del diferente trato (más severo) aplicado al deudor que dolosamente deja de cumplir con su obligación, imponiéndole el resarcimiento del daño también imprevisible, parece tener su fundamento en la ilicitud de su comportamiento; ilícito no es simplemente el cumplimiento no dado -- (aún cuando para efectos especiales "culpa lata dolo aequiparatur"), ilícito -- por definición -- es el incumplimiento culposo.

Para la valoración del daño (directo) y la determinación del monto del resarcimiento, nos explica el autor ya dentro de la conceptualización propiamente de lo que es daño y perjuicio, o más bien dicho, de la definición de los mismos, deberá tenerse en cuenta, no sólo la pérdida efectiva sufrida -- por el acreedor; daño emergente (elemento positivo), sino también su elemen

to negativo o falta de ganancia (lucro cesante), siempre que sea configurable como elemento de daño directo.

El concepto de daño emergente, como nos dice el maestro, es un concepto de fácil inteligencia; estará constituido por la prestación que falta, - tomada en sí misma. Falta de ganancia o lucro cesante es el aumento en el patrimonio del acreedor que verosímilmente hubiera podido obtener, según las circunstancias, de haberse cumplido la obligación por parte del deudor - (por ejemplo, nos demuestra el autor, en la reventa con provecho de la cosa que debía ser entregada y que no lo fue), pero que no se obtuvo precisamente por causa del incumplimiento del obligado a ello. En otras palabras, el lucro cesante es un elemento que debió formar parte del patrimonio del acreedor, pero que, debido al incumplimiento del deudor no se pudo obtener. - - - Mientras que el daño emergente se alimenta de la ausencia de aquel elemento constituido por la prestación del deudor, el lucro cesante es "aquello de más" que, sin el incumplimiento, se habría producido en el patrimonio del acreedor. (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, núm. 249).

Igualmente del lucro cesante deberá el acreedor proporcionar la prueba si quiere que se le abone el equivalente.

Es arduo, nos dice el maestro MESSINEO, establecer cual es la relación lógica entre daño indirecto (o mediato) y lucro cesante; éste es un -- problema de palpable importancia práctica, la cual se manifiesta en el hecho de que la resarcibilidad del daño indirecto no es admitida por la mayoría de los autores en tanto que se admite la resarcibilidad del lucro cesante. Este -- problema, el de la relación entre los mencionados daño indirecto y lucro ce-

sante, está absolutamente abandonado por la doctrina y por la jurisprudencia.

A continuación reseñaremos las tres proposiciones que según el maestro se pueden mantener firmes:

A) "Daño indirecto es aquel que se sale de la órbita de la relación de causa a efecto entre incumplimiento y daño; y, por tanto, no puede entrar, ni siquiera como daño emergente, en la valoración del daño resarcible; lucro cesante es -por el contrario- un componente del daño directo. En contraposición del aspecto negativo del perjuicio que el incumplimiento origina al acreedor; y, por tanto, es un componente del daño directo y resarcible".

B) "Se exige también, para la resarcibilidad del lucro cesante, - que el mismo sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento; y por eso el lucro cesante no puede ser asimilado al daño indirecto: un lucro cesante que no fuera consecuencia directa del incumplimiento, no sería materia de resarcimiento".

Pero no se puede disimular la dificultad de establecer -en la práctica- cuando se tiene daño y cuando lucro cesante.

C) "De ordinario, la obligación del resarcimiento no se acumula con la obligación de la prestación; otra cosa ocurre cuando, tratándose de obligaciones que nacen de contratos con prestaciones recíprocas, la parte incumpliente pida al juez también la condena a la ejecución del contrato, a cargo de la parte incumpliente. Aquí, el derecho a la ejecución se acumula con el derecho al resarcimiento del daño.

Alguna vez, en otras circunstancias, el cumplimiento y el resarcimiento se ponen como pretensiones alternativas, en que la elección se deja al acreedor.

MESSINEO, Ob. cit. t. IV, núms. 248 y 249.

Las anteriores proposiciones son muy personales del maestro --
MESSINEO. Por nuestra parte nos inclinamos a pensar que daño indirecto y
daño imprevisible (en el momento de celebrarse la obligación) son la mis--
ma cosa. No atinamos a imaginarnos un daño directo imprevisible que no re--
sulte como daño indirecto, desgraciadamente no nos da un ejemplo que pu--
diera hacernos cambiar de opinión en el sentido de que todo daño directo pue--
de ser previsto desde el momento de celebrar un contrato. Esto con relación
a su teoría del daño imprevisible, no con relación a sus proposiciones.

Veamos ahora la tesis del célebre autor y maestro (A. VON - --
THUR, Ob. cit. t. I núm. 57).

Considera el autor que las lesiones inferidas a los bienes jurídi--
cos de la personalidad, mientras no afecten al patrimonio, no tendrán concep--
to legal de daños. Asimismo, la suma de dinero que se ha de pagar en deter--
minados casos por haber causado dichas lesiones, no constituye una real y --
auténtica indemnización, sino una satisfacción que se ofrece a una persona le--
sionada.

Es menester, señala el jurista, para que pueda asegurarse que el
daño menoscaba el patrimonio, que se produzca en contra de la voluntad, o --
cuando menos sin la voluntad de la persona interesada. A contrario sensu, --
los menoscabos sufridos en el patrimonio de cierta persona a consecuencia --
de su voluntad no constituyen un daño, sino que deben ser considerados actos--
de enajenación; consumo o impensa.

Para mejor comprensión de lo que conforma el menoscabo patri--

monial que puede ser considerado como daño nos da diferentes formas en -- las que puede producirse el mismo:

1. - La pérdida puede consistir en una disminución efectiva del patrimonio. A este daño suele aplicarse el nombre latino de "damnum emergens".

2. - El daño consiste en una ganancia perdida o frustrada (lu- -- crum cessans), cuando sin que el patrimonio en su estado actual sufra disminución o alteración alguna, dejan de entrar en él valores que de otro modo lo hubieran incrementado.

Y agrega otra clasificación el maestro, explicando que todo patrimonio consta de un activo y de un pasivo. El activo lo integran los derechos que forman al patrimonio, cuya suma arroja el patrimonio bruto. El pasivo está formado por las deudas que gravan el patrimonio. El exceso del activo sobre el pasivo arroja el patrimonio líquido o neto. Ahora bien, el daño puede producirse de dos maneras: disminuyendo el activo del patrimonio o su valor, o echando sobre él nuevas deudas o incrementando alguna de las ya existentes, sin que el activo se altere. Tanto en uno como en otro caso, - sufre una disminución el patrimonio líquido o neto.

Distingue -el autor- dos clases de daño en la relación contractual:

1. - El daño provocado por el deudor al acreedor no cumpliendo su obligación o bien no cumpliéndola a tiempo. Este tipo de daño se deriva del interés que tiene el acreedor en que la obligación se cumpla en tiempo y con apego a lo pactado. A este interés suele nombrársele (para distinguir

lo del que veremos posteriormente) como interés positivo.

2. - Llámase interés negativo al daño que se le irroga a una persona por el simple efecto de la celebración de un contrato, esto es, que sin ello no se le hubiera causado ningún daño. Este daño puede consistir en que quede nulo el contrato con cuya celebración contaba una de las partes. La ley obliga a resarcir esos daños cuando, por ejemplo, la nulidad sobreviene por error inexcusable de alguna de las partes, o bien por ausencia de poderes. Propone el autor agrupar estos casos de interés negativo bajo el nombre de "daños de confianza".

Pero existen otros casos en los que no se trata de proteger la confianza que una de las partes haya puesto en la celebración o realización de un contrato. Así, el Código Civil suizo (Código de Obligaciones) reconoce el derecho del acreedor para desistirse del contrato por incurrir el deudor en mora y asimismo el de reclamar la indemnización de su interés negativo. Igualmente, el que se vea inducido por otro mediante fraude o coacción, a celebrar un contrato nulo o lo concierte para otro abusando de sus poderes, podrá reclamar la respectiva indemnización.

Nos señala el maestro que el interés negativo puede abarcar una serie de daños entre los cuales están:

a) Gastos de contrataciones.

b) Gastos hechos por uno de los contratantes para cumplir la prestación o hacerse cargo de ella.

c) Daños sufridos por un contratante por efecto de la prestación preparada o efectuada.

d) Daños que a uno de los contratantes se le irrogan por perder - la ocasión de celebrar otro contrato, ya que confiaba en la validez de éste, -- etc.

"Por lo general -señala el maestro- el alcance del interés negativo es inferior al del interés positivo, si bien puede, en ocasiones, exceder - de éste" (nuestro Código Civil a diferencia de los de tipo germánico, no reconoce la figura del "interés negativo").

VON THUR, Ob. cit. t. I, núms. del 57 al 61.

Estudiaremos ahora a un autor un poco complicado como interesante en su doctrina. Veremos su opinión en el controvertido tema del nexocausal después de pasar por el señalamiento de lo que constituye para él, el daño, así como el perjuicio y el resarcimiento de ambos. Este autor es --- ENNECCERUS.

Daño, nos dice, es toda desventaja que experimentamos en nuestro patrimonio así como en nuestros bienes jurídicos (aunque el patrimonio forma parte de ellos como lo señala el autor) como son cuerpo, vida, salud, honor, crédito, bienestar, capacidad de adquisición etc.

Nos parece incompleta a todas luces esta definición de daño, pues una mala inversión representaría una desventaja en el patrimonio de quien la hiciera sin que se configure la figura del daño en sentido jurídico, también una donación implicaría la misma desventaja para el donante. Por otro lado le falta señalar la participación de otra persona como causante del daño, pues una enfermedad minaría nuestra salud sin que pueda decirse que conforma un daño jurídico. Todo esto podría decirse que se sobreentiende pero de todas maneras una definición tiene que ser completa.

Volviendo a la teoría del autor, nos dice que "como quiera que sea que por regla general la obligación de indemnizar se limita al daño patrimonial, la palabra "daño" se emplea corrientemente en el lenguaje jurídico en el sentido de daño patrimonial". ENNECCERUS, Ob. cit. t. II, núm. - 61.

Entre el patrimonio actual del perjudicado y el estado que éste guardaba antes de darse el acontecimiento que funda la pretensión de indemnización, existe, sin prescindir de la pretensión de indemnización, una diferencia. Esta diferencia la constituye el daño patrimonial, o el interés patrimonial que en general, se denomina simplemente daño o interés. La prestación de la indemnización viene a equilibrar o nivelar esta diferencia. Prestación de indemnización y prestación de interés son la misma cosa.

Por otra parte, nos dice, es indudable que no todo resarcimiento del valor constituye una indemnización. Esto toma una importancia muy especial cuando por la pérdida de un objeto se ha de pagar un resarcimiento. A veces, en este caso sólo se ha de resarcir el valor que el objeto tenga para todos, el valor común, el "pretium comune". (Un ejemplo de este valor es el que pagan los correos, o bien, el valor mercantil común y, en defecto del mismo, el valor común pagado por el porteador o fletante).

Pero por lo común, se paga el interés o sea la indemnización, y consecuentemente, el valor que el objeto tenga precisamente para la persona a indemnizar, "pretium singulare", que casi siempre es superior al valor común. por ejemplo, como nos lo señala el autor, porque con la pérdida va aparejada la desvalorización de otros objetos conectados en alguna --

forma con el perdido o porque el perjudicado habría ya dispuesto de una manera ventajosa sobre el objeto dañado.

Como sabemos el resarcimiento del daño puede hacerse restableciendo efectivamente el estado que guardaban las cosas o que guardarían de no haberse producido el acontecimiento que causó el daño (reposición natural) o, de manera imperfecta únicamente con dinero de acuerdo con el valor (prestación del interés pecuniario). Las fuentes romanas, al hablar de daño o interés (*id quod interest*) tienen presente de un modo preferente la prestación del interés pecuniario (cosa que estaba en armonía con los principios de la "pecuniaria condemnatio") por lo que, como consecuencia lógica, la doctrina y la jurisprudencia comunmente identificasen directamente la indemnización con la prestación del interés pecuniario. Por el contrario, dentro del Código Civil esta palabra abarca lo mismo la reposición natural que la indemnización en metálico. Por consiguiente, indemnización quiere decir "poner a uno en tanto sea posible en la misma situación patrimonial en que se encontraría si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización". Esto permite alguna abreviación del lenguaje, pero hay que tener presente el lenguaje del Código Civil para no caer en errores.

En el tema general que nos ocupa, o sea la indemnización en el terreno de las relaciones contractuales, lo propio para denominar la acción de volver las cosas a su estado original antes de que se diera el daño, parece ser el de resarcimiento, pues pensamos que indemnizar a alguien implica -- darle algo más de lo que tenía en un principio, ya sea por la pérdida de tiempo, oportunidades etc., no se le va a resarcir a alguien más de lo que tenía,

ni su tiempo, sino que resarcir lleva implícita la acción de devolver o más bien restablecer un estado de cosas. Esta es una simple opinión que nos parece lógica.

El daño, sigue diciéndonos el connotado jurista, puede consistir en la disminución patrimonio ya existente o en la frustración de un aumento del mismo, (en este punto todos los autores convergen). Los dos elementos, el daño positivo (*damnum emergens*) y la ganancia perdida (*lucrum cessans*) se indemnizan por el incumpliente o causante del daño.

El que demanda la indemnización no tiene necesidad de fijar el monto del importe exigido en su demanda, sino que bastarán las indicaciones de hecho necesarias para la fijación del importe, que sobre la base de las mismas y a través del juicio del juzgador (en caso necesario con informe pericial) pueda hacerse la estimación del daño.

ENNECCERUS, Ob. cit. t. II, vol. I, núms. 61, 62 y 63.

Entremos ahora de lleno al interesante tema del nexo causal entre el hecho productor y el daño producido, desde el punto de vista muy particular del maestro ENNECCERUS.

Sólo se ha de indemnizar, apunta, "aquel daño que constituya una consecuencia del hecho que obliga a la indemnización" (ENNECCERUS, Ob. cit. t. II, vol. I, núm. 65).

Dicho de otra manera, es indispensable que exista un nexo causal entre el hecho y el daño.

Nos dice el autor que la cuestión de hasta donde llega el nexo causal no podría resolverse nunca de manera plenamente satisfactoria me--

diante reglas abstractas, sino que es menester que, en caso de duda, sea el juez quien resuelva según su libre convicción ponderando todas las circunstancias para lo cual lo faculta la ley alemana.

Nos da, junto con el anterior criterio, algunos principios que a su juicio son capitales para ayudar a resolver este problema, que son los siguientes:

1. - No es necesario que el hecho señalado como causa haya dado lugar por sí sólo a los daños. Puede ser que también hayan contribuido otros hechos. En principio, sólo es indispensable que los daños no se hubieran producido sin el hecho mencionado, es decir, que este hecho constituya una *condictio sine qua non* de la producción del daño.

Parece ser, que los "otros hechos" productores o contribuyentes para la producción del daño son "consecuencia" del hecho principal, ya que de no haberse dado éste, aquellos no hubieran bastado para la producción del daño, o, más bien, no hubieran aparecido como hechos productores del daño, de lo que se infiere que el daño es consecuencia inmediata y directa del hecho principal, por lo que no estamos de acuerdo con este punto.

2. - Pero, aún en el caso de mediar esta relación de condición, el daño no puede ser considerado en sentido jurídico como consecuencia del hecho en cuestión cuando éste, dada su naturaleza general, fuera totalmente in diferente para el nacimiento del daño, habiendo llegado a ser condición del daño sólo por consecuencia de otras circunstancias extraordinarias, o sea si era inadecuado para producir el daño.

Desgraciadamente, como dijimos anteriormente, el autor no nos

da ningún ejemplo que ilustre su teoría, lo cual dificulta un poco su comprensión, pero, volviendo al tema, nos parece que si un daño fue producido por un hecho sin el cual no se hubiera producido ningún daño, independientemente de si bastaba por sí solo para causarlo o no, lo que importa (a nuestro juicio) es que sin ese hecho no hay daño, que el daño es consecuencia (directa e inmediata) de ese hecho.

3. - No es menester que el nexo causal sea inmediato, bastando la causalidad mediata, o sea poner una condición ulterior que trae tras sí y de un modo inmediato el daño (por ejemplo el lesionado que como consecuencia de un accidente lleva una pierna artificial, padece veintidos años después del accidente una nueva lesión por causa de una caída en su cuarto). A no ser que la aparición de la segunda condición no se halle en una relación adecuada con el hecho que establece la primera.

Nos parece demasiado oneroso para el causante del primer daño que tenga que responder del segundo, que no es de ninguna manera consecuencia del accidente sino de un acto del lesionado que ya fue indemnizado de su daño. Sería injusto, pues tendría que responder de todas las consecuencias ulteriores y sería una cadena interminable de daños no producidos por su conducta sino por la del lesionado.

