



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

**FUNDAMENTOS DEL RIESGO DEL ACREEDOR EN LOS CONTRATOS  
BILATERALES EN CHILE**

**Tesis para optar a la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Andrés Sepúlveda Jiménez**

Profesor Guía: Ricardo Berstein Kast

Santiago, Chile

2011

*Para Andrea.*

## INDICE

PORTADA

DEDICATORIA

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>01</b>
<b>II. MARCO TEÓRICO</b>	<b>03</b>
<b>1. Teoría de los Riesgos.</b>	<b>03</b>
1.1 Concepto, requisitos y características.	<b>03</b>
1.2 Evolución histórica.	<b>05</b>
1.3 Recepciones en legislación comparada.	<b>10</b>
<b>2. Teoría de los riesgos en Chile.</b>	<b>12</b>
2.1 Concepto	<b>12</b>
2.1.1 Como modo de extinguir las obligaciones	<b>14</b>
2.1.2 Requisitos	<b>14</b>
2.2 Características	<b>15</b>
2.2.1 Contrato bilateral	<b>15</b>
2.2.2 Especie o cuerpo cierto	<b>16</b>
2.2.3 Conservación por parte del deudor	<b>17</b>
2.2.4 Caso Fortuito	<b>18</b>
2.2.5 Ausencia de dolo, culpa o cláusula de responsabilidad	<b>20</b>
2.2.6 Imposibilidad sobreviviente	<b>22</b>
2.3 El riesgo en nuestra legislación civil.	<b>23</b>
2.3.1 La exoneración del deudor	<b>23</b>
2.3.1.1 De la pérdida de la cosa que se debe	<b>24</b>
2.3.1.2 Obligaciones alternativas y facultativas	<b>25</b>
2.3.1.3 Otras normas del Código Civil	<b>26</b>

2.3.2	El riesgo del acreedor	28
2.3.2.1	Regla general (1550 CC.)	28
2.3.2.2	Riesgo en la compraventa	32
2.3.3	Excepciones	34
2.3.3.2	Reglas generales	34
2.3.3.2	Obligaciones condicionales	36
<b>3.</b>	<b>Fundamentos a los riesgos del acreedor en Chile.</b>	<b>37</b>
3.1	Fundamentos o teorías del error	38
3.2	Fundamentos de equidad	42
3.3	Fundamento histórico romano	45
3.4	Fundamentos de innovación	47
<b>III.</b>	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>52</b>
<b>IV.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>61</b>

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio acucioso de la Teoría de los Riesgos en Chile es escaso. Nuestra Facultad, a la fecha, bajo las búsquedas “Teorías de los Riesgos” dispone tan solo de dos tesis de grado que se refieren a la materia. Una de ellas data de 1956 y servirá de antecedente bibliográfico para la investigación. La otra es de 1972, perteneciente al registro de de la Universidad de Valparaíso, y que actualmente se encuentra inubicable.

La doctrina mayoritaria con respecto a la materia resulta ser tajante en sus juicios, al señalar que los riesgos que soporta el acreedor, como regla general, ante la pérdida fortuita de la especie o cuerpo cierto, cuando esta se encuentra pendiente su entrega en manos del deudor, es un error que cometió el legislador al transcribir normas foráneas.

Esta posición, dominante a simple vista, que es recogida por profesores como Daniel Peñailillo, Arturo Alessandri, o tratadistas como René Abeliuk, entre otros, sostienen a su vez que la “buena doctrina” es aquella que ajusta el riesgo en los contratos al deudor, en razón de un principio jurídico “natural” que existe en esta materia, y que se remonta a un adagio del derecho romano bonitario en virtud del cual *“las cosas perecen para su dueño”* o *“res perit domino”*. Esta posición doctrinaria, acompañada con nuestra tradición – también romanista – de separar el título del modo, para efectos de constituir un derecho real, encontraría concordancia tan solo con la regla *“res perit debitoris”*.

En resumen, el fundamento de esta tesis es hacer un estudio acucioso de la teoría de los riesgos en Chile, abarcando las doctrinas dominantes y otras perspectivas no investigadas ni profundizadas, en el ámbito civil. Al efecto, el estudio hará un rodeo completo a la institución de los riesgos, su origen y evolución histórica, su recepción en la legislación comparada, sus requisitos, características y elementos, así como las más connotadas discusiones doctrinarias sobre cada una de estas perspectivas, para luego

concentrar el enfoque en los distintos fundamentos que se han dado para la adopción de la regla de los riesgos en nuestro ordenamiento.

Asimismo, es objeto de esta tesis actualizar la investigación sobre la materia, la cual se encuentra sin profundizaciones desde hace prácticamente 50 años.

Para desarrollar nuestra investigación, se recurrirá, en primer lugar, a “*las voces más autorizadas*” de nuestra época, así como lo hizo José Bernardino Lira, alumno de esta escuela, en el año 1868, para desarrollar la suya que se intituló “La necesidad de la revisión del Código Civil”. Para éstos efectos hemos seleccionado los textos de estudios de los autores Alejandra Aguad, Luis Claro Solar, Pablo Rodríguez Grez, Víctor Vial Río, Fernando Fueyo, René Abeliuk, Ramón Meza Barros, Fabián Elorriaga, Gonzalo Figueroa, Juan Andrés Orrego, René Ramos Pazos, Jorge López Santa María, Daniel Peñailillo, Alejandro Guzmán Brito y Antonio Vodanovic, entre otros, todos ellos grandes autores y asimismo profesores o ex profesores de Derecho Civil, en su mayoría, y, para efectos de desarrollar la presente investigación, se les tratará con igual dignidad.

Igualmente se ha consultado las obras de grandes autores latinos, como Joaquín Escriche, Marta Neme, Xavier O’Callaghan, Robustiano Vera y Félix Trigo; y además un sinnúmero de codificaciones extranjeras para entender las soluciones foráneas y asimismo la nuestra.

Finalmente, en este trabajo, esencialmente exploratorio, hemos tenido a mano las tesis de grado de Juan Domingo Marín y José Bernardino Lira, así como textos y manuscritos redactados por el mismísimo Andrés Bello, de tal forma que nos permita acercarnos un poco a su vida, obra, y por sobre todo, intenciones.

Asimismo se hace la advertencia de haber dejado a varios dignos profesores y tratadistas nacionales fuera, que sin duda son merecedores de hacer apreciaciones e indicaciones sobre esta materia, pero que en razón de tiempos y recursos, éste investigador se ha visto en la obligación de eximirlos de tal tarea.

## II. MARCO TEÓRICO

### 1. Teoría de los Riesgos.

#### 1.1 Concepto, características y requisitos.

Jurídicamente, el *riesgo* es la amenaza de extinción que sufre un derecho. El profesor Luis Claro Solar nos indica que con “*riesgo se designa en el lenguaje jurídico una contingencia, un peligro de naturaleza particular el que hace a una persona (...) soportar las pérdidas o deterioros, que una cosa esta expuesta a experimentar por consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor*”<sup>1</sup>.

La *Teoría de los Riesgos*, por tanto, son aquellas construcciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales que buscan determinar quien soportará la pérdida de una especie o cuerpo cierto, en un contrato bilateral, cuando esta perece a causa de un caso fortuito. Vale decir, pretende establecer si será el deudor o el acreedor el que finalmente sobrellevará el detrimento económico de haber perdido la cosa.

En ese orden de ideas la profesora Alejandra Aguad define la Teoría de los Riesgos como aquella que “*busca resolver quien soporta la pérdida en los contratos bilaterales*”<sup>2</sup>. Para Alessandri y Meza Barros, la Teoría de los Riesgos se circunscribe solamente a la pérdida de la especie o cuerpo cierto, mientras que para Aguad además sería aplicable al caso de las cosas de género limitado. El profesor López Santa María, por su parte, estima que estas visiones restringidas son equivocadas, ya que el asunto de los riesgos, mirado desde la óptica de los autores ya citados, solo se circunscribirían a la obligaciones de dar, sin embargo, a pesar de que el legislador no ha sido explícito en tratar el tema, también resulta ser objeto de estudio las obligaciones de hacer y de no hacer, cuando el cumplimiento de dichas obligaciones se vuelve imposible<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CLARO SOLAR, LUIS, “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Volumen V, De las Obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1988, página 679.

<sup>2</sup> AGUAD D., ALEJANDRA, “Teoría General del Contrato II Parte, Clasificación de los Contratos”, documento electrónico [www.udp.cl/derecho/](http://www.udp.cl/derecho/), página 5.

<sup>3</sup> Citado por AGUAD D., ALEJANDRA, Op. cit.

Con respecto a esta última discusión, hay que tener claro que nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en el artículo 1.550 del Código Civil, que establece la regla general sobre la Teoría de los Riesgos, dispone en su enunciado que “*El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba (...)*”, razón por la cual el estudio se centrará a los riesgos que recaen sobre una especie o cuerpo cierto.

En este mismo orden de ideas, el profesor Juan Andrés Orrego establece cinco condiciones necesarias para que se plantee el problema de los riesgos<sup>4</sup>:

1. Que la cosa debe ser objeto de una obligación.
2. La obligación debe emanar de un contrato bilateral
3. La cosa debe perderse con ocasión de un caso fortuito
4. La cosa debe ser una especie o cuerpo cierto, y;
5. La entrega de la cosa que perezca debe estar pendiente

Ante todo, para ingresar al estudio de la Teoría de los Riesgos debemos encontrarnos frente a una *relación contractual*, en donde exista un deudor y un acreedor, porque en definitiva nos abocaremos a determinar quien soportara la pérdida económica de la cosa. Además, agrega Orrego, que si no existiera una obligación, se aplicaría el adagio romano *res perit domino*, en virtud del cual la cosa solo perezca para su dueño.

Luego, esta relación debe ser *bilateral*, vale decir, las partes serán acreedoras y deudoras recíprocamente. En los contratos unilaterales, la pérdida de la cosa, que es objeto de la obligación única que existe entre las partes, conlleva a su vez, la mera extinción de ésta, sin determinar si hay o no una prestación correlativa que cumplir, ya que no existe. Esa es la causa basal por la cual el tema de los riesgos solo se plantea en los contratos bilaterales, ya que finalmente estas construcciones jurídicas nos conducen a responder que ocurre con el cumplimiento correlativo.

---

<sup>4</sup> ORREGO, JUAN ANDRÉS, “Teoría General de las Obligaciones II”, documento electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <[http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho\\_civil\\_2\\_pdf/civil2\\_teor%C3%ADa\\_general\\_de\\_las\\_obligaciones\\_2.pdf](http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_2_pdf/civil2_teor%C3%ADa_general_de_las_obligaciones_2.pdf)>, página 28.



Además podríamos agregar que estos contratos deben ser de *ejecución diferida*, por cuanto la época de la celebración es distinta a la época en que se ejecuta el contrato, en el entendido de que hay una obligación que cuyo cumplimiento está pendiente.

Además la cosa debe *perecer*. Es del caso señalar que la pérdida puede ser total o parcial, sin embargo, cuando nos enfrentamos a esta última hipótesis, nuestro ordenamiento entrega reglas especiales, razón por la cual, cuando se estudia los riesgos, se trata particularmente el caso de la *pérdida total*. No obstante aquello, asimismo es necesario acotar que las reglas relativas a la pérdida parcial siguen el mismo espíritu que como si hubiere sido total, como se verá más adelante, y que algunos autores, como Daniel Peñailillo, en su libro *Teoría General y Clasificaciones de las Obligaciones*, incorporan la pérdida parcial como parte integrante de la Teoría de los Riesgos.

La pérdida de la cosa debe ser con ocasión de un *caso fortuito*, en otras palabras, no imputable a culpa o dolo del deudor, sino que a un hecho irresistible e imprevisible.

Asimismo debe tratarse de una *especie o cuerpo cierto*, entendida estas como los individuos determinados dentro de un género determinado. Esto en razón de que las cosas genéricas no perecen con la pérdida de una unidad o singularidad del género.

Y finalmente, el *cumplimiento de la obligación debe estar pendiente*, en otras palabras, la especie o cuerpo cierto debe estar en poder del deudor, sin que se haya efectuado la entrega de la cosa.

## **1.2 Evolución histórica en el derecho continental.**

La evolución histórica de la Teoría de los Riesgos se encuentra íntimamente ligada a la tradición del derecho romano bonitario y a los modos de adquirir el dominio.

En primer lugar, hay que señalar que “*de acuerdo a la opinión más extendida de la doctrina*”<sup>5</sup>, el peligro de la cosa – *periculum* – siempre estuvo arraigado en un primer momento, en el propietario de la misma. Es así como los primeros antecedentes normativos sobre esta materia los encontramos en la regla *res perit domino*. Según el profesor Fabián Elorriaga la versión más comentada sobre esta regla fija su origen en el derecho romano, particularmente en algunas normas jurídicas de la “*Constitución de Dioclesiano y Maximiano referida a la prenda, la que decía que si la cosa dada en prenda se destruía, la prenda se extinguía*”<sup>6</sup>.

En función de esta regla romana *res perit domino*, la cosas solo podían perecer para su dueño, y por tanto, la cuestión de fondo frente a la pérdida de una especie o cuerpo cierto se centraba en determinar quien era dueño de la cosa. Para el profesor Luis Claro Solar, el principio *res perit domino* “*no es más que la expresión sencilla de una verdad evidente*”<sup>7</sup>.

En esta primitiva tradición romana de los siglos I y II d.c., los contratos, como los entendemos hoy, carecían de toda fuerza obligatoria en razón del adagio *nuda pacta obligationem non parit* (*los pactos no generan obligaciones*), y por ende, la cuestión de los riesgos en los *contratos bilaterales* no existía propiamente tal, y por tanto el *peligro* de la cosa siempre le perteneció a su dueño.

Los contratos y su fuerza obligatoria nacieron con el transcurso de las décadas, teniendo su corolario en la tradición romana con la llegada de Justiniano y el principio instaurado de *pacta sunt servanda* (*cumplir lo pactado*).

La llegada de estas concepciones contractualistas acarrearón el nacimiento de los efectos de las obligaciones convencionales, y por ende, la generación de las primeras nociones sobre la Teoría de los Riesgos, y particularmente los principios *res perit*

---

<sup>5</sup> ELORRIAGA D.B., FABÍAN Y OTROS, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte”, Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005, página 156.

<sup>6</sup> Op. Cit.

<sup>7</sup> CLARO SOLAR, LUIS. Explicaciones de derecho civil y comparado. Tomo undécimo, De las obligaciones II; Chile, Imprenta Nascimento, 1937, página 683.

*debitoris* – las cosas perecen para el deudor – y el *res perit creditoris* – las cosas perecen para el acreedor –. No obstante lo anterior, el advenimiento tardío de la fuerza obligatoria de los contratos creó una separación entre lo que hoy conocemos como título y modo.

Para el derecho romano, el dueño de una cosa es quien la había hecho suya por medio de algún modo de adquirir el dominio y no por el título jurídico que le antecediera – como era el caso de los contratos en general –. El modo de adquirir el dominio, luego de celebrado un contrato, era la *tradición* – *traditio* –, entendida ésta como un acto real o simbólico de entrega y transferencia de dominio, y por ende la adquisición del derecho real, lo que dejaba al adquirente en la posición jurídica de dueño. Sin entrega no se era dueño, y por ende, no se podía soportar el riesgo de la pérdida de la cosa. Esto implicaba que si la cosa aun no se entregaba al acreedor, el dueño de la especie o cuerpo cierto seguía siendo el deudor, y éste debía soportar el peligro de la pérdida. Desde esa perspectiva, en el derecho romano la regla *res perit debitoris* nació al alero de la regla *res perit domino*, existiendo armonía entre la una y la otra, debido a la separación entre el título y el modo.

