**Teoría de los riesgos. Teoría de la imprevisión (22/08)**

Se habla de riesgos cuando la prestación deviene imposible por una causa no imputable a las partes (1549 CC).

En estos casos en necesario determinar quién sufrirá la pérdida, y en los contratos bilaterales, se debe determinar si el deudor de la prestación que devino imposible tiene igualmente el derecho de exigir la contraprestación.

**Dos soluciones posibles**: el riesgo lo soporta el acreedor (casus sentit creditor) o el riesgo lo asume el deudor (casus sentit debitor). Algunos afirman que existe una tercera regla (res perit domino, la cosa perece para el dueño), pero Gamarra entiende que esta regla no refiere al tema de los riesgos, sino que pertenece al campo de los derechos reales.

**Debe existir una obligación, que debe encontrarse vigente**: Para poder hablar de riesgos debe existir en primer lugar una obligación y que la misma se encuentre vigente (Debe haber nacido, y no puede haberse extinguido por el cumplimiento). Antes de que la obligación surja (antes del perfeccionamiento del contrato) la imposibilidad por causa no imputable no refiere a los riesgos, sino a las nulidades (p ej, si el objeto perece antes de la formación del contrato, art. 1672). Si la cosa perece luego de cumplida la prestación, perece para su dueño. El peligro sucesivo no se soporta como acreedor, sino como propietario.

**Concepto de riesgo**: Es el peligro de que la prestación no pueda llegar a realizarse (total o parcialmente) por imposibilidad fortuita superviniente. Muere el animal que el vendedor iba a entregar, o se quiebra una pata, la cosa es puesta fuera del comercio, etc. (art. 1550). Esto da lugar a una perdida o daño, que puede ser total o parcial.

**El incumplimiento debe darse por una causa extraña no imputable.** Si el incumplimiento es voluntario (por culpa o dolo) el incumplidor debe responder ante su acreedor (1342). Aquí la obligación no se extingue, y se genera la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales del incumplimiento (1551)

**Efectos de la imposibilidad fortuita:** No sólo produce la liberación del deudor (es un modo de extinguir las obligaciones) sino que también exonera a éste de responsabilidad “la obligación se extingue sin responsabilidad de daños y perjuicios” (1549).

Yo vendí mi auto o mi caballo. El primero se destruye por un rayo, el segundo muere de muerte natural. ¿Para quién perece la cosa? ¿Quién sufre el riesgo?

**Res perit domino:** Se contesta res perit domino. La cosa perece para el dueño. De acuerdo con Gamarra, esta es una verdad banal, o una verdad sin importancia práctica. Ya sabemos que la cosa va a perecer para el dueño. La pregunta es, ¿qué ocurre con la obligación recíproca del comprador, de pagar el precio? Además, ¿qué ocurre cuando estamos ante una obligación de hacer o de no hacer? ¿O cuando estamos ante la venta de cosa ajena?

**Casus sentit creditor:** Si decimos que el comprador continúa obligado a pagar el precio, el riesgo será para el acreedor (de la cosa), que aun sin recibirla, debe pagar el precio. Casus sentit creditor. Paga a cambio de nada.

Por otro lado, el deudor, no sufrirá el riesgo, porque la pérdida de la cosa es compensada por el pago del precio, que se considera económicamente equivalente.

**Casus sentit debitor:** si la extinción por imposibilidad fortuita de la obligación del vendedor, hace caer también la obligación correlativa del comprador, porque ambas son interdependientes, y la una no puede subsistir sin la otra, el riesgo lo padece el deudor: casus sentit debitor.

Por ello, el principio de res perit domino es ajeno a la teoría de los riesgos, y la teoría de los riesgos se plantea únicamente en los contratos bilaterales.

**Contratos unilaterales**: en estos casos, lo importante es saber si la pérdida de la cosa libera al deudor (que de acuerdo con el CC, sí lo libera – art. 1549. Cuando hablamos de riesgos, se requiere una alternativa: la posibilidad de adosar el riesgo a uno de los sujetos obligados.

En caso de imposibilidad parcial, el riesgo lo asume el acreedor (art. 1335 CC).

**Art. 1335**: La cosa aumenta, se deteriora o perece para el que la tiene que recibir, a no ser en los casos siguientes:

1º.- Si pereciere o se deteriorare por dolo o culpa del que la debe entregar.

2º.- Si se pactare que el peligro sea de cuenta del que la debe entregar.

3º.- Si la cosa fuese de las que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas.

4º.- Si el deudor ha caído en mora de entregar la cosa. (Artículos 1438, inciso 2º; 1557 y 1805). (\*)

**Solución del CC Uruguayo cuando se trata de obligaciones de dar**: en las obligaciones de dar, el riesgo lo asume el acreedor.

**Art. 1557**: Tratándose de una obligación de dar, su extinción por la imposibilidad de la paga no hace extinguir la obligación recíproca del acreedor.

En las obligaciones de hacer o de no hacer, la extinción es no sólo para el deudor sino también para el acreedor, a quien aquél debe volver todo lo que hubiese recibido por motivo de la obligación extinguida. (Artículo 1335). (\*)

Cuando se trata de una obligación de dar, el riesgo lo padece el acreedor. Aunque perezca la cosa vendida, el comprador igualmente debe pagar el precio (esta solución la ratifica el art. 1682 en sede de compraventa).

**Art. 1682**: Desde que está perfecto el contrato de venta, la pérdida, deterioro o mejora de la cosa vendida se regula por lo dispuesto en los artículos 1335, 1343, 1550 y siguientes.

