
Algunos apuntes sobre el riesgo, los efectos de la mora y la *perpetuatio obligationis*

1. – El riesgo⁽¹⁾ es un concepto que a lo largo de los últimos años ha ido suscitando un interés creciente por parte de los estudiosos.

Hasta la fecha no se han realizado estudios lo suficientemente exhaustivos ni se ha conseguido establecer una clasificación idónea del fenómeno en términos dogmáticos.

En cuanto a la definición del riesgo, se ha escrito recientemente que «el riesgo es la consecuencia económica de un hecho incierto» ⁽²⁾. No obstante, esta fórmula no resulta completamente satisfactoria.

En la práctica, se pone en evidencia no ya tanto la probabilidad del evento que determina y está en relación directa con la producción de una consecuencia económica, sino más bien la de esta última de forma aislada.

Fuente: «L'Espressione monetaria nella responsabilità civile», Ed. Cedam, 1994.

⁽¹⁾ G. ALPA, *Rischio*, en *Enciclopedia del diritto*, 1989, vol. 40, págs. 1144 y ss.; Id., *Rischio contrattuale*, en *Novissimo Digesto*, apéndice, Turín, 1986, vol. VI, págs. 863 y ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1975; ALPA-BESSONE-ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Nápoles, 1982; R. NICOLÒ, *Alea*, en *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1958, I, págs. 1024 y ss.; C. CARAVELLI, *Alea*, en *Nuovo Digesto italiano*, I, Turín, 1937; G. DI GIANDOMENICO, *Il contatto e l'alea*, Padova, 1987, págs. 7 y ss.; A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Giappicchelli 1992, págs. 296 y ss.; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, págs. 19 y ss.; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Milán, 1979, págs. 108 y ss.

⁽²⁾ V. SALANDRA, *Delle obbligazioni*, en *Trattato Scialoja e Branca*, Bolonia, 1966, sub art. 1893, págs. 235 y ss.; G. ALPA, *Rischio*, en *Enciclopedia del diritto*, 1989, vol. 40, p. 1146.

Desde este punto de vista, es preferible –en mi opinión– destacar que la esencia del riesgo comprende la incertidumbre de conservar la cosa o de sufrir un perjuicio en lugar de obtener una mejora, o viceversa.

El riesgo del que hablamos se incluye, sin duda alguna, bajo el grupo de los fenómenos económicos pese a tratarse del riesgo jurídico, mientras que el riesgo económico se valora desde el plano relativo a su «necesaria existencia y, por consiguiente, el sujeto queda obligatoriamente vinculado a la necesidad de soportarlo o sufrirlo».

El riesgo puede afectar a cualquier sujeto titular de una determinada posición jurídica presente, como el propietario de un bien, o titular de una posición jurídica potencial y futura, siendo éste el caso de quien tiene derecho a recibir dicho bien a manos del deudor.

El riesgo puede, asimismo, tener carácter instantáneo o requerir una cierta perdurabilidad temporal, al igual que ocurre en el caso de las obligaciones continuadas o periódicas ⁽³⁾.

Si el riesgo es inherente a una obligación se puede dividir en contractual o extracontractual.

En caso de riesgo contractual, cabe debatir acerca de ⁽⁴⁾ si dicho riesgo se refiere al negocio o a la obligación emanada del mismo.

No obstante, se trata –desde mi punto de vista– de un problema inexistente, dado que en el primer caso el riesgo se refiere a un compromiso u obligación aún sin asumir ⁽⁵⁾, mientras que en el segundo el riesgo atañe a una obligación ya asumida.

El primer aspecto plantea el delicado problema de la relación existente entre riesgo contractual y causa negocial ⁽⁶⁾, tema en el que todavía queda mucho por estudiar y profundizar.

⁽³⁾ La extensa conceptualización del «riesgo» incorpora, desde otra perspectiva, los conceptos de riesgo estático y dinámico en *Enciclopedia Italiana di Scienze, lettere ed arti*, Treccani, vol. XXIX, p. 420.

⁽⁴⁾ Por una parte, en relación con el riesgo inherente al contrato: G. PACCHIONI, *Obbligazioni*, Milán, 1898, p. 344, vol. 1; por otra parte, en lo que concierne al riesgo inherente a las obligaciones: G. GORLA, *Dal rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, págs. 49 y 50.

