



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Departamento de Derecho Privado

**LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA Y LA SOLUCIÓN DEL  
CÓDIGO CIVIL DE CHILE.**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

Autor: SANTIAGO ACEVEDO FERRER.  
Profesora Guía: Ana María Hübner Guzmán.

Santiago, Chile.  
2007

*a don Andrés por su obra  
y a doña Claudia por enseñármela  
... y a Clipo, mi fiel ayudante de Word.*

## TABLA DE CONTENIDOS

|   |          |
|---|----------|
| Portada.....  | i        |
| Dedicatoria.....  | ii       |
| Tabla de Contenidos.....  | iii      |
| Resumen.....  | viii     |
| <b>INTRODUCCIÓN.....</b>  | <b>1</b> |
| <b>CAPÍTULO PRIMERO</b>   |          |
| <b>LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS EN GENERAL.....</b>   | <b>4</b> |
| 1. ¿Por qué empleamos la expresión “cuestión”<br>y no “teoría de los riesgos”?.....                                       | 4        |
| 2. Qué se entiende por riesgo y en qué sentido<br>usaremos de esta expresión.....   | 5        |
| 3. Ámbito de aplicación de la cuestión de los riesgos.....  | 10       |
| 3.1. El riesgo de la cosa propia.....   | 10       |
| 3.2. El riesgo de la cosa ajena.....  | 10       |
| 4. El riesgo de la cosa que se debe y la solución<br>del Código Civil de Chile: artículo 1550.....                        | 12       |
| 4.1. Riesgo del género.....   | 13       |
| 4.2. Riesgo de la especie.....  | 14       |
| 4.3. Análisis de los tipos de obligaciones que pueden<br>tener por objeto una especie o cuerpo cierto.....                | 15       |
| 4.3.1. De origen delictual o cuasidelictual.....  | 15       |
| 4.3.2. De origen legal.....   | 15       |
| 4.3.3. De origen cuasicontractual.....  | 17       |
| 4.3.4. De origen contractual.....   | 17       |
| 4.3.5. Resumen.....   | 23       |
| 4.4. ¿Quién soporta el riesgo de estas especies que se deben?<br>Artículo 1550: análisis de la regla general.....         | 24       |
| 4.5. Excepciones a la regla del artículo 1550.....  | 25       |
| 4.5.1. Que el deudor esté en mora.....  | 25       |
| 4.5.2. Que el deudor se hay obligado<br>a entregar una misma cosa a dos o más<br>personas por obligaciones distintas..... | 26       |

|   |    |
|---|----|
| 4.5.3. Autonomía de la voluntad.....  | 27 |
| 4.5.4. Que la especie se deba bajo condición<br>suspensiva: una aparente excepción.....   | 27 |
| 4.5.5. Que la especie se deba bajo condición<br>resolutoria: otra aparente excepción..... | 28 |
| 4.5.6. El contrato de arrendamiento: una excepción<br>en parte.....                       | 29 |
| 4.5.7. El contrato de sociedad.....   | 30 |
| 4.5.8. El contrato de arrendamiento de obra:<br>una nueva aparente excepción.....         | 32 |
| 4.5.9. Resumen de las excepciones a la regla<br>del artículo 1550.....                    | 32 |
| 5. El Código da una misma solución para escenarios distintos.....                         | 33 |

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA.....36**

|   |    |
|---|----|
| 1. PRIMERA PARTE. El riesgo de la especie en la compraventa:<br>análisis de los artículos 1550 y 1820 del Código Civil.....                           | 36 |
| 1.1. Regla general.....   | 36 |
| 1.2. Excepciones.....   | 38 |
| 1.2.1. Que la venta sea celebrada bajo<br>condición suspensiva y que<br>—pendiente la condición— la cosa se<br>dañe y que la condición se cumpla..... | 38 |
| 1.2.2. Que la venta sea celebrada bajo<br>condición resolutoria y que<br>—pendiente la condición—la cosa se<br>dañe y que la condición se cumpla..... | 45 |
| 1.2.3. Venta con solemnidades<br>voluntarias: ¿hay excepción?.....  | 47 |
| 1.2.4. Venta con arras.....   | 48 |
| 1.2.5. Venta de cuota de una cosa<br>específica: ¿es una excepción?.....  | 50 |
| 1.2.6. Venta de cosa que no existe, pero<br>se espera que exista. ¿Hay excepción?.....  | 50 |
| 1.2.7. Venta de cosas que suelen venderse a peso,<br>cuenta o medida. ¿Excepción a la regla?.....   | 51 |
| 1.2.8. Venta a prueba: ¿habrá excepción?.....   | 52 |
| 1.2.9. Que las partes hayan alterado<br>la carga de los riesgos.....  | 52 |
| 1.2.10. Excepciones comunes del artículo 1550.....  | 52 |

|   |    |
|---|----|
| 1.2.11. Resumen de las verdaderas excepciones al artículo 1820.....         | 53 |
| 2. SEGUNDA PARTE. Críticas a la solución adoptada por don Andrés BELLO..... | 53 |
| 2.1. Inadvertencia del legislador.....                                      | 54 |
| 2.2. Las cosas han de perecer para su dueño.....                            | 55 |
| 2.3. Una solución francesa que no encuadra en la legislación chilena.....   | 58 |
| 2.4. En Roma la compraventa eran dos contratos independientes.....          | 59 |
| 2.5. Interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales..... | 60 |
| 2.6. La regla es injusta para el comprador.....                             | 62 |

### **CAPÍTULO TERCERO**

|  |    |
|--|----|
| EL RIESGO DE LA ESPECIE VENDIDA Y LAS SOLUCIONES DE PROYECTOS Y CÓDIGOS COETÁNEOS Y POSTERIORES A BELLO..... | 63 |
|--|----|

|   |    |
|---|----|
| 1. Legislaciones y proyectos que ponen los riesgos de cargo del vendedor.....                       | 64 |
| ▪ 1859-1867. Brasil. Esboço de Augusto Teixeira De Freitas.....                                     | 64 |
| ▪ 1859. El Salvador.....  | 67 |
| ▪ 1869. Argentina.....  | 68 |
| ▪ 1889. España.....   | 69 |
| ▪ 1900. Alemania.....   | 70 |
| ▪ 1917. Brasil.....   | 72 |
| ▪ 1943. Bolivia. Anteproyecto de Código Civil Elaborado Por Don Ángel Ossorio.....                  | 73 |
| ▪ 1984. Perú.....   | 74 |
| 2. Legislaciones y proyectos que —al igual que Chile— ponen los riesgos de cargo del comprador..... | 75 |
| ▪ 1858-1860. Ecuador.....   | 75 |
| ▪ 1867. Portugal.....   | 75 |
| ▪ 1868. Uruguay.....  | 76 |
| ▪ 1886. Costa Rica.....   | 77 |
| ▪ 1887. Colombia.....   | 78 |
| ▪ 1904. Nicaragua.....  | 78 |
| ▪ 1906. Honduras.....   | 79 |

|   |    |
|---|----|
| ▪ 1916. Panamá.....   | 79 |
| ▪ 1922. Unión De Repúblicas Socialistas<br>Soviéticas (no vigente)..... | 80 |
| ▪ 1928. México.....   | 81 |
| ▪ 1936. Perú (Código no vigente).....                                   | 81 |
| ▪ 1942. Italia.....   | 83 |
| ▪ 1975. Bolivia.....  | 84 |
| ▪ 1982. Venezuela.....  | 85 |
| ▪ 1985. Paraguay.....   | 86 |
| 3. Algunas consideraciones finales relativas a este Capítulo.....       | 87 |

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **EL RIESGO DE LA ESPECIE VENDIDA Y LAS SOLUCIONES ANTERIORES A BELLO..... 91**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Códigos y proyectos (con excepción del francés).....                              | 91  |
| 1.1. Proyecto García Goyena (1852).....  | 91  |
| 1.2. Código de Bolivia (no vigente) (1845).....                                      | 93  |
| 1.3. Código del Cantón de Berna (18??).....  | 94  |
| 1.4. Código holandés (1838).....   | 94  |
| 1.5. Código austriaco (1811).....  | 95  |
| 1.6. Código de Luisiana (1808).....  | 96  |
| 1.7. Código de Bélgica (1806).....   | 96  |
| 1.8. Código prusiano (1794).....   | 97  |
| 1.9. Código bávaro (1756).....   | 98  |
| 1.10. Observaciones.....   | 98  |
| 2. El Code Civil Français de 1804.....   | 99  |
| 2.1. La opinión románica.....  | 101 |
| 2.2. La nueva opinión.....   | 107 |
| 3. Las Siete Partidas y la legislación hispánica.....                                | 111 |
| 4. Roma.....   | 116 |
| 4.1. La responsabilidad por custodia<br>en el derecho romano.....                    | 119 |
| 4.1.1. ¿No son acaso los robos y los hurtos<br>especies de casos fortuitos?.....     | 124 |
| 4.2. Las razones de poner el riesgo del<br>cuerpo cierto de cargo del comprador..... | 127 |
| 4.2.1. ¿qué ocurriría si el riesgo fuera   |     |

|  |            |
|--|------------|
| de cargo del vendedor?.....  | 130        |
| 4.3. La curiosa interpretación de<br>Jacques Cujas a las reglas romanas.....   | 135        |
| 4.4. Las críticas de los tratadistas de Derecho Natural.....   | 136        |
| 4.4.1. Grocio.....   | 137        |
| 4.4.2. Puffendorf.....   | 139        |
| 4.4.3. Burlamaqui.....   | 141        |
| <br><b>CAPÍTULO FINAL</b>  |            |
| <b>LA SOLUCIÓN DE DON ANDRÉS BELLO<br/>A LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS DE LA<br/>ESPECIE VENDIDA Y SUS RAZONES.....</b>   | <b>143</b> |
| 1. Refutación de las críticas que ha recibido don Andrés Bello.....  | 143        |
| 1.1. Inadvertencia del legislador.....   | 144        |
| 1.2. Las cosas han de perecer para su dueño.....   | 146        |
| 1.3. Una solución francesa que no encuadra<br>en la legislación chilena.....   | 151        |
| 1.4. En Roma la compraventa eran dos<br>contratos independientes.....  | 154        |
| 1.5. Interdependencia de las obligaciones<br>en los contratos bilaterales.....   | 156        |
| 1.6. La regla es injusta para el comprador.....  | 159        |
| 2. Otras razones que justifican y vuelven conveniente<br>la distribución de los riesgos del Código Civil de Chile..... | 160        |
| 2.1. El caso fortuito: una categoría estricta.....   | 160        |
| 2.2. La supervivencia tácita de la responsabilidad<br>por custodia romana.....   | 162        |
| 2.3. Es justo que quien goza los aumentos<br>sufra los deterioros.....   | 164        |
| 2.4. Las obligaciones existen.....   | 165        |
| 2.5. Los incentivos están correctamente puestos.....   | 166        |
| 2.6. La regulación de los riesgos: normas de la naturaleza.....  | 167        |
| 2.7. El lugar de la misericordia.....  | 168        |
| <br><b>CONCLUSIONES.....</b>   | <b>169</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>170</b> |

## RESUMEN

El Código Civil chileno pone los riesgos del cuerpo cierto debido y aún no entregado de cargo del acreedor (Art. 1550) y a propósito de la compraventa, del comprador (Art. 1820). Esta doctrina ha sido duramente criticada: se considera por muchos un error, una injusticia, un desacierto.

Este trabajo pretende averiguar cuáles fueron los motivos y qué razones podrían esconder estas criticadas disposiciones. Para conseguir este propósito, luego de analizar los precisos alcances y las excepciones de las citadas normas, estudiamos tanto legislaciones posteriores a BELLO —fiel reflejo de la suerte que corrió su manera de resolver esta cuestión— como también las legislaciones que lo precedieron hasta llegar al derecho romano; legislaciones que le sirvieron de fuente y que —como buen sabio— perfectamente conocía y manejaba.

Por último, nos abocamos a refutar las críticas contra BELLO sostenidas y a señalar las razones de justicia y conveniencia que a nuestro parecer dan autoridad a la solución que vertió en el Código Civil: que el riesgo de la especie vendida es de cargo del comprador.



## INTRODUCCIÓN

Desde los comienzos de mis estudios en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, se despertó en mí una honda y creciente admiración por don Andrés BELLO y su principal y más duradera obra: el Código Civil. La belleza de su lenguaje, la precisión de sus expresiones, la lógica de su obra y su visión cristiana, y por lo mismo, tan humana del hombre en sociedad, me cautivaron y me hicieron amar la disciplina. No me fue fácil aprobar las asignaturas de Derecho Civil, pero el duro trabajo en obras nobles, siempre da crecidos frutos. Con gusto y trabajo memoricé muchas disposiciones del Código. Y notaba que, lejos de transformarme en una máquina grabadora, esas lecciones me llenaban de luz, ordenaban mis ideas y mi cabeza, permitían expresarme con la palabra precisa. En síntesis, el estudio del Código forjó en mi un criterio jurídico; criterio que a mis veinticinco es completamente prematuro y falta de experiencia, pero que ya está incoado; y lo agradezco y debo en parte considerable a don Andrés.

El aprecio y admiración que hacia BELLO tenía y conservo, producía en mí un movimiento de rebeldía cada vez que escuchaba una crítica hacia su monumental obra. Así, cuando oía o leía frases como: “El legislador se equivocó en este artículo”, “nuevamente BELLO incurre en un error al confundir los términos....”, surgía en mi interior una callada réplica: ¿será tan así?, ¿se equivocó él o acaso no lo entendemos bien?, ¿puede estar tan llena de errores una obra hecha por un sabio, por un sabio que se basó en otros sabios, que demoró más de veinte años en acabar su obra, por un sabio que alcanzó tal fama que muchos países no hicieron sino adoptar su obra tal y como él la escribió y hacerla ley en sus tierras?....

Esta Memoria es un nuevo movimiento de rebeldía frente a uno de esos llamados “errores de BELLO”: el supuesto error de poner a cargo del comprador el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe.

Este trabajo pretende indagar si hay en efecto un error de don Andrés BELLO y si dicho error se debe a una ignorancia o a una inequidad en su criterio jurídico. Porque es cosa muy distinta errar por ignorancia que por injusticia, puesto que, mientras el injusto sabe y mide lo que dice o hace, el ignorante dice o hace sin saber. Y en segundo lugar, si no hay error, propondremos la discusión sobre la conveniencia de tales normas: porque puede haber cosas que sin ser injustas son inconvenientes. Por ejemplo, quien muestra su dinero en la calle no comete injusticia en sentido estricto, y sin embargo, cualquiera le diría que su actuar no es conveniente, ya que se expone al robo o al menos a provocar envidia.

*Error, justicia y conveniencia* son las tres interrogantes que nos ofrece la solución que don Andrés dio en el Código Civil a la cuestión de los riesgos en la compraventa. El camino que seguiremos se puede resumir en tres frases: *mirarnos, mirar hacia el lado y mirar hacia atrás.*

En efecto, luego de situar el marco de la discusión (Capítulo Primero), analizaremos nuestra propia legislación en esta materia y abordaremos las críticas que el Código ha recibido (Capítulo Segundo); estudiaremos a continuación las soluciones que otros países han adoptado en esta materia (Capítulo Tercero); y acabaremos mirando el pasado (Capítulo Cuarto). Así, podremos recopilar las razones que justifiquen o reprueben la solución chilena (Capítulo Final), y concluir emitiendo un fundado juicio acerca del pretendido error, la no aparente justicia y la oscura conveniencia de poner a cargo del comprador, el riesgo del cuerpo cierto hasta su entrega.

Aquellas son las interrogantes y éste el camino a seguir. Resta comenzar.

Santiago, 23 de Enero de 2007.

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS EN GENERAL.**

**1. ¿Por qué empleamos la expresión “cuestión” y no “teoría de los riesgos”?**

Conscientes de que en este punto la doctrina es casi unánime en emplear la expresión “teoría de los riesgos”, nos atrevemos a hablar de “cuestión”. Nos parece que es más apropiada esta expresión si atendemos a la realidad de nuestra legislación y de nuestra lengua. En efecto la voz *teoría* tiene en el Diccionario las acepciones de: “conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación”; y “serie de leyes que sirven para relacionar determinado orden de fenómenos”<sup>1</sup>.

Nuestro legislador, en los artículos 1550 y 1820 —que son los textos legales sobre los cuales se fundan los razonamientos de esta Memoria—, no pretende teorizar en torno a los riesgos en abstracto. De su sola lectura, se aprecia que más que un conocimiento especulativo o un conjunto de leyes reguladoras de una serie de fenómenos, hay una solución —plasmada en una regla— a un problema o cuestión<sup>2</sup> muy concreta: quién soporta el riesgo de una especie debida en general y en un contrato de venta en particular.

---

<sup>1</sup> REAL Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001.

<sup>2</sup> En el Diccionario La tercera acepción de la voz *cuestión* es “punto o materia dudosos o discutibles”. Ibidem. Tomo I.

¿Es lícito teorizar? Sin duda. ¿Cabe teorizar en torno al fenómeno global de los riesgos? Por cierto; pero en este trabajo no teorizaremos generalmente en torno a los riesgos:

a) porque don Andrés no lo hizo, y

b) porque nuestro fin es comprender a BELLO y las razones que le llevaron a plasmar las reglas contenidas en los artículos 1550 y 1820 para finalmente argumentar sobre el posible error, la justicia y la conveniencia de estas disposiciones, que son ley que rigen entre nosotros.

Don Andrés era un romanista, amigo de las soluciones justas más que de las teorías; un romanista que fue capaz de articular en una sola norma la cuestión de los riesgos de la especie debida. Queremos intentar pensar como él; ver la solución con los ojos que él la vio.

Si don Andrés no quiso teorizar y si nosotros queremos razonar como él... nos sobra igualmente la teoría.

## **2. Qué se entiende por riesgo y en qué sentido usaremos de esta expresión.**

La palabra riesgo es de origen italiano, *rischio*, en esta lengua. Pero a su vez la expresión proviene del árabe *rizq*, que significa “lo que depara la Providencia”, que es tanto como decir “lo que depara Dios”, pues la Providencia “consiste en las disposiciones con las que Dios conduce a sus criaturas a la

perfección última, a la que Él mismo las ha llamado”<sup>3</sup>. De modo que la etimología de la palabra riesgo es bastante optimista a la vez que sobrenatural.

El Diccionario de la Real Academia Española da a su vez dos acepciones para la palabra en cuestión. La primera, i) “Contingencia o proximidad de un daño”; la segunda —más específica—: ii) “cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro”<sup>4</sup>. Ahora bien, ¿qué se entiende por “contingencia”? El mismo Diccionario nos ilustra al respecto: “posibilidad de que algo suceda o no suceda”<sup>5</sup>. Lo contingente se contrapone a lo necesario. Podemos afirmar que mañana *necesariamente* amanecerá y a la vez es una *contingencia* que yo amanezca vivo, ya que existe la posibilidad de que no suceda.

Estas consideraciones nos ayudan a precisar el concepto de riesgo utilizado tan sólo tres veces por el legislador Civil. Y con lo dicho anteriormente, afirmamos que hemos de entender por riesgo *la posibilidad de que un daño suceda a algo o alguien*. Como estamos en el ámbito patrimonial, vamos a entender esta posibilidad de daño referida a las cosas, que no a las personas.

Este daño que a la cosa puede sobrevenirle puede ser total o parcial; el rayo puede carbonizar la bicicleta o sólo una de sus ruedas. Ahora bien, la cuestión de los riesgos adquiere mayor interés y relevancia cuando la pérdida de la especie o cuerpo cierto es total, ya que si era objeto de una obligación, esta se extinguirá.

---

<sup>3</sup> COMPENDIO del Catecismo de la Iglesia Católica. Asociación de Editores del Catecismo. Madrid, 2005. 251p.

<sup>4</sup> REAL Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001.

<sup>5</sup> Ibidem.

En cambio, si no es total la pérdida, la cosa mermada se deberá en el estado en que se encuentre, pero la obligación subsistirá. Es por esto que en adelante, cuando hablemos de riesgo, pérdida o daño sin más, el lector ha de entender que hacemos referencia al riesgo y pérdida total de la cosa. Cuando queramos referirnos al otro tipo de riesgo, pérdida o daño, acompañaremos siempre estas expresiones del adjetivo “parcial”.

No podemos olvidar que cuando una cosa está en riesgo, el daño aún no ha sucedido porque el riesgo es una posibilidad, algo que puede suceder o no. Una vez que el daño sobrevino, ya la cosa está dañada: el riesgo potencial se ha actualizado en un daño (sin perjuicio de que pueda estar en riesgo de sucesivas y peores catástrofes o daños). Desde este punto de vista, todos nuestros bienes —y nosotros mismos— están constantemente en riesgo: mi casa puede venirse al suelo si esta noche hay terremoto, mi auto pueden chocarlo esta tarde, y si sigo golpeando mi raqueta cada vez que pierdo un punto, sin duda que está en riesgo de romperse.

Ahora bien, hemos de dar una última delimitación a la palabra riesgo para poder abocarnos a su estudio en el ámbito patrimonial. Porque el daño que a una cosa sobrevenga puede deberse a un hecho negligente, a un hecho irresistible o a un hecho delictuoso. Pongamos un ejemplo. Dos dueñas de casa: una prudente y la otra no. Las dos tienen una torta. La prudente la guarda en el refrigerador y la imprudente la deja a la intemperie. Llega la noche y las dos se van a dormir. Y a las doce de la noche se corta la luz y se apaga el refrigerador. A la mañana siguiente, las dos tortas amanecen descompuestas. ¿Podemos afirmar que las dos tortas tenían el riesgo de descomponerse? No. La torta de la ama prudente era la que verdaderamente estaba en riesgo de descomponerse, ya que su descomposición se debió a un imprevisto —no era corte programado— y al que no le fue posible resistir —ya que dormía. La

descomposición de la torta de la mujer imprudente no fue un riesgo, no fue una contingencia, un posible daño. El daño le iba a ocurrir necesariamente: sólo de milagro se hubiera salvado. O sea que al hablar de riesgo tenemos que aparejar a la noción de “daño”, el adjetivo de “fortuito”.

Puede quizá el lector replicar: ¿de dónde saca usted que la noción de riesgo ha de ir aparejada a la de caso fortuito? Es una buena objeción, a la que contesto que bien se puede inferir de la sola lectura de los artículos 1548,1549, 1550 y 1671 del Código Civil, que a continuación paso a transcribir:

**Art. 1548.** La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir<sup>6</sup>.

**Art. 1549.** La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado.

**Art. 1550.** 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.

**Art. 1671.** Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya.

La sola lectura de estas disposiciones puede despejar las dudas. Como se ve; los artículos 1548 y 1549 obligan al deudor a cuidar la cosa y estos mismos dos artículos piden diligencia en dicho cuidado. Ahora bien, el artículo 1550 libera al deudor del cuidado de la cosa. Y sólo en ese artículo se emplea la

---

<sup>6</sup> CÓDIGO CIVIL DE CHILE. Decimosexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005. 1141p. NOTA: cada vez que se cite un artículo sin especificación de la ley, entiéndase que nos referimos al Código Civil de Chile.



expresión riesgo. Por último, el artículo 1671 presume culpable al deudor de una cosa; de modo que para zafar su responsabilidad deberá el deudor probar el caso fortuito; y si prueba el caso fortuito podemos decir que la cosa pereció por riesgo, que no por culpa. De modo que riesgo y fortuito son dos conceptos que —para efectos de entender los problemas planteados en esta Memoria— han de ir ligados<sup>7</sup>. En el mismo sentido, don Luis CLARO SOLAR: “La denominación de *riesgos y peligros* se aplica en el lenguaje jurídico moderno a *todos los casos fortuitos que deterioran o destruyen la cosa debida*”<sup>8</sup>. En el mismo sentido, pero con referencia directa a la compraventa, ZIMMERMANN<sup>9</sup>. En resumen, podemos afirmar que el riesgo de una cosa es *la posibilidad de que —por un hecho fortuito— le sobrevenga un daño*<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> No obstante, hemos de señalar que el tema es más complejo de lo que aquí se expone, puesto que no es del todo claro que lo que no perece por culpa perece por fuerza mayor. Hay al parecer una zona gris entre la culpa y el fortuito que abordaremos más adelante. Por ahora, baste con lo expuesto a fin de aclarar que el riesgo supone un daño fortuito.

<sup>8</sup> CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo X. 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

<sup>9</sup> “*Periculum* referrers to the chance or possibility that the object of the sale might be lost, destroyed or damaged”.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*. Roman Foundation of the Civilian Tradition. Oxford, University Press, 1996.

<sup>10</sup> Hay una disposición del Código de Comercio que viene muy a propósito de citar. En dicho cuerpo legal, a propósito del tratamiento del contrato de seguro, el inciso segundo del artículo 513 señala que “Se entiende por riesgo la eventualidad de todo caso fortuito que puede causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados”.

### **3. Ámbito de aplicación de la cuestión de los riesgos.**

Delimitado el concepto de riesgo, podemos pasar a ver cómo están en la legislación regulados. Este problema de los riesgos, se puede articular en función e una sencilla pregunta: ¿quién soportará los riesgos de las cosas? El análisis variará dependiendo de quién sea el propietario de la cosa.

#### **3.1. El riesgo de la cosa propia.**

El riesgo de la cosa propia lo soporta su dueño. Ésta idea tan sencilla, clara y justa ha llevado a plasmar un adagio jurídico que reza: *res perit domino*: la cosa perece para su dueño. Y si perece para su dueño, es lógico que sea su dueño quien soporte el riesgo —posibilidad de perecer— de todo lo suyo.

#### **3.2. El riesgo de la cosa ajena.**

El problema se complica cuando tengo en mi poder (soy el mero tenedor) una cosa de la que no soy dueño. Diego quiere jugar al fútbol y no tiene zapatos. Acude a su amigo Andrés que con gusto le facilita los suyos. Ellos quizá no son conscientes, pero han celebrado un contrato de comodato de una especie mueble. Andrés es el comodante y Diego el comodatario.

De este contrato surgirá —normalmente— una sola obligación: la obligación de restituir los zapatos una vez acabado el uso; en este caso, el partido. Pues bien, Diego jugó el partido y cuando iba de regreso a su casa, un taxista inescrupuloso, pasa la luz roja y casi atropella a nuestro amigo Diego, quien alcanzó a reaccionar y salvó su vida, mas no su mochila. Se podrán imaginar en qué estado quedó su mochila: completamente estropeada, y los zapatos de

fútbol, hechos polvo. La pérdida de la mochila la sufre Diego porque él es el dueño (*res perit domino*), pero ¿quién soporta el riesgo de los zapatos de fútbol? La respuesta nos la da el artículo 1550 que volvemos a transcribir:

**Art. 1550.** 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 solución es clara y no hay duda que Andrés, el acreedor en la obligación de restituir, es quien soporta el riesgo; y perdida la especie o cuerpo cierto por caso fortuito, el deudor Diego queda liberado de su obligación de restituir. Su obligación se ha extinguido por el modo de extinguir “pérdida de la cosa que se debe” (Arts. 1567 nº 7 y 1670 y ss.).

Para acabar esta parte dejaremos una pregunta abierta que resolveremos más adelante: A (el acreedor, Andrés) ¿tiene a su cargo el riesgo por aplicación del principio de que las cosas perecen para su dueño o por otro motivo? No resolveremos ahora el problema. Con todo, si se aplicara el consabido principio *res perit domino*, la solución sería razonable ya que D (el deudor, Diego) es sólo un tenedor de la cosa y reconoce el dominio ajeno. Y quien soporta el riesgo es A, propietario y poseedor ininterrumpido de dichos botines.

Pero la pregunta nos puede ayudar a mirar el asunto desde otro punto de vista. Porque si bien es cierto que esos zapatos nunca salieron del patrimonio de A, es igualmente cierto que esos zapatos, desde que salieron del armario de A y fueron entregados a D, adquirieron una situación jurídica distinta. En ese momento, los zapatos pasaron a ser el objeto de una obligación<sup>11</sup>. Y en nuestro

---

<sup>11</sup> No tengo el ánimo de contradecir una de las lecciones que más a fuego grabó mi maestra de Derecho Civil: que el objeto de la obligación es la prestación

Código, el legislador quiso tratar en dos libros distintos el tema de los bienes y el de las obligaciones. Y si así lo hizo (y en esto no es original pues sigue una milenaria tradición), no sería descabellado pensar que las reglas en materia de riesgos sean distintas cuando nos encontramos frente a una cosa que no es objeto de obligación alguna que cuando sí lo es.

No nos parece ocioso haber dado este paso por el análisis del riesgo de la cosa ajena, porque nos ha servido para advertir que el tema es más complejo de lo que parece. En el siguiente acápite analizaremos el riesgo de la cosa *en cuanto* es objeto de una obligación y se debe.

#### **4. El riesgo de la cosa que se debe y la solución del Código Civil de Chile: artículo 1550.**

Éste si nos parece un marco adecuado para el tratamiento de la cuestión de los riesgos. Abordar los riesgos dentro de la esfera de las obligaciones y *desde el punto de vista* de que se trata de una cosa que es objeto de una obligación de dar y que se ha de entregar<sup>12</sup> a otra. Porque es en el LIBRO IV y bajo en el

---

y que el objeto de la prestación es aquello que se ha de dar, hacer o no hacer. Sin ignorar ni olvidar que esa es la correcta manera de entender las cosas, en lo sucesivo diré que el objeto de la obligación es la cosa que se ha de dar. Con ello no pretendo sino simplificar mis argumentaciones y así poder ser de todos y fácilmente entendido.

<sup>12</sup> No queremos obviar la discusión que existe en torno a la naturaleza de la obligación de entregar. Se discute si es una obligación de dar o de hacer. A nosotros nos parece que en el artículo 1550 la palabra “entrega” tiene un sentido lato o amplio y cuando el contrato sea título traslativo de dominio —como en la compraventa—, la entrega constituirá tradición, en otros casos —vgr. el comodato— la entrega de que se habla es la restitución de la cosa a su dueño una vez que ha sido usada. Y en todos los casos se tratará de una obligación de dar, ya que de la lectura del artículo 1448 se infiere claramente que la obligación de entregar está contenida en la de dar. Admitimos que hay discusión sobre el

Título XII “DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES”, en donde están regulados los riesgos. Estamos convencidos que el sólo hecho de reflexionar sobre los riesgos teniendo presente el lugar en que están tratados, arroja luces que nos ayudarán a valorar rectamente la justicia o injusticia de la solución dada por don Andrés BELLO.

Cabe añadir que los *hechos que se deben* están también en riesgo: existe la posibilidad de que por un fortuito no se puedan ejecutar. Sin embargo nuestro estudio se limita al riesgo de aquellas especies que son objeto de una obligación de dar. No abordaremos los riesgos de los hechos que se han de hacer o no hacer. ¿Por qué nos limitamos a este respecto? Porque nuestra Memoria gira principalmente en torno a dos disposiciones —artículos 1550 y 1820— las dos referidas tan sólo a “especies que se deben”. Pensamos que para abordar y entender a nuestro legislador, hemos de circunscribirnos a las situaciones sobre las que legisló. Y puesto que BELLO no elaboró una teoría entorno a los riesgos en nuestro Código, mal lo entenderemos si nos desviamos de los términos de estas dos disposiciones, que no hacen referencia alguna a los riesgos sobre las cosas que se han de hacer o no hacer.

Comenzaremos por una necesaria distinción.

#### **4.1. Riesgo del género.**

Por regla general, el género no está en riesgo. La cosa genérica no tiene la posibilidad de que —por un hecho fortuito— le sobrevenga un daño. Porque desde que el individuo es indeterminado, normalmente podrá ser sustituido por

---

punto. Pero, para efectos de avanzar con uniformidad de criterio y no desviar nuestro foco de atención, damos por cerrada esta discusión y en los términos aquí expuestos.

otro. Cabe pensar eso sí en una obligación genérica cuyo objeto esté en riesgo. Por ejemplo quien venda un dinosaurio como una cosa genérica. Si en el intertanto se extinguen, podemos decir que el género pereció, y por consiguiente, estaba en riesgo. Pero tan poco habitual es esto, que los romanos configuraron un adagio que dice precisamente: *genus non perit*: el género no perece.

#### 4.2. Riesgo de la especie.

Aquí se vuelve interesante la cuestión de los riesgos. Estamos frente a una cosa que se debe y ésta es específica: tu casa ubicada en Gran Avenida 4005, el collar de oro que te regaló tu abuelita, el cuadro original “Las Meninas” de Velásquez...

Si estas especies se deben, es porque son objeto de una obligación. Ahora bien, ¿cuántas clases de obligaciones hay? Muchas y que pueden tener diversos orígenes. Del artículo 1437<sup>13</sup>, la doctrina ha sintetizado en cuatro las fuentes de las obligaciones<sup>14</sup>: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley. Ahora bien, ¿cuáles de estas obligaciones pueden tener por objeto un cuerpo cierto?

---

<sup>13</sup> **Art.1437.** Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad.

<sup>14</sup> No podemos dejar de señalar que hay una enorme discusión —tema de tesis— en torno a las fuentes de las obligaciones. Quisimos simplificar para así aclarar mejor el punto, cual es mostrar el abanico de obligaciones de que puede ser objeto el cuerpo cierto.

### **4.3. Análisis de los tipos de obligaciones que pueden tener por objeto una especie o cuerpo cierto.**

#### **4.3.1. De origen delictual o cuasidelictual.**

Sin lugar a dudas, todas las *obligaciones delictuales y cuasidelictuales* no pueden tener por objeto un cuerpo cierto sino un género, ya que consistirán en una indemnización que se aprecia en dinero.

#### **4.3.2. De origen legal.**

Con respecto a las *obligaciones legales*, podemos decir que aunque abundan en el Derecho Matrimonial las obligaciones de esta categoría, no hallamos alguna que tenga por objeto un cuerpo cierto.

a) Así, la obligación de prestar alimentos, la de criar y educar, incluso el crédito que obtenga uno de los cónyuges por gananciales, no tienen por objeto una especie o cuerpo cierto.

b) Por otra parte, (fuera del Derecho Matrimonial), en la invención o hallazgo de un tesoro —que es una especie de ocupación— no se aprecia una obligación (vínculo jurídico que pone a una persona en la necesidad, también jurídica de dar, hacer o no hacer alguna cosa); más bien la ley hace nacer en el dueño del terreno y en el descubridor un derecho real de dominio sobre un tesoro o sobre una cuota de él.

c) Pero a propósito de otra especie de ocupación, se distingue en el Art. 629 una interesante obligación de origen legal. Quien encuentra una especie al parecer perdida y —poniéndose a su disposición— no se presenta el dueño, quien la encontró está obligado a entregar dicha especie a la autoridad. Está obligado y esa obligación tiene por objeto una especie o cuerpo cierto: esta es la primera obligación de dar una especie o cuerpo cierto de origen legal que encontramos en el Código.

d) Con respecto al fideicomiso<sup>15</sup>, hay aquí una hipótesis interesante puesto que el propietario fiduciario —una vez que se ha verificado la condición— está obligado a hacer la restitución de una cosa (una universalidad o una cuota o una cosa singular) a otra persona llamada fideicomisario. Si se constituye fideicomiso sobre una especie o cuerpo cierto, estamos de nuevo frente a una obligación legal que tiene por objeto una especie o cuerpo cierto.

e) Podríamos encontrar otra obligación de origen legal que tenga por objeto una especie o cuerpo cierto en una ley especial que ordene el pago de una especie o cuerpo cierto<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> El fideicomiso está tratado en el libro II, no es un contrato ni un cuasicontrato: es una limitación al derecho real de dominio. Puede tener su origen en un acto testamentario o en un acto entre vivos (donación, venta, permuta, etc.) eso, sí, solemne. En todo fideicomiso va envuelta una condición. Y verificada la condición nace la obligación de trasladar el dominio al beneficiario (fideicomisario). La que nos interesa es la obligación que nace una vez que se verifica la condición. Y esa obligación tiene su origen o fuente inmediata en la ley.

<sup>16</sup> El 5 de septiembre de 1872, el congreso aprobó una ley en que se daba \$15.000 en recompensa a don Andrés Bello por los servicios prestados al país como escritor, profesor y codificador. Si en vez de una suma de dinero se hubiese dado tal o cual obra de arte, nos encontraríamos con una obligación legal con una especie o cuerpo cierto por objeto.