Podemos hablar de la Teoría de los Riesgos con propiedad, una vez que se incorpora la regla *res perit creditoris*, que vino a quebrar la armonía que existía entre sus dos reglas predecesoras, y que suscita incluso hoy debate en doctrina sobre su verdadero origen. La opinión más extendida sobre la materia fija la introducción de la regla *res perit creditoris* en el contrato de compraventa en el derecho romano bonitario del siglo IV d.C. En esta posición se encuentran autores como Rene Abeliuk que sostienen que “*el riesgo nació en Roma, pero limitada a la compraventa*”<sup>8</sup>. La regla *res perit creditoris* se denominaba *periculum emptoris* o peligro del comprador.

Esta regla en materia de compraventa dominó desde entonces gran parte de la tradición jurídica. Se mantuvieron dichas normas en todos los estatutos jurídicos continentales, muy a pesar de que la regla *res perit debitoris* inundó todo el resto de las instituciones jurídicas.

---

<sup>8</sup> ABELIUK M., RENÉ, “Las Obligaciones, Tomo II”, 4ª Edición, Editorial Jurídica, Página 322.

La regla *res perit creditoris* se mantuvo como un criterio residual hasta que la llegada de la tradición jurídica francesa del siglo XVIII, en virtud del cual, la separación que había existido entre título y modo de adquirir el dominio dejó de existir. En efecto, el contrato, que servía de título y antecedente jurídico necesario para la concurrencia de un modo de adquirir, se fusionó con el acto y/o hecho que permitía alcanzar el derecho real de dominio. En otras palabras, el título servía asimismo de modo de adquirir el dominio, aun cuando la entrega fuera meramente jurídica y no material. Para algunos autores, como Meza Barros, lo que ocurrió en realidad es que se suprimió el modo de adquirir, y ahora solo bastaba contar con el título para a su vez tener el derecho real de herencia. De esta forma, y en virtud a las reglas entregadas por los estatutos franceses, bastaba con realizar el contrato para que el acreedor se convirtiera en dueño de la cosa, aunque permanecía en su calidad de acreedor frente a la obligación de entrega. Es así, y para efectos de mantener el principio romano *res perit domino* vigente, se entregó el peligro de la cosa al acreedor quien era dueño aun sin haber entrega material, suprimiéndose entonces el criterio *res perit debitoris*.

La tradición alemana del siglo XIX, por su parte, modificó en el sentido contrario las reglas establecidas por la tradición francesa, ya que suprimió el título como antecedente jurídico necesario para adquirir el dominio, estableciendo como único requisito para alcanzar el derecho real de dominio, el modo. No obstante, la regla del derecho romano de *res perit domino*, se mantuvo incólume, y los riesgos de la pérdida de la cosa la soportaba su dueño.

Para el derecho colonial español la regla *res perit debitoris* se mantuvo inmutable – con excepción del contrato de compraventa – hasta la llegada de la emancipación de los pueblos americanos.

En efecto, Joaquín Escriche, abogado y jurisconsulto español señala a mediados del siglo XIX, en una obra explicativa para la correcta interpretación de la legislación española para los pueblos americanos, que la pérdida de la cosa que se deba, aun si fuese genérica, siempre la soportaría el deudor, “(...) ya porque se supone que el

*género por su naturaleza nunca perece, nunquam genus perit, ya porque aunque se diga que perece, no puede perecer sino para su dueño que es el deudor, res domino suo perit*<sup>9</sup>.

El verdadero cambio a la regla *res perit domino* en el derecho continental y de aplicación general es la que introduce Andrés Bello en el ordenamiento jurídico chileno, y la influencia que tuvo su obra en el resto de los pueblos americanos, a mediados del siglo XIX, en virtud del cual, se sigue reconociendo la existencia de la tradición romana bonitaria en cuanto a la necesidad de la concurrencia de un título y un modo para adquirir el dominio, pero que a su vez establece que el riesgo de la pérdida de la cosa la asume el acreedor, aun cuando, no se haya efectuado la entrega. En definitiva, la nueva regla establece que el riesgo lo asume el acreedor *res perit creditori* aun sin ser dueño.

Independientemente de las múltiples críticas que ha enfrentado la nueva legislación, las reglas se mantienen vigentes, y hoy existen, en el derecho continental, tres criterios en materia de riesgos: (1) *res perit debitoris* en armonía con *res perit domino* (*Derecho romano bonitario*); (2) *res perit creditoris* en armonía con *res perit domino* (*Derecho francés*); y (3) *res perit creditoris* en discordancia con *res perit domino* (*Derecho chileno*).

Durante todo este tiempo no ha existido claridad el porqué Bello introdujo una tercera regla de riesgos, siendo aquello objeto del debate hasta el día de hoy.

Paralelamente, cabe destacar que la regla *res perit creditoris* en materia de compraventa, en términos generales, se mantuvo incólume hasta la entrada de la segunda mitad del siglo XX.

A principios del siglo XI fue recogida por las Siete Partidas de la España Castellana, en las cuales se puede leer en la partida Quinta, título 5, ley 23 “*quando la compra se face*

---

<sup>9</sup> ESCRICHE, JOAQUÍN, “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, Año 1852, Librería de la Rosa, Bournet y Cía., Página 1.343.

*sin escrito, aveniéndose el comprador et el vendedor, el uno de la cosa et el otro del precio, dende en adelante el daño que viene de la cosa comprada es del comprador. (...)*<sup>10</sup>.

No obstante lo anterior, como ya señalábamos, en la segunda mitad del siglo XX la regla *res perit creditoris* en materia de compraventa cambió con el advenimiento de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en donde el riesgo lo asume el deudor, conforme a lo dispuesto en los artículos 66, 67 y 69<sup>11</sup>.

No obstante lo anterior, en términos generales la regla *res perit creditoris* en materia de compraventa se ha mantenido vigente en los ordenamientos locales, y en nuestro Código Civil se encuentra consagrado en el artículo 1820.

### **1.3 Recepciones en legislación comparada.**

La legislación comparada recoge de diversas maneras la teoría de los riesgos, de acuerdo a su propia tradición jurídica, y por consiguiente, de acuerdo a sus propias cosmovisiones. Por lo mismo, las diferencias nacen a partir de la cercanía que existe entre el ordenamiento jurídico con el ordenamiento religioso, así como de la función social que cumple la propiedad, sus modos de adquirirla, etcétera (etc.).

En razón de lo anterior, resulta del todo prudente, atisbar cuáles han sido las distintas formulaciones jurídicas que establecen los distintos cuerpos normativos, pero con mayor detención en las normativas de los países que comparten una tradición jurídica común. En nuestro caso nos referimos particularmente a los sistemas jurídicos continentales, cuyas raíces se arraigan con fuerza en el derecho romano bonitario.

---

<sup>10</sup> “LAS SIETE PARTIDAS, que mando collegir el Católico Rey Don Alonso el nono, Rey de Castilla y de Leó”, Imprimierolas maestre Paulo de Colonia e Johánes Pegniczer de Nuberga e Magno e Thomas compañeros alemanes, 24 de diciembre 1491, página 669.

<sup>11</sup> ELORRIAGA D.B., FABÍAN Y OTROS, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte”, Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005.

Por su parte el Código Civil Italiano dispone, en su artículo 1463, que *“en los contratos con prestaciones recíprocas, la parte liberada por la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida no puede pedir la contraprestación, y deberá restituir lo que ya hubiese recibido, de acuerdo con las normas relativas a la repetición de lo indebido”*, recogiendo el principio *res perit debitori*, tal como acontece en el Código Civil de la República Argentina y el Código Civil de Alemania.

Lo mismo ocurre en el Código Civil de Perú, el cual en su artículo 1431, establece que *“en los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido. Empero, las partes pueden convenir que el riesgo esté a cargo del acreedor”*.

El Código Civil de Guatemala, quien también comparte la tradición jurídica de exigir un modo y un título para adquirir el dominio, sigue la tradición continental comparada en los siguientes términos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1331 *“La pérdida o deterioro de la cosa objeto de la obligación, antes de la entrega se regirá por las siguientes reglas: 1. Si se pierde sin culpa del deudor, la obligación quedará sin efecto y se devolverá lo que se hubiere recibido por cuenta del convenio. 2. Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y daños y perjuicios; (...)”*.

El Código Civil Mexicano regula la teoría de los riesgos sólo respecto de las obligaciones de dar y por ello se refiere a la pérdida de las cosas. El artículo 2017 inciso quinto dispone que *“si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido”*. En este particular, más allá de prevalecer explícitamente el principio *res perit debitori*, se hace referencia directa al principio *res perit domino*.

No obstante lo anterior, algunas legislaciones posteriores a la entrada en vigencia del Código Civil Chileno, recogieron en gran medida la obra de Bello, y asimismo el tenor

de algunas de sus disposiciones, incluyendo la innovación planteada en su artículo 1550. El Código Civil de Uruguay, precisamente, es uno de ellos, que recoge estas innovaciones a pesar de exigir tanto un título como un modo para adquirir el dominio, pero acota explícitamente el problema de los riesgos a las obligaciones de dar, consignando en el artículo 1557 que *“tratándose de una obligación de dar, su extinción por la imposibilidad de la paga no hace extinguir la obligación recíproca del acreedor”*. Esta legislación recoge explícitamente el principio *res perit creditori*, tal como acontece en la legislación francesa, no obstante lo anterior, la legislación uruguaya no recoge el principio *res perit domino*, como si ocurre con la legislación francesa. Igual regulación establece el Código Civil colombiano, que fue influenciado por la regulación de Bello en nuestro país, y dispone el artículo 1607 que *“El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega”*. En este caso, la disposición es textual a la establecida en el artículo 1550 del Código Civil chileno.

La legislación francesa, por su parte, y como ya hemos indicado, en virtud de sus particularidades con respecto a los modos de adquirir el dominio, recoge el principio *res perit creditori*, en razón del principio *res perit domino*.

## **2. Teoría de los riesgos en Chile**

### **2.1 Concepto**

En palabras del profesor Juan Andrés Orrego, la Teoría de los Riesgos busca resolver quien soporta la pérdida de la especie o cuerpo cierto en los contratos bilaterales.

En ese mismo orden de ideas, Daniel Peñailillo la define como aquella que trata de determinar quien soporta la pérdida (total o parcial) de la especie que debe darse.



Cabe destacar que es de la esencia que el contrato además de bilateral, sea a su vez, de ejecución diferida, ya que la obligación de entrega debe encontrarse pendiente.

La Teoría de los Riesgos no se encuentra definida en nuestra legislación, pero se encuentra circunscrita, en atención a su propia naturaleza, al estudio del derecho de las obligaciones, que se encuentra regulado en nuestro ordenamiento en el Libro IV del Código Civil.

Históricamente, el Libro IV el Código Civil, publicado conjuntamente con todo el cuerpo legal en 1855 y cuya vigencia data desde 1857, tiene su génesis en el trabajo que venía realizando Andrés Bello desde 1835, en un intento por codificar la legislación privada en nuestro país.

En julio de 1845, se fusionan por ley la Comisión de Legislación del Congreso Nacional, nacida en 1840 para sistematizar en un cuerpo ordenado y completo la legislación privada, con la Junta Revisora, creada en 1841 para examinar los títulos que la Comisión le presentase. Esta fusión tenía por objeto agilizar el desarrollo del Código Civil. En agosto de 1847 se publicó el "Libro de los contratos y obligaciones convencionales", texto antecesor del Libro IV, objeto del presente estudio. Para 1849 la Comisión dejó de reunirse, volviendo a tomar un rol protagónico Andrés Bello, quien en 1852 presentó el proyecto concluido del Código Civil.

El Gobierno dispuso de otra comisión revisora, la que contó con la participación activa de Andrés Bello, y fruto de su trabajo publicó lo que se conoce como "Proyecto de 1853". Luego, durante 2 años se le introdujeron nuevas modificaciones hasta conformar lo que se denominó el "Proyecto Inédito", que solo se conocería en 1890, tras su publicación. En 1855 el proyecto fue entregado al Congreso, el cual le introdujo otra serie de modificaciones, logrando publicar ese mismo año el "Proyecto Definitivo". Este fue aprobado el 22 de noviembre de 1855, promulgado el 14 diciembre de ese mismo año, y entro a regir el 01 de enero de 1857.

No obstante lo anterior, hubo esfuerzos anteriores que delinearon los principios fundantes de nuestra legislación privada en materia de contratos, como las publicaciones de Andrés Bello sobre "Prelación de créditos" en 1837, o "De los contratos y obligaciones convencionales", publicado en el Diario El Araucano entre 1841 y 1845.

### **2.1.1 Como modo de extinguir las obligaciones**

La Teoría de los Riesgos, también dice relación con los modos de extinguir las obligaciones, en virtud del reconocimiento expreso que hace nuestra legislación a la *pérdida de la cosa que se debe* como una forma de liquidar este vínculo jurídico, en el artículo 1567 N° 7º del Código Civil.

Esto obedece al hecho de que una vez que la cosa que se deba perezca, entonces el cumplimiento de la obligación se vuelve imposible. Y en atención al adagio jurídico "*a lo imposible nadie esta obligado*", es que se establecen reglas para determinar las consecuencias jurídicas que acarrea este hecho jurídico.

Esta materia se encuentra regulada en el Título XIX del Libro Cuarto del Código Civil, desde el artículo 1670 al 1680, y en cuanto a su contenido, como veremos con detalle en el análisis del artículo 1672 del CC., sigue la misma línea planteada en cuanto a los riesgos, en virtud del cual, toda vez que la cosa perezca en manos del deudor, sin que medie su culpa o dolo, éste queda libre de toda responsabilidad civil, con alguna excepciones que establece el mismo Código, como lo son el caso en que el deudor se encuentre en mora o se haya pactado que se responderá aun ante un caso fortuito (Artículo 1672 y 1673 del CC.).

### **2.1.2 Requisitos**

Para Pablo Rodríguez Grez son tres las exigencias necesarias para que se configure la Teoría de los Riesgos: La existencia de una relación jurídica bilateral; que el cumplimiento de la obligación se encuentre pendiente; y que la destrucción del objeto

de la obligación provenga de un caso fortuito o fuerza mayor, “es decir, que no sea imputable al deudor”.

También podemos agregar a estos elementos, el hecho de que el objeto de la relación sea una especie o cuerpo cierto y que no exista una cláusula de modificación de responsabilidad que haga responsable al deudor del caso fortuito.

## **2.2 Características**

### **2.2.1 Contrato bilateral.**

Una característica esencial de la Teoría de los Riesgos – o un presupuesto de existencia – es precisamente la concurrencia de un contrato bilateral, entendido éste como aquel en virtud del cual “*las partes contratantes se obligan recíprocamente*” de acuerdo a lo dispuesto expresamente por nuestro legislador en el artículo 1439 del Código Civil, y por ende, cada una es deudora y acreedora de la otra.

En ese mismo orden de ideas, Fernando Fueyo define la Teoría de los Riesgos, precisamente desde la perspectiva de la contraparte en un contrato bilateral, pues para este autor, esta institución busca determinar “*la suerte de la prestación contraria cuando una ha sido motivo de extinción por imposibilidad de ejecución*”<sup>12</sup>.