⁽⁵⁾ En relación con el negocio jurídico, G. C. GRAZIOLA, en *Enciclopedia Europea*, Garzanti, vol. IV, voz *Rischio*, p. 754, define el riesgo como «*las condiciones bajo las que un sujeto elige o toma una decisión en caso de que cada ésta pueda producir múltiples consecuencias y efectos y de que cada uno de ellos dé lugar a un particular estado o condición*».

⁽⁶⁾ Para tener una visión más reciente del concepto de causa y la relativa

La diferenciación entre el riesgo inherente a la obligación y el que se asume en el momento de celebración del negocio, surge de forma natural y espontánea.

Por otra parte, el riesgo asumido puede ser propio o ajeno, hecho que se verifica en los contratos de garantía y, en particular, en los contratos de seguros ⁽⁷⁾.

Como hemos dicho antes, uno de los aspectos del riesgo es la duda o incertidumbre sobre la posibilidad de conservar la cosa poseída, entendiendo dicha posesión en sentido material o, más estrictamente, en función de su valor económico, siendo susceptible de pérdida o incremento. Éste es, en concreto, el riesgo que corre el propietario de un bien al que se refiere la regla «res perit domino».

La continua transformación del valor económico de los bienes explica la creencia de que la conservación de la cosa poseída lleva aparejada una gran dificultad.

De esta forma, en caso de depreciación del mercado de divisas el poseedor o titular de un patrimonio líquido expresado, por ejemplo, en la moneda de curso legal o en una divisa extranjera, sufrirá las consecuencias de su comportamiento inactivo y conservador en caso de no la haya convertido tempestivamente en una divisa más sólida y estable.

De igual modo, el poseedor de un bien experimentará las consecuencias de su depreciación en caso de que haya mantenido la inversión inmutable en lugar de liquidar dicho bien tempestivamente.

bibliografía, véase: L. FERRIGNO, *Contratto ed impresa*, Padova, 1985, I, págs. 115 y ss. Acerca de la prolongada crisis del concepto de causa y de su identificación con la distribución de los riesgos negociada por las partes: M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1975, págs. 207 y ss., 227, 258 y ss., 262, 268 y ss., 273 y ss., 258 y ss.; ROPPO, *Il contratto*, Bolonia, 1977, págs. 175 y ss.; A. D'ANGELO, *Contratto ed operazione economica*, Turín, 1992, p. 291. Otros tienden a identificar la causa con la propia operación económica, lo que recuerda y se relaciona con el concepto de riesgo.

⁽⁷⁾ En los contratos de garantía o de seguro, el garante o asegurador cubre el riesgo ajeno, ya sea comprometiéndose a conservar la cosa asegurada, ya sea cubriendo un riesgo asumido por el fiado. Uno de los problemas principales planteados de reciente en el marco de la doctrina legal y la jurisprudencia, reside en la determinación y determinabilidad del riesgo garantizado y en la nulidad de los contratos de fianza «omnibus» debido a la indeterminación e indeterminabilidad de la cosa garantizada o, lo que es lo mismo, del riesgo ajeno: G. VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la fidejussione omnibus sia invalida*, en *Il Foro Italiano*, 1985, I, p. 507; Id., *Sulla fidejussione bancaria ed i suoi limiti*, en *Il Foro Italiano*, 1990, I, págs. 558 y ss.

La prueba de una particular aplicación del principio «res perit domino» nos la aportan los arts. 1376, 1378 y 1465 del CC italiano a través de los efectos reales del contrato y la regla complementaria «res perit ei qui adquiriit».

El riesgo subsiste a todas luces en el marco de las obligaciones de tracto sucesivo, continuadas o periódicas, que tienen por objeto un *genus* o cosa.

En este supuesto, el riesgo de pérdida o destrucción material se atribuye al deudor tanto en el caso de que su patrimonio comprenda el bien o la cosa debidos («res perit domino»), como en el de que tenga que enajenarla para hacer entrega al propio acreedor («et genus nunquam perit et casum sentit debitor»). Por el contrario, la variación económica de la prestación esperada es a favor o a expensas del acreedor de dicha prestación, al igual que el mayor o menor gravamen o beneficio de la misma respecto a la prestación debida o negociada de forma que, en última instancia, el riesgo global del negocio u operación grava o favorece a las partes

Llegados a este punto, resulta oportuno mencionar el excesivo gravamen originado por la resolución del contrato en los supuestos contemplados en el art. 1467 del CC italiano, siempre que la prestación debida adquiera una dimensión especialmente gravosa debido a circunstancias imprevisibles o fortuitas ⁽⁸⁾.