Si la venta es condicional, se aplicarán las reglas de los artículos 1425 y 1428. (\*)

**En las obligaciones de hacer y no hacer la regla es la opuesta:** el riesgo lo padece el deudor. Se extingue la obligación recíproca del acreedor. Si el acreedor todavía no cumplió, a nada está obligado, y si ya cumplió, tiene derecho a repetir lo pagado. Sorprende que la solución en uno y otro caso sea contrario.

**Explicación de regla adoptada:** la regla adoptada se explica, por el principio romano res perit emptori (la cosa perece para el comprador) y el surgimiento de la venta con efecto real o traslativa de dominio (por el solo acuerdo de voluntades), consagrada por el Código Francés. El comprador deviene propietario en el momento mismo que se pacta el contrato (res perit domino).

En el Derecho Romano, sí se requiere título y modo. Pero en Roma no había un sinalagma funcional. Se veía a las dos obligaciones como independientes, y por ello, el perecimiento de una no afectaba a la otra.

La única justificación de esta regla es la historia “disposición manifiestamente absurda e injusta” (Gorla)

Se trató de justificar esta solución, señalando que si la cosa aumenta de valor se beneficia el acreedor (pero la contrapartida de esto, es la disminución del valor, no su perecimiento). Por ello, esta justificación podría servir para la pérdida parcial, pero no para la total.

Capitant afirmaba que las prestaciones son interdependientes sólo al momento de perfeccionarse el contrato, y luego pasan a ser autónomas, de modo que la suerte de una deja de estar ligada a la suerte de la otra. Este es el argumento que se utiliza para justificar esta solución en nuestro derecho.

Pero la doctrina más moderna, afirma que la correlación o interdependencia no se agota al perfeccionarse el contrato, sino que también se extiende a la ejecución.

En nuestro ordenamiento la resolución por incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido muestran que la relación sinalagmática irradia su influencia más allá de la etapa de perfeccionamiento del contrato.

Asimismo, algo que también que sorprende es que la solución de casus sentit creditor no se aplica a todas las obligaciones de dar. El ejemplo más notable es el de la permuta, donde el art. 1774 establece que el riesgo lo padece el deudor.

**Art. 1774:** Si una cosa cierta y determinada, prometida en cambio, perece sin culpa del que debía darla, deja de existir el contrato y la cosa que ya se hubiere entregado, será devuelta al que la hubiere dado.

Lo mismo sucede en la Promesa de Enajenación de Inmuebles a Plazo, art. 38 también establece el riesgo en cabeza del deudor.

**Art. 38:** Si por caso fortuito o fuerza mayor, el enajenante fuese privado del bien objeto de la promesa, se rescindirá el contrato debiendo el enajenante reintegrar el importe de las cuotas pagadas.

En caso de privación parcial, el adquirente podrá optar entre la resolución o continuar el compromiso reduciendo proporcionalmente el precio (artículo 1710 del Código Civil).

Art. 1841 (arrendamiento de obra): Si el obrero sólo pone su trabajo o industria, pereciendo la cosa, no responde sino de los efectos de su impericia.

Sin embargo, no puede reclamar ningún estipendio, si perece la cosa antes de haber sido entregada, a no ser que haya habido morosidad para recibirla o que la destrucción haya provenido de la mala calidad de los materiales, con tal que haya advertido oportunamente esta circunstancia al dueño.

**Artículo 1805 (arrendamiento de cosas):** Si durante el contrato la cosa arrendada fuese destruida en su totalidad por caso fortuito o fuerza mayor, el contrato queda rescindido.

Si ella es destruida sólo en parte, puede el arrendatario pedir la disminución de precio o la rescisión del contrato, según fuese la importancia de la parte destruida.

Si la cosa fuese solamente deteriorada, el contrato subsistirá, pero el arrendador es obligado a reparar el deterioro hasta poner la cosa en buen estado.

En los casos de este artículo, no ha lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Gamarra entiende que es menester un solo principio general sobre riesgo, y que éste debe ser el casus sentit debitor.

**Obligaciones condicionales:** El inciso 2 del art. 1425 del CC sienta el principio inverso al del inciso 1 del art. 1557.

**Artículo 1425:** Cuando la obligación se ha contraído bajo condición suspensiva y la cosa cierta y determinada, objeto de la obligación, perece por culpa del deudor, queda éste obligado al precio y al resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de realizarse la condición.

Si la cosa perece sin culpa del obligado, la obligación se extingue.

Si la cosa se ha deteriorado sin culpa del obligado o si ha tenido aumento, esos deterioros o aumentos son de cuenta del acreedor.

Si la cosa se ha deteriorado por culpa del deudor, puede optar el acreedor entre resolver la obligación o exigir la cosa en el estado en que se encuentra, con los daños y perjuicios en uno y otro caso.

Cafaro y Carnelli entienden que la incidencia de los riesgos sobre el negocio condicional será diferente según sea la condición suspensiva o resolutoria. En la condición suspensiva, rige el régimen general del art. 1425CC, y afirman que el acreedor sigue obligado a la contraprestación.

**Art. 1428**: La condición resolutoria no suspende la ejecución de la obligación; obliga solamente al acreedor a restituir lo que ha recibido, en caso de verificarse el suceso previsto en la condición.

Los frutos se compensan con los intereses del precio.

Para determinar a quién pertenecen la pérdida, aumentos o deterioros que sobrevienen, pendiente la condición, se atiende a las reglas establecidas en el artículo 1425.

En la condición resolutoria, no se plantea un tema de riesgos, por más de que haya una remisión al art. 1425. La obligación restitutoria, una vez acaecido el evento condicional, al carecer de objeto, no llega a nacer.