En el caso de los contratos unilaterales la cuestión de los riesgos no se plantea ya que solo existe una obligación para una de las partes, y cuando el objeto de la obligación perece fortuitamente, entonces simplemente se extingue la obligación, o como dice Pablo Rodríguez Grez, “*la obligación se extingue sin consecuencias ulteriores*”<sup>13</sup>.

No obstante lo anterior, hay quienes sostienen que la cuestión de los riesgos sí se presenta a propósito de los contratos unilaterales. Uno de estos autores es el profesor

---

<sup>12</sup> FUEYO L., FERNANDO, actualizado por FIGUEROA Y., GONZALO; “Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones”, 3ª Edición, Editorial Jurídica, página 331, 2004.

<sup>13</sup> RODRIGUEZ G., PABLO, “Extinción no convencional de las Obligaciones, Volumen II”, 1ª Edición, Editorial Jurídica, página 137, 2008.

José Antonio Galván, quien afirma que *“la figura de los riesgos se da también en – los – contratos unilaterales”*<sup>14</sup>, citando para el efecto los artículos 2230 y 2177 del Código Civil sobre el depósito y el comodato respectivamente. En ambos casos la liberación del deudor por caso fortuito no es total, lo que engendra en el fondo una cuestión de riesgos, según el profesor.

### **2.2.2 Especie o cuerpo cierto.**

Si bien nuestro legislador no ha definido lo que se entiende por una cosa especie o cuerpo cierto, ni tampoco ha hecho expresamente la clasificación entre bienes específicos y genéricos, hace referencia a ellos en diversas disposiciones (artículos 951, 3º; 1508, 1509, 1590 del Código Civil).

No obstante la regla se invierte en caso de que se trate de obligaciones de género, ya que en principio se entiende en doctrina que las cosas de género no perecen por la extinción de un sujeto dentro de la clase, y por ende, la pérdida la soporta directamente el deudor, en virtud de lo que expresamente ha señalado el legislador en el artículo 1510 del Código Civil *“la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe”*, la que recoge el principio *“nunquam genus perit”*.

No obstante algunos autores hacen una subclasificación de los bienes corporales de género, entre aquellos que son genéricos limitados e ilimitados, siendo como elemento diferenciador el número de individuos que componen una clase. Si bien esta clasificación ha sido criticada, básicamente porque depende de apreciaciones subjetivas, esta subclasificación adquiere relevancia en esta materia, ya que en virtud de lo que señalan estos autores, el género limitado efectivamente corre el riesgo de perderse completamente; y, a modo ejemplar, señalan el caso de *“una pintura al óleo*

---

<sup>14</sup> ELORRIAGA D.B., FABÍAN Y OTROS, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte”, Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005, página 166.

*con motivo marina de Arturo Pacheco Altamirano*<sup>15</sup>, ya que en los términos en que se plantea el objeto, es efectivamente genérico, pero son objetivamente un número limitado.

### **2.2.3 Conservación por parte del deudor.**

Otra característica importante de la Teoría de los Riesgos, es que durante la vigencia del convenio, en la cual el deudor está obligado a entregar la cosa, en el espacio de tiempo que media entre el perfeccionamiento del acto o contrato y su cumplimiento o ejecución, el deudor está además obligado a conservar la especie o cuerpo cierto.

Esto viene dado por la aplicación del Artículo 1548 del Código Civil, el cual señala que *“la obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega (...)”*. Asimismo, el artículo 1549 del mismo cuerpo legal citado dispone que *“la obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado”*, lo que implica, en términos de responsabilidad, que el deudor cuide o conserve la cosa, con la diligencia con la que obraría un buen padre de familia. En definitiva, responderá de la culpa leve, por tratarse de un contrato bilateral (artículo 1547 inciso 1° del Código Civil).

Si bien, entendemos que la obligación de dar es una obligación de resultado, toda vez que el deudor cumple su parte sólo entregando la cosa, no es menos cierto que la obligación de conservación, en los términos en que se encuentra establecida en los artículos 1548 y 1549 del Código Civil, tienen una naturaleza jurídica distinta.

En efecto, la obligación de conservación es jurídicamente una obligación de medios, en donde el deudor se obliga a cumplir un determinado estándar de conducta en el cuidado de la cosa, sin estar obligado, primeramente, a asegurar su integridad. Le

---

<sup>15</sup> ORREGO, JUAN ANDRÉS, “Los Bienes”, documentos electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <[http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho\\_civil\\_2\\_pdf/civil2\\_los\\_bienes\\_1.pdf](http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_2_pdf/civil2_los_bienes_1.pdf)> , página 25.

bastará, al tenor del artículo 1547 del Código Civil, probar que ha obrado como buen padre de familia en la conservación de la especie para exonerarse de responsabilidad.

Este deber de conservación, implica además, la existencia de una característica inherente en la Teoría de los Riesgos que es el transcurso del tiempo, que se refleja en la distancia temporal que existe entre la celebración del acto o contrato y la ejecución del mismo.

Por lo mismo, es propio de la Teoría de los Riesgos, que ésta esté presente esencialmente en los contratos de ejecución diferida y no en los contratos de ejecución instantánea. Si bien la ley no define que se entiende por contrato de ejecución diferida, la doctrina la ha definido como aquel en virtud del cual el momento de la ejecución del contrato se efectúa en una época distinta al de su celebración. Por su parte, el contrato de ejecución instantánea es aquel en el cual la celebración y el cumplimiento se verifican en una misma época.

Por tanto, no resulta disconforme sostener que cuando nos encontramos frente a una obligación de dar contenida en un contrato de ejecución instantánea, la obligación que nace es de resultado; por otro lado, si se encuentra contenida en un contrato de ejecución diferida, será de medios, toda vez que en esta última hipótesis, la obligación de entregar, supone la de conservar la cosa por todo el tiempo que medie entre la celebración del acto y su cumplimiento.

#### **2.2.4 Caso fortuito.**

El Código Civil define el caso fortuito en el artículo 45, correspondiente al Título Preliminar en los siguientes términos: “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”.

Sin embargo en doctrina el “caso fortuito” y la “fuerza mayor” no significan lo mismo. Por un lado el “caso fortuito” implica la intervención de un acto de la naturaleza, como por ejemplo lo sería un terremoto. Y por otra parte la “fuerza mayor” se ha definido como la intervención humana o de autoridad que no sería posible resistir, como por ejemplo una ley expropiatoria que recaiga sobre una especie o cuerpo cierto que se debía en una relación bilateral.

Si bien en doctrina se ha discutido si la Teoría de los Riesgos es aplicable a la “fuerza mayor”, resulta claro que en nuestra legislación se confunden ambas instituciones; y, por ende, las reglas de esta institución son aplicables a ambas situaciones.

Por otro lado, hay que sostener que el caso fortuito debe ser la principal y única causa de la pérdida de la cosa que se debe, toda vez que el legislador se ha puesto en el caso de que sea complementario a algún grado de culpa que pueda tener el deudor, lo que se expresa en el artículo 1547 inciso segundo del Código Civil, el que señala que “(...) *el deudor no es responsable del caso fortuito a menos (...) que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa*”. Un ejemplo de la conjunción entre la culpa del deudor y un caso fortuito, es la responsabilidad que tienen los primeros vendedores de construcciones con deficiencias estructurales que cayeron luego de un terremoto.

Asimismo, cabe señalar que se ha discutido en doctrina si constituye caso fortuito la imposibilidad del cumplimiento proveniente de un tercero, toda vez que no ha podido preverse por el deudor el hecho o culpa de este individuo, que es ajeno a la relación jurídica. La doctrina mayoritaria ha consensuado que no estaríamos frente a un caso fortuito, y así lo ha recogido nuestra legislación, que en el caso de que la *pérdida de la cosa que se deba* sea causa de la acción de un tercero, ha optado por la solución legal que está dispuesta en el artículo 1677 del Código Civil, que expresa que “*aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos y acciones que tengan el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa*”. Debiendo entonces el deudor ceder derechos, para que el acreedor persiga la responsabilidad del tercero.

### 2.2.5 Ausencia de dolo, culpa o cláusula de responsabilidad.

La ausencia de culpa y dolo es un elemento basal de la Teoría de los Riesgos, y se encontrará presente como presupuesto normativo, cada vez que haya que hacer uso de sus reglas.

Dice directa relación con el caso fortuito, ya que tienden a ser elementos incompatibles, vale decir, cuando acaece dolo o culpa, en general no estaremos frente a un caso fortuito; o por el contrario, cuando existe un evento imprevisto e irresistible no imputable al accionar del deudor, éste no habrá obrado con culpa o dolo. No obstante, como ya vimos a propósito del caso fortuito, ello no siempre es así, y el legislador se ha puesto en la situación en que concurran la culpa del deudor y un caso fortuito e irresistible.

En nuestra legislación con respecto a este tema, existe una presunción en esta materia.: El artículo 1671 del Código Civil señala que *“siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya”*, en concordancia con lo que se señala en el artículo 1547 inciso tercero, corresponde *“(…) la prueba del caso fortuito al que lo alega”*. En otras palabras, la culpa se presume legalmente, y el caso fortuito debe probarse en materia contractual. En materia de riesgos, la carga probatoria o el *“onus probandi”*, entendido como *“la necesidad en que se encuentra la persona que sostiene un hecho o reclama un derecho de probar la existencia de uno u otro”*<sup>16</sup>, corresponde al deudor, toda vez que será él quien lo alega para exonerar su responsabilidad.

De todas formas, y en atención al principio de la autonomía de la voluntad, en nuestra legislación las partes pueden modificar el grado de culpa con el cual responden frente a sus obligaciones, con excepción a la condonación del dolo futuro y culpa lata, ya que habría objeto ilícito en atención a lo dispuesto en el artículo 1466 del Código Civil, lo

---

<sup>16</sup> VODANOVIC H., ANTONIO, “Manual de Derecho Civil II”, 2ª Edición, Editorial Jurídica Conosur, Año 2001, Página 148.



que implicaría que el acto o contrato celebrado adolecería de nulidad absoluta, en concordancia con el artículo 1682 del mismo cuerpo legal. Asimismo es menester recordar que la culpa lata, en nuestro ordenamiento jurídico se asimila al dolo, en atención a lo dispuesto en el artículo 44 del Código Civil inciso segundo, que dispone que la Culpa Grave “(...) *en materias civiles equivale al dolo*”, razón por la cual, una cláusula modificatoria de la responsabilidad incorporada por las partes a un acto o contrato no podría exonerar de responsabilidad al deudor en caso de que este actúe con negligencia grave o culpa lata.

No obstante lo anteriormente expuesto, el principio de libertad contractual con el cual se encuentra impregnado nuestra legislación civil, permite además hacer responsable al deudor del caso fortuito, siempre y cuando haya una cláusula expresa que así lo estipule, en atención a lo que dispone el artículo 1673 del Código Civil.

Y asimismo, el deudor será igualmente responsable frente al caso fortuito en el cumplimiento de sus obligaciones, en el evento de que éste haya caído en mora, según lo señala expresamente el artículo 1672 del Código Civil. Sin embargo, ese mismo artículo 1672 del Código Civil establece a su vez una excepción frente a la responsabilidad del deudor que cae en mora, la que se traduce en “*si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo deberá la indemnización de los perjuicios de la mora*”.

Y por último, en nuestro ordenamiento jurídico, habrá responsabilidad del deudor frente al caso fortuito en el evento de “*que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas*”, en atención a lo que expresamente dispone el artículo 1550 del Código Civil. En este caso nuestro ordenamiento jurídico castiga el conocimiento que tenía el deudor en su imposibilidad por cumplir íntegramente sus obligaciones contraídas.

En conclusión, si bien el caso fortuito en términos generales exonera de su obligación al deudor, éste será igualmente responsable en caso de que exista una cláusula

modificatoria de la responsabilidad, cuando éste haya obra con culpa o dolo, o en la circunstancia de que haya caído en mora, a pesar de que en este último evento, existe la excepción antes indicada, o finalmente, que se haya obligado a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones diferentes.

### **2.2.6 Imposibilidad sobreviniente**

La imposibilidad sobreviniente es un elemento esencial de la Teoría de los Riesgos. Esto implica que una vez perfeccionado el contrato, y mientras esté pendiente la obligación de entregar, el deudor, ya sea por razones materiales o legales, no puede cumplir su obligación de entregar la cosa, esto es, está impedido de hacerlo.

En ese sentido, es preciso aclarar que la pérdida o destrucción material de la cosa no es un requisito integrante de la Teoría de los Riesgos, pero es un elemento o presupuesto presente en casi todas las oportunidades en donde se hacen aplicables las normas que reglan esta institución.

Como ya habíamos dicho, la imposibilidad de cumplir una obligación en esta materia, por regla general, derivará de la destrucción parcial o total de la cosa, no obstante, también existen casos en que no medie pérdida material de la cosa, pero aun así resulte aplicable la Teoría de los Riesgos.

Nos referimos particularmente al caso en donde no concurra un “caso fortuito”, sino uno de “fuerza mayor” proveniente de un acto de autoridad que haga imposible la ejecución del contrato. El ejemplo más gráfico de esta situación es la entrada en vigencia de una ley expropiatoria, que desprenda del dominio al deudor de la cosa, y por ende, sin que medie su culpa o dolo, haga imposible su entrega al acreedor.

En otras palabras, en este caso nos encontramos frente a la imposibilidad moral de cumplir la obligación, ya que por razones legales, esta ha sido enajenada del patrimonio del deudor o ha sido prohibida su enajenación.

## 2.3 El riesgo en nuestra legislación civil.

### 2.3.1 La exoneración de deudor.

Hay ciertos principios que se pueden ir desprendiendo de distintas normas que regulan esta materia, que de alguna u otra forma, van marcando el sendero que adoptó el legislador en cuanto a la responsabilidad frente al caso fortuito.

Por un lado, hay que señalar que frente a un acto jurídico que genere obligaciones, nos vamos a encontrar frente a dos partes, por un lado, una parte deudora, que se encuentra en la necesidad jurídica de hacer una determinada prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa; y, por otro lado, una parte acreedora, que se encuentra en la posición jurídica de exigir el cumplimiento de la prestación, en caso de tratarse de obligaciones civiles, o de retener lo dado o pagado en razón de este vínculo, si estamos frente a obligaciones naturales.

Entonces, cabe la pregunta: ¿Qué ocurre si la prestación – y por ende su cumplimiento – se vuelve moral o físicamente imposible, por caso fortuito o fuerza mayor?, Se pueden formular dos vías de solución normativa. Por un lado, se puede adoptar la fórmula de que el deudor será igualmente responsable, quien deberá hacer un cumplimiento por equivalencia, que por regla general se traduce en indemnizar al acreedor, al punto que quede incólume del incumplimiento por naturaleza; o, por otro lado, se puede instaurar el principio de exoneración del deudor, basado en el adagio jurídico romano que “*a lo imposible nadie está obligado*”, lo que implica que el acreedor no tendrá derecho a exigir cumplimiento alguno.

Con respecto a esta materia, el legislador ha optado por seguir el principio de exoneración del deudor frente al caso fortuito y su imposibilidad para cumplir sus obligaciones, incluso, al punto de tratar la “*pérdida de la cosa que se debe*” como un modo de extinguir las obligaciones. No obstante aquello, cabe hacer presente que esta no es una solución normativa uniforme, toda vez que existen diversos casos en que el deudor es obligado a hacer un cumplimiento por equivalencia.

