

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

Doctor de Derecho (U. Complutense de Madrid)
Profesor titular de Derecho Civil
U. de Concepción
U.C. de la Stma. Concepción

OBLIGACIONES

TEORIA GENERAL Y CLASIFICACIONES
LA RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO

© DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 137.039, año 2003
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 800 ejemplares en el mes de diciembre de 2003

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1511-0



"Con el tiempo, todos te olvidarán.
Te olvidarán tus parientes, tus vecinos,
tus amigos y hasta tus enemigos.
Pero nunca tu acreedor".

ABREVIATURAS

art., arts.	artículo, artículos
CC	Código Civil
C. de A.	Código de Aguas
C. de C.	Código de Comercio
C. de M.	Código de Minería
C. del T.	Código del Trabajo
cons.	considerando
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
COT	Código Orgánico de Tribunales
C. Pol.	Constitución Política
CPP	Código de Procedimiento Penal
D.	Derecho
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
D.O.	Diario Oficial
DS	Decreto Supremo
edic.	edición
Edit.	Editorial
F. del M.	Revista Fallos del Mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales
inc., incs.	inciso, incisos
ob. cit.	obra citada
p., pp.	página, páginas
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia

ABREVIATURAS

Regl.	Reglamento
Repert.	Repertorio
Rev.	Revista
secc.	sección
sem.	semestre
sent.	sentencia
sgts.	siguientes
T.	tomo
tít., títs.	título, títulos
trad.	traducción, traductor
Univ.	Universidad
v.	ver o véase
vol.	volumen

PRIMERA PARTE

TEORIA GENERAL

9. PRINCIPIOS

En el derecho de obligaciones tiene aplicación frecuente un conjunto de principios que inspiran a la generalidad de las legislaciones y deben orientar asimismo su vigencia práctica. En nuestro

Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (de 1980, en vigor generalizado desde 1990); con su especial imperio, las actuales directivas de la Unión Europea; y los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional, de 1964.

V. también, Rotondi, Mario: "L'unification du droit des obligations civiles et commerciales en Italie". En *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, 1968, pp. 1 y sgts.; Broseta Pont, M.: *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Edit. Tecnos, Madrid, 1965; Galli, Enrique: *Contribución al estudio de la unificación del derecho de las obligaciones en América Latina*. Impr. de la Univ. de Córdoba, Córdoba, 1944; Consentini, Francisco: "La unificación integral del derecho civil americano". En *Rev. Gral. de Legisla. y Jurispr.*, T. 157, p. 99, Madrid, 1930; Bengolea, Jorge: *Unificación de régimen en las obligaciones y contratos*. Libr. Jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1946; Ruiz y Tomás, P.: "La moderna doctrina ante el Código único de obligaciones y contratos", en *Rev. Gral. de Legisla. y Jurispr.*, T. 158, p. 271, Madrid, 1931; Mazeaud, H.: "Consideraciones sobre la unificación internacional del derecho civil y el proyecto de reforma del Código Napoleón en la esfera de las obligaciones", en *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1952, p. 561; García Revillo, J.: "El problema de la unificación del derecho", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, Valencia, 1944, p. 98; David, René: "Influencias del Derecho Civil francés en América", en *Información Jurídica*, Madrid, 1951, p. 559; Fueyo, Fernando: "Algunas características modernas del Derecho de obligaciones", en *RDJ*, T. 53, 1ª Parte, pp. 50 y sgts.; De Gáspari, Luis: *El régimen de las obligaciones en el Derecho Latinoamericano*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960; Da Silva, Caio: "Código de las obligaciones", en *Rev. Jurídica de Buenos Aires*, I-II, 1965, pp. 183 y sgts.; Stiglitz, Rubén, y otros: *Contratos civiles y comerciales*. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. T. I, pp. 22 y sgts.; Alterini, Atilio, y López Cabana, Roberto. Ob. cit., pp. 33 y sgts. Para el notorio avance de la unificación del derecho europeo en el ámbito de la Unión, Schulze, Reiner, y Zimmermann, Reinhard: *Textos básicos de derecho privado europeo*. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, por Esther Arroyo. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2002. Y Ruffini Gandolfi, María: "Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen des contrats", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° 4, oct.-déc., 2002, pp. 1075 y sgts.