**Riesgo parcial, riesgo temporal:** Cuando la cosa no perece totalmente el art. 1335 adopta la doctrina del commodum, según la cual los deterioros y los aumentos que pueda experimentar la cosa recaen sobre el acreedor. Casus sentit creditor.Para Gamarra este es el único caso relevante a los efectos de las obligaciones unilaterales.

Arrendamiento: 1805: confiere al arrendatario la opción entre pedir la rescisión del contrato o la disminución del alquiler.

**Si el riesgo es temporal**: la obligación no se extingue automáticamente. El arrendatario puede elegir entre la rescisión o la cesación del arriendo por el tiempo que dure la imposibilidad (art. 1806) – suspensión o parálisis de la obligación.

**Obligaciones de género**

**Art. 1558**: Las disposiciones precedentes no se extienden a las obligaciones de género o cantidad que perecen siempre para el deudor.

En estos casos en realidad no hay un problema de riesgos, porque al no estar la cosa individualizada, no puede perecer.

**Las excepciones del art. 1335:** La cosa aumenta, se deteriora o perece para el que la tiene que recibir, a no ser en los casos siguientes:

1º.- Si pereciere o se deteriorare por dolo o culpa del que la debe entregar.

2º.- Si se pactare que el peligro sea de cuenta del que la debe entregar.

3º.- Si la cosa fuese de las que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas.

4º.- Si el deudor ha caído en mora de entregar la cosa. (Artículos 1438, inciso 2º; 1557 y 1805).

Ninguna de ellas es, en puridad, una excepción al principio de res perit creditor.

Casos 1 y 4: no se da la imposibilidad fortuita de la obligación. En el caso 2, no hay excepción, sino derogación de una norma que no es de orden público. Numeral 3: en este caso aun no existe una obligación de dar, el contrato aun no se ha perfeccionado.

**TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**

El contrato es un programa sobre el futuro, una aventura, ello entraña un riesgo económico para los contratantes.

La apreciación o valoración de las circunstancias puede resultar errónea. El continuo cambio de las condiciones del mercado y las inevitables oscilaciones de los valores extienden el álea económica incluso a los contratos de ejecución instantánea. Por ej., venta de una casa.

Y en los contratos de ejecución continuada o diferida, el riesgo de un cambio de circunstancias es mucho mayor. Esto puede neutralizarse con cláusulas en el contrato, por ejemplo, estipulando el precio en UI’s, o con cláusulas resolutorias: si el gobierno argentino prohíbe la importación de arena, queda sin efecto el alquiler de la cantera en Uruguay.

Pero cuando el riesgo proviene de eventos imprevisibles, dichos remedios no tienen utilidad.

¿Admite el CC uruguayo que el contrato se revise judicialmente cuando acontecimientos imprevistos trastoquen esencialmente la equivalencia de las prestaciones? Parecería que no.

No obstante, hay autores que sostienen que sí es posible, postulando que el contrato debe resolverse o modificarse, en base a la cláusula rebus sic stantibus, la teoría de la imprevisión, presuposición, excesiva onerosidad superviniente.

Alegan que lo que se asegura, prohibiendo la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, es la protección de una estabilidad formal, la cual es una fachada que encubre una alteración profundamente injusta de la convención.

Para Gamarra primero se debe determinar si la teoría de la imprevisión cabe dentro del CC uruguayo. Y de no ser así, se debe determinar si conviene legislar al respecto, como han hecho tantos otros países.

Gamarra afirma que legislador decide, en oportunidades, sobre la adecuada distribución del perjuicio entre las partes.

En el caso de la imposibilidad superviniente de la prestación, la llamada teoría de los riesgos decide según los criterios del 1557. Pero nada dice el Código para el caso de que la prestación -sin ser imposible- se haya vuelto demasiado gravosa, ni cuando en una hipótesis más general, la proporción económica inicial entre las prestaciones resulte afectada en su base por hechos supervinientes.

El legislador, en ciertos casos, se plantea la variación de las circunstancias dentro de las cuales el negocio se perfeccionó. Aumentos porcentuales en el alquiler, acción de rebaja del mismo.

Hay dos leyes aisladas que pueden filiarse a la teoría de la imprevisión. En cuanto a arrendamientos ganaderos o agrícolas, la ley 10.440 de 1943, permite revisar el alquiler (porque en dicha fecha se dio una gran sequía). La ley 13.232 implantó la reliquidación de las compras de lana de la zafra de 1963, por las variaciones en el precio de la lana. Pero son textos de excepción.

Falta una regulación general legislativa, como sucede en otros países como Polonia, Suiza, Italia, Egipto y Argentina y Brasil.

¿Qué preferir?

1. La inmutabilidad del vínculo obligacional creado por el contrato, que suministra seguridad (certeza, estabilidad)
2. Frente a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, que alteren la base económica del contrato (como por ejemplo, una guerra), la revisión de los contratos por razones de justicia.

No toda alteración en las circunstancias es protegida por esta teoría, las leyes que regulan el fenómeno refieren a una excesiva onerosidad. El álea normal, tolerable, carece de entidad como para sacrificar el gran principio de la obligatoriedad del contrato.

Y la alteración debe ser consecuencia de acontecimientos imprevisibles. Cuando se trata de acontecimientos previsibles, son los contratantes los que deben cuidar sus propios intereses, mediante estipulaciones o pactos, y si no lo hacen, deberán sufrir las consecuencias perjudiciales, por el principio de la autoresponsabilidad.