4. - Si dos actos ocasionan los daños en virtud de su concurrencia, sin que ninguno de ellos los hubiera producido por sí solo, ambos son causales según la doctrina de la condición (en caso de la concurrencia necesaria). Pero que ocurriría si cualquiera de ellos por sí solo hubiera traído el resultado. Ejemplo: Dos cazadores furtivos, procediendo de un modo independiente -

uno del otro, disparan simultáneamente sobre el guardabosque, siendo los dos tiros mortales de necesidad. Dos proveedores de diferentes piezas de una máquina incurren simultáneamente en mora, impidiendo por tanto cada uno de ellos que la máquina sea puesta en servicio (caso de causalidad acumulativa). En estos casos ambos agentes tienen que responder, no pudiendo alegar ninguno de ellos que el resultado se hubiera producido también sin su conducta, o sea que no podrán decir que esta conducta no constituye una condictio sine qua non en el sentido corriente. Nos dice el autor que una consideración jurídica prudente tiene que valorar ambas conductas como causas independientes de igual modo que si el resultado se hubiera producido dos veces, pero el daño sólo ha de indemnizarse una vez. En cuanto a ésto media acuerdo, discutiéndose únicamente el fundamento. Para justificarlo lo mejor es apoyarse en ésto:

Artículo 830 ap. 1. prop. 2 del CC. (Aleman) "Si de dos actos, cada uno de los cuales era apto para provocar el resultado, es incierto cual de ellos lo ha provocado realmente, cada uno de ellos tendrá que considerarse como causa".

En este punto estamos totalmente de acuerdo, pues, aún sin la conducta del otro, se hubiera producido el daño, por lo que es justo que recaiga sobre los dos la responsabilidad.

5. - Para el nexo causal no se requiere la previsibilidad del daño. De todos modos, cuando, como es lo corriente, el deber de indemnizar deriva de un acto culposo, tiene, necesariamente, que haber sido previsto el primer resultado contrario a derecho de este acto (o sea, por ejemplo, -

la violación de la propiedad, producida por él); pues de lo contrario no hay culpa. Pero si se cumple este requisito no importa la previsibilidad del daño que deriva de ello.

Vemos que, a diferencia de lo que opina el maestro MESSINEO, no es necesario que el daño a indemnizar haya sido previsible en el momento de nacer la obligación, sino que bastará que haya sido previsible el primer resultado contrario a derecho (esto para que el acto sea en realidad culposo) de ese acto, por parte del deudor o del causante del daño. Esto es lógico y tiene su base en la teoría romana de la culpa.

6. - Con referencia al lucro cesante sólo ha de admitirse la existencia del nexo causal cuando sin el hecho que obliga a indemnizar, el demandante hubiera podido hacer la ganancia, siendo seguro además, que la hubiera logrado, o sea, por regla general, que la hubiera querido hacer. - Pero si, según el curso regular de las cosas o según las circunstancias especiales, la ganancia podía ser esperada con probabilidad, tiene que suponerse también que hubiera sido hecha, ya que todo hombre común y corriente suele hacerla. Esto regía ya según el derecho común. Después de establecer en la primera proposición la regla general de que el daño a indemnizar comprende también el lucro cesante, la proposición segunda (en el sentido de una indicación para el juicio complementario del juez) añade: "como cesante se considera el lucro que según el curso regular de las cosas o según las circunstancias especiales, en particular según los preparativos y medidas tomados, pudiera esperarse con probabilidad".

Esto no implica ninguna dificultad en su comprensión.

7. - La omisión de un acto cuya ejecución hubiera impedido con seguridad o al menos con la máxima probabilidad, un daño, se califica también en sentido jurídico como causa del daño. Pero sólo ha lugar a responder por ese motivo cuando existiera un deber jurídico precisamente de esa persona a la ejecución del acto; el deber general de ayudar a los demás (entanto haya que suponerlo) no es suficiente. El deber jurídico puede ser de naturaleza pública o privada y puede basarse inmediatamente en la ley o en un negocio jurídico. También puede resultar, deber jurídico de la opinión general del tráfico, ya que manda regular ciertas relaciones de la vida de manera que se eviten en lo posible los riesgos para los demás; en particular, semejante deber hace suponer que existe a cargo de aquel que ha provocado esos peligros, aunque sea por acto no culposo o a cargo de aquel en cuya esfera de señorío surge una situación productora de riesgos cuya eliminación sólo puede esperarse de él.

ENNECCERUS, Ob. cit. t. II Vol. I, Pags. 65 a la 68, 72 a la 76.

Citaremos ahora, dentro del tema que nos ocupa, el punto de vista del jurista italiano ALBERTO TRABUCCHI. Escribe el autor que como daños patrimoniales el deudor tiene la obligación de resarcir tanto el daño emergente como el lucro cesante. El resarcimiento de daños sólo es admisible, según el maestro, con respecto a las consecuencias directas o inmediatas de un cumplimiento imputable al deudor. En relación con otra clase de daños, en cuyo acaecimiento, frecuentemente, ha participado el mismo acreedor por no hacer lo posible para evitarlos, tendremos que buscar en otras causas al margen de las que aquí se examinan. Veamos el siguiente ejemplo, ya

clásico: "si el vendedor no ha entregado el grano a que se obligó, habrá de pagar no sólo el importe de su precio sino también los gastos que hizo el acreedor para poder adquirirlo en el mercado; pero no deberá resarcir los daños por la muerte de sus criados, quienes perecieron de hambre al no recibir el grano que su patrón compró para ellos".

El autor también nos habla de daños previsibles e imprevisibles al decirnos que el incumplimiento, cuando es culposo, sólo obliga al deudor a resarcir los daños que pudieron preverse al momento de constituirse la obligación; y que si, por el contrario el incumplimiento del deudor obedece a dolo, o sea que haya querido conscientemente violar su obligación, tendrá éste, forzosamente que resarcir los daños imprevistos e imprevisibles.

Veamos aquí, nuevamente, la aparición del concepto "daño imprevisible" sin que nos sea ilustrado con un ejemplo para su comprensión, en fin y a continuación, para dar por terminado el tema que nos ocupa, reseñaremos algunas tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, todas ellas referentes al capítulo de daños y perjuicios;

DAÑOS Y PERJUICIOS. - De acuerdo con lo prevenido en el artículo 2110 del Código Civil, los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata de la falta de cumplimiento de la obligación, para que se pueda condenar al pago de los mismos (Nagore Labastida Mariano). Tomo XCIV. 11 de oct. de 1947. 3-votos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. - Debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos en que se reclamen perjuicios, éstos no son susceptibles de demostrarse con pruebas directas y rigurosas que produzcan la certeza absoluta de su existencia, por lo que hay que conformarse con la certeza relativa a los mismos, según el criterio ya expuesto por la Corte en algunas de sus ejecutorias (Vicencio Juan). 12 de enero de 1942 5 votos, t. LXXI.

DAÑOS Y PERJUICIOS. - Para que prospere la acción de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato, no basta con reclamarlos en la demanda, sino que deben señalarse y además, acreditarse en su oportunidad, dentro del propio juicio, que se han causado por el incumplimiento del contrato (Gutiérrez de Romo Elena). Tomo CXI 25 de marzo de 1952. 4 votos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. - Como el daño es un menoscabo en el patrimonio y el perjuicio un lucro cesante, no pueden ellos confundirse pues inclusive puede declararse procedente uno y rechazarse otro (The Fresnillo Company). Tomo CV 24 de julio de 1950. 4 votos.

DAÑOS Y PERJUICIOS. - IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE. - Si no se rinde ninguna prueba para acreditar la existencia de los daños y perjuicios, la fecha en que se causaron y el monto de los mismos, es indudable que la sentencia que condena a pagarlos, fijando su cuantía y la fecha desde la cual deben computarse, carece de fundamento y viola en perjuicio del afectado, el artículo 14 de la Constitución Federal, porque lo priva de sus propiedades y derechos sin sujetarse a lo establecido por las leyes aplicables al caso (Hernández Cipriano). Tomo LIII 23 de agosto de 1937.

DAÑOS Y PERJUICIOS, MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE. - Aunque los peritos valuadores califiquen una indemnización mayor que la reclamada, la condena no puede sobrepasar a la suma demandada. Tomo CXV-III- 16 de noviembre de 1953. 4 votos.

DAÑOS Y PERJUICIOS, PAGO DE. - Una vez resuelto que no ha procedido la acción principal, no existe base para la condenación de la accesoria de daños y perjuicios. (García Ana María). Tomo LXIII 16 de marzo de 1940. 4 votos.

DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN CONTRACTUAL. - Si la acción de pago de daños y perjuicios se dedujo como subsidiaria de la de cumplimiento de un contrato bilateral, es indudable que no habiéndose demostrado la acción principal, tampoco puede tenerse por probada la accesoria. Tomo CIV, 8 de junio de 1950. 4 votos.

LA IMPUTABILIDAD AL DEUDOR

Sólo se podrá hablar de indemnización en tanto que el daño producido a alguien, sea consecuencia de un acto imputable a otra persona, es decir, que para que algún sujeto tenga la obligación de indemnizar a otro, es necesario que aquél, con su conducta, haya provocado algún daño al segundo sin que haya mediado causa extraña o externa en éste. Así pues ahora trataremos sobre el tema de "La imputabilidad al deudor".

Consultando la obra del maestro BORJA SORIANO conducente, vemos que hablando de la culpa dice: "comete una falta al deudor que no cumple con la ejecución de una obligación" (B.S. Ob. cit. t. II núm. 93). De esta manera, la sola inejecución por parte del deudor constituye una falta, de lo que resulta que las expresiones "hecho de inejecución del deudor" y "falta del deudor" son la misma cosa. Y sucederá, nos dice el autor, que como lo afirma Jossierand, el acreedor solo tiene que probar la existencia de la obligación y la falta de ejecución de la misma; acto seguido corresponderá al deudor demostrar la existencia de una causa extraña o liberatoria si es que la hay (Ob. cit. t. II núm. 613).

Este punto de vista, afirma, ha sido adoptado por nuestros códigos de los que veremos algunos artículos de la materia.

Código de 1884, artículo 1439: "Habiendo culpa o mora por parte del deudor, estará éste obligado a la indemnización con arreglo al capítulo IV de este título" (que trata de la responsabilidad civil), artículo 1442 "La pérdida de la cosa en poder del deudor se presume por culpa suya, mientras no se prueba lo contrario" (Artículo 2018 del Código de 1928).

Existen dos clases de culpa contractuales:

A) La no dolosa y

B) La dolosa

Veamos la primera: la culpa no dolosa consiste en "una negligencia cometida sin intención de perjudicar" (BAUDRY LACANTINERIE -- ET BARDE, t. XII núm. 454). Citado por B. S. Ob. cit. pág. 94).

En este tema y haciendo mención a la prestación de cosas, dicen los Códigos de 1884 en su artículo 1446 y el de 1928 en su artículo 2025: "Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa, o deja de ejecutar los que son necesarios para ella". El artículo 1447 del primero de estos códigos agrega: "La calificación de la culpa o negligencia queda al prudente arbitrio del juez, según las circunstancias del hecho, del contrato y de las personas".

En la segunda (culpa dolosa), vemos que existe dolo cuando el deudor intencionalmente deja de ejecutar la obligación correspondiente, es decir, que comete esta falta con el deseo de causar un perjuicio a su acreedor (H. Y L. MAZEAUD, t. I, núm. 674). Citado por B. S. Ob. cit. pág. 94).

Los artículos 1460 y 2106 de los Códigos de 1884 y de 1928 respectivamente, prescriben (en lo conducente) que, "La responsabilidad procedente de dolo tiene lugar en todos los contratos". "La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones".

Los autores del antiguo derecho francés clasificaron la culpa en tres categorías de contratos. "En los contratos celebrados en interés única

mente del acreedor, tales como el depósito, no declaran al deudor responsable de la inexecución de su obligación sino en el caso en que esta inexecución se deba a una culpa grave, culpa lata, es decir, a una falta que consiste en no aportar al asunto de otro el cuidado que las personas menos cuidadosas y las más estúpidas no dejan de aportar a sus propios negocios. En los contratos celebrados en interés común del acreedor y del deudor, tales como la venta, la responsabilidad del deudor es más grande: responde de toda inexecución debida a una falta ligera, culpa levis, la cual corresponde al cuidado ordinario que las personas prudentes aportan a sus negocios; -- también se distingue de esta culpa levis in abstracto, la culpa levis in concreto, consistente en el hecho por el deudor de no aportar a la ejecución -- del contrato la diligencia que empleaba en sus propios negocios. En fin, en los contratos celebrados únicamente en interés del deudor (comodato, etc.), éste está obligado a la más grande vigilancia, debe reparar el perjuicio -- que resulta de toda inexecución debida a una falta muy ligera, culpa levissima, la cual consiste en no aportar el cuidado que las personas más atentas aportan a sus negocios" (H. Y L. MAZEAUD, t. I, núm. 682; POTHIER, -- Traité des obligation, t. I, núm. 142). Citado por B. S., Ob. cit. pág. 95).

Veamos ahora la regulación de esta figura en nuestros códigos. Los artículos que se ocupan de la teoría general de las obligaciones reflejan la adopción de las tres categorías de culpa mencionadas. Los redactores del Código de 1884 han plasmado su voluntad en el artículo 1429 que dice: "El obligado a dar alguna cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y a entregarla, bajo la responsabilidad

establecida en el capítulo IV de este título", es decir, a la responsabilidad civil. Este artículo adopta el criterio de la culpa leve en abstracto y el mismo criterio es aplicable a la inejecución de toda obligación. (BORJA SORIANO, Ob. cit. tomo II núms. 93, 94 y 95).

Demos paso, ahora, a la opinión de otro notable jurista mexicano, así pues, ROJINA VILLEGAS nos dice al respecto: culpa in abstracto. -" Esta clase de culpa se determina tomando en cuenta la conducta de un tipo abstracto de hombre, de tal manera que si en un acto humano no se observa la diligencia que correspondería a esa categoría ideal; se dice que existe -- una culpa in abstracto". (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III pág. 362).

En oposición a la culpa in abstracto, nos dice el maestro, que define el código, de una manera general, existe la culpa in concreto, que viene a ser aquella en la que se incurre cuando el obligado no observa en la custodia de las cosas ajenas a su cargo o en la administración de los negocios de otro, la diligencia que normalmente acostumbra aplicar al cuidado de sus cosas o al de sus propios negocios. Para ciertos contratos, el código se inclina hacia la aplicación de la culpa in abstracto y para otros, la de la culpa in concreto. (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III pág. 363).

Sostiene el maestro ROJINA VILLEGAS una tesis al respecto, - con la cual no estamos muy de acuerdo pero que es interesante y útil conocer, que es la siguiente: "la indemnización compensatoria es exigible en toda obligación por el solo hecho de que el deudor incurra en mora, sin que sea menester culpa alguna para su procedencia. En las obligaciones de dar, basta con que no se cumpla la prestación principal de transmitir el dominio

y entregar la cosa o de transmitir el uso o goce con la entrega de la misma, para que proceda la indemnización compensatoria, exigiendo el acreedor el pago de los daños y perjuicios correspondientes. Además, puede el acreedor exigir, si lo prefiere, el cumplimiento exacto de la prestación cuando ello es posible.

En las obligaciones de hacer, generalmente basta, el hecho del incumplimiento, es decir, que el deudor incurra en mora, para que el acreedor pueda exigir la indemnización compensatoria. En las obligaciones de no hacer, es suficiente el hecho de la contravención para que proceda la reparación de daños y perjuicios. Excepcionalmente, cuando el deudor tenga la obligación secundaria de conservar la cosa, se requerirá culpa, para que el acreedor pueda exigir una indemnización equivalente a la pérdida o demérito de la misma, y esta culpa podrá ser grave, leve o levísima, según cada categoría de contratos y en la forma y términos que lo disponga la ley". (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III pág. 375).

Expondremos ahora nuestro punto de vista al respecto y trataremos de dar una modesta solución que, a nuestro parecer es justa, a este problema.

Así como el acreedor tiene la facultad de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación cuando este sea posible, así también, pensamos, el deudor debe tener la posibilidad, previo el pago de daños y perjuicios en su caso y de intereses moratorios, de dar cumplimiento a la obligación cuando no resulte dañino al acreedor y sí perjudicial para el deudor. Es decir, cuando por causa del incumplimiento del deudor no se hayan alterado en for-

ma alguna las condiciones y circunstancias esenciales en que se celebró originalmente el contrato, y no sea inútil u oneroso en demasía para el acreedor el cumplimiento en mora del mismo. Todo esto, naturalmente, tratándose de obligaciones recíprocas o bilaterales en las que deudor y acreedor, -- tengan un interés común.

Para ilustrar mejor nuestro punto de vista, nos atrevemos a -- ejemplificar sobre el mismo: determinada persona y yo, celebramos un contrato de compraventa en los siguientes términos: se fija fecha para el pago del bien (inmueble en este caso); yo tramito un préstamo para efectuar dicho pago en la fecha señalada; doy un anticipo del precio fijado, el cual quedará a título de renta de no hacer el pago en la fecha prefijada. Me traslado al inmueble con el objeto de residir en él, mientras se realiza la operación; pero por diversas circunstancias ajenas a mi voluntad no puedo recibir el -- préstamo en la fecha conveniente para cumplir con lo pactado. El vendedor -- ante mi incumplimiento decide resolver el contrato exigiendo la indemnización compensatoria correspondiente.

Veamos ahora el otro aspecto del problema, o sea el aspecto humano, ya que pensamos que el derecho debe ser dinámico y servir a las necesidades de la sociedad a la que rige, esto es, que exista congruencia entre los problemas de esa sociedad y las soluciones planteadas por su dere--cho.