#### 4.3.3. De origen cuasicontractual

En cuanto a las *obligaciones cuasicontractuales*, o sea, aquellas que nacen de un hecho voluntario lícito (Arts. 1437 y 2284), vemos que también existen algunas que tienen por objeto un cuerpo cierto:

a) Con claridad, en el pago de lo no debido; si lo indebidamente pagado es una especie, el derecho a repetir tendrá por objeto una especie.

b) También vemos una obligación de estas características cuando nos encontramos frente a un legado de especie<sup>17</sup>. Pues aunque el bien haya entrado en el patrimonio del legatario por el modo de adquirir *sucesión por causa de muerte*, es igualmente cierto que dicha especie se le debe: es objeto de una obligación.

#### 4.3.4. De origen contractual.

En cuanto a las *obligaciones contractuales*, podemos decir que en muchas oportunidades ellas tendrán por objeto mediato una especie o cuerpo cierto. Veamos en qué contratos en particular:

1. En la venta de una especie o cuerpo cierto;

---

<sup>17</sup> No consideramos que el testamento sea un cuasicontrato, pero como fuente de las obligaciones, cae en esta más que en las otras, pues nace del hecho voluntario de la persona que se obliga.

2. en la permutación se dan siempre dos obligaciones de entregar cuerpos ciertos, ya que este contrato es consensual y en su definición se exige que lo cambiado sea especie por especie;

3. en el contrato de arrendamiento de cosa corporal, pues esa cosa se ha de entregar, y posteriormente se ha de restituir. No ocurre en los otros dos tipos de arrendamientos —arrendamiento de obra y de servicios— ya que de ellos no nace una obligación de dar sino de hacer;

4. en la constitución de censo, no se da el problema de los riesgos en los términos que nos interesan —Art. 1550—, ya que la obligación del censuario es la de pagar un canon o rédito anual. Y en ningún caso una persona deberá a otra una especie o cuerpo cierto, ya que la finca acensuada está gravada con la responsabilidad del canon y del capital, de modo que a lo sumo servirá para pagar uno u otro, pero nunca será debida al censalista como especie o cuerpo cierto<sup>18</sup>;

5. en el contrato de sociedad cuando se estipula poner en común una especie, la sociedad será acreedora de una obligación de cuerpo cierto;

6. en el contrato de mandato, el mandante confía a mandatario la “gestión de uno o más negocios” (Art.2116): por lo tanto la obligación que de aquí nace es de hacer, que no de dar. Por lo tanto, —por regla general— no tendrá lugar al interior de este contrato la cuestión del riesgo de una especie que se deba. Con todo vemos asomarse el problema de los riesgos en este contrato cuando

---

<sup>18</sup> Es cierto que en toda constitución de censo hay un riesgo, el riesgo de que perezca la finca acensuada. Porque pereciendo la finca, se extingue el censo (Art. 2041). Pero este riesgo no es de nuestro interés en los términos del artículo 1550. Estamos buscando a lo largo del código, obligaciones de especie o cuerpo cierto: en este contrato no las hay.

el mandatario hace uso de la facultad de contratar a su propio nombre (Art. 2151), ya que al tener que transferir al mandante lo conseguido mediante la realización de dichas gestiones, puede perecer por ejemplo, la especie que se mandó comprar. Sin embargo, como esta no es una obligación primaria que nazca del contrato, no nos adentraremos más en este punto que requiere un estudio más detenido y que no forma parte de la finalidad de este trabajo.

7. en el comodato, siempre existirá una obligación de restituir una especie, ya que en la definición de tal contrato se dice que recae sobre una especie que se ha de restituir;

8. al contrario, en el mutuo, nunca, por la naturaleza misma de tal contrato;

9. en el depósito<sup>19</sup> propriadamente dicho voluntario y regular, sí hay una obligación que tiene por objeto una especie o cuerpo cierto que se ha de restituir. En el depósito propriadamente dicho necesario, también vemos igual obligación de especie o cuerpo cierto que se ha de restituir. Asimismo, en el secuestro, existirá esa obligación de restituir un cuerpo cierto, una vez que una de las partes haya obtenido una decisión en su favor.

---

<sup>19</sup> Viene a propósito recordar que existen dos grandes clases de depósito: El propriadamente dicho y el secuestro. En el depósito propriadamente dicho, se distinguen el voluntario (que es aquél en que el depositante elige libremente al depositario) y el necesario (donde hay cierta urgencia que pone al depositante en grave dificultad de elegir al depositario de su gusto). El voluntario se divide a su vez en regular e irregular. Es irregular cuando recae sobre un género y por lo tanto el depositario debe restituir otras tantas cosas del mismo género; y por lo tanto se hace dueño de ellas. Por otra parte el secuestro es un depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos y que se ha de restituir a quien obtenga una decisión en su favor. Si nace de una convención, es un contrato; si nace de un decreto del juez, no podemos decir que sea un contrato. La obligación del secuestro sería de origen legal.

10. Cuesta más en los contratos aleatorios advertir una obligación que recaiga sobre especie. De inmediato descartamos la renta y el censo vitalicios; pero cabe pensar en un juego o apuesta lícita<sup>20</sup> que tenga por objeto la obligación pagar al ganador una especie determinada;

11. en la fianza, la obligación del fiador ha de ser siempre la de pagar una suma de dinero. Por lo tanto este contrato queda al margen de nuestro tema de estudio;

12. en el contrato de empeño, debe el acreedor prendario restituir la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto (por lo demás, siempre mueble), nos encontramos frente a la hipótesis buscada, pues se deberá pagar una especie o cuerpo cierto a quien caucionó la obligación principal;

13. en el contrato de hipoteca, en cambio, como el inmueble no deja de permanecer en poder del deudor, no nace como en la prenda, la obligación de restituir a quien caucionó la deuda, por lo tanto nunca nos encontraremos frente a una obligación de dar que tenga por objeto una especie o cuerpo cierto;

14. el contrato de anticresis, sí es un caso en que el acreedor anticrético deberá restituir una especie (en este caso una cosa inmueble) una vez que con los frutos que la cosa produzca, se pague la deuda;

---

<sup>20</sup> Cabe recordar que son ilícitos por su objeto los juegos de azar (Art. 1466); sin embargo son lícitos los juegos o apuestas que versan sobre destrezas intelectuales (ejemplo, una apuesta que verse sobre quién ganará una partida de ajedrez) o corporales (un partido de fútbol): los primeros producen obligaciones simplemente naturales (Art. 2260) y los segundos producen obligaciones civiles (Art. 2263).

15. en el contrato de transacción puede sin duda alguna estipularse el pago de una especie, y por consiguiente, es un contrato que sí interesa dentro del marco de nuestro estudio.

16. Por último, en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio, puede convenirse la obligación de entregar una especie o cuerpo cierto, y por lo tanto es de interés tenerlas en cuenta.

Fuera de los contratos, algunas instituciones civiles pueden tener interés para nosotros:

17. Con respecto a las obligaciones con cláusula penal, no se nos presenta el problema de los riesgos, ya que aunque se estipule como pena una especie que se ha de dar, esta obligación es siempre alternativa con la de indemnizar; y la alternativa la tiene el acreedor. Por lo tanto, no puede presentarse la cuestión de los riesgos, ya que de perecer la especie, subsiste el género (en este caso la indemnización); y el género no perece.

18. Despierta interés en materias de riesgos la estipulación a favor de otro (Art.1449<sup>21</sup>). Este es también un caso en que puede tener lugar la regla del artículo 1550, porque si el beneficiario es acreedor de una especie y esta se pierde, rige plenamente lo dispuesto en esa disposición.

---

<sup>21</sup> Hay una enorme discusión en torno a la naturaleza de esta estipulación. Nosotros nos inclinamos por la explicación que dice que el derecho nace en el patrimonio del tercero beneficiario desde el momento mismo en que el estipulante y el promitente celebran el contrato. Y esto por la sencilla razón de que la ley le autoriza a demandar lo estipulado. Y no se puede demandar si uno no tiene un derecho que exigir. Ahora bien, el derecho que en el beneficiario nace está sujeto a resolverse mientras el beneficiario no lo acepte expresa o tácitamente. ¿Cuál es el evento futuro e incierto del que depende la resolución del derecho del beneficiario? El hecho futuro e incierto es que las partes revoquen el contrato.

19. Igualmente, en la promesa por otro (Art.1450), se puede dar la misma hipótesis. Sabemos que mientras el tercero no ratifique, no se obliga; y si ratifica, sí se obliga. Y si se obliga a pagar una especie y a ésta le sobreviene un daño por caso fortuito, nuevamente estamos frente a un caso donde se aplica la norma del artículo 1550.

-----

Fuera del Código Civil, existen muchos contratos, ya regulados en otros cuerpos legales, ya introducidos mediante la práctica entre nosotros por imitación de práctica extranjera, ya por la autonomía de la voluntad en materia contractual que las personas tienen. Queremos hacer referencia algunos de ellos para indagar si puede nacer de esos contratos una obligación que tenga por objeto una especie o cuerpo cierto que pueda estar en riesgo:

20. en la compraventa comercial, sin duda alguna cuando versa sobre una especie. El artículo 142<sup>22</sup> está en perfecta armonía con la legislación civil;

21. en el contrato de seguro no vemos un caso al que pueda aplicarse nuestra regla civil del artículo 1550, precisamente porque este convenio versa sobre el riesgo de deterioro o pérdida de una cosa. Y la obligación que eventualmente nacerá —pues es un contrato condicional— será la de indemnizar dicho daño o pérdida.

---

<sup>22</sup> **Art. 142.** 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.

Código de Comercio. Séptima edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1976. (nos aseguramos que todas las normas citadas continúan hoy vigentes).

22. Tampoco en el contrato de cuenta corriente asoma por ninguna parte la hipótesis que nos ocupa, pues versa sobre cantidades de dinero u otros valores; cosas todas genéricas.

23. A la misma conclusión llegamos respecto de la compraventa regulada por la Ley sobre Compraventa de Cosas Muebles a Plazo. El artículo 3 de esta ley señala precisamente que “En el contrato deberá dejarse testimonio de que se ha entregado la cosa vendida al comprador”<sup>23</sup>, con lo cual, nunca podrá tener lugar este problema que nos aboca.

#### 4.3.5. Resumen.

En resumen, una especie o cuerpo cierto puede *deberse* a otra persona:

I. Cuando es el objeto de una obligación de origen *legal* (en el fideicomiso y en algún otro caso especial).

II. Cuando es el objeto de algunas obligaciones *cuasicontractuales*:

1. En el pago de lo no debido (si se pagó una especie) y
2. cuando se debe un legado de especie.

III. Cuando es el objeto de algunas obligaciones de origen *contractual*. Ellas pueden<sup>24</sup> tener su origen en una estipulación a favor de otro y en una promesa por otro.

---

<sup>23</sup> Código de Comercio. Séptima edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1976. (nos aseguramos que todas las normas citadas continúan hoy vigentes).

<sup>24</sup> Bien se emplea la palabra pueden, ya que no siempre de los contratos enumerados nacerá la obligación de pagar una especie.

Igualmente pueden nacer de los contratos de:

1. Compraventa, civil y comercial;
2. arrendamiento de cosa;
3. sociedad;
4. comodato (siempre);
5. depósito propiamente dicho voluntario regular;
6. depósito propiamente dicho necesario;
7. secuestro;
8. juego o apuesta lícita;
9. prenda;
10. anticresis;
11. transacción y
12. en las capitulaciones matrimoniales, en cuanto configuren un contrato, es decir, en cuanto creen derechos para las partes.

#### **4.4. ¿Quién soporta el riesgo de estas especies que se deben? Artículo 1550: análisis de la regla general.**

Las alternativas son: el deudor, el acreedor, o depende de cada caso. Nuestro legislador se atrevió a verter en nuestro Código Civil una regla general:

**Art. 1550.** 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.

Como se ve, hay aquí una regla tajante, clara y precisa. El riesgo es *siempre* —salvo norma especial en contrario— a cargo del acreedor. Esta solución es aplicable a todas las obligaciones que se han enumerado más arriba,



cualquiera sea su fuente y —si su fuente es contractual— cualquiera sea el contrato del que emanen.

Pasaremos a revisar las excepciones a la regla que contempla esta y otras normas, para luego volver sobre la palabra más controvertida del artículo 1550: *siempre*.

#### **4.5. Excepciones a la regla del artículo 1550.**

El mismo artículo recién transcrito contempla dos excepciones, a las que podemos agregar otras más.

##### **4.5.1. Que el deudor esté en mora.**

Desde que el deudor se constituye en mora<sup>25</sup>, sobre sí pesa el riesgo de la especie. Es de toda justicia no hacer cargar con los riesgos al acreedor cuando hay una actitud culpable por parte del deudor<sup>26</sup>. Y si bien es objeto de discusión la norma que pone siempre los riesgos a cargo del acreedor, no cabe duda ni merece discusión que esa carga debe cesar desde que se constituye en mora.

Con todo, encontramos dos contraexcepciones que enunciaremos brevemente:

---

<sup>25</sup> Preciso es recordar que la mora es un retardo unido a una interpelación —expresa o tácita— del deudor; es un retardo que causa perjuicio y ese es el motivo de la interpelación. (artículo 1551).

<sup>26</sup> En nuestro derecho todo incumplimiento se presume culpable (Arts. 1547 i. 3º y 1671): la morosidad es una especie de incumplimiento y por tanto también se presume culpable. Estas presunciones son simplemente legales.

1) que la mora no sea imputable a culpa o dolo del deudor (cosa que deberá probar)<sup>27</sup>; y

2) que el riesgo —o sea, la posibilidad de que por un fortuito sobrevenga un daño a la especie— sea independiente de la entrega. En este caso, pese a estar en mora el deudor, el riesgo es de cargo del acreedor, porque la cosa igualmente hubiera perecido si oportunamente hubiera sido entregada. Pensemos por ejemplo en un caballo dado en comodato. Se pactó como fecha para su devolución el 2 de octubre de 2007 y el comodatario incumple y está moroso. Si muere el animal por una epidemia caballuna en todo el país el día 6 de octubre, el riesgo sigue siendo de cargo del comodante acreedor. Eso sí, el comodatario deberá probar esta circunstancia de hecho<sup>28</sup>.

#### **4.5.2. Que el deudor se hay obligado a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas.**

El legislador quiere sancionar la mala fe del deudor. Así, quien transigió comprometiéndose a entregar su bicicleta y luego vende su bicicleta a una persona distinta (obligándose por consiguiente a entregarla), responde frente a las dos personas del fortuito que sobrevenga a la bicicleta. Y en este caso, no tendrá derecho a pedir al comprador el precio acordado por la bicicleta (o deberá restituir la suma si hubiese sido pagada). Y por su parte no podrá exigir a quien con él transó, la contraprestación estipulada (o en su caso deberá restituir lo pagado o indemnizar lo que no pueda restituirse).

---

<sup>27</sup> Fundamos esta opinión de la aplicación de la regla general de que la mora producida por fuerza mayor o por caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios (Art. 1558 inciso 2º). De la misma manera, es lógico sostener que la mora producida por fuerza mayor o por caso fortuito no da lugar a la alteración de la regla general sobre riesgos y por lo tanto siguen siendo de cargo del acreedor.

<sup>28</sup> Véanse los artículos 1547 inciso 2º y 1672 inciso 2º.

#### **4.5.3. Autonomía de la voluntad.**

Qué duda cabe que la autonomía de la voluntad puede alterar esta regla que es de carácter natural en materia de obligaciones, y poner de cargo del deudor el riesgo de la cosa debida.

#### **4.5.4. Que la especie se deba bajo condición suspensiva: una aparente excepción.**

A propósito de las obligaciones condicionales, nuestro Código altera aparentemente la regla de los riesgos: veamos con detención el primer inciso del artículo 1486:

**Art. 1486.** Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa, se extingue la obligación; y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios.

Esta norma no es una excepción a la regla general establecida en el artículo 1550, pues siendo condicional y suspensiva, la obligación no ha nacido a la vida jurídica y mientras la condición no se cumpla, la especie —en estricto rigor— no se debe. Mientras la obligación condicional pende sólo cabe hablar de un germen<sup>29</sup> de obligación, mas no de una obligación hecha y derecha. Por lo tanto, no puede ser el artículo 1486 una excepción del artículo 1550, ya que esta última norma, al emplear la expresión “deba”, está pidiendo que sea una vinculación actual entre deudor y acreedor, que no futura.

---

<sup>29</sup> Se aprecia este germen en que esta obligación se transmite por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. Y además, en que autoriza a que se pidan medidas conservativas (cfr. Art. 1492).

Al tratar los riesgos en la compraventa, volveremos sobre el punto de la condición suspensiva. Pero puestos a encontrar excepciones al artículo 1550, con certeza afirmamos que esta no lo es por la razón apuntada.

**4.5.5. Que la especie se deba bajo condición resolutoria: otra aparente excepción.**

Esta es otra aparente excepción por la misma razón antes apuntadas. Pongamos un ejemplo: Daniel tiene una moto como propietario fiduciario y con la carga de pasar a Adelaida una vez verificada la condición de que Colo Colo gane la Copa Libertadores. Si bien es cierto que Daniel tiene un derecho sobre la moto sujeto a resolución; desde el punto de vista de Adelaida, ella tiene un derecho a que se le entregue la cosa sujeto a la condición suspensiva de que Colo Colo sea campeón. Por lo tanto bien pueden aplicarse la misma razón arriba expuesta. Y si la cosa perece sin culpa en manos de Daniel y antes de verificada la condición, el germen de derecho que Adelaida tenía se extingue.

La condición resolutoria tácita ofrece menos inconvenientes que la ordinaria para descartarla como excepción a la regla general del artículo 1550. Como bien sabemos, está consagrada en el artículo 1489<sup>30</sup>, dentro del Título IV “DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES Y MODALES”. Pero de la sola lectura de la disposición se desprende que esta condición resolutoria envuelve al contrato bilateral y no a las obligaciones que de él emanan. Recordemos que estamos buscando excepciones a la regla “el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor”. Y aquí no hay tal excepción,

---

<sup>30</sup> **Art. 1489.** En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

porque dicha condición no afecta en particular a la obligación de entregar una especie. Esta condición envuelve al contrato por el hecho de ser bilateral y para salvar la buena fe del contratante diligente y permitirle ejercer una acción resolutoria contra el incumplidor. Y puestos en el caso de un vendedor que no cumple y una cosa que perece, quien soporta la pérdida es él; pero no por ser una excepción a la regla del artículo 1550, sino por que el comprador ejerció —o está ejerciendo— su acción resolutoria. Puede interpretarse también que, lejos de hacer excepción al artículo 1550, lo confirma plenamente ya que una vez que ha sido demandado, se constituye en mora, y el riesgo es de su cargo.

#### **4.5.6. El contrato de arrendamiento: una excepción en parte.**

El artículo 1924 señala que el arrendador está obligado a entregar la cosa al arrendatario. Aquí sí encontramos una excepción a la regla general en materia de riesgos. Porque si rigiera el artículo 1550, resultaría que el arrendador-deudor —que es el obligado a entregar la cosa al arrendatario y por lo tanto deudor respecto de esta obligación— se liberaría de su obligación de entregar la cosa si pereciera ésta por caso fortuito. Y en cambio el arrendatario-acreedor —que sería quien debería sobrellevar el peso de los riesgos según las reglas generales— estaría obligado a pagar todas las rentas que por el contrato se hubieren pactado.

Pero como decíamos, hay aquí una norma especial en materia de arrendamiento. Así, el artículo 1950 n°1, señala que uno de los modos de terminación del contrato de arriendo es la destrucción total de la cosa arrendada. De tal forma que si la cosa se destruye pendiente la entrega, el contrato termina y el arrendatario no pagará ninguna renta.

Sin embargo, la regla general sí se aplica respecto de otra de las obligaciones que nacen de este contrato. Una vez terminado el contrato de arrendamiento de cosas, nace para el arrendatario la obligación de restituir; y si la cosa perece por caso fortuito, el arrendatario y deudor de la obligación de restituir no tiene a su cargo el riesgo. Se aplica la norma general del artículo 1550. Y por lo tanto el arrendador (acreedor de la restitución de la cosa) cargaría con ese riesgo y nada a cambio podría pedir al deudor.

De modo que el arrendamiento es una excepción a la regla general en cuanto a la obligación que tiene el arrendador de entregar la cosa; pero no hay excepción alguna respecto de la obligación que tiene el arrendatario de restituir.

#### **4.5.7. El contrato de sociedad.**

Nos parece que aquí sí hay una excepción a la regla de los riesgos del artículo 1550. En este contrato los socios estipulan poner algo en común; y bien puede estipularse poner en común una especie o cuerpo cierto. El artículo 2100<sup>31</sup> es interesante ya que si consideremos que el objeto es el conjunto de cosas o hechos (industria) que los socios han estipulado aportar; bien cabe decir que es una excepción a la regla general en materia de riesgos cuando la cosa que se debe a la sociedad (que es una persona distinta y es la acreedora de las obligaciones de los socios) es una especie. Es una excepción pues nace para los socios el derecho a exigir la disolución tanto si la extinción es total como si es parcial y de ese modo vuelve inútil su continuación.

---

<sup>31</sup> **Art. 2100.** La sociedad se disuelve asimismo por su insolvencia, y por la extinción de la cosa o cosas que forman su objeto total.

Si la extinción es parcial, continuará la sociedad, salvo el derecho de los socios para exigir su disolución, si con la parte que resta no pudiere continuar útilmente; y sin perjuicio de lo prevenido en el siguiente artículo.

Sin embargo se suele señalar que la excepción a la regla general está contenida en el artículo 2101<sup>32</sup>. No nos parece que haya en esta disposición una excepción a la regla de los riesgos puesto que tal norma no se pone en el caso de que el socio incumpla a consecuencia de un fortuito. Se emplean las expresiones “su hecho” y “su culpa”. Y hemos dicho que el riesgo es la posibilidad de que —por un caso fortuito— le sobrevenga un daño a la cosa. Esta disposición pide que el hecho sea suyo; y si es “suyo”, no puede ser fortuito, ya que el fortuito es un imprevisto, mientras que los actos propios son previstos todos<sup>33</sup>.

Por tanto, afirmamos que la verdadera excepción a la regla de los riesgos está contenida en el artículo 2100 y, si se configuran las circunstancias que tal norma pide, el riesgo no es de cargo del acreedor (la sociedad), puesto que: o se extinguirá la sociedad (y por lo tanto no cargará con el riesgo), o nacerá para los otros socios el derecho a pedir la disolución.

---

<sup>32</sup> **Art. 2101.** Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta.

<sup>33</sup> Los filósofos suelen distinguir entre actos del hombre y actos humanos; los primeros ocurren con independencia de la voluntad del sujeto, como por ejemplo, la digestión o los actos que hace quien es sonámbulo; los segundos nacen de la voluntad del hombre, y por lo tanto, cabe formular un juicio de aprobación (si obró bien), o de reprobación (si obró mal). A este propósito, cabe señalar que dentro de cada hombre hay un juez, que —entre otras cosas— dicta permanentemente sentencias sobre nuestros actos: a este juez se le conoce con el nombre de conciencia. Si hemos obrado bien, nos premiará dándonos una alegría por haber bien actuado; si mal, nos castiga con el remordimiento de haber ejecutado tal conducta. Pienso que no hay quien no haya evidenciado la existencia de este juez interior.

#### **4.5.8. El contrato de arrendamiento de obra: una nueva aparente excepción.**

Se dice que el artículo 1996 es una excepción a la regla que sobre riesgos se da en el Código Civil. Sostenemos que no hay tal excepción. Para afirmar nuestros dichos, no hace falta analizar ninguna norma: basta acudir a la precisa definición de arrendamiento que don Andrés puso en el artículo 1915<sup>34</sup>. Como se aprecia, es una sola definición para los tres tipos de arrendamientos. Y en el contrato de arrendamiento de obra, la obligación del arrendador es de hacer y no de dar. Por lo tanto, no puede ser excepción de una regla establecida para obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto: “el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba (...)”.

#### **4.5.9. Resumen de las excepciones a la regla del artículo 1550.**

Bien conviene, después de estas reflexiones acabar enumerando las verdaderas excepciones al artículo 1550:

1. Que el deudor esté en mora;
2. que el deudor se haya obligado a entregar una misma cosa a dos o más persona por obligaciones distintas;
3. que las partes modifiquen las reglas por medio de cláusulas accidentales;
4. en el arriendo, respecto a la obligación del arrendador de entregar la cosa;
- y
5. en el contrato de sociedad, de conformidad al artículo 2100.

---

<sup>34</sup> Art. 1915. El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.



## 5. El Código da una misma solución para escenarios distintos.

Como se ve, estamos frente a una norma que tiene aplicación en campos muy disímiles. Podríamos agrupar a los obligados en dos grupos:

I. En el primer grupo están todos aquellos deudores que no son dueños de la cosa debida y que son:

1. El comodatario,
2. el acreedor prendario,
3. el arrendatario (a la hora de restituir la cosa arrendada),
4. quien recibió lo pagado indebidamente,
5. el albacea que debe pagar el legado de especie,
6. el depositario voluntario y el necesario (de depósito regular, se entiende),
7. el secuestre y
8. el acreedor anticrético.

Todas estas personas deben pagar una cosa que no les pertenece; que es de propiedad del acreedor.

II. En el segundo grupo, están todos aquellos deudores que —mientras no efectúen la entrega— siguen siendo dueños de la cosa debida. Y recién al entregar la especie, ésta pasará a ser propiedad del acreedor, porque dicha entrega importará una tradición, que como bien sabemos es uno de los modos de adquirir el dominio. Este grupo de personas está conformado por:

1. el vendedor,
2. el propietario fiduciario de una especie,
3. el perdedor en un juego o apuesta lícita (en la hipótesis de ser deudores de un cuerpo cierto),
4. el que transigió (si se obligó al pago de especie) y
5. el esposo que capituló pagar un cuerpo cierto.

Cabe, pues, preguntar: ¿es justo que a estos dos grupos de personas se les trate de la misma manera?, ¿es conveniente que rijan la misma regla para el deudor propietario que para el deudor no propietario? o, ¿acaso fue un error del legislador poner *siempre* de cargo del acreedor el riesgo del cuerpo cuya entrega se deba?

La respuesta no la daremos ahora, ni la daremos respecto de todos los casos señalados recién.

Sólo nos referiremos al posible error o la justicia o la conveniencia de la regla de los riesgos en relación al contrato de compraventa pues éste es el propósito central de nuestro trabajo.

Con todo, queremos decir, que si bien estos dos grupos de obligados se hallan en circunstancias muy distintas, tienen sin embargo tres notas en común:

1. todos son deudores;
2. todos son deudores de una cosa específica; y
3. todos ellos no han extinguido su obligación mediante el pago: la entrega de todas estas especies, se debe.

No queremos cerrar este apartado sin añadir que nos ha parecido del todo provechoso haber abordado el riesgo en general en este Capítulo Primero. Esta visión panorámica será sólido apoyo y sin duda arrojará luces para investigar provechosamente la cuestión que principalmente nos interesa: el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega *el vendedor* deba.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA.

#### 1. PRIMERA PARTE.

#### El riesgo de la especie en la compraventa: análisis de los artículos 1550 y 1820 del Código Civil.

“La *compraventa* es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice *vender* y ésta *comprar*. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama *precio*.”<sup>35</sup> Esta hermosa, elegante y precisa definición que redactó don Andrés BELLO, nos introduce y nos centra en el tema principal de nuestro estudio. Ya hemos precisado qué se entiende por riesgo y en qué áreas del derecho cobra mayor interés su estudio. Corresponde adentrarnos en el estudio del riesgo en la compraventa. Pero no de toda compraventa, sino de aquellas que:

1. tengan por objeto una especie; y
2. que se haya diferido en el tiempo la entrega de esa cosa.

#### 1.1. Regla general

A propósito de la compraventa, nuestro Código da una norma que está en perfecta armonía con la regla general. A continuación transcribiremos los dos artículos para que se aprecie con facilidad su correlación:

---

<sup>35</sup> Artículo 1793. Código Civil de Chile. Decimosexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.

LIBRO IV  
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS.  
Título XII  
DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES.

**Art. 1550.** 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.

LIBRO IV  
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS.  
Título XXIII  
DE LA COMPRAVENTA.

*§ 5. De los efectos inmediatos del contrato de venta*

**Art. 1820.** 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.

Vistas las dos normas se advierte de inmediato la clara correspondencia y uniformidad de criterio en materia de riesgos. Es el comprador quien normalmente ha de soportar el riesgo de la especie vendida desde que se perfeccionó el contrato y aunque todavía no se haya entregado.

## **1.2. Excepciones.**

Además de las excepciones generales contenidas en el artículo 1550 y la del artículo 1820, buscaremos otras excepciones dentro del contrato de compraventa. Para encontrarlas, recorreremos todo el Título XXIII de nuestro Código, y argumentaremos en cada caso.

### **1.2.1. Que la venta sea celebrada bajo condición suspensiva y que —pendiente la condición—la cosa se dañe y que la condición se cumpla.**

Lo primero que hemos de recordar es que en sí misma, la condición suspensiva no es una excepción a la regla general del artículo 1550, ya que esta norma pide que la deuda del cuerpo cierto sea actual, que no futura e incierta.

Con todo, a propósito de la compraventa y del artículo 1820, nos parece claro que la venta condicional sí es una excepción a la regla del artículo 1820, ante todo porque esta excepción está contenida en el mismo artículo 1820. Ahora, ¿cuáles son los motivos que llevaron al legislador a alterar la regla general? El punto es complejo y de alto interés. Pongamos un ejemplo para abordar el punto.

Adrián es fanático de los veleros y le compra el velero a Damián. Eso sí, en la compraventa se pone la condición de que la entrega se realizará una vez que Damián vuelva de su último viaje por el pacífico (el viaje lo realizará, obviamente, en su velero). Los dos aceptan los términos. Lamentablemente, el velero naufraga y se hunde sin culpa de Damián. Damián sale ileso y regresa a

la ciudad (se cumple la condición de regresar). Aquí caben dos interpretaciones:

- 1) que se considere que es el contrato de compraventa mismo el que está sujeto a condición, o
- 2) considerar que sólo la obligación de entregar la cosa está sujeta a la condición suspensiva —hecho futuro e incierto— de regresar.

De optar por una u otra interpretación las consecuencias son diametralmente opuestas. Ya que si interpretamos 1), al ser la compraventa misma la que está sujeta a condición, el artículo 1820 nos dice que la pérdida es de cargo del vendedor, y por lo tanto, Adrián no estaría obligado a pagar el precio del velero. Pero si interpretamos 2) que no es la venta la condicional sino sólo la obligación de entregar, el artículo 1486 nos dice que en este caso la obligación se extingue. Por lo tanto no estaría el vendedor obligado a pagar el velero porque esa obligación ya no existe, pero nada obstaría para que cobrara el precio del velero pues la obligación de pagar el precio sigue existiendo, pues no estaba sujeta a condición alguna. Bajo esta última interpretación, el riesgo de la cosa sería de cargo de Adrián: quien se queda sin velero y con la obligación de pagarlo.

¿Cómo se soluciona este problema? En primer lugar expondremos lo que diría a este respecto don Luis CLARO SOLAR. A continuación daremos nuestra opinión. Finalizaremos haciendo algunas observaciones.

a) Opinión de don Luis CLARO SOLAR.

Este notable jurista no se planteó nuestro problema en los términos arriba expuestos. Pero del análisis de su obra podemos concluir que para él tal

disyuntiva carece de importancia. Porque según su autorizada opinión, cuando el artículo 1486 dice “se extingue la obligación (...) esto equivale a decir que se extingue el vínculo jurídico que ligaba recíprocamente a acreedor y deudor: la cosa no perece ya para el acreedor, porque éste no queda obligado a cumplir la prestación a que se había comprometido en el evento de verificarse la prestación. Se extingue pues, pues, no sólo la obligación condicional sino también la obligación correlativa. En una compraventa condicional, por ejemplo, si la cosa vendida perece fortuitamente mientras está pendiente la condición, el vendedor no tendrá ya la obligación de entregar la cosa o su equivalente; pero tampoco estará ya obligado el comprador a pagar su precio. Cuando lo hubiese pagado, tendrá derecho a repetirlo como pagado indebidamente, aunque después de perecer la cosa se cumpla la condición. No es ya el acreedor sino el deudor el que en la obligación condicional sufre el *periculum interitus*: la cosa en este caso ha perecido para su propietario, porque el *res perit debitori* equivale aquí al *res perit domino*”<sup>36</sup>.

Como se advierte, CLARO SOLAR no duda atribuir al artículo 1486<sup>37</sup>, la virtud de extinguir la contraprestación que en su caso se deba: “*Se extingue la obligación* significa que la convención misma desaparece y no puede llegar a consolidarse y confirmarse con el cumplimiento posterior de la condición. La cosa ha perecido, por consiguiente para el deudor; y si perece para el deudor es porque el acreedor, si tiene a su vez una obligación correlativa, no está ya

---

<sup>36</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I. 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

<sup>37</sup> **Art. 1486.** Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa, se extingue la obligación; y por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios.



obligado a cumplirla, y si la hubiera en el hecho ejecutado en todo o parte, tendrá derecho a repetir lo que indebidamente ha pagado<sup>38</sup>.

¿Cuál es el motivo de esta disposición —el artículo 1486— en los términos interpretados por este insigne comentarista al Código? “Los elementos subjetivos de la relación jurídica deben ser apreciados en el momento en que se forma el consentimiento entre las partes: es preciso y suficiente a la vez que en ese momento las partes sean capaces y tengan la facultad de obligarse a las prestaciones que el contrato les impone; habrá desde ese momento un contrato formado; existirá acreedor y deudor; y el derecho, como la obligación condicional, se hará transmisible a los herederos de las partes contratantes. Pero el vínculo jurídico se forma en la inteligencia de que las cosas a que se refiere han de existir y hallarse en el comercio en el momento de realizarse el acontecimiento a que condicionalmente se halla sometida la permanencia posterior del vínculo jurídico así formado<sup>39</sup>.”

b) Nuestra opinión.

Nos cuesta enormemente discrepar de don Luis CLARO SOLAR, pero sostenemos que la interpretación adecuada a la cuestión de la venta condicional es la siguiente. Eso sí, nuestra opinión sólo difiere en la forma, que no en las razones de fondo recién expuestas:

i) No nos parece indiferente interpretar si es la obligación de entregar la que está sujeta a condición, o si por el contrario es el contrato entero el condicional. Porque de ser sólo una de las obligaciones la sujeta a condición,

---

<sup>38</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I. 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

habría que regir la pérdida por lo dispuesto en el artículo 1486, que no hace referencia a la suerte que corre la contraprestación debida. En efecto, la norma aducida, sólo establece que —de perecer la cosa antes del cumplimiento de la condición y la condición se verifica— “se extingue la obligación”. Y a nuestro juicio, es claro que a la luz del artículo 1486 la obligación correlativa de pagar el precio sigue en vigor. En consecuencia los riesgos seguirían de cargo del acreedor y no se alteraría la regla general.

ii) Ahora bien, pensamos que la solución al problema arriba planteado es sostener que era el contrato de compraventa por entero el que estaba sujeto a condición, y no sólo una de sus obligaciones.

iii) Porque la compraventa es un contrato conmutativo por naturaleza, y el legislador parece decirnos que de introducir en este convenio una condición —hecho futuro e incierto que por lo mismo puede perturbar la conmutatividad—, esa condición ha de recaer sobre el contrato entero, con todas sus obligaciones. De la atenta lectura del artículo 1807<sup>40</sup>, se infiere que el legislador da un tratamiento distinto a la condición que al plazo. En efecto habla de “venta (...) bajo condición” y en cambio de “plazo para la entrega de la cosa o del precio”. Don Andrés, además de gran codificador, era un gramático, y puso con mucho cuidado, palabra por palabra con total conciencia y criterio jurídico. Sostenemos que de esa manera el legislador protege la conmutatividad del contrato.

---

<sup>40</sup> **Art. 1807.** La venta puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria.

Puede hacerse a plazo para la entrega de la cosa o del precio.

Puede tener por objeto dos o más cosas alternativas.