**Diferencia entre la teoría de la imprevisión y la imposibilidad superviniente**: La idea fundamental del instituto radica en que el vínculo jurídico requiere una cierta normalidad en las condiciones de su desarrollo. Esta anormalidad aproxima la teoría de la imprevisión a la imposiblidad superviniente de la prestación. Pero las diferencias son que la teoría de los riesgos requiere que se de una imposibilidad y produce la extinción automática de la obligación sin necesidad de pronunciamiento judicial. En cambio el costo excesivo de la prestación no impide cumplir (no hay imposibilidad). Por ello, la excesiva onerosidad no libera por sí sola, otorga una acción judicial para pedir al Juez que decrete la resolución o la modificación del contrato. En los casos de imprevisión hay dificultad, no impedimento.

Sólo es aplicable a los contratos conmutativos, ya que debe afectar la ecuación económica inicial. Tanto Argentina como Brasil refieren a la excesiva onerosidad, pero siempre que la prestación sea demasiado gravosa en atención a que la proporción de valor respecto de la contraprestación se altere fundamentalmente.

La inmovilidad, en un mundo donde todo se mueve, es la peor de las inseguridades. Las tendencias modernas del derecho reclaman un mayor campo para la equidad, la aplicación de factores móviles y elásticos, y una ampliación de los poderes del juez.

**Enfoques subjetivos:**

**Cláusula rebus sic stantibus:** Se entiende como implícito en todo contrato que la ejecución de la obligación está subordinada a la perduración del estado de cosas inicial. Gamarra afirma que para afirmar la existencia de esta cláusula, habría que leer el art. 1291 con una interpretación que dicho artículo no autoriza. Dicho art. tendría que decir, que el contrato obliga como la ley, excepto cuando se modifique el estado de cosas originario.

**Teoría de la imprevisión**: según ella el consentimiento sólo puede referirse a lo previsible. Por ello, hay que valorar las circunstancias que no pudieron ser previstas, y que, de haberlo sido, habrían modificado el contrato. La crítica es que el instituto no se construye sobre el factor voluntad, sino sobre la sola situación objetiva del desequilibrio.

**Teoría de la presuposición**: Los efectos deben cesar cuando las circunstancias cambian, ya que, en tal caso, la voluntad queda justificada sólo formalmente, pero no sustancialmente. Se le critica que la presuposición es un motivo, y por ello carece de relevancia.

**Doctrina objetiva**

**Desaparición de la base del negocio:** Las circunstancias son las que permiten deducir lo que integra la base objetiva. Por ej., un inmueble es arrendado para un fin determinado (el hospedaje), y éste es irrealizable porque las autoridades prohíben el turismo.

Para definir si ha desaparecido la base, se requieren dos criterios: 1. Destrucción de la relación de equivalencia entre la prestación y la contraprestación, y la contraprestación deja de ser razonable, 2. Casos en que el fin contractual objetivo expresado en el contrato, se vuelve irrealizable.

**Doctrina del equilibrio económico de las prestaciones. La causa**: Existe una relación de reciprocidad entre las obligaciones que forman el sinalagma del contrato bilateral, por lo que las obligaciones son interdependientes entre sí, y mediante su cumplimiento es que el contrato realiza su función económica (causa). La alteración de esta relación de valor entre las prestaciones determina que una de las prestaciones resulte desproporcionada en su valor respecto de la otra, en la etapa de ejecución. Si la desproporción es significativa, se otorga el remedio de la revisión judicial del contrato.

**Disminución del valor de la contraprestación:** Puede pasar que sea la contraprestación la que se vuelva gravosa. Por ej., cuando se trata de una deuda de dinero en épocas de inflación. Los autores afirman que debe extenderse el remedio a estos casos.

**Derecho positivo uruguayo**

La judicatura Uruguaya rechaza la teoría de la imprevisión, por considerarla inadecuada al CC (a diferencia de los argentinos y españoles).

Sólo en unos pocos casos, se aplico dicha teoría en el Uruguay. María Berlangieri en sentencia del 10 de agosto de 1984, que fue revocada por el TAC. También la Dra. Juncal de Vagnoni, en sentencia del 30 de julio de 1984 aceptó esta teoría. Estos casos se dieron a raíz de la ruptura de la tablita. Posteriormente hubo dos fallos de la Jueza Dora Szafir, de 2005 y 2006. Estos casos se dieron a raíz de la crisis del 2002 (Sentencia No. 78 de fecha 29 de setiembre de 2005 y Sentencia No. 61/2006 del 9 de noviembre de 2006 (ambas dictadas por la Jueza Dora Szafir).

**Ruptura de la tablita:** En noviembre de 1982, con un alto déficit fiscal y fuertes pérdidas de reservas, el gobierno abandonó el régimen tabular. El instrumento de "la tablita" consistía en un cronograma en el que se establecía la futura cotización del dólar día por día a varios meses de plazo. El mismo se implementó dentro de una política económica  denominada "liberalismo estabilizador"

El Banco Central del Uruguay dejó de vender dólares y la cotización saltó de N$ 13.81 a N$ 20 y continuó subiendo hasta estabilizarse en torno a N$ 30 y N$ 33.

Si una persona compraba un auto en octubre de 1982, y se comprometía a pagar la suma de USD 10.000 por él, ello implicaba un desembolso de $138.100. Si se comprometía a abonar este monto en diciembre, el monto a abonar pasaba a ser de $337.500 (2.4 veces más).

**Crisis 2002 como consecuencia de la crisis Argentina y el corralito (valor del dólar):**



Gamarra afirma que, mientras no se modifique la legislación, la aplicación de la teoría de la imprevisión está vedada. Por ahora rige el principio de intangibilidad de los contratos.