En el ejemplo dado, al ser resuelto el contrato por el vendedor -- quedo yo en una situación conflictiva, dadas las circunstancias en que se celebró el contrato, pues de ellas se deduce mi limitada situación económica. --

Bien podría el vendedor darme un nuevo plazo perentorio para que cumpliera con mi obligación, sin que esto implicara para él ningún perjuicio, ya que no han cambiado en forma alguna las circunstancias esenciales en que se celebró dicho contrato.

Ahora bien, nos hacemos cargo de que debe respetarse la voluntad de las partes, pero también debemos tomar en cuenta la máxima jurídica de inclinarse por el menor daño, o sea tratar de proteger a quien resulta perjudicado y no a quien es beneficiario. Esto, para que resultara positivo, tendría que tener el carácter de irrenunciable por parte del interesado.

El artículo 1104 del Código civil español, nos da un concepto -- más amplio de la culpa, fijando al propio tiempo el criterio general de su graduación, de acuerdo con la naturaleza de la deuda o del contrato, y en relación con circunstancias referentes a las personas, al tiempo y al lugar. Está redactado en estos términos: "la culpa o negligencia del deudor, consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. -- Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia". En el artículo 1103 se establece además el principio general de que "La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales, según los casos".

Como se puede apreciar, el código español, a diferencia del -- nuestro, sí consagra el principio, general, de que para que se pueda hablar de responsabilidad contractual en el incumplimiento de un contrato, debe ha-

ber una culpa o negligencia en el deudor, la cual, según el artículo 1104 del código español dependerá de la naturaleza de la obligación, pero si no estuviera expresamente determinado este tipo de negligencia en ella, o sea el que haya de observar el deudor, se le exigirá siempre la media, es decir, la que correspondería a un buen padre de familia. (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. 371).

Respecto a la carga de la prueba, nos dice el maestro TRABUCCHI, en cuanto a la responsabilidad del deudor que incumple (responsabilidad contractual o "por incumplimiento"), la ley italiana impone una inversión en la misma. De tal forma que será el deudor y no el actor o acreedor quien deba probar que su incumplimiento se debió (cuando sea el caso) a una causa o imposibilidad no imputable a él mismo.

Lógicamente, si no lograre probar lo anterior, le será imputada la causa de la imposibilidad del cumplimiento.

Por otra parte, al sujeto incumpliente de su obligación (responsable) que se le imputare dolo (conciencia y voluntad de violar la obligación) se le aplicarán efectos más o menos graves -nos dice el autor- en relación a la magnitud del daño causado a resarcirse.

Menciona el autor italiano otras sanciones provenientes del incumplimiento de la obligación (aparte de las ya indicadas que son: ejecución en forma específica, pena convencional, resarcimiento del daño), las cuales vienen a ser: a) la pérdida del beneficio del término, si la obligación no hubiera vencido, y b) la resolución del contrato.

En Italia como aquí, las normas establecidas por la ley respec-

to a esta materia, son susceptibles de variaciones y derogaciones por la voluntad de las partes. "Así afirma el maestro- los sujetos de la relación obligacional pueden convenir que el riesgo del incumplimiento por fuerza mayor quede a cargo del deudor (asunción del riesgo), de tal modo que el obligado no pueda invocar la imposibilidad sobrevenida sin culpa suya, a fin de sustraerse de la pretensión del acreedor. En sentido opuesto puede convenirse la exoneración de la posible responsabilidad por culpa (cláusula de no responsabilidad). Pero no se admite la exoneración preventiva de las responsabilidades procedentes de dolo o de la culpa grave que se equipara al propio dolo (pactum de dolo non praestando)". (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, pág. 71).

Esto último que nos explica el autor de excluir (o pretender hacerlo) en el momento de asumir la obligación, la responsabilidad dolosa, sería contrario -como él mismo lo dice- a los principios fundamentales de la buena fe, "para aquellos que no pudieran evitar las consecuencias de su obrar contrario con los deberes asumidos en el negocio". (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, págs. 71 y 72).

Corresponde ahora entrar a un tema primordial en nuestro trabajo, y ese tema es "La Mora", requisitos, efectos etc.

LA MORA

Antes que nada tendremos que decir en que consiste la mora y cuando se incurre en ella.

El maestro ALVES MOREIRA (citado por B. S. t. II, pág. 95), dice que la mora "es el nombre que toma el retardo en el cumplimiento de la obligación. Se entiende que el retardo debe ser culpable o sea imputable al deudor". (ALVES M., Ob. cit. vol. II, núm. 39, pág. 127).

En el mismo tenor, el conocido jurisconsulto RAFAEL ROJINA-VILLEGAS la define como "el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación" ya que "no todo retardo en el pago hace incurrir en mora al deudor, pues pueden existir causas justificadas para no cumplir puntualmente una deuda. Por tanto, se dice que el deudor incurre en mora cuando injustificadamente no cumple en forma puntual su obligación que ya se hizo exigible". (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. 352).

Estudiando la obra del autor antes mencionado vemos que existen en el derecho al través de su evolución histórica distintos sistemas para colocar en mora al deudor. En México, desde la legislación de 1870 hemos seguido el principio romano, de acuerdo con el cual el día interpela por el hombre (*dies interpellat pro homine*). Esto es, que en las obligaciones que tienen plazo fijo para su cumplimiento, la llegada del término las hace exigibles sin necesidad de que el acreedor tenga que intimar al deudor requiriéndolo judicialmente o extrajudicialmente ante notario o testigos, para obtener el pago. Es por esta razón - como lo dice el maestro - que se dice que el advenimiento del día fijado para el cumplimiento de la obligación, hace las veces por sí solo de interpelación. - -

Por el contrario, cuando las obligaciones no son a plazo o a términos, si se requiere una interpelación como ocurre tratándose de obligaciones de dar en nuestro Código Civil vigente, o bien que lo exija el acreedor cuando haya transcurrido un tiempo prudente para su realización (ejecución del hecho). El Código anterior, en su artículo 1423 no hacía distinción alguna para las dos clases de obligaciones, por lo que la interpelación era necesaria en todos los casos en que no se hubiere señalado plazo (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, págs. 352 y 353).

Veamos ahora la mora en el Código Civil vigente. Este código actual reproduce en esencia el sistema del de 1884, pero con la diferencia de que éste último ordenamiento establecía que para poder hacer exigibles tanto las obligaciones de dar, hacer o de no hacer era necesario interpelar antes al deudor (cuando no tenían señalado plazo para su cumplimiento). En el código vigente, se diferencian para su exigibilidad las obligaciones de dar y de hacer. Las primeras se podrán exigir hasta 30 días después de la interpelación judicial o extrajudicial ante notario o dos testigos, es decir, se podrá exigir treinta días después de haber interpelado al deudor. Para las segundas, es necesario que transcurra el tiempo normalmente necesario para la ejecución del hecho y además que el acreedor exija el pago. Esto último está un poco confuso, pues el artículo 2080 no especifica si tal requisito debe manifestarse por medio de una interpelación o simplemente en una forma privada, es decir, sin ocurrir ante juez, notario o testigos, el acreedor exija el pago al deudor. Creemos que es más factible que se realice de la primera manera pues -

de lo contrario no habría manera de probar que se cumplió con tal requisito.

Nos explica el maestro ROJINA VILLEGAS, que para las obligaciones de no hacer, el código vigente no tiene regulación alguna en el caso de que no se hubiere señalado plazo alguno para su exigibilidad, por lo que él se inclina a pensar que "sólo en los casos en que la naturaleza de la abstención suponga un cierto tiempo, cuando nada se diga, se sobreentenderá que la obligación es exigible desde que nace" (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. 353).

En resumen, en el Código Civil vigente se refleja la regulación del sistema en el que "dies interpellat pro homine". Así pues, en todas las obligaciones de dar y de hacer en las que se fije un término para su cumplimiento se presentará su exigibilidad simultáneamente con la llegada del día prefijado, sin necesidad de que el acreedor interpele judicial o extrajudicialmente al deudor. Y desde ese momento comenzarán a causarse los daños y perjuicios moratorios. (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III págs. 353 y 354).

Examinemos ahora la mora en el Código Civil de 1884. Este ordenamiento establecía que tratándose de prestaciones de hecho (artículo 1423) y asimismo de prestaciones de cosas (artículo 1432), había que distinguir dos casos:

1. - La obligación no está sujeta a plazo cierto. El deudor incurrir en mora, es decir, la responsabilidad empezará a correr desde el día en que fuere interpelado (artículo 1423 frac. II y arts. 1432 y 1439): -

"Se llama interpelación al acto por el cual el acreedor intima o manda intimar al deudor que cumpla con su obligación (artículo 1424). "El acreedor puede hacer la intimación ante notario o ante dos testigos" (artículo 1425). Este último artículo es copia fiel del 1541 del Código de 1870, refiriéndose al cual dice la exposición de motivos: "lo importante en la materia es hacer constar de un modo manifiesto la realidad de la interpelación que estableció el artículo 1541, que no excluye la judicial". La demanda hace veces de interpelación, constituye en mora al deudor (GIORGI, t. II, núm. 53, pág. 98 citado por B. S., Ob. cit. t. II pág. 97).

2. - La obligación está sujeta a plazo. A partir del vencimiento de éste el deudor incurre en mora, es decir, comienza su responsabilidad (artículos 1423, frac. I, y 1432). Como podemos ver este precepto consagraba el principio de que el día interpela por el hombre, en otros términos, el vencimiento del plazo hace las veces de interpelación. Este Código concuerda con el Código portugués y con el italiano, pero se separa del Código de Napoleón. Según este último, la regla es que también en las obligaciones que tienen señalado plazo fijo para su cumplimiento se requiere interpelación.

Por otra parte, en lo que respecta a obligaciones de no hacer, nos dice el maestro GONCALVES: "El que se hubiere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención sin necesidad de interpelación, es decir, por el simple hecho de la contravención". (CUNHA GONCALVES, t. IV, núm. 571). (Citado por BORJA SORIANO, Ob. cit. t. II, págs. 96 y 97).

Las principales consecuencias de la mora según el maestro --
ROJINA VILLEGAS son las siguientes:

A) Convierte al deudor en responsable de los daños y perjui- -
cios, pues los artículos 2104 y 2105 lo obligan a pagar dichas prestacio-
nes ya sea desde el vencimiento del plazo o a partir del momento en que-
la deuda se hace exigible, según sea el caso.

B) Arroja el riesgo de la cosa sobre el deudor, pues por encon-
trarse en mora se estima que se haya en culpa. Cuando se trata del deu-
dor-mora es lógico considerar que si la cosa perece por caso fortuito, --
de alguna forma ha dado causa para ello, pues si la hubiera entregado en
el momento correspondiente, o sea en el que la deuda se hizo exigible, -
es seguro que la cosa no hubiere perecido.

En el Código Civil de 1884, los artículos 1439 y 1441, soluciona-
ban con mayor precisión, en lo que se refiere a la mora, el problema --
planteado, al establecer respectivamente: "Habiendo culpa o mora por --
parte del deudor, estará obligado a la indemnización con arreglo al capi-
tulo IV de este título". "Aunque el deudor se haya constituido en mora, -
si no se ha obligado a responder de los casos fortuitos, la obligación se-
extinguirá siempre que se pruebe que la cosa se hubiere perdido igual- -
mente en poder del acreedor".

C). - Por último, la mora, consecuencia de un cumplimiento re-
tardado, irroga al deudor la obligación de pagar los gastos judiciales, de
acuerdo con el artículo 2118 que dice: "el pago de los gastos judiciales --
será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación, y se hará -

en los términos que establezca el código de procedimientos civiles". Este precepto es aplicable tanto a los casos de condena por indemnización-compensatoria, como a los de indemnización moratoria.

Estudiemos ahora la mora y sus consecuencias en el derecho alemán consultando la obra del maestro ENNECCERUS.

Concepto y requisitos de la mora del deudor. "Mora del deudor es, señala el autor, el retraso contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél" (ENNECCERUS, Ob. cit. t. II, vol. I, - pág. 257).

La mora, nos dice el autor, presupone una pretensión personal o real plenamente eficaz y, por supuesto, vencida. La mora no opera en lo que se refiere a las obligaciones naturales y a las pretensiones desvirtuadas por excepción perentoria. La acción del acreedor a la que se opone una excepción dilatoria, por ejemplo, nos menciona el autor a la excepción de espera o de exclusión, ha de ser considerada, generalmente, como una pretensión todavía no vencida. Pero en el caso de que la excepción dilatoria sólo tenga por finalidad evitar al acreedor una prestación a la que él tiene derecho simultáneamente, por ejemplo, la - - - exceptio non adimpleti contractus el deudor incurrirá en mora si se dan los demás requisitos, cuando el acreedor al serle reclamada, ofrece su prestación. En principio, la mora se excluye en cuanto a las obligaciones de no hacer o de omisión; el acto en contrario funda, por lo general una imposibilidad total o parcial.

En segundo lugar tenemos que por regla general no se da por sí sola, sino que es menester un requerimiento hecho al vencer la prestación o después del vencimiento, esto es, la reclamación que dirige el acreedor al deudor para que cumpla con su prestación. El requerimiento, asegura el autor, no es una declaración de voluntad, no es tampoco un negocio jurídico (porque no se dirige a provocar los efectos de la mora), si no que es más bien un acto semejante a los negocios y precisamente una intimación. Se parece mucho a la declaración unilateral de voluntad recepticia, de manera que, las disposiciones sobre ésta, principalmente en lo que se refiere a la capacidad, perfección y representación, tienen que ser aplicadas por analogía. Así pues, el requerimiento que hace un sujeto de capacidad limitada para celebrar negocios jurídicos, aunque solo le traiga ventaja, tendrá que considerarse, como válido, a menos que sin estar autorizado por su representante legal para recibir la prestación, pretenda que ésta se le haga personalmente.

Si para que pueda recibir la prestación se le exige al acreedor una actividad posterior que no sea la mera aceptación, por ejemplo, nos dice el autor, "si ha de ir a buscar el objeto de la prestación o dar indicaciones sobre el modo de hacerla (de la prestación de servicios), el requerimiento sólo es eficaz si ejecuta a tiempo lo exigible por su parte, (o sea, por ejemplo, encontrarse en el lugar de la prestación, hacer las indicaciones precisas o mostrarse dispuesto a hacerlas, etc.)" (ENNECCE RUS, Ob. cit. t. II, vol. I, pág. 258).

La mora sin requerimiento tiene lugar en el derecho alemán:

I. - Cuando se ha prefijado una fecha determinada, con arreglo al calendario para cumplir con la prestación y ese momento ha llegado: - dies interpellat pro homine. Este principio, no ha sido demostrado con arreglo a las fuentes romanas, pero ha sido reconocido por una práctica constante del derecho común desde la época de los glosadores, y ha sido integrado y reconocido expresamente por los códigos civiles de los diferentes países.

2. - También tendrá este tipo de mora, cuando si se debe prestar algo dentro de un plazo determinado después de la denuncia, cuando haya transcurrido ese plazo después de la susodicha denuncia, a pesar de que en este caso no se pueda hablar en origen, de un tiempo de calendario determinado.

3. - El que mediante un delito conseguía la posesión de una cosa, era considerado por el derecho común, por lo que se refiere a la obligación de restituir aquella, como deudor en mora. Lo mismo ocurría según el Código Civil aunque sólo se pronuncie en cuanto a los efectos jurídicos concretos que tienen lugar.

IV. - La cuestión tan discutida en el derecho común de si al hablar de mora se tiene que hablar de culpa en el deudor, ha sido resuelta por el código civil alemán, de acuerdo con la teoría y jurisprudencia predominantes, en el sentido de que el deudor, aunque estén presentes los demás requisitos de la mora, no incurre en ella mientras que la prestación se omite por una causa no imputable a él. Esta justificación que - - excepciona al deudor de la mora tiene que ser probada por él. De esta - -

forma, por lo general tiene el deudor que demostrar que si no ha cumplido con su obligación ha sido por causas ajenas a su voluntad, es decir, - sin su culpa (culpa lata si sólo se responde de ésta), sin la de su representante legal o de sus auxiliares, ya que por enfermedad, ignorancia de la dirección del acreedor u otra causa análoga, se vió impedido de realizar la prestación en tiempo, o que sin su culpa ignoraba que debía de - - prestar o bien el requerimiento. Pero nunca podrá el deudor invocar para excepcionarse una imposibilidad personal de realizar prestaciones genéricas, pues, siempre tendrá que responder de esto. (ENNECCERUS, Ob. - cit. t. II, vol. I págs. de la 259 a la 261).

Pasamos inmediatamente a ver las consecuencias de la mora.

Estas consecuencias, en el derecho común, pueden, como lo señala ENNECCERUS, ser derivadas del principio común de que el deudor responderá siempre ante el acreedor de todos los daños causados -- por su mora. Estará facultado el acreedor, pues, para exigir el cumplimiento de la obligación y la indemnización correspondiente del daño producido por el retardo en el cumplimiento de la prestación.

Pero si, el acreedor no tuviera ya interés alguno en exigir la prestación (o sea, si ésta ya no sirviera para mantener lo indemne), podrá exigir que se le restituya en metálico la totalidad del daño, o, tratándose de obligaciones recíprocas, en vez de lo anterior, podrá denegar su propia prestación o, si ya la hubiere entregado, pedir su restitución.