Bajo todos estos respectos se rige por las reglas generales de los contratos, en lo que no fueren modificadas por las de este título.

iv) Si es la venta la condicional, se rige por el artículo 1820, y la carga de los riesgos se altera si —pendiente la condición— la cosa perece y la condición se cumple.

v) Podría alguien replicar ¿Y acaso no existen ventas aleatorias? A esta objeción respondemos: por supuesto que sí, pero este elemento accidental debe aparecer claramente en el contrato para derogar el elemento natural de la conmutatividad. De modo que si Adrián hubiera declarado expresamente que está comprando la suerte de que el velero regrese o no regrese. Solamente en ese caso sería de su cargo el riesgo de la pérdida.

vi) Igual cosa ocurre en la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan. El legislador entiende que se hace bajo la condición de existir, a menos que se exprese lo contrario o que de las expresiones aparezca que lo que se está comprando es la suerte (cfr. Art. 1813). Es el mismo proceder: el legislador salvaguarda la conmutatividad, pero respeta la autonomía de las partes para convenir en contrario.

vii) Nos confirma en nuestra opinión, la ley 26 del Título V de la Quinta Partida, que guarda completa correspondencia con lo dispuesto en el artículo 1820. Y decimos que nos confirma en nuestra opinión porque Alfonso X utiliza la frase *“condición seyendo puesta en la vendida”*<sup>41</sup> esto es, la condición —por naturaleza—, ha de entenderse que abraza a la compraventa por completo.

---

<sup>41</sup> *“Condicion seyendo puesta en la vendida, si la cosa que es assi vendida se empeorasse, o se mejorasse, ante que la condicion sea cumplida; entonce el daño de aquel empeoramiento, o la pro, pertenesce al comprador. Mas si la cosa se perdiessse, o se destruyesse toda, por qual manera quier, el daño sería del vendedor, maguer se cumpliesse la condicion después”*. Códigos Españoles Concordados y Anotados. Tomo III. Imprenta de la Publicidad. Madrid, 1848.

c) Algunas consideraciones finales.

i) La venta condicional es una excepción a la regla general que dice que los riesgos son de cargo del acreedor.

ii) Sin embargo, estamos frente a una excepción en parte. Y decimos que en parte porque cuando el daño no es completo, el riesgo sigue de cargo del acreedor. En este sentido no hay duda pues el mismo artículo 1820 emplea el adverbio “totalmente”. Y según las reglas generales, —de no mediar culpa—, las cosas se deben en el estado en que se encuentren (cfr. Art. 1486 inc.2º). Y si dañadas parcialmente se encuentran, dañadas habrán de entregarse, sufriendo el deterioro el comprador.

iii) Mientras para nosotros el artículo 1486, no altera los riesgos en materia de venta, para don Luis CLARO SOLAR sí, quien ve una perfecta armonía entre esa norma y el artículo 1820.

iv) Aunque por distintos caminos, podemos afirmar que coincidimos con don Luis CLARO SOLAR en las razones de fondo que llevaron al legislador a recoger esta excepción: “El fundamento de esta disposición lo hemos manifestado. En el *periculum interitus* [pérdida total] de la cosa que es objeto de la obligación condicional, es indispensable que la condición se cumpla, existiendo la cosa en el momento de cumplirse la obligación, porque precisamente la obligación de entregarla supone su existencia en ese momento: el vínculo jurídico existe desde el momento en que se formó el consentimiento de las partes y no podrá haber contrato si en ese instante subjetivamente tal consentimiento no ha podido existir; pero para la eficacia de la obligación de entregar la cosa, esta obligación requiere necesariamente al realizarse la condición que la cosa pueda en este instante ser objeto de la

obligación. En el *periculum deteriorationis* [pérdida parcial], como la cosa, aunque deteriorada o disminuida, existe efectivamente en el momento de cumplirse la condición, la obligación se forma por este evento de un modo definitivo y el acreedor sufre el deterioro sin derecho a reducción del precio por la misma razón que hace suyo el aumento o mejora que puede existir en la cosa en lugar de estar ésta deteriorada”<sup>42</sup>.

v) Por último, y para mayor consistencia, queremos mostrar que estas razones de fondo son también sostenidas por POTHIER: “Cuando la venta se celebró bajo condición, la pérdida acaecida por deterioración que sufrió la cosa en el tiempo que medió entre el contrato y la existencia de la condición, recae sobre el comprador si la condición existe; porque toda la obligación del vendedor se reduce a entregar la cosa tal cual se halla, mientras el menoscabo no haya acontecido por culpa suya.

Pero si la pérdida hubiese sido total, súpuela el vendedor; porque la condición verificada después de la extinción de la cosa, no puede confirmar la venta de lo que ya no existe”<sup>43</sup>.

### **1.2.2. Que la venta sea celebrada bajo condición resolutoria y que — pendiente la condición—la cosa se dañe y que la condición se cumpla.**

Cuando la pérdida es total, la venta bajo condición resolutoria es una excepción a la regla general sobre riesgos contenida en el artículo 1550 que

---

<sup>42</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I. 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

<sup>43</sup> POTHIER. Tratado del Contrato de Compra y Venta. Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores. Imprenta y Litografía de J Roger. Barcelona, 1841.

pone los riesgos de cargo del acreedor, pero no es una excepción a la regla del artículo 1820 que hace cargar con los riesgos al comprador. ¿Cómo puede ser esto así?

Pongamos un ejemplo: Alicia vende a Daniel su bicicleta bajo la condición resolutoria de restituirla —restituyendo a su vez el precio—, en el evento de que la Comuna de Independencia construya una ciclovía en la calle Recoleta. En este caso, Daniel el comprador, es deudor condicional de la bicicleta.

Si la bicicleta perece sin culpa antes de la construcción de la ciclovía y posteriormente el Alcalde realiza tales obras en Recoleta (o sea, se cumple la condición); en tal caso el riesgo es de cargo del deudor Daniel —y aquí vemos cómo se altera la regla del artículo 1550— que a su vez era comprador.

Pero, vistas las cosas a la luz del artículo 1820, no hay excepción: el riesgo lo soporta el comprador.

En cambio si el daño fue sólo parcial, ocurre lo siguiente: el riesgo lo soporta Alicia la acreedora —y se confirma lo dispuesto en el artículo 1550—; y como a su vez Alicia es la vendedora, apreciamos que también rige el artículo 1820 (que sólo hace excepción cuando la pérdida es total).

Sírvannos de sustento las razones latamente expuestas en el acápite anterior, porque como contrapartida del derecho resoluble de Daniel el comprador, hay un derecho suspensivo de la vendedora Alicia; que nacerá desde el momento en que se inaugure la ciclovía de Recoleta. Por esta razón, son plenamente atingentes los motivos de fondo expuestos a propósito de la venta bajo condición suspensiva.

### 1.2.3. Venta con solemnidades voluntarias: ¿hay excepción?

No cabe duda que la compraventa —salvo contadas excepciones<sup>44</sup>— es un contrato consensual. Pero las partes están facultadas para añadir solemnidades para la perfección del contrato. Cuando esto hacen, nace para los contratantes una facultad especial.

**Art. 1802.** Si los contratantes estipularen que la venta de otras cosas que las enumeradas en el inciso 2º del artículo precedente no se repute perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, podrá cualquiera de las partes retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega de la cosa vendida.

La ley dice aquí que mientras las partes no escrituren o no principie la entrega de la cosa, podrá cualquiera de ellas *retractarse*.

Pongámonos en la hipótesis de que la cosa perece antes de haberse escriturado el contrato (y por supuesto antes de principiar la entrega de la cosa). No cabe duda que ante este suceso, el comprador ejercerá su facultad de retractarse.

¿Podemos, pues, afirmar que estamos frente a una excepción del artículo 1820? Pensamos que no. Por que si bien los riesgos los soportará el vendedor, no será por haberse alterado la regla general, sino por otra razón. Pues cuando las partes establecen solemnidades voluntarias, ellas convienen en que el único camino por el cual manifestarán validamente su consentimiento será la escritura, ya pública, ya privada. Y antes de que la escritura se otorgue,

---

<sup>44</sup> Viene a propósito recordar que sólo son solemnes las compraventas de i). bienes raíces, ii). de servidumbres, iii). de censos, y iv). del derecho real de herencia. La ley exige que se hagan por medio de escritura pública. (cfr. Art. 1801 inc. 2º).

sencillamente no hay compraventa y por lo tanto nos encontramos fuera del marco de nuestro estudio: “el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega el vendedor deba”. En este caso, no hay especie alguna debida. Y si es el vendedor (mejor, el futuro vendedor) quien sufre la pérdida, es a consecuencia de que él es el dueño de una cosa que actualmente no es objeto de obligación alguna.

Ahora bien, ¿por qué el artículo 1802 hace cesar en las partes el derecho a *retractarse* una vez que “haya principiado la entrega de la cosa vendida” si aún no se ha hecho la escritura pertinente?

Pensamos que la razón es la siguiente. Esa entrega de que habla el artículo 1802, constituye la tradición del bien. Y la tradición es un acto bilateral que involucra a las dos partes y es señal de una tácita y posterior modificación de la voluntad de las partes. El que hayan principiado la entrega de la cosa, es prueba contundente de que han vuelto consensual el acto que —con anterioridad— habían solemnizado. Y decimos que es prueba contundente porque al principiar la entrega, han comenzado a ejecutar el contrato. Y la ejecución es posterior a la formación de todo contrato.

#### **1.2.4. Venta con arras.**

De inmediato hemos de descartar como excepción esta especie de venta cuando las arras se dan como *parte del precio* o como señal de *quedar convenidos* (cfr. Art. 1805), pues en estos casos la venta es pura y simple y no hay alteración de la carga de los riesgos.

El punto cobra interés cuando la venta es con arras propiamente dichas, esto es cuando se celebra una venta dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato. Porque en este caso, las partes tienen



derecho a retractarse de la compraventa. ¿Hay aquí una alteración de las reglas en materia de riesgos?

Pongamos un ejemplo: Vicente vende a Catalina su equipo de música y acuerdan que la entrega se realizará dentro de un mes. Vicente intuye que Catalina la compradora no está muy convencida. Para esto conviene con ella que le deje como arras unos aretes de no mucho valor. Vicente le hace saber que esta institución le da derecho a retractarse del contrato si ella lo desea; eso sí, su retractación tendría como contrapartida la pérdida de los aretes. Catalina queda muy conforme.

Si a las dos semanas el equipo de música parece por fortuito, lo más probable es que Catalina haga uso de su derecho a retractarse de la compra. En este caso, ¿hay alguna alteración en la carga de los riesgos? Pensamos que sí. La venta con arras es una venta *revocable*, esto es, susceptible de dejarse sin efecto por la voluntad de una de las partes. Si la cosa perece dentro del plazo que tiene el comprador para revocar la venta, los riesgos se alteran y pesarán sobre el vendedor, que se quedará sin cosa y sin precio.

Pero no podemos olvidar que la contrapartida de la revocación es la pérdida de las arras (o en su caso la restitución doblada). Por lo tanto, el riesgo pesaría sobre el vendedor pero no completamente: perdería la diferencia de valor entre la cuantía de la cosa perdida y la cuantía de las arras. Luego, a más valiosas que sean las arras, menos sufrirá por la pérdida el vendedor.

En resumen, la venta con arras propiamente dichas puede ser una excepción a las reglas que distribuyen los riesgos, con las precisiones arriba expuestas.

### **1.2.5. Venta de cuota de una cosa específica: ¿es una excepción?**

El artículo 1812<sup>45</sup> contempla la posibilidad de una venta de cuota. Si la cuota del vendedor recae sobre una especie o cuerpo cierto que perece luego de celebrado —y antes de ejecutado— el contrato, ¿se alteran las reglas de los riesgos? Es claro que no. No hay norma alguna ni razón jurídica suficiente para dejar de aplicar las reglas generales. En caso de perecer la cosa que pertenece pro indiviso al vendedor, serán de cargo del comprador los riesgos, quien deberá pagar el precio convenido.

### **1.2.6. Venta de cosa que no existe, pero se espera que exista. ¿Hay excepción?**

Por regla general, el legislador entiende estas ventas como condicionales: sujetas al hecho futuro e incierto de que lleguen a existir. Si la cosa no llega a existir —vgr. no nació el potrillo—, el contrato nunca se perfeccionará y no habrá problema de riesgos. Si por el contrario, la cosa llega a existir, el contrato se perfecciona y la especie se debe..., y si perece antes de la entrega, se aplican las reglas generales.

Por otra parte, si se vende una cosa que no existe, pero se espera que exista y las partes convienen (o del contrato se infiere) que se compra la suerte, con mayor razón aún el riesgo pesa sobre el comprador. Porque en una venta de estas características, el comprador está asumiendo no sólo el riesgo que es objeto de nuestro estudio —el riesgo de perecimiento de la cosa que se debe—,

---

<sup>45</sup> Art. 1812. Si la cosa es común de dos o más persona pro indiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ella podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de las otras.

sino que a más está asumiendo el riesgo de que esta cosa nunca llegue a existir.

En conclusión, no aparece por ninguna parte una excepción a la regla general cuando se vende una cosa que no existe, pero que se espera que exista.

### **1.2.7. Venta de cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida.**

#### **¿Excepción a la regla?**

No habrá nunca una excepción a la regla general en materia de riesgos plasmada en el artículo 1820.

a) Porque si se venden partes indeterminadas de estas cosas, mientras no se pesen, cuenten o midan, la venta es genérica. Y el género no perece;

b) desde que las cosas se miden, cuentan o pesan, la venta se especifica..., y se le aplican las reglas generales; y

c) si por el contrario, estas cosas se venden sin que puedan confundirse con otras —vgr. las botellas que guardo en la bodega nº1—, la venta es específica, y se rige desde luego por la regla general: el riesgo de la especie debida será de cargo del comprador.

### **1.2.8. Venta a prueba: ¿habrá excepción?**

En la venta a prueba, el legislador entiende no haber contrato, mientras el comprador no declara que le agrada la cosa comprada.

Si la cosa perece antes de haber dado su aprobación, la pérdida la sufrirá el vendedor, pero no por su condición de vendedor, sino porque es el dueño de la cosa; cosa que no es objeto de ningún contrato, pues —insistimos— el legislador entiende no haber venta mientras no se declare que la cosa le agrada (cfr. Art. 1823).

Desde el momento de declarar que la cosa es del agrado del comprador, nace el contrato, y esta venta se regirá por la regla del artículo 1820 si es que versa sobre una especie y se difiere su entrega en el tiempo.

### **1.2.9. Que las partes hayan alterado la carga de los riesgos.**

Es claro que las partes pueden alterar la regla de los riesgos y ponerlos —mientras no se haya efectuado la entrega— de cargo del vendedor. El artículo 1887<sup>46</sup> consagra la autonomía que tienen las partes.

### **1.2.10. Excepciones comunes del artículo 1550.**

También son aquí aplicables las dos excepciones que contiene el artículo 1550:

---

<sup>46</sup> **Art. 1887.** Pueden agregarse al contrato de venta cualesquiera otros pactos accesorios lícitos; y se regirán por las reglas generales de los contratos.

1. Que el deudor (en este caso el vendedor) se constituya en mora, y
2. que se haya el vendedor obligado a entregar una misma cosa a dos o más persona por obligaciones distintas.

#### **1.2.11. Resumen de las verdaderas excepciones al artículo 1820.**

Hecho este repaso por el Título XXIII, será de provecho enumerar las verdaderas excepciones que contempla la regla general que pone los riesgos de la especie vendida y aún no entregada de cargo del comprador:

13. Venta hecha bajo condición suspensiva;
14. venta con arras;
15. que las partes hayan modificado las reglas generales incluyendo cláusulas especiales;
16. que el vendedor esté en mora;
17. que el vendedor se haya obligado a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas.

## **2. SEGUNDA PARTE.**

### **Críticas a la solución adoptada por don Andrés BELLO.**

Se ha criticado vivamente y durante mucho a tiempo a don Andrés BELLO a propósito de sus artículos 1550 y 1820. “La verdad es que cuesta encontrar una norma dentro del Código Civil chileno que tengan el triste privilegio de haber sido tan duramente criticada como lo ha sido ésta, y con epítetos muy duros: la norma ha sido llamada ridícula, monstruosa, irreflexiva, injusta, irracional,

antijurídica, injustificada y errónea, y esto por distintos autores”<sup>47</sup>. Intentaremos sistematizar estas críticas para así poder abordarlas con orden en el Capítulo Final de nuestra Memoria.

### **2.1. Inadvertencia del legislador.**

Una primera crítica sostiene que nuestro legislador no midió los alcances del artículo 1550; regla que es justa tratándose de contratos unilaterales, pero BELLO no advirtió que llevada al terreno de la compraventa, la injusticia era manifiesta. “Nuestro Código no advirtió que al exigir título y modo de adquirir para la adquisición del dominio, quedaba sin justificación alguna la solución de radicar el riesgo en el acreedor”<sup>48</sup>.

También se le ha comparado a don Andrés con el legislador argentino que “no obstante aceptar, también, el sistema romano de título y modo, no incurrió en el error de BELLO”<sup>49</sup>.

En el mismo sentido, CARVALLO SOTO propuso en su libro una modificación al artículo 1550: “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del deudor, salvo que el acreedor esté atrasado en recibirla”<sup>50</sup>. Eso sí,

---

<sup>47</sup> ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio. Varios Autores. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.

<sup>48</sup> ABELIUK MANASEVIC, René. Las Obligaciones. 2ª Edición. Ediar Editores Ltda. Santiago, 1983.

<sup>49</sup> DÍEZ DUARTE, Raúl y GUZMÁN CORREA, Carlos. Compraventa; Promesa de Contrato – Permutación. Imprenta Editorial “Fantasía”. Santiago, 1976.

<sup>50</sup> CARVALLO SOTO, Jaime. Mejoramientos al Código Civil de Chile. Manuales Universitarios, Ediciones Jurídicas “La Ley”. Santiago, 1995

este autor no se ocupó de ofrecer un cambio al artículo 1820, complemento indispensable y corolario del artículo 1550.

Para DÍEZ DUARTE, el error no sólo es de don Andrés. Hay un error milenario que comienza con Justiniano y pasa por Alfonso X el Sabio:

Este cuerpo legal [se refiere a las Institutas de Justiniano] establece que “*peri culum [sic] rei venditas [sic] statim ad imptorem [sic] pertinat [sic], tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit*”. Los riesgos de la cosa vendida pasan al comprador aunque no se le haya hecho todavía la tradición. O sea, se le aplica a la *mancipatio* quiritaria, que es título traslativo y tradición a la vez y se cae en error pues la compraventa bonitaria sólo es título traslativo (...).

Este error de Justiniano lo repite el Rey Alfonso X, como ya lo hemos visto, en la V Partida de su Código y que Bello también lo comete en nuestro Código Civil, porque copia al francés en esta materia, sin percatarse que el efecto de la compraventa francesa es el mismo de la *mancipatio* quiritaria, transfiere dominio<sup>51</sup>.

Más fuerte es la crítica de ALESSANDRI, quien no se ahorra impropiedades en contra de la solución adoptada por nuestro sabio legislador, y la califica de “una doctrina injusta, irracional y verdaderamente ridícula”<sup>52</sup>. Sus adjetivos, como se aprecia, van más allá de la simple inadvertencia que otros autores critican.

## **2.2. Las cosas han de perecer para su dueño.**

Hay muchos autores que critican la solución dada por BELLO a la cuestión de los riesgos de la cosa vendida y no entregada por atentar contra un principio jurídico contundente y asentado por siglos: *res perit domino*. Las cosas han de

---

<sup>51</sup> DÍEZ DUARTE, Raúl. La Compraventa en el Código Chileno. Santiago, 1988.

<sup>52</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

perecer para su dueño. Para que el comprador se haga dueño de la cosa no basta que celebre la compraventa. Ese contrato le da título para que se le haga la tradición, mas no lo convierte en dueño si no ha mediado dicha entrega. Y no es justo hacer cargar con los riesgos de una especie a quien no es dueño. DÍEZ DUARTE Y GUZMÁN CORREA, no dudan en calificar la regla *res perit domino como* “principio fundamental”<sup>53</sup>.

ALESSANDRI es también enfático en este punto:

Las cosas perecen y se producen para su dueño. Es justo, se dice, que si una cosa perece la pérdida aquél a quien pertenece, desde que sólo él tiene un derecho sobre ella. Nada importa que la cosa objeto de la pérdida esté o no sujeta a un vínculo jurídico, porque aun en este caso siempre tendrá un propietario, que será quien la pierda. El otro contratante, que no se habrá obligado sino con el propósito de recibir la cosa, no tiene por qué cumplir su obligación, puesto que no recibirá nada a cambio. De este modo el contrato desaparece, siendo su dueño el único perjudicado con la pérdida<sup>54</sup>.

Por otra parte, Fabián ELORRIAGA DE BONIS propone la modificación del artículo 1550 y 1820, en el sentido de poner los riesgos de cargo del deudor en general y del vendedor en la compraventa. Y una de las razones que aduce es precisamente que una modificación en este sentido “cuadra mucho mejor con la máxima de que las cosas perecen para su dueño, puesto que siendo el deudor hasta antes de la tradición propietario de la cosa, es él quien debe soportar los riesgos del contrato”<sup>55</sup>. Los nuevos artículos 1550 y 1820 que propone son los siguientes:

---

<sup>53</sup> DÍEZ DUARTE, Raúl y GUZMÁN CORREA, Carlos. *Compraventa; Promesa de Contrato – Permutación*. Imprenta Editorial “Fantasía”. Santiago, 1976.

<sup>54</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

<sup>55</sup> *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Varios Autores. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.



**Artículo 1550.** En los contratos bilaterales, sean las obligaciones que generen de dar, hacer o no hacer, los riesgos siempre serán de cargo del deudor. Por consiguiente, si la cosa prometida perece fortuitamente, o si el hecho debido o la abstención acordada resultaren imposibles de cumplir por causas imprevistas e irresistibles, la obligación quedará extinguida de pleno derecho para ambas partes.

En los casos previstos en el inciso precedente, el deudor liberado debe restituir lo que hubiese recibido en cumplimiento de la obligación.

Las mismas reglas se observarán cuando el cumplimiento de la obligación se haga imposible parcialmente, a menos que el acreedor consienta en el cumplimiento parcial, en cuyo caso deberá efectuarse una reducción en la contraprestación debida. Pero si la imposibilidad de cumplimiento afectase a una parte mínima de la obligación, el deudor conservará su derecho a exigir el pago de aquella parte que pueda ser cumplida.

El acreedor soportará los riesgos cuando la prestación se haga imposible durante su mora, o cuando la ley o las partes expresamente lo dispongan.

**Artículo 1820.** La pérdida o deterioro de la especie o cuerpo cierto vendida, pertenece al vendedor hasta la entrega de la cosa al comprador; salvo que las partes acuerden algo distinto o que el comprador no reciba oportunamente la cosa comprada<sup>56</sup>.

Por último, queremos citar nuevamente a Fabián ELORRIAGA DE BONIS, quien, compadecido quizá de los innumerables y duros epítetos que contra el legislador se han lanzado, tiene también una crítica —menos apasionada eso sí—, que encuadra en esta línea:

---

<sup>56</sup> *Ibidem*. Hemos de advertir que el nuevo Art. 1820 propuesto no hace referencia a los aumentos que pueda experimentar la cosa en el tiempo intermedio, y queda la duda de a quién pertenecen. Eso sí, Fabián ELORRIAGA DE BONIS propone un nuevo inciso 2º del Art. 1816 que atribuye al vendedor tanto los frutos naturales como civiles que produzca la cosa entre la celebración del contrato y la entrega de la especie. Bajo esa lógica, deberían también pertenecerle los aumentos, otorgándole derecho a pedir más de lo estipulado; solución que no nos parece adecuada. Pero estas argumentaciones las dejaremos para el Capítulo Final.

Esta solución no es armónica con el sistema de transferencia de la propiedad imperante en Chile. En Chile el acreedor no es dueño hasta que no se verifica la tradición; hasta antes de la tradición el dueño es el deudor. Por lo tanto, no resulta congruente hacer responder por el riesgo de la pérdida de una cosa a quien no es su propietario (...)<sup>57</sup>.

### **2.3. Una solución francesa que no encuadra en la legislación chilena.**

Una tercera crítica señala que nuestro legislador, “en su afán de copiar el Código Civil Francés”<sup>58</sup>, no advirtió que entre nosotros el sistema de las obligaciones es distinto. En Francia, la compraventa transfiere el dominio. Y si perece antes de ser entregada, la cosa perece para su dueño (el comprador), que deberá pagar el precio correspondiente. De modo que en Francia permanece inalterable el principio de que las cosas perecen para su dueño, pero entre nosotros la norma es injusta: fue una mala copia: “El Código Chileno habría adoptado, sin reflexión, la regla del Código francés, olvidando la radical diferencia de su sistema para la adquisición de la propiedad”<sup>59</sup>. En consecuencia —señalan DÍEZ DUARTE Y GUZMÁN CORREA— las disposiciones de los artículos 1550 y 1820, son “totalmente ilógicas”<sup>60</sup>.

ALESSANDRI es de la misma opinión: “nuestro código reprodujo la regla del Código francés de que las cosas perecen para el acreedor y en su artículo 1550

---

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> DÍEZ DUARTE, Raúl y GUZMÁN CORREA, Carlos. *Compraventa; Promesa de Contrato – Permutación*. Imprenta Editorial “Fantasía”. Santiago, 1976.

Igual afirmación la encontramos en ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

<sup>59</sup> MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

<sup>60</sup> DÍEZ DUARTE, Raúl y GUZMÁN CORREA, Carlos. *Compraventa; Promesa de Contrato – Permutación*. Imprenta Editorial “Fantasía”. Santiago, 1976.

dijo: “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor”. Se consignaba así como una regla general la del Código francés; pero al reproducirla se varió por completo su espíritu (...). Nuestro Código, olvidando que el Código francés daba los riesgos al acreedor porque era el dueño de la cosa y no porque era acreedor, consignó lisa y llanamente el principio de que los riesgos son para el acreedor”<sup>61</sup>.

LÓPEZ SANTA MARÍA explica que la norma francesa tiene todo sentido dentro del contexto del *Code*, porque la venta transfiere dominio, y “el comprador, el acreedor de la obligación de entregar, soporta los riesgos lisa y llanamente porque es el propietario de la cosa”<sup>62</sup>.

#### **2.4. En Roma la compraventa eran dos contratos independientes.**

Otros autores estiman que esta errada solución a la cuestión de los riesgos tiene su origen en Roma, donde se comprende que fuera así ya que la compraventa eran dos contratos distintos e independientes entre sí:

René ABELIUK enseña que “en el primitivo derecho, la compraventa se fraccionaba en dos operaciones: la *emptio* y la *venditio*. El comprador primero compraba la cosa y esta le era entregada. Siendo la entrega la tradición, el comprador pasaba a ser dueño de ella, y por la operación posterior pagaba el precio. Si en el intertanto la cosa se destruía, aplicando el principio *res perit domino*, la pérdida era para el comprador dueño de la cosa, quien quedaba obligado a pagar el precio, no obstante la pérdida de lo comprado. Refundida la

---

<sup>61</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

<sup>62</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos Parte General. Tomo II. Cuarta Edición Revisada y Ampliada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005

compraventa como un solo contrato, se mantuvo el mismo principio”<sup>63</sup>. Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA añade en la misma línea que “la regla romana se aplica como la supervivencia de la concepción primitiva dualista de la compraventa”<sup>64</sup>.

También Arturo ALESSANDRI tiene críticas en este sentido y señala ser esa la explicación de nuestra errada legislación.

El contrato de venta [en Roma] se formó por la yuxtaposición de dos contratos diversos: la *emptio* y la *venditio*, que arrancaron su origen de la antigua *mancipatio*. Ambos eran independientes entre sí. Cada uno nacía y moría solo, sin que estos hechos afectaran la existencia del otro. La pérdida de la cosa vendida (...) acarrea la extinción de la *venditio* y del derecho del comprador (...). Pero al lado de la *venditio* había otro contrato, también independiente, la *emptio*, por el cual el vendedor tenía un crédito contra el comprador. Este contrato no tenía vínculo alguno con el anterior; no era correlativo con él ni su subsistencia dependía tampoco de aquél (...).

Esta y no otra es la explicación porqué los romanos achacaron al comprador los riesgos de la cosa vendida (...)”<sup>65</sup>.

## **2.5. Interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales.**

Más arriba, hemos reproducido la propuesta modificatoria a los artículos 1550 y 1820 elaborada por Fabián ELORRIAGA DE BONIS. Pues bien, uno de los principales motivos que le llevan a ofrecer estos cambios a nuestro Código es que “esta solución respeta totalmente el principio de la interdependencia de las obligaciones (...). Si las obligaciones del deudor y del acreedor están encadenadas la una con la otra, es lógico pensar que si una de ellas se

---

<sup>63</sup> ABELIUK MANASEVIC, René. Las Obligaciones. 2ª Edición. Ediar Editores Ltda. Santiago, 1983.

<sup>64</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos Parte General. Tomo II. Cuarta Edición Revisada y Ampliada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.

<sup>65</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

extingue por causas inimputables, la obligación de la contraparte queda sin correlativo, por lo que necesariamente debe también quedar sin efecto”<sup>66</sup>.

Para ABELIUK MANASEVIC la regla es injusta ya que “en los contratos bilaterales existe una íntima interdependencia de las obligaciones recíprocas de las partes; si cada una de ellas se obliga es porque espera recibir la prestación contraria”<sup>67</sup> Al sobrevenir el daño que imposibilita el cumplimiento se altera la reciprocidad de las prestaciones y no es justo que el comprador quede igualmente obligado.

ALESSANDRI tiene también algo que decir a este respecto: “la obligación del comprador tiene por causa la del vendedor. Si ésta perece por falta de objeto desaparece la causa de aquella y el contrato se extingue”<sup>68</sup>.

También el profesor Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA es claro en este sentido: “la interdependencia de las obligaciones creadas por el contrato bilateral y la doctrina de la causa conducen a pensar que lo más equitativo y técnicamente correcto es admitir, cuando se extingue la obligación de una de las partes por imposibilidad de ejecución, que deba también extinguirse la obligación correlativa”<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio. Varios Autores. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.

<sup>67</sup> ABELIUK MANASEVIC, René. Las Obligaciones. 2ª Edición. Ediar Editores Ltda. Santiago, 1983.

<sup>68</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

<sup>69</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos Parte General. Tomo II. Cuarta Edición Revisada y Ampliada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.

## 2.6. La regla es injusta para el comprador.

Una última crítica se puede resumir en la injusticia de la norma: “es lógico y equitativo que si por accidentes que están más allá de su potestad, en definitiva no va a recibir (el comprador) su contraprestación, tampoco quede obligado a cumplir la propia que por la imposibilidad ajena ha quedado desprovista de toda razón de ser”<sup>70</sup>.

ALESSANDRI, por último, se pregunta: “¿Habría algo más injusto que hacer soportar la pérdida o deterioro de una cosa al que no es su dueño y al que tal vez ni la conoce? ¿Por qué pierde el comprador una cosa que no le pertenece y por qué está obligado a pagar su valor, no obstante haberlo convenido a cambio de ella? La sola enunciación de estas preguntas hace resaltar la injusticia de esta regla (...)”<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> ABELIUK MANASEVIC, René. Las Obligaciones. 2ª Edición. Ediar Editores Ltda. Santiago, 1983.

<sup>71</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **EL RIESGO DE LA ESPECIE VENDIDA Y LAS SOLUCIONES DE PROYECTOS Y CÓDIGOS COETÁNEOS Y POSTERIORES A BELLO.**

Nos parece conveniente comenzar este capítulo recordando que nuestro Código Civil, al poco tiempo de ser promulgado en 1856, vio ampliado su horizonte ya que fue adoptado por los muchos países americanos, ya su texto íntegro, ya con ligeras modificaciones. En 1859 por el Salvador; en 1860 en Ecuador; en 1887 se adoptó en Colombia; en 1860, Venezuela, pero por muy poco tiempo; Nicaragua adoptó el Código en 1867 y estuvo en vigor hasta 1904; Honduras lo adoptó entre los años 1880 a 1898 y desde 1906 hasta la fecha; Panamá al separarse de Colombia (1903), continuó rigiéndose hasta 1916 por el Código colombiano. En 1916 dictaron un nuevo Código que conservó muchas normas del chileno. Además influyó poderosamente en la elaboración de los Códigos de Uruguay, Argentina y Paraguay, ya que a esta última nación le fue impuesto el Código por Argentina<sup>72</sup>.

Hecha esta introducción que pone de relieve la importancia que en la vida jurídica del mundo ha tenido don Andrés y su obra; y teniendo presente que nuestro Código es el más antiguo de los vigentes en toda Iberoamérica, nos abocaremos al estudio de algunas legislaciones o proyectos coetáneos o posteriores a BELLO; y los agruparemos según la solución que al problema de los riesgos ofrecen; finalmente, haremos algunas observaciones comparativas.

---

<sup>72</sup> cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Historia Literaria del Código Civil de la República de Chile. Versión Producciones Gráficas Ltda. Santiago, 2005. 76 p.

El estudio de este Capítulo nos servirá para apreciar cuáles han sido las tendencias para dar solución a la cuestión objeto de nuestro estudio.

### **1. Legislaciones y proyectos que ponen los riesgos de cargo del vendedor.**

▪ **1859-1867. BRASIL. ESBOÇO DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS.**

Este ilustre jurista elaboró un Proyecto (Esboço) de Código Civil que sin perjuicio de no llegar a hacerse ley, influyó en la codificación de Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay<sup>73</sup>.

Tenía FREITAS dos ideas muy claras:

1. No le parecía de ninguna manera apropiada la innovación francesa de atribuir efectos reales al contrato de compraventa: “Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de la seguridad de las transacciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento, que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce”<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. (615 p.).

<sup>74</sup> En CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo X 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.



2. Como consecuencia de su desapego a la teoría francesa que un título y modo —“teoría tan falsa”<sup>75</sup>, como el mismo anota en su Proyecto— estimó que era forzoso apartarse de la legislación actual para poder ser fiel al principio que consideraba intangible: “*Res suo domino perit — res perit domino, — casum sentit dominus*. Este proverbio no se desmiente en ningún punto del Proyecto, porque bien se advierte que me aparto del Derecho actual, adoptando la buena legislación de los Códigos Prusiano y Austriaco”<sup>76</sup>.

Teniendo a firme estas dos ideas, en su Proyecto vierte las siguientes reglas relativas a los riesgos y mejoras de la especie debida:

PARTE ESPECIAL  
De los derechos  
LIBRO SEGUNDO  
De los derechos personales  
Sección I  
De los derechos personales en general  
Título 2º  
De las obligaciones en relación a su objeto  
Capítulo 1º  
De las obligaciones de dar  
§1º de las obligaciones de dar cosas no fungibles  
1º de las obligaciones de dar cosas ciertas

**Art. 901.** Antes de la tradición, el acreedor no adquiere sobre la cosa derecho real alguno, y para adquirirlo, si la tradición dependiere de acto del deudor será necesario que éste se la haga, o que se le dé posesión judicial por medio de sentencia.

**Art. 903.** Los efectos accidentales de la obligación de dar cosas ciertas, para constituir o transferir sobre ellas derechos reales, son los siguientes:

1º. Si la cosa se perdiere sin culpa del deudor, la obligación queda disuelta para ambas partes.

2º. Si se perdiere por culpa (...).

---

<sup>75</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Proyecto de Código Civil. Traducido al castellano por Arturo PONS. Imprenta “El Hogar y la Escuela”. Buenos Aires, 1900.

<sup>76</sup> Nota al Artículo 903 nº1. *Ibidem*.

3º. Si se deteriorare sin culpa del deudor, el deterioro será por cuenta del deudor, y el acreedor tendrá derecho para disolver la obligación o para recibir la cosa en el estado en que se hallare con disminución proporcional del precio, si lo hubiere.

4º. Si se deteriorare por culpa (...).

5º. Si la cosa hubiere tenido mejora o aumento, aunque sin gastos por parte del deudor, éste podrá exigir al acreedor un precio mayor, no existiendo en los títulos disposición en contrario, y si el acreedor no consintiere, la obligación quedará disuelta.

6º. Todos los frutos percibidos, naturales o civiles (Arts. 372 al 375), antes de la tradición de la cosa, pertenecerán al deudor, pero los frutos pendientes en el día de la tradición pertenecerán al acreedor, no existiendo en los títulos disposición en contrario (Arts. 374 y 375).

