

El riesgo del contrato

José ANNICCHIARICO*
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 427-475.

SUMARIO

Introducción 1. ¿Qué es el riesgo del contrato? *1.1. El riesgo*
1.1.1. El riesgo en sentido objetivo 1.1.2. El riesgo subjetivo. La causa extraña no imputable 1.1.2.1. Supuestos en los cuales no corresponde hablar de riesgos subjetivos del contrato 1.1.2.2. Ambigüedad en relación con la noción de riesgo de contrato. Los distintos tipos de riesgos relacionados con el contrato **2. El problema del riesgo de la contraprestación o riesgo del contrato. ¿Quién debe soportar el riesgo del contrato?** *2.1. El problema*
2.2. Las soluciones propuestas 2.2.1. Analogía 2.3. *La teoría de los riesgos* 2.4. *Ambigüedad en relación con las obligaciones de dar y con las obligaciones con contenido puramente obligatorio* 2.5. *Resolución del contrato por incumplimiento* **3. Reflexiones en relación con la utilidad de la autonomía de la teoría del riesgo frente a la resolución del contrato** *3.1. Argumentos a favor de la teoría del riesgo* 3.2. *Criticas a la teoría del riesgo* **Conclusiones**

Introducción

Agradezco a la profesora María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN y a la *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* la oportunidad de participar

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado; Profesor de Derecho Civil III Contratos y Obligaciones. **Université Panthéon-Assas**, *Master II: Droit Commercial* y *Master II: Droit Privé Général*. **Kings' College, University of London**, *Master Competition Law*. **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Derecho Civil III (Obligaciones).

en esta obra colectiva realizada en homenaje a James Otis RODNER S., notable jurista y apasionado estudioso del Derecho de Contratos y de las Obligaciones. Su obra nutre en forma permanente a los estudiosos de esta rama fundamental del Derecho. Su talento en hacer simples temas de gran complejidad, su agudeza y la vocación universal que caracteriza su obra jurídica merecen este sensible homenaje, en el cual me siento muy honrado de contribuir con algunas reflexiones sobre los riesgos del contrato.

Tema de gran interés representa la cuestión del riesgo de los contratos. En efecto, la ausencia de regulación positiva sobre el tema ha llevado a utilizar indiferenciadamente el término para asimilar bajo dicho nombre los riesgos de la cosa, al riesgo de la prestación y a los riesgos del contrato en sentido estricto. Y es que la doctrina venezolana no ha tratado el asunto en forma integral, pues solo se ha referido al mismo en forma tangencial al estudiar la «teoría de los riesgos»¹.

El tema reviste, sin embargo, una importancia capital en relación con el estudio de la teoría general del contrato. El régimen jurídico de cada categoría de riesgo es diverso y constituye una parte esencial en el estudio de los efectos del contrato; en particular, ante el incumplimiento involuntario. Nos referimos aquí al riesgo jurídico del contrato y no al riesgo en su sentido económico.

En términos económicos, todo contrato es en sí un riesgo. En la conclusión de un contrato se encuentra de hecho implícito el riesgo propio de toda iniciativa

¹ MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio: *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. T. II. 11.^a, UCAB. Caracas, 2009, pp. 521-532; BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. T. II. UCV. 2006, pp. 192 y ss.; OCHOA G., Oscar E.: *Teoría general de las obligaciones, Derecho Civil III*. T. II. UCAB. Caracas, 2009, pp. 495-502; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 4.^a, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2009, pp. 785-812; ANNICCHIARICO, José y MADRID M., Claudia: «El Derecho de los Contratos en Venezuela: Hacia los principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos». En: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, pp. 65-68; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III, Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2016, p. 605.

económica. Existe un alea normal en todo tipo de contrato que las partes están dispuestos a asumir en su intento contractual, el cual, por la propia dinámica de las cosas y la experiencia del tráfico, entra dentro del programa contractual que estas han proyectado. Ese riesgo económico, dato constante y normal del contrato, no suscita de regulación específica; sino cuando el mismo implica un ruptura significativa e imprevisible de la economía del contrato proyectado². De allí que, por ejemplo, la teoría de la imprevisión podría tener cabida dentro de los aspectos del riesgo del contrato en sentido jurídico, tema que escapa a estas reflexiones y para lo cual reenviamos a los excelentes estudios realizados sobre el tópic en Venezuela³.

Si bien es cierto que el contrato es esencialmente un mecanismo de distribución de «riesgos económicos» entre las partes a través de su acuerdo de voluntad⁴, la determinación de la real expectativa de las partes y del exacto contenido de la previsiones contractuales es una labor de integración y de interpretación del contrato. Así, el problema de la distribución del «riesgo

² Sobre el tema ver entre otros: BOSELLI, Aldo: «*Rischio, alea ed alea normale del contratto*». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milán, 1948, pp. 769 y ss.; BOSELLI, Aldo: *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*. UTET. Turín, 1952, pp. 171 y ss.; MIRABELLI, Giuseppe: *Dei contratti in generale*. 3.^a, UTET. Turín, 1980, p. 657.

³ Véase en particular MÉLICH-ORSINI, José: «La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 54. UCAB. Caracas, 1999, pp. 55-98; RODNER S., James Otis: «La teoría de la imprevisión (dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad)». En: *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2005, pp. 401-449; LUPINI BIANCHI, Luciano: «Notas sobre la teoría de la imprevisión en el Derecho Civil». En: *Homenaje a Aníbal Dominici*. Ediciones Liber. Caracas, 2008, pp. 265-322 (también en: *Estudios de Derecho privado*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2010, pp. 303-351); MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: «La teoría de la imprevisión en el Derecho privado; la crisis económica como supuestos de revisión del contrato». En: *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*. T. IV. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015, pp. 2337 y 2438.

⁴ ATIYAH, P. S.: *An introduction to the law of contracts*. 3.^a, Oxford University Press. Oxford, 1981, p. 185.

económico» del contrato es más un problema de interpretación e integración en relación con el alcance de las obligaciones asumidas por las partes que del riesgo en sentido jurídico⁵. En este sentido, cada parte debe hacerse cargo del riesgo previsible de su iniciativa económica según lo pactado, según postule los principios de buena fe y de razonabilidad, sin poder trasladar dicho riesgo a su contraparte. Si la conformidad de la ejecución es, en general, un tema de interpretación del contrato, ella misma se presenta frecuentemente como una hipótesis de error substancial como vicio de nulidad del contrato. Ello es así, pues es posible que la voluntad de las partes no se haya encontrado sobre un elemento esencial del contrato y, en particular, del contenido de la prestación. De manera que el riesgo económico se presenta, más bien, como un problema asociado a la interpretación o a la validez del contrato.

A diferencia del riesgo económico, los riesgos asociados al contrato en sentido jurídico, como se verá, corresponden a una categoría general que comprende todos los riesgos derivados de la imposibilidad absoluta del cumplimiento de una obligación derivada de una causa extraña no imputable al deudor⁶. Es por ello que el estudio del tema de los riesgos asociados al contrato se encuentra estrechamente vinculado al examen de la causal de exoneración de responsabilidad conocida con el nombre de la «causa extraña no imputable» y, más precisamente, al estudio y comprensión de sus efectos.

Los efectos de dichos riesgos son fuente de abundantes controversias. De allí la necesidad de precisar su régimen jurídico. En el extranjero, particularmente en el modelo del Código Civil francés de 1804⁷, seguido en estos temas por nuestro

⁵ Sin embargo, como es lógico, el alcance del contenido del contrato no es un elemento que pueda desligarse de la imposibilidad no imputable, pues tal imposibilidad tiene como partida el alcance de las obligaciones asumidas por las partes.

⁶ GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe y BILLAU, Marc: *Les effets du contrat*. 3.ª, LDGJ. París, 2001, § 639.

⁷ BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel: *Précis de droit civil*. T. II. 4.ª, Larose & Forcel. París, 1892; BÉNABENT, Alain: *Droit Civil, Les obligations*. 11.ª, Montchrestien. París, 2007; CARBONNIER, Jean: *Droit Civil, Les Obligations*. 22.ª, PUF. París, 2000; CASSIN René: *L'exécution du contrat et ses suites*. Les Cours du Droit. París, 1934; COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri: *Cours élémentaire de droit français*. T. II. 7.ª, Dalloz. París, 1932; DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général*. T. VI. Librairie A. Rousseau. París,

Código Civil, como se verá, la problemática no era diversa hasta su reciente reforma⁸. Y es que, en definitiva, la distribución de los riesgos que puede generar el contrato se ha dejado a la regulación particular de los contratos nominados, así como a otros remedios; en particular, el de la resolución del contrato⁹.

El objeto de estas breves reflexiones es precisar el régimen legal de los riesgos jurídicos asociados al contrato. Si con este trabajo se logra contribuir a esclarecer su regulación, nuestra labor será cumplida. No se pretende de ninguna forma agotar el tema, pues para ello un trabajo de mucho más envergadura deberá ser realizado a la luz de las nuevas corrientes reformistas que agitan la permanencia y la vigencia positiva de los códigos europeos de los cuales somos tributarios.

Dicho lo anterior, con el presente trabajo trataremos de dar respuesta a tres problemas fundamentales asociados a los riesgos del contrato, estos son: ¿qué es el riesgo del contrato? (1); ¿quién debe soportar dicho riesgo? (2); y ¿cual es la utilidad en los tiempos actuales de la teoría del riesgo? (3).

1. ¿Qué es el riesgo del contrato?

El riesgo del contrato, en una primera aproximación, debería entenderse como la posibilidad de daño o perjuicio para las partes derivado de la imposibilidad

1931; FABRE-MAGNAN, Muriel: *Droit des obligations*. T. I. PUF. París, 2008; GHESTIN, JAMIN y BILLAU: ob. cit., *passim*; JOSSERAND, Louis: *Cours de droit civil positif français*. T. II. 2.^a, Sirey. París, 1933; LARROUMET, Christian: *Droit civil, Les effets, Le contrat*. Economica. París, 2007; MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent y STOFFEL-MUNCK, Philippe: *Les obligations*. 3.^a, Défrenois. París, 2007; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean: *Leçons de droit civil*. T. II, vol. I (*Obligations, théorie générale*). 9.^a, Montchrestien. F. CHABAS. París, 2008; PLANIOL, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil français*. T. VI. 12.^a, LGDJ. P. ESMAIN. París, 1952; TERRÉ, François; SIMLER, Philippe y LEQUETTE, Yves: *Droit civil. Les obligations*. 11.^a, Dalloz. París, 2013; LE TOURNEAU, Philippe: *Droit de la responsabilité et des contrats*. 7.^a, Dalloz. París, 2008.

⁸ Ver entre otros: GHESTIN, JAMIN y BILLAU: ob. cit., *passim*; DESHAYES, Oliver; GENICON, Thomas y LAITHIER, Yves-Marie: *Reforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. LexisNexis. París, 2016.

⁹ DESHAYES, Oliver: «*Théorie des risques*». En: *Répertoire de droit civil*. Dalloz. París, 2009, *passim*.

del cumplimiento de una obligación, debida a una causa extraña no imputable. En este sentido, en un primer lugar, delimitaremos la noción de riesgo, excluyendo aquellos supuestos en los cuales no podría hablarse de riesgo sino de otras situaciones vecinas regladas por el Código Civil. En un segundo lugar, delimitaremos aquellos supuestos en los cuales se presentan riesgos relacionados con el contrato. Ello nos permitirá plantear el problema específico del riesgo del contrato en sentido estricto.

1.1. *El riesgo*

1.1.1. El riesgo en sentido objetivo

Tal como lo advierte GORLA¹⁰, el *periculum*, en los textos romanos, se utilizaba para señalar el daño, incluso no patrimonial, bien sea considerado como una simple posibilidad eventual o como una situación peligrosa ya verificada. En este segundo caso, *periculum* es usado con indiferencia de la causa que ha determinado el daño, ya sea que la causa sea dolosa, culposa o fortuita. Por ello, en el Derecho romano, el peligro no es siempre el daño debido al caso fortuito.

Sin embargo, *periculum* se utiliza, igualmente, más allá de señalar el daño posible o temible y el daño ya realizado, para indicar el riesgo en sentido subjetivo, es decir, la relación entre un sujeto de derecho y la situación peligrosa, como sucede con el aforismo *res perit emptori*¹¹.

En nuestro Derecho actual, no se encuentra utilizado el término «peligro» con la vasta acepción de que estaba dotada en el Derecho romano. En el lenguaje jurídico, así como en el corriente, la palabra «peligro» nunca hace referencia al daño ya ocurrido. En nuestro Derecho se designa al peligro ocurrido simplemente como daño, perjuicio o pérdida¹². El peligro denota exclusivamente el daño temible o a las situaciones potenciales de daño. Dicha acepción más restringida corresponde a la noción de «riesgo en sentido objetivo».

¹⁰ GORLA, Gino: *Del Rischio e pericolo nelle obbligazioni*. Cedam. Padua, 1934, *passim*.

¹¹ Ídem.

¹² Ver, por ejemplo, MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 474.