Aún más pertinente se revela el tema relacionado con el riesgo normal del contrato, que –en mi opinión– precisa ulteriores estudios y un análisis más exhaustivo ⁽⁹⁾.

Todo razonamiento orgánico acerca del riesgo debe dar cabida, necesariamente, a una reflexión sobre las soluciones a las que pueden acogerse las partes para minimizar el riesgo y maximizar el resultado.

Estamos hablando de los contratos de opciones, en los que el riesgo está limitado por los contratos de compraventa a plazo

⁽⁸⁾ BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Turín, 1952, págs. 171 y ss., 221 y ss.; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Nápoles, 1951, págs. 239 y ss.

⁽⁹⁾ BOSELLI, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948, p. 769; G. DI GIANDOMENICO, *ob. cit.*, págs. 249 y ss.

con premio de títulos (dont), de los contratos de futuros, de las opciones de compra (call) y de las opciones de venta (put) ⁽¹⁰⁾, sin mencionar las compras y ventas de cobertura.

Ni que decir tiene que al tema de los contratos aleatorios y, en contraposición, al de los contratos no aleatorios se le podría dedicar un espacio mucho más amplio del que nos permiten estos breves apuntes sobre la materia

2. – Otro de los temas que hemos de tratar minuciosamente es el de los efectos de la mora sobre el riesgo.

La mora del deudor se rige por lo estipulado en el art. 1221 del CC italiano ⁽¹¹⁾. La interpretación general de la norma considera que el riesgo grava sobre el deudor moroso como resultado de una hipotética perdurabilidad de la obligación de prestar o de hacer entrega de la cosa debida a causa de la mora.

Por otra parte, durante la *mora debitoris* el riesgo no recaería sobre el acreedor, quien se vería tan sólo beneficiado al mantener su derecho al cumplimiento.

Este tipo de interpretación resulta del todo erróneo.

En la práctica, la ley no establece la obligación por parte del deudor en mora de dar o entregar la cosa debida incluso después de y pese al perecimiento o destrucción de la misma; más bien dispone que, por lo general, se atribuye al deudor moroso la responsabilidad de probar la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación por causa no imputable a aquél, tal y como contempla el art. 1207.1.º del CC italiano, en un caso análogo.

En otras palabras, si la pérdida o destrucción de la cosa tiene lugar durante la mora del vendedor, este último no tendrá

⁽¹⁰⁾ Sobre los contratos de compraventa a plazo con premio de títulos (dont), los contratos de opciones, las opciones de compra (call) y las opciones de venta (put): vid. *Dizionario di Banca e Borsa*, Milán, 1979, bajo las respectivas voces *dont*, *premio*, *call* y *put*.

⁽¹¹⁾ C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit. sub arts. 1219, 1220, 1221 y 1222, págs. 183 y ss., 232 y ss.; A. MAGAZZÙ, *Mora del debitore*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVI, págs. 934 y ss.; U. NATOLI y L. BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 1975, págs. 223 y ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1975, págs. 87 y ss.; M. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1948, págs. 247 y ss.; RAVAZZONI, *Mora del debitore*, en *Novissimo Digesto Italiano*, X, Turín, 1964, págs. 904 y ss.; A. MONTEL, *La mora del debitore*, Padova, 1930.

derecho a exigir el pago del precio por parte del comprador y deberá devolverle todo anticipo y contraprestación recibidos.

En definitiva, la imposibilidad sobrevenida constituye una obligación que recae sobre el deudor.

En lo que respecta al acreedor, una atenta lectura del art. 1221 del CC italiano nos lleva a considerar que la mora del deudor no produce la supresión del riesgo a cargo del acreedor, tal y como se puede llegar a pensar normalmente.

El art. 1221.1.º del CC italiano *in fine* introduce, de hecho, la excepción (relativa a la prestación o cosa debida) consistente en que, siempre que el deudor demuestre que «el objeto de la prestación se habría perdido o destruido igualmente estando en posesión del acreedor», de habersele hecho entrega del mismo, la pérdida resulta imputable al acreedor, aun cuando el deudor se hallase en mora ⁽¹²⁾.

Así pues, ateniéndose al caso expuesto con anterioridad y aun cuando el vendedor en mora demuestre que la cosa se habría perdido de todas formas en manos del comprador, este último, pese a no recibir la cosa, deberá pagar igualmente el precio establecido y no podrá exigir la restitución de la contraprestación o cuotas anticipadas o pagadas.