**Art. 904.** Los efectos accidentales de la obligación de dar cosas ciertas, con el objeto de restituirlas a su dueño, son los siguientes:

1º. Si la cosa se perdiere sin culpa del deudor restituyente, se perderá para su dueño, y, salvos los derechos de éste hasta el día de la pérdida, la obligación quedará disuelta.

2º. Si se perdiere por culpa (...).

3º. Si se deteriorare sin culpa del deudor restituyente, su dueño la recibirá en el estado en que se hallare y no quedará el deudor obligado a indemnización alguna.

4º. Si se deteriorare por culpa (...).

5º. Si la cosa mejorare o aumentare sin gastos por parte del deudor restituyente o sin su trabajo o de otras personas por él, será restituida a su dueño con esa mejora o aumento y el deudor no podrá exigir indemnización alguna.

6º. Si hubiere mejora o aumento, con gastos por parte del deudor restituyente o con trabajo suyo o de otras personas por él, el deudor que hubiere poseído la cosa de buena fe, tendrá derecho a ser indemnizado del justo valor de las mejoras necesarias o útiles, según la evaluación que se hiciere al tiempo de la restitución, siempre que no le fuese prohibido hacer mejoras (...).

7º. Los frutos percibidos, naturales o civiles, pertenecerán al acreedor dueño de la cosa o al deudor restituyente que hubiere poseído de buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en los títulos respectivos, o según lo determinare la ley (...).

PARTE ESPECIAL  
De los derechos  
LIBRO SEGUNDO  
De los derechos personales  
Sección I  
De los derecho personales en las relaciones civiles  
Título 1º  
De las obligaciones que nacen de los contratos  
Capítulo 2º  
De la compra y venta  
§2º de los efectos de la compra y venta  
1º de las obligaciones del vendedor

**Art. 2024.** Mientras el vendedor no hiciere tradición de la cosa vendida (Arts. 900 nº2 y 901), corren de su cuenta todos los riesgos de la misma como sus frutos o accesiones, siempre que no haya habido convención expresa (Art. 1842) en contrario, o que el comprador no quede constituido en mora al efecto de recibirla.<sup>77</sup>

▪ **1859. EL SALVADOR.**

La República del Salvador adoptó el texto de BELLO con ligeras modificaciones. Pues bien, una de esas modificaciones es precisamente en materia de riesgos. Los artículos paralelos a los 1550 y 1820 del Código Chileno son los siguientes:

**Art. 1421.-** El riesgo del cuerpo cierto cuya tradición se deba, es siempre a cargo del deudor, salvo que el acreedor se constituya en mora de recibir, pues en tal caso será a cargo de éste el riesgo de la cosa, hasta que la tradición se verifique.

**Art. 1624 inciso 1º.-** La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al vendedor mientras no se ha efectuado la tradición de la cosa.<sup>78</sup>

Como se ve, el peso del tantas veces nombrado principio *res perit domino*, llevó a este país a invertir las normas que sobre riesgos había elaborado nuestro Codificador.

---

<sup>77</sup> *Ibidem.*

<sup>78</sup> <http://www.latinlaws.com/legislacion>

▪ **1869. ARGENTINA.**

Argentina pone todas las contingencias del lado del vendedor. Este Código sigue la tradición romanista distinguiendo el título traslativo de dominio del modo de adquirirlo. Con relación a los riesgos, las normas aplicables están redactadas en general para todas las obligaciones. Las reglas de la compraventa sólo nos remiten a ellas<sup>79</sup>:

1. Si la cosa aumenta de valor, puede el vendedor exigir más precio y si el comprador no acepta, se disuelve el contrato<sup>80</sup>.

2. Por otra parte, si disminuye la cosa de valor, puede pedir el comprador dar por disuelta la venta, o aceptar la cosa con rebaja de precio<sup>81</sup>.

3. Por último si la cosa se pierde, se disuelve el contrato<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> **Art. 1416.**— Mientras el vendedor no hiciese tradición de la cosa vendida, los peligros de la cosa, como sus frutos o acciones, serán juzgadas por el título “De las obligaciones de dar”, sea la cosa vendida cierta o incierta.

Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, Anotado y Concordado por Oscar J. ARNEAL. Tomo III y VI. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo. Depalma. Buenos Aires, 1994.

<sup>80</sup> **Art. 582.**— Si la cosa se hubiere mejorado o aumentado, aunque no fuese por gastos que en ella hubiere hecho el deudor, podrá éste exigir del acreedor un mayor valor, y si el acreedor no se conformase, la obligación quedará disuelta.

*Ibidem.*

<sup>81</sup> **Art. 580.**— Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el deterioro será por su cuenta, y el acreedor podrá disolver la obligación o recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio si lo hubiere.

*Ibidem.*

<sup>82</sup> **Art. 578.**— 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.

*Ibidem.*

Nos llama la atención cómo dentro de la ley argentina, las obligaciones fluctúan y pueden disolverse con tanta facilidad. Todo contrato de compraventa de especie se vuelve revocable desde que la cosa se deteriora. Y decimos revocable porque es posible dejarlo sin efecto por la sola voluntad de una de las partes. Y también se transforma en revocable si la cosa debida o no entregada aumenta de valor y el comprador no consiente al mayor valor propuesto por el vendedor.

Por último queremos hacer ver que el legislador señaló expresamente que en materia de riesgos ha querido que rija plenamente el conocido principio *res perit domino*.

▪ **1889. ESPAÑA.**

En España se distingue —igual que entre nosotros— entre título y modo de adquirir.

Del inciso final del artículo 1096<sup>83</sup> (artículo referido a las obligaciones en general) se desprende que si la pérdida es total, el riesgo pesa sobre el vendedor. A su vez, del artículo 1105<sup>84</sup>, que señala que nadie responde de los fortuitos, podemos interpretar, que de haber pérdida parcial, el comprador podría pedir una rebaja del precio.

---

<sup>83</sup> **Art. 1096** inciso final. “Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega”. <http://www.latinlaws.com/legislacion>

<sup>84</sup> **Art. 1105.** Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

*Ibidem*

Dentro del Título IV del Libro IV, que trata de la compraventa, el artículo 1452<sup>85</sup> nos remite a las reglas generales en materia de riesgos.

▪ **1900. ALEMANIA.**

En el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) la venta no transfiere dominio y el legislador también pone los riesgos de cargo del vendedor. Citaremos dos disposiciones que nos permiten conocer las particularidades que presenta este Código.

**§ 323 (Desarrollo de la imposibilidad de la que ninguna parte es responsable).**

1. Si la prestación debida por una parte, a causa de un contrato bilateral, se hace imposible por causa de una circunstancia de la que ni ésta ni la otra parte son responsables, la parte pierde su derecho a la contraprestación; en caso de imposibilidad parcial la contraprestación se aminora de acuerdo con los §§ 472 y 473. (...).

**§ 446 (Transmisión del riesgo; los emolumentos, las cargas).**

1. A la entrega de la cosa vendida, el riesgo de la destrucción accidental y deterioro accidental pasan al comprador. Después de la entrega, los emolumentos corresponden al comprador, y él soportará las cargas de la cosa. (...)<sup>86</sup>.

Pareciera que al igual que en otras legislaciones el riesgo es del vendedor sin más; sea la pérdida parcial como total. Sin embargo, en Alemania puede entregarse la cosa sin transferirse el dominio. Esta hipótesis es interesante

---

<sup>85</sup> **Art. 1452.** “El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182”.

*Ibidem.*

De las dos remisiones que hace esta norma, la más importante es el artículo 1096, que ha sido transcrito a pie de página. El artículo 1182 sólo hace referencia al modo de extinguir pérdida de la cosa que se debe, sin referirse a la suerte que correrá la contraprestación.

<sup>86</sup> Código Civil Alemán. Comentado por Emilio EIRANOVA ENCINAS. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona, 1998.

porque en ese caso, el comprador que recibió la cosa más no el dominio sobre ella, pasa a soportar los riesgos que sobre ella puedan sobrevenir. Citaremos a Karl LARENZ, un comentarista del BGB, que explica el por qué de estas normas:

Según el § 446, 1, con la entrega de la cosa vendida, “el riesgo de un perecimiento o deterioro fortuitos se transmite al comprador”. Este párrafo ha de leerse en relación con el siguiente, según el cual corresponden al comprador desde ese momento los provechos de la cosa. Por “entrega” se ha de comprender el proporcionar no la propiedad, sino la entrega efectiva, es decir el hecho de proporcionar la posesión.

El comprador, que con la posesión ha recibido la posibilidad de actuar de hecho sobre la cosa, puede en adelante frente al vendedor tanto poseer como aprovechar la cosa, aunque la propiedad no le haya sido transmitida todavía. De esta forma se verifica en esencia el resultado económico a que mediante el contrato de compraventa aspiraba, y por lo mismo está justificado que tenga que soportar la pérdida económica cuando la cosa perece por caso fortuito, es decir, por una circunstancia de la que no responde ni uno ni otro contratante.

Ciertamente en esa hipótesis el vendedor no puede llevar a cabo la parte de prestación no cumplida, a saber, el proporcionar la propiedad al comprador; pero como la cosa había salido ya de su esfera económica de disposición y había perdido ya la posibilidad de influir sobre ella, sería injusto gravarle ahora con las consecuencias de su pérdida que ha tenido lugar en la esfera correspondiente al señorío del comprador. De ahí que este último haya de soportar en concreto la pérdida, ya que en principio los efectos del caso fortuito perjudican a aquel en cuyo ámbito de poder se realicen; máxime cuando estos efectos pudieron evitarse por hallarse quizá en situación de evitarlos, o de protegerse frente a ellos mediante un seguro.

Es, por tanto, comprensible que la ley anude a la entrega la consecuencia no sólo de la facultad de aprovechamiento del comprador, sino también la transmisión del riesgo.<sup>87</sup>

Como puede observarse, el legislador alemán, para distribuir los riesgos no se guía exclusivamente por el principio *res perit domino*. Desde el momento que

---

<sup>87</sup> LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Versión española y notas de Jaime SANTOS BRIZ. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959.

la cosa ha sido entregada y esa entrega no transfiere el dominio, es otro el principio rector en materia de riesgos. Con todo, lo que nos parece en demasía teórico, es suponer entregas que no importen tradición. Sólo nos parece razonable respecto de ciertas clases de bienes que la ley estime que han de ser inscritas en algún registro público.

▪ **1917. BRASIL.**

La legislación civil brasileña también distingue entre título y modo: la venta no tiene efectos reales. Este Código tiene una Parte General y una Parte Especial. Al interior de la Parte Especial, el Libro I está dedicado al Derecho de las Obligaciones. Dentro de este libro, la Primera Sección del Capítulo Primero, del Título I se llama “De las Obligaciones de Dar Cosa Cierta”, que contiene diez normas que dejan muy claro el criterio del legislador en materia de riesgos y aumentos de la especie debida:

1. Pérdida total, se resuelven las obligaciones para ambas partes<sup>88</sup>;
2. Pérdida parcial, puede el acreedor resolver la obligación o aceptar la cosa con disminución proporcional del precio<sup>89</sup>.
3. Aumentos, da derecho al vendedor a pedir más por la cosa debida; y si el acreedor no quiere, dar más podrá también resolver la obligación<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> **Art. 234.** *Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.*

<http://www.latinlaws.com/legislacion>

<sup>89</sup> **Art. 235.** *Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.*

*Ibidem.*



A propósito del contrato de compraventa, el artículo 492<sup>91</sup> señala que los riesgos de la especie debida y no entregada corren de cuenta del vendedor; y los riesgos del precio, de cuenta del acreedor. Por demás, las normas generales arriba expuestas son plenamente aplicables a la venta y están en armonía con lo dispuesto en el recién mencionado artículo 492.

▪ **1943. BOLIVIA. ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ELABORADO POR DON ÁNGEL OSSORIO.**

En 1941, el Presidente de Bolivia encargó a un jurista español residente en Argentina llamado Ángel OSSORIO la elaboración de un Código Civil para Bolivia. El jurista accedió y el 1943 dio por acabado su trabajo; trabajo que nunca llegó a ser ley.

A propósito de los riesgos, ofrece la siguiente solución:

**Art. 1055.** Si perfeccionada una venta se destruye parte de la cosa vendida, el comprador tendrá derecho a dar por rescindido el contrato o a tomar lo que reste poniéndose de acuerdo con el vendedor sobre la reducción del precio señalándola a los tribunales.

Si se destruye toda, la venta quedará anulada.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> **Art. 237.** *Até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação.*

*Ibidem.*

<sup>91</sup> **Art. 492.** *Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.*

*Ibidem.*

<sup>92</sup> OSSORIO, Ángel. Anteproyecto del Código Civil Boliviano. Redactado y publicado por orden del Excmo. Señor Presidente de la República General don Enrique Peñaranda Castillo. Imprenta López. Buenos Aires, 1943.

La pérdida total anula la venta; la parcial da derecho al comprador a revocar la venta o a acordar una disminución de precio. En cualquiera de estos casos, el riesgo es del vendedor.

▪ **1984. PERÚ.**

Dentro de la legislación peruana, los riesgos son por regla general de cargo del deudor<sup>93</sup>; y con relación al contrato de compraventa, pasan a ser del comprador desde que se entrega la cosa. De tal forma que, mientras la especie sea debida, los riesgos son de cargo del vendedor.

Las normas que regulan al contrato de compraventa en particular, no modifican las reglas generales, salvo una norma especial que hace cargar al

---

<sup>93</sup> A este propósito es atinente citar dos disposiciones:

**Artículo 1138º.- Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto**

En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

(...)

5.- Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

6.- Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.

**Artículo 1431º.- Resolución por imposibilidad de la prestación.**

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 en que el riesgo este a cargo del acreedor.

<http://www.latinlaws.com/legislacion>

comprador desde el momento que el bien se haya expedido, cuando la cosa se envía a otro lugar, distinto del lugar donde debió entregarse (cfr. Art. 1570º).

En conclusión, en Perú los riesgos de la especie vendida y no entregada, pesan sobre el vendedor.

## 2. Legislaciones y proyectos que —al igual que Chile— ponen los riesgos de cargo del comprador.

### ▪ 1858-1860. ECUADOR.

Como ya se ha dicho en la introducción de este Capítulo, el congreso ecuatoriano adoptó íntegramente el Código Civil de Chile. Las normas que rigen los riesgos sólo difieren en la numeración: mientras en Chile se consagran en los artículos 1550 y 1820, en Ecuador llevan los números 1593 y 1787<sup>94</sup> respectivamente. Por lo tanto, todo lo que se ha dicho en los anteriores Capítulos a propósito de las reglas que regulan los riesgos entre nosotros, valen también para el Código de la República de Ecuador.

### ▪ 1867. PORTUGAL.

En el Código Civil de Portugal de 1867 se sigue el modelo francés, y por lo tanto, la compraventa de cosa específica transfiere la propiedad por el mero consentimiento, o en otros términos, el contrato de compraventa de una especie, produce efectos reales. Esto se desprende del artículo 715, que —aún para quien no sepa portugués— es claro y terminante en este punto<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> <http://www.latinlaws.com/legislacion>

<sup>95</sup> **Artigo 715.º** *Nas alienações de cousas certas e determinadas, a transferência da propriedade opera-se entre os contraentes, por mero afeito do contrato, sem dependência de tradição ou de posse, quer material, quer simbólica, salvo havendo acôrdo das partes em contrário.*

DA CUNHA GONÇALVES, Luis. Tratado de Direito Civil. Volume IV, VIII e XV. Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1944

Con relación a los riesgos, el artículo 717 los pone de cargo del adquirente —el comprador— si no ha mediado culpa del enajenante<sup>96</sup>.

Ahora bien, qué razones son las que se esgrimen para decir que los riesgos son de cargo del comprador. El profesor Luis DA CUNHA GONÇALVES concluye que la mejor justificación de la regla que hace al comprador soportar los riesgos, es que la convención transfiere por sí misma el dominio de la especie vendida<sup>97</sup>.

▪ **1868. URUGUAY.**

El Código Civil de Uruguay recibió una enorme influencia del chileno. Al igual que nuestro cuerpo legal distingue entre título y modo. Y a propósito de los riesgos, establece la misma solución:

---

<sup>96</sup> **Artigo 717.º** *Se a coisa transferida por efeito de contrato se deteriorar ou perder em poder do alienante, correrá o risco por el contrario do adquirente, salvo se se houver deteriorado ou perdido por culpa ou negligencia do alienante. (...)*

*Ibidem.*

<sup>97</sup> “¿ Qual é, pois, o fundamento desta [regra], que parece iníqua?”

*Os romanos justificavam a regra “periculum est emptoris” como um simples contrapêso das vantagens que o comprador fruía, aumentando de valor a coisa em poder do vendedor. Como, porém, esta explicação não foie satisfatória, mórmente quando aplicada a cousas cujo valor não é susceptible de variações, nem produzem frutos, procuraram os romanistas dar-lhe fundamento mais racional.*

*A regra “periculum est emptoris” foi combatida no século XVIII por PUFFENDORF e seus discípulos, os quais sustentavam que o risco devia pertencer ao vendedor, enquanto a coisa estivesse em seu poder, devendo, por isso, aquela regra substituir-se por esta nova: “res suo domino perit”. É de conformidade com esta doutrina, de-certo, que as legislações teutónicas só transferem o risco par o comprador apos la tradição. Mas, esta regra nova é precisamente aquela que melhor justifica a transmissão do risco para o comprador. Pois, sendo o comprador propietario da coisa desde o momento da celebração do contrato, tem inteira aplicação a regra de que “a coisa perece por el contrario do seu dono”. Os arts. 717.º e 1550.º são, portanto, consequência lógica do disposto nos arts. 715.º e 1549.º, que estabelecem a transferência da propriedade.”*

*Ibidem.*

**Art. 1335.** La cosa aumenta, se deteriora o perece para el que la tiene que recibir, a no ser en los casos siguientes:  
(...)<sup>98</sup>.

Esta norma está ubicada a propósito de las obligaciones en general. Dentro del título de la compraventa, el artículo 1682, remite a la norma recién transcrita, haciendo soportar los riesgos al comprador, aunque la cosa no le haya sido entregada.

▪ **1886. COSTA RICA.**

En Costa Rica, el Código de 1886, es un cuerpo legal que ha recibido fuerte influencia del Proyecto de Código Civil Español de don Florencio GARCÍA GOYENA. Sin embargo, se aparta de ese cuerpo legal en materia de compraventa, ya que —y en esto sigue la doctrina francesa— confiere a la venta de especie la virtud de transferir la propiedad. Así se desprende de lo dispuesto en el

**Art. 1050.** La venta de cosas indeterminadas de cierta especie no transmite la propiedad de la cosa sino cuando ésta se determine.<sup>99</sup>

La cuestión de los riesgos está ligada en esa legislación a la transferencia de la propiedad, según se indica en el artículo 699, ubicado bajo el Título II “EFECTO DE LAS OBLIGACIONES”:

**Art. 699.** Desde que se ha transferido la propiedad de la cosa, corre ésta por cuenta del adquirente, aunque no se haya verificado la tradición real, salvo si la entrega no se ha hecho por morosidad o culpa del deudor.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Código Civil de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado por el Dr. Celedonio NIN y SILVA. 4ª Edición puesta al día por el Dr. Mario NIN POMOLI. Colombino Hnos. S.A. Editores. Uruguay, 1958.

<sup>99</sup> Código Civil de Costa Rica, Anotado y Concordado por el Licenciado Hector BEECHE. Imprenta Lehmann. San José de Costa Rica, 1945.

De modo que podemos afirmar que el principio *res perit domino* rige con toda plenitud en Costa Rica. Y es este principio el que explica el artículo 833, ubicado en el Capítulo IV Imposibilidad de cumplimiento dentro del mismo Título II:

**Art. 833.** Cuando la obligación de dar un cuerpo cierto y determinado, proveniente de un contrato sinalagmático, se extingue con relación al deudor por la pérdida fortuita de ese cuerpo, la obligación correlativa de la otra parte no deja por eso de subsistir.<sup>101</sup>

▪ **1887. COLOMBIA.**

Los artículos 1607 y 1876<sup>102</sup>, son exactamente iguales a los artículos 1550 y 1820 chilenos. Sabemos que este país adoptó nuestro Código, de modo que las argumentaciones que en el Capítulo V de nuestra Memoria hagamos a propósito de la solución dada por don Andrés BELLO, son plenamente aplicables a la legislación Colombiana.

▪ **1904. NICARAGUA.**

Nicaragua sigue la tradición romana porque distingue entre título y modo. Además este Código recibió influencia del Código de BELLO.

Del inciso tercero del artículo 1847<sup>103</sup> interpretamos *contrario sensu* que los riesgos de la cosa vendida y no entregada pertenecen al comprador si el

---

<sup>100</sup> *Ibidem.*

<sup>101</sup> *Ibidem.*

<sup>102</sup> cfr. Código Civil de Colombia con notas, concordancias, jurisprudencia de la Corte Suprema y normas legales complementarias. Jorge ORTEGA TORRES. 6ª Edición actualizada. Editorial Temis. Colombia, 1969.

<sup>103</sup> **Art. 1847 inc. 3º.** Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.

deudor no se vuelve moroso y no se compromete a dar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas. A propósito del contrato de compraventa, el artículo 2579 es idéntico al 1820 chileno. Por lo tanto, nos reservamos todo razonamiento para más adelante (Capítulo V).

▪ **1906. HONDURAS.**

El Código Civil de este país, recibió también fuerte influencia del Código que para Chile elaboró don Andrés BELLO. La norma general del artículo 1550 de nuestro Código, en Honduras está idéntica: solo difiere del número (allá es el artículo 1353<sup>104</sup>). La norma sobre la compraventa de nuestro artículo 1820, no existe: el artículo 1611 hondureño, remite a la regla general. Por lo tanto, el riesgo (tanto el total como el parcial) y los aumentos, los experimenta el comprador.

▪ **1916. PANAMÁ.**

Es más difícil apreciar quién soporta los riesgos en la legislación panameña, porque no hay norma expresa en la materia, ni generalmente ni a propósito de la venta. Interpretamos que es el comprador por las razones que siguen:

a) El artículo 990 de su Código Civil señala que “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”<sup>105</sup>.

b) Si nadie responde, alguien debe sufrir esos menoscabos: ¿cuál de las dos partes en el caso de la compraventa?

---

<http://www.latinlaws.com/legislacion>

<sup>104</sup> <http://www.latinlaws.com/legislacion>

<sup>105</sup> <http://www.latinlaws.com/legislacion>

c) Al no haber una disposición que haga cargar con los riesgos al comprador, habría que aplicar las reglas generales: de la compraventa nacieron dos obligaciones y la del vendedor se extinguió por haber perecido. No hay norma que dé por extinguida la obligación del comprador. Por lo tanto, los riesgos debería soportarlos él.

d) El artículo 1238 señala en su segundo inciso que, “todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato”<sup>106</sup>. Como contrapartida a este beneficio, no es irracional pensar que sea el comprador quien deba soportar menoscabos y pérdidas.

▪ **1922. UNIÓN DE REPÚBLICAS SOCIALISTAS SOVIÉTICAS (NO VIGENTE).**

Como consecuencia lógica de su disolución, este Código —promulgado en 1922— ya no está en vigor. Con todo, queremos citar el artículo 186, cuya sola lectura deja claro que regía en plenitud —en materia de riesgos— el principio *res perit domino*. Como es obvio, el texto está escrito en ruso, pero lo hemos encontrado en francés y lo reproducimos a pie de página<sup>107</sup>. Es de advertir que en este sistema, por el sólo consentimiento se transfería la propiedad de las cosas determinadas o específicas.

---

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> « *Sauf accord contraire, le risque de la perte fortuite du bien vendu passe à l'acheteur en même temps que lui passe le droit de propriété (art. 66)* » (art. 186, première partie).

En ELIACHEVITCH, Basile, TAGER, Paul, NOLDE, Baron Boris. *Traité de Droit Civil et Commercial de Soviets*. Tome II. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1930



▪ **1928. MÉXICO.**

México es otro país en donde la compraventa hace dueño al comprador sin necesidad de que la cosa se le haya entregado<sup>108</sup> sino por el mero consentimiento válido de las partes.

De los mismos términos del artículo 2017<sup>109</sup> queda patente que por la razón de ser dueño, el comprador sufre los riesgos de la especie debida y no entregada que se pierde.

▪ **1936. PERÚ (CÓDIGO NO VIGENTE).**

Cuesta apreciar en este cuerpo legal cuál es la solución que ofrece a los riesgos de la cosa vendida. Del análisis de sus normas interpretamos lo que sigue.

---

<sup>108</sup> **Artículo 2014.-** En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público.

<http://www.latinlaws.com/legislacion>

<sup>109</sup> **Artículo 2017.-** En los casos en que la obligación de dar cosa cierta importe la traslación de la propiedad de esa cosa, y se pierde o deteriora en poder del deudor, se observarán las reglas siguientes:

I. Si la pérdida fue por culpa del deudor, éste responderá al acreedor por el valor de la cosa y por los daños y perjuicios;

II. Si la cosa se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por la rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios, o recibir la cosa en el estado que se encuentre y exigir la reducción de precio y el pago de daños y perjuicios;

III. Si la cosa se perdiera por culpa del acreedor, el deudor queda libre de la obligación;

IV. Si se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene obligación de recibir la cosa en el estado en que se halle;

V. *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.*

<http://www.latinlaws.com/legislacion> . La *cursiva* es nuestra.

1. El artículo 1175 señalaba que “si una cosa mueble determinada se perdiese sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, queda disuelta la obligación”<sup>110</sup>.

2. ¿Qué ocurría si había una contraprestación debida? No vemos motivos para que quede disuelta (riesgo de cargo del comprador si de una compraventa se trata).

3. A propósito de la compraventa, el artículo 1385 en sus dos primeros incisos establecía:

La venta de las cosas por peso, número o medida, queda perfecta desde que las partes convienen en la cosa y en el precio; pero no pasa el riesgo al comprador hasta que se pesen, cuenten o midan y queden a su disposición. Si al contrario, estas mismas cosas se venden en conjunto, pasa desde luego el riesgo al comprador<sup>111</sup>.

4. Por lo tanto, por cualquiera de los dos caminos llegamos a la misma conclusión; el riesgo de la especie vendida y no entregado era de cargo del comprador.

5. Por último, queremos señalar que de las disposiciones de este derogado cuerpo legal no aparece con claridad los motivos que movieron o principios que inspiraron al legislador. Esto requeriría de un estudio más hondo que nos parece que no nos corresponde abordar. Con todo, siendo un cuerpo legal que está basado principal y exclusivamente en el *Code* francés, servirán para claridad de este punto, las razones que verteremos sobre los riesgos en la legislación francesa en el Capítulo siguiente.

---

<sup>110</sup> Código Civil. Comentarios, concordancias y exposición de motivos por J.V. FAJARDO. 5ª Edición con las últimas modificaciones. Perú, 1966.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

▪ **1942. ITALIA.**

El Código Civil de Italia de 1942, en el tratamiento de los riesgos, distingue si la obligación nace un contrato unilateral o bilateral. En el primer caso, el riesgo es del acreedor; en el segundo, la contraprestación deja de deberse o en su caso nace el derecho a la restitución como si se hubiese pagado lo indebido (Art.1463)<sup>112</sup>. Francesco MESSINEO expone en su tratado que esta norma tiene como fundamento salvaguardar la conmutatividad de las prestaciones<sup>113</sup>.

A la luz de las normas expuestas, nosotros concluiríamos, pues, que cuando el contrato es bilateral, el riesgo en Italia lo soporta el deudor de la cosa que pereció pues no tendrá ya la cosa ni derecho a la contraprestación. Pues bien, Biagio BRUGI, sin dejar de admitir que son estos los efectos que produce la pérdida de la cosa, sostiene que no es sólo el deudor quien sufre el riesgo: son los dos contratantes quienes soportan, a su juicio, la pérdida de la cosa<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> **1463.** (*Impossibilità totale*). — *Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilita della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito.*

Codice Civile annotato con la Giurisprudenza della Cassazione. Quinta Edizione. Editoriale Multa Paucis AG. Milano, 1967.

<sup>113</sup> *“Questa regola si fonda sul principio dell’obbligo di restituire ciò che si è indebidamente ricevuto; e risponde al criterio di quella che si chiama giustizia commutativa, oltre che al principio ispiratore del contratto con prestazioni corrispettive (...). Tale effetto discende dall’interdipendenza fra le prestazioni”*

MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale. Volume Secondo. Ottava Edizione Ampliata e in parte Rifatta. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1952.

<sup>114</sup> “El riesgo en tal caso recae sobre ambos, ya que cada una de las partes podría tener interés en la prestación de la otra, aun efectuando la propia, mientras que tiene que resignarse a la ineluctabilidad del caso fortuito o de la fuerza mayor y soportar el daño”.

BRUGI, Biagio. Instituciones de Derecho Civil con Aplicación Especial a Todo el derecho Privado. Traducción de la cuarta Edición Italiana por Jaime SIMO BOFARULL. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. Ciudad de México, 1946.

Sin embargo, esta regla del artículo 1463 que pone los riesgos de cargo del deudor que es parte de un contrato bilateral, tiene en Italia una fortísima excepción que nos es de gran interés. Cuando el contrato por si mismo transfiere la propiedad de la cosa (como es el caso de una compraventa de cosa específica), en ese caso el riesgo de la especie vendida y aún no entregada pesa sobre el comprador (Art. 1465)<sup>115</sup>.

En consecuencia, el principio *res perit domino* tiene un enorme peso en Italia; tal peso tiene, que les lleva a introducir esta contundente excepción a la regla general de que los riesgos son de cargo del deudor en un contrato bilateral.

▪ **1975. BOLIVIA.**

En Bolivia, por regla general, la compraventa de especie transfiere dominio. La norma que regula los riesgos en materia es la siguiente:

**Art. 579.- (CONTRATOS TRASLATIVOS O CONSTITUTIVOS DE LA PROPIEDAD O DE OTROS DERECHOS REALES).**

I. En los contratos con prestaciones recíprocas que transfieren la propiedad de una cosa o constituyen o transfieren derechos reales, rigen las reglas siguientes:

1) Si se pierde la cosa cierta y determinada por causa no imputable al enajenante o constituyente, el adquirente sigue obligado a cumplir la contraprestación, aunque no se le hubiese entregado la cosa.

(...)<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> **1465.** (*Contratto con effetti traslativi o costitutivi*). — *Nei contratti che transferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorchè la cosa non gli sia stata consegnata.*

Codice Civile annotato con la Giurisprudenza della Cassazione. Quinta Edizione. Editoriale Multa Paucis AG. Milano, 1967.

<sup>116</sup> <http://www.latinlaws.com/legislacion>.

Parece que nuevamente rige el principio *res perit domino*. Sin embargo, el artículo que a continuación transcribiremos se separa de ese principio:

**Art. 585.-. (VENTA CON RESERVA DE PROPIEDAD).**

I. En la venta a cuotas, con reserva de propiedad, el comprador adquiere la propiedad de la cosa pagando la última cuota, pero asume los riesgos a partir de la entrega<sup>117</sup>.

En esta especie de compraventa, vemos que hay un comprador que asume el riesgo sin ser aún propietario. Con todo, no nos parece que sea una separación muy fuerte del principio *res perit domino*, ya que el comprador tiene la cosa en su poder; le ha sido entregada ya. Notamos una influencia de la doctrina alemana en este punto. Y damos por reproducidas las observaciones que a propósito de esa legislación hicimos.

▪ **1982. VENEZUELA.**

En Venezuela, al igual que en Francia, la compraventa de una cosa específica tiene efectos reales: transfiere el dominio. Los riesgos se ponen desde luego de cargo del comprador.

**Libro Tercero.  
De las Maneras de Adquirir y Transmitir la Propiedad y demás Derechos  
Título III. De las Obligaciones  
Capítulo I.  
De las Fuentes de las Obligaciones  
Sección I. De los Contratos**

**Parágrafo Tercero,  
De los Efectos de los Contratos**

**Artículo 1.161°**

En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado.

---

<sup>117</sup> *Ibidem.*

Este artículo guarda una interesante correlación con la disposición francesa pertinente: el artículo 1138<sup>118</sup> del *Code*. Cuando estudiemos la legislación francesa, volveremos sobre las razones de esta disposición. Porque a simple vista, parece que el principio rector es el consabido *res perit domino*.

▪ **1985. PARAGUAY.**

En la legislación civil paraguaya ocurre lo mismo que en la italiana:

1. Hay una norma general que hace soportar al deudor de una cosa específica los riesgos de esa cosa, privándolo de su derecho a la contraprestación<sup>119</sup>; y

2. Esta regla hace excepción en el contrato de compraventa de especie, que produce efectos reales<sup>120</sup>. Y quien soporta los riesgos es el comprador.

---

<sup>118</sup> **Art.1138.** *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

*Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.*

<sup>119</sup>

LIBRO TERCERO  
DE LOS CONTRATOS Y DE OTRAS FUENTES DE OBLIGACIONES  
TITULO I  
DE LOS CONTRATOS EN GENERAL  
CAPITULO VI  
DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO Y DE SU EXTINCIÓN

**Art. 721.-** Si por un hecho posterior a la celebración del contrato bilateral, y sin culpa de ninguna de las partes, la prestación se hiciere imposible, las obligaciones recíprocas de ambos contratantes quedan sin efecto.

Si la contraprestación hubiere sido efectuada en todo o en parte, se la restituirá según las reglas generales de este Código.

<http://www.latinlaws.com/legislacion>.

Podemos concluir que tras estas normas late el principio *res perit domino*.

### 3. Algunas consideraciones finales relativas a este Capítulo.

Una vez finalizado el análisis de las legislaciones y proyectos coetáneos y posteriores a la promulgación del Código Civil chileno, nos parece adecuado hacer algunas observaciones generales:

1. En los dos subtítulos anteriores hemos agrupado los proyectos y leyes en considerando quién de las partes soporta el riesgo de la especie perdida: si el comprador o el vendedor. Esta división es útil y al vez ilustrativa de la situación mundial en materia de riesgos. Hemos analizado 23 proyectos y Códigos, de los cuales 8 ponen los riesgos de cargo del vendedor y 15 de cargo del comprador. Podría pues dar la impresión de que con posterioridad a don Andrés BELLO —legislador altamente influyente, como hemos hecho notar—, su solución ha sido la más acogida a nivel mundial.

2. Sin embargo, si agrupamos estos proyectos y códigos considerando su apego o desapego al principio *res perit domino*, el panorama es el siguiente:

---

120

LIBRO TERCERO  
DE LOS CONTRATOS Y DE OTRAS FUENTES DE OBLIGACIONES  
TITULO II  
DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR  
CAPITULO I  
DE LA COMPRAVENTA  
SECCIÓN IV  
DE LAS OBLIGACIONES DEL COMPRADOR Y DEL VENDEDOR

**Art. 761.-** Los provechos y los riesgos de la cosa pasan al comprador desde la conclusión del contrato, salvo los casos en que la adquisición del derecho no se produzca por efectos exclusivos de la convención.

Si la cosa sólo está determinada por su género es necesario, además que ella haya sido individualizada; si debe de ser remitida a otro lugar, se requiere que el vendedor se haya desprendido de ella.

**a) Códigos y proyectos que reglan los riesgos inspirándose exclusiva o principalmente por la máxima *res perit domino*.**

1. Brasil. Esboço de Augusto Teixeira de Freitas (1859-1867).
2. El Salvador (1859).
3. Portugal (1867).
4. Argentina (1869).
5. Costa Rica (1886).
6. España (1889).
7. Alemania (1900)<sup>121</sup>.
8. Brasil (1917).
9. U.R.S.S. (no vigente) (1922).
10. México (1928).
11. Italia (1942).
12. Bolivia. Anteproyecto de Código Civil elaborado por don Ángel Osorio (1943).
13. Bolivia (1975)<sup>122</sup>.
14. Perú (1984).
15. Paraguay (1985).

**b) Códigos que reglan los riesgos en consideración a otros principios.**

1. Ecuador (1858-1860).
2. Uruguay (1868).
3. Colombia (1887).
4. Nicaragua (1904).
5. Honduras (1906).

---

<sup>121</sup> Queremos recordar que hay un caso en que el riesgo lo soporta el comprador y no por razón de ser dueño.: cuando la cosa le ha sido entregada pero el dominio sigue siendo del vendedor.