En efecto, según CORNU, el riesgo es todo «hecho dañoso cuya ocurrencia es incierta, ya sea en relación con su realización o a la fecha de su realización. Se llama también riesgo a la eventualidad de la ocurrencia de un tal hecho»¹³. Por su parte, cuando el peligro denota la relación entre uno o varios sujetos de derecho y la situación peligrosa, de manera que intenta indicar el sujeto de derecho que deberá soportar las consecuencias del daño si la situación peligro se realiza, en este sentido, dicha acepción corresponde a la noción de «riesgo en sentido subjetivo»¹⁴.

Un ejemplo de la noción de riesgo en su acepción subjetiva puede encontrarse claramente en el artículo 1161 del Código Civil. En efecto, dicho artículo determina que los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten por el consentimiento legítimamente manifestado y la cosa queda a «riesgo y peligro» del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado. Igualmente, el riesgo, en su sentido subjetivo, puede encontrarse en el artículo 1344 *eiusdem*, el cual dispone que si la cosa perece sin culpa del deudor, la obligación que tiene por objeto una cosa determinada se extingue siempre que el deudor no esté en mora y que, aún estando en mora, la obligación se extingue si el deudor demuestra que la cosa hubiera perecido igualmente en manos del acreedor, siempre que el deudor no haya tomado a su cargo «el peligro» de los casos fortuitos. Otros ejemplos de la utilización de las palabras «riesgo» o «peligro» en su acepción subjetiva en el Código Civil son los casos de los artículos 1265 –relacionado con el régimen de las obligaciones de dar–, 1306 –en relación con los efectos de la oferta real y depósito–, 1475 –en relación con la venta de bienes vendidos con sujeción al peso, cuenta o medida– y 1660 –en relación con los aportes en goce de bienes a la sociedad–, entre otros.

La diferencia entre la noción de riesgo en sentido objetivo y la noción de riesgo en sentido subjetivo estriba en que, en el primer caso, el riesgo, entendido

¹³ CORNU, Gérard: *Vocabulaire juridique*. 11.^a, PUF. París, 2016, p. 932, «*Événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation; se dit aussi bien de la éventualité d'un tel événement en général, que de l'événement spécifié dont la survenance est envisagée*».

¹⁴ GORLA: ob. cit., *passim*.

como daño temible o potencial no distingue o hace alusión a la causa que puede producirla, la cual puede ser atribuida al dolo o a la culpa, así como a un hecho fortuito. Ella tiene como función denotar la posibilidad de la producción de un daño sin indicar su causa ni quién debe soportarlo; en el segundo caso, el riesgo, en sentido subjetivo, denota siempre el daño eventual exclusivamente ocasionado por un hecho fortuito y la relación de dicho daño temible con algún sujeto de derecho, en el sentido de determinar quién habrá de soportar dicho peligro potencial, en caso de realizarse. Se habla en este último sentido de la «carga del riesgo»¹⁵.

En las presentes reflexiones, no nos referimos al «peligro» en el sentido de peligro realizado o daño, tampoco haremos referencia al peligro o riesgo en el sentido corriente u objetivo, ni tampoco al riesgo económico. El problema de los riesgos asociados al contrato se refiere en forma concreta al peligro o riesgo en sentido subjetivo. Por ello, cuando hablemos de riesgo, salvo por que expresamente se indique de otra forma, siempre se hará en función de la noción de riesgo subjetivo del contrato, es decir, aquel derivado de la causa extraña no imputable.

1.1.2. El riesgo subjetivo. La causa extraña no imputable

El riesgo subjetivo, en los términos anteriormente expuestos, hace alusión a la parte del contrato que deberá soportar las consecuencias negativas de la imposibilidad de cumplimiento de una obligación contractual derivada de una causa extraña no imputable¹⁶. Por ello, no puede hablarse de riesgos del contrato cuando no hay imposibilidad de incumplimiento o cuando el incumplimiento no es involuntario; tampoco puede hablarse de riesgo del contrato en sentido estricto cuando el riesgo concierne a la cosa o prestación imposible.

¹⁵ GHESTIN, JAMIN y BILLAU: ob. cit., § 680 y ss.

¹⁶ DESHAYES: ob. cit., *passim*, «Attribuer les risques du contrat revient à trancher une autre question: celle de savoir, au cas où une obligation contractuelle devient impossible à exécuter, qui du débiteur de cette obligation ou du créancier doit souffrir l'inexécution». DEMOGUE: ob. cit., t. VI, § 113, «la questions des risques suppose donc un cas de force majeure (...) mais elle diffère de la question de la force majeure en ce sens qu'on s'occupe non de la libération du débiteur, mais de la libération du créancier pour les pour ses obligations corrélatives».

1.1.2.1. Supuestos en los cuales no corresponde hablar de riesgos subjetivos del contrato

Existen varios supuestos en los cuales no puede hablarse de riesgos del contrato, ya sea porque la imposibilidad de la satisfacción del interés del acreedor deriva de un incumplimiento voluntario (i), sea porque el deudor o el acreedor se encuentran en mora de cumplir o de aceptar el cumplimiento (ii), o bien, sea porque la obligación ya ha sido ejecutada (iii).

i. Incumplimiento subjetivo y voluntario de la obligación: El riesgo del contrato, es una noción que supone un incumplimiento involuntario de la obligación. En efecto, cada vez que el incumplimiento –sea este definitivo, temporal, total, parcial o defectuoso– es imputable al hecho del deudor nos situamos en el campo de la responsabilidad contractual¹⁷. En dichos casos, el régimen de los efectos del incumplimiento se encuentra expresamente regulado por la Ley. En efecto, según el artículo 1264 del Código Civil, el contrato debe ejecutarse exactamente como fue contraído y el deudor es responsable de los daños y perjuicios en caso de contravención. Así mismo, según el artículo 1271 *eiusdem*, el deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios tanto por la inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña no imputable aunque de su parte no haya habido mala fe. Por su parte, en relación con los contratos bilaterales, el artículo 1167 del Código establece que, en el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubieren lugar a ello.

Es verdad que toda persona que entra en un contrato tiene el riesgo objetivo de que su contraparte no ejecute su obligación por una causa que le es imputable. Sin embargo, el riesgo subjetivo del contrato no se refiere al supuesto del incumplimiento voluntario, sino a aquellos casos de incumplimiento involuntario, es decir, aquellos derivados de la causa extraña no imputable.

¹⁷ ANNICCHIARICO, José: «Convivencia de remedios ante el incumplimiento contractual». En: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, p. 246.

La razón por la cual no puede hablarse de riesgo subjetivo del contrato en el caso de un incumplimiento voluntario resulta de la protección que da el ordenamiento jurídico al derecho subjetivo del acreedor. En efecto, el acreedor insatisfecho, en su interés a causa del incumplimiento del contrato, dispone de su derecho de acción para exigir la ejecución forzosa del mismo. Y es que el legislador le garantiza al acreedor, que hace valer su derecho subjetivo de crédito ante el órgano jurisdiccional competente, una satisfacción en especie o bien una indemnización igual a la ventaja que espera del contrato. En pocas palabras, en principio, el acreedor, tarde o temprano, si es su deseo y ejerce su derecho subjetivo de crédito, logrará que el desequilibrio patrimonial creado por el incumplimiento voluntario deje de existir y que el perjuicio generado por el incumplimiento imputable al deudor desaparezca.

Así, en principio, en términos patrimoniales, el peligro de que el interés del acreedor resulte lesionado por la inexecución total, parcial o defectuosa del contrato no existe, pues la ley establece remedios para ese tipo incumplimiento. Ello, claro está, haciendo excepción de la insolvencia del deudor¹⁸. Y es que los remedios al incumplimiento voluntario eliminan el carácter incierto y eventual del daño, elemento esencial de la definición del riesgo del contrato¹⁹. En estos casos, el derecho subjetivo de crédito del acreedor garantiza su interés en caso de incumplimiento²⁰.

¹⁸ El único riesgo real en caso de incumplimiento voluntario es la insolvencia del deudor. La insolvencia del deudor se rige por los artículos 1863 y 1864 del Código Civil. Según dichos artículos, el deudor está sujeto a cumplir con todos sus bienes de su patrimonio habidos y por haber. Todos los acreedores tienen sobre dichos bienes un derecho igual, salvo por los privilegios y las hipotecas (*par condición creditorum*). De manera que, cuando el deudor no tiene bienes suficientes en un momento dado para responder frente a sus acreedores, el riesgo de la insuficiencia del patrimonio del deudor se reparte en partes iguales entre sus acreedores, salvo que el crédito sea garantizado con hipoteca o que goce de un privilegio de preferencia.

¹⁹ Ver *supra*.

²⁰ Por su parte, el incumplimiento imputable al deudor es un hecho voluntario, que elimina el carácter incierto o eventual de cualquier consecuencia negativa por la cual el deudor deba responder.

Por el contrario, la noción de riesgo subjetivo supone determinar qué sucede cuando la imposibilidad de cumplimiento de una obligación no es imputable al deudor. ¿Quién debe soportar las consecuencias y efectos negativos de dicho incumplimiento involuntario? ¿El deudor, el acreedor, ambos? Este es precisamente el problema de la «carga del riesgo», a la cual nos referiremos más adelante. Cuando la imposibilidad de cumplimiento es imputable al deudor no se plantea el problema del riesgo en los contratos, sino un problema que se resuelve según la reglas de la responsabilidad civil contractual. Dos campos claramente delimitados y diferenciados: a. el de la responsabilidad civil contractual, campo del Derecho claramente regulado por la ley y ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, y b. el de los riesgos del contrato, campo no regulado por la ley, sino en algunos contratos nominados, y desarrollado exclusivamente por la doctrina y por la jurisprudencia.

ii. El incumplimiento de la obligación proviene de una causa extraña no imputable, pero el deudor se encuentra en mora: No puede hablarse tampoco de riesgo del contrato cada vez que la imposibilidad en la ejecución de la obligación sobreviene estando el deudor en mora de cumplir su obligación. Y es que el legislador presume en estos casos que la imposibilidad de la obligación es culpa del deudor²¹.

Esto es lo que dispone el artículo 1344 del Código Civil cuando determina que cuando perece una cosa que constituía el objeto de una obligación, esta se extingue si la cosa perece sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora. De manera que la obligación se mantiene en vigencia si la cosa perece por culpa del deudor o habiendo el deudor incurrido mora. Y es que en dichos casos le corresponde al deudor indemnizar al acreedor bajo las reglas de la responsabilidad civil contractual. La mora del deudor produce la llamada *perpetuatio obligationis*²².

Es también lo previsto en el artículo 1293 del Código Civil al establecer que el deudor de una cosa cierta se libera entregándola en el estado en que se

²¹ MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 587 y ss.

²² Ver: ibíd., p. 513; MÉLICH-ORSINI, José: «La mora del deudor en el Derecho venezolano». En: *Libro homenaje a Roberto Goldsmith*. UCV. Caracas, 1967, pp. 337 y ss.

encuentra al tiempo de la entrega, con tal de que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de culpa o hecho del deudor o de las personas de las que él sea responsable, y que no se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros. De manera que si los deterioros se producen por culpa o estando el deudor en mora, le corresponde al deudor indemnizar al acreedor de los deterioros sufridos bajos las reglas de la responsabilidad civil contractual. Se habla, en caso de mora, de la «inversión de la carga del riesgo», lo cual es contestable si se tiene que, en realidad, es con base en el régimen de la responsabilidad civil que se imputa al deudor la pérdida de la cosa si el deudor se encuentra en mora de cumplir su obligación.

Sin embargo, excepcionalmente, el deudor en mora puede exonerarse de responsabilidad, en los casos en los cuales la obligación tiene por objeto la entrega de una cosa cierta, si demuestra que la cosa hubiera igualmente perecido de haberse entregado la cosa al acreedor sin retardo, siempre que el deudor no haya asumido los riesgos de la prestación. En dichos casos, el deudor resulta exonerado del cumplimiento de obligación y nos encontramos excepcionalmente frente a un supuesto de riesgo del contrato y no de responsabilidad contractual.

iii. No existe riesgo del contrato cuando la obligación ya ha sido ejecutada: el riesgo del contrato es una noción que supone un incumplimiento involuntario de la obligación. Ello implica que la imposibilidad definitiva o temporal, total o parcial del cumplimiento de la obligación debe ser atribuible a una causa extraña no imputable al deudor. En este sentido, no puede hablarse de riesgos del contrato si la obligación ha sido ya cumplida.

En efecto, tal como lo entiende la doctrina, uno de los presupuestos legales de la causa extraña no imputable es la imposibilidad absoluta en el cumplimiento de la obligación²³. De manera que, cada vez que la obligación ha sido ejecutada y el interés del acreedor ha sido satisfecho, mal podría hablarse de la existencia de una imposibilidad en el cumplimiento de la obligación, pues, de hecho, aun cuando sea en forma parcial, la obligación ya ha sido cumplida.

²³ Ver, en este sentido, entre otros: MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 502; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., pp. 165 y ss.

Esta apreciación, aun cuando parezca obvia, reviste especial importancia en el régimen de las obligaciones de dar, adoptado por el Código Civil venezolano de 1942. En efecto, tal como lo dispone el artículo 1265, la obligación de dar lleva consigo dos obligaciones consecuenciales: la obligación de entregar la cosa y la obligación de conservar la cosa hasta su entrega. La obligación de dar tiene como objeto principal la realización de todos los actos declarativos y volitivos por parte del deudor para que tenga lugar el efecto real, esto es: la transmisión del derecho del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor²⁴. De manera que la obligación de dar, aun cuando ha sido discutida por algunos su verdadera existencia²⁵, comporta una obligación principal y dos obligaciones de hacer consecuenciales y de carácter accesorio²⁶.