El artículo 1547 del Código Civil se configura como la piedra angular en esta materia, ya que dispone que *“el deudor no es responsable del caso fortuito (...)”*. Asimismo, esto hay que vincularlo a lo que dispone el artículo 1558 en su inciso final, el cual establece que *“la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”*.

### **2.3.1.1 De la Pérdida de la cosa que se debe**

En el Título XIX del Libro IV del Código Civil se establecen las reglas sobre la *pérdida de la cosa que se debe*. El tratamiento orgánico dado por el legislador – ubicado después del pago y sus modalidades, la novación, remisión, compensación, confusión, y antes de la nulidad y rescisión –, y en consideración a lo dispuesto en el artículo 1670 de dicho cuerpo legal, nos indica abiertamente que estamos hablando de un modo de extinguir las obligaciones.

A partir de este conjunto de normas se establecen las reglas básicas de la exoneración del deudor tras la pérdida de la especie o cuerpo cierto, por diversas causas, entre ellas, el caso fortuito.

En ese orden de ideas, el artículo 1670 señala que *“cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación (...)”*. En este caso el legislador se ha puesto en el caso de la imposibilidad material o moral de cumplir la obligación.

Las causales hipotéticas contempladas por el legislador son:

- a) La pérdida por el acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor. El fundamento legal se encuentra implícito en el artículo 1672 y 1673 del Código Civil.
- b) La pérdida de la cosa durante la mora del deudor, cuando el caso fortuito o fuerza mayor que hizo imposible el cumplimiento de la obligación haya

sobrevenido igualmente estando la especie o cuerpo cierto en poder del deudor. Esta hipótesis encuentra su fundamento en lo establecido en el artículo 1672 inciso segundo del Código Civil, que solo obliga al deudor a indemnizar el retardo.

- c) La pérdida por un hecho, culpa o dolo de un tercero, según lo indicado en el artículo 1677 del Código Civil.
- d) Y asimismo, como una innovación, el legislador contempla la pérdida de la cosa durante la mora del acreedor, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 1680 del Código Civil.

### **2.3.1.2 Obligaciones Alternativas y Facultativas**

En doctrina las obligaciones se pueden clasificar como aquellas de objeto singular – en donde el objeto de la obligación es uno – o de objeto múltiple. Y cuando nos encontramos frente a las obligaciones de objeto múltiple, éstas pueden ser a su vez de simple objeto múltiple, obligaciones facultativas u obligaciones alternativas. A estas dos últimas se refiere el artículo 1499 y siguientes del Código Civil.

Hay que recordar que las obligaciones alternativas se encuentran definidas en el artículo 1499 del Código Civil, y son *“aquellas en que se deben varias cosas, pero de tal manera que la ejecución de una exonera de la ejecución de las otras”*.

Con respecto a los efectos que se producen con la pérdida fortuita de la cosa que se debe en relación a las obligaciones alternativas, el artículo 1504 del Código Civil dispone que: *“Si perecen todas las cosas comprendidas en la obligación alternativa, sin culpa del deudor, se extingue la obligación. (Inciso segundo) Si con culpa del deudor, estará obligado al precio de cualquiera de las cosas que elija, cuando la elección es suya; o al precio de cualquiera de las cosas que el acreedor elija, cuando es del acreedor la elección.”*, ratificando entonces el criterio del legislador de exonerar de toda responsabilidad civil al deudor cuando se ve imposibilitado de cumplir su obligación con ocasión de un caso fortuito.

En referencia a la obligación facultativa, definida como *“la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa”* de acuerdo a lo establecido en el artículo 1505 del Código Civil, y tratándose de una cosa de especie o cuerpo cierto, también se configura una regla de exoneración para el deudor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1506 del Código Civil, en virtud del cual si la cosa objeto de la obligación *“perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna”*.

### **2.3.1.3 Otras normas del Código Civil**

Existen diversas normas del Código Civil que reafirman la concepción genérica de nuestro legislador, en sostener que las obligaciones perecen con el acaecimiento de un evento fortuito que haga imposible su cumplimiento por parte del deudor. Y este criterio alude a que se extingue la obligación, quedando el deudor liberado, sin producir el efecto de tener que cumplir por equivalencia.

*En el libro II del Código Civil*

Por ejemplo el artículo 787 dispone que *“el usufructuario (...) no es obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa”*, lo que implica necesariamente que existe exoneración por parte del deudor – quien debe entregar la cosa usufructuaria – del acaecimiento de un caso fortuito que le provoque daño, e incluso pérdida, de la cosa. Igual espíritu se encuentra en el artículo 783 el cual dispone que *“El goce del usufructuario de una heredad se extiende a los bosques y arbolados, pero con el cargo de conservarlos en un ser, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo, en cuanto no dependa de causas naturales o accidentes fortuitos”*. O con mayor claridad en el inciso segundo del artículo 788 que señala que *“si el ganado o rebaño perece del todo o en gran parte por efecto de una epidemia u otro caso fortuito, el usufructuario no estará obligado a reponer los animales perdidos, y cumplirá con entregar los despojos que hayan podido salvarse”*.

Finalmente en el usufructo, el artículo 799 establece que *“si un edificio viene todo a tierra por vetustez o por caso fortuito, ni el propietario ni el usufructuario son obligados a reponerlo”*.

En materia de querellas posesorias especiales, específicamente sobre la denuncia de obra ruinoso, el artículo 934 dispone que si la obra *“(…) cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización (…)”*

*En el libro IV, específicamente en algunos contratos*

En materia de sociedad conyugal, el artículo 1771 establece que *“las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos”*. Por ende, si se debió a caso fortuito, el otro cónyuge – o cónyuge no dueño – no es obligado a indemnizar, aun cuando se hubiere servido de la cosa.

En materia de arrendamiento, la regla que obliga al deudor a *“entregar la cosa en el estado en que se encuentre”* cambia, debiendo el arrendatario entregar la cosa en el estado en la cual le fue entregada, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1947 del Código Civil, no obstante *“(…) en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidas durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable”*, lo que implica que en el evento de que la cosa se deteriore o pierda, por el acaecimiento de un caso fortuito, el arrendatario será irresponsable. Asimismo, el artículo 1975 dispone en esta materia que *“el que da en arriendo un almacén o tienda, no es responsable de la pérdida de las mercaderías que allí se introduzcan sino en cuanto la pérdida hubiere sido por su culpa”*.

En esta misma línea luego, en materia de contratos para la confección de una obra material, el artículo 2000 establece que *“la pérdida de la materia recae sobre su dueño. Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su*

*culpa o por culpa de las personas que le sirven*". Ergo, si perece por un caso fortuito el artífice no será responsable.

En materia de comodato, el artículo 2178 dispone que *"el comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima. (...) Pero no es responsable de caso fortuito (...)*.

El artículo 2222 dispone que *"las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa. A falta de estipulación responderá solamente de la culpa grave"*. Por consiguiente, no será el depositario responsable del caso fortuito. Y con mayor claridad el artículo 2230 dispone que *"el depositario que no se ha constituido en mora de restituir, no responde naturalmente de fuerza mayor o caso fortuito"*.

## **2.3.2 El Riesgo del Acreedor**

### **2.3.2.1 Regla General (Art. 1550 del CC.)**

Ante todo, hay que señalar que la solución introducida en el Código Civil en el artículo 1550, es absolutamente propia, en el sentido de que no existía antecedente jurídico alguno – con excepción de lo ya referido con respecto a la compraventa – en nuestra legislación que permitiera suponer que esta fórmula normativa derive de alguna otra disposición anterior a la entrada en vigencia del Código Civil.

En efecto, revisado el proyecto no completo de Código Civil de don Mariano Egaña para Chile, esta norma y solución jurídica no se encuentra incorporada, ni tampoco alguna que nos permitiera dilucidar una formulación distinta a la plasmada finalmente por el legislador. Y si bien Andrés Bello participó activamente en la generación de este proyecto inconcluso, mediante la constante consulta y asesoría prestada a Egaña, la introducción de dicha solución tuvo que ser necesariamente en un evento posterior a 1831, momento en el cual se abandonó temporalmente la idea de generar el Código Civil, dándole prioridad al nacimiento de una nueva Constitución para la incipiente República. Para mayor ahondamiento, en el título XI intitulado "Efecto de las



Obligaciones”, del Libro de las Obligaciones del proyecto incompleto, se encuentran los antecedentes del actual artículo 1548 en el numeral 9, del actual artículo 1549 en el numeral 10 y del actual artículo 1551 en el numeral 11, faltando precisamente algún indicio normativo del actual artículo 1550 del Código Civil<sup>17</sup>.

Asimismo, cabe mencionar que su introducción tuvo que ser antes de octubre y noviembre del año 1842, fechas en las cuales se desarrollaron las sesiones legislativas en el Congreso Nacional, en las cuales se discutió en profundidad el título XI, XII y XIII del Libro IV del Código Civil<sup>18</sup>, y sus resultados derivaron, prácticamente sin modificaciones, en el proyecto de Código Civil publicado en el año 1847<sup>19</sup>. Para entonces el artículo 1550 ya se encontraba redactado en su formulación actual. Esta disposición se mantuvo, nuevamente, sin modificaciones en el proyecto inédito del año 1853, en el publicado en el año 1855, y tuvo tan solo una modificación para el que finalmente entró en vigencia en el año 1857, y que analizaremos a continuación.

Finalmente, el artículo 1550 del Código Civil quedó fijado con el siguiente texto: “*El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega*”. La modificación introducida antes de su entrada en vigencia reformuló la expresión “*el riesgo de la cosa individual que cuya entrega se deba (...)*” por el actual enunciado “*el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba (...)*”<sup>20</sup>.

Así dada las cosas, el ex profesor y autor don Luis Claro Solar analizando esta norma y explicando la regla *res perit creditoris* que contiene, señaló que los *riesgos*, a la luz de

---

<sup>17</sup> GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, “Primer proyecto de Código Civil de Chile”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1978, Página 183.

<sup>18</sup> GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, “Andrés Bello Codificador, Tomo II: Fuentes”, Ediciones Universidad de Chile, 1982, página 212.

<sup>19</sup> GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, “Andrés Bello Codificador, Tomo I”, Ediciones Universidad de Chile, 1982, página 327.

<sup>20</sup> BELLO, ANDRÉS, Proyecto Inédito de Código Civil, República de Chile, 1890, página 393. El actual artículo 1550 se encuentra bajo la enumeración 1729.

lo dispuesto en el artículo 1550 del Código Civil “*en los contratos sinalagmáticos (...) El deudor queda libre de su obligación por la pérdida inculpable del cuerpo cierto que debía; pero el acreedor no queda libre de la obligación que recíprocamente tenía contraída; y deberá cumplirla, aunque nada reciba en compensación*”<sup>21</sup>.

Con respecto a la redacción final de esta disposición, cabe hacer algunas precisiones, sobre todo al enunciado de la regla: “*El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor (...)*”, dejando el examen del resto de la norma en el acápite sobre las excepciones a la regla *res perit creditoris*.

Ante todo, con la inclusión del vocablo “*riesgo*” el legislador no ha querido sino expresar la amenaza existente en que la cosa se pierda en el periodo que existe entre el nacimiento de la obligación y su cumplimiento. En los artículos 1260, 1605, 1996, 2084 y 2216, todos de nuestro Código Civil, el legislador ha usado el término “*peligro*” como sinónimo de “*riesgo*”.

Con el vocablo “*cuerpo cierto*” el legislador se refiere a las cosas corporales determinadas, llamadas también “*especies*”, dejando fuera la posibilidad de que se aplique a ésta regla a las obligaciones genéricas. No obstante aquello, y como ya señalamos, la profesora Alejandra Aguad sostiene que ésta disposición incluye además las obligaciones de “*género limitado*”<sup>22</sup> – entendiendo como cosas de género limitado aquellas cosas corporales indeterminadas de un clase determinada y cuantitativamente amenazadas de perecer o salir del comercio –. En igual posición se encuentra el profesor Pablo Rodríguez Grez<sup>23</sup>. En ese sentido, la modificación final que se produce en el artículo 1550, antes de su entrada en vigencia, es sustancial, toda vez que el término empleado originalmente por Bello bajo la expresión “*cosa individual*” no

---

<sup>21</sup> CLARO SOLAR, LUIS. Explicaciones de derecho civil y comparado. Tomo undécimo, De las obligaciones II; Chile, Imprenta Nascimento, 1937, p. 681.

<sup>22</sup> AGUAD D., ALEJANDRA, “Teoría General del Contrato II Parte, Clasificación de los Contratos”, documento electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <[http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/clasificacion\\_contratos.PDF](http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/clasificacion_contratos.PDF)>, página 7.

<sup>23</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, “Extinción no convencional de las obligaciones, Volumen II”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2008, página 147.

es necesariamente un “*cuerpo cierto*”, ya que podría interpretarse como sinónimo de “*cosa singular*”, lo que hubiese tergiversado el sentido de la norma.

Con la palabra “*entrega*” se ha generado discusión doctrinaria. Hay quienes sostienen que la cuestión de los riesgos sólo se plantea en las obligaciones de dar, lo que implica que el vocablo correcto debió haber sido “*tradición*”, haciendo referencia a la necesidad jurídica de transferir el dominio. Otros autores han sostenido que el legislador ha querido expandir sus efectos no sólo a las obligaciones de dar, muy a pesar de que sea una figura que encontraremos mayoritariamente en esta especie de obligaciones, pero como ya hemos señalado, algunos autores, particularmente Jorge López Santa María, han señalado que esta es una cuestión que puede estar presente también en las obligaciones de hacer. Hay que recordar, en esta materia, que la obligación de entregar, si bien se encuentra contenida en la obligación de dar en virtud de lo dispuesto en el artículo 1548 del Código Civil, su naturaleza jurídica indica que se trata de una obligación de hacer.

Por su parte, el profesor y autor Daniel Peñailillo, pone el acento en la falta de claridad que existiría en la norma, al no especificar a qué tipo de entrega se refiere: si a la entrega *física* o a la entrega *jurídica*. La diferencia revestiría importancia toda vez que si se ha efectuado la entrega física y jurídica, entonces la regla contenida en el artículo 1550 resultaría ser “*impropia ante la denominada buena doctrina*” que sigue la regla *res perit domino*. No obstante, si se trata de una entrega meramente jurídica – como la simbólica –, debiendo aun la entrega física, entonces la norma encontraría armonía con el principio antes mencionado<sup>24</sup>.

Con el vocablo “*siempre*” utilizado en la construcción de esta disposición el legislador no ha hecho otra cosa que establecer una norma de clausura, que se cierre como una regla general sobre toda nuestra codificación y, en virtud de ella, en cada institución jurídica en que se deba una cosa determinada y en la cual no haya norma expresa que resuelva el peligro de la pérdida del cuerpo cierto, será entonces aplicable lo dispuesto

---

<sup>24</sup> ELORRIAGA D.B., FABÍAN Y OTROS, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte”, Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005, página 174.

en este artículo – igual indicación hace el profesor Pablo Rodríguez Grez sobre el término “*siempre*”<sup>25</sup> –. No obstante este razonamiento, algunos han dado a entender que simplemente se trata de un recurso discursivo y no del establecimiento de una norma general aplicable en todas aquellas instituciones en las cuales el legislador no haya resuelto expresamente la cuestión de los riesgos, y han arribado en conclusiones diferentes como ya veremos a propósito del estudio del riesgo en las obligaciones condicionales.