<sup>122</sup> También este Código contempla una hipótesis no regida por la consabida máxima: la venta a cuotas con reserva de propiedad. Al comprador le ha sido entregada la cosa, pero adquirirá la propiedad una vez que haya pagado la última cuota. En el lapso de tiempo que media entre la entrega y el pago de la última cuota, el riesgo es de su cargo pese a no ser dueño. Con todo, no nos parece una excepción poderosa al consabido principio.



**c) Códigos en los que es dudoso para nosotros descubrir el criterio que siguen.**

1. Panamá (1916)<sup>123</sup>.
2. Perú (Código no vigente) (1936)<sup>124</sup>.
3. Venezuela (1982)<sup>125</sup>.

3. La clasificación recién hecha muestra que con posterioridad a BELLO el principio *res perit domino* alcanzó un enorme prestigio y adquirió un verdadero carácter hegemónico en materia de riesgos a nivel mundial.

4. También podemos advertir que los cinco Códigos que se apartan del principio predominante son Códigos enormemente influidos por BELLO. El artículo 1550 chileno se encuentra textual en los Códigos de Ecuador, Colombia y Honduras; y el artículo 1820, también es textual en Ecuador Colombia y Nicaragua.

5. Queda, pues, la sensación de que nuestro Código —y los por él influidos— forma una isla que está rodeada por un mar de legislaciones de todo el mundo en las que predomina aplastantemente la razón contraria. Porque —

---

<sup>123</sup> Hemos puesto al Código panameño dentro de aquellas legislaciones que hacen cargar con el riesgo al comprador. Pero hemos de admitir que llegamos a esta conclusión en base a argumentos de texto inferidos por nosotros. De modo que en honor a la verdad, preferimos incluir a esta legislación dentro de este grupo etéreo en donde no se advierten los motivos con la claridad que vemos en otros textos.

<sup>124</sup> Cuando analizamos este derogado texto hicimos saber que no era del todo evidente por qué razones se ponen los riesgos de cargo del comprador.

<sup>125</sup> Se advierte una gran armonía entre el artículo 1161 venezolano y el artículo 1138 francés. En el capítulo siguiente indagaremos los motivos que llevaron al legislador francés a poner los riesgos de cargo del comprador. Adelantamos que la doctrina actual es aplastante en el sentido de atribuir esta regla al principio *res perit domino*. Pero a estas alturas del trabajo, preferimos suspender el juicio y colocar a Venezuela dentro de los Códigos sobre los que hay duda para discernir qué principios tuvieron en cuenta para legislar sobre los riesgos. Lo que más adelante se diga sobre el *Code* francés, será aplicable a la legislación venezolana.

ya los riesgos correspondan al comprador en algunas leyes, ya al vendedor en otras— el mundo entero parece estar conteste en señalar, que deberá sufrir los deterioros y las pérdidas quien sea el dueño de la cosa que se daña o perece.

**CAPÍTULO CUARTO**

**EL RIESGO DE LA ESPECIE VENDIDA Y LAS SOLUCIONES ANTERIORES  
A BELLO.**

El Capítulo que ahora comenzamos tiene el más alto interés para nuestro estudio. Todas las legislaciones que estudiaremos son anteriores a don Andrés BELLO y por lo tanto —no puede esperarse menos de un sabio de su talla— eran con profundidad conocidas por él. Si el Capítulo anterior tiene la virtud de hacernos presentes los alcances y la suerte que ha corrido el modo de resolver las cosas por BELLO, este Capítulo tiene la ventaja de servirnos como estudio de las fuentes que se tuvieron en cuenta al momento de legislar sobre los riesgos. Ya lo hemos dicho, queremos pensar como nuestro legislador, ver las cosas como él las vio al momento de redactar nuestro Código. Para este propósito, el presente Capítulo nos será de gran provecho.

**1. Códigos y proyectos (con excepción del francés).**

A diferencia del Capítulo anterior, en este acápite estudiaremos los Códigos y Proyectos comenzando por los más recientes y siguiendo en orden hasta los más veteranos.

**1.1. PROYECTO GARCÍA GOYENA (1852).**

El Proyecto de Código Civil de Florencio GARCÍA GOYENA (1852), no llegó a convertirse en ley.

Sin embargo —con mayor o menor intensidad en cada país—, esta obra influyó mucho en Iberoamérica, en la codificación en Uruguay, Costa Rica, Venezuela y México<sup>126</sup>. Además, fue una de las obras que don Andrés tuvo a la vista para la elaboración del Código<sup>127</sup>.

A propósito de los riesgos, el proyecto contiene una disposición que es de todo interés citar.

**Artículo 1006.** Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa corre a cargo del acreedor. Cuando el obligado se haya constituido en mora, ó se haya comprometido sucesivamente á entregar una misma cosa á dos ó más personas diversas, será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega<sup>128</sup>.

Es importante hacer notar que en esta obra la venta no transfiere el dominio como en Francia. GARCÍA GOYENA no innovó al respecto y siguió el sistema de Derecho Romano que exige título y modo de adquirir para convertirse el comprador en dueño de la cosa.

El Proyecto en estudio tiene bajo cada artículo los comentarios y referencias a la legislación comparada. Sin embargo, nada dice respecto al hecho de poner los riesgos de cargo de quien no es el dueño de la cosa. Con todo, su silencio nos parece a nosotros bastante elocuente ya que al citado autor, al no

---

<sup>126</sup> cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro. La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. (615 p.)

<sup>127</sup> cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Andrés Bello Codificador. Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile. Tomo I. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982.

<sup>128</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio. Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Tomo III. Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial. Madrid, 1852.

parecerle que estaba incorporando una regla novedosa y discutible, no ve la necesidad de dar explicaciones y simplemente consagra la norma.

Por último, queremos decir que nos parece más acabada la disposición de nuestro Código Civil, que la de este Proyecto; ya que BELLO hace referencia explícita a que la cosa ha de ser una especie o cuerpo cierto. Y además —a diferencia de la disposición recién transcrita— nuestro artículo 1550 no está restringido a los contratos consensuales y es aplicable también a los reales, como son el depósito, la prenda y el comodato. Más aún, no está ni siquiera restringida a las obligaciones que tengan un origen contractual, ya que habla simplemente del “riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba”.

En resumen, nos parece del todo interesante la norma que consagra el Proyecto de GARCÍA GOYENA ya que guarda una uniformidad de criterio con la solución dada por don Andrés BELLO a la cuestión de los riesgos de la especie debida, sin perjuicio del mayor alcance que nuestro legislador le da.

## **1.2. CÓDIGO DE BOLIVIA (NO VIGENTE) (1845).**

El Código Civil ya derogado de 1845, estaba completamente influenciado por la legislación francesa. El artículo 729 era una literal traducción del artículo 1138 francés:

**Art. 729.** La obligación de entregar la cosa se perfecciona por sólo el consentimiento de las partes contratantes. Hace al acreedor propietario y la cosa corre de su cuenta y riesgo, desde el momento en que ha debido ser entregada, aunque la tradición no se haya efectuado, a menos que haya habido morosidad de parte del deudor, en cuyo caso el riesgo de la cosa es de éste<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Código Civil Boliviano. René CANELAS L. Edición autorizada por el Supremo Gobierno. Editorial Letras. La Paz, 1958.

Cuando tratemos más adelante del *Code* ahondaremos en los motivos. Baste por ahora señalar que este Código —anterior al chileno— hace de la venta un contrato con efectos reales y pone los riesgos de cargo del comprador.

### **1.3. CÓDIGO DEL CANTÓN DE BERNA (18??).**

No sabemos en qué fecha exactamente se dictó este Código. Lo que si es indubitable es que no puede ser posterior a 1840, fecha en la que se publicó en París el libro del cual se extrajo la cita.

Este Código sigue la tradición romana distinguiendo entre el título y el modo de adquirir la propiedad<sup>130</sup>. Pero si, pendiente la entrega de la cosa vendida ésta se pierde, el contrato queda disuelto para ambas partes<sup>131</sup>.

En resumen, este cuerpo legal, pese a seguir la tradición romana en cuanto a distinguir entre título y modo, hace cargar al vendedor con los riesgos de la pérdida.

### **1.4. CÓDIGO HOLANÉS (1838).**

El Código Civil chileno guarda una completa armonía con el Código holandés en la regulación de los riesgos de venta de un cuerpo cierto. Este

---

<sup>130</sup> **Art. 413.** Para adquirir la propiedad es necesario:

1º un título;

2º un hecho exterior; por cuyo medio el que tiene el título ocupa la propiedad.

SAINT JOSEPH, A. Concordancia entre el Código Civil Francés, y los Códigos Civiles Estrangeros. Traducida del francés por d. F. VERLANGE GUERTA Y J. MUÑIZ MIRANDA. Madrid 1843.

<sup>131</sup> **Art. 808.** El vendedor queda obligado a entregar la cosa en el tiempo convenido o a la primera intimación. Si la cosa se ha destruído por un accidente antes de la entrega, el contrato queda disuelto.

*Ibidem.*

cuerpo legal distingue entre título y modo<sup>132</sup> y pone los riesgos de la especie vendida de parte del comprador:

**Artículo 1496.** Cuando la cosa vendida consiste en un cuerpo cierto y determinado, está a las contingencias del comprador desde el momento de la venta aunque la entrega aún no se haya hecho; y el vendedor tiene el derecho de exigir su precio<sup>133</sup>.

### 1.5. CÓDIGO AUSTRIACO (1811).

El *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* conserva la tradición romana: distingue entre título y modo<sup>134</sup>. Los riesgos de la especie vendida y no entregada los regla de la siguiente manera: si la pérdida es total, el contrato se anula; cuando parcial, los deterioros los sufre —así lo dice la ley austriaca— el poseedor. De tal forma que podemos interpretar que el comprador podrá pedir una rebaja del precio. Igualmente, los frutos del tiempo intermedio son del vendedor:

**Cap. XII. (arts 1048 al 1051)**<sup>135</sup> Es nulo el contrato cuando la cosa, antes del término convenido llega a prohibirse o a perderse por caso fortuito. Si ha habido deterioros, estos serán de cuenta del poseedor; el cual recoge

---

<sup>132</sup> **Art. 1495.** El comprador no adquiere la propiedad de la cosa vendida hasta que se hace la entrega en conformidad a los artículos 667, 668 y 671.

SAINT JOSEPH, A. Concordancia entre el Código Civil Francés, y los Códigos Civiles Estrangeros. Traducida del francés por d. F. VERLANGE GUERTA Y J. MUÑIZ MIRANDA. Madrid 1843.

<sup>133</sup> *Ibidem.*

<sup>134</sup> **Art. 425.** Los títulos de adquisición no constituyen la propiedad por sí solos; ésta sólo se adquiere por la entrega y por la toma de posesión.

SAINT JOSEPH, A. Concordancia entre el Código Civil Francés, y los Códigos Civiles Estrangeros. Traducida del francés por d. F. VERLANGE GUERTA Y J. MUÑIZ MIRANDA. Madrid 1843.

<sup>135</sup> *Ibidem.* De la fuente de la que extrajimos esta norma, no queda claro el número exacto del artículo.

igualmente los frutos hasta el término estipulado. Lo mismo sucede en el caso en que el término de la entrega no se haya fijado<sup>136</sup>.

### **1.6. CÓDIGO DE LUISIANA (1808).**

Inspirado en el Código francés el artículo 2442 señala que “Luego que se ha perfeccionado el contrato [y el contrato transfiere el dominio] el riesgo de la cosa vendida es de cargo del comprador, salvo las modificaciones siguientes (...)”.

El Código de Luisiana no es explícito en señalar que el comprador cargue con los riesgos *porque* es dueño. Podrían haber otros motivos; motivos que estudiaremos a propósito del *Code* francés.

### **1.7. CÓDIGO DE BÉLGICA (1806).**

Bélgica a los dos años de promulgarse el Código Civil francés, lo hizo ley en su país. Reservaremos la discusión de fondo para más adelante. Por ahora, nos parece interesante citar la opinión de un tratadista belga de la segunda mitad del siglo XX. En efecto René DEKKER señala que la razón de la norma que pone los riesgos de cargo del comprador tiene su explicación en el derecho romano: como entre ellos no existía el contrato de seguro, el comprador romano hacía las veces de asegurador al vendedor extranjero; y era él quien soportaba los riesgos de la cosa transportada desde las provincias a Roma. Añade que existiendo hoy esta convención, la norma ya no tiene justificación<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> *Ibidem*.

<sup>137</sup> « *La règle de l'article 1138 est empruntée au droit romain, où elle se justifiait : à défaut de contrats d'assurance, l'acheteur romain servait en vérité d'assureur au vendeur étranger, et couvrait ainsi les risques du transport, du fond des provinces à Rome. Aujourd'hui, la même règle ne se justifie plus, puisque le vendeur peut faire assurer la marchandise par un professionnel, quitte à se faire rembourser par l'acheteur le montant de la prime* ». DEKKERS, René. *Precis de Droit Civil Belge*. Tome deuxième. Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1955.



### 1.8. CÓDIGO PRUSIANO (1794).

El *Allgemeines Landrecht f. die preussischen Staaten* es anterior al Código Civil francés. No atribuye a la venta efecto real alguno<sup>138</sup>. Pero en materia de riesgos la solución que da es la misma que más tarde, en 1811, adoptaría el Código austriaco: si la pérdida es total: nulidad<sup>139</sup>. Si la pérdida es parcial; el riesgo lo soporta el vendedor. Transcribiremos esta última regla:

**Título XI, parte 1, 100.** Son de cuenta del vendedor todas las contingencias que sucedan a la cosa vendida hasta el momento de su entrega (...)<sup>140</sup>.

Hay, eso sí, una diferencia con respecto a la legislación austriaca. El Código prusiano, al emplear la expresión “todas las contingencias”, no se circunscribe a aquellos sucesos que pueden hacer perder valor a la cosa; es una expresión más amplia que contiene también los aumentos que pueda experimentar. Por consiguiente, podemos interpretar que si la cosa aumenta de valor, el vendedor tiene derecho a *pedir más* por la cosa.

Este derecho del vendedor a *pedir más* no cabe dentro de la legislación austriaca, que sólo admite que el vendedor se quede con los frutos producidos en el tiempo intermedio.

---

<sup>138</sup> **Título X, parte 1, 1.** La adquisición de la propiedad no se perfecciona sino por la entrega real, emanada del vendedor, o de la autoridad judicial.

SAINT JOSEPH, A. Concordancia entre el Código Civil Francés, y los Códigos Civiles Estrangeros. Traducida del francés por d. F. VERLANGE GUERTA Y J. MUÑIZ MIRANDA. Madrid 1843.

<sup>139</sup> **Título XI, parte 1, 100.** Si por caso fortuito la cosa se destruye enteramente antes de la entrega, se anulará el contrato.

*Ibidem.*

<sup>140</sup> *Ibidem.*

### 1.9. CÓDIGO BÁVARO (1756).

Casi medio siglo más antiguo que el *Code français*, el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* da en materia de riesgos la misma solución que daría don Andrés BELLO en 1855. Por supuesto distingue como los romanos entra título y modo y la norma relativa a los riesgos es concisa y terminante:

**Libro IV, cap. III, 9** El comprador debe pagar el precio y experimentar el riesgo desde el día del contrato, a no ser que sólo se haya especificado el género<sup>141</sup>.

### 1.10. OBSERVACIONES.

1. Si bien el Capítulo Tercero era un poco desanimante y dejaba a BELLO aislado, vemos que la solución que en su Código adoptó, ya había sido recogida con anterioridad en el **i)** Proyecto de GARCÍA GOYENA (1852), en el **ii)** Código holandés (1838) y en el **iii)** Código bávaro (1756).

2. Notamos también el enorme influjo que el Código francés ejerció en las legislaciones **i)** luisiana (1808), **ii)** belga (1806) y **iii)** boliviana (1845).

3. Por último, nos llama la atención cómo los códigos **i)** austríaco (1811), **ii)** prusiano (1794) y del **iii)** Cantón de Berna (18??), acogen la distinción romana, pero ponen los riesgos de cargo el vendedor. Es claro que en estas legislaciones cobra peso el principio *res perit domino*; principio que fue esgrimido en el siglo XVII por los tratadistas de Derecho Natural (GROCIO, PUFFENDORF y BURLAMAQUI) para hacer crítica a la legislación romana que — pendiente la entrega— ponía los riesgos de cargo del comprador no dueño. Más adelante abordaremos los argumentos de estos tratadistas.

---

<sup>141</sup> SAINT JOSEPH, A. Concordancia entre el Código Civil Francés, y los Códigos Civiles Estrangeros. Traducida del francés por d. F. VERLANGE GUERTA Y J. MUÑIZ MIRANDA. Madrid 1843.

## 2. El *Code Civil Français* de 1804.

El Código Civil Francés es una obra que tiene los grandes méritos de haber traspasado los límites del tiempo y del espacio. Del tiempo por que es el cuerpo legal más antiguo que continúa siendo ley en la tierra donde fue promulgado; del espacio porque su influencia traspasó los límites de Francia y de la misma Europa. Ha sido adoptado tal como se promulgó en Francia por algunos países y ha influido con mayor o menor intensidad en la elaboración de numerosos Códigos.

Su éxito fue extraordinario, no sólo por sus indubitables cualidades técnicas, sino, sobretudo, debido a la circunstancia de que el Código Civil fuera el Código del Imperio francés y constituyera, además, un exponente de la cultura francesa precisa y clara, la cual, independientemente de toda consideración política, tuvo gran ascendiente sobre los contemporáneos y sobre las generaciones sucesivas<sup>142</sup>. En su mensaje, BELLO no trepidó en llamarlo “el más célebre de los códigos”<sup>143</sup>; como tampoco dejó de hacer notar su poderosa influencia: “ha servido de modelo a tantos y tantos otros”.

Refiriéndose esta vez al ascendiente que este cuerpo legal tuvo en nuestro continente, el profesor GUZMÁN BRITO distingue cuatro etapas de influencia del *Code français* en la codificación iberoamericana:

---

<sup>142</sup> cfr. Gran Enciclopedia Rialp. Tomo V. Ediciones Rialp, S.A. Sexta Edición reimpresa. Madrid, 1991.

<sup>143</sup> Mensaje del Ejecutivo al Congreso Proponiendo la Aprobación del Código Civil. Código Civil de Chile. Decimosexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.

En conclusión, si nosotros dividimos la historia de la codificación americana en períodos relacionados con la influencia del *Code Civil* en ella, debemos distinguir :

i) un primer período desde 1808 a 1845, que se caracteriza porque todos los códigos promulgados en la región fueron una imitación intensa de ese cuerpo legal: Luisiana (1808), Haití (1825), Oaxaca (1827-1829), Bolivia I (1830, de donde Perú en 1836 y Costa Rica en 1842), República Dominicana (1845), Bolivia II (1845);

ii) un segundo período que se inicia con el Proyecto de Código Civil de Perú de 1847 convertido en ley en 1852 y culmina con el Código Chileno de 1855, denotado por la composición de códigos de derecho vernáculo, o sea, castellano-indiano, bajo órdenes sistemáticos distintos al del francés, en que éste actúa entre otras pocas fuentes, sólo como fuente de inspiración de normas específicas, y que han de ejercer su propia influencia —muy amplia y poderosa en el caso del Código chileno— sobre otros países americanos que los adoptaron;

iii) un tercer período, que podemos dar por iniciado con la codificación uruguaya de 1868 y argentina de 1869, ambas muy eclécticas, en que el Código francés ocupa un lugar no especial en un amplio conjunto de fuentes recurridas; en fin,

iv) un cuarto período, que ya cae en el siglo XX, de declinación casi completa del célebre código<sup>144</sup>.

Hecha esta pequeña introducción, nos adentraremos en el tema que nos ocupa. Sabemos que en Francia la compraventa transfiere el dominio: desde el momento en que comprador y vendedor convienen en la cosa y en el precio, de ese contrato nacen tanto derechos personales (el del comprador para que se le pague la cosa y el contrario para el pago del precio), como reales: en este caso, el derecho real de dominio del comprador sobre la cosa vendida.

---

<sup>144</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, et al. El Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil Chileno de 1855. Influencias, Confluencias y Divergencias. Escritos en conmemoración del Bicentenario del Código Civil Francés. Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, 9. Santiago, 2004.

Con relación a los riesgos de la especie que estamos estudiando, existe en el Código Civil de Francia una norma general relativa al riesgo de la especie debida (el artículo 1138) y, a propósito del contrato de compraventa, un artículo que nos remite a esa regla general (Art. 1624):

**Article 1138.** *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

*Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.*

**Article 1624.** *La question de savoir sur lequel, du vendeur ou de l'acquéreur, doit tomber la perte ou la détérioration de la chose vendue avant la livraison, est jugée d'après les règles prescrites au titre Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.*

Ahora bien cabe preguntarse: ¿cuáles son las razones que llevaron al legislador francés a poner el riesgo de cargo del acreedor y —en el contrato de la compraventa— de cargo del comprador? Adelantaremos que, pese a no tener en Francia un alto interés práctico, esta cuestión de indagar en los motivos del legislador ha sido sostenidamente debatida. Para mejor entender el debate, dividiremos en dos grupos a los autores. También con fines pedagógicos, llamaremos al primer grupo “la opinión románica” y al segundo grupo le llamaremos “la nueva opinión”<sup>145</sup>.

## 2.1. La opinión románica.

LAURENT, un tratadista de fines del siglo XIX, sostiene que el motivo de poner los riesgos de cargo del acreedor sienta sus raíces en la tradición

---

<sup>145</sup> Estos nombres no aparecen en los tratados. Los creamos para mejor entender la discusión. Pensamos que puede perdonársele a un memorista este atrevimiento.

romana. En el derecho romano —explica LAURENT—, el deudor es obligado a conservar la cosa y debe emplear en tal cuidado, la diligencia de un buen padre de familia, de modo que si la pérdida acaece por un fortuito, no es el deudor responsable y por lo tanto la pérdida será de cargo del acreedor<sup>146</sup>.

Este jurista, se hace cargo de que la aplicación de este principio no presenta dificultad alguna cuando el contrato del que nace es unilateral; la obligación se extingue por un modo de extinguir y el acreedor nada podrá reclamar ya que la pérdida no es imputable al deudor. Esto es lo que señala el artículo 1302 del Código francés<sup>147</sup>.

A continuación y a propósito de la compraventa, LAURENT va al punto que más nos interesa y se pregunta por la razón de la disposición que pone los riesgos de cargo el comprador. Dice que si bien es el mismo artículo 1138 el que dice que la obligación de dar hace propietario al acreedor por el sólo consentimiento y que es el acreedor quien debe soportar los riesgos de la cosa, señala que no hay una relación de causa–efecto entre estas dos disposiciones. En otras palabras, el acreedor no soporta el riesgo de la especie *porque* sea propietario de la misma. Descarta de plano que la razón del artículo 1138 tenga por fundamento el viejo adagio *res perit domino*.

---

<sup>146</sup> « *En droit romain, on disait que la chose périt pour le créancier quand la perte arrive par cas fortuit sans aucune faute du débiteur. Si la chose périt par la faute du débiteur, il est responsable de la perte, car il est tenu de conserver la chose jusqu'à la livraison, et il doit y apporter tous les soins d'un bon père de famille (art. 1136, 1137). Mais si le débiteur a conservé la chose avec les soins que la loi exige de lui et si elle vient à périr par cas fortuit, il n'est pas responsable car il ne répond pas du cas fortuit : la perte sera pour le créancier* »

LAURENT, F. Principes de Droit Civil Français. Tome Seizième. 3<sup>e</sup> Edition. Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup> Editeurs. Bruxelles, 1878.

<sup>147</sup> *Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, l'obligation est éteinte si la chose a péri sans la faute du débiteur.*

LAURENT, no puede ser más claro. Señala que la regla *res perit domino* no es aplicable en materia de obligaciones. En efecto, cuando una cosa es el objeto de una obligación, (cuando es debida por el deudor y estipulada por el acreedor), la cuestión de saber para quién perece, depende de la obligación que une al acreedor con el deudor, que no de la propiedad de la cosa. Añade además, que en el mismo artículo 1138 está la prueba de lo que afirma ya que si el deudor se constituye en mora, de él es el riesgo de la cosa debida. Esto muestra que la cuestión de los riesgos no depende de la propiedad: el deudor moroso soporta los riesgos sin ser propietario, de modo que la regla *res perit domino* no se aplica en materia de obligaciones<sup>148</sup>.

Por último, si la razón de poner los riesgos de cargo del acreedor no tiene por fundamento el que sea este propietario, ¿cuál es entonces la razón de ser de este principio? LAURENT nuevamente nos ilustra señalando dos razones, la una de derecho y la otra de equidad:

1) De los contratos synalagmáticos nacen obligaciones recíprocas. Las obligaciones se extinguen por los modos de extinguir las obligaciones. Y uno de esos modos es la pérdida de la cosa que se debe. Si bien este modo puede operar respecto de la obligación de pagar la cosa, nunca operará respecto de la

---

<sup>148</sup> « Nous croyons que la règle *res perit domino* n'est pas applicable en matière d'obligations (...). La question de savoir pour qui elle périt dépend alors du lien qui existe entre le créancier et le débiteur. L'article 1138 lui-même le prouve ; après avoir dit que la chose est aux risques du créancier, il ajoute qu'elle est aux risques du débiteur si celui-ci est en demeure ; cependant la demeure du débiteur n'empêche pas le créancier d'être propriétaire ; voilà donc un cas où la chose ne périt pas pour son propriétaire. Si la chose périt tantôt pour le débiteur, tantôt pour le créancier, bien que le créancier soit toujours propriétaire, il s'ensuit que la question des risques est indépendante de la question de propriété et qu'elle doit se décider par les principes qui régissent les obligations ».

*Ibidem.*

obligación de pagar el precio. Por lo tanto, si la obligación de pagar el precio subsiste, debe cumplirse: debe extinguirse por el modo normal, cual es el pago.

2) La segunda razón es más bien de equidad. Porque si bien riesgo de la cosa pertenece al comprador, será también el comprador quien experimente posibles ganancias, porque si antes de la entrega la cosa aumenta de valor, no deberá pagar más precio que el acordado<sup>149</sup>.

Con mejores palabras éstas son las razones que según el parecer de LAURENT, justifican la norma de los riesgos.

BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE, dos eximios tratadistas franceses de Derecho Civil, destacan que en la venta —como en todo contrato

---

<sup>149</sup> « A notre avis, le principe est fondé en équité aussi bien qu'en droit. Dans tout contrat synallagmatique, chacune des parties a des obligations corrélatives, en ce sens que chacune d'elles doit remplir celles que le contrat lui impose, et elle n'en est dégagée que lorsqu'elles sont éteintes par l'une des voies légales que la loi admet comme cause d'extinction des obligations. En matière de vente, le vendeur est obligé de livrer la chose, l'acheteur est obligé de payer le prix. Le vendeur remplit son obligation en veillant à la conservation de la chose avec les soins d'un bon père de famille; si, malgré ses soins, la chose périt par cas fortuit, il est libéré; son obligation est remplie comme s'il avait livré la chose. Puisque le vendeur a satisfait à son obligation, l'acheteur doit aussi exécuter la sienne. Il s'est obligé à payer le prix, et la perte de la chose n'est pas une cause d'extinction de cette obligation, donc elle subsiste. Ici les auteurs de droit naturel se récrient : il n'est pas juste, disent-ils, que l'acheteur paye le prix alors qu'il n'a pas la chose, car il ne s'est obligé à payer le prix que pour obtenir la propriété de la chose. Nous répondons que l'acheteur s'est obligé à payer le prix en compensation des obligations contractées par le vendeur; or, celui-ci a rempli son obligation, donc l'acheteur doit aussi remplir la sienne. C'est la réponse que fait le droit; voici celle de l'équité. La chose est aux risques du créancier, c'est une chance de perte; mais c'est aussi l'acheteur qui a les chances de gain. Si la chose vendue augmente de valeur avant la tradition, qui en profite? L'acheteur. Puisqu'il a les chances de profit, il est juste qu'il supporte les chances de perte ».

LAURENT, F. Principes de Droit Civil Français. Tome Seizième. 3<sup>e</sup> Edition. Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup> Editeurs. Bruxelles, 1878.



synalgmático—, una vez formadas, las obligaciones adquieren una existencia independiente<sup>150</sup>. Podemos inferir de las palabras de estos autores que no habría razón suficiente para que —una vez que se ha extinguido la obligación de pagar la cosa— deje de deberse el precio estipulado.

Estos autores coinciden también con LAURENT en que al interior del artículo 1138, no hay una relación causa-efecto entre la transferencia de la propiedad y la carga de los riesgos de cuenta del acreedor<sup>151</sup>. BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE están también contestes con LAURENT en la razón de equidad arriba expuesta: la norma es equitativa porque el comprador, así como soporta las pérdidas, también experimentará los aumentos<sup>152</sup>.

Hay una última razón que BAUDRY-LACANTINÉRIE y BARDE esgrimen para sostener que el principio rector en materia de obligaciones no es el *res perit domino*. Y el argumento es que, de diferirse por la parte la transferencia de la propiedad al momento de la entrega, los riesgos no por eso dejarían de ser de

---

<sup>150</sup> « *Dans le contrat de vente, comme dans tous les contrats synallagmatiques, une fois que les deux obligations réciproques se sont valablement formées par le consentement des parties, elles deviennent indépendantes l'une de l'autre ; elles acquièrent chacune une existence distincte, et doivent par conséquent, être envisagées isolément.* »

BAUDRY-LACANTINÉRIE ET BARDE. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Tome XI Des Obligations, I. Deuxième Édition. Libraire de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts. Paris, 1900.

<sup>151</sup> « *Il [le législateur] ne dit pas que les risques sont à la charge du créancier, parce qu'il est devenu propriétaire* »

*Ibidem.*

<sup>152</sup> « *D'ailleurs, puisque les bonnes chances sont pour l'acheteur, il est juste que les mauvaises soient aussi pour lui. (...) Les deux espèces de chance se compensent, et, par suite, la solution consacrée par le législateur n'est pas entachée d'injustice* ».

*Ibidem.*

cargo del acreedor<sup>153</sup>. Por lo tanto, el artículo 1138 no es una consagración del sabido y recién citado principio de que las cosas para su dueño perecen.

Robert Joseph POTHIER no vio en vida el *Code Napoléon*. A su muerte en 1772, faltaban más de seis lustros para que aquél se promulgara. Pero no cabe duda que sus obras contribuyeron a la uniformidad legislativa en Francia y sentaron las bases para la posterior labor codificadora<sup>154</sup>.

En materia de riesgos, se aprecia que hay una armonía criterios entre POTHIER y los juristas anteriormente citados LAURENT, BARDE y BAUDRY-LACANTINÉRIE. Por eso nos parece oportuno citar sus lúcidos argumentos:

Toda obligación de cuerpo cierto se extingue cuando este deja de existir. (...) Y este principio es hijo de la naturaleza misma de las cosas; porque siendo la cosa el objeto de la obligación; síguese que pereciendo ella, debe perecer la obligación; puesto que ella no puede subsistir sin objeto.

La segunda parte de la decisión en que decimos que la obligación del comprador no deja de subsistir, por más que haya perecido la cosa que se debiera entregar, presenta alguna mayor dificultad: sin embargo es verdadera, y se halla fundada en la naturaleza misma del contrato. La compra y venta es uno de aquellos contratos que se llaman consensuales, que quedan perfeccionados con el sólo consentimiento de las partes, sin que sea necesaria para ello la tradición. Quedando pues perfeccionada la obligación que el comprador contrae de pagar el precio por el sólo consentimiento, deberá subsistir, por más que la cosa vendida haya perecido y no pueda entregársele (...).

---

<sup>153</sup> « *La conclusion de ce débat est celle-ci : les risques ne cesseraient pas d'être à la charge de l'acheteur, si, par une clause dont la pratique n'offre que de très rares exemples, mais dont la validité ne saurait cependant être contestée, les parties avaient différé la translation de la propriété jusqu'au jour de la livraison* »

*Ibidem.*

<sup>154</sup> cfr. Gran Enciclopedia Rialp. Tomo XIX. Ediciones Rialp, S.A. Sexta Edición reimpressa. Madrid, 1991.

(...) Y ninguna excusa le queda al comprador para no cumplir con la obligación contraída por su parte, que debe subsistir, mientras no concurra una de las causas señaladas para la extinción de las obligaciones”

## 2.2. La nueva opinión.

Hemos advertido más arriba, que sobre la razón que subyace al artículo 1138 se ha discutido mucho. Otro sector de la doctrina francesa opina de muy diversa manera. Citaremos a alguno de estos tratadistas en los párrafos que siguen.

PLANIOL Y RIPERT sostienen que “si el artículo 1138 imputa los riesgos al comprador es como consecuencia de haber adoptado el Código una nueva regla para determinar la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento, que se acerca a la máxima *res perit domino* consagrada por nuestro antiguo derecho (...) Que tal es el sentido del Art. 1138 se comprueba con su lectura, viéndose que se reúne la cuestión de los riesgos a la de la transmisión de la propiedad”<sup>155</sup>.

De la misma opinión es el jurista DEMOGUE. Añade este autor, que en el caso de una venta en la que se ha diferido la transferencia del dominio, si la cosa perece en el tiempo intermedio, se debe resolver el problema con el adagio *res perit domino*. Termina señalando que no se puede sostener en base al artículo 1302 —que habla de la pérdida de la cosa que se debe— que la extinción de esta obligación no repercuta en la contraprestación debida<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> PLANIOL y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción de Mario DÍAZ CRUZ. Tomo VI. Cultural S.A. La Habana 1940.

<sup>156</sup> « *La discussion précédente n'a intérêt que si les parties ont retardé le transfert de la propriété d'un corps certain.(...) Ainsi restreinte, la question doit se résoudre comme nous l'avons vu dans le sens de l'adage : res perit domino, qui a été admis par certains auteurs. Il est d'ailleurs excessif pour appuyer cette solution, de considérer les deux obligations nées d'un contrat comme*

En igual sentido GAUDEMET señala tres razones para desechar la explicación tradicional que sostiene que la regla de los riesgos proviene de la legislación romana que no de la transferencia de la propiedad:

1. Es la explicación natural la que sostiene que a consecuencia de la transferencia de la propiedad los riesgos se ponen de cargo del acreedor; y se concuerda de este modo con los principios generales en materia de riesgos. Y por el contrario, la explicación basada en la legislación romana, se debe a razones históricas imposibles de trasladar al derecho moderno.

2. La explicación tradicional ha sido históricamente atacada en el siglo XVIII por los tratadistas de derecho natural PUFFENDORF y BARBEYRAC. Estos tratadistas no encuentran fundamento racional alguno a la regla romana que hace cargar con los riesgos al comprador.

3. El artículo 1138 atribuye al acreedor los riesgos como una consecuencia de la transferencia de la propiedad<sup>157</sup>.

---

*indépendantes l'une de l'autre. Surtout il est impossible de le faire en s'appuyant sur l'art. 1302 qui parle de la libération du débiteur et non de sa répercussion sur les autres obligations nées du contrat ».*

DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en General*. Tome VI. Rousseau & C<sup>ie</sup> Éditeurs. Paris 1931.

<sup>157</sup> « *L'article 1138 rompt avec la tradition ancienne en substituant à la règle res perit creditori la règle res perit domino(...)* Et cela pour trois raisons :

*1° Rationnellement, nous avons vu combine l'explication qui rattache le transfert des risques au transfert de propriété est simple et naturelle, et se relie logiquement au principe général en matière des risques. Au contraire, la maxime res perit creditori ne peut s'expliquer que par des raisons historiques tirées du très ancien droit romain et impossibles à transporter dans le droit moderne (...) 2° Historiquement, la maxime res perit creditori, impossible à justifier rationnellement, fut très attaquée au XVII et au XVIII siècle, notamment par PUFFENDORF et BARBEYRAC, qui, au nom du droit naturel, déclarent nécessaire de rompre avec la tradition romaine. La chose doit rester aux risques du vendeur tant qu'il en est propriétaire ; les risques ne doivent passer à l'acheteur qu'avec la propriété : res*

Igual opinión encontramos en los autores COLIN y CAPITANT quienes señalan:

“Es porque el comprador se ha convertido en propietario desde el momento del contrato por lo que la pérdida recae sobre él”<sup>158</sup>. Ellos añaden además que esta es una razón técnica que “deja subsistir el reproche de iniquidad que puede dirigirse contra la ley”<sup>159</sup>.