Así, cuando la prestación de la obligación principal de dar tiene como objeto un cuerpo cierto, la obligación nace y se ejecuta en un mismo instante, quedando pendiente de ejecución las obligaciones de hacer consecuenciales de la obligación de dar. De tal manera que, cuando dichas obligaciones consecuenciales se hacen de imposible ejecución, debido a un causa extraña no imputable, la atribución patrimonial que comporta la obligación principal de dar ya ha sido cumplida. Cumplida la atribución patrimonial con anterioridad al hecho que imposibilita de forma absoluta el cumplimiento de las obligaciones consecuenciales de conservar y de entregar la cosa, la imposibilidad absoluta incumbe solo a las obligaciones consecuenciales pero no a la obligación principal. Se desprende del efecto real de las obligaciones, previsto en el artículo 1161 del Código Civil, que dichas obligaciones nacen, se ejecutan y se extinguen con la formación del contrato. De manera que la transferencia automática del derecho y, por ende, su cumplimiento desde el momento de la

²⁴ Ver entre otros: MADURO LUYANDO y PETTIER SUCRE: ob. cit., t. I, pp. 53-61 y 235-277; CALVO BACA, Emilio: *Derecho de las obligaciones*. 9.^a, Ediciones Libra. Caracas, 2008, pp. 91-162; CARNEVALI DE CAMACHO, Magaly: «Clasificación de las obligaciones». En: *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 20. ULA. Mérida, 1998, pp. 9-38; SANOJO, Luis: *Instituciones de Derecho Civil venezolano*. T. III. Imprenta Nacional. Caracas, 1873, pp. 105 y ss.; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., pp. 86 y ss.

²⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel: «Le mythe de l'obligation de donner». En: *Revue Trimestrielle de Droit Civile*. Dalloz. París, 1996, p. 85.

²⁶ MADURO LUYANDO y PETTIER SUCRE: ob. cit., t. I, pp. 53 y ss.

formación del contrato no admite el riesgo del contrato, sino con respecto a las obligaciones accesorias de entrega y conservación. De allí que se recurra a disociar el «riesgo de la cosa» de la titularidad del derecho de propiedad, a los fines de hacer soportar la pérdida fortuita de la cosa al acreedor o al deudor, independientemente del cumplimiento del contrato o de la transferencia de la propiedad.

1.1.2.2. Ambigüedad en relación con la noción de riesgo de contrato.

Los distintos tipos de riesgos relacionados con el contrato

Cuando se trata de precisar la noción de riesgo del contrato, surge de inmediato el problema de la ambigüedad de la expresión. Y es que si revisamos las normas que regulan el riesgo en el Código Civil venezolano, encontramos que la noción de riesgo del contrato se tiende a confundir con nociones distintas, como son el riesgo de la cosa (i), regulada por el derecho de bienes; y el riesgo de la prestación (ii), regulada por la normas atinentes a la causa extraña no imputable. Delimitado el campo de aplicación de estos tipos de riesgos, podemos precisar el riesgo de la contraprestación o riesgo del contrato en sentido estricto, el cual, si bien no se confunde, es una consecuencia de los primeros.

i. El riesgo de la cosa: Tal como lo expresa el aforismo romano *res perit domino*, el riesgo de la cosa recae sobre su dueño. Debe indicarse que esta es una regla que pertenece al Derecho de Bienes, pero que puede tener repercusiones sobre los efectos del contrato, sean estos unilaterales o bilaterales²⁷. La misma expresa la regla según la cual el titular de un derecho real deberá sufrir las consecuencias negativas de los daños ocasionados al bien que constituye el objeto del derecho real, siempre que el titular no pueda demandar la responsabilidad civil de un tercero a los fines de obtener la reparación por el daño sufrido²⁸. Y es que, si el daño ocasionado no puede reprocharse al defecto de conducta de un tercero, las consecuencias negativas que produce la lesión al derecho real deberán ser soportadas por su titular²⁹.

²⁷ DESHAYES: ob. cit., *passim*.

²⁸ Ídem.

²⁹ ROLAND, Henri y BOYER, Laurent: *Adages du droit français*. 4.^a, Litec. París, § 401.

En muchas ocasiones se tiende a confundir esta regla propia del Derecho de Bienes con el riesgo del contrato en sentido estricto. Sin embargo, tal punto de vista es contestable. En efecto, la referida regla nada tiene que hacer en relación con los efectos de la imposibilidad de la ejecución del contrato por una causa extraña no imputable. Probablemente, el error parta del hecho de pretender identificar la prestación con su objeto cuando en realidad son dos cosas totalmente diferentes³⁰.

En efecto, la prestación –elemento objetivo de la relación jurídica obligatoria– corresponde siempre a la conducta debida por el deudor de la obligación. La prestación es siempre un comportamiento concreto que recae sobre el deudor³¹. Dicha prestación puede o no estar referida a un bien o a un derecho, pero dicho bien o derecho es un elemento accidental de la prestación que puede o no estar presente dependiendo del tipo de obligación. Así, en las obligaciones que tienen como objeto una prestación puramente de hacer, como, por ejemplo, la obligación de un artista de presentar su espectáculo o llevar a cabo su actuación, la obligación se identifica con el solo comportamiento del deudor, el cual no se encuentra de manera alguna relacionado a un bien o derecho sobre otro objeto. Se dice que el lugar de incidencia del derecho de crédito del acreedor recae sobre un comportamiento específico del deudor. Esta es la razón por la cual dicho derecho en sentido material no puede ir más allá de una mera pretensión al cumplimiento espontáneo por parte del deudor. Solo en caso de incumplimiento, podrá el acreedor ejercer su derecho de acción, elemento formal de su derecho subjetivo de crédito, y exigir la tutela de su derecho³².

Sin embargo, es posible que la prestación esté vinculada a un bien o a un derecho: el objeto de la prestación. El objeto de la prestación puede corresponder, bien a un derecho real o personal, o bien a la cosa sobre la cual recae dicho derecho. Es el caso, por ejemplo, de las obligaciones de dar, donde el

³⁰ ZAMBRANO VELAZCO, José Alberto: *Teoría general de la obligación. Parte general de las obligaciones, la estructura*. Editorial Arte. Caracas, 1985, p. 102.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

deber de prestación tiene como objeto el derecho de propiedad de un bien. El deber de prestación en las obligaciones de dar tiene siempre como objeto la transmisión de un derecho real o personal o la creación de un derecho real. Mientras en las obligaciones de dar, la conducta del deudor está referida a un derecho, en las obligaciones de hacer, el comportamiento del deudor puede o no estar referido a una cosa. Es el caso de las obligaciones de entrega, de restitución, de cuidado; de las obligaciones de abstención o tolerancia y de las obligaciones en las cuales la conducta del deudor consiste en la transformación de un bien propio o de un tercero. En todos estos casos, las prestaciones, como comportamiento del deudor, se encuentran referidas a un bien o a un derecho, pero no por ello el deber de prestación debe confundirse con los mismos. Una cosa es la prestación, la cual está siempre referida al comportamiento prometido por el deudor y otra, el objeto de la prestación.

Si tenemos en cuenta lo anterior, el riesgo de las cosas para quien detenta la titularidad de un derecho sobre las mismas recae siempre sobre el titular del derecho. Los daños o la lesión a dichos derechos reales deberán ser soportados por su titular, salvo que convencionalmente o legalmente se coloque la «carga del riesgo de la cosa» sobre una persona distinta de su titular. Así, es posible que en un contrato las partes acuerden disociar la «carga del riesgo de la cosa» de la titularidad del derecho de propiedad, y atribuirla temporalmente al deudor o al acreedor, independientemente del cumplimiento o no del contrato. Lo cual tendrá, obviamente, repercusiones sobre los efectos del contrato, pero dichos efectos estarán determinados por régimen jurídico aplicable al «riesgo de la cosa» y no al del «riesgo de contrato en sentido estricto», tal como veremos en detalle más adelante.

Y es que si la cosa perece teniendo el deudor el «riesgo de la cosa», el mismo estará en principio obligado a indemnizar al acreedor si el contrato es unilateral, y si el contrato es bilateral, el deudor perderá su derecho al precio o a la contraprestación³³. Si, en cambio, el riesgo de la cosa lo asume el acreedor,

³³ Esta es la posición para la mayoría de la doctrina en Francia, sin embargo, para otro sector de la doctrina, el deudor estará sujeto a indemnizar al acreedor, sin perder necesariamente su derecho a la contraprestación. En este sentido ver: BONHOMME,

pues, este deberá soportar la pérdida en su patrimonio en un contrato unilateral, y deberá pagar el precio en el contrato bilateral³⁴. Nos encontramos claramente en el campo del Derecho de Bienes. Si la lesión recae sobre un derecho de crédito derivado de un contrato ocasionado por una causa extraña no imputable, entramos en el campo del estudio de los riesgos del contrato.

Ahora bien, el riesgo de las cosas involucradas en el contrato se refiere más bien al riesgo del objeto de la prestación, y no del riesgo de la prestación, y, como tal, su regulación es independiente de los riesgos propios del contrato. Es decir, de la eventual imposibilidad del cumplimiento de la prestación por una causa no imputable al deudor. Es cierto que la imposibilidad del cumplimiento de la prestación puede estar asociada a la lesión o inexistencia sobrevenida del objeto de la prestación. Pero, en dicho caso, el riesgo del contrato viene determinado por la imposibilidad de la prestación y no por la inexistencia total o parcial de su objeto.

Es curioso constatar que las normas del Código Civil, a las cuales habitualmente se les atribuye la función de regular el riesgo del contrato, en realidad regulan el riesgo de las cosas asociadas al contrato y no representan sino la aplicación casuística de la regla *res perit domino*.

Esta afirmación se puede demostrar con varios ejemplos. Así, el artículo 1161 expresa que «... en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado». Es evidente que el artículo 1161, lo que reafirma no es sino la consecuencia lógica del efecto real de los contratos traslativos de propiedad. Y es que, si la propiedad se transmite con el consentimiento de la partes, es obvio que

Régine: «*Transfert de la propriété et des risques*». En: *JCl. Contrats-Distribution*. Fasc. 90. París, 2007; CELEBI, Özgün: *La répartition des risques dans le contrat*. Universidad París 1 Panteón-Sorbona. Tesis doctoral en Derecho privado. París, 2010; MARTIN, Anne-Cécile: *L'imputation des risques entre contractants*. LGDJ. París, 2009.

³⁴ Ídem.

el nuevo propietario deberá asumir desde entonces los riesgos de la cosa. La mención riesgo a que hace alusión el artículo 1161 no se refiere al riesgo de la imposibilidad del cumplimiento del contrato no imputable al deudor, sino exclusivamente al traslado del riesgo de la pérdida fortuita de la cosa, objeto del derecho de propiedad de un sujeto a otro.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en el artículo 1306 del Código Civil. Este artículo establece que «... Cuando el acreedor rehúsa recibir el pago, puede el deudor obtener su liberación por medio del ofrecimiento real y del depósito subsiguiente de la cosa debida. Los intereses dejan de correr desde el día del depósito legalmente efectuado, y la cosa depositada queda a riesgo y peligro del acreedor...». Tal como se puede apreciar, la mora del deudor tiene como efecto el traslado de los «riesgos de la cosa» del propietario del bien al deudor. El legislador presume que si la cosa perece en manos del deudor moroso, la cosa se pierde por el retardo injustificado del deudor, independientemente que el hecho que provoca la desaparición de la cosa cumpla con los requisitos de la causa extraña no imputable del deudor. Cuando el deudor hace depósito y oferta real de la cosa según el procedimiento legal, purga su mora y traslada la carga de los «riesgos de la cosa» nuevamente a su propietario³⁵. De nuevo, el riesgo a que se refiere esta norma es el riesgo de la cosa y no al riesgo de la prestación.

Otro ejemplo de la regulación del «riesgo de la cosa», distinta del riesgo del contrato, lo encontramos en el artículo 1425, según el cual «... Cuando se trata de mercancías vendidas con sujeción al peso, cuenta o medida, la venta no es perfecta en el sentido de que las cosas vendidas quedan a riesgo y peligro del vendedor, hasta que sean pesadas, contadas o medidas...». Es lógico que en la medida que la venta tenga por objeto bienes solamente designados por su especie, la transmisión de la propiedad no se puede verificar hasta el momento en que las cosas sean debidamente individualizadas. Una vez que los bienes son individualizados el efecto real que deriva del artículo 1161 –aplicable a los bienes ciertos– cobra pleno efecto. Es por lo anterior que, hasta tanto la transmisión de la propiedad no ocurra, los «riesgos de la cosa» quedan en cabeza del vendedor propietario de la cosa.

³⁵ MADURO LUYANDO y PETTIER SUCRE: ob. cit., *passim*.