El Código Civil Alemán, señala el autor, ha recogido, en lo esencial, estos principios, pero con una doble modificación respecto a los contratos bilaterales, que consiste, a saber: el derecho que tiene el acreedor, en los contratos bilaterales, a denegar o a repetir su propia prestación lo ha convertido en un auténtico derecho de resolución y ha dado al acreedor, en tales contratos bilaterales, el derecho a exigir indemnización por incumplimiento del contrato o a resolverlo, no obstante que el deudor haya fijado un plazo prudencial declarando que rechazara la prestación después de tiempo y este plazo haya transcurrido.

Así las cosas, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación y, además, el resarcimiento del daño provocado por el retraso o, como se dijo anteriormente, si ya no tiene interés alguno en que se cumpla ésta, rechazar la prestación debida y reclamar lo que vendría a ser en nuestro derecho la indemnización compensatoria.

En segundo lugar tenemos que en los contratos bilaterales, que poseen una especial importancia, se le presentan al acreedor, tres posibilidades:

A). - Puede exigir la prestación debida y la indemnización del daño causado por el retraso.

B). - Podrá también fijar un plazo prudencial al deudor para el cumplimiento, haciéndole ver que rechazará la prestación posterior y, una vez transcurrido ese plazo reclamar la indemnización por incumplimiento, o bien, resolver el contrato.

C). - Por último, si como se vió en líneas anteriores, el contrato, o mejor dicho el cumplimiento del mismo, ya no tiene ningún interés para el acreedor, puede sin más rechazar la prestación y exigir indemn!zación por incumplimiento o resolver el contrato.

Pero para que pueda el acreedor exigir indemnización por in--cumplimiento o resolver el contrato, es menester que el deudor haya in--currido en mora en cuanto a una obligación principal, o sea una obliga--ción que, tomando en cuenta las circunstancias del caso esté revestida - de cierta importancia.

Pero no paran ahí las modalidades teóricas y prácticas que se--desprenden de la mora, pues además, se puede hablar de mora parcial, - esta se da cuando el deudor después de cumplir parcialmente, se haya -- en mora en cuanto al resto de la prestación, en este caso, el acreedor podrá:

1. - Exigir el resto de la prestación y los intereses moratorios o, si ya no le interesa el cumplimiento del resto de la obligación, recha--zarlo y demandar indemnización por el resto de la prestación. Pero si, - como resultado del retraso, el total de la prestación no produce interés--alguno para el acreedor, tiene la opción también de exigir indemnización--por razón del incumplimiento de la prestación total, todo ésto, una vez -- que haya rechazado el resto de la prestación y restituido la parte recibi--da.

2. - En los contratos bilaterales tiene el acreedor, con respec--to al resto de la prestación, las tres posibilidades que tiene también el --

actor en los contratos bilaterales de especial importancia y con respecto a la totalidad de la prestación, o sean:

A). - Después de fijar un plazo, pedir indemnización por no haberse cumplido el resto de la prestación o resolver el contrato con relación a ese resto.

B). - Pero si el cumplimiento de ese resto del contrato no ofrece atractivo alguno para el acreedor, podrá exigir sin más, la indemnización por el incumplimiento del resto o resolver el contrato en lo que se refiere al mismo (resto).

C). - Otra posibilidad es, que a consecuencia de la mora parcial, no le interese ya al acreedor el contrato en su conjunto, en este caso, podrá también, rechazando el resto de la prestación y restituyendo la parte recibida exigir indemnización por incumplimiento de la prestación en su conjunto o, si se trata de un contrato bilateral, resolver en su totalidad el contrato. (ENNECCERUS, Ob. cit. t. II, vol. I, págs. 263 a 265).

Por último, en lo que se refiere a la mora del deudor, veremos su extinción, para pasar a ver posteriormente lo referente a la mora del acreedor.

Nos dice ENNECCERUS que el código civil alemán no regula la cuestión de cuando termina la mora. Pero nos ofrece algunas reglas correlativas al derecho común, las cuales desprende del concepto de la misma, como retraso culpable de la prestación. Son las siguientes:

1. - "La mora se extingue por el hecho de que el deudor ofrezca de manera pertinente al acreedor la prestación de que halla en mora y todo aquello que debe en virtud de la misma (purgatio morae). Pero no se extinguen por ello las consecuencias ya fundadas de la mora.

2. - En virtud de remisión por parte del acreedor. En la concesión de plazo va implícita una remisión para lo futuro y, a veces, puede hallarse también en la aceptación de fiadores o de pignorantes. Constituye un problema de interpretación el determinar si, en virtud de la remisión de la mora, especialmente por la concesión de plazo, se remiten -- también las consecuencias ya producidas". (ENNECCERUS, Ob. cit. t. II vol. I, págs. 276 y 277).

Así como existe la mora del deudor, también el acreedor puede incurrir en ella y derivarse toda una secuencia de modalidades. Esto es lo que a continuación nos ocupará.

Mora del acreedor, concepto y requisitos. - Siguiendo con la obra del jurista alemán LUDWIG ENNECCERUS, vemos que define este tipo de mora como "el retraso en el cumplimiento fundado en que el -- acreedor omite la cooperación (especialmente la aceptación) indispensable por su parte". (ENNECCERUS, Ob. cit. t. II, vol. II pág. 286).

Señala como sus requisitos, tres:

1. - Es necesario que al deudor le sea lícito prestar y esté -- preparado para ello.

1. - Le es lícito prestar, por regla general al mismo tiempo -- del nacimiento del crédito y, en la duda aún antes del vencimiento.

II. - Así mismo es menester que al tiempo del ofrecimiento o del tiempo señalado para ofrecer la prestación, pueda hacerla. Si no se halla en esta situación (de realizar la prestación, cosa que tendrá que probar el acreedor), este no incurrirá en mora.

Así, pues, la imposibilidad de la prestación excluye la posibilidad de que el deudor incurra en mora (mora accipiendi), pero no la excluyen los obstáculos que al tiempo del cumplimiento se oponen a la aceptación o a otro tipo de cooperación que en su caso, corresponda al acreedor.

2. - La prestación debida tiene que ser ofrecida precisamente de manera que el incumplimiento sea entonces imputable al acreedor.

1. - La prestación tendrá que ser ofrecida tal y como es debida. El ofrecimiento tendrá que ser conforme al contenido, tiempo y lugar de la obligación y ofrecerse por el propio deudor o en su defecto -- por una persona autorizada para ello y dirigirse al propio acreedor o a una persona a la cual pueda pagarse eficazmente.

II. - El ofrecimiento tiene que hacerse de tal manera que se agote todo lo que hasta la cooperación del acreedor tenía que hacerse -- para efectuar la prestación. Tiene que ser impedido por la no cooperación del acreedor.

Si para el cumplimiento sólo es necesario que el acreedor se limite a la simple aceptación, la prestación tiene que ser ofrecida de -- hecho (de manera que el acreedor no tenga que hacer otra cosa sino recibir la prestación y precisamente por el propio deudor, o bien, si la -

cualidad de la prestación es independiente de la persona, por un tercero. No obstante, es suficiente con el ofrecimiento verbal del deudor si de an temano el acreedor le ha manifestado que no aceptará la prestación.

Ahora bien, si no solamente se requiere la aceptación sino - - además otro acto del acreedor, por ejemplo, que precise o determine - - con más justeza la prestación, que indique el tercero a quien ha de ser - entregada la prestación, que lleve a efecto una liquidación con el deudor, que manifieste el importe de la obligación, o especialmente, que tenga - que ir a buscar la prestación, al domicilio o establecimiento del deudor, basta el ofrecimiento verbal del deudor, que tiene su equivalente en la - reclamación al acreedor para que realice cualquiera de estos actos.

III. - Si para la cooperación del acreedor, que no consista me- ramente en la aceptación, se ha fijado un día determinado en el calenda- rio o una época determinada mediante denuncia, sólo será necesario el - ofrecimiento de la prestación si el acreedor ejecuta en tiempo el acto - - que lo obliga (por ejemplo, la elección, la indicación, el ir a recoger la prestación, la presentación del título al portador o a la orden). Para ma yor claridad daremos un ejemplo. Si un acreedor debe recoger el objeto de la obligación en el establecimiento del deudor el primero de octubre - y no se presenta en esta fecha, incurre sin más en mora accipiendi.

3. - Por último, es necesario que el acreedor no haya acepta- do la prestación o no haya llevado a cabo la cooperación de otra índole - indispensable para el cabal cumplimiento de la obligación.

I. - Si el deudor que unicamente esté obligado a realizar su prestación simultaneamente a la contraprestación, hace el ofrecimiento por su parte y exige la contraprestación, el acreedor que aún estando dispuesto a aceptar el ofrecimiento no ofrece a su vez la contraprestación, incurrirá desde luego en mora accipiendi. Se dará este mismo caso cuando el acreedor, por no expedir el recibo que le exija el deudor que ofrece la prestación, o por no devolver el título de la obligación, impida la prestación.

II. - Nos dice el maestro ENNECCERUS que para hablar de mora accipiendi no es necesaria la culpa en el acreedor y que ni sioulera puede ser requisito, pues rara vez se da en el acreedor el deber de aceptar, y sin violación de un deber no puede hablarse de culpa. Ahora bien, si existe un impedimento temporal para que el acreedor pueda aceptar, sólo incurrirá en mora en virtud del ofrecimiento si el deudor, con un tiempo prudente de antelación le hubiera anunciado el ofrecimiento (mejor dicho la prestación), o también, incurrirá en ella cuando estuviese obligado a aceptar precisamente en esa época. Sería injusto, afirma el maestro, esperar del acreedor que esté dispuesto a aceptar la prestación en cualquier época.

III. - Otro caso ocurre cuando el acreedor está obligado a aceptar la prestación solamente si expresa o tácitamente hubiera sido acordado u ordenado por la ley como por ejemplo, el deber de aceptar que tiene el comprador. Si estando obligado el acreedor a recibir la prestación, no acepta la que le ha sido ofrecida, incurrirá no sólo en mora acci

piendi, sino también en mora debendi con relación a su deber de recibir - (suponiendo que el ofrecimiento, como ocurrirá casi siempre, se haya - de interpretar también como requerimiento para recibir y esto no se cum - pla por una causa imputable al obligado a ella).

Así pues, en esos casos estará el acreedor obligado a indemnizar los daños que se produzcan a la otra parte por su conducta negativa. - Por otra parte, el deudor tendrá el derecho a resolver el contrato, única - mente cuando la recepción del parte del acreedor (al negarse a recibir la prestación) constituya una obligación principal por parte de él. El autor - nos da el siguiente ejemplo "si se prometen los materiales de una casa - en ruinas a cambio de que sean retirados". (ENNECCERUS, Ob. cit. - - r. II, vol. I, págs. 287, 290 a la 293).

Veamos ahora las consecuencias de la mora accipiendi, de - acuerdo con la obra del maestro ENNECCERUS. Estos efectos se basan - en cuatro ideas fundamentales:

I. - Se atenúa la responsabilidad del deudor.

1. - En adelante sólo responderá del dolo y de la culpa lata, és - to aunque antes respondiera de toda culpa.

2. - Si responde de los provechos, su responsabilidad se limi - tará en adelante a los que perciba efectivamente. Podrá el deudor omitir - intencionalmente el percibo de los frutos.

3. - En la deuda pecuniaria a interés, dejará el deudor de deven - garlos durante la mora del acreedor. Dejará de devengar no sólo los inte - reses legales (como en derecho común), sino también los convencionales, - lo cual es totalmente justo.

II. - A partir del momento de su mora, el acreedor soporta el riesgo.

1. - "Su crédito se extingue o reduce por la imposibilidad subsiguiente no imputable al deudor, según sea total o parcial (por ejemplo, por perecer o menoscabarse la cosa debida); pero en las relaciones bilaterales subsiste su obligación de realizar la contraprestación y el deudor sólo tiene que pasar porque se le deduzca lo que, por consecuencia de su liberación, ahorra o adquiere de otro modo, o lo que maliciosamente deja de adquirir". (ENNECCERUS, Ob. cit. t. II, vol. I, pág. 295).

2. - Cuando se trata de obligaciones genéricas el riesgo se arroja sobre el deudor cuando éste incurre en mora por no aceptar las cosas a él ofrecidas. Por lo mismo en todo caso, es indispensable un ofrecimiento hecho del deudor respecto de las cosas que ahora han perecido o se han menoscabado. Así pues, en principio la transferencia del riesgo es imposible sin la consecuente separación de las mercancías. Si para que el acreedor incurra en mora basta un ofrecimiento verbal (por ejemplo, en las obligaciones de entregar cosas que el acreedor ha de recoger), el riesgo pasará a cargo del acreedor solamente si el ofrecimiento se refería a cosas determinadas, o si se ofrecían refiriéndose a una gran provisión y esta provisión perece o se deteriora en su totalidad. En otro caso, en que la mora accipiendi se produzca sin ofrecimiento, el traspaso de los riesgos sólo operará después del subsiguiente ofre

cimiento, puesto que no pueden depender de un acto (los riesgos) no fiscalizable, cuyos efectos pueden borrarse en todo momento.

III. - El deudor tiene la posibilidad de liberarse totalmente.

1. - El que está obligado a la entrega de un bien inmueble puede, si el acreedor se encuentra en mora accipiendi, abandonar la posesión, pero únicamente previa comunicación, a menos que ésta sea imposible. En virtud del abandono de la posesión (a menos que vuelva a recuperarla) el deudor se libera del deber de entregar, pero no, en su caso, del deber de transmitir; por ejemplo, el vendedor de una finca está obligado aún después del abandono de la posesión, a la transmisión formal.

2. - El deudor tiene la opción de consignar las cosas muebles a cargo del acreedor. Pero si éstas no fueran aptas para la consignación, podrá hacerlas subastar (venta por acción directa) y consignar el producto de la subasta. En ambos casos se libera de su obligación.

IV. - Los gastos que a consecuencia de la mora accipiendi, haya erogado el deudor en virtud del ofrecimiento, la custodia y la conservación del objeto de la obligación, se le han de restituir, siempre que demuestre que eran indispensable para ese fin. De no consentir el acreedor en ello tendrá el deudor una acción y un derecho de retención. Pero no se puede decir que de la mora accipiendi pueda surgir una pretensión de indemnización (por ejemplo, por lo daños que la cosa debida haya causado al deudor después de la mora accipiendi), pues la mora del acreedor no presupone culpa en el mismo. Ahora bien, si aparte de hallarse el acreedor en mora accipiendi se hallase a su vez en mora debendi respecto a su obligación de realizar la contraprestación, responderá, con arreglo a

las disposiciones sobre la mora debendi, del resarcimiento de los daños producidos por la misma (ENNECCERUS, Ob. cit. t. II, vol. I, págs. -- 294, 296 y 297).

Así como la mora del deudor tiene formas de extinción, también la mora accipiendi puede extinguirse, veamos pues esas formas.

Extinción de la mora del acreedor. - La mora del acreedor pue de extinguirse posteriormente:

1. - Así pasa cuando el acreedor repara su descuido y se ofrece a indemnizar lo que resulta por consecuencia de la mora (purgatio - - morae).

A). - Esto es lógico si se tiene en cuenta que para el cumplimiento de la obligación, la única actividad indispensable requerida al - - acreedor era la aceptación, de tal manera que la mora se subsana ofreciendo la aceptación; pero si era menester otro acto (recoger, indicar el trabajo a realizar, etc.), mediante la ejecución de éste, quedará subsanada. Pero en ambos casos será necesario además, que el acreedor - - ofrezca al deudor aquello que, en su caso, le incumba por virtud de la - - mora, siempre y cuando el deudor declare entonces, querer prestar.

B). - En el acto que subsana la mora, por ejemplo, en la declaración de estar dispuesto a aceptar, irá implícito también, generalmente, un requerimiento. De tal manera que si el deudor no presta incurrirá en mora, a no ser que la prestación se omita por una causa ajena a - - su voluntad.

2. - La mora accipiendi puede extinguirse también por renuncia, por ejemplo, conviniéndose que la obligación no haya de extinguirse sino más tarde. Dependerá ya de la voluntad de las partes, el que, en virtud de esa renuncia, se extingan las pretensiones ya constituidas como consecuencia de la mora accipiendi.

3. - Por último, la mora desaparece al extinguirse el crédito, -- pero no así las pretensiones que ya han aparecido por virtud de aquella, -- a menos que la causa de extinción las alcance también; así por ejemplo -- no se extinguen si el deudor cumple, salvo que en el cumplimiento estuviere implícito una renuncia tácita a las pretensiones surgidas con el advenimiento de la mora. (ENNECCERUS, Ob. cit. t. II vol. I, págs. 297 y 298).

Como hemos podido ver, la exposición del maestro ENNECCERUS es bastante compleja y detallada, pero era menester estudiarla sobre todo en lo que respecta a la mora accipiendi que, como se vió es distinta y más benévola en sus consecuencias que la mora del deudor. Esto se explica, pues después de todo es en su perjuicio el no aceptar la prestación ofrecida.

Revisemos ahora la tesis del maestro MESSINEO con respecto al incumplimiento y la mora de ambas partes.

Cumplimiento inexacto, nos dice, es, en general, cumplimiento que no reúne los requisitos señalados por la ley.

"La primera y más frecuente hipótesis de cumplimiento inexacto se tiene en la mora del deudor: mora debendi o -- más en general, ya que --

incluye el caso de la obligación de hacer- mora solvendi". (MESSINEO, - Ob. cit. t. IV, pág. 334).

No es lo mismo hablar de mora solvendi que de incumplimiento, pues la primera consiste en un simple retardo injustificado o, mora del deudor en cumplir la obligación.