Las únicas excepciones son: art. 1294: la extinción de las obligaciones por mutuo consentimiento, revocación por las causas que la ley autoriza, y liberación cuando la prestación deviene imposible (1549)

Y el CC sólo en algunos casos permite al Juez incidir en el contrato: el plazo de gracia (1431), fijación del tiempo y lugar de la entrega (1333), determinación del precio del arrendamiento de obra (1834)

**Equidad y buena fe:** Gamarra afirma que el derecho positivo no admite la teoría de la imprevisión. Y que por tanto no hay vacío legal, y por ello no se pueden invocar los principios generales del derecho. Señala que no puede recurrirse a la equidad para modificar el derecho positivo. La doctrina también afirma que no se comporta de buena fe el acreedor que reclama la contraprestación habiendo variado el equilibrio inicial de los valores. Al respecto, Gamarra refuta este planteo con los mismos argumentos que con la equidad.

**Proyecto de ley:** En el año 2007, el profesor Berdaguer presentó un proyecto de ley al Instituto de Derecho Civil, el cual proponía que se modificara el artículo 1291 del CC, y se agregara el 1291-1, con este texto establece:

“En los contratos bilaterales conmutativos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, ocasionándole una pérdida anormal y exorbitante, debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte lesionada podrá demandar la resolución del contrato. El mencionado derecho a demandar la resolución del contrato caducará de pleno derecho dentro del plazo de un año contado a partir del momento en que se hubiere producido el referido acontecimiento extraordinario (…)”.

**Prof. Blengio:** se enfrenta a los principios tradicionales de autonomía de la voluntad e intangibilidad del contrato, derivado del ancestral “pacta sunt servanda”.Propone un nuevo principio de equilibrio contractual, que atiende a la función económica del contrato y procura preservar una razonable equivalencia entre las prestaciones a que se obligan ambos contratantes, tanto en el momento de la formación del contrato como en la etapa de ejecución del mismo.

En aplicación de este principio, propone que en caso de que la prestación a cargo de una de las partes sea afectada por una excesiva onerosidad superviniente, en ese caso ambas partes deberán cooperar y renegociar en busca de un equilibrio razonable. Y en caso no lleguen a un acuerdo, dicha situación justifica que intervenga un juez.

Señala que, de ese modo, se satisface una necesidad axiológica del sistema, que está destinado a la realización de valores útiles y justos.

Carlos de Cores también afirma que, en base a los principios generales del Derecho, sería posible que los Jueces apliquen la teoría de la imprevisión.

**Exigibilidad. Incumplimiento anticipado. Medidas defensivas: ENAC, Derecho retención, suspensión preventiva de cumplimiento (24/8)**

**Exigibilidad**

**Requisitos que debe cumplir la falta de cumplimiento, para que se configure el incumplimiento de la obligación:**

Para que se configure el incumplimiento (hecho ilícito), debe verificarse una falta de cumplimiento de la obligación: a) un actuar culpable, en las obligaciones de medios, o b) una ausencia de resultado, en las obligaciones de resultado.

Pero además, dicha falta de cumplimiento debe cumplir con los siguientes requisitos: a) Ser materialmente imputable al deudor y b) Referir a un incumplimiento exigible.

El incumplimiento, tanto temporal como definitivo, presupone en principio la exigibilidad de la obligación, y la obligación es exigible cuando se ha vencido el plazo o se ha cumplido la condición suspensiva (1502).

Una obligación que se encuentra con plazo o condición suspensiva pendiente no es exigible, y por tanto, no es susceptible de incumplimiento, salvo el denominado incumplimiento anticipado que se verá más adelante.

Se ha dicho que, para que la obligación sea exigible, además debe ser líquida. Si bien Gamarra considera que no es necesario este requisito, la iliquidez de la deuda, cuando el deudor carece de elementos para calcularla y el acreedor debe proporcionarlos, puede constituir un obstáculo para la configuración de la mora.

**Plazo**: El plazo es un elemento esencial de toda obligación, porque es inconcebible que sea cumplida instantáneamente en el momento de su nacimiento, requiriéndose el tiempo material congruo para su ejecución.

**Si no se establece un plazo**: se debe determinar si para el cumplimiento era esencial la designación de un plazo. Si no lo era, la obligación es exigible a los 10 días (1440). Si la determinación del plazo si era esencial, se requiere la fijación judicial del plazo, que debe hacerse teniendo en cuenta los usos y costumbres (1333 inc 2).

**Art. 1440**: La obligación en que por su naturaleza no fuere esencial la designación del plazo o que no tuviera plazo cierto estipulado por las partes o señalado en este Código, será exigible diez días después de la fecha.

**Art. 1333**. La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble. El que se ha obligado a entregar una cosa debe verificarlo en el lugar y en el tiempo estipulado; y en defecto de estipulación, en lugar y tiempo convenible según el arbitrio judicial (artículo 1245).

**Diferencia entre obligación en la que es esencial la designación de plazo y plazo esencial:** en el primer caso, la naturaleza de la prestación hace que ella no pueda cumplirse instantáneamente. En el caso del plazo esencial, la obligación no satisface el interés del acreedor si se cumple fuera del plazo.

**Usos y costumbres:** La jurisprudencia ha entendido que no siempre que se ha omitido la fijación convencional del plazo, corresponde hacerlo por la vía judicial. Cuando los usos y costumbres imponen un plazo, la obligación es exigible sin necesidad de acudir al arbitrio judicial.

**Condición**: mientras que el plazo es un evento futuro y cierto, la condición es un evento futuro e incierto en su acaecimiento. Debe tratarse de un evento ajeno a las prestaciones a las que se obligan los contratantes.

**La condición meramente potestativa y potestativa mixta**: en la condición meramente potestativa, la eficacia del contrato se subordina a un hecho del propio deudor, cuya realización es totalmente indiferente para este.