Este mismo principio debe aplicar para todas aquellas ventas en las cuales el propietario no es, al momento de la formación del contrato, propietario de la cosa, de manera que la transmisión de la propiedad –y, por ende, los «riesgos de la cosa»– no opera hasta tanto el derecho de propiedad objeto de la venta entre en el patrimonio del vendedor. En este mismo sentido, la transmisión de la propiedad –y, por ende, de los riesgos– no opera en la obligaciones en las cuales la transmisión de la propiedad está sometida a un término, a una condición suspensiva, a una formalidad, o en relación con aquellos bienes sujetos a una indeterminación relativa o temporal, como es el caso de las obligaciones alternativas o sobre bienes futuros. En todos estos casos, el obstáculo que se interpone a la eficacia del efecto real de los contratos traslativos de propiedad impide igualmente la transmisión de los «riesgos de la cosa».

Otra norma referida a los riesgos de la cosa es el artículo 1293 del Código Civil. Según esta norma, «El deudor de una cosa cierta y determinada se libera entregándola en el estado en que se encuentre al tiempo de la entrega, con tal de que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de culpa o hecho del deudor o de las personas de las que él sea responsable, y que no se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros». Esta norma rige todas las obligaciones de entrega, independientemente de que se trate de contratos traslativos de propiedad o no. Y es que, salvo convención o disposición legal en contrario, los «riesgos de la cosa» son siempre del propietario. Es por ello que quien se obliga a entregar una cosa cierta que no es de su propiedad, se libera entregándola en el estado en que se encuentre al momento de la entrega. Los daños que no le sean imputables deben ser soportados por el dueño de la cosa. Una cosa distinta sería si los daños son imputables al deudor, o que el deudor se encuentre en mora de cumplimiento, caso en el cual salimos del campo de los riesgos, para entrar en el campo de la responsabilidad civil³⁶.

³⁶ Ver MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 513. El autor cita como excepciones a la regla, en materia de comodato, el artículo 1727 del Código Civil, «en su ordinal 2.º pone a cargo del comodatario, el riesgo de la pérdida fortuita de la cosa prestada gratuitamente cuando el comodatario hubiera podido evitar su pérdida utilizando su propia cosa en vez de aquella; y el ordinal 3.º hace lo mismo cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido

Si tomamos en cuenta los anteriores artículos podemos evidenciar que el legislador, cuando hace referencia a los riesgos, se refiere en forma específica a los «riesgos de la cosa», los cuales, como principio general, deben ser soportados por el propietario. Decir que una persona asume los riesgos de la cosa propiedad de otra persona, implica que un tercero, distinto al propietario, asume la obligación de indemnizar al propietario en caso de lesión a su derecho sobre la cosa. Ello implica una obligación que puede asumir el deudor o el acreedor de la obligación de dar, o bien un tercero. El riesgo y la asunción del riesgo de otro son situaciones diversas. La eventualidad de un daño futuro sobre el derecho de propiedad es un riesgo que afecta siempre a su titular, corresponde a la lesión de un derecho real. En cambio, la asunción de la reparación de dicho riesgo por un tercero, corresponde a una relación jurídica obligacional y se rige por el Derecho de las Obligaciones y de los Contratos. La asunción del riesgo de la cosa, del riesgo de la prestación o del contrato, corresponde a obligaciones de distinto contenido, y de allí el interés de su distinción.

Dicho lo anterior, el «riesgo de la cosa» no debe confundirse con las normas que rigen el «riesgo del contrato en sentido estricto», entendido este como la suerte del contrato cuando una de sus obligaciones deviene imposible con motivo de una causa extraña no imputable al deudor. Si bien el riesgo de la cosa se diferencia claramente del riesgo del contrato, no debe confundirse tampoco el riesgo del contrato en sentido estricto con el «riesgo de la prestación»³⁷.

ii. El riesgo de la prestación: Diferente al «riesgo de la cosa y al riesgo de la contraprestación» es el «riesgo de la prestación». El riesgo de la prestación

deliberadamente la suya. En el mandato, el artículo 1700 del Código Civil impone al mandante indemnizar al mandatario de las pérdidas que haya sufrido a causa de su gestión, si no se le puede imputar culpa alguna.

³⁷ Se debe tener, en todo caso, presente que el riesgo de la cosa, si bien responde a su propia regulación y lógica, cuando una cosa cierta es objeto de alguna de las prestaciones del contrato, la pérdida fortuita de la cosa repercute sobre los efectos del contrato, aunque no sobre el régimen de la llamada teoría de los riesgos. Esto se hace particularmente en los casos en que las partes o la ley disocia el riesgo de la cosa de la titularidad del derecho de propiedad sobre la misma.

consiste en determinar quién debe sufrir las consecuencias negativas que produce la imposibilidad absoluta, temporal o definitiva, total o parcial, del cumplimiento de la obligación por una causa extraña no imputable al deudor. Dicha regla viene gobernada por el principio según el cual el riesgo de la prestación es siempre del acreedor. La misma no es, en realidad, una regla propia al riesgo del contrato en sentido estricto, sino un efecto legal de la causa extraña no imputable como causa de exoneración de la responsabilidad y de extinción de las obligaciones contractuales³⁸.

Según este principio, cada vez que el deudor incumple su obligación por una causa involuntaria no imputable, el acreedor pierde su derecho a exigir en justicia la ejecución de la obligación en especie o la indemnización derivada del daño que produce el incumplimiento. Y es que el deudor resulta exonerado de su responsabilidad cada vez que prueba que el incumplimiento tiene como origen una causa extraña no imputable. Este principio se extrae de lo establecido en el artículo 1272 del Código Civil, según el cual «... El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe».

Según este artículo, cada vez que el deudor prueba que el incumplimiento deriva de una causa extraña no imputable, el acreedor pierde su derecho a reclamar la indemnización por los perjuicios que sufre a causa del incumplimiento involuntario. El deudor queda exonerado de responsabilidad y el acreedor soporta el perjuicio del incumplimiento. Se dice entonces que el acreedor de la prestación sufre las consecuencias negativas de la imposibilidad de cumplimiento. En definitiva, dicha solución es una opción de política legislativa. El legislador ha podido colocar las consecuencias negativas en cabeza del deudor, o bien en cabeza de ambas partes. Tal mecanismo es colorario del régimen subjetivo de la responsabilidad, consagrado en nuestro Código Civil, y en virtud del cual, la responsabilidad solo se genera en caso de incumplimiento culposo.

³⁸ GHESTIN, JAMIN y BILLAU: *ob. cit.*, § 639.

Si esto es así, la distribución del «riesgo de la prestación» no corresponde en ningún momento a una regla de orden público, la cual puede ser modificada por las partes. En efecto, nada impide que estas hagan pesar sobre el deudor las consecuencias de la imposibilidad sobrevinida del cumplimiento de la obligación derivada de una causa extraña no imputable. En este sentido, la doctrina ha reconocido la existencia de las llamadas «obligaciones de garantías», obligaciones en las cuales el deudor se obliga a cumplir la obligación y a indemnizar al acreedor en caso de que la misma devenga imposible por un hecho no imputable³⁹.

Conviene resaltar desde ya que esta regla en relación con los «riesgos de la prestación» nada tiene que ver con los «riesgos de la cosa». Es cierto que en las obligaciones de dar y en aquellas obligaciones que tienen por objeto la entrega de una cosa cierta, los «riesgos de la cosa» se transmiten al adquirente con la transferencia de la propiedad, pero lo anterior no corresponde a un regla del riesgo de la prestación. En efecto, el hecho de que el propietario de la cosa sea el adquirente, y que el adquirente sea el acreedor de la obligación de dar y de las obligaciones consecuenciales de entrega y conservación, en nada modifica las reglas antes anotadas. El «riesgo de la cosa» es, salvo convención en contrario o disposición de la ley, del titular del derecho de propiedad sobre la misma, y el «riesgo de la prestación» corresponde al acreedor, titular del derecho de crédito.

Así, si la transmisión de la propiedad ha sido postergada a un momento posterior al momento de formación del contrato, digamos, por ejemplo, al momento del otorgamiento del documento de venta ante un notario, el «riesgo de la cosa» permanece en cabeza del enajenante hasta el momento del otorgamiento. Ahora, si la cosa perece antes del momento de la transmisión de la propiedad por causa no imputable al deudor de la obligación de dar, será el deudor propietario quien debe sufrir las consecuencias negativas de la pérdida de la cosa, pero será el acreedor quien deberá sufrir las consecuencias negativas de la imposibilidad de ejecución de la prestación.

³⁹ MADURO LUYANDO y PETTIER SUCRE: ob. cit., t. II, pp. 521-532; BERNAD MAINAR: ob. cit., t. II, pp. 191 y ss.; OCHOA G.: ob. cit., pp. 495-502; MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 785-812.

En este sentido, no podrá el acreedor de la obligación demandar la ejecución forzosa de la obligación de dar, pues la misma habrá devenido imposible en forma absoluta; tampoco podrá demandar la indemnización de daños y perjuicios, pues por la causa extraña no imputable el deudor se encuentra exonerado de responsabilidad. Sin embargo, a pesar de la exoneración de la responsabilidad y de la imposibilidad del acreedor de demandar al deudor la satisfacción de su interés, quien sufre el «riesgo de la cosa» es el titular del derecho de propiedad, independientemente de que se trate del acreedor o del deudor. Es al propietario a quien corresponde las acciones y derechos respecto de la cosa, y no al acreedor.

En el caso que, de conformidad con el artículo 1161 del Código Civil, el contrato tenga eficacia real con la formación del contrato, no se plantea el problema del «riesgo de la prestación» de dar. Ello es así, pues la obligación de dar se entiende cumplida desde la formación, y no es susceptible su imposibilidad.

Una excepción a dicha regla viene determinada por el artículo 1203 de nuestro Código Civil. En efecto, según el referido artículo, si el efecto real de la obligación de dar está sujeto a una condición suspensiva, y la cosa peca enteramente, sin culpa del deudor, antes del cumplimiento de la condición, la obligación de dar se reputa no contraída. Dicha norma constituye una excepción a la regla anterior, pues ocurrida la condición, la transferencia de la propiedad –y, por ende, la obligación de dar– debería reputarse cumplida de forma retroactiva. No podría en estos casos hablarse de «riesgo de la imposibilidad del cumplimiento» respecto de una prestación ya cumplida.

En efecto, el artículo 1203, al reputar la obligación de dar como no contraída, elimina la eficacia real del contrato, y coloca «los riesgos de la prestación de dar» en cabeza del acreedor, quien no podrá exigir el cumplimiento de la obligación ni hacer valer la eficacia real del contrato. No por el efecto exoneratorio de la causa no imputable, sino por una regla propia a las obligaciones sujetas a condición suspensiva. La solución repercute, por un lado, en las reglas sobre el «riesgo de la cosa», pues al reputar nula la obligación de dar y considerar al deudor como propietario de la cosa, es este, y no el acreedor,

quien debe asumir la pérdida y a quien se debe reputar como titular de los derechos y acciones asociadas a la misma y a su pérdida. Pero, además, ella repercute, como veremos, sobre los riesgos de la contraprestación, pues se deduce de los efectos previstos en artículo 1203, que el acreedor que por una causa no imputable al deudor pierde su derecho a la prestación, correspondientemente se ve liberado de ejecutar la contraprestación a su cargo.

Sin embargo, dicha excepción únicamente es aplicable si la cosa perece enteramente. Si la cosa perece solo de forma parcial, en dicho caso, la obligación de dar y su efecto real se mantiene en vigencia. No puede configurarse entonces el «riesgo de la prestación». Ello es así, pues, verificada la condición suspensiva, incluso después de la pérdida parcial de la cosa, se reputa que el acreedor es propietario desde la formación del contrato. Cumplida la obligación de dar, el deudor tendrá derecho a la totalidad del precio. El acreedor, como propietario, deberá asumir los «riesgos de la cosa», deberá tenerse como titular de los derechos y acciones vinculados a la cosa. En pocas palabras, verificada la transferencia del derecho objeto de la obligación de dar, no es posible hablar de imposibilidad en el cumplimiento de dicha prestación.

De manera que el «riesgo de la cosa» y el «riesgo de la prestación» son dos figuras jurídicas distintas. Lo anterior se evidencia aún más claramente si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 1344 del Código Civil. En efecto, según el mencionado artículo, «cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece la obligación se extingue». Y es que la pérdida de la cosa hace imposible el cumplimiento de la prestación de dar o de entrega y custodia, según corresponda. De manera que el deudor queda exonerado de toda responsabilidad siempre que dicha pérdida tenga como origen una causa extraña no imputable. Cosa distinta es la determinación de quien debe soportar el «riesgo de la cosa». Ello dependerá de quién sea su propietario o de a quién le corresponda dicho riesgo según el acuerdo de las partes o la ley. Así, por ejemplo, si se trata de una obligación de restitución de una cosa cierta como consecuencia de la terminación de un contrato de arrendamiento, la pérdida de la cosa y el riesgo de la prestación corresponde al arrendador, por un lado, en su condición de propietario y, por el otro, en su condición de

acreedor de la obligación de restitución. Se constata que la producción del hecho dañoso lesiona su derecho de propiedad por un lado, y su derecho de crédito por el otro.