Es imposible, o al menos harto difícil, saber, por el mero incumplimiento, si el deudor no va a cumplir ya definitivamente con la obligación o, si se trata de un (como ya dijimos) simple retardo en su cumplimiento.

Por otra parte, tenemos que tomar en consideración que la ley subsume a la mora en el cumplimiento, dentro de la rúbrica de "incumplimiento", o sea, que la ley no habla de cumplimiento inexacto de la obligación, sino que se le tendrán que aplicar a la misma, las establecidas para el incumplimiento radical de la obligación.

Teniendo conciencia de este problema, se aplicarán los principios de la mora a reserva de estudiar más adelante la conducta posterior del deudor y ver si se le puede considerar como incumpliente total.

Pero como dice el autor que nos ocupa "nada impide al acreedor sacar, sin más, las consecuencias de la falta de cumplimiento e instar inmediatamente para el cumplimiento coactivo específico o para la ejecución forzada, o (si la obligación nace de contrato con prestaciones recíprocas) para la resolución del contrato". (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, -- pág. 334).

Con la mora (institución de la), la ley no ha querido sino fijar - las relaciones entre deudor y acreedor respecto a lo que posteriormente vendrá a ser el retardo en cumplimiento y no incumplimiento; y, en virtud de ello, de lo que será un intervalo de tiempo entre el vencimiento y el cumplimiento. Además de que el hecho de que el acreedor no ejerza - inmediatamente contra el deudor una acción, pone a éste último en condi ciones de poder (bajo ciertos presupuestos) subsanar la mora.

El lenguaje popular denomina -malamente- "moroso" no sólo a quien se retarda en cumplimiento de la obligación, sino también a quien definitivamente no cumple con ella, pero esto es un reflejo de la incertidumbre que campea en cuanto a si debe de llamársele incumpliente definitivamente a quien incumple, (tomando en cuenta que no se sabe si va a cumplir tardíamente) o no.

Pero no en todas las clases de obligaciones existe la diferencia - arriba mencionada entre incumpliente y retrasado en el cumplimiento, - hay una figura en la cual decir retardo en el cumplimiento equivale a decir incumplimiento, y a la cual se le aplican, lógicamente, los principios que regulan a este. Tal es el caso del retardo en cumplimiento de - obligaciones con plazo, que se determina esencial en favor del acreedor - y, que no juega un papel accidental o secundario en relación con la eficacia del negocio jurídico o del contrato, sino que, al contrario, determina perentoriamente el tiempo del cumplimiento.

"La esencialidad del término -escribe el autor- depende (de ordi nario) de la necesidad que tiene el acreedor, no sólo de recibir la presta

ción, sino de recibirla oportunamente, o sea en el exacto momento establecido; en la mayoría de los casos, porque tiene necesidad de la cosa — misma que el deudor le debe entregar para cumplir, a su vez, frente a — otro sujeto acreedor suyo (así ocurre, por ejemplo, en los contratos de — bolsa) o porque, a veces, la prestación, si es tardía, no sirve ya al acreedor (por ejemplo, una medicina o una intervención quirúrgica, necesarias para un enfermo en peligro de muerte, o un medio de transporte y — similares)". (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, pág. 335).

La esencialidad del término puede resultar de la naturaleza del contrato, o bien, puede ser establecida por las partes de acuerdo con una determinada finalidad, también en este último caso (en que la llamada autonomía de la voluntad aparece), la validez y obligatoriedad de los pactos es indiscutible.

Ahora bien, como salta a la vista, el tardío cumplimiento en las anteriores hipótesis resulta inútil, por lo que podrá el deudor rechazarlo, tanto más, como dice MESSINEO, "cuanto que él, de ordinario, tendrá modo de procurarse de otra forma. Lo que el deudor haya — dejado de prestarle oportunamente". (MESSINEO, Ob: cit. t. IV, pág. — 334).

Otra cosa ocurre, cuando el interés en fijar un término — perentorio, incumba a las dos partes, entonces, la regla enunciada con anterioridad no se aplica, y el retardo en el cumplimiento de la obligación queda como mero retardo.

Nos dice el maestro MESSINEO que la regla indicada (recha-
zo, etc.) deja de aplicarse con mayor razón cuando el término ha sido fi
jado en interés del deudor exclusivamente, esto, en el sentido de que el-
deudor tiene el derecho de no cumplir antes de llegado el término, en --
cambio, podrá (si el acreedor consiente en ello), cumplir posteriormen-
te al vencimiento del plazo, pero esta postura implicaría para el deudor
el seguir obligado por más tiempo, cosa que naturalmente iría en detri-
mento de su interés por liberarse.

Por supuesto que el acreedor puede, aún después del venci-
miento de la obligación, aceptar el cumplimiento tardío del deudor. Es-
to es comprensible pues el término se instituye en favor del acreedor y
no para su perjuicio, pero se trata de una facultad que tiene el acreedor,
de ninguna manera de una obligación, pues él no está obligado a aceptar
la prestación del deudor después de tiempo.

En cambio, si la fijación de un término no es esencial para
la efectividad del cumplimiento, cuando éste último sea tardío y además
efectivo sólo producirá los efectos de la mora.

La justificación de la mora del deudor y de sus diversos efec-
tos se ha basado en el hecho de que el deudor no cumple con un cierto de
ber suyo de "prontitud" en cumplir, que al obligarse por medio de un vín
culo, éste de por sí se lo impone.

Cuando exista imposibilidad (de la prestación) debida a causa
no imputable al deudor, éste no incurrirá en mora, por lo que la mora -
inculpable no perjudica al deudor. Pero a diferencia del anterior caso, si

se incurrirá en mora cuando el retardo no provenga de imposibilidad, si no que corresponda a onerosidad (aunque sea excesiva). Cuando el retardo en el cumplimiento obedezca a una imposibilidad temporal, mientras la imposibilidad perdure, el deudor no tiene responsabilidad, y por lo -- tanto, no incurre tampoco en mora.

Pero no debe perderse de vista que igualmente en el caso de la mora inculpable, persiste el deber de cumplimiento una vez que haya desaparecido la causa (no imputable al deudor) que ha retardado el cumplimiento. La mora en que se ha incurrido no dispensa al deudor del cumplimiento cuando la imposibilidad llegue a cesar.

Tampoco estará en mora aquel deudor que, ejercitando el derecho de retención, se abstenga de cumplir. En tales casos, la intención del acreedor de hacer incurrir en mora al deudor, se ve frustrada.

La mora del deudor originalmente está prevista en función de las obligaciones de entregar y con relación al caso del perecimiento de la cosa; pero es factible su aplicación igualmente en las obligaciones de hacer.

A contrario sensu, en las obligaciones de no hacer, que consisten en una abstención por parte del deudor, si éste hace aquello a que se había comprometido no hacer, quedará siempre incumplida la obligación; ya que siempre podrá existir solamente en esos casos incumpli- -- miento y no retardo en el cumplimiento, de la obligación de no hacer.

Estudlemos nuevamente los efectos de la mora, ahora bajo -- la opinión del jurista MESSINEO.

Son varios los efectos en el caso de la mora:

A). - En primer lugar, se debe el resarcimiento del daño, -- con las modalidades y en la medida fijada por los artículos conducentes; medida, a determinar en concreto (liquidación en dinero), con la advertencia de que incluso en el caso de retardo en el cumplimiento, el acreedor tiene la obligación de probar que ha sufrido tal daño, salvo la excepción de que hablará en líneas posteriores.

Que el deudor tenga la obligación de resarcir el daño originado al acreedor, resulta indiscutible, si se toma en cuenta que el retardo en el cumplimiento viene a ser una sub-especie de incumplimiento; y la mora es causa de un caso de verdadera y propia responsabilidad del deudor.

"El deber del resarcimiento del daño, afirma el autor, no es incompatible con el posterior incumplimiento; incluso, sirve para reparar los inconvenientes del retardo en el cumplimiento, de manera que se produzca el resarcimiento de las consecuencias sufridas por el patrimonio del acreedor". (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, pág. 338).

Todo lo anterior concierne a la mora en la obligación en general. Como se puede apreciar, este autor es bastante más parco en lo que a consecuencias suscitadas por la mora se refiere, en comparación con la serie de consecuencias que desprende ENNECCERUS tanto de la mora del deudor, como de la del acreedor. Las otras consecuencias de la mora del deudor, enumeradas por MESSINEO, entran ya en el tema de los intereses o indemnización moratoria y compensatoria, el cual estudiaremos más adelante.

Mora del acreedor. - "Así como puede existir un retardo culposo (o doloso) del deudor -nos dice MESSINEO- (mora del deudor), así también, en otro sentido, puede existir el hecho injustificado (aunque no sea culposo ni doloso) del acreedor de no recibir el cumplimiento (aunque le sea ofrecido en los modos de la ley), o la abstención de cumplir lo necesario (los llamados actos preparatorios), para que el deudor pueda cumplir la obligación; y se llama "mora del acreedor" (mora accipiendi o credendi)".

(MESSINEO, Ob. cit. t. IV, pág. 346).

Como se comprenderá, se ofrece al deudor, igualmente, un medio para obtener su liberación frente al acreedor.

La ley no exige, para que el acreedor incurra en mora, la concurrencia con su incumplimiento, de culpa o dolo, por lo que tomando en cuenta esta consideración, lógico resulta que el acreedor incurra en mora en un mayor número de casos que si se la hiciese (a la mora) depender del concurso del elemento "culpa" o "dolo".

La negativa del acreedor a recibir la prestación que le ofrece el deudor, puede manifestarse de una forma tácita, esto es puramente pasiva, o bien, de una forma activa, como resultado de una repulsa.

Nos explica MESSINEO que a primera vista puede parecer ilógico que el acreedor se niegue a recibir la prestación, en virtud de que es él el primer interesado en hacerlo (en que la prestación le sea entregada), y sin perder de vista que él está protegido contra el retardo en el cumplimiento de la obligación (mora del deudor), y sobre todo,

contra el incumplimiento total. Pero que esto es posible y, más aún, se ve con cierta frecuencia la no aceptación de la prestación, "la cual, evidentemente, encuentra su justificación en un interés del acreedor que -- prevalece sobre el de recibir la prestación misma". (MESSINEO, Ob. -- cit. t. IV, pág. 346).

La negativa del acreedor a recibir la prestación es lícita (y -- por tanto no incurre en mora), en los siguientes casos:

- a) Cuando carezca de capacidad para recibir,
- b) " esté justificadamente ausente,
- c) " el deudor pretenda cumplir de una manera diversa de como la ley o las modalidades de la obligación lo establezcan,
- d) Cuando la deuda sea ilíquida
- e) " el deudor quiera cumplir una deuda inexistente, -- que el acreedor, posteriormente, estaría obligado a restituir, y
- f) En general, en todos los casos en que se encuentre en la -- imposibilidad jurídica o de hecho de recibir la prestación.

La institución de la mora accipiendi se funda en el razona- -- miento de que el deudor, no tiene sólo el deber de cumplir en tiempo con su obligación, sino que ese deber implica también un derecho, el de cum- -- plir para liberarse de la obligación. La mora del acreedor produce el -- efecto de impedir la liberación del deudor.

Pero nos advierte el autor lo siguiente: "Prácticamente, la -- mora del acreedor se verifica, de hecho, ya cuando el deudor ofrece -- (amigablemente) su prestación y el acreedor la rechaza. Pero para que la

mora se convierta en una situación de derecho, esto es, exista constitución en mora y produzca los efectos de que hablaremos, es necesario -- que el deudor se atenga a aquel determinado procedimiento que esté fijado por la ley.

Sin embargo, como recientemente se ha puesto en claro, el procedimiento de liberación coactiva tiene autonomía propia; y la mora del acreedor es solamente su presupuesto". (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, pág. 347).

Los efectos de la constitución del acreedor en mora son los siguientes, de acuerdo con la teoría del maestro MESSINEO:

A) El pasar el riesgo y peligro de la cosa, a cargo del acreedor, (él soporta los efectos de la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causa no imputable al deudor).

B) La cesación del curso de los intereses que estuvieran a -- cargo del deudor.

C) La liberación del deudor de la obligación de abonar, al -- acreedor los frutos de las cosas que no hayan sido percibidas por el deudor mismo.

D) La obligación del acreedor de resarcir, al deudor, el da-- ño derivado de la mora.

E) La carga de los gastos, por la custodia y la conservación de la cosa debida.

El momento en que los efectos de la mora accipiendi termi-- nan, no está establecido por la ley. En efecto la ley no los fija, sino que

deja en libertad al deudor para elegir el momento en que desee liberarse, es decir, de pasar a la segunda fase del procedimiento de liberación.

Pero si el deudor no se resuelve por pasar a esta segunda fase, porque no tenga interés alguno en liberarse rápidamente, los efectos de la constitución en mora perduran. (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, págs. - 349 y 350).

Hasta aquí lo referente a la mora dentro de la teoría del maestro MESSINEO. Existe la obra de un autor italiano por demás clara y bien escrita, de la cual vamos a continuación a extractar lo relevante con respecto a este tema que ahora nos ocupa, es decir, la mora y sus consecuencias. Esta obra es la del maestro TRABUCCHI.

Aparte del incumplimiento como causa de responsabilidades, también será fuente de ellas el retraso en el cumplimiento. "Se dice que el deudor está en mora (morari-retrasarse), cuando no cumple en el tiempo fijado". (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, pág. 64). Lo anterior se da, tanto en el caso de que cumpla con posterioridad o de que incumpla. En sentido amplio, mora significa el no cumplimiento de la obligación a que se ha comprometido cierta persona, dentro del tiempo indicado.

Entremos de lleno ahora en la teoría del maestro TRABUCCHI. Nos dice, que el retraso en el cumplimiento de la obligación, tendrá como consecuencia, el incurrir en mora cuando concurren determinados presupuestos que acarreen como efecto que el deudor asuma las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

No siempre se distingue de una manera clara en qué ocasiones el deudor se encuentra en un simple retraso en el cumplimiento, y -- cuando incumple totalmente; esto es, nos dice el autor, resulta arduo establecer o fijar cuando pretende posponer el pago o cuando se propone -- "una más grave y absoluta violación de la obligación". (A. TRABUCCHI, Ob. cit. Tomo II, pág. 72).

En todo caso, retraso es equivalente a incumplimiento; por ejemplo, cuando existiera un término esencial fijado para el cumplimiento de la obligación. Se puede afirmar, de acuerdo con el autor, que más generalmente, el retraso equivale a un verdadero incumplimiento, cuando, a consecuencia del retraso, la prestación se convierte en inútil o imposible para el acreedor.

En las obligaciones negativas (obligaciones de no hacer), no existirá la mora, en virtud de que cualquier acto realizado en violación de tal obligación da lugar al incumplimiento de la misma.

En esencia, sin embargo, son análogas las consecuencias del retraso y del incumplimiento. Pues bien se trate de un retraso culpable o de un incumplimiento culposo, se verá que en ambos casos se manifiesta un acto ilícito por parte del deudor y, por tanto, nace la obligación del resarcimiento; por supuesto, la cuantía de los daños no será igual, pero en cambio el principio y los criterios de aplicación sí lo son.

Una de las razones principales y específicas de las reglas de la mora es el establecer a partir de qué momento comienzan las res-

ponsabilidades del deudor, es decir, en qué momento el deudor infringió la obligación; lo cual será de suma importancia si tomamos en cuenta que, como se dijo anteriormente, que a partir de tal momento quedarán a cargo del deudor una serie de consecuencias.

Veamos ahora los requisitos necesarios para que se pueda decir que el deudor ha incurrido en mora. En primer lugar, tenemos que es necesario que el crédito haya vencido, lo cual implica su exigibilidad; por otra parte, la prestación debida deberá ser cierta y fehaciente (*andeatur*).

En segundo término (de carácter esencial), es menester que la mora solvendi sea consecuencia de la culpa del deudor; "*mora est injusta dilatio*". La carga de la prueba, con el propósito de demostrar que el incumplimiento obedeció a una imposibilidad no imputable, corresponderá a quien desee eximirse de las consecuencias de la mora.

Finalmente, escribe el autor, la mora debe poderse constatar con certeza. El deudor puede incurrir en mora de dos formas distintas -- que tradicionalmente se conocen con el nombre de mora *ex re* y mora *ex persona*.

Incorre en mora *ex re*, el deudor, cuando cae en mora sin necesidad de acción alguna por parte del acreedor, lo que pasa cuando:

A) La prestación deba cumplirse en un término prefijado y se trate de deudas portables. El deudor se constituirá en mora *ipso iure* desde el momento mismo del vencimiento: "*dies interpellat pro homine*".

B) En las deudas derivadas de un acto ilícito extracontractual, la mora empieza en el momento mismo de la realización del hecho, porque en ese mismo instante nace para el responsable la obligación de restituir o de reparar: "fur remper moram facere videtur".

C) El deudor hubiere declarado por escrito no querer cumplir la prestación; en este caso, sale sobrando cualquier clase de requerimiento porque el deudor ha expresado su intención de no cumplir.

Se da la mora ex persona en todos los demás casos. Pero será necesaria una intimidación o requerimiento por escrito para la constitución en mora.