Se suma a esta interpretación Charles BEUDANT quien concluye que los dos efectos que consagra el artículo 1138 —a saber, que el acreedor pasa a ser propietario y que están a su cargo los riesgos de la cosa— son indivisibles. Luego, los riesgos son de cargo del comprador-acreedor *porque* él es dueño de la cosa. Por lo tanto, si la transferencia de la propiedad no se produce por la sola convención (por ejemplo en la venta de cosa genérica o si ha mediado acuerdo que el dominio se transferirá con la entrega), entonces los riesgos serían de cargo del vendedor<sup>160</sup>.

---

*perit domino. Donc, si la chose périt entre la vente et la tradition, l'acheteur doit être déchargé de l'obligation de payer le prix. 3º Les textes prouvent que le Code civil a voulu consacrer cette opinion dissidente l'ancien droit. Nous avons déjà remarqué la rédaction de l'article 1138, qui présente l'attribution des risques comme une conséquence de la règle sur le transfert de propriété. Cette première impression est corroborée par les travaux préparatoires (...) ».*

GAUDEMET, Eugène. Théorie Générale des Obligations. Libraire du Recueil Sirey Société Anonyme. Paris 1937.

<sup>158</sup> COLIN y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de Demófilo DE BUEN. Tomo Tercero. Libraire Dalloz. Paris 1924.

<sup>159</sup> COLIN y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de Demófilo DE BUEN. Tomo Tercero. Libraire Dalloz. Paris 1924.

<sup>160</sup> « *D'out il faut conclure que ces deux effets du contrat sont indivisibles, et que le second ne se produit pas lorsque le premier fait défaut ; en d'autres termes, les risques demeurent à la charge du vendeur dans tout les cas où la propriété de la chose vendue ne passe pas à l'acheteur par l'effet du contrat, notamment dans le cas où la vente a pour objet une chose de genre (ou est assortie d'une clause de réserve de propriété ) ».*

Con pocos matices y con la misma idea en común, igual afirmación la encontramos en JOSSERAND<sup>161</sup>, Jacques GHESTIN<sup>162</sup> y en la reciente obra de los autores TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE<sup>163</sup>.

Sirva de colofón a estos dos acápites, la ecléctica opinión de Reinhard ZIMMERMANN, un jurista inglés que señala que la norma francesa en cuestión — el artículo 1138— se sustenta en los dos principios: el principio romano que ponía los riesgos de cargo del comprador y el principio de que las cosas perecen para su dueño, reconciliando de ese modo el traspaso de los riesgos con la transferencia del dominio<sup>164</sup>.

---

BEUDANT, Charles. Cours de Droit Civil Français. Tome VIII. Seconde Édition. Rousseau & C<sup>ie</sup> Éditeurs. Paris 1936.

<sup>161</sup> « *Les risques passent à l'acheteur parce que propriétaire* ».

JOSSERAND, Louis. Cours de Droit Civil Positif Français. Libraire du Recueil Sirey Société Anonyme. Tome Deuxième. Paris, 1930.

<sup>162</sup> Este autor señala que en el caso de la compraventa, el comprador es quien soporta los riesgos « *non en qualité de créancier d'une obligation, mais parce qu'il dispose d'un droit de propriété sur la chose* ».

GHESTIN, Jacques. Traité de Droit Civil. Les Obligations. Les effets du contrat. Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1992

<sup>163</sup> TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE. Droit Civil, Les Obligations. 7e Édition. Dalloz. Paris, 1999.

<sup>164</sup> “*The French code civil retains “emptio perfecta periculum est emptoris” too; however, it makes not only the passing of the risk but also the transfer of the ownership dependent upon the conclusion of the contract of sale. Like the BGB, therefore, it tries to reconcile the passing of the risk with the overriding principle of the res perit domino*”.

ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition. Oxford, University Press, 1996.

### 3. Las Siete Partidas y la legislación hispánica.

Explica el profesor GUZMÁN BRITO, que “desde el primer momento en que BELLO tomó interés por la fijación del derecho civil dejó en claro que ella debía basarse en el antiguo derecho romano-castellano heredado de la monarquía”<sup>165</sup>. Dentro de la legislación entonces vigente, “la fuente que predominó de un modo incontrastable fue el código de las *Partidas*. Ello nada tiene de extraño. Pese a las críticas de que la antigua legislación castellana había sido objeto, principalmente debido a sus defectos externos, los juristas chilenos demostraron siempre una especial predilección por este célebre cuerpo legal (...) Los juristas supieron distinguir convenientemente el derecho público y el privado que contenían las *Partidas*, y sin perjuicio de censurar la forma con que este último (derecho privado) venía presentado en el código, resultó usual que terminaran por reconocer su bondad sustancial”<sup>166</sup>.

Era tal el aprecio de don Andrés por el código de ALFONSO X, que “solía decir no existir mejor digestivo que las *Partidas*, a cuya lectura se entregaba no bien alzado de la mesa familiar”<sup>167</sup>. Con las *Partidas* se familiarizó en Londres con ocasión de sus estudios lingüísticos y filológicos sobre la antigua época castellana. Y “en 1839, para explicar el alcance restrictivo que iba a tener la codificación en materia de innovaciones, afirmó, en consecuencia, que «nuestra

---

<sup>165</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Andrés Bello Codificador. Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile. Tomo I. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982.

<sup>166</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Andrés Bello Codificador. Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile. Tomo I. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982.

<sup>167</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Andrés Bello Codificador. Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile. Tomo I. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982.

legislación civil, sobre todo la de las *Siete Partidas*, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia»<sup>168</sup>.

Queda pues bien claro el enorme influjo que este cuerpo legal tuvo sobre nuestro legislador, de modo que pasar a revisar lo que sobre el riesgo de la especie vendida nos dice es de todo interés.

La Ley XXIII del Título V de la Quinta Partida<sup>169</sup> es la que se ocupa de los riesgos a propósito de la compraventa:

**LEY XXIII—** *A quien pertenesce el pro o el daño de aquello que es vendido, si se mejora, o se empeora.*

Cumplese la vendita en dos maneras, segund diximos en el comienzo deste libro en este Titulo, e la vna se fare en escrito, la otra sin el :<sup>170</sup> e quando la compra se faze sin escrito, aueniendose el comprador con el vendedor, el vno de la cosa, e el otro del precio ; dende adelante, el daño que viniesse en la cosa, es del comprador. E esso mesmo dezimos, quando se faze por escrito, que luego que la carta es acabada , e firmada con

---

<sup>168</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Andrés Bello Codificador. Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile. Tomo I. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982.

<sup>169</sup> Las partidas encierran una visión teológica del mundo: su mismo orden es elocuente. La primera trata del gobierno Espiritual (Derecho Eclesiástico, hoy Canónico); la segunda, del gobierno temporal (Derecho Público); la tercera, de la administración de Justicia (Derecho Procesal); la cuarta —que está al centro de esta obra— trata de la Familia; la quinta de aquellas cosas que los hombres hacen en pro de ambas partes (Derecho de los Contratos); la sexta, de las cosas que los hombres hacen en pro de una parte y en perjuicio de la otra (Derecho Penal); y la última, de las cosas que los hombres hacen para después de sus días (Derecho Sucesorio).

<sup>170</sup> Es curiosa la manera de puntuar que tiene el castellano antiguo: a veces se une la coma y el punto y coma a la palabra que la antecede, y otras veces no: nos hemos ceñido a la puntuación de la edición que teníamos a la vista.



testigos, dende adelante es el daño del comprador, maguer<sup>171</sup> la cosa non sea passada al su poder. E esto sería, como si ouiesse<sup>172</sup> comprado algund sieruo, o otra cosa qualquier, e después que la vendida fuesse complida, enfermarse, en guisa<sup>173</sup> que pierda algund miembro, o se muriesse sin culpa del vendedor; o si ouiesse comprado alguna cosa, e la quemasse fuego, o se derribasse toda, o parte della, o se empeorasse de otra guisa sin culpa del vendedor. E esso mismo dezimos que sería, si la cosa se perdiessse, o se empeorasse en otra manera qualquier semejante destas, que aueniesse sin culpa del vendedor. Ca<sup>174</sup> en estas cosas, o en otras semejantes dellas, el daño que viene en la cosa comprada, sería del comprador tan solamente. Otrosi dezimos que comprida seyendo<sup>175</sup> la vendida, en alguna de las maneras que de susso<sup>176</sup> diximos, que la pro que despues viene a la cosa comprada, sería del comprador, maguer la cosa non fuesse passada a su poder. E esto sería como si ouiesse comprado alguno campo, o viña, e despues que la vendida fuesse fecha, auenidas de rios acresciessen la cosa comprada, en alguna partida de tierra en que auiniessen arboles, o otra cosa, por que se mejorasse; otrosi, quando la vendida fuesse acabada, vale la cosa cien marauedis, e despues desso, por mudamiento de la condición del tiempo, valiesse dozientos marauedis, o mas: ca quanto quier que se mejorasse la cosa, despues que la vendida sea complida, en estas maneras sobredichas, o en otras semejantes dellas, toda la mejoría sera del comprador. Ca guisada<sup>177</sup> cosa es que como a el pertenece el daño, segund diximos, si la cosa se perdiessse, o se empeorasse; que le pertenezca otrosi la mejoría, que en ella viniere<sup>178</sup>.

---

<sup>171</sup> **maguer.** conj. cons. desus. **aunque.** REAL Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001.

<sup>172</sup> **ouiesse.** hubiese

<sup>173</sup> **guisa.** f. Modo, manera o semejanza de algo. REAL Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001.

<sup>174</sup> **ca.** (Del lat. *quia*). conj. causal. desus. **porque.** *Ibidem.*

<sup>175</sup> **comprida seyendo.** siendo cumplida

<sup>176</sup> **susso.** (Del lat. *sursum, sussum*). adv. l. p. us. **arriba.** REAL Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001.

<sup>177</sup> **guisado, da.** (Del part. de *guisar*). adj. ll 4. ant. Justo, conveniente, razonable. Era u.t.c.s.m. *Ibidem.*

<sup>178</sup> Códigos Españoles Concordados y Anotados. Tomo III. Imprenta de la Publicidad. Madrid, 1848.

Las *Siete Partidas*, fueron glosadas por el jurista Gregorio LÓPEZ. Conviene a nuestro juicio transcribir la pertinente glosa, puesto que en poquísimas palabras, explica el principio que subyace a esta ley:

**Lex XXIII.**— Damnum, et lucrum rei venditæ pertinet ad emptorem, perfecta venditione, etiam ante traditionem, nisi aliter convenit, si provenit absque venditoris culpa. Hoc dicit<sup>179</sup>.

Esta ley XXIII del Título V de la Quinta Partida nos es del todo provechosa:

1. En el sistema de las *Partidas*, la venta no transfiere el dominio, al igual que en el sistema adoptado por don Andrés en el Código;

2. los riesgos, son puestos de cargo del comprador aunque la cosa no esté en su poder;

3. sólo si media culpa por parte del vendedor en la pérdida son de su cargo los riesgos.

4. Es también interesante advertir que en esta ley todos los ejemplos que ofrece corresponden a especies o cuerpos ciertos, de modo que vemos una completa armonía entre la regla de don Andrés y la del sabio Rey ALFONSO.

5. Al final de la ley apunta el Rey que es cosa *guisada* (esto es justa o conveniente) que como al comprador le pertenece el daño, sea él también quien experimente la mejoría. Llama la atención esta última frase, ya que lo que se da por sentado y lógico es que sea el comprador el que experimente el daño

---

<sup>179</sup> Códigos Españoles Concordados y Anotados. Tomo III. Imprenta de la Publicidad. Madrid, 1848.

y como contrapartida le parece justo o conveniente que sea él quien experimente la mejoría.

Nos parece que este *orden* en el razonar de ALFONSO X es muy revelador, ya que para justificar la conveniencia de que sea el comprador quien experimente el daño, se apoya en la regla de que es él quien soporta los daños. En otros términos, para ALFONSO X es de más evidencia la regla de que el comprador ha de soportar los riesgos, que la regla de que es él quien experimente las mejorías; y por eso se apoya en la primera —y más evidente— para justificar la segunda, de menor evidencia.

Hemos revisado el resto de la legislación Hispana y no encontramos norma alguna referida al peligro de la cosa vendida en el *Codex Wisigothorum*, ni en el Fuero Juzgo, ni en el fuero Viejo de Castilla; como tampoco en las Leyes del Estilo, el Ordenamiento de Alcalá, El Espéculo, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las Leyes de Toro. Menos en la Nueva y Novísima Recopilaciones de Leyes de Castilla.

El único cuerpo legal ibérico que trata también de los riesgos es el Fuero Real de España. En perfecta armonía con la legislación de las Partidas, dispone este Fuero:

**3, 10, 17.** Si algun home vendiere casa, ò cavallo, ò otra cosa cualquier: è si después que la vendida fuere cumplida, la casa ardiere, ò cayere, ò el cavallo se muriere, ò otro daño qualquier le viniere ante que lo haya rescebido el comprador, el daño sea de aquel que la compró, y el pro: otrosí, si en alguna cosa mejorare la cosa vendida, y esto sea si el vendedor no alongó de dar la cosa vendida, ò si no se perdió por su culpa, ò si no fizo Pleyto, que si se perdiese, ò si se dañase, que le daño fuese suyo, y no del

comprador: ca estas tres cosas el vendedor debe haber el daño, è no el comprador; pero si algún pro viniere, sea del comprador<sup>180</sup>.

Revisadas las leyes de las partidas y visto además el Fuero Real de España, nos toca adentrarnos en la más interesante fuente de nuestro estudio, fuente de la que son fieles seguidoras las legislaciones recién estudiadas.

#### 4. Roma.

El Derecho romano es uno de los factores principales de la cultura de Occidente. Contiene gran número de aportaciones que sólo el genio peculiar del pueblo romano pudo inventar. La invención incomparable de los juristas romanos, es la del contrato, es decir, la eficacia obligante de la simple concurrencia de las voluntades de dos partes<sup>181</sup>. Por supuesto, estos hallazgos o invenciones han sido el fruto de un largo proceso, y del trabajo constructivo de generaciones de juristas.

Uno de estos contratos y sin duda el de mayor trascendencia es precisamente el contrato de compraventa. La compraventa ha tenido una evolución en el derecho romano: las etapas de dicha evolución no son del todo claras. La forma más primitiva de compraventa consistía en un trueque mano a mano de cosa y precio<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Códigos Españoles Concordados y Anotados. Tomo I. Imprenta de la Publicidad. Madrid, 1848.

<sup>181</sup> cfr. Gran Enciclopedia Rialp. Tomo VII. Ediciones Rialp, S.A. Sexta Edición reimpressa. Madrid, 1991.

<sup>182</sup>cfr. D'ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano. 9ª Edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1997. 644p.

No sabemos “en qué momento y cómo se pasó de la operación real consistente en el intercambio de cosa por dinero, al negocio jurídico consensual de obligarse uno a entregar una cosa y otro una suma de dinero”<sup>183</sup>.

Con todo, sí sabemos que en la época clásica<sup>184</sup>, “la compra-venta (*emptio venditio*) presenta la estructura más definida del contrato, con sus rasgos de consensualidad e interdependencia de dos obligaciones recíprocas. Consiste en el convenio de cambiar una cosa (*merx*) que se entregará al comprador (*emptor*) por una cantidad de dinero (*pretium*) que se pagará al vendedor (*venditor*) (...) Una vez que la Jurisprudencia llega a admitir la perfección del contrato por el simple consentimiento, las obligaciones de pagar y entregar que en él se originan se presentan como simultáneas”<sup>185</sup>.

Es preciso indicar además, que “en la época clásica la compraventa consensual se aplica indistintamente a *res Mancipi* y *nec Mancipi*”<sup>186</sup> (...) y se

---

<sup>183</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004.

<sup>184</sup> Se entiende por época clásica la que abarca desde los años 130 a. C. al 224 d.C. “Esta época se caracteriza por la presencia de un estamento profesional y tecnificado de estudiosos del derecho, que por lo demás fueron sus creadores: los juristas (*iusprudentes*) (...). El período clásico termina con la muerte de Ulpiano (...). Con Ulpiano desapareció el estamento profesional y terminó por tanto la época clásica. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004.

<sup>185</sup> D’ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano. 9ª Edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1997. 644p.

<sup>186</sup> “El derecho romano antiguo y clásico distinguió las cosas más permanentes (desde el punto de vista de la antigua economía agraria) de las destinadas al cambio: *res Mancipi* de las *res nec Mancipi*. Son del *Mancipium* los terrenos en el suelo de Italia (*fundi Italici*), con sus servidumbres rústicas, los esclavos y los animales que sirven para ser montados o tirar de un carro o de un arado. Estos son los bienes estables que constituyen el patrimonio de la familia y requieren formas solemnes para pasar a otro propietario (*Mancipatio* o *in iure cessione*), en tanto los otros son bienes de cambio o, en todo caso de menos valor, que se transmiten por simple entrega. La distinción entre bienes Mancipables y no-

distingue netamente de la adquisición del dominio, que sólo adviene en virtud de la *mancipatio (nummo uno)* o de la *in iure cessio* tratándose de las *res Mancipi*, o de la *traditio* por lo que a las *res nec Mancipi* atañe”.

Con relación al tema que más nos importa —el riesgo de la especie vendida y no entregada— nos hacemos la pregunta más relevante: ¿quién lo soporta? Escuchemos a don Álvaro D’ORS:

En el cumplimiento de esta obligación [obligación de entregar], el vendedor responde por su culpa. Si la entrega se hace imposible sin su culpa, el contrato se considera resuelto, y el comprador, por su parte, no queda obligado a pagar el precio, o puede repetirlo si ya lo pagó. Pero la responsabilidad del vendedor se agrava cuando se trata de una cosa mueble, pues incumbe al vendedor el conservarla hasta hacer la entrega, y responde de ella por custodia, quedando a cargo del comprador tan sólo la pérdida por fuerza mayor (regla “*periculum est emptoris*”)<sup>187</sup>.

De lo expuesto hasta el momento quisiéramos hacer algunas consideraciones:

1. Ya en la época clásica la compraventa está perfectamente delimitada como una convención bilateral —un contrato— de la que nacen obligaciones para las dos partes: la de entregar y la de pagar el precio.

2. Queda, pues, también bien claro que en el derecho romano el riesgo, o sea, la posibilidad de que —por un caso fortuito— a la cosa le sobrevenga un daño, pesa sobre el comprador; quien no es dueño de la cosa, mientras no se

---

mancipables equivale, en cierto modo, a la que se hace en otros derechos entre bienes de «heredad» y bienes de «ganancia»”

D’ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano. 9ª Edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1997. 644p.

<sup>187</sup> *Ibidem*.

le haga la *traditio* (o *mancipatio* o *in iure cessio* si la cosa es *mancipi*). En este sentido, podemos desde ya concluir que nuestro sistema de riesgos es romanista.

3. Se acaba de mencionar que los romanos agravan la responsabilidad del vendedor cuando se trata de cosa muebles. ¿Qué diferencia hay entre responder por culpa y responder por custodia?

4. ¿Qué fundamentos racionales y jurídicos dieron los antiguos para justificar esta regla de poner los riesgos de cargo del vendedor?

De estas consideraciones, las dos primeras no merecen mayor abundamiento: en Roma la compraventa es un contrato bilateral y el riesgo de la especie vendida y no entregada pesa sobre el comprador.

Sin embargo merece un mayor y detenido estudio esta distinción que se hace entre la responsabilidad *por culpa* y *por custodia*. Y por último merece la pena indagar las razones que llevaron a los jurisprudentes a la elaboración de esta regla. Al estudio de estos dos puntos nos abocaremos en los siguientes acápite.

#### **4.1. La responsabilidad por custodia en el derecho romano.**

Nosotros estamos acostumbrados a un sistema subjetivo de responsabilidad. Así, nuestro Código distingue entre el dolo y la culpa: y esta última se divide en tres especies: grave, leve y levísima.

En materia de obligaciones, el grado de cuidado o vigilancia que la ley chilena pide al deudor, va en directa relación con la utilidad que a las partes

reporta la convención que da origen a la obligación. En cualquier caso, lo que se pide al deudor es una actitud determinada cuya exigencia es variable, pero que en todo caso nace del sujeto, que no de hechos extraños.

Y por eso podemos decir que entre nosotros la responsabilidad civil en materia contractual es *subjetiva*. A pie de página reproducimos los artículos pertinentes; su sola lectura ayuda a percibir que la responsabilidad se articula entorno a la actitud del deudor<sup>188</sup>. Para remarcar el carácter subjetivo de

---

<sup>188</sup> **Art. 44.** La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

*Culpa grave, negligencia grave, culpa lata*, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero*, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. *Culpa* o *descuido*, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la *diligencia* o *cuidado ordinario* o *mediano*.

El que debe administrar un negocio como un *buen padre de familia* es responsable de esta especie de culpa.

*Culpa* o *descuido levísimo* es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importante. Esta especie de culpa se opone a la *suma diligencia* o *cuidado*.

El *dolo* consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

**Art. 1547.** El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos en que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.



nuestro sistema de responsabilidad, queremos hacer notar que nuestro código emplea como equivalentes las expresiones “cuidado” y “diligencia”: esta última palabra está completamente teñida de subjetividad, ya que es una palabra latina que deriva de *dilígere* que significa “amar”. En este sentido, la diligencia es “el amor que una persona pone en la realización de un negocio” Expresión más personal, más subjetiva que ésta, es imposible encontrar.

Cuando nosotros oímos la expresión *custodia* nos parece que va en el mismo sentido de lo que venimos exponiendo: parece ser una exigencia subjetiva de comportamiento que la ley impone al deudor. Sin embargo, si bien es cierto que la expresión custodia tiene esta connotación, hemos de destacar que no es la única acepción que en Roma tenía<sup>189</sup>. En efecto el profesor Alejandro GUZMÁN BRITO señala que “en el latín de los juristas, la palabra *custodia* ofrece dos significados primarios y generales: por un lado, vigilancia, conservación, cuidado generalmente de cosas; por otro, posibilidad de tenencia efectiva, normalmente de cosas”<sup>190</sup>.

En este segundo sentido, puedo afirmar que mi cepillo de dientes está bajo mi *custodia* ya que, si bien no lo tengo actualmente en mi mano, esto es, no tengo la *possessio naturalis* (que es la base de toda posesión y que consiste en la tenencia efectiva, el contacto físico con la cosa), sí tengo “la posibilidad de alcanzar la tenencia efectiva (*possessio naturalis*) de mi cepillo” pues me basta ir al baño abrir el botiquín y cogerlo. Porque como es imposible que el hombre esté permanentemente en contacto físico con todos sus bienes, los romanos consideraron que cada persona tiene la posesión civil sobre todas las cosa que

---

<sup>189</sup> A nosotros, la palabra custodia tiene una connotación subjetiva: basta leer el artículo 1549 “La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado”.

<sup>190</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Estudios Dogmáticos de Derecho Civil. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, 2005.

están bajo su custodia. O sea, el hombre posee civilmente no sólo las cosas que con las que tiene un contacto corporal actual (el reloj, el sombrero) sino que también posee civilmente aquellas cosas que están bajo su custodia, esto es, aquellas cosas que aunque no están actualmente bajo su natural posesión, sí tiene la posibilidad de llegar a esa posesión natural (el lápiz que está en mi cajón, la bicicleta que guardo en la bodega, los zapatos de fútbol que guardo en el closet).

De todas aquellas cosas sobre las que tengo la posibilidad de tener una tenencia efectiva se puede afirmar que soy poseedor civil, pues tengo la posibilidad de alcanzar la posesión natural.

Esta segunda acepción que hemos recién explicado de la palabra custodia nos permite entender los alcances de la *responsabilidad por custodia* (*custodiam praestare*). En todos los casos en que el derecho romano exige una responsabilidad por custodia a alguien se presupone que hay una tenencia de una cosa mueble que debe ser entregada a otro. Quien tiene la *responsabilidad por custodia* de una cosa es quien “responde por el hecho de tener la cosa”.

Es una responsabilidad exigente, objetiva y “tiene la peculiaridad de que para hacerla efectiva no se indaga si efectivamente hubo culpa en el tenedor ni se permite que éste pretenda exonerarse demostrando no haber tenido culpa en el hecho y sí haber empleado la diligencia debida. En otras palabras, basta el hecho del hurto o del robo para que el tenedor responda de la cosa sustraída, independientemente del juicio que merezca, en términos de culpa o diligencia, su actuación personal en función de evitar la sustracción. Es por eso que se trata de un tipo de responsabilidad objetiva”<sup>191</sup>.

---

<sup>191</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Estudios Dogmáticos de Derecho Civil. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, 2005.

Ahora ¿quiénes respondían por custodia en el derecho romano?:

18. El comodatario por la cosa recibida en préstamo;
19. el pignoratario por la cosa recibida en prenda;
20. el arrendatario por la cosa tomada en arriendo;
21. el *inspector* por la cosa recibida para ser examinada y tasada si fue en su interés;
22. el lavandero (*fullo*) y el sastre (*sarcinator*) por la ropa recibida para lavar o la tela para confeccionar;
23. los navegantes, posaderos y estableros, (*nautae, caupones, stabularii*) por las cosas recibidas en guarda por sus clientes;
24. el almacenista (*horrearius*) por las cosas depositadas por terceros en sus almacenes;
25. cualquiera que, no estando cargado con esta responsabilidad, recibe cosa ajena que debe devolver, si la recibe con su estimación en dinero; y
26. el vendedor por la cosa vendida hasta el momento de su tradición al comprador.<sup>192</sup>

A propósito de la compraventa, el Digesto (18, 6, 3) señala: "Sin embargo, el vendedor debe responder de aquella custodia de que responden aquellos a quienes ha sido dada en comodato una cosa, de modo que responda de más exacta diligencia que la que pone en sus propias cosas"<sup>193</sup>.

Ahora ¿cuál es el fundamento de esta responsabilidad por custodia? El profesor GUZMÁN BRITO nos da su opinión que nos parece muy autorizada:

---

<sup>192</sup> cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Estudios Dogmáticos de Derecho Civil. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, 2005.

<sup>193</sup> Digesto de Justiniano. Versión Castellana por Álvaro D'Ors "et al". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972

Si la alegación de haber sido hurtada o robada una cosa que se debe a otro permitiera la exoneración de responder (...) eso haría que el destino de la obligación de entregar quedara por entero sujeto a la voluntad del obligado. Ello porque siempre es posible simular un hurto o un robo creando circunstancias y pruebas que convencan al juez de haber tenido lugar uno u otro<sup>194</sup>.

Esta es la *responsabilidad por custodia*, responsabilidad que le empuja al vendedor y que nos ayuda a entender las razones de poner de cargo del vendedor los riesgos de la cosa; razones que luego pasaremos a estudiar.

#### 4.1.1. ¿No son acaso los robos y los hurtos especies de casos fortuitos?

Cabe preguntar ¿cómo podemos sostener que el robo o el hurto en sí mismos no son especies de caso fortuito? Antes de acudir a los autores, diremos que hay una razón que don Alejandro GUZMÁN BRITO hace saltar a la vista: el robo y el hurto no son normalmente imprevistos, y la imprevisibilidad es de la esencia de los casos fortuitos.

En el derecho romano, “bajo tales denominaciones (*vis maior* o *casus*) los juristas entienden aquellos eventos naturales o artificiales (por intervenir un tercero) en cuya producción el deudor no ha tomado parte alguna y cuyo vigor impediendo no puede resistir”<sup>195</sup>. Se indican como casos de fuerza mayor “el derrumbamiento, incendio o inundación, la guerra, naufragio, asalto pirático, motín, plaga de animales, etc; la muerte natural de un esclavo o animal (...)”<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Estudios Dogmáticos de Derecho Civil. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, 2005.

<sup>195</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Privado Romano. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004

<sup>196</sup> D'ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano. 9ª Edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1997. 644p.

A favor de la interpretación de que los hurtos y los robos no constituyen —en sí mismos— hipótesis de casos fortuitos, citaremos dos textos:

El primero son los apuntes de Derecho Romano utilizados por don Andrés BELLO y que han sido publicados en sus Obras Completas. A propósito de las obligaciones en el depósito señala:

El depositario, a diferencia del comodatario, está obligado a restituir la cosa en cualquier tiempo que se le pida. Tiene derecho a indemnizaciones, que no se conceden jamás al segundo; como el alimento de un esclavo o de un animal cualquiera, y no es responsable de hurto como ordinariamente el comodatario<sup>197</sup>.

2. Otro texto nos es de gran utilidad. Está recogido en el Digesto 4, 9, 1 y es del último gran jurisprudente: Ulpiano. Es una justificación del edicto que impone sobre los navegantes, posaderos y estableros (*nautae, caupones, stabularii*) la *custodiam praestare* (responsabilidad por custodia):

Y nadie juzgue que es gravoso lo establecido [en el edicto] contra ellos [los *nautae, caupones stabularii*]; porque está en el arbitrio de los mismos el no recibir a nadie; y si esto no se hubiera establecido, se daría pie para que se concertasen con los ladrones contra aquellos a quienes reciben, como quiera que ni aún ahora ciertamente se abstienen de semejantes fraudes<sup>198</sup>.

De estos dos textos se deduce que para los romanos los hurtos y los robos no son en sí mismos hipótesis de caso fortuito. Porque tanto el comodatario

---

<sup>197</sup> BELLO, Andrés. Derecho Romano. Ministerio de Educación. Caracas, 1959. La *cursiva* es nuestra.

<sup>198</sup> “*Ne quisquam putet graviter hoc adversus eum constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant; et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus*”.

En GUZMÁN BRITO, Alejandro. Estudios Dogmáticos de Derecho Civil. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, 2005.

como los *nautae, caupones et stabularii* responden por custodia y se liberan de su obligación si logran probar que hubo *vis maior*. Y si, por otra parte, estos textos hablan de hurtos y robos como hipótesis en las que deben responder tales contratantes, es completamente viable sostener que tales robos y hurtos no son en sí mismos hipótesis de *vis maior*. A lo sumo pueden originarse como consecuencia de caso fortuito.

Volvamos al ejemplo de comodato de zapatos de fútbol expuesto en el Capítulo Primero de nuestra Memoria. Andrés había prestado este calzado a Diego. Decíamos que a Diego casi lo atropellaron al volver del partido por culpa de un inescrupuloso conductor transgresor de las normas del tránsito. Supongamos que producto del accidente se estropeó la mochila pero los zapatos se salvaron. Si mientras Diego está en el suelo, un ladrón hurta los zapatos, sin duda que ese hurto fue producido por un caso fortuito, y aunque hagamos responder por custodia al comodatario deudor, él podrá exonerarse aduciendo caso fortuito.

Pero si nos ponemos en otro caso, la cuestión es distinta. Dentro del mismo ejemplo de Diego, cambiémosle su suerte: supongamos que iba en la micro a la vuelta del partido y se queda dormido de cansancio. En eso un ladrón se sube a la micro, le arrebató a Diego la mochila y huye por la puerta trasera. En ese caso —si Diego fuera regido por el derecho romano—, es responsable por custodia, esto es, por el sólo hecho de tener la cosa, sin atender al grado de diligencia empleado y deberá restituir el precio de los zapatos. La responsabilidad por custodia es exigente con el deudor y ese robo no lo libera de su obligación de restituir (que se ha novado en la obligación de indemnizar).

## 4.2. Las razones de poner el riesgo del cuerpo cierto de cargo del comprador.

Para acabar, resta indagar los motivos de la regla que pone los riesgos de cargo del comprador.

Sostenemos que detrás de esta regla está la equidad. Si leemos el Digesto, encontramos dos concisas expresiones que resumen los fundamentos:

1. **Dig., 50, 17, 10.** Es conforme a la naturaleza que las ventajas de una cosa correspondan al mismo que sufre los inconvenientes<sup>199</sup>.

Es el mismo principio que vemos expuesto en las *Partidas* y que refleja la verdad de que el tiempo que media entre la convención y la entrega puede ser de provecho como de desventaja: y justo es que se repartan estas mejoras o empeoramientos. Y si es el comprador quien lleva sobre sí estas contingencias, se produce el deseado equilibrio: si pierde el comprador, es porque ganó el vendedor, y viceversa.

2. **Dig., 47, 2, 14.** Ciertamente el riesgo de la cosa corresponde al comprador, con tal de que el vendedor responda por custodia antes de la entrega<sup>200</sup>.

Las Instituciones de JUSTINIANO son igualmente claras en este punto<sup>201</sup>. A los juristas les parece razonable que el comprador sufra el riesgo —hecho

---

<sup>199</sup> Digesto de Justiniano. Versión Castellana por Álvaro D'Ors "et al". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972.

<sup>200</sup> Digesto de Justiniano. Versión Castellana por Álvaro D'Ors "et al". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972.

<sup>201</sup> "*Cum autem emptio et venditio contracta sit (...) periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit*".

ocasionado por un caso fortuito— si por su parte el vendedor responde de la entrega por custodia. O sea, no atendiendo a los cuidados subjetivos que dispense en la conservación de la cosa, sino por el sólo hecho de tenerla, de tal suerte que si la cosa es hurtada o robada, el vendedor es responsable y no tendrá derecho a exigir la contraprestación, en virtud de que el no ha cumplido con la suya. Del mismo modo, si la cosa aumenta o disminuye de valor —se entiende esta disminución sin culpa del vendedor—, será el comprador quien experimente la ganancia o sufra los deterioros.

Vemos pues, que hay una conveniente y justa armonía en este sistema romano:

El vendedor responde por custodia, y como hemos señalado más arriba, los robos y los hurtos no son de por sí, especies de casos fortuitos. Por consiguiente, el vendedor no es un hombre relajado que pueda con tranquilidad descuidar la cosa y dormir tranquilo considerando que el riesgo es del comprador, y que el precio lo recibirá a todo evento. No, el vendedor sabe que tiene que entregar la cosa “porque la tiene a su custodia”; y no le bastará alegar hurto o robo para exonerarse del cumplimiento. Es también el vendedor perfectamente consciente que si la cosa es robada o hurtada, perderá el derecho al precio (o se le obligará a restituirlo, si fue pagado), por no haber cumplido con su obligación de entregar; obligación que le obligaba a responder *por custodia*.

El comprador asume el riesgo como contrapartida a esta grave responsabilidad que sobre el vendedor pesa. El modo de extinguir las obligaciones “pérdida de la cosa que se debe”, será la única manera que tendrá

---

Corpus Iuris Civilis, traducido al castellano por KRIEDEL, “et al”. Primera Parte. Instituta-Digesto. Jaime Molinas, Editor. Barcelona, 1889.



el vendedor de liberarse de su obligación de entregar. En ese caso es el turno del comprador de asumir con valentía el riesgo de que la cosa perezca. A él le corresponde *poner el hombro*: el vendedor ya ha hecho todo lo posible; ha cargado con una responsabilidad objetiva de alta exigencia. Es justo que esta vez sea el comprador quien soporte lo que no se pudo evitar: la pérdida fortuita.

De esa manera están correctamente puestos los incentivos. Se incentiva con esta normativa a no aplazar las entregas en las ventas, ya que la responsabilidad del vendedor es muy alta. Si se aplazan, se estimula al vendedor a no constituirse en mora, ya que si se vuelve moroso, ya no sólo es responsable por custodia, sino que pasa a responder del fortuito.

Por otra parte, el comprador sabe que su cosa está —pendiente la entrega— muy bien cuidada, so pena de responsabilidad; y está interesado en recibirla sin retraso, ya que de constituirse en mora de recibir, cesa la responsabilidad por custodia. A cambio de este amparo que la ley le dispensa, deberá pagar el precio si perece la cosa por un “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.”<sup>202</sup>.

Se entiende pues, por qué LAURENT afirma enfáticamente que la regla *res perit domino* no es aplicable en materia de obligaciones<sup>203</sup>. En efecto, la cosa que es objeto de una obligación se encuentra en una situación muy particular. Aunque pertenezca al vendedor, esa propiedad tiene sus días contados y no

---

<sup>202</sup> Art.45. Código Civil de Chile. Decimosexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.