Ahora bien, el artículo 1344 *in commento* sujeta la extinción de la obligación a los siguientes presupuestos: en primer lugar, que la cosa haya perecido sin la culpa del deudor, lo cual es evidente si se tiene que, al perecer la cosa por un hecho imputable al deudor, nos desplazamos del campo de los riesgos de la prestación al terreno de la responsabilidad contractual. En segundo lugar, la norma establece, como requisito para la extinción de la obligación, el que la cosa haya perecido sin estar el deudor en mora de entregarla. Y es que la mora del deudor, como ya se dijo, hace presumir al legislador que la causa de la pérdida y del incumplimiento es imputable al deudor. Se considera en este caso que esta no hubiera ocurrido si el deudor hubiera cumplido su obligación a tiempo. Sin embargo, el deudor queda igualmente exonerado si demuestra que, a pesar de estar en mora, la cosa hubiera igualmente perecido en manos del acreedor de haberse cumplido a tiempo. De manera que la mora establece una presunción desvirtuable de culpabilidad en cabeza del deudor moroso en relación con la extinción de la obligación. En tercer lugar, se requiere que el deudor no haya tomado a su cargo el peligro de los casos fortuitos que imposibiliten el incumplimiento de la obligación. De ser este el caso, le corresponde al deudor responder frente al acreedor, no por el hecho de ser este último propietario, sino por el hecho de ser acreedor de una obligación de garantía otorgada por el deudor sobre el cumplimiento de la prestación. El deudor deberá responder en su carácter de garante de la obligación, lo cual ocurrirá, inclusive en el caso en que el propietario de la cosa cierta sea el mismo deudor.

Se podría pensar que el régimen del «riesgo de la cosa» y el «riesgo de la prestación» se entremezclan en este artículo. Sin embargo, tal apreciación no es correcta en nuestra opinión. El artículo exclusivamente regula el «riesgo de la prestación», y es que solo cuando la prestación tiene como objeto una cosa cierta, la imposibilidad de la prestación puede derivar de la pérdida de su objeto. Nada se dice sobre quién debe soportar los «riesgos de la cosa». Así, si el propietario de la cosa fuera el deudor, las consecuencias patrimoniales que

lesionen dicho derecho real serán soportadas por este. Es el patrimonio del deudor el que resultará desfavorecido, y es a este a quien corresponde los derechos y acciones vinculados a la cosa a fin de restablecer la pérdida. Sin embargo, será el acreedor de la obligación que tiene por objeto una cosa cierta, quien deberá sufrir las consecuencias de la imposibilidad de la ejecución de la obligación por el propietario, no pudiendo exigir ninguna indemnización ante el incumplimiento involuntario. De manera que las reglas que gobiernan los «riesgos de la cosa» y las que gobiernan «los riesgos de la prestación» no se tocan en ningún momento conservando su total y absoluta autonomía una respecto de la otra. Ello es así, pues un mismo hecho, la pérdida de la cosa, lesiona derechos subjetivos distintos, el derecho de propiedad y el derecho de crédito.

Podríamos ilustrar lo anterior con un ejemplo. Imaginemos que una persona es propietaria de una obra de arte y decide prestarla a un museo, obligándose a entregar la obra en una fecha específica, en la cual el museo ha programado con anticipación inaugurar una exposición. Pues bien, es posible que entre el momento en que se forma el contrato y el momento en que se cumple la obligación de entrega, la obra de arte se pierda o quede fuera del comercio con motivo de la ocurrencia de un hecho no imputable al deudor. En dicho caso, la obligación del propietario se extingue, no puede el museo reclamar ninguna indemnización. Sin embargo, los «riesgos de la cosa» permanecen siempre en cabeza de deudor propietario quien, por ejemplo, tendrá derecho a la indemnización del seguro o a exigir la reparación si la pérdida es imputable al hecho de un tercero⁴⁰.

⁴⁰ Es por ello contestable el contenido del artículo 1345 Código Civil, el cual establece: «Cuando la cosa ha perecido, se ha puesto fuera del comercio o se ha perdido sin culpa del deudor, los derechos y las acciones que le pertenecían respecto de esta cosa pasan a su acreedor». Ver en este sentido: CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El *commodum representationis* del artículo 1186 del Código Civil». En: *Anuario de Derecho Civil*. N.º 2. BOE. Madrid, 1987, pp. 602 y ss. Dicho efecto se justifica únicamente cuando una obligación imposible corresponde a una obligación de dar independientemente de que su fuente sea un contrato con eficacia real o con eficacia obligatoria. Si el deudor es el propietario de la cosa, no se entiende por qué los derechos y las acciones de la cosa deban pasar al acreedor de la obligación de entrega. Basta con imaginarse la situación del arrendador, quien sufre la pérdida de la cosa y se ve impedido de entregar la cosa al arrendatario.

Lo anterior podría decirse del depositario de un cosa cierta que se obliga a devolver la cosa a su propietario al finalizar un término convenido. Si la cosa perece por una causa extraña no imputable al depositario, la obligación de restitución se extingue. Es el depositante, acreedor de la obligación imposible, quien debe sufrir las consecuencias negativas de la ocurrencia del «riesgo de la prestación». Sin embargo, a diferencia del ejemplo anterior, es el depositante, acreedor de la obligación de restitución, en su condición de propietario, quien debe sufrir las consecuencias negativas de la pérdida de la cosa. Las reglas en ningún momento se cruzan.

En realidad, las reglas que plantea el Código Civil venezolano no comprenden todos los supuestos, sino que plasman el principio para algunas circunstancias. De donde se deriva que, más allá de los casos expresamente establecidos en las normas anteriormente comentadas, las reglas no deben ser objeto de confusión. El «riesgo de la cosa», salvo convención o norma en contrario, es siempre del propietario, esta es una regla propia del Derecho de Bienes. Su riesgo implica que si no puede reprocharse a nadie la ocurrencia de un evento, o si la carga de mismo no ha sido asumido por otra persona, le corresponde al propietario correr con las consecuencias negativas del mismo, así como las acciones y derechos vinculados a la cosa. El «riesgo de la prestación», salvo convención o norma en contrario, es del acreedor, pues el deudor queda exonerado de responsabilidad y su obligación para con el acreedor se extingue cada vez que pruebe que una causa extraña no imputable imposibilita el cumplimiento de la prestación a su cargo.

La reglas en relación con «riesgo de la prestación» son las reglas aplicables tanto a los contratos unilaterales como a los contratos bilaterales. Ella es aplicable a cada una de las relaciones jurídicas obligatorias que nacen de un contrato. Su estudio se comprende dentro de los efectos de la conocida causa extraña no imputable.

Habiendo delimitado el campo de aplicación del régimen jurídico del «riesgo de la cosa», y del «riesgo de la prestación», el «riesgo del contrato en sentido estricto» es un problema exclusivo de los contratos bilaterales. Dicho

riesgo concierne únicamente «el régimen jurídico de la contraprestación de la obligación de imposible ejecución por una causa no imputable al deudor». Se trata de una noción de riesgo en sentido subjetivo, pues con ella se pretende conocer la persona que debe soportar las consecuencias negativas de la ocurrencia del riesgo, y no la constatación o identificación del perjuicio en sí.

Así, si bien, salvo convención o disposición legal en contrario, el riesgo de la cosa recae sobre el propietario y el riesgo de la prestación recae sobre el acreedor, el régimen legal del riesgo del contrato tiene como objeto determinar la suerte de la contraprestación de la obligación imposible y, por ende, la suerte del contrato como consecuencia de la imposibilidad de una de las partes de ejecutar el contrato por una causa no imputable.

2. El problema del riesgo de la contraprestación o riesgo del contrato. ¿Quién debe soportar el riesgo del contrato?

2.1. El problema

El problema que plantea el «riesgo del contrato en sentido estricto», o «riesgo de la contraprestación»⁴¹, como una parte de la doctrina ha preferido denominarla para su más fácil delimitación, es el siguiente: En un contrato bilateral, cuando una de las obligaciones deviene de imposible ejecución por una causa extraña no imputable, ¿la obligación de la otra parte mantiene su fuerza obligatoria?⁴².

Si se opta por colocar la carga del «riesgo de la contraprestación» en el acreedor de la obligación imposible, ello implicaría que en presencia de un contrato bilateral, el acreedor de la obligación imposible estaría obligado a cumplir la contraprestación sin tener la posibilidad de ver satisfecho su interés. Por el contrario, si la carga del «riesgo de la contraprestación» se coloca en cabeza del deudor de la obligación imposible, ello implicaría que este

⁴¹ MESSINEO, Francesco: *Manuale di diritto civile et commerciale*. Vol. III. Giuffrè. Milán, 1959, p. 307.

⁴² MADURO LUYANDO y PETTIER SUCRE: ob. cit., t. II, pp. 521-532; BERNAD MAINAR: ob. cit., t. II, pp. 191 y ss.; OCHOA G.: ob. cit., p. 495-502; MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 786; GHESTIN, JAMIN y BILLAU: ob. cit., § 639.

perdería el derecho a exigir la contraprestación. Es decir, que al tiempo que se extingue la obligación del deudor por una causa no imputable, ve lesionado su patrimonio al no poder exigir la satisfacción de la ventaja que debía proporcionarle el contrato⁴³.

Pues bien, no existe en Venezuela regulación positiva en relación con el problema que plantea el «riesgo de la contraprestación»⁴⁴. El problema de la falta de regulación positiva de dicho problema viene desde el propio Código Napoleón⁴⁵. Por ello, es criticable el que se pretenda basar el régimen jurídico del riesgo de la contraprestación, o riesgo del contrato en sentido estricto, en normas que regulan el «riesgo de la cosa», como, por ejemplo, el artículo 1161 del Código Civil venezolano. O bien que se pretenda buscar el fundamento al riesgo del contrato en las normas que rigen el riesgo de la prestación, propias del régimen exoneratorio de la causa extraña no imputable en materia contractual establecido en los artículos 1274 y otros; particularmente en la regla contenida en el artículo 1344 del mismo Código.

También es criticable, por no equitativa, que se pretenda descubrir en el artículo 1161 el principio según el cual el riesgo de la contraprestación corresponde al acreedor, desde la formación del contrato, incluso en las ventas con eficacia obligatoria y no real⁴⁶. El problema del aumento o disminución

⁴³ DESHAYES: ob. cit., *passim*; MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 785-812.

⁴⁴ MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 787, «No existe en nuestro Código Civil una disposición de contenido general como el artículo 323 del Código Civil alemán, el artículo 199 del Código de las Obligaciones suizo o de los artículos 1463 y 1464 del vigente Código Civil italiano, por lo que ha optado por recoger una “teoría” o construcción doctrinal, difundida en Francia, donde la situación del Código Civil es análoga a la de nuestro Código».

⁴⁵ GHESTIN, JAMIN y BILLAU: ob. cit., § 643, «*La question des risques n'est traitée d'une manière générale par aucune disposition du Code civil. C'est avant tout à la doctrine de la fin du 19^e siècle que revient le mérite d'en avoir échafaudé la théorie en s'appuyant sur plusieurs de ses articles relatifs aux contrats de bail, d'entreprise et de société, dont elle a soutenu qu'ils exprimaient un principe général.*».

⁴⁶ Ver, en este sentido, MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 795, quien expone: «En nuestro Código Civil hallamos una disposición, el artículo 1161 que establece lo siguiente: “En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por

del valor de la cosa entre el momento de la formación del contrato y de su entrega es –en nuestra opinión– un problema vinculado al alea normal del contrato, y no al riesgo del contrato. En efecto, dicha variación del valor de mercado no corresponde a una causa extraña no imputable, en la medida que corresponde a un hecho perfectamente previsible por las partes. De allí que el adquirente de un bien debe soportar la variación previsible del precio, independientemente del momento de la transmisión de la cosa. Sin embargo, si el deudor incurre en mora en la entrega de la cosa, el perjuicio que produce la variación del precio a partir de la mora del deudor está sujeto al régimen de la responsabilidad civil contractual, y el acreedor tendrá derecho a la indemnización de los daños imputables al retardo injustificado del deudor. Estando en el campo de la responsabilidad civil contractual, el acreedor no tiene derecho a reducir la contraprestación a su cargo sobre la base del régimen aplicable al riesgo del contrato.

En relación con el problema, como ha quedado expuesto, conviene hacer algunas presiones en torno a los presupuestos del mismo. Y es que la doctrina italiana advierte que el problema del riesgo del contrato, más que un riesgo del contrato supone un riesgo de las obligaciones correspectivas. En efecto, según dicha doctrina, el problema se plantea siempre en relación con las llamadas obligaciones bilaterales o correspectivas⁴⁷, es decir, aquellas obligaciones que, independientemente de su fuente contractual o extracontractual, supone que la prestación que realiza el deudor se justifica en una ventaja patrimonial que este espera a cambio o que ya recibió, es decir, una contraprestación. Estas obligaciones bilaterales o correspectivas, si bien generalmente nacen de contratos bilaterales, no por ello puede decirse que los contratos unilaterales están

efecto del consentimiento legítimamente manifestado, y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente aunque la tradición no se haya verificado”. Esto significa que la propiedad y el riesgo del contrato –la posibilidad de la pérdida de la contraprestación por parte de quien debe una prestación a cambio de tal prometida transferencia de la propiedad u otro derecho– pasan al acreedor por el *solo consensus*, aun cuando el deudor se hallare luego impedido de hacerle la tradición o efectiva puesta en posesión de la cosa (artículo 1487 del Código Civil)».