Es sabido que la obligación vence inmediatamente cuando no se ha fijado un término exacto para su cumplimiento: "quod sine die debetur statim debetur". Pero no es lo mismo vencimiento que constitución en mora; para que el deudor caiga en ella cuando no existe término, es necesaria la intimidación por parte del acreedor. Esta intimidación se puede hacer de distintas formas, que van desde la demanda judicial hasta la simple carta, siempre que resulten de documento escrito. Aquí vemos que el autor alude al requerimiento hecho por medio de una simple carta, pero es claro que este tipo de intimidación no produce el efecto deseado, o sea, que de esa manera no podrá el acreedor probar que, en efecto, ha cumplido con el requisito de la intimidación. Debería pues, decirse, que deberá hacerse (si se utiliza este tipo de requerimiento) -- por medio de carta certificada para poder tener constancia de que el deudor ha conocido de ella.

Se precisa también acto especial para la constitución en mora aunque haya término - respecto de las obligaciones exigibles, que, como se sabe, son aquellas en las que el cumplimiento debe ser exigido en el domicilio del deudor.

Estudemos ahora las consecuencias o efectos de la mora solvendi, o sea, de la mora del deudor.

Nos dice el maestro ALBERTO TRABUCCHI que, en principio, para deducir los efectos posteriores de la mora solvendi, deberá soportar todas las consecuencias del incumplimiento ilícito (el deudor).

La primera consecuencia de la mora del deudor, es que éste, deberá resarcir los daños producidos.

Una segunda consecuencia (y muy importante), característica de la mora como retraso en el cumplimiento, es la de la asunción por parte del deudor moroso, del riesgo proveniente de la imposibilidad sobrevvenida. El deudor asumirá la responsabilidad de indemnizar al acreedor de las consecuencias de la fuerza mayor sobrevvenida en mora (*quid versatur in ilícito respondit etiam pro casu*), cuando no consiga demostrar que la cosa hubiera perecido de todos modos aún en menos del acreedor antes del vencimiento de la obligación.

Nos dice el autor al respecto: "En lugar de la obligación originaria, surgirá una responsabilidad por los daños ocasionados por el incumplimiento en el término debido: *perpetuatio obligations*. El fundamento de la responsabilidad será siempre la mora, porque el daño de las pérdidas *post moram* se considera verificado *propter moram*". (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II pág. 74).

La constitución en mora interrumpe la prescripción,

Se llama exención o "purga" de la mora a la remoción de la situación de retraso ilegítimo, la cual elimina sus efectos.

Una forma de purgar la mora se configura con la renuncia del acreedor concede una prórroga al deudor para que pague. La renuncia -- deberá ser clara y expresa siempre, pues no se presume.

La ley sanciona al deudor que voluntariamente deje de cumplir en el tiempo fijado, es decir, que el hecho de que el deudor se constituya en mora no libera de la obligación de cumplir posteriormente. No obstante, aunque el cumplimiento tardío es un medio para que cese la mora, no se puede decir que la mora haya desaparecido o que se haya purgado, ya que sus consecuencias (del cumplimiento tardío) se reducen a evitar las responsabilidades del deudor por los daños futuros. (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, págs. 74 y 75).

Veamos ahora, para terminar con este tema, la opinión del afamado maestro VON THUR, al respecto.

"El deudor se constituye en mora -nos dice- cuando no hace efectiva a su debido tiempo la prestación". VON THUR, Ob. cit. t. II, - pág. 118).

La mora del deudor es, a diferencia de la del acreedor, la violación de un deber a la que la ley le da un carácter o reglamentación -- importantísima de conducta anticontractual al lado de la imposibilidad -- culposa de la prestación. Nos dice el autor que la mora sólo podrá darse cuando el cumplimiento de la obligación sea posible y pueda realizarse -

aunque sea tardíamente. Al imposibilitarse la prestación, se imposibilitan tanto el deber de efectuarla, como la mora y, el deudor se verá impedido para cumplir tardíamente, por lo que el acreedor tendrá que exigir la indemnización correspondiente.

Veamos ahora los requisitos de la mora solvendi dentro de -- la teoría del maestro VON THUR.

El primer requisito de la mora es el vencimiento del crédito.

Mientras el deudor no se halle obligado a realizar alguna -- prestación, nadie podrá reprocharle el incumplimiento de la misma. Pero si el deudor se halla protegido por una excepción (en sentido técnico), la mera existencia de la excepción no excluye el vencimiento del crédito, pero si es ejercitada esa excepción, entonces si lo excluirá; ejemplo, -- una vez que el deudor aduce la excepción, v. gr. la prescripción del crédito, queda exento de su obligación de pagar la deuda, aunque ésta ya esté vencida; por el contrario, si no ejercita esa excepción, no se tomará en cuenta para nada ni obstaculiza el cobro de ese crédito.

Ahora bien, en segundo término, tenemos que por regla general, los efectos desfavorables que acarrea la mora al deudor no comienzan a partir del momento en que el crédito vence precisamente, sino -- cuando por medio de la intimación el acreedor da a entender al deudor, -- su deseo de que la prestación se haga efectiva. Piensa el maestro VON THUR, que de este modo se evita la crueldad que tal vez implicaría para el deudor el dejar en el aire sin que él lo conociese con toda certeza, el momento en que debe cumplir su obligación.

En otro aspecto, cuando se pacta un día fijo para el vencimiento de la obligación, el deudor incurrirá en mora sin necesidad de que medie intimación. El día del vencimiento es fijo cuando se señala en el contrato con arreglo al calendario o cuando del mismo contrato puede el acreedor desprender con toda seguridad tal día, v. gr., cuando se promete cumplir la obligación al vigésimo día de firmar el contrato. Por otra parte, si se señala un plazo fijo para la realización de la prestación, se considerará como término de vencimiento el último día del susodicho plazo. No se entiende que haya día fijo acordado para el vencimiento cuando se pacta que la prestación se cumpla "lo antes posible", "una vez recibida la mercancía", después de la llegada de un barco, después de la rendición de cuentas, etc. Es innecesaria la intimación sólo cuando el día del vencimiento ha sido pactado por las partes, pero no lo es cuando proviene directamente de la ley o cuando, en defecto del convenio o de precepto legal alguno, la prestación vence inmediatamente. Es por eso que los deudores que lo son por acto ilícito o por enriquecimiento injusto no se constituyen en mora sin la previa intimación.

Vemos aquí, una incongruencia ante las teorías de los maestros TRABUCCHI y VON THUR, o mejor dicho entre las corrientes jurídicas que representan, es decir, la italiana y la alemana. El primero, como vimos, nos dice que en las deudas derivadas de un acto ilícito extracontractual, la mora empieza en el momento mismo de la realización del hecho, porque en ese mismo instante nace para el responsable la obligación de restituir o de reparar, o se "fur remper moram facere videtur". -

Mientras que el segundo afirma que los deudores que lo son por acto ilícito o por enriquecimiento injusto, no se constituyen en mora sin la previa intimación. Nos inclinamos a pensar que la segunda hipótesis, o sea, la del maestro VON THUR, es la correcta, pues lo justo es, pensamos, que aunque la responsabilidad provenga de un acto ilícito, se le dé un plazo al deudor para restituir lo debido; porque de otra manera no se podría hablar de mora (retraso en el cumplimiento), ya que nunca tuvo el deudor oportunidad de cumplir en tiempo, oportunamente, pues en el momento mismo de la realización del acto ilícito se constituyó en mora (de acuerdo con TRABUCCHI). Es por todo esto, que pensamos que la primera tesis es la más benévola y apegada a derecho.

El señalamiento de fecha fija para el vencimiento de la obligación, no es la única excepción al requisito de la intimación. Pues como nos dice el autor, "de la finalidad de este acto y del principio de la buena fe se derivan toda una serie de casos en que sería ilícito subordinar la mora a la intimación". (VON THUR, Ob. cit. T. II, págs. 114 y 115).

En último lugar estudiaremos los efectos jurídicos de la mora debitoria reseñados por el autor alemán que nos ocupa.

El efecto, señala, normal y general de la infracción de la obligación por parte del deudor viene a ser el resarcimiento de los daños causados. Este principio aplicable originalmente a los casos de imposibilidad de la prestación, rige también para los casos de mora. Y lo mismo que ocurre cuando en los casos de imposibilidad de la prestación se prueba que esa imposibilidad fue producto de una causa no impu

table al deudor, pasa en los casos de mora, en los que el deudor quedará igualmente eximido de toda responsabilidad.

El daño moratorio que el deudor ha de indemnizar, consiste en los perjuicios que se le han causado al acreedor por la falta de cumplimiento de la obligación a su debido tiempo. Entre estos perjuicios debemos incluir los frutos que se hubieran podido obtener de la cosa adeudada si hubiera sido entregada en tiempo. Asimismo, las erogaciones — que el acreedor haya tenido que hacer como consecuencia del retraso en la obligación, por ejemplo, el pago del alquiler de un objeto supletorio de la cosa no entregada si el uso de esta es indispensable al acreedor; — la indemnización o pena convencional que tenga que pagar a otro si con el mismo tenía alguna obligación de entregarle esa cosa u otra adeudada si su incumplimiento es consecuencia de la mora de su deudor; los gastos que haya hecho esperando inutilmente la cosa que le debía ser entregada, (por ejemplo, para recoger la cosa adeudada).

Si en el transcurso de la mora se produce (por una baja de precios) una disminución en el valor de la cosa adeudada, se tendrá que reputar esto como un daño inferido al acreedor, siempre que haya razones suficientes para suponer que el acreedor, de haber recibido a tiempo la cosa, la habría enajenado. Otro tanto ocurre cuando, al contrario del caso anterior, se da una alza de precios entre el tiempo del vencimiento de la obligación y la entrega de la cosa y, asimismo se prueba que el acreedor la hubiese enajenado con ventaja.

Por último, se da el mismo caso cuando es adeudada una cantidad de dinero en moneda extranjera y el deudor se retrase en su entrega al mismo tiempo en que la cotización de esta divisa sufra una baja. Deberá, a título de indemnización moratoria, la diferencia, a no ser que pruebe que el acreedor hubiera retenido en su patrimonio la moneda extranjera y, por tanto, no se le hubiera evitado el daño ni aún habiéndole entregado esa suma en tiempo. Las partes podrán fijar de antemano en el contrato o, por medio de un tercero, la cuantía de la indemnización por los daños moratorios. (VON THUR, Ob. cit. t. II, págs. 118 y 119).

Terminamos así, lo referente al tema de la mora, sus requisitos y sus consecuencias en la opinión de varios destacados autores. Consideramos este tema como básico dentro de nuestro trabajo, en virtud de que alrededor de él giran las demás aristas de este problema de la indemnización en el incumplimiento de las obligaciones, de ahí que le hayamos dedicado tantas páginas de esta modesta tesis. Pasemos ahora al abordaje del siguiente tema que es el que propiamente da el título a este trabajo y en el que vienen a desembocar todos los tópicos estudiados en páginas anteriores, y que lleva el título de "Indemnización moratoria y compensatoria, su relación con el principio del nominalismo".

INDEMNIZACION MORATORIA Y COMPENSATORIA (RELACION CON EL PRINCIPIO NOMINALISTA)

En el código de 1884 en su artículo 1463 y en el de 1928 en su artículo 2107, vemos que la responsabilidad civil, además de implicar la devolución de cosa o del equivalente de la misma en dinero o de ambos, en su caso, importa la reparación de los daños causados así como la indemnización de los perjuicios.

Dentro del estudio y consulta de la obra del maestro BORJA-SORIANO, veamos quien puede exigir la indemnización. Nos dice el autor, que esta pregunta está respondida por el código de 1884 en su artículo 1473, que establece que la responsabilidad civil sólo puede exigirse a quien tiene la obligación de cumplir con una obligación y, por consecuencia, podrá exigirla sólo aquel que tenga el derecho de pedir el cumplimiento de esa obligación. El código de 1928 en su artículo 1926 no reproduce el anterior pero, de él se desprende la solución resultante de la aplicación de los principios generales, de lo que se infiere que el derecho de pedir indemnización corresponde sólo a las personas que han sufrido el perjuicio.

Veamos ahora en que consisten tanto la indemnización compensatoria como la moratoria, todo esto dentro de la teoría del maestro BORJA SORIANO, como ya lo habíamos dicho.

Indemnización Compensatoria. - Cita el autor a otro reconocido autor extranjero para exponer cuándo se da este tipo de indemnización y en que consiste. Antes diremos que de acuerdo con PLANIOL se da - -

- cuando la obligación queda definitivamente incumplida. (PLANIOL, OB. - cit. t. II, núm. 221. Citado por B. S. Ob. cit. t. II, pág. 98). "Se da ge-neralmente, en la doctrina, el nombre de indemnización compensatoria a la que se debe al acreedor en razón de la inejecución de su obligación; bajo su forma ordinaria no es sino la evaluación en dinero del interes -- que el acreedor tenfa en que la obligación fuese ejecutada, la compensa-ción por consiguiente del perjuicio que la inejecución le causa; en lugar de una ejecución en naturaleza, que no es posible, el acreedor obtiene - una ejecución en dinero, una ejecución por equivalente", (BAUDRY-LA-CANTINERIE ET BARDE, Ob. cit. t. XII, núm. 450)..

Indemnización moratoria. - Otras veces el deudor ejecuta la obligación, pero después de un retardo más o menos largo (PLANIOL, - Ob. cit. tomo II, núm. 221). "A la indemnización que se debe al acree--dor en razón del simple retardo en la ejecución, se le llama indemniza-ción moratoria porque es debida por la demora. Es la evaluación en dine-ro del interés que el acreedor tenfa en que la obligación fuese ejecutada en la época en que debfa hacerlo" (BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, Ob. cit. t. XII, núm. 450; PLANIOL, Ob. cit. t. II, núm. 221).

Hay ocasiones en que los dos tipos de indemnización se dan, - en un sólo caso, lo que ocurre cuando se indemniza por el perjuicio cau-sado por el retardo en la ejecución y también por el perjuicio provenien-te de la ejecución misma.

H. y L. MAZEAUD nos dan este ejemplo: "un depositario de-ja perecer el objeto depositado. Desde este instante está obligado a re--

parar el daño causado al propietario por la destrucción del objeto; le debe desde ese día indemnización compensatoria, equivalente al valor del objeto. Pero si no cumple inmediatamente esta obligación, le debe a la víctima además la reparación del perjuicio que haya podido causarle por su retardo" (Ob. cit. t. III, núm. 2323. pág. 369).

Nos dice el maestro BORJA SORIANO, que las nociones de indemnización compensatoria y moratoria no están expresamente establecidas en nuestro código, pero que, sin embargo existen porque están basadas en la naturaleza de las cosas.

De acuerdo con COLIN y CAPITANT (citados por el maestro BORJA SORIANO, Ob. cit. t. II, pág. 99). "la indemnización de daños y perjuicios consiste siempre en la atribución de una suma de dinero destinada a compensar el daño causado por el retardo o por la inexecución. El código civil no enuncia expresamente esta regla, se puede decir que todos los artículos relativos a la indemnización de daños y perjuicios la admiten implícitamente" (Ob. cit. t. II, núm. 102).

Veamos ahora lo referente a la acumulación de la indemnización con la ejecución. "En el caso de inexecución definitiva, siendo la indemnización en dinero, la compensación del daño experimentado por el acreedor a consecuencia de la inexecución de la obligación, es claro que esta indemnización jamás puede acumularse con la ejecución efectiva". "Por consiguiente, si ha habido una ejecución parcial útil para el acreedor, la condenación a la indemnización de daños y perjuicios no puede pronunciarse sino teniendo en cuenta la ventaja que ha sacado de la ejecu

ción incompleta y esta ventaja debe deducirse del monto de la indemnización que se habría debido en caso de inejecución total" (PLANIOL, t. II, - n.ºs. 257 y 258) (citados por BORJA SORIANO, Ob. cit. t. II, págs. 99 - y 100).

La indemnización moratoria de daños y perjuicios, nos dice el maestro BORJA SORIANO, tiene el carácter esencial de acumularse - siempre con la ejecución efectiva de la obligación, ya que representa el perjuicio consecuencia del retardo, perjuicio que al cumplirse posteriormente la obligación no desaparece. A este tipo de indemnización se refieren el artículo 1350 del código de 1884 y el artículo 1949 del código de 1928, de acuerdo con los cuales, en los contratos bilaterales si uno de los obligados incumpliera su obligación, el perjudicado podrá exigir el cumplimiento de ella con el resarcimiento de daños y perjuicios. Por otra parte y para mayor abundamiento, el artículo 1421 del código de 1884, establecía que si uno de los contratantes dejare de cumplir con lo pactado, tenía derecho el otro interesado a exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido y el pago de daños y perjuicios.

Veamos ahora este tema de indemnización compensatoria y moratoria, a la luz de la obra del maestro ROJINA VILLEGAS, que respecto de la indemnización compensatoria nos explica:

Indemnización compensatoria. - El maestro hace una distinción entre los daños que el incumplimiento trae aparejados, y nos dice que existen daños compensatorios y moratorios. El daño compensatorio está configurado por la merma que sufre el acreedor en su patrimonio -

por no cumplirse definitivamente la obligación (daño emergente). En las obligaciones pecuniarias, esa merma está representada por el monto -- del valor de la obligación; pero en las que no lo son; el incumplimiento -- de la prestación origina un daño que puede ser o no equivalente al valor de la prestación no cumplida (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. - 356).

Respecto de la indemnización moratoria nos dice el autor -- que "además, existe la obligación en el deudor de resarcir los daños y -- perjuicios causados por el retardo; la indemnización moratoria, por -- consiguiente, es diferente de la prestación misma y de su equivalente -- en dinero" (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. 357).