No se puede subestimar la gravedad del riesgo que, incluso en el caso aislado que hemos considerado en precedencia, sigue pesando sobre el acreedor, en contra de cuanto sostienen quienes consideran que la mora del deudor hace cesar el riesgo que se cierne sobre la contraparte.

A este respecto, cabe señalar que una acertada interpretación ha ampliado el ámbito de aplicación del art. 1221.1.º del CC italiano del perecimiento material a toda pérdida de carácter económico, es decir, a la circunstancia en que «el acreedor no hubiese usufruido, en cualquier caso, de la prestación» ⁽¹³⁾.

En última instancia, el riesgo sigue correspondiendo al acreedor, si bien de forma excepcional, no obstante la mora del deudor, hasta la extinción de la obligación y, en consecuencia, a la liberación total de aquél mediante la prueba de la imposibilidad sobrevenida de

⁽¹²⁾ La excepción ya contemplada por el Derecho Romano clásico (Ulp. Dig. 30, 47, 6) fue generalizada por Justiniano.

⁽¹³⁾ A. TRABUCCHI, G. CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1984, sub art. 1221, p. 816.

cumplimiento de la prestación o de la resolución contractual, como se explica más adelante.

Éste es uno de entre los aspectos más desatendidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, hecha salvedad de alguna alusión a las dificultades relativas a la prueba de que el bien o cosa se habría perdido o destruido estando, igualmente, en posesión del acreedor ⁽¹⁴⁾.

3. – A diferencia de cuanto acontece en la mora, el acreedor deviene insensible al riesgo (a todo riesgo) relativo a la prestación debida al verificarse la *perpetuatio obligationis* o transformación del objeto de la prestación con respecto al deudor. Lejos de su aparente significación literal, la obligación permanente no ha de identificarse con la fijación definitiva (permanente) del vínculo de cumplimiento de la obligación principal del deudor de dar o hacer entrega de la cosa, ni con la de pagar el precio por parte del acreedor.

Por otra parte, tampoco se ha de presumir la fijación del vínculo del deudor de dar o entregar (no obstante la imposibilidad sobrevenida) el bien perecido o perdido al precio pactado, corriendo el riesgo de ulteriores e indeterminadas variaciones de precio, en lo que respecta a la compraventa de un determinado bien o *species* a un determinado precio.

Hemos de recordar, pues, que como resultado de la mora (de carácter transitorio y subsanable en cualquier momento), el riesgo de la pérdida de la cosa debida se traslada temporalmente del acreedor al deudor (en mora).

A consecuencia del perecimiento, el riesgo se traslada definitivamente del acreedor al deudor con arreglo al principio «*casum sentit debitor*», hecho que determina la liberación definitiva del acreedor y la extinción de la obligación de pagar el precio, al tiempo que el deudor queda igualmente exonerado y se extingue su obligación de dar o entregar la cosa (por tratarse de *species perita* o cosa perdida); por el contrario, el deudor no queda exonerado del deber de indemnización de los daños por incumplimiento (*perpetuatio obligationis*) ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ C. M. BIANCA, *ob. cit.*, Milán 1979, p. 238; P. PERLINGERI, *Codice civile annotato*, Turín 19, *sub art.* 1221, págs. 59 y ss.

⁽¹⁵⁾ P. PERLINGERI, *ob. cit.*, *loc. ult. cit.*, entre otros, concuerdan en que, en la

En última instancia, en caso de compraventa de una cosa debida, el vendedor en mora soportará los efectos de la pérdida del bien al perder el derecho a exigir la contraprestación del comprador y deberá, asimismo, pagar un precio superior al negociado por el bien perdido (en virtud de la teoría del lucro cesante), lo que establecerá definitivamente una recíproca obligatoriedad.

Esta obligatoriedad recíproca adquiere carácter permanente al constatarse la imposibilidad sobrevenida.

En el ejemplo propuesto, el riesgo recíproco del vendedor en mora y del comprador o adquirente se materializa en ese mismo instante, de forma que, posteriormente, las partes no corren ni asumen ningún otro *riesgo teórico en relación con la obligación principal, prestación exigible recíprocamente que ha devenido imposible*.

Una vez materializado el riesgo, la situación se torna definitiva en la medida en la que el acreedor ya no tendrá que soportar ni tan siquiera el riesgo previsto en el art. 1221.1.º del CC italiano *in fine* en relación con la eventual obligación de soportar la pérdida, ya que el bien se habría perdido o destruido igualmente estando en su posesión; por su parte, el deudor no podrá exigirle, sucesivamente y durante el tiempo restante, el cumplimiento de dicha obligación ni la asunción del pertinente riesgo.