⁴⁷ Vid. POLACCO, Vittorio: *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*. T. I. Athenaeum. Roma, 1914.

excluidos del ámbito del problema en la medida en que, aun cuando sea de manera excepcional, dichos contratos puedan generar obligaciones bilaterales o conmutativas. Es el caso, por ejemplo, de los contratos en los cuales se reconoce la existencia de una ventaja nacida de una situación jurídica exterior al contrato. En este mismo sentido, es posible verificar la existencia de obligaciones bilaterales o correspectivas en relación con las obligaciones de restitución que nacen como resultado de la declaratoria de nulidad o de resolución de un contrato bilateral que haya sido ejecutado por alguna de las partes⁴⁸.

Así, es posible constatar la necesidad de resolver el problema de la suerte de la contraprestación que justifica la obligación imposible cada vez que dichas obligaciones se encuentran vinculadas, sea que las mismas hayan nacido de un contrato bilateral o bien de contratos unilaterales onerosos, en los cuales la justificación del compromiso del deudor de la obligación imposible se encuentra en una ventaja exterior al contrato, o bien que su carácter correspectivo surge como consecuencia del deber de restitución que deriva de la nulidad o de la resolución de un contrato bilateral.

2.2. *Las soluciones propuestas*

2.2.1. Analogía

La cuestión de los «riesgos del contrato» no es tratada de una manera general por ninguna disposición del Código Civil. Como ya se mencionó, fue la doctrina francesa de finales del siglo XIX la que tuvo el mérito de haber construido una teoría apoyándose en varios artículos referentes a los contratos nominados, tales como: el arrendamiento, de obra y el de sociedad, pero principalmente sobre las regulaciones del contrato de arrendamiento y del contrato de obra.

i. El arrendamiento: En efecto, según el artículo 1588 del Código Civil, «si durante el arrendamiento perece totalmente la cosa arrendada, queda resuelto el contrato. Si se destruye solo en parte, el arrendatario puede, según las circunstancias, pedir la resolución del contrato o disminución del precio.

⁴⁸ TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE: ob. cit., § 666.

En ninguno de los dos casos se debe indemnización, si la cosa ha perecido por caso fortuito». De conformidad con esta norma, el contrato se resuelve de pleno derecho si la obligación del arrendador se hace imposible de forma total. Si se hace parcialmente imposible, el acreedor puede escoger entre resolver el contrato o solicitar una disminución del precio.

Así, el arrendatario no está obligado a pagar el canon de arrendamiento si el disfrute de la cosa arrendada se hace imposible, o bien tiene derecho a la reducción del canon o a la resolución del contrato si el disfrute de la cosa se hace parcialmente imposible. La obligación de pagar el canon de arrendamiento se extingue, aun cuando es perfectamente posible, en la medida de la imposibilidad no imputable del cumplimiento de la obligación del arrendador. El riesgo de la prestación imposible lo sufre el arrendatario, y el riesgo de la contraprestación posible la sufre el arrendador⁴⁹.

ii. El contrato de obra: En este mismo sentido, según el artículo 1634 del Código Civil: «Si quien contrató la obra se obligó a poner el material, debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo si hubiere habido mora en recibirla. Si ha puesto solo su trabajo o su industria, no es responsable sino por culpa». El artículo 1635 completa el anterior de la siguiente manera: «En el segundo caso del artículo precedente si la cosa perece sin que haya culpa por parte del obrero antes de ser entregada la obra, y sin que el dueño esté en mora de examinarla, el obrero no tiene derecho para cobrar su salario...».

Siguiendo el mismo principio establecido para el contrato de arrendamiento, el contratista no tiene derecho a cobrar el precio, es decir, a recibir la contraprestación debida por el comitente de la obra, si la obra perece antes de su entrega. Esto es así sea que el contratista se obligó a poner el material, o que el material haya sido puesto por el contratista. Una cosa distinta es quién debe

⁴⁹ En realidad, es inexacto afirmar que el riesgo del contrato recae sobre el deudor de la obligación imposible, pues, si bien este pierde el derecho a la contraprestación, el arrendatario pierde el derecho a la prestación imposible. Por ello, nos parece más exacto hablar del riesgo de la prestación imposible, y del riesgo de su contraprestación, que, en este último caso, del riesgo del contrato en sentido estricto.

soportar el «riesgo de la cosa». Según el artículo 1634, el «riesgo de la cosa» la soporta el contratista, propietario del material, o el comitente, propietario del material, según sea el caso, salvo que el material propiedad del comitente se haya perdido por culpa del contratista, o que el material propiedad del contratista se haya perdido estando el acreedor en mora de recibir la obra. En estos dos últimos casos salimos de campo del riesgo del contrato para entrar en el campo de la responsabilidad civil.

El artículo 1635 del Código Civil define claramente la regla del riesgo de la contraprestación. Y es que el contratista que solo ha puesto su trabajo no tiene derecho al precio de la obra realizada si la misma perece antes de ser entregada. Es decir, si el obrero hace su trabajo, pero la obra perece sin su culpa antes de ser entregada, en ese caso, el contratista, acreedor del precio de la obra, pierde el derecho a la contraprestación. Si bien la norma es muy clara en caso de pérdida total, nada dice en relación con la pérdida parcial, y a la posibilidad del contratista de resolver el contrato o pedir la reducción del precio⁵⁰.

2.3. *La teoría de los riesgos*

Estos diversos artículos permitieron, en particular a PLANIOL, sostener que la resolución del contrato que conlleva su inejecución por una causa extraña no imputable es, en efecto, no la aplicación del régimen de la resolución de contrato, sino aplicación «de una regla no escrita en nuestras leyes que puede formularse de la siguiente manera: la fuerza mayor que extingue las obligaciones de una de las partes, extingue necesariamente, y al mismo tiempo, las obligaciones de la otra parte»⁵¹. Según sus argumentos, la terminación del contrato bilateral por fuerza mayor difiere de la resolución del contrato por

⁵⁰ El mismo principio se encuentra enunciado, aunque de forma más confusa, en relación con el contrato de sociedad. En efecto, según el artículo 1675 del Código Civil venezolano: «Si uno de los socios ha prometido poner en común la propiedad de una cosa y ésta perece antes de haber sido realmente aportada, la sociedad queda disuelta respecto de todos los socios. Queda igualmente disuelta en todos los casos por la pérdida de la cosa cuando solo el goce ha sido puesto en común, y la propiedad continúa correspondiendo al socio. No se disuelve por la pérdida de la cosa cuya propiedad ha sido aportada a la sociedad».

⁵¹ *Note sous Cass. Civ.*, 14 avril 1891, D. P. 1891, 1, p. 330, 2° col.

tres serias de razones. Primero, pues el Código Civil siguió las enseñanzas de POTHIER, quien entendió la resolución como una sanción excepcional no aplicable a la hipótesis de fuerza mayor. En segundo lugar, la causa extraña no imputable hace desaparecer la obligación imposible, mientras que en la resolución, la inejecución no hace desaparecer la obligación no ejecutada. De manera que se trata de la ausencia sobrevenida de la causa de la contraprestación lo que justifica la extinción del contrato. Según PLANIOL, la acción en resolución deriva más bien de una condición implícita sobreentendida entre los contratantes. Finalmente, mientras la resolución deriva de una decisión judicial, la extinción del contrato, según la teoría del riesgo, opera de pleno derecho y de forma automática⁵².

Estos argumentos fueron retomados y completados por la doctrina francesa del siglo XX. Según esta, la labor del juez debe limitarse a constatar la desaparición automática del contrato y ambas partes pueden hacerla valer. Para la doctrina mayoritaria francesa, la teoría del riesgo postula un principio económico presente en los contratos bilaterales mucho antes de la codificación: Si una parte asume un sacrificio patrimonial, lo hace porque cuenta con la exigibilidad de la ventaja patrimonial que le proporcionará la otra parte. Si una parte no puede exigir legalmente la ventaja prometida o puede exigirla solo en parte, no debe estar obligado a sacrificarse patrimonialmente sino en la misma medida.

Una parte importante de la doctrina afirma que el fundamento de la teoría de los riesgos se encuentra en la teoría de la causa de la obligación, entendida esta como la necesidad de toda obligación de tener una justificación económica objetiva⁵³. Y es que la justificación objetiva o económica de la obligación

⁵² PLANIOL, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil français*. T. II. 6.^a, LGDJ. P. ESMAN. París, 1912, § 1337.

⁵³ Entre aquellos que explican la regla en la causa objetiva ver: TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE: ob. cit., § 641; LARROUMET, Christian: *Droit civil, Les obligations, Le contrat*. 5.^a, Economica. París, § 735; PLANIOL: ob. cit., t. II. § 413. Según las funciones que postula la teoría de la causa de la obligación, la causa no solo debe existir al momento de la formación del contrato, sino que en los contratos bilaterales, la causa de la obligación se manifiesta durante la vida del contrato, pues las obligaciones que nacen de dichos

de una de las partes se encuentra proporcionalmente sustentada en la vigencia obligatoria de la obligación de la otra parte y viceversa. Si partimos de esta premisa, la imposibilidad total de una de las obligaciones haría que la otra obligación perdiera totalmente su justificación en forma simétrica. Mientras que la primera obligación pierde su vigencia obligatoria por la aplicación de los principios propios de la responsabilidad contractual, esto es, la exoneración de responsabilidad por reunirse los requisitos de la fuerza mayor, la segunda obligación pierde su vigencia obligatoria en la misma medida, no ya por aplicación de las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual, sino por la pérdida de su justificación económica u objetiva. Así entendida, la única regla aplicable en realidad, si queremos ser coherentes con los fundamentos expuestos, es la regla según la cual el «riesgo del contrato» es siempre, salvo convención en contrario o disposición de la ley, del deudor de la obligación imposible por fuerza mayor (*res perit debitori*). El deudor pierde, en consecuencia, el derecho a exigir el cumplimiento de la contraprestación de la obligación imposible y a retirar la ventaja que espera del contrato. De no perder vigencia este derecho del deudor, el acreedor estaría obligado a realizar el sacrificio prometido sin recibir nada a cambio, el riesgo recaería sobre el acreedor, lo cual sería fuente de una gran inequidad⁵⁴.

2.4. Ambigüedad en relación con las obligaciones de dar y con las obligaciones con contenido puramente obligatorio

La doctrina, tradicionalmente, diferencia los efectos de la teoría de los riesgos entre los contratos con eficacia real y los contratos con eficacia puramente

contratos son interdependientes. El sinalagma genético que se postula en el momento de la formación del contrato se proyecta durante toda su vida. La lógica de la construcción de la teoría de los riesgos del contrato no se ve afectada por las distintas concepciones que del efecto real de las obligaciones de dar se pueda tener. La solución en cada caso va depender del grado de imposibilidad de la obligación afectada.

⁵⁴ Otros fundamentos: la interdependencia de las obligaciones –ver: STARCK, Boris; ROLAND, Henri y BOYER, Laurent: *Obligations*. T. I (*Responsabilité délictuelle*). 5.^a, Litec, París, 1996, § 2007–; la voluntad presumida de las partes –ver: MAZEAUD: ob. cit., t. II, vol. I, § 1109–; la buena fe y la justicia conmutativa –ver: RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean: *Traité de droit civil, d'après le Traité de Planiol*. T. II (*Les Obligations, les droits reels*). LGDJ. París, 1957, § 505–.

obligatoria⁵⁵. En efecto, según esta, el riesgo del contrato en los contratos con eficacia puramente obligatoria corresponde al deudor de la obligación imposible (*res perit debitori*), sin embargo, dicha regla sufre una excepción en relación con los contratos traslativos de propiedad. En dichos contratos, el riesgo del contrato corresponde al propietario de la cosa (*res perit domino*). Es decir que si el acreedor de la obligación de dar deviene propietario, estará obligado al pago del precio o contraprestación. Si, por el contrario, el deudor no logra transmitir el derecho de propiedad y preserva dicho derecho al momento de la configuración del impedimento, el deudor, propietario de la cosa, no tendrá derecho a exigir el precio o contraprestación del acreedor.

Sin embargo, como hemos indicado, dicha afirmación en nuestra opinión no es precisa y se presta a confusión. La confusión parte del error de identificar el «riesgo de la cosa» y el «riesgo de la contraprestación». En realidad, la excepción no es sino aparente. En efecto, el artículo 1161 Código Civil venezolano –el cual tiene como fuente el Código civil francés de 1804– da eficacia real al contrato traslativo de propiedad sobre cosas ciertas. La transmisión de la propiedad opera con la formación del contrato. De manera que una vez formado el contrato con eficacia real no cabe hablar de imposibilidad en la ejecución de la obligación de dar, pues esta nace, se ejecuta y se extingue en un solo momento con la formación del contrato. De manera que en los contratos con eficacia real, atribuir «el riesgo del contrato» al adquirente, en su condición de propietario, constituye una incorrección.

Y es que en los contratos con eficacia real no estamos en el campo de aplicación de las reglas que regulan los riesgos del contrato, salvo por la excepción prevista en el artículo 1203 Código Civil venezolano anteriormente referida. Si la imposibilidad ocurre antes de que la contrato ha producido sus efectos reales, el riesgo del contrato corresponde siempre al deudor. Si, por el contrario, el contrato ya produjo sus efectos reales, no hay lugar para hablar de imposibilidad de cumplimiento, la pérdida de la cosa no hace imposible el efecto real del contrato. Y es que el acreedor ha recibido la atribución patrimonial y, en consecuencia, no puede excusarse de cumplir la contraprestación a su cargo.