De acuerdo con el artículo 2117 del código vigente, en su 2o. párrafo, y en relación con la indemnización de daños y perjuicios en -- las obligaciones de dinero, vemos que: "si la prestación consistiere en -- el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo -- convenio en contratio".

Este precepto, que es igual al artículo 1451 del código ante-- rior, generalmente, nos dice el autor, es mal interpretado, pues es cos tumbre en los Tribunales entenderlo en el sentido de que da derecho al -- acreedor a cobrar siempre el interés legal, que en el código actual es -- del 9% anual (artículo 2395) y en el código anterior fue de 6% anual (artí-- culo 1482).

Lo que quiere decir este precepto, apunta el maestro, es que el acreedor podrá exigir en los casos de incumplimiento de prestaciones de carácter pecuniario hasta el 9% anual, lo cual significa que el interés podrá ser menor que el legal, sin que en ningún caso pueda exceder de éste. Cuando el acreedor pretenda que se le abone el máximo interés que la ley permite, tendrá que demostrar que, según las circunstancias dadas en ese momento hubiera podido colocar su dinero a un tipo no menor del mencionado interés legal (en caso de haberse cumplido la obligación). (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. 357).

En relación a este tema de indemnización en las obligaciones de objeto pecuniario y, respecto también de los intereses deducibles de retardo en el cumplimiento o de incumplimiento o de incumplimiento total, nos dice el maestro MESSINEO que, cuando se trate de obligaciones de entregar no cumplidas en tiempo y que tengan por objeto una suma de dinero (obligación pecuniaria), la ley determina en forma fija y preventiva el monto del resarcimiento por el retardo en el cumplimiento, bajo la forma de obligación de abonar los intereses -llamados moratorios- y que son debidos desde el día de la constitución en mora, en la medida legal, -aún cuando no se debieran anteriormente y sin que el acreedor pruebe haber sufrido algún daño.

De acuerdo con el maestro MESSINEO, los intereses moratorios podrán exceder de la media legal cuando antes de la mora se debieran en tal medida, intereses correspondientes. Nos dice que ésta es una consecuencia del principio de la perpetuatio obligationis.

El fundamento, nos dice el maestro, en que descansa la figura que nos ocupa, o mejor dicho en el que descansa la obligación del deudor de abonar intereses moratorios por el retardo en el cumplimiento de su obligación, independientemente de la prueba del daño del acreedor, -- consiste en que la ley considera que el dinero, si se entrega en tiempo al acreedor, es siempre apto para producir frutos; y los intereses, son precisamente una de las figuras de frutos civiles. Es por eso que el deudor deba pagar, en cada caso, los intereses moratorios como resarcimiento del daño (frutos que faltan), que se presume luris et de iure sufrido por el acreedor, por el simple hecho del retardo del deudor en la entrega de la suma debida.

El trato privilegiado que se le da al acreedor en este tipo de obligaciones, depende precisamente de la cualidad de las mismas (obligaciones pecuniarias).

A contrario sensu, como se sabe, para obtener el resarcimiento de un daño causado por el retardo en el cumplimiento de una obligación, o bien por el incumplimiento, cuando la obligación tenga por objeto cosa diversa de una suma de dinero, será menester que el acreedor pruebe haber sufrido efectivamente tal daño; y no basta el mero hecho -- del incumplimiento o de la mora para tener derecho a él.

Por otra parte, nos dice el autor lo siguiente: "el acreedor -- está, además, en la facultad de demostrar que el daño sufrido por él es de importancia superior al consistente en los intereses moratorios; en -- tal caso, si el daño mayor es consecuencia inmediata y directa de la mora, le compete el ulterior resarcimiento; pero éste último no se debe si-

se acordó preventivamente, entre las partes, la medida de los intereses moratorios" (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, pág. 340).

El mayor daño y, como consecuencia, el mayor resarcimiento, tratándose de obligación pecuniaria, consistirá generalmente en el más alto tipo de interés que el acreedor tendría que pagar para obtener una suma igual a la no pagada oportunamente por el deudor.

Reseña el maestro en su obra que los llamados intereses compensatorios se señalan por algunos autores, como figuras concretas, como distintos de los intereses moratorios, en cuanto que se deben independientemente del presupuesto de la mora. Se afirma, nos dice, que son diferentes también de los intereses correspondientes, porque se deben también antes del vencimiento de la obligación.

Pero el maestro no está muy de acuerdo con lo que de los intereses compensatorios se mencionó anteriormente, y al respecto opina: "parece que debe entenderse por interés compensatorio la medida (mayor de la legal) de los intereses debidos por la mora. Atendida la fórmula siguiente: "al acreedor que demuestra haber sufrido un daño mayor, le corresponde el ulterior resarcimiento". - "Parece que los intereses compensatorios deban concebirse como subespecie de los intereses de mora; ésto, prescindiendo de las figuras concretas. Tal es, al menos, nuestra tradición doctrinal"- (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, pág. 340).

Parece ser que el maestro italiano concibe al interés compensatorio en proporción al daño causado por la mora, es decir, que el inte

rés compensatorio debe compensar al acreedor en la misma medida en que la mora del deudor le dañó. Visto de tal manera, este tipo de interés sí sería una subespecie del interés moratorio, en virtud de que aparece cuando el daño producido excede del interés moratorio legal. Pero de acuerdo con la tradición nuestra, el interés compensatorio se liga con el incumplimiento definitivo de la obligación, por lo que configura una situación jurídica concreta, totalmente independiente de los intereses moratorios. En fin, es cuestión de ideologías y de forma de ver las cosas.

Veamos otra opinión acreditada, como la del maestro VON THUR.

Los daños moratorios, afirma, son una partida accesorias que viene a incorporarse al tronco originario del crédito y se le aplica por analogía el siguiente precepto: "el acreedor no está obligado a aceptar el cumplimiento tardío de la prestación si al mismo tiempo no se le resarcen los daños moratorios. En cambio, él puede exigir esta indemnización —aún después de aceptar el cumplimiento retrasado— sin necesidad de hacer reserva expresa, lo mismo que ocurre respecto a la pena convencional" (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 120).

Los intereses moratorios sirven para compensar al acreedor de alguna suma de dinero no entregada puntualmente, de los perjuicios que se le irrogan. Todo esto sin que el acreedor tenga que sujetarse a los trámites ordinarios de la indemnización. El deudor se constituye en mora, a partir de ese momento y sin necesidad de que incurra en culpa y

asimismo sin que sea menester prueba alguna de daño por parte del acreedor, quedará sujeto por la ley a pagar el correspondiente interés moratorio.

Este autor, como veremos más adelante, concibe también -- que el interés moratorio exceda del interés legal, lo que se pone de manifiesto cuando escribe: "los intereses moratorios no representan más -- que el mínimum de indemnización de los daños causados por la mora. Si el acreedor consigue probar que la mora le ha producido un daño mayor, v. gr., que no ha podido saldar una deuda que rendía intereses más elevados o que se vió en la precisión de tomar dinero a un tipo más alto de interés, podrá exigir que se le resarza también estos daños; sin embargo, el deudor puede eximirse de este deber de indemnizar probando que no recae sobre él ninguna culpa" (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 121).

Respecto de la indemnización compensatoria (aunque no le da ese nombre) nos dice el autor: "La indemnización que el acreedor puede exigir renunciando a la prestación tardía, se rige por las mismas normas que el resarcimiento de daños que le confiere la ley en los casos de imposibilidad de la prestación" (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 121).

La indemnización se basa en el interés que tenía el acreedor en que la obligación se cumpliera a tiempo. El daño, y por consiguiente la indemnización, se tasa en el momento mismo de la renuncia o rechazo de la prestación tardía. Pero si antes de la constitución en mora del deudor, la prestación llegó a tener un valor más alto del que tiene en el momento del rechazo del acreedor, éste será el valor que haya de indem-

nizarse al acreedor si es factible que la hubiera realizado de haberle sido entregada puntualmente (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 126).

Estudiemos ahora la relación existente entre la figura de la indemnización y el principio nominalista, esto es, la atingencia que sobre la indemnización tiene el mencionado principio y sus consecuencias.

La importancia del daño queda aumentada -nos dice MESSINEO- si el deudor incurre en mora en tratándose de deudas expresadas en moneda, cuando -durante la mora- sufra una baja en su poder de adquisición la moneda. Entonces -en derogación del principio nominalista- deberá aumentar en proporción la medida del resarcimiento; siempre que se tengan a la vista los demás requisitos para que pueda hablarse de mora y, también, siempre que las partes no hayan pactado con anterioridad el monto de los intereses moratorios.

"El mayor daño depende aquí -nos dice el autor-, de la circunstancia de la desvalorización de la moneda en la cual debe efectuarse el pago; después del vencimiento, el riesgo de la desvalorización y del disminuido poder de adquisición de la moneda -como aspecto de la perpetuo obligationis- debe gravar sobre el deudor en mora" (MESSINEO, Ob. cit. t. IV, pág. 341).

Pero el aspecto más relevante de la mora (en cuanto a sus efectos), no es el deber de resarcir el daño causado al acreedor por el retardo del deudor en cumplir, sino que, al contrario, viene a ser, de acuerdo con MESSINEO, la llamada "perpetuo obligationis" (mora perpetua obligationem), es decir, la "no-liberación" del deudor, aún cuando en el-

curso de la mora se verifique un hecho no imputable a él, imposibilite el cumplimiento de la obligación y por el cual, si no estuviere en mora, - - conseguiría la liberación. (MESSINEO, Ob. cit. t. IV. pág. 341).

En seguida, y para terminar con este tema de la indemnización con el principio nominalístico, veremos la opinión de uno de los autores más explícitos en la materia (a nuestro parecer). Ese autor es el maestro italiano A. TRABUCCHI.

De acuerdo con el principio nominalista, el pago de las obligaciones de dinero deberá hacerse con la moneda que tuviera curso legal en el momento del cumplimiento, y siempre por su valor nominal.

Nos explica el maestro que, en aplicación de tal principio, deberá pagarse la misma cantidad debida, guardándose únicamente la equivalencia numérica, sin importar la presencia de una disminución o de un aumento en el valor efectivo y comercial de la moneda.

El autor nos pone un ejemplo para mejor ilustrar: "Si yo hubiera celebrado un contrato en el año 1914 por el que me comprometí a pagar cien liras, debo ahora cien liras solamente, aunque esas cien liras de entonces tuvieran hoy un valor adquisitivo igual al de mil liras actuales; el número se conserva y, por tanto, cien liras son siempre cien liras. Yo, acreedor, no podré rechazar el pago de la misma, hecho en moneda de curso legal" (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, pág. 53).

En la aplicación del principio nominalista, "que tantos desequilibrios ha implicado en la economía de los últimos decenios", se suelen distinguir las llamadas deudas de valuta o dinero y las deudas de valor.

Son consideradas débitos "de valuta" aquellas obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, suma que, en virtud del principio nominalista, se asimila a todos los demás bienes y permanece en un mismo estatus a pesar de las variaciones que sufra el mercado monetario. Se les da el nombre de "débitos de valor" a aquellos que hacen de su objeto una prestación "considerada en su concreto significado económico, que deber ser valorado y estimado según las condiciones del mercado" (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, pág. 53). El dinero que se use para realizar dicha valoración viene a ser un mero instrumento por la necesidad de liquidar la deuda en una suma determinada.

Forman objeto de débitos de valor, por ejemplo, el resarcimiento del daño y el equivalente debido por prestaciones de trabajo.

Por otra parte, y con justa razón, se nota una tendencia últimamente por parte de la jurisprudencia a superar la aplicación rígida del principio nominalista; esto con el fin de evitar graves injusticias, y también se amplía el concepto de deuda de valor, para que puedan tener cabida en él otros supuestos, al menos inciertos en su determinación.

"Son frecuentes las "cláusulas de garantía monetaria" por medio de las cuales se tiende a transformar una deuda de moneda en una "deuda de valor", salvándose así las inevitables devaluaciones monetarias" (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, pág. 54).

Opinamos que es muy útil para la figura de la indemnización, el concepto de débitos de valor, pues si uno debe pagar determinada cantidad de dinero que en el tiempo de celebrarse la obligación valga mucho-

más de lo que actualmente vale, es justo y absolutamente necesario --- que en el momento de cumplir con la obligación se atenga al valor equivalente en la actualidad de ese dinero. Esto es, y usando el claro ejemplo dado por el autor italiano, si yo celebré un contrato en 1914 en el que me obligué a pagar cien liras en 1974, deberé pagar ahora, en moneda actual, el equivalente en valor adquisitivo, de aquellas cien liras, ya sean mil o cinco mil liras. Todo esto, en virtud y cumplimiento del principio de equidad.

LOS CONVENIOS DE RESPONSABILIDAD

LA CLAUSULA PENAL

LA CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD

Entremos ahora al capítulo que corresponde a los llamados Convenios de responsabilidad, los que pueden ser celebrados en dos modalidades, a saber: a) la cláusula penal y b) la cláusula de no responsabilidad. Veamos la primera.

De acuerdo con los artículos 2117 y 1472 de los códigos de 1928 y 1884, respectivamente, "la responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa".

A esta regulación se le da el nombre de cláusula penal o pena convencional.

Así mismo el artículo 1840 del código de 1928 establece que "pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios". Y es que, como dice PLANIOL, (tomo II, núm. 255. - citado por B. S., Ob. cit. t. II, pág. 103) la pena convencional sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios.

Consultando la obra mencionada del maestro BORJA SORIANO y en referencia a la utilidad de la cláusula, vemos que dada la dificultad que en la práctica representa el logro de las indemnizaciones de daños y perjuicios, los contratantes, previendo la inejecución de la obligación o

la ejecución tardía, convienen de antemano el monto de la indemnización que deberá seguir a ese incumplimiento. Otra ventaja de la mencionada cláusula es que si el obligado falta al cumplimiento de la obligación, el acreedor no tendrá necesidad de demostrar que tal incumplimiento le produjo tales o cuales daños y perjuicios. Por lo mismo, el artículo 1842 del código de 1928 establece que: "al pedir la pena el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno". Tampoco tendrá el acreedor que probar cual es el monto del daño, sino tan sólo que el deudor no ha cumplido con su obligación para que se le pague el importe de la pena.

Ocupémonos ahora del carácter accesorio de la cláusula penal. El artículo 1841 del código de 1928, nos dice en su primer párrafo: "La nulidad del contrato importa la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél".

"Sin embargo, cuando se promete por otra persona, imponiéndose una pena que en caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena aunque el contrato no se lleve a efecto por falta del consentimiento de dicha persona" (Párrafo 2o. del artículo 1841). "Lo mismo sucederá cuando se estipule con otro a favor de un tercero y la persona con quien se estipule se sujete a una pena para el caso de no cumplir lo prometido" (párrafo 3o. del artículo 1841). Los párrafos mencionados corresponden al código de 1928.

Esudíemos ahora, dentro de la obra del maestro BORJA SO-
RIANO, la relación existente entre el valor de la obligación y la pena. -
Los artículos 1313 del código de 1884 y 1843 del código de 1928, estable--
cen que "la cláusula penal no puede exceder en valor ni en cuantía a la -
obligación principal". Esto debe entenderse en el sentido de que la pena
substituye tanto a la obligación misma como a la indemnización compen-
satoria.

"Si la obligación fue cumplida en parte, la pena se modifica-
rá en la misma proporción" (artículos 1314 del código de 1884 y 1844 del-
código de 1928). "Si la modificación no pudiere ser exactamente propor-
cional, el juez reducirá la pena de una manera equitativa, teniendo en --
cuenta la naturaleza y demás circunstancias de la obligación" (artículos
1315 del código de 1885 y 1845 del código de 1928).

Por otra parte, será imposible una acumulación del cumpli-
miento de la obligación y de la pena. Así nos lo dice el código de 1884 en
su artículo 1316, que reza: "el acreedor puede exigir el cumplimiento de
la obligación o el de la pena, pero no ambos; salvo convenio en contra-
rio". Estas últimas palabras "salvo convenio en contrario", se refieren
al caso en que las partes pacten una pena por el simple retardo en el --
cumplimiento; de tal manera que se podrá exigir el cumplimiento de la -
obligación y además la pena convencional.

Lo anterior está plasmado en el código de 1928 en su artículo
1846, que a la letra dice: "el acreedor puede exigir el cumplimiento de la
obligación o el pago de la pena, pero no ambos; a menos que aparezca ha

berse estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación, o porque ésta no se preste de la manera convenida".

Podrán las partes insertar en un contrato por ellas celebrado, una cláusula en la que se estipule que, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, no sobrevendrá responsabilidad alguna para ella. -- Esto en dos casos:

Caso de dolo. - "la responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula" (Artículo 2106 del código de 1928). Como vemos, en los casos en que el incumplimiento de la obligación obedezca a dolo, no se podrá pactar eximición alguna de responsabilidad, y si se hace, ésta será nula.

Caso de culpa. - Respecto a este caso, los códigos no prohíben que se pacte cláusula de no responsabilidad como en el caso del dolo, por lo que se puede considerar que es lícito hacerlo.

Nos dice el maestro BORJA SORIANO, que varios autores consideran como límite para la validez de las cláusulas de no responsabilidad contractual los casos de dolo y de falta grave que es asimilable al dolo. (BORJA SORIANO, Ob. cit. t. II, págs. 105 y 106).