La condición potestativa o potestativa mixta involucra un hecho externo, pero ligado directa o indirectamente con la actividad del deudor. Ejemplo: el deudor se compromete a solicitar un préstamo en el BHU, para comprar una propiedad (que el BHU otorgue el préstamo es el hecho externo, ligado a la conducta del deudor).

El art. 1413 establece que será de ningún efecto la condición meramente potestativa.

**Sentencia 73/2019**: *En segundo lugar, se impone analizar si lo acordado en la Cláusula 2.2.- se trata de una condición potestativa o meramente potestativa.-*

*Sabido es que la condición meramente potestativa es aquélla cuyo cumplimiento está subordinado pura y exclusivamente a un hecho propio del deudor o del acreedor y cuya ejecución o inejecución no afecta el interés del que puede o no ejecutarla.- Por eso, se entiende que la ausencia de interés en la verificación de la condición implica ausencia de interés en el contrato y que, por eso, es nula, tal como lo consagra el art.1413 del Código Civil.-*

*"Es por ello que la condición meramente potestativa determina la inexistencia del contrato, porque el contenido del acuerdo habilita al deudor para que, caprichosamente, decida quedar o no vinculado, constituirse o no en deudor, por no haber intención seria de obligarse (arts. 1253 y 1413 CC)".-*

*Distinto es el caso de la condición potestativa, puesto que aquél que debe ejecutarla tiene un interés personal en ello y, de no hacerlo, perjudica dicho interés, de lo que se deriva que es válida.-*

*"La diferencia radical se encuentra, no en la libertad de cumplir o no que tendría la primera y de la que carecería la segunda, sino en que, al no hacerlo, la parte que asumió el hecho condicional lesiona un interés personal, por lo que, razonablemente, cabe concluir que no dejará de ejecutarlo" (cf. Cafaro-Carnelli, Eficacia Contractual, 1ª edición, FCU, 1996, p.58-61).-*

**Mora:** Asimismo, para que el deudor incurra en incumplimiento, de ser constituido en mora (se verá en la próxima clase).

**El incumplimiento anticipado y la resolución del contrato pendiente el plazo:** Cafaro y Carnelli han sostenido que, en la hipótesis de seguridad de que sobrevendrá el incumplimiento, la función del plazo decae y no es necesario esperar a su vencimiento para ejercer la acción de resolución del contrato por incumplimiento.

El art. 72 de la Convención de Viena sobre CV internacional de mercadería establece que si, antes de la fecha de cumplimiento fuere evidente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

**Medidas Defensivas**

El ordenamiento jurídico pone a disposición de los sujetos privados diversos institutos para que defiendan su esfera de interés, en forma inmediata e incluso por la vía de hecho.

En el ámbito contractual, los institutos más significativos de esta llamada autotutela privada son:

1. La excepción de contrato no cumplido
2. La facultad de suspender la ejecución de la prestación, en caso de riesgo de no obtener la contraprestación, y
3. El derecho de retención
4. **Excepción de Contrato no cumplido**

En los contratos bilaterales el incumplimiento de una parte, faculta a la otra para accionar judicialmente y peticionar la ejecución de la contraprestación, o la resolución del contrato (art. 1431)

Pero existe otra posibilidad. La de observar un comportamiento puramente defensivo, y esperar a que el co-contratante reclame el cumplimiento de la prestación, y entonces paralizar tal requerimiento con la excepción (para ello el excepcionante no puede haber cumplido aún). Es un remedio de carácter suspensivo.

Puede definirse como un derecho potestativo del deudor, en un contrato sinalagmático, de retener el propio cumplimiento mientras la otra parte no cumpla.

Para poder exigir el cumplimiento del excepcionante, la contraparte debe cumplir o demostrar que está pronto para cumplir con su obligación: no cumplo si tú no cumples.

Por ello, se dice que la exceptio non adimpleti contractus es una causa de justificación del no cumplimiento. No se trata de un incumplimiento, pues la conducta de retener el propio cumplimiento constituye un acto permitido por el derecho, del mismo modo que las causas de justificación, que eliminan la ilicitud, tanto en el derecho penal como en el civil.

Se trata de una excepción dilatoria, que puede oponer el demandado en juicio (y no el juez de oficio), y también puede renunciar a oponerla.

También puede oponerse fuera del proceso, cuando se formula el reclamo extrajudicialmente, como una causa de legitimación del incumplimiento.

CC: nuestro Código al igual que sucedía con el francés, no cuenta con una regulación general de la excepción de contrato no cumplido. Pero la doctrina y jurisprudencia lo acepta unánimamente, y se aplica con frecuencia. Se basa en el principio de igualdad entre los contratantes.

**Código Civil Francés: reforma 2016:** «De la excepción de incumplimiento: Art. 1219. – Una parte podrá rehusar cumplir su obligación, aun cuando ésta sea exigible, si la otra no cumple la suya y si dicho incumplimiento es suficientemente grave”.

Se afirma que si el 1431 permite la resolución del contrato en caso de incumplimiento, con mayor razón permitirá la suspensión del cumplimiento de la prestación (quien puede lo más puede lo menos).

Pero sí hay aplicaciones particulares de este principio, que son de aplicación analógica. En especial, en el contrato de compraventa, lo cual no sorprende, porque se incluyeron en la regulación de este contrato normas que debieron figurar en la parte general.

**Artículo 1728**: La principal obligación del comprador es pagar el precio de la cosa comprada, en el lugar y en la época determinados por el contrato.

Si no hubiese convenio a este respecto, debe hacer el pago **en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.**

Si la venta ha sido a crédito o si el uso del país acuerda algún término para el pago, el precio debe abonarse en el domicilio del comprador. (Artículo 1465).