Finalmente, con la expresión “*a cargo del acreedor*” implica simultáneamente dos cosas: en primer lugar reafirma la exoneración del deudor de su obligación y, por otro lado, hace que el acreedor carezca de cualquier acción a su favor, ya sea para exigir responsabilidad al deudor o para eximirse de la suya en una relación bilateral.

### **2.3.2.2 El Riesgo en la Compraventa**

La regla de la teoría de los riesgos en nuestra legislación se encuentra radicada en el artículo 1820 del Código Civil el cual dispone que “*la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador*”.

De acuerdo a Ramón Meza Barros, el legislador sigue la regla general establecida en el artículo 1550 del Código Civil<sup>26</sup>, vale decir, *res perit creditoris*, en virtud del cual el riesgo lo soporta directamente el comprador, en su calidad de acreedor frente a la expectativa de la entrega de la cosa.

---

<sup>25</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, “Extinción no convencional de las obligaciones, Volumen II”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2008, página 148.

<sup>26</sup> MEZA BARROS, RAMÓN, “Manual de Derecho Civil de las Fuentes de las Obligaciones”, 7ª Edición, Editorial Jurídica, página 117 y 118, 1987.

Cabe hacer presente, que el criterio normativo que antecede, también se trasunta en la legislación comercial, en donde el artículo 142 del Código de Comercio recoge exactamente la misma regla en cuanto a la compraventa mercantil, en los siguientes términos: *“La pérdida, deterioro o mejora de la cosa, después de perfeccionado el contrato, son de cuenta del comprador, salvo el caso de estipulación en contrario, o de que la pérdida o deterioro hayan ocurrido por fraude o culpa del vendedor o por vicio interno de la cosa vendida”*<sup>27</sup>.

Es menester señalar que la tradición jurídica continental, ya sea que los contratos generen efectos reales o personales, siempre ha entregado el riesgo al comprador, desde el derecho romano bonitario. Esto ocurre, precisamente como ya se hizo mención, el contrato de compraventa para los romanos tenía una doble naturaleza jurídica, o dicho de otro modo, podían coexistir en forma independiente las obligaciones de comprar y de vender, la *emptio* y la *venditio* respectivamente. Esto quiere decir que una vez celebrado el contrato de compraventa, ambas obligaciones se separaban y no se relacionaban, como si se hubiesen celebrado dos contratos unilaterales diversos. En razón de esta estructura histórica de este contrato, recogida por muchas tradiciones jurídicas posteriores, se concebía perfectamente la regla *res perit creditoris*, sin que pareciera injusta, toda vez que en los contratos unilaterales no se daba la cuestión de los riesgos, y por ende, no cabía preguntarse qué ocurría con la contraprestación correlativa.

En ese mismo orden de ideas, y reafirmando esta posición histórica, Víctor Vial de Río señala que *“hay quienes afirman que no es efectivo que los romanos hubieran aplicado en los contratos bilaterales el principio de que las cosas perecen para su dueño, tanto así que en el contrato de compraventa señalaban que el riesgo es a cargo del comprador, que no es el dueño de la cosa, ya que falta el modo de adquirir el dominio que es la tradición”*<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, EDICIÓN ESTUDIANTES, Editorial Jurídica de Chile, 2009, página 38.

<sup>28</sup> VIAL DEL RÍO, VICTOR, “Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno”, Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Chile, 2003, página 124.

### 2.3.3 Excepciones

#### 2.3.3.1 Reglas Generales

Cabe hacer presente que las excepciones generales a las reglas *res perit creditoris* establecidas en nuestro ordenamiento, para algunos autores, como Víctor Vial del Río, no son en realidad una excepción a dicha regla, sino que al principio de exoneración del deudor del caso fortuito; es más, en atención a un análisis detenido de cada una de las excepciones, para este autor en realidad no se puede “*hablar de pérdida fortuita, sino que de pérdida culpable*”<sup>29</sup> y, por ende, la obligación del deudor subsistirá, aun cuando no exista la cosa debida, ya que en ese caso, la obligación cambiará de naturaleza, y entonces el deudor estará obligado a cumplir por equivalencia.

a) En primer lugar, el riesgo de la cosa que fortuitamente se pierde es de cargo del deudor, cuando éste se encuentra en mora, en atención a lo dispuesto al artículo 1550 del Código Civil, en relación a lo dispuesto en el artículo 1547 inciso 2º del mismo cuerpo normativo. La pérdida, al no ser causa exclusiva del caso fortuito, nos coloca frente a un caso de pérdida culpable.

b) Asimismo, el deudor será responsable si éste se hubiere comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas. Esta excepción también se encuentra en el artículo 1550 del Código Civil y pretende sancionar el dolo, toda vez que el deudor sabía o debía saber que a alguna de las partes le iba a incumplir la obligación de entregar.

c) Luego, será también responsable el deudor de la pérdida fortuita de la cosa si hubiere pacto expreso que así lo indica. El fundamento legal de esta excepción se encuentra en el artículo 1673 del Código Civil y emana del principio de la autonomía contractual.

---

<sup>29</sup> VIAL DEL RÍO, VICTOR, Op. Cit., página 126

d) Asimismo, gran parte de la doctrina está por añadir que el riesgo de pérdida fortuita de la cosa, debida bajo condición, es también de cargo del deudor, toda vez que el artículo 1486 inciso primero es una norma incompleta, ya que no señala si el acreedor sufre el riesgo, y haciendo aplicación del mismo criterio que se encuentra en el artículo 1820, con respecto a la venta condicional, y que analizaremos más adelante, en el cual el riesgo es del deudor, entonces se llega a esa conclusión.

e) El profesor Juan Andrés Orrego añade una quinta excepción y dice relación a las obligaciones de género limitado, en donde si bien no se determina al individuo dentro del género, no es menos cierto que el género completo puede perecer material o moralmente, por cuanto cuantitativamente el número de especies que pertenecen a la clase es reducido. A modo ejemplar se pueden mencionar las obras pictóricas de algún autor nacional. El fundamento legal se encuentra en el artículo 1510 del Código Civil, en donde se señala que “*la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación (...)*”, lo que implica que, interpretándose a *contrariu sensu*, en el caso de que se extingan *todas* (en oposición a *algunas*) las cosas del género, aunque la cosa debida no haya sido una especie o cuerpo cierto individualizado o determinado, la obligación perezca de igual forma. Aun así, y muy a pesar de que la obligación del deudor se haya extinguido, cabe preguntarse qué ocurre con la contraprestación. Para este autor el artículo 1550 es claro al referirse tan solo al “*cuerpo cierto que se deba*”, y por ende, interpretado a *contrariu sensu*, el riesgo no será del acreedor, sino que del deudor toda vez que se trata igualmente de una obligación de género. Autores, como Alejandra Aguad, son de la posición contraria.

f) El profesor Pablo Rodríguez Grez sostiene además, que serán excepciones a la regla *res perit creditoris* todos los casos en que la ley expresamente lo disponga. Esta posición la sustenta en razón de que existen normas particulares en determinadas instituciones en las cuales el legislador ha establecido expresamente la regla contraria, vale decir, la *res perit debitoris*. Entre estas normas, el autor menciona el caso del artículo 1996 del Código Civil en el evento de que quien encargó la obra no la haya

aprobado aun, caso en virtud del cual la pérdida la soportará el artífice – el deudor –<sup>30</sup>. Otros autores han visto en el artículo 1950 N° 1 otra excepción a la regla, en virtud del cual “*el arrendamiento de cosas expira (...) 1º por la destrucción de la cosa*”, razón por la cual extinguida la convención, la pérdida la soporta el deudor<sup>31</sup>.

### 2.3.3.2 Obligaciones condicionales

El caso de las obligaciones condicionales merece un examen aparte, toda vez que se trata de un tema controvertido y aun no completamente aceptado.

Ante todo, hay que señalar que el artículo 1486, que se encuentra contenido en el título IV del Libro IV del Código Civil que se intitula “*De las obligaciones condicionales y modales*” establece que “*si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios (...)*”.

Daniel Peñailillo señala en esta materia hay que distinguir entre la pérdida parcial y la pérdida total de la cosa por el acaecimiento de un caso fortuito<sup>32</sup>. Por un lado dice que la pérdida parcial de la cosa seguiría la regla general *res perit creditoris* en aplicación directa del inciso segundo de dicha disposición, la cual señala que “*si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, (...) sufriendo – el acreedor – su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio*”. Y por otra parte señala que con respecto a la pérdida total de la cosa, en una obligación condicional, el determinar quien soporta el riesgo es una cuestión debatible, ya que la norma es inconclusa y, por ende, dicha hipótesis no está planteada por el legislador, y concluye que “*es discutible. Entre nosotros igualmente predomina la solución de que también se extingue la obligación recíproca, y por tanto,*

---

<sup>30</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, “Extinción no convencional de las obligaciones, Volumen II”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2008, página 151.

<sup>31</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, Op. Cit., página 152.

<sup>32</sup> PEÑAILILLO, DANIEL, “Obligaciones, Teoría General y clasificaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2003, página 382.



*que el riesgo es del deudor condicional*<sup>33</sup>. El fundamento de dicha conclusión sería histórico, particularmente una nota de Bello que se encontraría en el Proyecto Inédito de Código Civil de 1853, en la cual se cita a Pothier quien así lo promovía en esta materia. Aunque este autor considera que la compraventa condicional seguiría la regla general del 1550 del Código Civil., en aplicación directa del artículo 1820, sobre compraventa.

En igual posición se encuentra el profesor Juan Andrés Orrego, el cual señala que la pérdida total hace que se extinga la convención, pereciendo entonces *“tanto la obligación condicional del deudor como el derecho recíproco del acreedor”*<sup>34</sup>.

No obstante lo anterior, la cuestión es debatible, toda vez que efectivamente la norma del 1486 del Código Civil es inconclusa en esta materia, por cuanto no señala expresamente que ocurrirá con la contraprestación del acreedor.

Dada así las cosas, esta situación debiera dar paso, como han sostenido otros autores, como el profesor Pablo Rodríguez Grez, a la aplicación de la regla general contenida en el artículo 1550 del Código Civil que pone el peligro de la cosa a cargo del acreedor. En efecto, éste autor nos dice expresamente *“¿Qué otro significado puede tener que la cosa se deba en el estado en que se encuentra, debiendo el acreedor sufrir el deterioro o disminución que ella experimente por hecho no imputable al deudor? El mecanismo es el mismo. El acreedor soporta la pérdida y se beneficia con las mejoras y aumentos”*<sup>35</sup>.

### **3. Fundamentos a los riesgos del acreedor en Chile.**

Cabe hacer presente, que habíamos señalado que han sido diversas las posturas adoptadas por los legisladores en el mundo al establecer reglas en relación con la

---

<sup>33</sup> PEÑAILILLO, DANIEL, Op. Cit., página 385.

<sup>34</sup> ORREGO, JUAN ANDRÉS, “Teoría General de las Obligaciones I”, documento electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <[http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho\\_civil\\_2\\_pdf/civil2\\_teor%C3%ADa\\_general\\_de\\_las\\_obligaciones1.pdf](http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_2_pdf/civil2_teor%C3%ADa_general_de_las_obligaciones1.pdf)>, página 17.

<sup>35</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, “Extinción no convencional de las obligaciones, Volumen II”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2008, página 149.

problemática de los riesgos; y, asimismo, cabe señalar que frente a la decisión de optar por alguna de las posiciones ya mencionadas, vale decir, *res perit debitoris* o *res perit creditoris*, la perspectiva y fundamentos de ambas, aun hoy, no es una cuestión ajena al debate. En ese mismo orden de ideas, el profesor Víctor Vial del Río nos recuerda que “(...) *ambas opciones presentan argumentos en pro y en contra, de modo que a cualquier solución que se llegue es siempre discutible*”<sup>36</sup>.

De todas formas, podemos agrupar, solo para efectos metodológicos, en cuatro las perspectivas que se han adoptado en esta materia: (1) aquellos que señalan que la regla establecida por Bello es un error, una especie de mala transcripción de la normativa francesa en este ámbito; (2) aquellos que encuentran fundamentos históricos en esta materia; (3) aquellos que afirman que la regla adoptada se sostiene en fundamentos de equidad, y; (4) finalmente, quienes afirman que se trata de una innovación implementada por el legislador.

### **3.1 Fundamentos o teorías del error.**

Antes que todo, es menester señalar que los argumentos que sostienen que existió un error de transcripción, por algunas voces dogmáticas – fundamento actualmente en boga –, aparecen a principios del siglo XX, y no resultan ser críticas coetáneas o inmediatamente posteriores a la dictación del Código y su entrada en vigencia. En efecto, que analizada la literatura de la época, las cuestiones controversiales se centraban en la supresión de los usufructos y fideicomisos sucesivos, las nuevas regulaciones en materia de familia y derecho sucesorio. De hecho, en los distintos compendios sobre las problemáticas suscitadas a razón de la aplicación de la nueva legislación, que dan “(...) *cuenta de las observaciones más autorizadas que se han hecho sobre el Código Civil*”<sup>37</sup> no se menciona la cuestión de los *riesgos*.

---

<sup>36</sup> VIAL DEL RÍO, VICTOR, “Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno”, Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Chile, 2003, página 122.

<sup>37</sup> LIRA, JOSÉ BERNARDINO Y OTROS, “El Código Civil ante la Universidad”, Imprenta Chilena, Chile, 1871, página 662.

No obstante, ya bien entrado el siglo XX, hay diversos autores en la literatura jurídica chilena que han considerado que el criterio empleado por el legislador resulta incongruente con la tradición jurídica recogida por nuestro ordenamiento y que, asimismo, afirman, vulneraría los principios que inspiran el mismo, estableciendo reglas injustas en esta materia.

Uno de ellos es el profesor y autor, René Ramos Pazos, quien en su libro *“De las Obligaciones”* formula críticas a las reglas chilenas sobre la teoría de los riesgos. Este autor la considera manifiestamente injusta, puesto que sostiene que Andrés Bello habría copiado esta institución del Código Civil francés, sin reparar en el hecho de que dicho ordenamiento no exige título y modo para transferir el dominio, sino que tan solo basta con el contrato, el cual tiene inmediatamente efectos reales sobre la cosa, es decir, se basta a sí mismo, en cuanto transfiere o limita el dominio<sup>38</sup>. Esta misma posición doctrinaria tuvo con anterioridad el profesor Alessandri, quien creyó que Andrés Bello *“tomó equivocadamente el artículo 1183 del Código Civil francés, copiándolo y trayéndolo al Código Civil chileno”*<sup>39</sup> – en palabras del profesor Fabián Elorriaga – sin percatarse que en Francia tenía plena justificación bajo el principio *res perit domino*.

A igual conclusión llegó el memorista Juan Domingo Marín, quien afirmó que con la inclusión del artículo 1550 el *“(...) Código Civil reprodujo la regla del Código Francés de que las cosas perecen para el acreedor (...) pero que al reproducirla se varió por completo su espíritu (...)”*<sup>40</sup>

Hay que recordar que nuestra legislación se inspiró en esta materia en las tradiciones romanistas del siglo IV d.C. y los siglos posteriores, en virtud de los cuales se exigía tanto la existencia de un título traslativo como de un modo de adquirir. Conforme a

---

<sup>38</sup> RAMOS PAZOS, RENÉ, *“Manual de Derecho Civil de las Obligaciones”*, Editorial Lexis Nexis, Primera Edición, Chile, 2004, página 268 – 269.