<sup>203</sup> « *Nous croyons que la règle res perit domino n'est pas applicable en matière d'obligations* ».

LAURENT, F. Principes de Droit Civil Français. Tome Seizième. 3<sup>e</sup> Edition. Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup> Editeurs. Bruxelles, 1878.

podemos ignorar que el comprador tiene derecho a que la cosa se le entregue. La especie que es objeto de una obligación, no es una cosa más dentro del patrimonio del vendedor y no es descabellado poner su riesgo en aquella persona que aún no es propietario de la misma. Vistas las cosas en su conjunto, esto es, considerando que el vendedor tiene tan fuerte responsabilidad como lo es la responsabilidad por custodia, esta solución romana se reviste de caracteres de justicia y conveniencia

En síntesis, comprador y vendedor no son personas en desventaja: la una tiene que soportar el riesgo mientras la otra soporta la custodia hasta la entrega.

Estas son las razones que justifican que en Roma los riesgos sean de cargo del comprador. Ahora bien,

#### **4.2.1. ¿qué ocurriría si el riesgo fuera de cargo del vendedor?**

Pensamos que si en la compraventa romana, el riesgo fuera de cargo del vendedor, se producirían cinco indeseadas consecuencias:

1. *Se perdería esa armoniosa distribución de responsabilidad y riesgo.* El vendedor romano tiene una exigente responsabilidad sobre la cosa: responde por custodia; a la vez tiene el alivio de que perezca la cosa por fuerza mayor o caso fortuito, se extingue su obligación de entregar. Si pusiéramos a su riesgo también la pérdida de la cosa, quedaría el comprador en ventaja desigual, ya que exigirá la cosa a todo evento: si no fue entregada por culpa, el vendedor deberá indemnizar; si no le fue entregada sin culpa, el vendedor igualmente deberá indemnizar (ha incumplido y responde por custodia); si en último caso,

logra probar que medió caso fortuito, el comprador podría darse el lujo de no pagar la cosa ya que las cosa perecerían para su dueño.

2. *Esa desarmonía afectaría las relaciones contractuales.* Como se puede apreciar, si en el derecho romano las cosas fueran de otra manera —si el riesgo fuera del vendedor— se produciría una inconveniente desproporción entre las partes: el vendedor quedaría en una injusta desventaja. Tendrá que custodiar la cosa; y si llegara a perderse por fortuito, el comprador se desentendería del contrato porque no estaría obligado a pagar precio alguno. Pongámonos en la situación del vendedor: si fueras vendedor, ¿estarías incentivado a custodiar la cosa si supieras que todos tus esfuerzos caerían en saco roto de sobrevenir un fortuito? Pensamos que el vendedor diligente y responsable quedaría en una situación de desventaja; y esta desproporción podría afectar o incluso inhibir a las personas a contratar.

3. *Esta solución debilitaría al contrato mismo.* El vendedor que se arrepienta de vender encontraría con facilidad la manera de eludir su obligación de entregar: simulando la pérdida y probando que ha empleado en el cuidado de la cosa la diligencia de un buen padre de familia. Bajo esta solución es cierto que la cosa perecería para su dueño pero... ¿vale la pena aferrarse de tal modo al principio *res perit domino* si el precio de esa solución es debilitar la fuerza de las obligaciones y aumentar la incertidumbre en las compraventas?

4. *Si el riesgo fuera de cargo del vendedor se alteraría el sistema de las obligaciones y la seguridad jurídica.* Las obligaciones son vínculos, son lazos que atan. La misma etimología es elocuente. Esta palabra viene del verbo latino *obligo*, que en época de Cicerón significaba precisamente, “acción de atar”<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> DE MIGUEL, Raimundo. Nuevo diccionario Latino-Español Etimológico. Sáenz de Jubera, Hermanos, Editores. Madrid, 1897.

Pero los lazos que atan no siempre coartan la libertad; muchas veces la resguardan.

Pensemos en los montañistas; en momentos de peligro procuran atarse unos a otros o en su caso se atan a la montaña misma. Esos lazos les impiden moverse en todas las direcciones; pero a la vez salvaguardan su vida y gracias a esos lazos pueden inmiscuirse en rutas más arduas y lograr metas más altas.

El símil nos parece provechoso. Las obligaciones, si bien atan, dan seguridad y vale la pena ser muy consciente de la realidad de esos vínculos: las obligaciones —aunque no tienen cuerpo— existen: nuestra voluntad es tan prodigiosa que es capaz de crearlas. Y una vez que ellas nacen, no podemos obviar su existencia en pro de un pretendido “bien mayor”. Porque si comienzan a desaparecer por causas ajenas, lo que se vulnera es la seguridad de las personas, la seguridad jurídica. En esto se asemeja el vendedor al montañista: él sabe que tiene derecho a un precio por la cosa vendida. Esa obligación le da seguridad y en virtud de esa obligación, se atreverá a pedir un mutuo para pagar la escolaridad de sus hijos. No ve problema en pedir tal préstamo porque se apoya en algo muy concreto y real: su derecho al precio de la cosa. Si la cosa perece por caso fortuito y hacemos cargar al vendedor —que aún no ha entregado— con el riesgo, nuestro vendedor se nos viene al suelo cual montañista, ya que no podrá pagar al mutuante. Esto es lo que ocurriría si les quitamos fuerza a las obligaciones.

Es sano que en nuestro derecho las obligaciones aten bien fuerte; esas ataduras pueden doler, pero dan una seguridad jurídica muy grande; y permite a las personas emprender y alcanzar metas más altas. Puede alguien replicar: ¿no ocurre lo mismo con el comprador que debido al caso fortuito se queda sin la cosa comprada? Pensamos que si bien su obligación de pedir la cosa se

extingue, la razón no es por debilidad de la obligación; sino por la debilidad de la cosa; si fuera montañista, no es que se le haya roto la cuerda, sino que lamentablemente, lo que se debilitó fue la montaña.

Todas las obligaciones son lazos que abrazan un objeto. Si el objeto es perecible —como es el caso de todo cuerpo cierto— existe la posibilidad de que perezca por fuerza mayor. Y si bien es cierto que la obligación se extingue, la extinción es efecto de una causa: el daño que a la cosa le sobrevino. Como se ve, el vínculo no se debilitó; lo que ocurrió es que a la cosa le sobrevino un daño. Y el daño siempre fue posible, porque toda especie está en riesgo de perecer.

Y nos parece que, como no podemos volver imperecedero —ya lo quisiéramos, porque aumentaría la seguridad jurídica entre nosotros— lo que por su naturaleza es perecedero (las especies); es deseable dotar de firmeza a las obligaciones, de manera que sólo puedan extinguirse por ciertos y señalados modos. Y para no volver inicua la relación contractual entre vendedor y comprador, es por eso que se ha hecho rigurosamente responsable al vendedor y ha de responder por la custodia de la cosa hasta la entrega.

Nos parece pues, mucho mejor que seamos más conscientes de la existencia real de las obligaciones, y que nuestro sistema fomente la solidez de las mismas para así fortalecer la seguridad jurídica. Y que fortalecida, nos sirva como apoyo seguro para alcanzar más y más altos fines. Y puesto que no podemos evitar los riesgos y sí fortalecer la estabilidad de las obligaciones ¿por qué no aceptar los primeros y fortalecer las segundas?

5. *Una última consideración: los aumentos y los deterioros.* Si fuéramos consecuentes, junto con poner el riesgo a cargo del vendedor, deberíamos

hacer un segundo examen de equidad de las prestaciones al momento del pago del precio y de la entrega de la cosa. Porque la cosa puede haber variado de precio y la inflación puede haber devaluado la moneda.

Porque cuando ponemos los riesgos de cargo del vendedor estamos haciendo un segundo examen de equidad al momento del cumplimiento de las obligaciones. Y... ¿qué razón podría argüirse para eludir ese segundo examen cada vez que la cosa o el precio experimentan aumentos, disminuciones o deterioros?

Podría alguien replicar que no es comparable los aumentos o disminuciones con las pérdidas. A esto respondemos: Claro que son equiparables. Pensemos que vendedor y comprador convienen en cosa y precio: un anillo de oro en \$440.000. Entre el tiempo que media entre el convenio y la entrega, supongamos que una famosa cantante —vgr. SHAKIRA— usó ese anillo durante su estadía. Sin duda que esa sólo circunstancia ha hecho aumentar de valor a la cosa. Porque si hubo más de alguien dispuesto a pagar más de \$190.000 por verla y oírla en un recital, seguro que habrá varios interesados en quedarse con el anillo que usó por cuatro o cinco veces el valor inicial. En este caso, ¿no habría que hacer un segundo examen respecto de la equiparidad de las prestaciones? Y un examen de tal naturaleza obligaría al comprador a desembolsar el triple del dinero acordado. El ejemplo es curioso pero quiere poner de relieve tres cosas:

a) que poner el riesgo de cargo del vendedor importa volver a evaluar la conmutatividad de las prestaciones;

b) que sería igualmente lógico hacer un examen de devaluación o aumento de valor; y

c) que la diferencia de valor que un bien puede experimentar puede ser mayor que la diferencia de la pérdida, porque si el anillo en cuestión no hubiese sido utilizado por la colombiana y hubiera perecido por caso fortuito la diferencia entre \$440.000 y \$0(valor del bien que pereció) es de \$440.000; en cambio, la diferencia de valor que hubiera experimentado de mediar el uso por la cantante (de \$440.000 a vgr. \$1.200.000) sería de \$760.000.

#### 4.3. La curiosa interpretación de Jacques CUJAS a las reglas romanas.

Pese a los contundentes textos que señalan que los riesgos de cargo del comprador, Jacques CUJAS (1522-1590), un humanista y estudioso del Derecho Romano de la segunda mitad del siglo XVI<sup>205</sup>, interpreta que en Roma el riesgo era de cargo del vendedor, que no del comprador como normalmente se pensaba<sup>206</sup>. Don Luis CLARO SOLAR nos enseña en su obra que este humanista fundaba su posición “en un texto de AFRICANUS<sup>207</sup>, en que este jurisconsulto dice incidentalmente que si después de efectuado el contrato de compraventa de un predio y antes de ser entregado al comprador que ha pagado el precio, el fisco se apoderaba del predio expropiándolo el vendedor no sería responsable

---

<sup>205</sup> Gran Enciclopedia Rialp. Tomo VI. Ediciones Rialp, S.A. Sexta Edición reimpresa. Madrid, 1991.

<sup>206</sup> « *ex quo intelligitur post perfectam venditionem periculum non respicere ad emptorem quod est contra id quod vulgo dicit solet perfecta emptione periculum omne pertinere ad emptorem* »

En CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I y X 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

<sup>207</sup> “*nam et si vendideris mihi fundus isque priusquam vacuum traderetur publicatus fuerit tenearis ex empto: quod hactenus verum erit ut premium restituas: non ut etiam id praestes si quid pluris mea intersiteum vacuum mihi tradi (...)*”

Corpus Iuris Civilis, traducido al castellano por KRIEGEL, “et al”. Primera Parte. Instituta-Digesto. Jaime Molinas, Editor. Barcelona, 1889.

de indemnización alguna de daños y perjuicios, pero estaría en verdad obligado a restituir el precio de la compra al comprador”<sup>208</sup>.

A CUJAS este texto le pareció decisivo para sostener la regla *periculum ad venditorem pertinet*. Sin embargo, don Luis CLARO SOLAR replica al humanista señalando que AFRICANUS “se refería a un caso especial en que las leyes mismas de expropiación establecían que debía ésta tener efecto no obstante las ventas que el propietario hubiera hecho, las cuales se considerarían nulas. Anulada la venta era natural que el comprador pudiera repetir el precio que hubiera pagado; mientras que cuando la cosa vendida perece, la venta no era anulada”<sup>209</sup>.

#### **4.4. Las críticas de los tratadistas de Derecho Natural.**

La solución romana a la cuestión de los riesgos fue duramente criticada por tratadistas de Derecho Natural como GROCIO, PUFFENDORF, BARBEYRAC y BURLAMAQUI. Estos autores consideraban que la regla romana que pone el riesgo de cargo del comprador es inicua y se apartaba de los verdaderos principios del Derecho Natural. “Y esta opinión fue seguida por muchos que dejándose llevar por la sencillez de una teoría que resolvía la prestación de los riesgos y peligros de la cosa con la propiedad, se declararon abiertamente

---

<sup>208</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I y X 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

<sup>209</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I y X 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.



contra el Derecho romano, y relacionando todos los contratos volvieron a la regla *res perit domino*, que aplicaban desde luego a la compraventa”<sup>210</sup>.

#### 4.4.1. GROCIO<sup>211</sup>.

La crítica de GROCIO a la cuestión de los riesgos la encontramos en la más imperecedera obra que escribió: *De Iure Belli ac Pacis*, publicada en 1613:

**Libro II, Capítulo XII De los Contratos, XV.** Hase de notar asimismo que en la venta y la compra puede trasladarse el dominio sin la entrega en el mismo instante del contrato, y esto es sencillísimo; así, para Séneca, la venta es “la enajenación y el traspaso a otro, ya de la cosa suya, ya de su derecho”, pues también se hace eso en la permuta. Y si se ha convenido en que no se traspase en seguida el dominio, se obligará el vendedor a dar el dominio, y entre tanto la cosa será del provecho y del riesgo del vendedor.

Por lo cual, que la venta y la compra se termina con la entrega de modo que pueda tener evicción; asimismo, que la cosa está a riesgo del comprador, y que le pertenecen a él los frutos antes de traspasarse el dominio, son invenciones del Derecho civil, que no se observan en todas partes; antes al contrario, que opinaron los más de los legisladores, que hasta la entrega la cosa estuviese al provecho y riesgo del vendedor, lo notó Teofrasto en el pasaje que se halla en Estobeo, donde encontrarán otras muchas determinaciones sobre la formalidad de la venta, las arras, el arrepentimiento, muy disconformes del Derecho romano; como notó Dión de

---

<sup>210</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I y X 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

<sup>211</sup> Hugo GROCIO (1583-1645) nació en Delft (Holanda) cursó sus estudios de Derecho en la Universidad de Leyden y los amplió en París. Su obra comprende Filología, Teología, Filosofía y Derecho, pero su influencia actual sólo pervive sólo por su aportación al pensamiento jurídico. Es el primero en emplear el término Derecho Natural, lo que no significa que sea el fundador de esta ciencia; eso sí se puede afirmar que GROCIO abre un nuevo camino en esta materia: el del Derecho Natural racionalista, de corte kantiano.

cfr. Gran Enciclopedia Rialp. Tomo XI. Ediciones Rialp, S.A. Sexta Edición reimpressa. Madrid, 1991

Prusa en la ley Rodiaca, que los rodios acostumbraban dar por concluída la venta y algunos otros contratos con la inscripción en el registro.

También ha de saberse que si la cosa ha sido vendida dos veces, de las dos ventas valdrá la que contenga en sí la traslación actual del dominio, ya por la entrega, ya de otro modo. Pues por ésta falta al vendedor el poder moral sobre la cosa, lo cual no se hace por la sola promesa<sup>212</sup>.

Hemos querido citar a GROCIO en su contexto. Queda bien claro que es un hombre culto, conocedor de la experiencia, doctrina y opinión de muchos. No es un crítico sin fundamento (un *opinólogo* en terminología criolla).

La frase que más nos choca y que puede parecer muy fuerte es aquella en la que dice que la solución romana de poner los riesgos de cargo del comprador “*son invenciones del Derecho civil*”. Si atendemos a que estas palabras provienen de la pluma de un hombre culto, no nos deberían parecer ofensivas. En latín *invenire* es tanto como “encontrar”. Etimológicamente es una composición de los vocablos *venire in*, “llegar hasta algo”. BELLO la utiliza precisa y preciosamente cuando habla de la invención del tesoro como una especie de ocupación. Por supuesto que no quiere decir que el adquirente haya fabricado o inventado el tesoro: simplemente lo encontró.

Hecha esta precisión, coincidimos con GROCIO en que el poner los riesgos y los aumentos de cargo del comprador “*son invenciones del Derecho civil*”, son hallazgos de los juristas. Pero discrepamos con GROCIO en cuanto su calificación. Por las razones arriba expuestas nos parece que la solución romana es un feliz hallazgo. Una justa y conveniente invención que distribuye armónicamente las cargas, fortalece a la convención misma y robustece la seguridad jurídica.

---

<sup>212</sup> GROCIO, Hugo. Del Derecho de la Guerra y de la Paz. Versión directa del original latino por Jaime TORRUBIANO RIPOLL. Tomo II. Editorial Reus (S.A.). Madrid, 1925.

#### 4.4.2. PUFFENDORF<sup>213</sup>.

El pensamiento de PUFFENDORF se puede sintetizar en tres puntos. A pie de página citaremos el texto original latino:

1. PUFFENDORF distingue entre la perfección y la ejecución de la venta: se perfecciona por el consenso, y se ejecuta con el pago del precio y de la cosa convenido.

2. Luego se pone en el caso de que en el tiempo intermedio la cosa aumente o disminuya: ¿a quién mira (*spectet*) este peligro y estas mejoras? Señala que los romanos ponían estas contingencias de parte del comprador.

3. Por último termina interrogándose —y aquí está la crítica— cómo puede corresponder la pérdida a quien no es dueño de la cosa. Porque las cosas perecen para su dueño; del mismo modo los daños, sobre el dueño redundan<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Samuel PUFFENDORF (1632-1694) nació en Chemnitz (Sajonia). Estudió Teología y Derecho en Leipzig. Fue el primer profesor titular de Derecho Natural y de Gentes en la Universidad de Heidelberg. Paso a la historia como uno de los que inició el proceso antiteológico disociando el derecho (vinculado al fuero externo), de la moral (ligado al fuero interno del sujeto).

cfr. Gran Enciclopedia Rialp. Tomo XIX. Ediciones Rialp, S.A. Sexta Edición reimpresa. Madrid, 1991.

<sup>214</sup> **Libri V, Caput V, § 3.** *Nobis ante omnia heic distinguendum videtur inter ipsum contractum, et eius executionem. Ipse contractus perfectus erit, ubi pure super merce et pretio consensus citra aliquam conditionem, quae obligationem suspendat, et si nihil sit additum, ex quo intelligatur pœnitentiæ locum esse. Executio autem contractus in hoc consistit, ut emptor actu tradat pretium, venditor merced.*

(...)

PUFFENDORF se desencanta de la solución romana porque hace de la regla *res perit domino* un dogma con el que no se puede transar. No se pone a indagar motivos o razones de justicia o conveniencia. Simplemente le parece inicua toda solución que se aparte de este principio.

El connotado jurista POTHIER se hace cargo de esta crítica de PUFFENDORF y la replica:

Esa máxima tiene sólo aplicación, cuando concurra el dueño con los que guardan o usufructan la cosa. En tal caso la cosa debe perecer para el dueño más bien que para los que la custodiaban o disfrutaban, los cuales con la pérdida de la cosa en que no tuvieron culpa alguna, quedan libres de la obligación que tenían de devolverla. Mas cuando concurre el dueño deudor de una cosa, y el acreedor de la misma que tiene una acción contra él para hacérsela entregar; en tal caso parece para el acreedor más bien que para el dueño, a quien la pérdida de la cosa libró de la obligación de entregarla<sup>215</sup>.

---

*Sed ubi inter contractum perfectum, et eius executionem ex parte venditoris, i.e. rei traditionem, aliqua temporis intercapedo intercedit; solet quæri: ad quem interim periculum et commodum rei venditæ spectet, ad emptorem, an ad venditorem? Heic notum est, ius Romanum statim ac emptio perfecta est, periculum rei venditæ attribuere emptori, licet res nondum sit tradita, ac venditor adhuc dominus sit. Per periculum autem intelligitur casus fortuitus, qui in re vendita contingit, si illa paret tota, aut ex parte, per vim extrinsecam, aut interno vitio, ex causis naturalibus proveniente, aut si illa iniuste fuerit ab altero surrepta. Ubi difficultas eritur, quomodo heic ad emptorem possit pertinere periculum rei, cuius ipse nondum est dominus; cum tamen alias res domino suo pereat, seu damna illa, quæ rem, ab alio detentam, incurrunt citra culpam detentoris, in dominum redundant.*

PUFENDORF, Samuel. De Iure Naturæ et Gentium. Volume I. Oxford: at The Clarendon Press; London: Humprey Milford. 1934.

<sup>215</sup> POTHIER. Tratado del Contrato de Compra y Venta. Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores. Imprenta y Litografía de J Roger. Barcelona, 1841.

#### 4.4.3. BURLAMAQUI.

Este es el último iusnaturalista que citaremos. En su obra *Elementos de Derecho Natural* sostiene:

Del contrato de venta resulta la obligación natural de que el vendedor está obligado a entregar las mercaderías al tiempo y del modo que ha contratado, y el comprador por su parte, a pagar el precio en que se ha convenido.

Pero si desde que se ha ajustado el precio hasta la entrega de la cosa vendida, padece ésta alguna disminución o se destruye por algún accidente, se pregunta ¿cuál de los dos contratantes ha de sufrir la pérdida?

Para decidir esta cuestión, basta saber cuál es el verdadero propietario de la cosa, cuando sufre alguna disminución o llega a destruirse. Porque es un principio natural que así como los aumentos y mejoras redundan en beneficio del propietario, del mismo modo le pertenecen las disminuciones y las pérdidas.

De esta suerte, si es imposible al vendedor entregar inmediatamente al comprador la cosa vendida, o si ha de ser entregada en determinado tiempo y lugar, es natural pensar que las partes están convenidas en que la propiedad pertenezca al vendedor hasta el tiempo de la entrega, y que el comprador no ha querido antes encargarse de ella: por consiguiente los beneficios y las pérdidas que haya tenido son entonces de cuenta del vendedor.

Pero si la cosa vendida está presente y en la voluntad del comprador el recibirla, no hay ninguna razón para creer que el vendedor conserva la propiedad, y por consiguiente los accidentes recaen en el comprador.

Las leyes romanas en esta materia deciden generalmente, que todas las mudanzas en daño o provecho, que se verifican después que la venta es perfecta, pertenecen al comprador; y que si la cosa se destruye antes de entregarla, éste sufre la pérdida sin dejar de estar obligado a pagar su valor<sup>216</sup>.

---

<sup>216</sup> BURLAMAQUI. *Elementos del Derecho Natural*. Tomo II. Traducido del latín al francés por BARBEYRAC y al castellano por D.M.B. GARCÍA SUELTO. Librería de Leconte y Lasserre. Paris, 1838.

Este autor coincide con los dos anteriores en que el principio rector e indubitable es el *res perit domino*, pero difiere de los dos anteriores, en la manera de entender la cuestión. En efecto, sostiene que si es el comprador quien soporta los riesgos de la cosa es porque desde el momento de la convención es el propietario de la misma. Como se ve, BURLAMAQUI intenta salvar la solución romana; pero la desnaturaliza al pasar por alto la distinción que los romanos hacían entre título y modo. No cabe en su mente otro motivo para poner los riesgos de parte del comprador que el pensar que la cosa vendida y no entregada ya se encuentra en el patrimonio del comprador.

## **CAPÍTULO FINAL**

### **LA SOLUCIÓN DE DON ANDRÉS BELLO A LA CUESTIÓN DE LOS RIESGOS DE LA ESPECIE VENDIDA Y SUS RAZONES.**

Después de un largo recorrido en el que hemos analizado la cuestión de los riesgos en general (Capítulo Primero) y en particular con relación a la compraventa y las críticas que sobre nuestro sabio legislador se han lanzado (Capítulo Segundo)... Habiendo también analizado las legislaciones posteriores a Bello (Capítulo Tercero) y las que lo antecedieron llegando hasta la inmortal jurisprudencia romana (Capítulo Cuarto)..., comenzamos este Capítulo Final que tiene por finalidad recopilar aquellas razones de justicia y conveniencia que encontramos en el sistema sobre riesgos adoptado por don Andrés Bello.

Partiremos refutando las críticas expuestas en la segunda parte del Capítulo Segundo y a continuación expondremos los argumentos de justicia y conveniencia que hallemos.

Al acabar este Capítulo nos encontraremos en condiciones de exponer las Conclusiones; las que serán breves y concisas, pues sentarán sus raíces en el resto de nuestro trabajo.

#### **1. Refutación de las críticas que ha recibido don Andrés Bello.**

Nos ha causado una profunda tristeza advertir en muchos autores, la “soltura de lengua”, la desaprensión con que critican y hasta vituperan a don

Andrés BELLO. En los próximos acápite refutaremos los argumentos de *fondo* que critican a don Andrés. Pero no podemos ni queremos dejar de manifestar nuestra desaprobación de la *forma* con que algunos lo hacen. Toda persona merece ser tratada con respeto; y BELLO, aún más: hizo mucho por nuestra patria. Concederle la nacionalidad honró más a Chile que a él.

No, en nuestro país se está colando el arte de tratar mal a los demás, de mirar hacia abajo, de menospreciar, de reírse del otro. En no pocos abogados se introduce desde muy jóvenes —Dios me libre— un aire de suficiencia que les impide siquiera mirar a los ojos, de igual a igual, al caballero que le cuida el auto... ¡Si hasta cambian el tono de voz y la manera de andar! No, esto es nocivo para la sociedad. Y estas cosas fomentan esa “soltura de lengua” que contra nuestro legislador hemos advertido. Que nuestras discrepancias sean constructivas y respetuosas de quienes las emiten: este es nuestro mensaje.

Hacer crítica, destruir, no es difícil: el último peón de albañilería sabe hincar su herramienta en la piedra noble y bella de una catedral.

—Construir: ésta es la labor que requiere maestros<sup>217</sup>.

### **1.1. Inadvertencia del legislador.**

Si hay una crítica que nos resulta fácil desestimar es ésta. Andrés BELLO es un sabio. Los sabios suelen ser incomprendidos, precisamente porque ven más allá, porque no son superfluos, porque tratan los temas con profundidad.

Tenía acabados conocimientos de Gramática, Filosofía, Literatura... y si en alguna ciencia destacaba más aún, era en la del Derecho. Su obra fue hecha con prolijidad —tardó más de 20 años— y de su precisión y belleza nos hemos

---

<sup>217</sup> ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría. Camino (punto 456). Cuadragésima Edición Mexicana. Editorial MiNos, S.A. de C.V. Colombia, 2001. (465 p.)



nutrido todos quienes hemos estudiado la disciplina. La calidad de su más grande obra la atestigua la supervivencia que ha tenido en el tiempo: después del *Code français* de 1804 y del *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco de 1811, el Código de BELLO “ocupa un venerable tercer lugar de antigüedad entre los códigos civiles vigentes en el mundo, después que fueron derogados todos los que lo precedieron, con excepción de aquellos dos nombrados”<sup>218</sup>. También ha traspasado sus propios límites geográficos, pues se cuentan en más de veinte los códigos sobre los que ha ejercido influencia: en algunos ha sido una fuente más; en otros ha sido la fuente primaria y poderosa... y algunos países, lo han adoptado tal y como salió de la pluma de don Andrés BELLO.

Si ya es difícil concebir que un sabio de la talla de don Andrés BELLO pasara por alto o no advirtiera lo que hacía al redactar el artículo 1550; más difícil resulta creerlo cuando existe otro artículo, referido a la compraventa —el artículo 1820—, que está en perfecta armonía con aquél y que en cierto sentido es su corolario.

Desechamos por completo la posible *inadvertencia* del legislador después de haber estudiado que la distribución de los riesgos que plasma el Código está en perfecta armonía con la tradición romana, con la legislación del Sabio Rey ALFONSO X, con el Fuero Real de España, con el Proyecto de GARCÍA GOYENA (1852), y los Códigos holandés (1838) y bávaro (1756).

Por último, esa inadvertencia debería atribuírsele también a aquellos países que adoptaron el Código, ya en su totalidad, ya con ligeras modificaciones, como asimismo aquellos Códigos influidos por el chileno; Códigos que siguen siendo ley vigente y que conservan igual distribución de los riesgos, como son

---

<sup>218</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Historia Literaria del Código Civil de la República de Chile. Versión Producciones Gráficas Ltda. Santiago, 2005.

los Códigos de Ecuador, Uruguay, Colombia, Nicaragua y Honduras. ¿Ninguno de estos países ha sido capaz de atajar tal inadvertencia? Cuesta creerlo: no lo creemos. No hay tal inadvertencia.

## **1.2. Las cosas han de perecer para su dueño.**

Pensamos que hay suficientes motivos para desestimar esta crítica. Sin embargo, se hace difícil refutar esta crítica desde el momento que los autores, los comentaristas o tú mismo —estimado lector—, hacen del principio *res perit domino* un dogma con el que no se puede transar. Creemos en los dogmas, pero estimamos que sólo están reservados para materias de fe; materias a las que el entendimiento humano no puede llegar a comprender del todo porque versan sobre realidades superiores al hombre y que han sido reveladas por Dios o sus enviados.

Este no es el caso, estamos frente a la regulación de sucesos que caben dentro del conocimiento humano; que pueden ser aprehendidas por el hombre en su totalidad. Sobran los dogmas al tratar de los riesgos: despojémonos de ellos.

La especie vendida y no entregada es objeto de un derecho real de dominio que corresponde al vendedor hasta que la entregue. Pero es igualmente cierto que esa cosa es al mismo tiempo objeto de un derecho personal.

¡Qué distintos son los derechos personales de los reales!: los primeros nacen para extinguirse; los segundos son más estables. Los derechos personales nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, leyes; los derechos reales nacen o derivan de los modos de adquirir. Los personales sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola

disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas (cfr. Art. 578); los reales los tenemos sin respecto a determinada persona (cfr. Art. 577): son derechos *erga omnes*. Los derechos personales tienen por objeto una prestación que el sujeto activo puede exigir de cierta persona y que puede consistir en dar, hacer o no hacer algo; los derechos reales, en cambio, inhiere directamente sobre una cosa (*res*, reales), sea corporal o incorporal. En fin, los derechos personales se regulan sistemáticamente en el Libro Cuarto; los reales en el Libro Segundo... ¡Qué distintos son!

Si leemos el artículo 1550 (“*El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba...*”) advertiremos que el problema de los riesgos que estamos estudiando es un problema principalmente de derechos personales y no de derechos reales. Es una cuestión regulada en el libro cuarto y versa sobre un derecho personal que aún no ha sido extinguido por el pago. Siendo tan distintos los derechos reales de los personales, ¿por qué no pueden regirse por reglas diversas?

Coincidimos con don Luis CLARO SOLAR cuando, a propósito de los tratadistas de Derecho Natural que se encandilaron con la máxima *res perit domino*, dice que “esta opinión fue seguida por muchos que dejándose llevar por la sencillez de una teoría que resolvía la prestación de los riesgos y peligros de la cosa con la propiedad, se declararon abiertamente contra el Derecho romano, y relacionando todos los contratos volvieron a la regla *res perit domino*, que aplicaban desde luego a la compraventa”<sup>219</sup>. La regla *res perit domino* es muy apropiada para resolver problemas netos de derechos reales, pero puede interferir nocivamente cuando estamos frente a un problema de obligaciones.

---

<sup>219</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I. 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

¿Se entiende un poco más por qué LAURENT es enfático al señalar que no tiene aplicación en materia de obligaciones<sup>220</sup>?

El problema de los riesgos es un problema de derechos personales, de obligaciones y debe ser tratado y resuelto con la misma autonomía que llevó a nuestro legislador a abordarlas en un libro exclusivo.

A propósito de la compraventa de especie, vemos que del contrato nacen dos obligaciones: la una de pagar la cosa; la otra de pagar el precio. Son dos obligaciones y las dos han de extinguirse. Además, la cosa y el precio se miran como equivalentes pues la compraventa es por naturaleza conmutativa.

Estas dos obligaciones difieren en una cosa:

a) La obligación de pagar el precio es genérica. Esto tiene una ventaja para el comprador y una desventaja. La *ventaja* que esta obligación tiene es que su objeto —al consistir en un género— no tiene obligación de ser conservada hasta la entrega<sup>221</sup>. El comprador no deberá dispensar cuidados especiales sobre el precio que deberá pagar. Sin embargo, esta obligación tiene la *desventaja* para el comprador de que deberá cumplirla sí o sí, ya que consiste en un género; y el género no perece.

---

<sup>220</sup> « *Nous croyons que la règle res perit domino n'est pas applicable en matière d'obligations* ».

LAURENT, F. Principes de Droit Civil Français. Tome Seizième. 3<sup>e</sup> Edition. Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup> Editeurs. Bruxelles, 1878.

<sup>221</sup> **Art. 1548.** La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

b) La obligación de pagar la especie, a su vez, tiene una ventaja y una desventaja. La *ventaja* es clara; el vendedor se liberará de su obligación si a ella le sobreviene un daño causado por un caso fortuito. La *desventaja* consiste en que, mientras no se efectúe la entrega, deberá el vendedor conservar la cosa y emplear en la conservación el debido cuidado. ¿Cuál es este debido cuidado? El de un buen padre de familia (deberá emplear el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios), pues el contrato de compraventa es para beneficio recíproco de las partes.

Vistas las cosas de esta otra manera; vistas en paralelo las obligaciones principales que del contrato de compraventa nacen, ¿no parece menos irracional que los riesgos sean del comprador? Es simplemente reconocer que cada obligación tiene ventajas y desventajas. A la hora de los daños fortuitos, al comprador habrá que decirle: lo siento, tendrás que pagar la cosa aunque no la recibas, pues así como tu obligación de pagar el precio tenía la virtud de no requerir conservación, tenía también la desventaja de ser imperecedera, porque los géneros no perecen. A su vez, esa era la ventaja de la obligación del vendedor: que si sobrevinía un fortuito, se extinguía su obligación. Ánimo comprador, ya vendrán tiempos mejores... Quizá dentro de poco el vendedor de especie sea tú.

Asoma a nuestro juicio que hay en la compraventa una armónica distribución de cargas y beneficios; de ventajas y desventajas. Armonía que sólo se aprecia cuando se estudian las cosas en su conjunto, y a la luz de la lógica que los derechos personales encierran.

Coincidimos con Fabián ELORRIAGA DE BONIS cuando señala que este sistema no es congruente con el sistema de transferencia de la propiedad. Es

verdad, no es congruente, pero no tiene por qué serlo: es un problema de obligaciones.

Don Luis CLARO SOLAR tiene también palabras que nos ilustran acerca del verdadero origen de la mentada regla:

La máxima *res perit domino* no fue expresada por los jurisconsultos romanos para resolver la cuestión de los riesgos en la venta y demás contratos en que se establecía que la pérdida inculpable de la cosa era para el acreedor. Ella fue tomada de una constitución de DIOCLECIANUS y MAXIMIANUS en que se expresa que no era puesto en duda que permaneciendo la prenda en los bienes del deudor perecía para él: *pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire, in dubium non venit*. Si significa simplemente que si una cosa perece por caso fortuito, el propietario pierde su propiedad, no es más que una expresión sencilla de una verdad evidente. Pero si se entiende en el sentido de que esta pérdida dañará siempre al propietario y a él sólo perjudicará, pasa a ser un grave error.

En efecto la pérdida fortuita de una cosa acarrea la extinción de todos los derechos de que ella es objeto. Así en la compraventa, el vendedor propietario pierde su derecho de propiedad; y el comprador, simple acreedor, pierde su crédito; pero, ¿cuál de los dos es el que experimenta en realidad el perjuicio? No es el vendedor, quien por el contrario tenía que desprenderse del dominio de la cosa, sino el comprador, que queda obligado a pagar el precio, aunque no reciba la cosa en cambio<sup>222</sup>.

Por último, queremos mencionar a ZIMMERMANN, quien también logra distanciarse de la regla *res perit domino* para apreciar esta armonía de la que venimos hablando. Él no se está refiriendo al Código chileno, sino al derecho romano, pero citar sus razones es perfectamente atinente y se resume en la siguiente idea: la cosa vendida ya está dentro de la esfera económica del comprador y, por consiguiente, deberá tanto reembolsar los gastos necesarios

---

<sup>222</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I. 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

que haga el vendedor en su manutención hasta la entrega, como asimismo, serán del comprador los frutos que la cosa produzca y el riesgo<sup>223</sup>.