**Artículo 1688:** El vendedor debe entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él.

Si por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio pedir el cumplimiento o la resolución del contrato y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los daños y perjuicios según las reglas generales.

Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio o estipulado pagar a plazo.

**Pero si después del contrato se hallare el comprador en estado de insolvencia o estuvieren sus intereses comprometidos de tal manera que el vendedor corra riesgo inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago de aquél, sino afianzando pagar al vencimiento del plazo.** (Artículo 1735).

**Artículo 1735**: Las obligaciones del comprador **suponen la entrega de la cosa por parte del vendedor. Si éste no la verificare, cesan aquéllas, a no ser que se hubiera señalado plazo para la entrega**. (Artículo 1688)

**Fundamento**: al igual que la resolución del contrato, la excepción se funda en el sinalagma funcional, la interdependencia de las obligaciones, que deben cumplirse simultáneamente.

Las obligaciones que integran la relación sinalagmática son obligaciones principales. Están en el mismo plano y tienen la misma jerarquía.

Si las partes no establecen un orden prioritario en la ejecución de las obligaciones, que un contratante pueda exigir el cumplimiento del otro sin ejecutar su propia prestación, crearía una dificultad injustificada en la posición de las partes. Por ello se afirma que el fundamento de este instituto es la buena fe con que deben cumplirse los contratos.

**Función:** Cumple la función de asegurar el iter contractual. El sinalagma propio de los contratos onerosos impone la igualdad de las dos partes, se grava a cada una de ellas en beneficio de la otra. De allí deriva el principio de la simultaneidad en las prestaciones (salvo que se haya pactado algo distinto).

En el período de ejecución del contrato, sirve de coacción indirecta, estimulando el cumplimiento de la parte que requirió la contraprestación sin haber cumplido.

Despliega también una función instrumental respecto de la resolución del contrato por incumplimiento. Si el contratante requerido cumple, y luego la contraparte no lo hace, y deviene insolvente, el contratante cumplidor resultará perjudicado.

**Esfera de aplicación**: es aplicable a los contratos bilaterales, en los que se generan obligaciones recíprocas o interdependientes (art. 1248) Pero aplica sólo a las obligaciones que integran la relación sinalagmática (en la compraventa, entregar la cosa y pagar el precio, por ejemplo).

También puede aplicarse a obligaciones accesorias, siempre y cuando sea fundamental para realizar los intereses que constituyen la causa del contrato. Por ejemplo, en el caso de la obligación de prestar garantías en la renta vitalicia (1290) porque el incumplimiento pone en peligro el futuro cumplimiento de la obligación principal (pago de pensiones) y en los arrendamientos urbanos.

Un sector de la doctrina entiende que esta excepción también es aplicable a los casos de contratos bilaterales imperfectos, donde pueden surgir obligaciones a cargo de la parte que no se obliga al tiempo del perfeccionamiento. Por ejemplo, en el contrato de mandato, art. 2080, que autoriza al mandatario a desistir cuando el mandante no cumpla con su parte. O la obligación del depositante de indemnizar por perjuicios y gastos al depositario. Gamarra no está de acuerdo.

En los contratos onerosos unilaterales (por ejemplo, en los contratos reales), tampoco sería posible aplicar eta excepción (se perfeccionan con la entrega de la cosa).

Carnelli afirman que la exceptio es aplicable en las obligaciones, cualquiera sea su fuente (no necesariamente un contrato bilateral), siempre y cuando existan obligaciones interdependientes emanadas de una misma fuente. Por ejemplo, cuando se anula una compraventa, la obligación de restituir la cosa y devolver el precio.

También afirma que la excepción es aplicable en las obligaciones que proceden de negocios diversos, pero conexos. Por ejemplo, un contrato de compra de computadoras y otro contrato de compra de software.

**Presupuestos**: 1. Se debe tratar de un contrato bilateral, o de situaciones que requieren la contemporaneidad del cumplimiento de las prestaciones, ya sea por conexión de otros negocios jurídicos, o por referirse a restituciones. 2. La contraparte no puede haber cumplido con su obligación recíproca o interdependiente. No es necesario que haya caído en mora. Basta con que la obligación sea exigible y la contraparte no la haya cumplido. Se incluye también el caso del cumplimiento inexacto (Exceptio non rite adimpleti contractus). Esto, salvo que la otra parte demuestre que está pronta para cumplir (1688 inc. 3). 3. El contrato no debe imponer al excepcionante el deber de cumplir primero. 4. La excepción debe interponerse de buena fe. Por ello, el incumplimiento leve no amerita el ejercicio de la excepción.

Pero en los casos en que el excepcionante deba cumplir antes, si existe la sospecha cierta de que la contraparte no va a cumplir, igualmente tiene otro instrumento para no cumplir: la suspensión provisoria de la prestación, basada en el riesgo de no obtener la contraprestación.

**Efectos:** 1. Es causa de justificación del incumplimiento. 2. Enerva las consecuencias de la mora. El excepcionante no incurre en incumplimiento, y por tanto, no debe daños y perjuicios, ni intereses, ni adeuda la cláusula penal. 3. La excepción se opone ante la demanda de cumplimiento. Se ha analizado si puede oponerse ante una demanda de resolución de contrato. No puede oponerse de oficio.

Parte de la doctrina (Szafir y Venturini) entiende que, para demandar el cumplimiento o la resolución del contrato, es necesario demostrar en la demanda, haber cumplido o estar pronto para cumplir la prestación.

1. **La suspensión provisoria de la ejecución**

Es el derecho potestativo del contratante, en un contrato sinalagmático, de suspender la ejecución, en caso de riesgo de no obtener la contraprestación sinalagmática.