<sup>39</sup> ELORRIAGA D.B., FABÍAN Y OTROS, *“Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte”*, Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005, página 154.

<sup>40</sup> MARÍN CARDENAS, JUAN DOMINGO, *“La tradición y la Teoría de los Riesgos en la compraventa comercial”*, Tesis de Grado Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Chile, 1956, página 38”

ellas, las convenciones tienen solamente efectos personales, en cuanto habilitan al acreedor a exigir el cumplimiento de las obligaciones que del contrato emanan, pero no existen efectos reales en cuanto a la cosa, ya que para que ello ocurra se requerirá de un modo de adquirir el dominio (ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte, prescripción y la ley), en atención a lo dispuesto en el artículo 588 del Código Civil chileno. En conformidad a lo anterior, en el contrato de compraventa por ejemplo, el vendedor debe hacer la tradición de la cosa vendida al comprador, quien no es dueño de la cosa hasta que ésta se efectúe.

Entonces, René Ramos Pazos, explica que en atención a que la regla justa es el principio de que las cosas perecen para su dueño, y en atención a que el acreedor en una relación bilateral no será dueño sino hasta que se efectúe el modo de adquirir, resultaría injusto que este soporte la pérdida de algo, en circunstancias de que nunca tuvo vinculación jurídica con la cosa que se pierde.

En ese mismo orden de ideas, Daniel Peñailillo en su libro “Obligaciones”, reafirma la crítica, señalando que las reglas chilenas en materia de teoría de los riesgos precisamente vulnera el *“principio generalmente aceptado: las cosas perecen para su dueño”*<sup>41</sup>.

El tratadista René Abeliuk, recogiendo las impresiones de Alessandri y Fueyo sobre la materia, señala que *“las legislaciones modernas en la forma señalada y la inmensa mayoría de los autores están contestes en que por regla general el riesgo debe estar a cargo del deudor cuya prestación se ha hecho imposible. Porque si bien es justo que éste quede liberado de responsabilidad por el caso fortuito, no es equitativo, en cambio, que la contraparte que nada recibe siga siempre obligada a cumplir su propia prestación”*<sup>42</sup>. Para este autor, *“es lógico y equitativo”* que la contraparte, a quien no le es imposible cumplir su obligación, se le extinga ésta, en atención a que su interés contractual era precisamente recibir una contraprestación que nunca llegará. En otras

---

<sup>41</sup> PEÑAILILLO, DANIEL, “Obligaciones, Teoría General y clasificaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2003, página 383.

<sup>42</sup> ABELIUK M., RENÉ, “Las Obligaciones, Tomo II”, 4ª Edición, Editorial Jurídica, página 323.

palabras, su obligación remanente ha *“quedado desprovista de toda razón de ser, de causa, como dirían los causalistas (...) aunque esto no es del todo exacto”*<sup>43</sup>.

Con respecto a este último punto de vista, Pablo Rodríguez Grez sostiene que *“este fundamento adolece de una falla fundamental: la existencia y calificación de la causa debe realizarse al momento de contratar y no durante la existencia del contrato”*<sup>44</sup>, no obstante, como hemos señalado, el tratadista René Abeliuk reparó en aquello.

El profesor Víctor Vial Del Río, al igual que Abeliuk y Ramos Pazos, sostiene que la regla es injusta, y se debería principalmente a la aparente trascripción de la regla francesa en la materia, sin atender a los efectos personales que generan los contratos<sup>45</sup>. Para este autor sería más equitativo que el riesgo de la cosa fuera compartido.

Finalmente, y contrario a lo que sostiene la tesis del error de transcripción, es menester señalar que Andrés Bello era reticente a introducir al proyecto del Código Civil disposiciones literales de textos foráneos, muy a pesar de que existían jurisprudencias que afirmaban que había que importar los cuerpos normativos más ejemplares de la época, particularmente el Código Francés. Y así quedó registrado en las columnas del periódico *El Araucano*, en el cual Bello responde a Miguel María Güemes, quien escribía bajo el pseudónimo U.P.D.I: *“No vemos la necesidad de que cuando se tome una disposición del código francés, se traduzca literalmente el texto, como nos lo aconseja el señor PDI. Esta es una regla que no podría seguirse sin inconvenientes, aun dado el caso que se adoptase aquel cuerpo de leyes en todas sus partes; pues hay en él artículos cuya redacción según han anotado sus comentadores, adolece de graves defectos. Mas cuando aquella grande obra presentase un modelo acabado, exento de las imperfecciones de que adolecerán siempre más o menos todas las obras humanas; cuando viéramos en ella un todo perfectamente claro y armonioso, eso*

---

<sup>43</sup> ABELIUK M., RENÉ, Op.Cit.

<sup>44</sup> RODRIGUEZ G., PABLO, “Extinción no convencional de las Obligaciones, Volumen II”, 1ª Edición, Editorial Jurídica, página 139, 2008.

<sup>45</sup> VIAL DEL RÍO, VICTOR, “Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno”, Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Chile, 2003, página 123 – 124.

*mismo aconsejaría que, adoptando una parte de sus disposiciones se variasen a menudo los términos para ponerlos en correspondencia y armonía de ideas y de lenguaje con los otros en que no se creyese conveniente seguirle (...)*<sup>46</sup>. Desde esa perspectiva, recogemos las impresiones del profesor Alejandro Guzmán Brito, en el sentido de que Andrés Bello, antes de introducir una norma al proyecto de Código Civil, hacía un examen previo de aptitud, competencia y armonía, tanto interna como sistemática<sup>47</sup>.

En ese mismo orden de ideas, el Mensaje del Ejecutivo al Congreso que propone la aprobación del Código Civil en 1855 se lee que “(...) desde luego concebiréis que no nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder de vista las circunstancias peculiares de nuestro país (...)”<sup>48</sup>, lo que reafirma lo dicho por Bello.

### **3.2 Fundamentos de equidad**

Los fundamentos de equidad pueden analizarse de dos perspectivas. Por un lado desde el punto de vista de las mejoras, y por otro, desde la perspectiva del cumplimiento del deudor.

#### *Desde la perspectiva de las mejoras*

Para introducirnos al primer estudio, ante todo hay que señalar que la entrega de la especie o cuerpo cierto que se debe en la cuestión de los *riesgos*, en último término, el acto de entrega adquiere la naturaleza jurídica de *pago*, en virtud del cual el deudor extingue la obligación pendiente que mantenía con su acreedor. Y desde ese punto de vista, hay que atender a lo dispuesto en el artículo 1590 del Código Civil, el cual

---

<sup>46</sup> GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, “Andrés Bello Codificador, Tomo I”, Ediciones Universidad de Chile, 1982, página 335.

<sup>47</sup> GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, Op. Cit.

<sup>48</sup> CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2009, página 13 – 14.

estipula que “*si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle (...)*”.

Desde esa perspectiva, el *riesgo* del acreedor puede adquirir dos caras: Por un lado el deterioro o pérdida, que en el evento de no ser imputable al deudor, y como ya hemos señalado latamente, nada podrá exigirle a éste; y por otro, el aumento o las mejoras que éste haya recibido, las cuales no darán acción al deudor para ser reparadas, sino, en el caso de las prestaciones mutuas, institución propia de la acción reivindicatoria<sup>49</sup> y cuyos efectos también se radican en relación a la resolución de los contratos y el pacto de retroventa, por aplicación del artículo 1886 del Código Civil y la nulidad relativa por aplicación del artículo 1687 del mismo cuerpo legal.

Dada así las cosas, la equidad se encuentra dada por el hecho de que los riesgos puede ser una cuestión tanto perjudicial como beneficiosa para el acreedor.

De todas formas, cabe hacer presente que esta características del pago, cuando se trata de una especie o cuerpo cierto, es una excepción implícita el hecho de que el deudor está obligado a dar “*en conformidad al tenor de la obligación*”, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1569 del Código Civil. De hecho, con respecto al contrato de compraventa, nos damos cuenta que haciendo aplicación de las reglas sobre los riesgos, los términos usados por el legislador para señalar que el vendedor está obligado a dar “*lo que reza el contrato*”, según ordena el artículo 1828 del cuerpo legal citado, se trata más bien de un recurso discursivo que un imperativo al deudor.

Ramón Meza Barros señala que con respecto al artículo 1820 del Código Civil que “*como justa compensación, pertenecen al comprador sin costo alguno, las mejoras de la cosa, y como se dijo, de sus frutos*”.

La legislaciones, que tienen la tradición jurídica de exigencia dual para la constitución de derechos reales, en cuanto a necesitar la preexistencia de un título y la concurrencia de un modo para adquirir el dominio, y que a su vez sostienen la regla *res*

---

<sup>49</sup> Artículos 904 y siguientes del Código Civil Chileno.

*perit debitoris* en esta materia, en beneficio del deudor y basado en un principio de equidad, disponen que las mejoras que obtenga la cosa, desde la celebración del acto o contrato, hasta el momento de la entrega son para su dueño, vale decir, para el deudor, y éste tendrá derecho a exigir un sobreprecio en la cosa, para así la prestaciones vuelvan a ser equivalentes, y por ende, quedar indemne. Igual principio opera para los frutos, que pertenecen en su totalidad al deudor hasta el momento de la entrega.

En ese mismo orden de ideas, y a modo ejemplar, en el ordenamiento jurídico argentino, el artículo 578 en concordancia con los artículos 582 y 583 del Código Civil de ese país, disponen que "*si la obligación de dar una cosa cierta es para transferir sobre ella derechos reales, y la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación queda disuelta para ambas partes*", pero "*si la cosa se hubiere mejorado o aumentado, aunque no fuese por gastos que en ella hubiera hecho el deudor, podrá éste exigir del acreedor un mayor valor, y si el acreedor no se conformase, la obligación quedará disuelta*" y asimismo "*todos los frutos percibidos, naturales o civiles, antes de la tradición de la cosa, pertenecen al deudor; mas los frutos pendientes el día de la tradición pertenecen al acreedor*"<sup>50</sup>.

#### *Desde la perspectiva del cumplimiento del deudor*

Y por otro lado, ya desde la segunda perspectiva, y como ya adelantamos someramente en el transcurso de la presente investigación, para el profesor Pablo Rodríguez Grez existe otro argumento de equidad.

En efecto, ante todo hay que mencionar que el artículo 1549 del Código Civil, y que antecede a nuestra regla general, dispone que la obligación de conservación del cuerpo cierto, entregada al deudor por mandato expreso del artículo 1548, implica que

---

<sup>50</sup> TRIGO REPRESAS, FELIX A., COMPAGNUCCI DE CASO, RUBEN H., "Código Civil Comentado, Tomo I, Obligaciones", Editores Rubinzal - Culzoni, Argentina, 2005, Páginas 374, 385 y 390.



“se emplee en su custodia el debido cuidado”, lo que se ha entendido que el deudor responda por culpa leve.

En ese sentido, y atendido las disposiciones citadas, en el periodo comprendido entre la celebración del contrato y su cumplimiento, el deudor tiene tan solo una obligación principal, que se le puede hacer exigible, y que implica custodiar el cuerpo cierto como un *buen padre de familia*.

Si él cumple dicha obligación y, a pesar de su cuidado, la cosa igualmente se destruye – por el acaecimiento de un caso fortuito –, nadie podría sostener que el deudor incumplió la obligación que en ese minuto le podía ser exigible. En otras palabras, si el deudor dio cumplimiento a sus obligaciones al tenor de los estándares de conducta exigidos por las normas que anteceden al artículo 1550, resulta injusto sostener entonces que el acreedor debe quedar libre del cumplimiento de la contraprestación, ya que para entonces tan solo una de las partes habría ejecutado el contrato de buena fe, la que a su vez resultaría perjudicada al no recibir nada a cambio. Desde esa perspectiva, sostiene Pablo Rodríguez Grez, “la solución planteada por la ley está basada en un principio elemental de equidad”<sup>51</sup> y agrega que “Bello tuvo plena conciencia de lo que hacía, y optó por esta fórmula aduciendo a razones de equidad: por un lado no era justo imponer la pérdida de la cosa debida al deudor cuando este había desplegado la conducta impuesta en la ley, empleado en su custodia el cuidado y la diligencia debidos”<sup>52</sup>.

### 3.4 Fundamento histórico romano

Con respecto a la regla *res perit creditoris*, el profesor Luis Claro Solar señalaba que “esta solución tiene una justificación histórica que la explica”<sup>53</sup>, y que deriva de la regla romana “*cum autem emptio et venditio contracta sit... periculum rei redditae statim ad*

---

<sup>51</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, “Extinción no convencional de las obligaciones, Volumen II”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2008, página 148.

<sup>52</sup> RODRIGUEZ GREZ, PABLO, Op. Cit.

<sup>53</sup> CLARO SOLAR, LUIS, “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Volumen V, De las Obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1988, página 681.

*emptorem pertinet tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit* decía Justiniano en la Instituciones, disposición que tiene su antecedente en el Digesto en el título “*de peric. Et comm. Rei vend.*”<sup>54</sup>, propia del contrato de compraventa.

En efecto, nuestra tradición continental, como ya hemos señalado en un comienzo, ha sido conteste en recibir la regla *res perit creditoris* en materia de compraventa, básicamente porque se ha concebido históricamente éste contrato bilateral como el antecedente jurídico del nacimiento de dos contratos unilaterales independientes entre sí. En estricto rigor jurídico, algunos autores han hablado de dos obligaciones independientes entre sí y no de dos contratos unilaterales que tienen como antecedente un mismo título.

Los romanos hace unos 1.600 años dividían la *emptio* de la *venditio*. En otras palabras, la compra – entendido éste como un contrato unilateral consistente en pagar un precio – de la venta – que es un contrato unilateral de entrega de la cosa –. El entender la relación jurídica desde esta perspectiva, hace que la regla *res perit creditoris* parezca ser una consecuencia natural de la exoneración del deudor cuando el incumplimiento no le es imputable a culpa o dolo, modo de extinguir las obligaciones ampliamente recogido por la doctrina y la legislación chilena y comparada. En realidad, ver las relaciones jurídicas en esta materia como la existencia de dos vínculos unilaterales independientes en realidad es afirmar que no existe cuestión de los *riesgos*, ya que ésta está presente tan solo en los contratos bilaterales.

En definitiva lo que hizo el legislador fue ampliar la regla romana, propia de la compraventa, para las obligaciones bilaterales en general, para efectos de dar armonía y simplificar el uso de las reglas. En ese sentido, el trabajo por simplificar se impuso al trabajo de mantener reglas diversas a instituciones diferentes.

Ese interés de simplificar, como objetivo principal del legislador quedó en diversas oportunidades plasmado en sus manuscritos y columnas. En 1842 escribió una columna en el periódico *El Araucano* en la cual afirmó que “(...) las innovaciones que

---

<sup>54</sup> CLARO SOLAR, LUIS, Op. Cit., página 682.

*ahora se trata son mucho menos considerables, supuesto que no se piensa en crear sino en corregir y simplificar (...)*<sup>55</sup>. En esa misma posición se encuentra además la profesora y comentarista colombiana Martha Neme Villareal, quien señala que la adopción de los riesgos en el Código Chileno, bajo la regla *res perit creditoris* en el artículo 1550 del Código Civil, se debe a la extensión que se utilizó de la regla *periculum emptoris*, institución propia de la compraventa romana, en virtud del cual el riesgo de la cosa vendida la asumía el comprador<sup>56</sup>.