### 1.3. Una solución francesa que no encuadra en la legislación chilena.

Lo primero que queremos resaltar es qué grado de influencia ha tenido *Code* en nuestra legislación. Cuando tratamos del *Code français* en el Capítulo Cuarto citamos a don Alejandro GUZMÁN BRITO, quien dividía didácticamente en cuatro períodos la influencia del Código de Napoleón en Iberoamérica. Dentro de esta clasificación, nuestro Código se encontraba en el segundo período que comprendía los años 1847 a 1855, caracterizado por el hecho de que los países elaboran “códigos de derecho vernáculo, o sea, castellano-indiano, bajo órdenes sistemáticos distintos al del francés, en que éste actúa entre otras pocas fuentes, sólo como fuente de inspiración de normas específicas”<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> *Proper consideration of this application in practice may well make us differ from those who regard the risk rule as an inequitable anomaly. True, we are dealing with a deviation from res perit domino. Also (...) periculum est emptoris is a reasonable solution to the difficult problem of the risk allocation, corresponding entirely to the underlying economic interest structure. As between the parties, the object of the sale belongs (in an untechnical sense) to the purchaser. It has become part of his economic sphere. Hence the duty, on the part of the purchaser, to reimburse the vendor for the expenses necessary for the maintenance of the things whilst still in his possession; hence the right of the purchaser to claim any accessions to or fruits of the thing which arose since completion (i.e. normally conclusion) of the sale. The purchaser may, furthermore, resell the thing; the vendor can't (unless he is prepared to commit a breach of contract).*

*Thus it is the purchaser who benefits from a rise, but who also takes the risk of a fall in the market price.*

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition.* Oxford, University Press, 1996.

<sup>224</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, et al. *El Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil Chileno de 1855. Influencias, Confluencias y Divergencias. Escritos en conmemoración del Bicentenario del Código Civil Francés.* Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, 9. Santiago, 2004.

En segundo lugar, parece conveniente destacar que la sola estructura de nuestro Código Civil acusa independencia respecto al código francés:

Montado sobre un armónico sistema de cuatro libros (y no de tres como el francés), se adaptaba en todo al sistema institucional gayano-justiniano, como se ve en la siguiente comparación:

| <b>INSTITUCIONES</b>  | <b>CÓDIGO CIVIL CHILENO</b>  |
|---|--|
| ▪ <i>De iure naturali, gentium et civili</i>                | ▪ Título preliminar  |
| ▪ <i>Personæ</i>  | ▪ Libro I. De las personas   |
| ▪ <i>Res corporales incorporales ususfructus servitutes</i> | ▪ Libro II. De los bienes, y de su dominio posesión, uso y goce.                 |
| ▪ <i>Hereditas</i>  | ▪ Libro III. De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos. |
| ▪ <i>Obligaciones</i>                                       | ▪ Libro IV De las obligaciones en general y de los contratos <sup>225</sup> .    |

---

<sup>225</sup> *Ibidem.*



En tercer lugar, queremos valernos nuevamente de los acabados estudios de don Alejandro GUZMÁN BRITO para poner de relieve que “desde el primer momento en que BELLO tomó interés por la fijación del derecho civil dejó en claro que ella debía basarse en el antiguo derecho romano-castellano heredado de la monarquía”<sup>226</sup>. Hicimos asimismo notar en su momento que la legislación de las Partidas fue la fuente que predominó de un modo incontrastable. En palabras de BELLO, este cuerpo legal “encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia”<sup>227</sup>.

En cuarto y último lugar, transcribiremos en paralelo los artículos 1138 francés y 1550 chileno.

#### CODE FRANÇAIS

**Article 1138.** *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.*

*Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.*

#### CÓDIGO CHILENO

**Art. 1550.** 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.

---

<sup>226</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. Andrés Bello Codificador. Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile. Tomo I. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982.

<sup>227</sup> *Ibidem*. Tomo II. n° 97

Como se aprecia el artículo francés está referido a las obligaciones de dar y sólo alude a los riesgos como uno de los efectos que ella produce. La norma chilena en cambio tiene sólo por objeto tratar de los riesgos de la especie que se debe: ni su redacción, ni su alcance como tampoco las excepciones contenidas copia.

¿Dónde está la imitación, donde está ese “afán de copiar el Código francés”? No hay tal afán. BELLO elaboró el Código sin prisas ni apuros; fue consciente de todo lo que hacía y no se ahorró trabajo alguno importando, sin más, normas extranjeras. Tuvo toda la autoridad para señalar el Mensaje:

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.

Los argumentos expuestos y los artículos recién comparados hacen fe de lo expresado por nuestro legislador.

#### **1.4. En Roma la compraventa eran dos contratos independientes.**

Hemos estudiado cómo hay autores que estiman que esta errada solución a la cuestión de los riesgos tiene su origen en Roma, donde se comprende que fuera así ya que la compraventa eran dos contratos distintos e independientes entre sí.

Es cierto que la compraventa evolucionó; que tuvo una etapa primitiva y que en su momento primario nacía de dos estipulaciones distintas. Pero es igualmente cierto —como hemos apuntado en su momento— que en la época clásica del derecho romano “la compra-venta (*emptio venditio*) presenta la estructura más definida del contrato, con sus rasgos de consensualidad e

interdependencia de dos obligaciones recíprocas. (...) Una vez que la Jurisprudencia llega a admitir la perfección del contrato por el simple consentimiento, las obligaciones de pagar y entregar que en él se originan se presentan como simultáneas”<sup>228</sup>.

Pensar que la distribución romana de los riesgos es una supervivencia de la forma primitiva de la compraventa, supone admitir que los sabios jurisperitos, que perfeccionaron el convenio hasta volverlo un contrato consensual, no fueron capaces de evolucionar en materia de riesgos.

El texto principal que nos sirvió de apoyo para sostener que los riesgos son de cargo del comprador (Dig. 47, 2, 14<sup>229</sup>) es de ULPiano, el último gran jurisperito de la época clásica. No creemos que la jurisprudencia romana durante 354 años (que es el período que comprende la época clásica), no haya subsanado este vestigio de la forma dualista de compraventa. Más nos convence sostener que tenían poderosas razones para distribuir los riesgos de esa manera. Razones que hemos expuesto en el capítulo anterior y que se condensan en: i) hay una justa distribución: mientras el vendedor responde de la exigente responsabilidad por custodia (responsabilidad que no le permite alegar sin más hurto o robo para desentenderse de su incumplimiento), el comprador soporta el daño fortuito que le acaeciere a la cosa; ii) mientras el vendedor se beneficia con las disminuciones de valor de la cosa, el comprador se beneficia con sus aumentos.

---

<sup>228</sup> D’ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano. 9ª Edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1997. 644p.

<sup>229</sup> **Dig., 47, 2, 14.** *Ciertamente el riesgo de la cosa corresponde al comprador, con tal de que el vendedor responda por custodia antes de la entrega.*

Digesto de Justiniano. Versión Castellana por Álvaro D’Ors “et al”. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972.

### 1.5. Interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales.

Queremos contra argumentar una frase de ALESSANDRI en la que señala que el comprador se había obligado a pagar la cosa con el propósito de recibirla. Luego añade que “la obligación del comprador tiene por causa la del vendedor. Si ésta perece por falta de objeto desaparece la causa de aquella y el contrato se extingue”<sup>230</sup>. Pensamos que es cierto que la finalidad última del comprador es hacerse con el bien, pero POTHIER nos enseña —nos tiene mucho que enseñar— que la causa de la obligación del comprador no es hacerse con la cosa; la causa es que el vendedor no falte a su obligación de hacérsela tener: “basta pues que el vendedor se haya válidamente obligado a esto, y que no haya faltado a su obligación, para que la obligación del comprador tenga causa justa y subsista”<sup>231</sup>. Cuando la cosa perece por fortuito el vendedor no ha dejado de cumplir. Su obligación se ha extinguido por causas ajenas, que estaban fuera de su alcance; sobre las que no tenía control. De modo que la obligación de pagar el precio subsiste, tiene causa y ha de cumplirse.

Por otra parte, es cierto que hay una interdependencia en las obligaciones. De hecho se miran como equivalentes pues el contrato de venta es por naturaleza conmutativo. Pero esta interdependencia no puede negar la distinta naturaleza que las obligaciones tienen cuando la venta es de especie. Ya lo hemos hecho notar más arriba, a propósito de la refutación del principio *res perit domino*. Tampoco podemos desconocer la autonomía que adquieren las obligaciones una vez que han nacido.

---

<sup>230</sup> cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.

<sup>231</sup> POTHIER. Tratado del Contrato de Compra y Venta. Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores. Imprenta y Litografía de J Roger. Barcelona, 1841.

Las obligaciones son derechos personales, son cosas incorpóreas que tienen una vida singular. Reconocer y respetar esta autonomía va en beneficio de la seguridad jurídica (¿recuerdan el símil de los montañistas?); si atan bien fuerte, nos permitirán apoyarnos en ella para emprender nuevos negocios jurídicos, y satisfacer más necesidades sociales. ¿Por qué tiene que sufrir el vendedor la pérdida de la cosa si ha derrochado energías y recursos en conservarla?

Si las obligaciones se tornan inestables, variables, inciertas, los perjudicados somos todos nosotros, porque se habrá debilitado la seguridad jurídica. Todos sabemos que los cuerpos ciertos están en riesgo: lo sabía tanto el comprador como el vendedor antes de contratar: resolver el derecho al precio o anularlo es tanto como desconocer la naturaleza de la obligación en cuestión. No negamos que detrás de soluciones de esta naturaleza existe la buena intención de salvaguardar a toda costa la conmutatividad. Pero las buenas intenciones no bastan y pueden producir indeseadas consecuencias. El vendedor que se apoyó en su derecho al precio para celebrar un arriendo o pedir un mutuo con el que comprar otros bienes quedaría en el aire. Tenía toda la razón para apoyarse en que el comprador pagaría mientras él cumpliera con su obligación de conservación. Al privarlo de su derecho al precio *le cortamos la cuerda* en la que estaba apoyado y se nos viene al suelo. ¿No parece más conveniente que las obligaciones aten, y aten bien fuerte?

Es cierto que hay que salvaguardar la conmutatividad atendiendo que las obligaciones son interdependientes. Pero es más seguro y justo que este examen se haga al momento del nacimiento de la obligación. Pues es en ese momento en el que las partes miran como equivalentes las prestaciones recíprocas.

La institución de la lesión enorme es un claro ejemplo: mira, salvaguarda y rescinde las obligaciones groseramente inicuas. Pero el examen lo efectúa cuando las obligaciones nacen, que no después. Querer poner los riesgos de cargo del vendedor es querer huir de los riesgos, hacerlos desaparecer. Esto no es bueno, es querer huir de la realidad, que siempre conlleva riesgos. Porque la manera de huir es anulando o resolviendo la compraventa, que como ya dijimos, daña la armonía de las obligaciones, desconoce la naturaleza de las mismas y disminuye la seguridad jurídica: bienpreciado, que bien vale la pena resguardar: el que no arriesga no gana.

Coincidimos con ABELIUK MANASEVIC cuando señala que cuando el daño acaece, se altera la reciprocidad: pero se altera por eventos imprevistos e irresistibles, que por las razones recién expuestas, más vale sufrirlos con entereza que de ellos huir.

Nuevamente don Luis Claro Solar nos ilustra a este respecto:

Esta antigua doctrina, lejos de merecer reproche alguno, está conforme con la lógica del derecho y las reglas de la equidad. Lo primero por que las dos obligaciones correlativas que resultan de un contrato sinalagmático, son una vez perfeccionado el contrato, distintas e independientes la una de la otra; y cada una de ellas permanece sometidas a las reglas que le son propias en razón de su carácter particular: el crédito del precio pertenece al vendedor como un crédito de cantidad; lo mismo que el crédito de la cosa pertenece al comprador como un crédito de cuerpo cierto; cada uno tiene en adelante su crédito, cuya existencia no está subordinada recíprocamente a la del otro crédito, así como en la permutación la existencia del objeto recibido por uno de los copermutantes no está subordinada a la existencia del objeto entregado al otro; de lo que se sigue que la extinción del crédito del comprador por la pérdida fortuita de la cosa no puede tener como efecto el producir la extinción del crédito del precio que pertenece al vendedor. Equitativamente también, pues quien viene a soportar las pérdidas, es el mismo que se aprovecharía de las ventajas, *nam et commodum eius esse debet cuius est periculum*; si la cosa hubiera aumentado de valor o hubiera

recibido aluviones u otros incrementos, por los cuales no tendría que pagar mayor precio<sup>232</sup>.

### **1.6. La regla es injusta para el comprador.**

La última crítica la refutaremos apoyándonos en argumentos ya esgrimidos y evitando repeticiones innecesarias.

La norma no es injusta para el comprador. No olvidemos que el vendedor tiene la pesada responsabilidad de conservación, en la que deberá emplear la diligencia de un buen padre de familia.

Si el daño total o parcial sobrevino a la cosa, el comprador no estará obligado a pagar sin más el precio, podrá —tiene todo el derecho— decirle al vendedor: “Tienes derecho al precio y gustoso te lo pagaré. Yo sabía que la especie podía perecer y que mi obligación es imperecedera y he de cumplirla. Pero, ¿fuieste diligente en tu obligación de conservar?, ¿empleaste los cuidados de un buen padre de familia, la diligencia (amor) que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios? Mira que la ley presume que tu incumplimiento es culpable (Arts. 1547 inc. 3º y 1671), de modo que tendrás que probar que has sido diligente. Por otra parte, ¿sobrevino la pérdida por un imprevisto a que no te fue posible resistir? También habrás de probar esta circunstancia (Arts. 1547 inc. 3º y 1674). Gustoso cumpliré —estimado vendedor— si pruebas que has cumplido y que por un fortuito acaeció la pérdida”.

---

<sup>232</sup> CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I. 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.

Este “monólogo del honrado comprador” deja bien en claro que para que el vendedor se haga con el precio, deberá mostrar y demostrar que tiene derecho a él. No es automático, nuestro sistema es cauto, está bien pensado, lo hizo un sabio.

## **2. Otras razones que justifican y vuelven conveniente la distribución de los riesgos del Código Civil de Chile.**

Llegamos así al final de nuestro trabajo. En los acápite siguientes recopilaremos argumentos de justicia y conveniencia para la solución adoptada por don Andrés Bello. Será un necesario complemento al subtítulo anterior y nos podrá en condiciones de elaborar concisas Conclusiones.

### **2.1. El caso fortuito: una categoría estricta.**

Hemos señalado al comienzo de nuestro trabajo cómo al concepto de riesgo ha de unirse necesariamente la noción de fuerza mayor o caso fortuito. Si la cosa peca por negligencia en el cuidado que debía dispensársele, afirmamos que no pereció por riesgo sino por culpa.

El caso fortuito se encuentra definido como “un 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.” (Art. 45). Es por tanto una categoría estricta y objetiva. Es objetiva porque no atiende al comportamiento subjetivo, sino que se perfila con independencia de la diligencia que una persona tenga que poner en el cuidado de una cosa o en la realización de una prestación. Es estricta porque tiene que cumplir con los exigentes requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad.



También podemos apreciar que entre los ejemplos puestos por nuestro legislador no se encuentran ni el hurto ni el robo. Ellos, en sí mismos, no caben dentro del concepto de caso fortuito. Y es lógico, muchos robos son previsibles y muchos hurtos son resistibles.

En lo que a nuestro estudio incumbe, el vendedor que no ha entregado la cosa —al igual que todo deudor— no es responsable del caso fortuito (Art. 1547 inc. 2º). Esto es razonable, pues cuando sobreviene y daña a la cosa vendida, le es imposible al deudor-vendedor evitar o hacer frente a sus nocivos efectos. Y a lo imposible nadie está obligado.

Se suma a estas altas exigencias normativas, el hecho de que la carga de probar el caso fortuito es del vendedor (Arts. 1547<sup>233</sup> inc 3º y 1674<sup>234</sup>), ya que la ley, con justa razón, presume culpable todo incumplimiento de obligación (Arts.

---

<sup>233</sup> **Art. 1547.** El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

<sup>234</sup> **Art. 1674.** El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega.

Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo.

1547 inc. 3º y 1671<sup>235</sup>). En consecuencia, el vendedor que quiera exigir el precio por la cosa que por fuerza mayor ha perecido, tendrá la dura tarea de probar que ha sido por fuerza mayor que la cosa ha perecido. Tarea nada de fácil si tenemos en cuenta los estrictos requisitos que la configuran.

En fin, el caso fortuito no es una categoría móvil y flexible que comience donde termina la diligencia debida. No, es una categoría estricta y objetiva; está por allá arriba, es difícil que se configure... está a la altura de los terremotos.

Cuando la especie se dañe, el vendedor tendrá derecho al precio si y sólo si, logra probar que se configuró.

## **2.2. La supervivencia tácita de la *responsabilidad por custodia romana*.**

Hemos estudiado que en el derecho romano el vendedor no respondía *por culpa* de su obligación de entregar la cosa (responsabilidad subjetiva), sino *por custodia* (responsabilidad objetiva). Pues bien, concientes de que en nuestro sistema de obligaciones impera la responsabilidad subjetiva (basta con la sola lectura del primer inciso del artículo 1547 para percatarse), Alejandro GUZMÁN BRITO advierte<sup>236</sup> que de alguna manera esa responsabilidad objetiva por custodia que sobre el vendedor romano pesaba, sobrevive en nuestra legislación.

Pongamos un ejemplo: Valentín vende a Clemente una pelota de fútbol. La entrega se realizará mañana. Valentín el vendedor tiene la obligación de conservar la cosa hasta la entrega y responde de culpa leve. Valentín emplea

---

<sup>235</sup> **Art. 1671.** Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya.

<sup>236</sup> cfr. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Estudios Dogmáticos de Derecho Civil. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, 2005.

los cuidados de un buen padre de familia y guarda la especie con llave en su closet. Esta noche entran a robar a la casa y junto con llevarse cosas de alto valor, los antisociales se llevan la pelota debida y no entregada. Pensamos que en este caso, Valentín no ha faltado a su obligación de conservar y desde punto de vista no es responsable. Pero para cobrar el precio, deberá no sólo acreditar su diligencia. Además deberá alegar caso fortuito. ¿Era imprevisible e irresistible evitar el atraco? Pensamos que no. La casa estaba sola, era época de verano y en el barrio habían asaltado días antes a una casa vecina. Las medidas de seguridad de la casa de Valentín no eran del todo eficaces. A los ladrones les bastó quebrar un ventanal para ingresar.

En esta hipótesis, vemos que aunque Valentín había empleado en la conservación el cuidado mediano que la ley le exigía, no tendrá derecho al precio porque no podrá alegar la estricta categoría de caso fortuito. Y si bien no deberá indemnizar a Clemente por daño emergente ni lucro cesante (el cumplió con su obligación), tampoco tendrá derecho al precio pues la cosa no pereció por un caso fortuito.

De esta forma vemos cómo de alguna manera subsiste la estricta *responsabilidad por custodia* romana y con ella se mantiene la armónica distribución de cargas que en Roma existía:

**Dig., 47, 2, 14.** Ciertamente el riesgo de la cosa corresponde al comprador, con tal de que el vendedor responda por custodia antes de la entrega<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> Digesto de Justiniano. Versión Castellana por Álvaro D'Ors "et al". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972.

En cambio, si Valentín hubiera dejado la pelota tirada en el jardín, y esta noche se la robaban; por haber faltado a su obligación de conservación, no sólo se quedará sin derecho al precio, sino que además deberá indemnizar todos los perjuicios directos y previstos o que pudieron preverse (Art. 1558): tanto el daño emergente como el lucro cesante (Art. 1556).

### **2.3. Es justo que quien goza de los aumentos sufra los deterioros.**

Son muchos los autores que rechazan de plano esta justificación: ¿es comparable un aumento de valor a la pérdida completa de la cosa?, se preguntan resaltando la disparidad. Nosotros pensamos que sí son comparables. Hay aumentos menores que se contrapesan con los deterioros menores. Y también hay aumentos mayores que se contrapesan con las pérdidas. Ya lo hicimos notar poniendo un hipotético ejemplo: SHAKIRA usaba un anillo (era especie ya vendida y aún no entregada), y sin duda que el valor se incrementaba en varias veces más el valor material del anillo. Sin embargo, el comprador no tendrá que pagar más por la cosa. Ejemplos menos extravagantes —perdón, nos cegó el fanatismo— los podemos encontrar en la venta de sitios (¿cuánto valía hace doce años un sitio en Huechuraba?) que experimentan desmedidos aumentos por la urbanización. Lo mismo una casa aislada, desde el momento que la autoridad anuncia la pavimentación de la zona. Asimismo, los precios del cobre y otros metales, experimentan aumentos que pueden superar en más de una vez su propio valor.

En definitiva, los aumentos, sí son comparables a los deterioros e incluso a las pérdidas.

## **2.4. Las obligaciones existen.**

Tenemos que tomar conciencia de esta verdad. En un mundo donde todo entra por la vista y el tacto, es lógico que cueste hacerse cargo de una realidad que tan sólo entra a nuestra mente por el oído. Las obligaciones existen. Nuestra voluntad es tan prodigiosa que tiene la virtud de crearlas (teniendo en cuenta que también pueden nacer por otras fuentes). Las obligaciones son cosas, incorpóreas por cierto, pero tan reales como los helados y los anillos. Si tomamos verdadera conciencia de que las obligaciones existen, respetaremos esa vida propia que tienen y no toleraremos que se extingan de cualquier manera, sino sólo por los modos de extinguir las obligaciones. Admitir la nulidad de la venta o la disolución de la obligación de pagar el precio por el evento de un caso fortuito importa minusvalorar la existencia de las obligaciones de que venimos hablando: es tratarlas como parásitos, que no tienen vida propia, sino que viven de la vida de otro ser. No, las obligaciones nacen y al nacer cobran vida independiente, cada una con sus peculiares características y modos de vivir y de morir (extinguirse).

Cuando tomamos conciencia de la real existencia de los derechos personales, comenzamos a considerarlos. Así como entre mis bienes tengo un martillo para clavar y unas pinzas para quitarme las espinas..., del mismo modo entre mis bienes está la obligación de cuidar la casa que tomé en arrendamiento, el derecho a percibir los frutos del bien que se me dio en anticresis, la obligación de pagar el impuesto a la renta.

De esa forma hay seguridad jurídica. Nadie me va a negar ni que mi martillo existe ni que mi obligación de pagar la renta existe. Y así como el martillo es un bien que me sirve para clavar (y muchas otras cosas más); a los derechos personales también puedo darles utilidad: puedo usar mi derecho a los frutos

para extinguir mi obligación de pagar la renta, puedo usar mi obligación de pagar impuestos para animarme a celebrar un mutuo y así pagarla, o bien novarla por cambio de persona a quien a cambio le vendo mi auto... y todas las combinaciones que la inteligencia y el ingenio humanos puedan construir. Pero para esto, lo único que les pedimos es que respeten la vida de las obligaciones, que no las hagan desaparecer por causas ajenas, aunque loables sean los motivos. Esta es la maravilla de la seguridad jurídica: que permite construir con cimientos sólidos, cimientos que no sólo se componen de cosas corporales, sino también de incorporeales.

Por esta razón no nos parece conveniente la solución de los Códigos argentino y brasilero (por citar algunos). En esos sistemas las obligaciones son completamente inestables. El precio de la cosa puede variar de segundo en segundo: se incrementará si la cosa aumenta, menguará si disminuye: ¿en cuanto? Quién sabe. ¿Se pondrán fácilmente de acuerdo?: lo dudo. A falta de acuerdo, podrá disolver la venta cada cual. Allí la venta —ante varianzas de valor— es revocable, porque puede dejarse sin efecto por la voluntad de una de las partes, que esto significa revocar. ¿Qué seguridad es esa? Ninguna. La intención es loable —salvaguardar la conmutatividad—, pero las consecuencias, completamente nefastas. Qué poca fuerza tiene en esos países el convenio celebrado, qué inseguridad más grande.

## **2.5. Los incentivos están correctamente puestos.**

Nos parece además conveniente la solución chilena sobre los riesgos porque pone los incentivos en su adecuado lugar. Se incentiva a que las ventas se hagan sin plazo, lo que beneficia la libre circulación de los bienes. Si por algún motivo se establece una entrega posterior de la cosa, el vendedor está estimulado a cuidar de ella con mucho celo, pues de otro modo se queda sin

precio. Si se le negara el derecho al precio de sobrevenir un fortuito, se debilitaría su interés en custodiar, porque su esfuerzo podría caer en saco roto.

Por su parte el comprador sabe que su bien está en buenas manos: porque de perecer la cosa sólo pagará el precio si el vendedor lograr probar y superar las dos grandes vallas: la de acreditar diligencia y —la más difícil, objetiva y estricta— de alegar fuerza mayor. Si no pasa estas dos barreras, no tiene el vendedor derecho al precio; y si no pasa ninguna de estas barreras, deberá indemnizar daños y perjuicios. La contrapartida es ya sabida: el comprador soporta el riesgo.

## **2.6. La regulación de los riesgos: normas de la naturaleza.**

Quienes discrepan de la solución de BELLO no pueden calificarla de monstruosa —como acusa ELORRIAGA DE BONIS—, ya que es una norma de la naturaleza y los monstruos no perdonan. A nosotros nos parece una regulación adecuada, justa y conveniente, pero si a alguien no le gusta —ya en si misma ya en relación con una venta en particular—, viva la libertad, modifique estas normas que sólo pertenecen a la naturaleza de la compraventa y que pueden alterarse con la inclusión de cláusulas en contrario. Esto le resta dramatismo a la cuestión estudiada.

Bien puede también el comprador eludir ese evento doloroso de tener que pagar sin nada recibir, comprando un género, o celebrando una venta alternativa (si las dos cosas son especies, se reduce la posibilidad de que el daño acaezca; si una de ellas es género, se elimina del todo). Estos y otros arbitrios lícitos (debe haber muchos, a nosotros no se nos ocurren más) pueden también servir para eludir ese momento de dolor.

## 2.7. El lugar de la misericordia.

Por último, cabe señalar que el sistema siempre deja lugar a la misericordia. La misericordia es una palabra muy bonita. Es un término compuesto de dos vocablos latinos: *miseria*, que significa eso mismo; y la palabra *cor* que en castellano es “corazón”. De modo que el misericordioso es quien tiene “un corazón para las miserias ajenas”. La ley no prohíbe ser misericordioso; es más existe un modo de extinguir las obligaciones denominado remisión o condonación. Pero la misericordia ha de nacer del corazón, debe ser voluntaria y no sería deseable que fuera impuesta por la ley. Así, si el vendedor estima que el cumplimiento de la obligación dañará mucho al comprador, está en su mano condonar. Pero aquí ya estamos fuera del ámbito de la justicia —que es la disposición estable a dar a cada uno lo suyo—. Nos encontramos fuera de su esfera.

El ordenamiento jurídico hace bien en dar cabida, dejar un lugar a la misericordia. Pero sería contraproducente, injusto y, además, violento, que impusiese su ejercicio, pues desde ese mismo instante se desnaturalizaría: ya no nacería del corazón.



## CONCLUSIONES

*Error, justicia y conveniencia*: estas fueron las interrogantes que nos planteamos en la Introducción de nuestra Memoria. Encontrándonos al fin del camino, nos atrevemos a concluir:

1. Que no hay *error* en la solución referida a los riesgos que nuestro legislador vertió en el Código Civil de la República de Chile. No encontramos un tratamiento teórico de los riesgos, sino una solución amplia referida al riesgo de una especie debida —artículo 1550—, y una norma a propósito de la compraventa —artículo 1820— que está en perfecta armonía con aquélla. Solución de tradición milenaria que don Andrés Bello perfectamente conocía.

2. Que es *justa* la solución de poner los riesgos de la especie debida en el comprador. Ese peso tiene como contrapartida no sólo la conservación de la cosa con mediano cuidado: el vendedor tendrá derecho al precio si y sólo si, se configura la exigente categoría de caso fortuito; caso que es de su carga probar. A su turno, los aumentos y disminuciones que puede experimentar la cosa (todos de cargo del comprador), preservan asimismo esta armoniosa distribución de ventajas y desventajas; de beneficios y riesgos.

3. Que es *conveniente* la solución dada por nuestro legislador, pues pone los incentivos para que las transacciones se hagan lo antes posible y así circulen los bienes. Es conveniente, en fin, pues respeta la existencia, la independencia y las características propias de las obligaciones, haciendo de ellas sólidos fundamentos de la vida contractual y robusteciendo así la seguridad jurídica en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. LIBROS

1. ABELIUK MANASEVIC, René. Las Obligaciones. 2ª Edición. Ediar Editores Ltda. Santiago, 1983.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Compraventa y de la Promesa de Venta. Tomo I. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.
3. BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE. Traité Théorique et Pratique de Droit Civil. Tome XI Des Obligations, I. Deuxième Édition. Libraire de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts. Paris, 1900.
4. BELLO, Andrés. Derecho Romano. Ministerio de Educación. Caracas, 1959.
5. BEUDANT, Charles. Cours de Droit Civil Français. Tome VIII. Seconde Édition. Rousseau & C<sup>ie</sup> Éditeurs. Paris 1936.
6. BRUGI, Biagio. Instituciones de Derecho Civil con Aplicación Especial a Todo el derecho Privado. Traducción de la cuarta Edición Italiana por Jaime SIMO BOFARULL. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. Ciudad de México, 1946.
7. BURLAMAQUI. Elementos del Derecho Natural. Tomo II. Traducido del latín al francés por BARBEYRAC y al castellano por D.M.B. GARCÍA SUELTO. Librería de Lecointe y Lasserre. Paris, 1838.
8. CARVALLO SOTO, Jaime. Mejoramientos al Código Civil de Chile. Manuales Universitarios, Ediciones Jurídicas "La Ley". Santiago, 1995.
9. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Tomo I y X 2ª Edición puesta al corriente de la legislación. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1978.
10. COLIN y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de Demófilo DE BUEN. Tomo Tercero. Libraire Dalloz. Paris 1924.
11. COMPENDIO del Catecismo de la Iglesia Católica. Asociación de Editores del Catecismo. Madrid, 2005. 251p.
12. D'ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano. 8ª Edición, revisada. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1991.
13. DA CUNHA GONÇALVES, Luis. Tratado de Direito Civil. Volume IV, VIII e XV. Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1944.

14. DEKKERS, René. *Precis de Droit Civil Belge*. Tome deuxième. Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1955.
15. DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en General*. Tome VI. Rousseau & C<sup>ie</sup> Éditeurs. Paris 1931.
16. DÍEZ DUARTE, Raúl y GUZMÁN CORREA, Carlos. *Compraventa; Promesa de Contrato – Permutación*. Imprenta Editorial “Fantasía”. Santiago, 1976.
17. DÍEZ DUARTE, Raúl. *La Compraventa en el Código Chileno*. Santiago, 1988.
18. ELIACHEVITCH, Basile, TAGER, Paul, NOLDE, Baron Boris. *Traité de Droit Civil et Commercial de Soviets*. Tome II. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1930.
19. ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría. *Camino* (punto 456). Cuadragésima Edición Mexicana. Editorial MiNos, S.A. de C.V. Colombia, 2001. (465 p.).
20. *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Varios Autores. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.
21. GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo III. Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial. Madrid, 1852.
22. GAUDEMET, Eugène. *Théorie Générale des Obligations*. Librairie du Recueil Sirey Société Anonyme. Paris 1937.
23. GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil. Les Obligations. Les effets du contrat*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1992.
24. *Gran Enciclopedia Rialp*. Tomo VI. Ediciones Rialp, S.A. Sexta Edición reimpresa. Madrid, 1991.
25. GROCIO, Hugo. *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Versión directa del original latino por Jaime TORRUBIANO RIPOLL. Tomo II. Editorial Reus (S.A.). Madrid, 1925.
26. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Andrés Bello Codificador. *Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*. Tomo I. Ediciones de la Universidad de Chile. Santiago, 1982.
27. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000. (615 p.).
28. GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004a.

29. GUZMÁN BRITO, Alejandro, et al. El Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil Chileno de 1855. Influencias, Confluencias y Divergencias. Escritos en conmemoración del Bicentenario del Código Civil Francés. Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, 9. Santiago, 2004b.
30. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Estudios Dogmáticos de Derecho Civil. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso, 2005a.
31. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Historia Literaria del Código Civil de la República de Chile. Versión Producciones Gráficas Ltda. Santiago, 2005b.
32. JOSSERAND, Louis. Cours de Droit Civil Positif Français. Libraire du Recueil Sirey Société Anonyme. Tome Deuxième. Paris, 1930.
33. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Versión española y notas de Jaime SANTOS BRIZ. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959.
34. LAURENT, F. Principes de Droit Civil Français. Tome Seizième et Dix-Septieme. 3<sup>e</sup> Edition. Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup> Editeurs. Bruxelles, 1878.
35. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los Contratos Parte General. Tomo II. Cuarta Edición Revisada y Ampliada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.
36. MESSINEO, Francesco. Manuale di Diritto Civile e Commerciale. Volume Secondo. Ottava Edizione Ampliata e in parte Rifatta. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1952.
37. MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2003.
38. OSSORIO, Ángel. Anteproyecto del Código Civil Boliviano. Redactado y publicado por orden del Excmo. Señor Presidente de la República General don Enrique Peñaranda Castillo. Imprenta López. Buenos Aires, 1943.
39. PLANIOL y RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción de Mario DÍAZ CRUZ. Tomo VI. Cultural S.A. La Habana 1940.
40. POTHIER. Tratado del Contrato de Compra y Venta. Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores. Imprenta y Litografía de J Roger. Barcelona, 1841.
41. PUFENDORF, Samuel. De Iure Naturae et Gentium. Volume I. Oxford: at The Clarendon Press; London: Humprey Milford. 1934.

42. REAL Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001.
43. SAINT JOSEPH, A. Concordancia entre el Código Civil Francés, y los Códigos Civiles Estrangeros. Traducida del francés por d. F. VERLANGE GUERTA Y J. MUÑIZ MIRANDA. Madrid 1843.
44. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE. Droit Civil, Les Obligations. 7e Édition. Dalloz. Paris, 1999.
45. ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition. Oxford, University Press, 1996.

## **II. TEXTOS LEGALES NACIONALES Y EXTRANJEROS, DEROGADOS Y VIGENTES.**

1. Codice Civile annotato con la Giurisprudenza della Cassazione. Quinta Edizione. Editoriale Multa Paucis AG. Milano, 1967.
2. Código Civil Alemán. Comentado por Emilio EIRANOVA ENCINAS. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid-Barcelona, 1998.
3. Código Civil Boliviano. René CANELAS L. Edición autorizada por el Supremo Gobierno. Editorial Letras. La Paz, 1958.
4. Código Civil de Chile. Decimosexta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.
5. Código Civil de Colombia con notas, concordancias, jurisprudencia de la Corte Suprema y normas legales complementarias. Jorge ORTEGA TORRES. 6ª Edición actualizada. Editorial Temis. Colombia, 1969.
6. Código Civil de Costa Rica, Anotado y Concordado por el Licenciado Hector Beeche. Imprenta Lehmann, San José de Costa Rica, 1945.
7. Código Civil de la República Oriental del Uruguay anotado y concordado por el Dr. Celedonio NIN y SILVA. 4ª Edición puesta al día por el Dr. Mario NIN POMOLI. Colombino Hnos. S.A. Editores. Uruguay, 1958.
8. Código Civil y Leyes Complementarias Comentado, Anotado y Concordado por Oscar J. ARNEAL. Tomo III y VI. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo. Depalma. Buenos Aires, 1994.
9. Código Civil. Comentarios, concordancias y exposición de motivos por J.V. FAJARDO. 5ª Edición con las últimas modificaciones. Perú, 1966.

10. Código de Comercio. Séptima edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1976. (nos aseguramos que todas las normas citadas continúan hoy vigentes)
11. Códigos Españoles Concordados y Anotados. Tomo III. Imprenta de la Publicidad. Madrid, 1848.
12. Corpus Iuris Civilis, traducido al castellano por KRIEDEL, "et al". Primera Parte. Instituta-Digesto. Jaime Molinas, Editor. Barcelona, 1889.
13. Digesto de Justiniano. Versión Castellana por Álvaro D'Ors "et al". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1972.
14. <http://www.latinlaws.com/legislacion>
15. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Proyecto de Código Civil. Traducido al castellano por Arturo PONS. Imprenta "El Hogar y la Escuela". Buenos Aires, 1900.