A diferencia de la excepción, es de aplicación, aunque exista un orden cronológico de las prestaciones que imponga a quien la opone la obligación de cumplir primero.

Está expresamente previsto en el art. 1688:

**Artículo 1688:** El vendedor debe entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él. **(…)**

**Pero si después del contrato se hallare el comprador en estado de insolvencia o estuvieren sus intereses comprometidos de tal manera que el vendedor corra riesgo inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago de aquél, sino afianzando pagar al vencimiento del plazo.** (Artículo 1735).

**Artículo 1730 (inc. 1):** Si el comprador es perturbado o tiene fundado temor de serlo por alguna acción real, puede suspender el pago del precio, hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro; a no ser que este último afiance o que se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia, el comprador verifique el pago. (Artículo 1688).

Su funcionamiento, al igual que la excepción, puede ser judicial o extrajudicial.

**Fundamento:** la razón de ser de este instituto se encuentra en la función del plazo. El art. 1438 del CC establece que lo que se debe a plazo no puede exigirse antes de su vencimiento, pero agrega que ello es “salvo el caso de quiebra o notoria insolvencia”.

La función del plazo es que el deudor prepare el cumplimiento.

Este instituto cumple una función cautelar, esencialmente provisoria y transitoria. El deudor puede neutralizarlo, demostrando su disposición al cumplimiento, y garantizándolo.

**Convención de Viena.** Art. 71: 1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones, a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

**¿Puede solicitarse la resolución de un contrato antes de que se cumpla el plazo que tiene el demandado para cumplir?** La doctrina entiende que sí, pero se debe demostrar que el demandado no cumplirá la obligación en dicho plazo (entrega de un departamento, y las obras en el edificio hace meses que están paralizadas).

**Reforma Código Francés:** Art. 1220. – Una parte podrá suspender el cumplimiento de su prestación desde el momento en que sea manifiesto que la otra no cumplirá al vencimiento y las consecuencias de dicho incumplimiento sean suficientemente graves para ella. Dicha suspensión deberá notificarse a la mayor brevedad.

1. **El derecho de retención**

**Concepto y fundamento:** Se funda en la equidad. El que reclama la restitución de una cosa de la cual es propietario, actuaría de mala fe si no cumpliera, por su parte, con las obligaciones que tiene con respecto al poseedor o detentador de esa cosa.

La buena fe exige que los derechos respectivos de las partes sean satisfechos al mismo tiempo.

Pero el verdadero fundamento reposa en la ley: constituye una garantía consagrada por el legislador.

El CC establece una serie de artículos que lo consagran explícitamente: 698, 699, 1809, 1854 y 2271.

**Poseedor de buena o mala fe – expensas necesarias: Artículo 698**: Las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, son abonables a todo poseedor de buena o mala fe, quien podrá retener la cosa, hasta que se haya hecho el abono.

**Expensas útiles: Artículo 699:** Las expensas útiles o mejoras hechas antes de la contestación a la demanda, son abonables al poseedor de buena fe, con el derecho de retención de que habla el artículo precedente; pero el propietario tendrá la elección de pagar el importe de las mejoras o el aumento de valor que por ellas tenga la cosa (…).

**Arrendamiento de Cosas: Artículo 1809**: En todos los casos en que se deba indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expelido o privado de la cosa arrendada sin que previamente se le pague o asegure el importe por el arrendador (…).

**Arrendamiento de obra: Artículo 1854**: El que ha ejecutado una obra sobre cosa mueble, tiene el derecho de retenerla hasta que se le pague.

**Contrato de depósito: Artículo 2271**: El depositario podrá retener la cosa depositada en razón de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa (artículo 2252); pero no por el pago del salario que se hubiere estipulado ni por perjuicios que el depósito le hubiere causado ni por ninguna otra causa extraña al depósito.

También está consagrado en leyes especiales, como el Decreto Ley 14.384, art. 31 (arrendamientos rurales).

**Arrendamiento de inmueble rural: Artículo 31:** Las mejoras que efectúe el arrendatario buen pagador (artículo 29) le confieren el derecho de retención sobre el inmueble mientras no le sean satisfechas. El arrendatario mal pagador podrá compensar, en su caso, el valor de las mejoras con el monto de su deuda.

Tiene carácter excepcional. Sólo procede a texto expreso.

Carece de una reglamentación general en el Derecho Civil uruguayo. Recoge el principio del Derecho Romano, que amparaba la resistencia del poseedor a restituir la cosa a su verdadero dueño, hasta que este no pagara las expensas de conservación.

Es un instituto que justifica que el mero tenedor no cumpla con la obligación de restituir la cosa, mientras no se le satisfaga el crédito, y surge en ocasión de la posesión o tenencia de la cosa.

**Presupuestos:** 1. El retentor debe tener efectivamente la cosa. Si la pierde, perderá el derecho de retención. 2. El retentor debe tener un crédito cierto y exigible. 3. Debe existir una conexión entre el crédito y la cosa, el primero debe haber surgido en ocasión de la posesión o tenencia del bien.

**Caracteres:** accesoriedad al crédito, indivisibilidad: sólo con la extinción total y completa del crédito, cesa la retención. Si el crédito se transmite, pasa el derecho de retención (1761)

**Artículo 1761**: La venta o cesión de un crédito comprende sus accesorios, como las fianzas, prendas, hipotecas o privilegios.

Es oponible tanto al propietario y sus sucesores, como a los acreedores del propietario.

**Semejanzas con la excepción de contrato no cumplido**: ambos tienen finalidad preventiva: previenen el riesgo de no cobrar el crédito, después de entregada la cosa. Función de garantía de crédito. Tienen carácter excepcional, se requiere una previsión legal.