En esta posición doctrinaria se encontraría entre otros, el profesor Francisco Merino Scheihing, quien sostiene que *“no soy de los que creen que nuestro legislador haya incurrido en un simple error de copia (...). Estimo que la verdadera razón de ello se encuentra en la norma del artículo 1550, que no hace otra cosa que trasladar a nuestro ordenamiento de manera impropia la solución del Derecho Romano concebida para el contrato de compraventa”*<sup>57</sup>.

### **3.4 Fundamentos de innovación**

Como ya hemos afirmado, el establecimiento de la regla contenida en el artículo 1550 del Código Civil resultó ser audaz y al mismo tiempo, innovadora en las codificaciones de la época. Cabe preguntarse entonces, si esto fue un acto deliberado del legislador o fue un accidente como han afirmado algunos autores.

Ante todo, hay que reconocer que Andrés Bello en diversas instituciones tuvo el arrojo de incorporar reglas nuevas que no se encontraban en nuestra legislación o en los ordenamientos contemporáneos a su redacción. La introducción de normas novedosas tenía por objeto resolver conflictos provocados por la aplicación de la normativa

---

<sup>55</sup> GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, “Andrés Bello Codificador, Tomo I”, Ediciones Universidad de Chile, 1982, página 334.

<sup>56</sup> NEME VILLAREAL, MARTHA LUCIA, “Los principios generales del derecho y el problema de los riesgos por pérdida de la cosa debida”, documento electrónico [www.edictum.com.ar](http://www.edictum.com.ar), página 32.

<sup>57</sup> ELORRIAGA D.B., FABÍAN Y OTROS, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte”, Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005, página 164.

española y actualizar el sistema normativo acorde a una república independiente y moderna.

Desde ésta óptica, podemos distinguir dos posiciones que justifican la regla *res perit creditoris* como una innovación deliberada: *Desde la perspectiva del estímulo al cumplimiento del deudor y desde la perspectiva del estímulo al acreedor a no diferir el cumplimiento de las obligaciones.*

### ***Desde la perspectiva del estímulo al cumplimiento del deudor.***

El catedrático español Robustiano Vera analiza el artículo 1550 del Código Civil chileno conjuntamente con los artículos 1548 y 1549, dando a entender que la correcta comprensión de estas reglas, solo se alcanza tras un análisis sistemático sobre las normas atingente a los *riesgos*, y no al estudio aislado de una norma particular.

Visto desde esa perspectiva, Vera da a entender que la regla establecida en el artículo 1550 no es otra cosa que un estímulo al deudor a cumplir su obligación oportunamente, sosteniendo que la “(...) *obligación de conservar la cosa contiene la de emplear el debido cuidado en su custodia. Si el deudor es moroso en entregar el cuerpo cierto que debe, cede en perjuicio suyo el riesgo de él – acreedor – (...)*”<sup>58</sup>, haciendo referencia a la excepción establecida en el 1550, a modo de sanción para el deudor culpable. En ese sentido, se puede sostener que la regla establecida efectivamente crea un incentivo para cumplir con la entrega en tiempo, incentivo que no hubiera existido si la regla hubiese sido *res perit debitoris*, ya que el deudor acarrearía el *peligro* de la cosa antes de la mora y después de ella.

Incluso Vera sostiene que el legislador fue aun más allá en la generación de incentivos para el cumplimiento oportuno, llegando a reglar situaciones que antes no se habían normado. En efecto, Vera concluye su análisis haciendo referencia al artículo 1680 del

---

<sup>58</sup> VERA, ROBUSTIANO, “Código Civil de la República de Chile”, Imprenta El Correo, Chile, 1896, página 135

Código Civil, en donde Bello incluyó una reconocida innovación no contemplada en las legislaciones de la época, que doctrinariamente se denomina la “*mora del acreedor*”. Dicho artículo establece que “*La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo*”. En definitiva, pareciese ser que la mora, y las soluciones jurídicas para castigarla, fueron uno de los detonantes para establecer la regla *res perit creditoris*.

En definitiva, lo que este autor nos propone es entender la intención de la ley en esta materia desde la perspectiva del deudor y no del acreedor, generando así una argumentación que favorecería el establecimiento de la regla *res perit creditoris*, en apariencia injusta, pero que irían en beneficio del cumplimiento del negocio contractual, toda vez que el ordenamiento castigaría al deudor moroso.

***Desde la perspectiva del estímulo al acreedor a no diferir el cumplimiento de las obligaciones.***

Al respecto, cabe mencionar, a modo introductorio, que Andrés Bello además de entregarnos el Código Civil como su magna obra de literatura jurídica, participó asimismo activamente en la construcción legal e institucional del poder judicial y sus distintas entidades anexas. En efecto, una vez que arribó a Chile en la década de 1830 y convirtiéndose a los pocos meses en el principal consultor jurídico de autoridades y gobernantes, “*lo que más le preocupa - y esto indica la hondura de su juicio - es la acertada organización de la administración de justicia*”<sup>59</sup> como señala Pedro Lira Urquieta. El mismo Bello reconocía su constante preocupación en esta materia, como constan en las columnas que publicaba en el periódico *El Araucano*, al señalar que: “*creemos, pues, que el punto capital a que debe dirigirse la atención de los nuevos gobierno es a establecer una administración de justicia verdaderamente republicana y*

---

<sup>59</sup> FELIU CRUZ, GUILLERMO, “Estudios sobre Andrés Bello”, Fondo Andrés Bello, Chile, 1971, página 151.

*liberal, carácter que no tendrá mientras las leyes no sean puntual y escrupulosamente revisadas*<sup>60</sup>.

En otras palabras, resulta evidente la inquietud de Bello por proveer de un sistema administrativo judicial ordenado, que no implicara generar un gran desgaste económico a la república incipiente, pero que a su vez cumpliera sus objetivos a cabalidad y que reflejaran el espíritu de una nación independiente.

Ese ahínco lo llevó a colaborar profusamente en la discusión planteada en la época sobre el diseño y estructura del nuevo código de enjuiciamiento civil que se elaboraba en la época, y asimismo "(...) a él debe atribuírsele la organización del archivo judicial (...)"<sup>61</sup> como afirma Lira Urquieta.

Ésta preocupación se vació, además, en una serie de normas esparcidas en el Código Civil que simplificaron y clarificaron normas atingentes a la responsabilidad civil y la prueba de las obligaciones, al punto de regular en un apartado esta última materia en el Libro IV del Código Civil. Asimismo, esta inquietud permanente de Bello de organizar el Estado y su ordenamiento jurídico – judicial, lo llevaron a elaborar una serie de reglas que tenían por objeto, precisamente, estimular conductas sociales que facilitaban la tarea de la judicatura – como la obligación de escriturizar los contratos de una determinada cuantía so pena de no poder hacer valer testigos como medio de prueba –, así como generar desincentivos a prácticas que producían un desgaste mayor al sistema judicial.

Desde ésta perspectiva, se puede analizar que la regla contenida en el artículo 1550 del Código Civil no es otra cosa que un desincentivo normativo para el acreedor a no aceptar el cumplimiento diferido de la obligación.

En efecto, de la sola lectura de las reglas contenidas en el Código Civil a propósito de los *efectos de las obligaciones*, el mayor desgaste producido a la judicatura – desde la

---

<sup>60</sup> Op. Cit.

<sup>61</sup> Op. Cit., página 152

perspectiva del legislador – se enmarca en los cumplimientos modales, condicionales o a plazo de las obligaciones. En aquellos contratos de ejecución instantánea que a su vez no se encuentran sujetos a modalidad las obligaciones que emanan de él, la posibilidad de incumplimiento es prácticamente teórica, y en su mayoría dirán relación a obligaciones posteriores a la ejecución del contrato – como las obligaciones que nacen del *saneamiento* – y no a la obligación que se vuelve inmediatamente exigible y que se extingue junto a su nacimiento.

En ese orden de ideas el legislador introduce una innovación que pretende facilitar la tarea de la judicatura, y provocar estímulos a las partes a contratar bajo formulaciones, en las cuales el incumplimiento de la obligación, sea menor.

### III. CONCLUSIONES

#### 1. Sobre la dificultad de adoptar una regla inequívoca.

Antes que todo, es menester señalar que compartimos las apreciaciones del profesor Víctor Vial del Río con respecto a las complicaciones que surgen al tratar de adoptar una posición definida en los riesgos contractuales, toda vez que ambas posturas (léase *res perit creditoris* y *res perit debitoris*) responden a fundamentos diversos, pero sostenibles jurídicamente en una tradición normativa como la nuestra.

En tal sentido, no compartimos las apreciaciones del profesor Fabián Elorriaga al tratar esta materia, al señalar que “*se pueden considerar fracasados los intentos por dar a esta solución – res perit creditoris – una explicación de carácter doctrinario o técnico*” para luego de tildarla de “infundada” e “injusta”<sup>62</sup>.

#### 2.- Sobre a qué obligaciones es aplicable la Teoría de los Riesgos.

Asimismo, consideramos que se trata de una regla que involucra no solo obligaciones de dar, sino que también, en opinión de López Santa María, es una institución que se puede encontrar presente en las relaciones jurídicas que impliquen cumplir obligaciones de hacer y de no hacer. Lo anterior tiene su fundamento en el hecho de que la regla contenida en el artículo 1550 del Código Civil es una norma de carácter general, que se encuentra incorporada en el título sobre los “*efectos de las obligaciones*”, sin distinguir el legislador sobre la naturaleza jurídica de obligaciones sobre las que impera. Y en razón de que el legislador no hace tal precisión, creemos que no le es permitido al intérprete hacer tal distinción. Asimismo sostenemos que el vocablo “*entrega*” usado por Bello para la confección de la norma no implica necesariamente “*tradición*”, sino que entendemos que se refiere a la simple necesidad de realizar la prestación debida. Además, cabe hacer mención que si la regla de los riesgos no tuviese aplicación sobre las obligaciones de hacer y de no hacer, la norma

---

<sup>62</sup> ELORRIAGA D.B., FABÍAN Y OTROS, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte”, Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005, página 159.



se encontraría incompleta para esos casos, y en razón de ello, creemos que igualmente sería aplicable el criterio *res perit creditoris* para los casos antedichos en razón del principio de la integración de la ley y la analogía.

### 3.- *Sobre en qué contratos esta presente los riesgos.*

Compartimos en esta materia el sentimiento generalizado de la doctrina que fija los efectos de los riesgos, tan solo en los contratos bilaterales, no existiendo, a *contrario sensu*, cuestión de los riesgos en los contratos unilaterales, como sostiene el profesor José Antonio Galván. Ello porque los ejemplos expuestos para solventar su posición se refiere a excepciones en las cuales el deudor no queda liberado de su obligación, a pesar de la concurrencia de un caso fortuito que hace imposible el cumplimiento de la obligación. En ese sentido, el centrar la atención en solo una relación jurídica entre deudor y acreedor, extrapola el sentido natural que ha tenido la Teoría de los Riesgos en su evolución histórica, que se define asimismo como aquella configuración doctrinaria que se preocupa de la prestación correlativa, ante la imposibilidad de cumplir la obligación propia.

### 4.- *Sobre los argumentos del error.*

Ante todo, creemos que sostener que hubo un error de copia, significa, primero que todo, que la regla contenida en el artículo 1550 del Código Civil carece de todo fundamento plausible, ya que fue confeccionada sin que haya mediado una justa *ratio legis*. En otras palabras, es sostener en definitiva que no existe una justificación intrínseca para la norma y, por ende, si el legislador se hubiese dado cuenta de su error, de su falsa concepción con respecto a la extracción de la norma y su inserción en nuestro ordenamiento, Andrés Bello no la hubiera incorporado en esos términos.

Asimismo, somos de la posición jurídica que sostiene que no existió un error de copia al redactar el artículo 1550, al extraer una norma del Código Civil francés, como lo han afirmado los profesores Alessandri y Ramos Pazos. Ello en razón de que el mismo legislador ha señalado su reticencia a incorporar reglas foráneas sin previa revisión y

análisis. Además, nos resulta difícil de creer que durante más de 20 años, tiempo que se demoró la confección del Código Civil, y sus constantes revisiones, por a lo menos tres comisiones estatales instaladas para el efecto, no se hayan percatado de tal “error”. Lo único que justifica su permanencia durante todo ese tránsito legislativo, es que haya sido incorporada en forma conciente. Por lo demás, hacemos eco del mensaje enviado por Manuel Montt con ocasión de la presentación del proyecto de Código Civil, en el cual se lee *“El proyecto tal cual es, se presenta a vosotros, examinado prolijamente, discutido, modificado por una comisión escogida, celosa del acierto, merecedora de vuestra confianza”*.

Tampoco creemos que el error y, en particular, la falta de armonía que existiría entre la regla *res perit creditoris* y nuestro sistema de adquirir el dominio, diga relación al argumento que se rompería la “interdependencia de las obligaciones” que existiría en la relación bilateral en forma tajante.

Aceptar lo anterior implicaría que la causa del contrato no solo es un requisito al momento de celebrar el acto, sino que también lo es para su ejecución, cuestión que lidia con el ordenamiento, y que incluso tratadistas como René Abeliuk no se han atrevido a sostener tan vehementemente.

Aquella afirmación acarrearía en realidad más complicaciones que simplificaciones, toda vez que habría que reestudiar las causales de nulidad y de resolución de los contratos bilaterales, para efectos de dar armonía a nuestro cuerpo legal, o reacomodar instituciones como la posesión regular e irregular a la luz de un nuevo principio normativo, o incluso volver a analizar la vigencia de situaciones aun más particulares como lo es la teoría de la imprevisión.

En efecto, la introducción de aquella postura implica una reformulación normativa, la que hoy por hoy, solo atiende a la existencia y validez de los contratos al momento en que éstos se perfeccionan, y no en su ejecución.

De todas formas cabe destacar que aun así, esta posición no es del todo inexacta, ya que existen instituciones como la buena fe objetiva que implican un determinado comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato y otras disposiciones como “la mora purga la mora” y cuyo fundamento se encuentra precisamente en atender si existió o no un cumplimiento recíproco en la relación bilateral. En esta última relación se ve un reflejo de interdependencia que no parece compatible con la solución legal del artículo 1550 del Código Civil, si se acepta que su formulación se debe a que ambas obligaciones son independientes, como afirma el profesor Pablo Rodríguez<sup>63</sup>.

#### *5.- Sobre el argumento histórico.*

Consideramos que tienen asidero las posiciones doctrinarias que fijan el origen del artículo 1550 del Código Civil en la generalización de la regla *periculum emptoris* propia de el contrato de compraventa en el derecho romano bonitario. Esta afirmación la hacemos básicamente por dos motivos: (1) por un lado, porque es sabido que Andrés Bello tenía perfecto conocimiento de estas reglas en el derecho romano, al punto de que sus primeras obras literarias en nuestro país versaban sobre esta materia; (2) y además, por el hecho de que el trabajo de codificación de Bello se centró en simplificar reglas, lo que justificaría la unificación de criterios en esta materia.