⁵⁵ MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 802.

En realidad, en los contratos con eficacia real, ante la ausencia de incumplimiento de la obligación principal, la pérdida de la cosa entre el momento de la formación del contrato y la entrega, no se resuelve según el régimen del riesgo del contrato, sino según el «riesgo de la cosa». Es decir, cumplida la obligación de dar, la suerte de la contraprestación viene ligada a la distribución de las partes del riesgo de la cosa.

Si el acreedor asume el «riesgo de la cosa» con la transmisión de la propiedad, el mismo no puede oponerse al pago de la contraprestación por el hecho de la imposibilidad del cumplimiento de las obligaciones de entrega y conservación. Sin embargo, si el riesgo de la cosa se disocia de la propiedad y lo asume el deudor hasta la entrega de la cosa, ello trae como consecuencia que el deudor debe asumir las consecuencias negativas de la pérdida de la cosa y, a pesar de haber cumplido la obligación principal, pierde su derecho de crédito a la contraprestación, sustituto de derecho real transferido al acreedor.

Como puede verse, se trata de dos regímenes diversos, uno que atiende a la suerte de la contraprestación ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación correspondiente de una de las partes por una causa no imputable, y consecuente exoneración de responsabilidad, y otro que atiende a los riesgos de la pérdida fortuita de la cosa y sus efectos sobre el contrato. Este último no se encuentra justificado en la interdependencia de obligaciones correspondientes o nacidas del mismo contrato bilateral, sino en la distribución legal o convencional del «riesgo de la cosa».

Lo cierto es que el «riesgo de la contraprestación» responde no solo a la teoría de los riesgos del contrato. Ello es así, pues el «riesgo de la contraprestación» está ligado por un lado al incumplimiento no imputable de la obligación correspondiente, incluido las obligaciones de dar, y, por otro lado, fuera de toda hipótesis de incumplimiento, a la distribución del riesgo de la cosa entre las partes. En el primer caso, el riesgo de la contraprestación corresponde al deudor, y en el segundo a aquel a quien corresponda la carga del riesgo de la cosa, sea el propietario, el deudor, el acreedor o incluso un tercero. En dichos casos, quien asuma la carga del «riesgo de la cosa», diverso al propietario,

deberá mantenerlo indemne de su pérdida. Si el riesgo de la cosa lo asume el deudor de la obligación de dar que tiene por objeto una cosa cierta, este pierde el derecho a la contraprestación en los contratos bilaterales, o está sujeto a indemnizar la pérdida al acreedor en los contratos unilaterales. La indemnización comprende únicamente el valor de la cosa, y no los daños y perjuicios extrínsecos que ha podido generar la pérdida⁵⁶. Si el riesgo lo asume el acreedor, este está obligado al pago de la contraprestación en los contratos bilaterales, independientemente del cumplimiento de la obligación de entrega o de la transferencia de propiedad. Y es que la transferencia de la propiedad puede también estar disociada de la formación del contrato.

Es en este último sentido, la Convención de Viena del 11 de abril de 1980 sobre la venta internacional de mercaderías⁵⁷ procede a regular el riesgo del contrato exclusivamente con base en el riesgo de la cosa. En efecto, el artículo 66 de dicha Convención dispone: «La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo –de la cosa– al comprador no liberarán a este de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor». De manera que, mientras el riesgo de la cosa permanezca en cabeza del vendedor, deudor de la obligación de dar, independientemente del cumplimiento del contrato, de la transmisión de la propiedad o de la entrega efectiva de la cosa, el vendedor pierde el derecho al pago del precio si la cosa perece o se deteriora. Sin embargo, una vez ocurrida la transmisión del «riesgo de las cosas» al comprador, la pérdida o deterioro de las cosas no justifica la liberación del comprador del pago del precio. Es necesario indicar que, salvo convención en contrario, la Convención de Viena liga la transmisión del riesgo de la cosa a la transmisión del control efectivo sobre las mercancías.

Otra muestra de la disociación entre el riesgo de la cosa y el derecho de propiedad y su vinculación con el riesgo de la contraprestación viene dado por la Ley de Ventas con Reserva de Dominio. En efecto, según su artículo 1:

⁵⁶ En este sentido, ver: BONHOMME: ob. cit., *passim*; CELEBI: ob. cit., *passim*; MARTIN, ob. cit., *passim*.

⁵⁷ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional mercaderías, <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>.

«En la venta a crédito de cosas muebles por su naturaleza, con reserva de dominio, el comprador adquiere la propiedad de la cosa con el pago de la última cuota del precio, pero asume el riesgo —de la cosa— desde el momento en que la recibe». De manera que si la cosa perece antes del pago de la última cuota del precio, el riesgo de la cosa debería recaer sobre el vendedor propietario, quien debería, en principio, perder el derecho a la contraprestación. Sin embargo, la Ley coloca el «riesgo de la cosa» sobre el comprador, aun cuando el vendedor conserva la propiedad, y disocia así la propiedad del riesgo de la cosa. De manera que, ocurrida la pérdida de la cosa, le corresponde al acreedor de la obligación de dar pagar el precio sin recibir la propiedad del bien. Se deroga así la regla *res perit domino*. El riesgo de la contraprestación está ligado al riesgo de la cosa, y por ello el acreedor debe soportar la consecuencias negativas de la cosa, y pagar el precio de la cosa sin haber recibido el cumplimiento de la obligación de dar. Así, cuando se disocia el riesgo de la cosa de la titularidad del derecho de propiedad, el riesgo de la contraprestación no está determinada ni por interdependencia de las obligaciones, ni por la titularidad del derecho de propiedad, sino por atribución específica del riesgo de la cosa.

De forma inversa, como otro ejemplo, entre la disociación del riesgo de la cosa de la propiedad y su repercusión sobre la suerte de la contraprestación, podemos citar el caso de las relaciones en profesionales y consumidores regulado por el Derecho de Consumo en Francia⁵⁸. Según los artículos 216-1 al 216-6 del Código del Consumo, los riesgos de la cosa y, en consecuencia, de la contraprestación los asumen los proveedores de bienes hasta la posesión física de los bienes por el consumidor, derogando así la disposición de Derecho común, según la cual, los riesgos son del propietario desde la formación del

⁵⁸ *Articles L. 216-1 à L. 216-6 du Code de la Consommation. Ordonnance N.º 2016-301 du 14-03-16, «Tout risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur au moment où ce dernier ou un tiers désigné par lui, et autre que le transporteur proposé par le professionnel, prend physiquement possession de ces biens», «Lorsque le consommateur confie la livraison du bien à un transporteur autre que celui proposé par le professionnel, le risque de perte ou d'endommagement du bien est transféré au consommateur lors de la remise du bien au transporteur».*

contrato. De manera que, si el bien perece sin culpa del vendedor entre el momento de la venta y la entrega al acreedor, el vendedor no tiene derecho a recibir el precio, y si ya lo recibió, el consumidor tiene derecho a su reembolso.

Más allá de la regulación legal o convencional del riesgo de la cosa, y su repercusión sobre la contraprestación, como quiera que, según la teoría del riesgo, la exoneración del deudor por una causa extraña no imputable comporta la liberación del acreedor de su obligación correspondiente, la doctrina debate entre asimilar la teoría del riesgo a la resolución por incumplimiento o a la resolución de pleno derecho.

2.5. Resolución del contrato por incumplimiento

En las referencias al *soft law* y del Código Civil francés, encontramos que ninguno de ellos regula en forma expresa la teoría del riesgo, sin embargo, pueden identificarse dos tendencias. Una de ellas asimila la teoría del riesgo al mecanismo de resolución del contrato por incumplimiento, mientras que la otra adopta el mecanismo de resolución del contrato de pleno derecho. En ambos casos, es el contrato y no la contraprestación el que resulta afectado sobre el régimen de la resolución del contrato.

i. Grupo que asimila la teoría de los riesgos al mecanismo de resolución del contrato por incumplimiento: El Proyecto CATALÁ⁵⁹ y el de CHANCELLERIE⁶⁰, proyectos preparados a los efectos de la reforma del Código Civil francés, asimilaba la teoría del riesgo al mecanismo de resolución del contrato por incumplimiento. Dichos proyectos no hacían sino consagrar en forma positiva las soluciones adoptadas de forma constante por la jurisprudencia francesa por más de un siglo. Y es que la Sala de Casación Civil francesa, dada la falta de regulación positiva en la materia del riesgo del contrato en el Código

⁵⁹ CATALÁ, Pierre: *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*. La Documentation Française. París, 2006.

⁶⁰ *Projet de réforme du droit des obligations. Texte du projet de la Chancellerie*, 2008, http://www.freshfields.com/_download/publications/newsletters/paris/Chancellerie.pdf.

Civil francés de 1804, nunca accedió a darle reconocimiento a la teoría de los riesgos del contrato⁶¹.

En esta misma línea, los Principios UNIDROIT⁶² tampoco regulan de forma expresa la teoría de los riesgos del contrato. Se limitan a establecer en su artículo 7.1.7(4) que cuando el incumplimiento es debido a un hecho de fuerza mayor, si bien tal hecho excusa al deudor de su cumplimiento, de manera total o temporal, según la naturaleza del impedimento, nada de lo anterior impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender el cumplimiento o a solicitar la reducción de la prestación. El artículo 7.3.1 establece, como requisito de la resolución, un incumplimiento «esencial», sin distinguir si el incumplimiento es producto de una causa extraña no imputable o no.

ii. Grupo que asimila la teoría de los riesgos a la resolución del contrato de pleno derecho: La reforma del Código Civil francés hecha en abril de 2018⁶³, en contracorriente de la posición de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil antes referida, consagra expresamente la resolución de pleno de derecho cuando una causa extraña no imputable impide la ejecución total de la obligación del deudor en forma definitiva. En efecto, según el artículo 1218 del Código Civil, producto de la reforma, «cuando el impedimento es temporal, la ejecución de la obligación es suspendida salvo que el retardo justifique la resolución del contrato. Si el impedimento es definitivo, el contrato es resuelto de pleno derecho y las partes son liberadas de sus obligaciones en las condiciones previstas en los artículos 1351 y 1351-1»⁶⁴. En efecto,

⁶¹ *Vid. Cass. Civ., 14 avril 1891*, en: *Grandes Arrêts de la Jurisprudence Civil*. T. II. 13.^a, Dalloz. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE y F. CHÉNÉDÉ. París, 2015, § 180. Ver también: *Cass 1^o Civ., 13-11-14*, N.º 13-24.633.

⁶² *Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*. Ediciones UNIDROIT. Roma, 2010.

⁶³ *Loi N.º 2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance N.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁶⁴ Artículo 1218 del Código Civil: «*Il y a forcé majeur en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par*

según los artículos 1351: «La imposibilidad de ejecutar la prestación libera al deudor concurrentemente cuando ella procede de un caso de fuerza mayor y esta es definitiva, a menos que el deudor haya convenido hacerse cargo o que haya incurrido en mora» y 1351-1: «Cuando la imposibilidad de ejecutar resulta de la pérdida de cosa debida, el deudor en mora no responde si demuestra que la pérdida hubiera igualmente ocurrido si la obligación hubiera sido ejecutada en tiempo. El deudor se encuentra, sin embargo, obligado a ceder los derechos y acciones sobre la cosa».

El Código Civil italiano de 1942 adopta también de forma positiva las soluciones propuestas por la teoría de los riesgos del contrato. En efecto, según su artículo 1463: «En los contratos con prestaciones correspectivas, la parte liberada de su obligación por sobrevenida imposibilidad de la prestación no puede pedir la contraprestación y debe restituir lo que haya recibido, según la normas relativas a la repetición de lo indebido». Así mismo, el artículo 1464 de dicho Código establece: «Cuando la prestación de una parte resulta solo parcialmente imposible, la otra parte tiene derecho a una correspectiva reducción de la prestación por ella recibida y puede inclusive rescindir el contrato si no tiene un interés apreciable en el cumplimiento parcial»⁶⁵.

Teniendo en cuenta el tratamiento de la cuestión se puede evidenciar, por una parte, que existe una ausencia de regulación expresa en el Código Civil francés de 1804 en relación con los riesgos del contrato, y una aceptación por parte de la doctrina de la existencia de reglas que derivan de la teoría de los riesgos. Por otro lado, se evidencia en algunos de los textos del *soft law*

le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1».

⁶⁵ Esta es igualmente la solución adoptada por los Principios Europeos de los Contratos (PELC). Dicho principios no regulan en forma expresa el problema que atiende la teoría del riesgo. Ellos se limitan a establecer en su artículo 9:303(4) «que si conforme al artículo 8:108 una parte queda liberada del cumplimiento de su obligación a consecuencia de un impedimento absoluto y definitivo, el contrato queda automáticamente resuelto, sin necesidad de comunicación alguna, desde el momento en que se produjo la imposibilidad».

y proyectos de reforma estudiados, una tendencia a negar su autonomía en relación con otros mecanismos propios de los contratos bilaterales, como lo es la resolución del contrato. A pesar de ello, el Código Civil italiano y la reforma del Código Civil Francés adoptan la solución propuesta por la doctrina francesa, y rompe con la tradición jurisprudencial francesa de más de cien años, reconociendo la resolución de pleno derecho, o el derecho del acreedor a reducir la prestación.