Es evidente que el acreedor, una vez exonerado del vínculo obligatorio con la contraparte y después de haberse materializado el riesgo en el momento de la pérdida, no puede pretender beneficiarse de posteriores aumentos de precio del bien.

Como escribí hace tiempo ⁽¹⁶⁾, y tal y como establecía acertadamente la Sentencia de la Corte di Cassazione (Tribunal Supremo italiano) núm. 6200, de 20 de junio de 1990, la materialización del riesgo a consecuencia de la *perpetuatio obligationis* opera en ambas direcciones, hasta el punto de que ninguna

práctica, el art. 1221 del CC italiano se aplica al deudor de *species* que se halle en mora en la obligación de dar o hacer entrega de la cosa, recayendo sobre el mismo sujeto la responsabilidad que, en caso contrario, se atribuiría al adquirente en función del principio «res perit domino».

⁽¹⁶⁾ G. VALCAVI, *Intorno al concetto di perpetuatio obligationis, e al tempo di riferimento nella stima del danno da risoluzione per inadempienza contrattuale*, en *Rivista di diritto civile*, 1992, II, p. 399; Id., *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, en *Rivista di diritto civile*, 1987, II, págs. 31 y ss.

de las partes sufre recíprocamente los efectos de una posible tendencia alcista o depreciación posterior de la contraprestación, de carácter bilateral, de la que quedan exonerados.

Ninguna de las partes (incluido el acreedor) debe temer un perjuicio o daño futuro, al tiempo que tampoco puede esperar obtener beneficio alguno, por poner un ejemplo, de la evolución y comportamiento de los precios, ya se trate de precios al alza o a la baja.

Cabe destacar al respecto que el riesgo contractual reside, principalmente, en la contraprestación exigible por la contraparte y en el nexo económico con la contraprestación debida, de forma que la liberación de la obligación recíproca determina la extinción del riesgo o, más concretamente, en las relaciones jurídicas de responsabilidad, su cristalización con referencia al momento considerado.

De existir imposibilidad sobrevenida, todo cuanto se ha expuesto en materia de cristalización del riesgo y de *perpetuatio obligationis* puede repetirse en el caso de rescisión del contrato, con arreglo al art. 1453 y siguientes del CC italiano.

No obstante, en ese supuesto, la rescisión produce efectos retroactivos en virtud del art. 1458 del CC italiano en el momento del incumplimiento, quedando exoneradas ambas partes (es decir, tanto el acreedor como el deudor) de las recíprocas obligaciones y fijando, en dicho momento, la indemnización debida por el daño causado.

En los supuestos de resolución por incumplimiento contractual, la obligación persiste y el riesgo se cristaliza en el momento en que se constatan y validan los efectos de la resolución del contrato.

A partir de ese momento, las partes quedan exoneradas de la propia prestación y no pueden exigir el cumplimiento de aquella de la contraparte (como consecuencia de la recíproca liberación de las respectivas obligaciones). De esta forma, ninguna de las partes quedará sujeta al riesgo relativo a la prestación esperada recíprocamente y de la que ambas quedan exoneradas.

Como es lógico, en lo sucesivo se considerará a cargo y a favor de cada una de las partes el riesgo relativo al bien que se hubiera considerado con anterioridad objeto de la prestación y que, debido a los efectos retroactivos de la resolución, vuelve a formar

parte del patrimonio de su propietario conforme a la regla «res perit domino».

En los casos de resolución previstos en el art. 1454 del CC italiano, la *perpetuatio* se produce en el momento en que el contrato queda sin efecto alguno una vez expirado el plazo contemplado en el requerimiento.

En aquellos otros contemplados en el art. 1456 del CC italiano, la resolución tendrá lugar en el momento en que se verifique la resolución de pleno derecho.

No obstante, una vez actuada la resolución del contrato acogiéndose a cualquiera de las formas antes mencionadas, ambas partes soportarán de nuevo el riesgo que recae sobre las cosas que deben restituirse mutuamente.

La obligación restitutoria tendrá las mismas características de las obligaciones en general. De esa forma, quedará igualmente sujeta a los efectos de la mora y de la eventual cristalización del riesgo, así como también del relativo resarcimiento del daño al que aludíamos en relación con la obligación principal.

La parte considerada responsable estará formalmente obligada a resarcir a la contraparte el daño cuando se produzca la cristalización o materialización del riesgo y a causa de la *perpetuatio obligationis*, así como los relativos deberes accesorios.