Durante nuestra investigación, hemos constatado que gran parte de la doctrina se inclina en sostener los argumentos históricos por sobre la doctrina del error, principalmente en razón de que han visto en esta incorporación un acto conciente del legislador, que se expresa en el hecho de que existen otras disposiciones esparcidas en el Código Civil que solo se conciben en armonía con la introducción del riesgo del acreedor, con conocimiento de causa.

#### *6.- Sobre los argumentos de equidad.*

---

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, “Extinción no convencional de las obligaciones, Volumen II”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2008, página 140.

Concluimos asimismo que, quienes sostienen que el riesgo del acreedor de perder la cosa se suprime con el *riesgo* de que ésta mejore en el tiempo antes de la entrega, encontrando en esas relaciones un principio de equidad, tienen un argumento válido de concordancia en la regla *res perit creditoris*. Consideramos asimismo que existe concordancia con la norma que obliga al deudor a entregar la cosa en *el estado en que se encuentre* con la solución contenida en el artículo 1550 del Código Civil, reflejando en consecuencia, una intención predeterminada del legislador al establecer la regla, y no meramente un acto aleatorio.

Sin ánimo de poner en la balanza de la justicia la regla *res perit creditoris* enfrentada a la regla *res perit deitoris*, si consideramos que se yergue en la concordancia entre el riesgo de la pérdida y el riesgo de la mejora un principio de equidad que, a su vez, sirve de fundamento para justificar nuestra solución normativa. En atención a lo anterior, rechazamos la posición del profesor Fabián Elorriaga, quien afirmó que se pueden considerar fracasados los intentos de hallar una explicación doctrinaria y técnica a la regla *res perit creditoris* en nuestro ordenamiento.

En el evento de representarnos la existencia de la regla *res perit debitoris* en nuestra legislación, a primera vista el efecto sería el siguiente: El deudor soportaría la pérdida de la cosa así como la expectativa de la ganancia. Estos efectos actualmente se radican en el acreedor, quien por un lado soporta la pérdida de la cosa, y por otro, el detrimento económico que implica pagar por ella. No obstante lo anterior, no es menos cierto que nuestra legislación impone al deudor la obligación adicional de conservar la cosa, antes de su entrega, con el cuidado medio, lo que puede implicar que incurra en gastos para su adecuada conservación. En tal evento, al representarnos nuevamente la posibilidad de que exista en nuestro ordenamiento la regla *res perit debitoris* la pérdida para el deudor sería triple: La cosa, la expectativa de la contraprestación y el costo de haber cumplido su obligación legal. Actualmente el acreedor no soporta este último costo con la regla contenida en el artículo 1550 del Código Civil. Desde esa perspectiva algunos profesores y tratadistas, como Pablo Rodríguez Grez, pareciesen afirmar que el riesgo que soporta el acreedor no hace más que compensar el cumplimiento de la obligación legal que tuvo el deudor mientras existió la relación

contractual, y que en ello habría equidad. En otras palabras, el deudor cumplió lo que le era exigible legalmente, y aquel cumplimiento se compensa con el pago de su contraprestación, pues de otro modo, tan solo una parte habría cumplido obligación.

A nuestro juicio, esta posición que sostiene que habría equidad en poner el riesgo a cargo del acreedor para efectos de compensar un costo eventual o residual de la relación bilateral, como lo es la obligación de conservar la cosa con el cuidado medio, nos parece la conclusión de un razonamiento forzado, que pretende encontrar justicia a cualquier costo. No obstante lo anterior, si somos de la posición que sostiene que la exoneración total del acreedor en esta materia adolecería de las mismas críticas que hasta el día de hoy se le formulan a la regla *res perit creditoris*, en razón a la representaciones ya analizadas. En esta posición nos parece que también se encuentra el profesor Víctor Vial del Río al proponer que el riesgo de la cosa debería ser compartido entre el deudor y el acreedor.

A modo ejemplar, y siguiendo el ejercicio que algunos catedráticos hacen en esta materia para ilustrar de mejor modo sus posiciones – como Vial o Elorriaga –, supongamos que un comprador adquiere en una tienda de antigüedades dos pinturas: un fresco contemporáneo y uno que data del siglo XVI. El vendedor se obliga a entregar dichos bienes al cabo de un año en el domicilio del comprador. Durante aquel periodo ocurren dos situaciones distintas: por un lado el autor del fresco contemporáneo muere, lo que acarreó que todas sus obras elevaran sus precios diez veces su valor original; por otro lado, el anticuario (vendedor) debió adquirir a su costo una caja de almacenamiento especial para evitar que la pintura del siglo XVI se deteriorara con el tiempo y la exposición, dando cumplimiento a su obligación legal de conservar la cosa como un buen padre de familia. Antes de la fecha de entrega un terremoto azotó la ciudad, lo que provocó serios daños en la tienda del anticuario: por un lado la pintura del siglo XVI se destruye completamente, mientras que la pintura contemporánea sobrevivió sin defectos.

Con la aplicación de la regla *res perit creditoris*, contenida actualmente en el artículo 1550 del Código Civil, los efectos serían los siguientes: El vendedor deberá entregar la

pintura contemporánea sin recibir nada a cambio por su inesperada mejora y quedará exonerado de entregar la pintura del siglo XVI. El comprador por su parte recibirá la pintura contemporánea mejorada diez veces sin tener que hacer un pago adicional por ello, pero deberá pagar la pintura del siglo XVI que se perdió en el terremoto.

Por otra parte, si hacemos aplicación de la regla *res perit debitoris* en nuestro ordenamiento, los efectos serían los siguientes: El vendedor deberá entregar la pintura contemporánea sin recibir nada a cambio por su inesperada mejora y quedará exonerado de entregar la pintura del siglo XVI, aunque nada recibirá a cambio, y asimismo, deberá costear con su propio patrimonio los gastos que tuvo que emplear en la custodia de la pintura del siglo XVI. El comprador por su parte recibirá la pintura mejorada diez veces sin tener que hacer un pago adicional por ello, y asimismo, estará liberado de dar lo pactado por la pintura del siglo XVI.

Si bien nuestro sentido común nos dice que hay más probabilidades de que las cosas específicas se destruyan o deterioren, por sobre que se mejoren por un caso fortuito, consideramos, en atención al análisis anterior, que la posición *res perit debitoris* no parece ser, por sí sola, una regla equitativa, mientras no exista concordancia además con el *riesgo* de las mejoras, y por consiguiente, con el resto del ordenamiento jurídico. Y asimismo sostenemos que existe una correspondencia conciente por parte de nuestro legislador, al establecer la regla *res perit creditoris* junto al *riesgo* en la mejora, que hacen decaer aun más los *argumentos del error*.

Finalmente, cabe concluir que la adopción de la regla *res perit debitoris*, sin un adecuado tratamiento, puede acarrear el reconocimiento legislativo de la teoría de la imprevisión, rechazada hasta el día de hoy por nuestra legislación y doctrina. Este justo temor lo comparte el profesor Francisco Merino Scheihing<sup>64</sup>, al avizorar la posibilidad de que en forma voluntaria se introduzca la imprevisión, que permita cambiar la onerosidad o cumplimiento de las obligaciones con el acaecimiento de imprevistos o casos fortuitos.

---

<sup>64</sup> ELORRIAGA D.B., FABIAN Y OTROS, “Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte”, Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005, página 165.

#### 7.- Sobre los argumentos del estímulo.

Sobre los argumentos que se han esgrimido para afianzar la regla *res perit creditoris* sobre la supuesta existencia de estímulos que favorecen o repudian una determinada conducta contractual, nos parece, independientemente del valor intrínseco de cada uno de los fundamentos dados para solidificar esta postura, que se trata de formulaciones que resultaron ser ajenas al actuar conciente del legislador.

Nuestra opinión tiene su origen en el hecho de que los primeros trabajos que apuntaron a la existencia de estímulos se entregaron a fines del siglo XIX, no existiendo en la literatura de la época indicio alguno que nos haga pensar que Andrés Bello tuvo en consideración estos argumentos.

Asimismo, no es menos cierto que para el deudor sería un estímulo para cumplir su obligación y conservar la cosa con el debido cuidado, si el riesgo siempre estuviera a su cargo.

No obstante lo anterior, vemos en estas formulaciones, argumentos que sirven para afianzar la regla *res perit creditoris* en nuestro ordenamiento, por lo que volvemos a sostener que existen argumentos técnicos y doctrinarios que justifican dicha solución, lo que nos aleja nuevamente de la posición de Elorriaga De Bonis, y nos acerca a Vial del Río.

#### 8.- A propósito de las reformas al Código Civil.

Han sido muchos los foros, que a la época de la presente investigación, han llamado a reformular el artículo 1550 del Código Civil, sin detenerse en determinar cual ha sido el verdadero móvil de Bello para imponer la regla *res perit creditoris*, ni cómo ella se ha entrelazado en el ordenamiento jurídico.

Para el profesor José Antonio Galván, ante la eventual supresión del riesgo del acreedor y la aparición de la regla *res perit debitoris*, habría que derogar entre otras, la norma contenida en el artículo 1677 del Código Civil, que obliga al deudor a ceder sus derechos al acreedor para que éste persiga la responsabilidad de terceros, cuando por negligencia o malicia de ellos, la cosa que se deba se pierda. Este cese de eficacia se debe al hecho de que carecería de sentido su permanencia ante el advenimiento de la nueva solución normativa<sup>65</sup>.

Esta sugerencia de conciliación sistemática es la que debe imperar ante cualquier insinuación de cambio, toda vez que como ya ha quedado claramente manifestado, el ordenamiento se ha entrelazado en forma conciente y armoniosa en torno a la regla contenida en el artículo 1550 del Código Civil. Cualquier modificación, si no resulta ser sistemáticas, de seguro acarreará más complicaciones que soluciones.

Finalmente, concluyo haciendo mías las palabras de José Bernardino Lira expuestas en su tesis de grado “La necesidad de la revisión del Código Civil”, a los pocos años de la entrada en vigencia del Código Civil, en el año 1868, en el sentido de que “(...) *las modificaciones que en la misma haya necesidad de introducir, se presenten al país como fruto sazonado de una meditación tranquila i desapasionada, que no nos lancemos, en fin, en busca de lo mejor sin estar seguros de no arriesgar inconsideradamente lo bueno que tenemos*”<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Op. Cit., página 173.

<sup>66</sup> LIRA, JOSÉ BERNARDINO Y OTROS, “El Código Civil ante la Universidad”, Imprenta Chilena, Chile, 1871, página 673.



#### IV. BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK M., RENÉ, "Las Obligaciones, Tomo II", 4ª Edición, Editorial Jurídica, Chile, 2006
2. AGUAD D., ALEJANDRA, "Teoría General del Contrato II Parte, Clasificación de los Contratos", documento electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], [http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/clasificacion\\_contratos.PDF](http://www.udp.cl/derecho/estudiantes/apuntes/clasificacion_contratos.PDF)
3. BELLO, ANDRÉS, Proyecto Inédito de Código Civil, República de Chile, 1890.
4. CLARO SOLAR, LUIS, "Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Tomo Undécimo, De las obligaciones II", Imprenta Nascimento, Chile, 1937.
5. CLARO SOLAR, LUIS, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Volumen V, De las Obligaciones", Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1988.
6. CÓDIGO CIVIL, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2009.
7. CÓDIGO DE COMERCIO, EDICIÓN ESTUDIANTES, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
8. ELORRIAGA D.B., FABÍAN Y OTROS, "Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio, V Parte", Editorial Jurídica, 1ra. Edición, Chile, 2005.
9. ESCRICHE, JOAQUÍN, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Librería de la Rosa, Bournet y Cía, España, 1852.
10. FELIU CRUZ, GUILLERMO, "Estudios sobre Andrés Bello", Fondo Andrés Bello, Chile, 1971.
11. FUEYO LANERI, FERNANDO, "Cumplimiento e incumplimiento de las Obligaciones", actualizada por FIGUEROA, GONZALO, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2004.
12. GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, "Andrés Bello Codificador, Tomo I", Ediciones Universidad de Chile, 1982.
13. GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, "Andrés Bello Codificador, Tomo II: Fuentes", Ediciones Universidad de Chile, 1982.
14. GUZMAN BRITO, ALEJANDRO, "Primer proyecto de Código Civil de Chile", Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1978.
15. LAS SIETE PARTIDAS, "que mando collegir el Católico Rey Don Alonso el nono, Rey de Castilla y de Leó", Imprimierolas maestre Paulo de Colonia e

Johánes Pegniczer de Nuberga e Magno e Thomas compañeros alemanes, 24 de diciembre 1491, España.

16. LIRA, JOSÉ BERNARDINO Y OTROS, “El Código Civil ante la Universidad”, Imprenta Chilena, Chile, 1871.
17. MARÍN CARDENAS, JUAN DOMINGO, “La tradición y la Teoría de los Riesgos en la compraventa comercial”, Tesis de Grado Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Chile, 1956.
18. MEZA BARROS, RAMÓN, “Manual de Derecho Civil, de las fuentes de las obligaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1987.
19. NEME VILLAREAL, MARTHA LUCIA, “Los Principios Generales del Derecho y el Problema de los Riesgos por Pérdida de la Cosa Debida”, documento electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/congreso/Martha%20Lucia%20Neme%20Villareal.doc>>.
20. ORREGO, JUAN ANDRÉS, “Los Bienes”, documentos electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <[http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho\\_civil\\_2\\_pdf/civil2\\_los\\_bienes\\_1.pdf](http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_2_pdf/civil2_los_bienes_1.pdf)>
21. ORREGO, JUAN ANDRÉS, “Extinción de las Obligaciones”, documento electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <[http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho\\_civil\\_2\\_pdf/civil2\\_extincion\\_de\\_las\\_obligaciones.pdf](http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_2_pdf/civil2_extincion_de_las_obligaciones.pdf)>
22. ORREGO, JUAN ANDRÉS, “Teoría General de las Obligaciones I”, documento electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <[http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho\\_civil\\_2\\_pdf/civil2\\_teoría\\_general\\_de\\_las\\_obligaciones1.pdf](http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_2_pdf/civil2_teoría_general_de_las_obligaciones1.pdf)>
23. ORREGO, JUAN ANDRÉS, “Teoría General de las Obligaciones II”, documento electrónico, [Consulta: Mayo de 2010], [En línea], <[http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho\\_civil\\_2\\_pdf/civil2\\_teoría\\_general\\_de\\_las\\_obligaciones\\_2.pdf](http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho_civil_2_pdf/civil2_teoría_general_de_las_obligaciones_2.pdf)>
24. PEÑAILILLO, DANIEL, “Obligaciones, Teoría General y clasificaciones”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2003.

25. RAMOS PAZOS, RENÉ, "Manual de Derecho Civil de las Obligaciones", Editorial Lexis Nexis, Primera Edición, Chile, 2004.
26. RODRIGUEZ GREZ, PABLO, "Extinción no convencional de las obligaciones, Volumen II", Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2008.
27. TRIGO REPRESAS, FELIX A., COMPAGNUCCI DE CASO, RUBEN H., "Código Civil Comentado, Tomo I, Obligaciones", Editores Rubinzal - Culzoni, Argentina, 2005.
28. VERA, ROBUSTIANO, "Código Civil de la República de Chile", Imprenta El Correo, Chile, 1896.
29. VIAL DEL RÍO, VICTOR, "Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno", Editorial Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello, Chile, 2003.
30. VODANOVIC H., ANTONIO, "Manual de Derecho Civil II", 2ª Edición, Editorial Jurídica Conosur, Chile, 2001.