Veamos ahora la opinión del maestro alemán VON THUR respecto a este tema que nos ocupa de los convenios de responsabilidad.

La responsabilidad del deudor, nos dice, es susceptible de sufrir modificaciones por acuerdo de las partes. Existen varias hipótesis:

1. - "Cabe que el deudor asuma la responsabilidad por ciertas daños fortuitos, producidos sin culpa alguna de su parte, sobre todo-

cuando se trate de la destrucción de una cosa a él encomendada. Si el deudor se hace cargo de un objeto mediante tasación convenida entre las partes, este pacto podrá interpretarse en el sentido de que el deudor devolverá la cosa, o si ésta ya no existe pagará la suma convenida. Pero, por lo general, la tasación de un objeto no tiene este alcance tan amplio, sino - - que tiende solamente a fijar la indemnización que habrá de abonarse mediando culpa". (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 99).

Por lo anterior, se puede decir que en el derecho alemán existe la llamada cláusula penal, mediante la cual se estipula que a falta del cumplimiento de la obligación (aún por caso fortuito u otra causa no imputable al deudor) el deudor tendrá que pagar la suma pactada en ella.

2. - "Las partes pueden rebajar mediante contrato la responsabilidad del deudor, pero no eximirle totalmente de ella". (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 99). Vemos que en el derecho alemán es declarado nulo el pacto por el cual se exima al deudor de responsabilidad por dolo o culpa grave, dejando subsistente en lo demás el contrato, aún cuando se entienda que el deudor no lo habría celebrado de no existir la mencionada cláusula. Por tanto nos dice el autor, la cláusula que excluya de responsabilidad al deudor por toda clase de culpa, no tiene eficacia más que respecto de la culpa leve. Igualmente, el derecho alemán declara que el juez podrá considerar nula a su arbitrio en dos casos la renuncia a la responsabilidad por culpa leve, a saber:

A) "Cuando el renunciante se hallase al servicio de la otra parte en el momento de emitir su declaración. Con la nulidad de la renuncia -

pretende ampararse en sus derechos a la parte social y económicamente inferior".

B) "Cuando la responsabilidad se derive del funcionamiento de una industria sujeta a concesión de la autoridad. La nulidad de la renuncia se basa aquí en la idea de que en tales industrias (por ejemplo en las de transportes, gas, agua y electricidad), puede producirse un monopolio de hecho frente al cual sería impotente el acreedor si pudiere prestarse a la renuncia en cuestión. En la medida en que es nula la renuncia a la responsabilidad lo es también la limitación contractual de la suma sobre que versa la indemnización" (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 100).

Vemos que en esencia el derecho alemán coincide con el nuestro en lo que toca a esta figura, lo expuesto en los párrafos anteriores nos lleva a pensar en la cláusula de no responsabilidad en el derecho mexicano con sus limitaciones, pero el derecho germánico es aún más causístico al reglamentar los dos casos de nulidad de renuncia a exigir la responsabilidad por culpa leve por parte del acreedor, que se mencionaron en líneas anteriores.

Entremos ahora, por último, a estudiar el tema del incumplimiento no imputable al deudor, o sea lo concerniente a el caso fortuito y la fuerza mayor, como excluyentes (en general) de responsabilidades.

INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE AL DEUDOR

EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

Nos dice el maestro VON THUR que, por regla general, el deudor no responde de la imposibilidad no culposa de la prestación, a la que en términos jurídicos suele dársele el nombre de "caso fortuito". El maestro nos pone un ejemplo: "El huesped de un hotel no responde de los daños causados al hotelero por su enfermedad o por su muerte, cuando no sean ocasionados por culpa suya. El hotelero debe incluir esos perjuicios entre los gastos del negocio. El riesgo del caso fortuito pesa sobre el acreedor" (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 100). Existen, no obstante, ciertos casos en los que el deudor tendrá que responder de los daños causados por caso fortuito. Así, por ejemplo, señala el autor el vendedor y el arrendador responden de los daños indirectos causados a la otra parte por efecto de un vicio jurídico. el vendedor será responsable de los daños que cause la naturaleza viciosa de la cosa, y también lo será el deudor de sumas de dinero respecto de los daños moratorios dentro de la cuantía de los intereses también moratorios.

La jurisprudencia moderna entiende por fuerza mayor (*vis maior*), a diferencia del simple caso fortuito (el código civil francés habla de la fuerza mayor y del caso fortuito como sinónimos), aplicando la llamada teoría objetiva, un acontecimiento que no guarda relación con la industria del deudor y que se produce al margen de ella con una fuerza inevitable. Nos explica el autor que, recientemente, el tribunal suizo ha dado una completa definición de lo que debe entenderse por fuerza mayor

y que dice así: "fuerza mayor es un acontecimiento extraordinario que se desata desde el exterior sobre la industria, acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aún aplicando la mayor diligencia sin poner en peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía por qué tener en cuenta ni tomar en consideración a pesar de su frecuencia". Es por eso, nos dice el autor, que la huelga no tiene el carácter de fuerza mayor, a menos que sea impuesta desde fuera. (VON THUR, Ob. cit. t. II, pág. 101).

El profesor ALBERTO TRABUCCHI nos dice, respecto de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor que esta imposibilidad no imputable al deudor está incluida dentro de las causas de extinción de las obligaciones.

Pero nos habla de una distinción en este punto: 1) la imposibilidad objetiva de cumplir la obligación provoca la extinción de la obligación específica; 2) solamente cuando tal imposibilidad no deriva de culpa, extinción de la obligación no produce responsabilidad del deudor, que resultará totalmente liberado de la deuda.

De acuerdo con la teoría del maestro TRABUCCHI, para que el deudor pueda pretender su total liberación, es menester:

1. - Que se trate de una efectiva imposibilidad objetiva.
2. - Que tal imposibilidad sea sobrevenida.
3. - Que la circunstancia que la provoque sea inevitable y no derive de la culpa del deudor o surja durante la mora de éste.

Veamos ahora uno por uno, los tres requisitos mencionados por el autor, para la liberación del deudor.

1. - El porqué de la primacía conceptual de este elemento de la imposibilidad salta a la vista, pues sin él, no se podría hablar de exclusión de responsabilidades.

La imposibilidad debe valorarse objetivamente, esto es, sin importar las vicisitudes subjetivas del deudor. La prestación debe ser imposible en sí y por sí.

Las circunstancias que recayesen sobre la persona del deudor, tendrán importancia solamente cuando se trata de obligaciones personales en sentido estricto -apunta el maestro-, así pues, serán causas de imposibilidad para prestar una determinada actividad laboral, la enfermedad o el infortunio.

Para que se pueda hablar de imposibilidad de la prestación y se extinga la obligación del deudor, no bastará que la imposibilidad sea infranqueable "actualmente", sino que será menester que lo sea durante "todo el tiempo en que el acreedor tenga interés en que sea cumplida la obligación", es decir, hasta el momento de su vencimiento. "No obstante, -nos dice el autor-, la imposibilidad temporal produce una consecuencia: la de exonerar al deudor de la responsabilidad por retraso en el cumplimiento". (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, pág. 64).

2. - La imposibilidad, como es lógico suponer, deberá ser so brevenida, pues de lo contrario, en caso de que fuera originaria, la obligación no llegar ni siquiera a existir por faltar en ella un elemento esen-

cial. El autor nos da un ejemplo: "Si yo me obligo hoy a entregar un cuadro que ya ha sido destruido por un incendio, el contrato es nulo por falta de objeto; pero si yo me hubiera obligado a entregar ese mismo cuadro en virtud de un contrato anterior a su destrucción, la obligación se extinguirá por imposibilidad sobrevenida provoca la extinción de la obligación, mientras que la imposibilidad originaria provoca el no nacimiento de la misma.

3. - Se había visto que el tercer elemento era la inevitabilidad.

Ha sido tradicional -vemos en la obra del autor que nos ocupa- contraponer el caso fortuito y la fuerza mayor a la responsabilidad culposa. Aunque el caso fortuito y la fuerza mayor tienen diferencias entre sí, se puede considerar que, desde un punto de vista negativo, son equiparables.

La carga de la prueba corresponderá al deudor que pretenda liberarse, teniendo que demostrar que el incumplimiento no obedece a culpa suya.

No es menester que la imposibilidad sea consecuencia de una circunstancia imprevisible, bastará con que la imposibilidad sea sobrevenida y no evitable.

Nos dice el maestro que: "Si la imposibilidad es parcial, también será parcial la extinción de la obligación, y el deudor estará obligado a prestar la parte que resultara posible; igualmente, si la prestación tuviera por objeto una cosa determinada, persistirá la obligación de entregar la cosa misma, aunque se encontrara deteriorada, o los restos-

de la cosa destruida" (A. TRABUCCHI, Ob. cit. t. II, pág. 67).

Estudemos ahora, para terminar con este modesto trabajo, - las teorías de dos notables maestros mexicanos al respecto, ellos son el maestro BORJA SORIANO y el maestro ROJINA VILLEGAS. Veamos al primero.

Nos dice el maestro, citando a HEMARD, (Ob. cit. t. II, núm. 1502), que el caso fortuito o la fuerza mayor "debe constituir un obstáculo-imprevisible, general (salvo cuando se trate de la ejecución de un hecho personal), absoluto y algunas veces definitivo". Analicemos ahora cada una de las características mencionadas atrás.

Imprevisibilidad. - Cuando el hecho pudo haber sido previsto y tomado las medidas necesarias para evitarlo, el deudor está en falta y no existe caso fortuito ni fuerza mayor.

Generalidad. - "El carácter de generalidad de la fuerza mayor no se exige sino de un deudor de prestación no personal. No basta que la ejecución de la obligación sea imposible, es necesario que lo sea para todo el mundo; un arrendatario no puede invocar como fuerza mayor, para -- sustraerse de las obligaciones de su arrendamiento, los bombardeos enemigos de una ciudad que no ha sido evacuada y en la que otros arrendata-- rios continúan habitando". (HEMARD, Ob. cit. t. II, núm. 1504. Citado -- por BORJA SORIANO, Ob. cit. t. II, pág. 108).

Imposibilidad absoluta y definitiva. - "La fuerza mayor debe - dar por resultado una imposibilidad completa y definitiva y no una dificultad o un retardo de ejecución. No basta con que la ejecución se haya hecho

más difícil o más onerosa, puede haber allí descquilibrio en las prestaciones, no fuerza mayor". Hay imposibilidad absoluta en el caso en que un temblor de tierra destruya el objeto depositado. En caso de huelga, no hay imposibilidad absoluta de ejecución, a no ser que todos los obreros de la misma profesión hayan dejado el trabajo y el industrial no tenga manera de procurarse de otros industriales los productos que tiene que entregar en un día fijo. La imposibilidad es definitiva cuando no debe cesar después de cierto tiempo. (HEMARD, Ob. cit. t. II, núm. 1505, -- citado por BORJA SORIANO, Ob. cit. t. II, pág. 109).

Veamos ahora las dos categorías de que puede hablarse respecto del caso fortuito y de la fuerza mayor.

"Los casos fortuitos o de fuerza mayor pueden distribuirse -- en dos categorías. Unos tienen el carácter de accidentes naturales, como las enfermedades, la muerte, el rayo, el granizo, la helada, las nevadas muy abundantes, las inundaciones, los temblores de tierra, etc. Otros -- constituyen hechos del hombre; citaremos la guerra, la invasión, el bombardeo, el bloqueo, los ataques de bandidos, los abusos de la fuerza, los robos, etc." (BAUDRY-LACANTINERIE-ET BARDE, t. XII, núms. 455 y 455-1, citados por B.S., Ob. cit. t. II, pág. 109).

Respecto al tema de si se deben diferenciar el caso fortuito y la fuerza mayor entre sí, nos dice BORJA SORIANO que, muchos autores han establecido diferencias entre las dos figuras jurídicas, pero que habrá que tomar en cuenta que cualquiera que sea el sentido que se les dé a-

tales expresiones, sus efectos jurídicos serán siempre los mismos, por lo que no tiene ningún caso establecer distinción alguna entre ellos.

Como es lógico, los efectos de la aparición de estas figuras en el incumplimiento de una obligación, serán en el sentido de que el deudor que incumple su obligación por esta causa, quedará liberado de tal obligación.

Sin embargo, existen casos en los que, a pesar de que el incumplimiento del deudor obedeció a caso fortuito, subsiste la responsabilidad del deudor, como sucede si: a) el deudor ha dado causa o ha contribuido a él (arts. 1459 y 1462 del código de 1884 y 2111 del código de 1928). b) Si el deudor ha aceptado expresamente que será responsable de los daños y perjuicios que se originaren por incumplimiento, aún cuando este se deba a caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1440 y 1462 del código de 1884 y 2111 del código de 1928). De acuerdo con el código en vigor, la misma responsabilidad tiene el deudor cuando la ley se la impone (art. 2111).

Nos dice el maestro ROJINA VILLEGAS que: "La teoría general para la responsabilidad civil compensatoria y moratoria, y, para la especial que resulte de la pérdida o del demérito en la conservación de la cosa, tiene una excepción fundamental que se refiere al incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor" (ROJINA VILLEGAS, Ob. cit. t. III, pág. 376).

Nos da el maestro una distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor con arreglo a la doctrina. Entiende por el primero "el acon

tecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación" (R. V., Ob. cit. t. III, pág. 378).

Por lo que toca a la fuerza mayor la entiende como "el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. La guerra, la huelga, en ciertos casos cuando no es imputable al patrón constituyen ca sos de fuerza mayor" (R. V., Ob. cit. t. III, pág. 378).

CONCLUSIONES

1. - Opinamos que cuando el incumplimiento sea doloso, la indemnización de daños y perjuicios no debe reducirse a los causados en forma directa e inmediata, sino que debe ampliarse a los daños y perjuicios indirectos, digamos de primer grado, que dicho incumplimiento traiga consigo.

Lo anterior tiene su fundamento en que es injusto que se le dé el mismo trato al incumpliente doloso y al culposo, tanto más cuanto que no son infrecuentes los casos en que es mayor el daño indirecto que el directo.

2. - Como lo dijimos en el cuerpo de la tesis, nos inclinamos a pensar que el daño directo, pero imprevisible en el momento de celebrarse el contrato, y el daño indirecto, son la misma cosa.

3. - A nuestro juicio, así como el acreedor tiene la facultad de exigir del deudor que esté en mora el cumplimiento forzoso de la obligación cuando éste sea posible, así también, pensamos, el deudor moroso debe tener la posibilidad, previo el pago de daños y perjuicios en su caso y de intereses moratorios, de dar cumplimientos a la obligación cuando no resulte dañino al acreedor y sí perjudicial para aquél, siempre que no se hayan alterado en forma alguna las condiciones y circunstancias esenciales en que se celebró originalmente el contrato, y no sea inútil u oneroso en demasía para el acreedor el cumplimiento en cuestión.

4. - Como lo expusimos, estamos de acuerdo con el maestro alemán VON THUR respecto a que es necesaria la intimidación en los

casos de responsabilidad proveniente de acto ilícito extracontractual para -- que se pueda decir que el deudor incurre en mora. Por otra parte, de lo establecido en el código, se deduce tal requisito.

5. - Pensamos, contrariamente a lo que sostiene la tesis no minimalista, que se debe difundir y aplicar más cada día el concepto de deudas de valor, por ser éste el más justo y lógico, pues lo que uno presta con determinado valor, le debe ser restituido con el mismo valor, aunque varíe la cantidad.

BIBLIOGRAFIA

1. - A. VON THUR. - Tratado de las Obligaciones. - Tomos I y II. - - Madrid. - 1934 Ed. Reus S. A.
2. - ALBERTO TRABUCCHI. - Instituciones de Derecho Civil. - Tomo II. - - - Madrid 1967. - Ed. Revista de Derecho Privado.
3. - FRANCESCO MESSINEO. - Manual de Derecho Civil y Comercial. - Tomo-IV. - Buenos Aires, Argentina. - 1955. Ed. - - Ediciones Jurídicas Europa-América.
4. - LUDWIG ENNECCERUS. - Derecho de las Obligaciones. - Tomo II Vol. I. - Barcelona, España. 1947. Ed. Bosch.
5. - MANUEL BÓRJA SORIANO. - Teoría General de las Obligaciones. - Tomo II. - Edt. Porrúa, México, 1966.
6. - RAFAEL ROJINA VILLEGAS. - Compendio de Derecho Civil. - Teoría General de las Obligaciones. - Ed. Antigua Librería - - Robredo México. - 1962.

LEGISLACION CONSULTADA

CODIGO CIVIL DE 1884

CODIGO CIVIL DE 1928

INDICE

	Pág.
I. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL.....	1
II. EL DAÑO Y EL PERJUICIO (EL INCUMPLIMIENTO).....	7
III. LA IMPUTABILIDAD AL DEUDOR.....	28
IV. LA MORA.....	37
V. INDEMNIZACION MORATORIA Y COMPENSATORIA (RELACION CON EL PRINCIPIO NOMINALISTA)... ..	78
VI. LOS CONVENIOS DE RESPONSABILIDAD.....	92
A) LA CLAUSULA PENAL	
B) LA CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD	
VII. INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE AL DEUDOR:.....	98
A) EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR	
VIII. CONCLUSIONES.....	106
IX. BIBLIOGRAFIA.....	108
X. INDICE.....	109