Visto lo anterior, conviene preguntarse si ante la ausencia de normativa expresa en el Código Civil venezolano, es conveniente admitir separadamente –por vía jurisprudencial– la teoría del riesgo, con autonomía del régimen propio de la resolución del contrato por incumplimiento.

3. Reflexiones en relación con la utilidad de la autonomía de la teoría del riesgo frente a la resolución del contrato

El problema puede plantearse en los siguientes términos: en un contrato bilateral, al provocarse el incumplimiento objetivo de una de las obligaciones por causas no imputables al deudor, ¿podría el acreedor de dicha obligación valerse del mecanismo de la resolución del contrato por incumplimiento? Si la respuesta es positiva, ¿cual sería entonces la utilidad de la teoría del riesgo? En relación con estas dos preguntas pueden hacerse las siguientes reflexiones:

*3.1. Argumentos a favor de la teoría del riesgo*⁶⁶

La resolución del contrato, como lo han entendido la doctrina venezolana⁶⁷ y la mayoría de los sistemas latinoamericanos que siguen el modelo del Código Civil francés de 1804, supone un incumplimiento grave imputable al deudor de la obligación. Hay que reconocer, sin embargo, que el Código Civil francés antes de la reforma, ni el venezolano, distinguen si la resolución del

⁶⁶ MADURO LUYANDO y PETTIER SUCRE: ob. cit., t. II, pp. 521-532; BERNAD MAINAR: ob. cit., t. II, pp. 191 y ss.; OCHOA G.: ob. cit., pp. 495-502; MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 785-812; ANNICCHIARICO y MADRID M.: ob. cit., pp. 65-68; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit., p. 605.

⁶⁷ Vid. MÉLICH-ORSINI, José: *La resolución del contrato por incumplimiento*. 4.^a, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2003.

contrato tiene como presupuesto un incumplimiento culposo o si basta el simple incumplimiento objetivo⁶⁸. En principio, ante la ausencia de un límite legal expreso, nada impediría, desde el punto de vista del Derecho positivo, la admisión de la resolución por incumplimiento, cuando el incumplimiento grave del contrato es consecuencia de una causa extraña no imputable al deudor. Esta es de hecho la solución, como ya hemos mencionado, admitida por la jurisprudencia en el Derecho francés hasta la reforma del Código Civil francés del 2018. Dentro de los efectos más importantes a favor de la teoría de los riesgos del contrato, pueden, sin embargo, enunciarse los siguientes:

i. En primer lugar, los efectos de la teoría del riesgo operan de pleno derecho. No es necesario el pronunciamiento del juez para que opere, ni la resolución del contrato, ni el derecho a reducir la contraprestación. Basta la imposibilidad total y definitiva, total o parcialmente de una de las obligaciones por fuerza mayor para que de pleno derecho se entienda resuelto el contrato o la otra obligación quede sin efectos obligatorios, total o parcialmente.

ii. En segundo lugar, la extinción del efecto obligatorio de la obligación a cargo del acreedor de la obligación imposible, en aplicación de la teoría de los riesgos del contrato, puede ser opuesta por el acreedor de la obligación imposible, por el deudor e incluso por un tercero.

iii. En tercer lugar, a diferencia de la resolución por incumplimiento, los efectos exoneratorios del riesgo del contrato no requiere un incumplimiento esencial, basta con que opere una imposibilidad parcial o temporal de alguna de las obligaciones del contrato bilateral. En los casos en que la justificación objetiva de la obligación se pierda en forma parcial o temporal, no esencial, corresponderá a la parte perjudicada el derecho de reducir la contraprestación parcialmente injustificada teniendo en cuenta la equivalencia patrimonial de las prestaciones al momento de la ocurrencia del riesgo del contrato, o bien a tener el contrato resuelto si el incumplimiento le hace perder interés en el mismo.

⁶⁸ MÉLICH-ORSINI, José: «Sanción de la inejecución del contrato». En: *Estudios de Derecho Civil*. Fabretón. Caracas, 1974, pp. 13 y ss.

iv. En cuarto lugar, la fuente de las obligaciones del enriquecimiento sin causa y del pago de lo indebido es aplicable al problema de las recíprocas restituciones ulteriores a la resolución o reducción del contrato. Según esta fuente, aquel que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento de todo lo que aquella se haya empobrecido.

Ahora bien, sin un texto positivo que establezca un régimen especial, es difícil prescindir de la noción de la causa objetiva para darle una base teórica a dichos efectos. Si bien la aplicación de la teoría de los riesgos permite mantener el principio de la conmutatividad del contrato bilateral en aquellos casos en que una de las prestaciones sea objeto de una imposibilidad total o parcial –en nuestra opinión– la misma resulta insuficiente a los fines de regular ciertas situaciones de manera de compatibilizar el régimen aplicable al riesgo del contrato con el régimen aplicable al riesgo de la prestación.

3.2. Criticas a la teoría del riesgo

A pesar de los elementos que apuntan a su autonomía –en nuestra opinión–, la teoría del riesgo no da cuenta de forma coherente de todas las situaciones, ni de los efectos propios que derivan de los riesgos de la cosa, de los riesgos de la prestación y de los riesgos de la contraprestación. En este sentido, somos de la opinión que la resolución de pleno derecho del contrato, incluso si se trata de un incumplimiento esencial de carácter involuntario, no es necesariamente la solución más adecuada, dado los intereses en juego.

En efecto, como una norma del «riesgo de la prestación», en aquellos casos en que la obligación tiene por objeto una cosa cierta, el artículo 1345 del Código Civil venezolano establece que, si bien la obligación imposible se extingue con la pérdida de la cosa cierta, objeto de la obligación, todos los derechos y las acciones que le pertenecían al deudor respecto de esta cosa pasan a su acreedor. Ahora bien, ¿como se justifica en los contratos bilaterales traslativos de propiedad que el acreedor reciba los derechos que el deudor tiene frente a terceras personas en virtud de la pérdida de la cosa debida si el contrato se resuelve de pleno derecho y el acreedor es exonerado del cumplimiento de la contraprestación a su cargo?

En dicho supuesto, implicaría, por ejemplo, que el deudor deba ceder los derechos de crédito contra la compañía de seguro que asegura el riesgo de la pérdida de la cosa, sin poder recibir a cambio el precio de la cosa. Si bien tal efecto es comprensible cuando se trata de contratos dotados de eficacia real, ¿cómo se explican dichos efectos en aquellos contratos de eficacia puramente obligatoria? En estos casos, la cesión de los derechos y acciones del deudor sobre la cosa al acreedor es incompatible con la resolución de pleno derecho, efecto típico de teoría de los riesgos del contrato. Si el acreedor tiene derecho al recibir del deudor los derechos sobre la cosa, el deudor debe tener el derecho de exigir el cumplimiento del contrato por parte del acreedor. De allí que, en dichos casos, la resolución de pleno derecho que postula la teoría del riesgo es incompatible con el derecho del deudor a recibir la contraprestación.

Igualmente, es posible que el acreedor de la obligación imposible tenga un interés legítimo en mantener el contrato a pesar de la imposibilidad parcial, sin que ello implique la reducción correlativa de la contraprestación. Es el caso, por ejemplo, cuando del acreedor esté interesado de recibir los derechos del deudor sobre la cosa y retener el prestación parcialmente ejecutada, o bien mantener la vigencia de contrato y esperar el cese del impedimento. Es posible, incluso, que el deudor de la obligación imposible asuma voluntariamente el riesgo del contrato, y ofrezca una prestación equivalente a los fines de mantener la eficacia del contrato. En todos estos casos, la resolución o la reducción de pleno o derecho que postula la teoría del riesgo no es necesariamente la solución más acorde con los intereses en juego.

Así, ante la pérdida sobrevenida de la justificación económica de la contraprestación de una de las obligaciones del contrato, el acreedor debería tener la opción de mantener la vigencia del contrato en lugar de su resolución. En definitiva, es la suerte de la contraprestación a cargo del acreedor la que está en juego. La teoría de los riesgos tiene como fin otorgarle una protección al acreedor, frente a la inequidad que comporta la vigencia del contrato a pesar del impedimento que afecta a su deudor. Dicha protección es un derecho del acreedor de la obligación imposible y, en este sentido, este debe ser libre de hacer valer la vigencia del contrato y eliminar los efectos automáticos de la resolución

o de la reducción de la contraprestación en aquellos casos en que el acreedor considere que dichos efectos no son los más adecuados a sus intereses⁶⁹.

Lo anterior nos lleva a pensar que en aquellos sistemas en los cuales no se reconoce de forma positiva los efectos de la teoría de los riesgos, más allá de la disociación legal o convencional del riesgo de la cosa y la propiedad y sus efectos sobre la contraprestación, probablemente la solución más adecuada consista en permitir el acreedor de la obligación imposible optar entre solicitar la resolución del contrato por incumplimiento objetivo o, por el contrario, mantener la vigencia del contrato. En este sentido, si el incumplimiento involuntario es de cierta gravedad, corresponde al acreedor, si ese es su interés, hacer valer la resolución del contrato, o bien optar por mantener la vigencia del contrato, cumplir la contraprestación y subrogarse en los derechos del deudor sobre la cosa. Si, por el contrario, el incumplimiento involuntario no es esencial, corresponde al acreedor de la obligación posible oponer la reducción concurrente de su prestación, o bien optar por proceder a la ejecución de su obligación y subrogarse parcialmente en los derechos del acreedor.

En ningún caso, la resolución del contrato o la reducción de la contraprestación debe ser una opción a la disposición del deudor de la obligación imposible, pues sería contradictorio que el deudor pueda disponer de la protección ofrecida al acreedor.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la acción de resolución por incumplimiento otorga al juez un amplio poder de apreciación en relación con la configuración de la causa extraña no imputable y a la extensión del contrato, favoreciendo así la seguridad jurídica. Si los tribunales prefieren confinar la resolución del contrato al incumplimiento voluntario, y acceder a la regulación del riesgo del contrato a través del reconocimiento jurisprudencial de la teoría del riesgo, es necesario, en todo caso, consagrar la opción del acreedor de mantener

⁶⁹ Esa es, por ejemplo, la solución adoptada en los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos, *vid.* DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo; PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro: *Los Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos*. BOE. Madrid, 2017, artículo 90.

en vigencia el contrato a fin de compatibilizar los efectos del riesgo del contrato con los otros efectos de la causa extraña no imputable antes descritos.

Conclusiones

Las nociones del riesgo de la cosa, del riesgo de la prestación y del riesgo del contrato o riesgo de la contraprestación se prestan a confusiones. Dicha ambigüedad tiene su fuente en el tratamiento dado a la cuestión por el Código Civil francés de 1804, y por la doctrina que comenta dicho Código.

Si bien existen normas propias del riesgo de la cosa, y del riesgo de la prestación en el Código Civil venezolano, no existe en nuestro Código normas positivas que regulen los riesgos de la contraprestación en sentido estricto.

En principio, y salvo convención o disposición legal en contrario, el riesgo del cosa es siempre del titular del derecho de propiedad y el riesgo de la prestación es siempre del acreedor. En los contratos bilaterales, en cambio, el riesgo de la contraprestación, o riesgo del contrato en sentido estricto, es siempre del deudor de la obligación imposible.

En las obligaciones de dar con eficacia real no se plantea, en realidad, el tema del riesgo del contrato. En dichos contratos, la suerte de la contraprestación se asocia con el riesgo de la cosa. Al disociar el riesgo de la cosa de la titularidad del derecho de propiedad, la suerte de la contraprestación depende de un régimen diverso al propuesto por la teoría del riesgo.

Si bien la resolución automática del contrato bilateral aporta una solución a la inequidad que implica para el acreedor de la obligación imposible el mantenimiento de la vigencia del contrato, tal solución no da cuenta de todas las situaciones posibles, ni es necesariamente compatible con los efectos del riesgo de la prestación o el riesgo de la cosa.

Frente a la resolución de pleno de derecho que postula la aplicación de la teoría de los riesgos del contrato, el acreedor debe tener la opción de hacer prevalecer

la vigencia del contrato, a fin de acceder, si así lo desea, a los derechos y acciones del deudor de la obligación imposible.

En aquellos sistemas, como el venezolano, en el cual no hay norma expresa que regula el riesgo de contrato en sentido estricto, la resolución del contrato por incumplimiento representa una opción adecuada a la protección del interés del acreedor de la obligación imposible.

* * *

Resumen: El autor analiza el tema del riesgo en el contrato, el cual está envuelto en una terminología técnica que es preciso dilucidar para su correcta comprensión; así, se requiere diferenciar entre «riesgo de la cosa», «riesgo de la prestación» y «riesgo del contrato» o «riesgo de la contraprestación», para así establecer cuáles son las reglas que se aplican a cada caso y sus efectos jurídicos. En tal sentido, después de explicar que para el «riesgo de la cosa» y el «riesgo de la prestación» el Código Civil trae reglas al respecto, expone que para el «riesgo de la contraprestación» o «riesgo del contrato en sentido estricto» se ha propuesto como solución la teoría de los riesgos del contrato y, con ella, la resolución de pleno de derecho del contrato bilateral; en otro extremo, se postula como alternativa que el acreedor tenga la opción de hacer prevalecer la vigencia del contrato o la resolución. **Palabras clave:** Riesgo, prestación, contrato. Recibido: 29-11-19. Aprobado: 24-12-19.