³⁹ Es ocasión de al menos mencionar el incremento que se ha ido produciendo (y que se intensificará en el futuro) de la contratación internacional. No procede aquí describirla. Pero sí parece pertinente efectuar una referencia a la llamada (nueva) *lex mercatoria*, que se alza como un derecho metanacional, que tiende a ir coincidiendo con el mercado internacional. Su nombre evoca y, más aún, pretende aludir al renacimiento de ese derecho universal creado a fines de la Edad Media por los comerciantes europeos, en base a los estatutos de las corporaciones mercantiles, las costumbres y la jurisprudencia de tribunales de comercio (*curia mercatorum*), que se adelantaron a los Estados modernos, los cuales después recibieron sus principios y normas, cuando el derecho civil (romano) se

medio algunos no han sido especialmente atendidos. A continuación se formulan unas observaciones generales en torno a ellos y luego se expone una *síntesis* de los más destacados.⁴⁰

a) En cuanto a su antigüedad, generalmente tienen sus raíces en Roma, pero se han ido enriqueciendo con permanentes aportes posteriores.

b) Por su contenido y fundamento, en definitiva son principios generales de derecho; son aplicables a toda materia jurídica. Por lo mismo, desde el punto de vista legislativo podrían formar parte antes que de un Código Civil, de una ley de bases generales del ordenamiento jurídico. Y desde el punto de vista doctrinario deberían tratarse (y suele ocurrir) en estudios jurídicos generales o introductorios. Pero como por tradición jurídica sus más claros asientos positivos se incorporan a los códigos civiles y tienen sobresaliente aplicación en las materias civiles, es propicio tratarlos en esta disciplina. Y, dentro de ella, por su intensa aplicación en las relaciones obligatorias, es justificado mencionarlos aquí.

c) En cuanto a su fundamento, se proponen variadas explicaciones más o menos inmediatas. Incluso, confrontando proposiciones doctrinarias se llega a producir una escalada explicativa, en la cual unos aparecen basados en otros. Pero en último término se fundan en la equidad.

hacia insuficiente ante las exigencias del comercio. A semejanza de la antigua, pero con las nuevas modalidades de la vida comercial moderna, la nueva *lex mercatoria* está constituida por el conjunto de principios, usos y prácticas del tráfico mercantil, consignados en la contratación y en la jurisprudencia arbitral internacional. Actúa en un ámbito de mercados políticamente divididos (por los diversos Estados), intentando entonces superar la consecuente diversidad jurídica (que al menos en algunas zonas afortunadamente tiende a extinguirse o al menos debilitarse por una voluntad política coincidente a favor de la uniformidad). Hay que prevenir también que su obligatoriedad proviene no directamente (no constituyen reglas de Derecho objetivo) sino a través del carácter vinculante de los contratos, que tácitamente la hacen suya o fundadamente en ella confían, y, siendo ordinariamente acatada, va ganando la categoría de "prácticas contractuales internacionalmente uniformes" (sin perjuicio del poderoso vigor de persuasión que ejerce en la judicatura) (v., para más datos, Galgano, Francesco (Coordinador): *Atlas de Derecho Privado comparado*. Trad. de Juan Fernández y Rafael Verderra. Edit. Fundac. Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 95 y sgts.).

⁴⁰ El principio general de la autonomía de la voluntad, de particular vigencia en los contratos, pero también en alguna medida en las obligaciones (sobre todo considerando la frecuencia de las de origen precisamente contractual), fue sintetizado en el capítulo de la evolución, por lo cual no será considerado aquí.

Por lo mismo, bien puede derivarse que constituyen aplicaciones un paso más específicas de aquel general concepto, sólo que matizado para distintas situaciones, con elementos, algunos técnicos, que lo precisan. Dicho de otro modo, es la equidad con contornos más especificados, ante determinadas situaciones. Esos elementos que la adecuan, como ocurre habitualmente con el afinamiento doctrinario, son útiles para asegurar un funcionamiento más objetivo de la equidad, que evite los riesgos de su aplicación en estado puro, en el cual puede corromperse o equivocarse más fácilmente.

d) Esta final unificación explica también que cuando se profundiza el análisis de cualquiera de ellos, aparecen *conexiones* con otros.

e) Tocante a su *función*, conviene aquí recordar las que la doctrina asigna en general a los principios generales de derecho, por cierto aplicables a éstos: orientadores de la legislación, integradores de lagunas legales, elementos de interpretación de pasajes oscuros. A este respecto, las dos últimas tienen asidero positivo entre nosotros (art. 170 N° 5 del CPC, en relación con el art. 10 del COT, y art. 24 del CC).⁴¹

A este respecto, en su aplicación, particularmente en algunos (como en el repudio al enriquecimiento sin causa y el respeto a los actos propios), suele plantearse el problema de la subsidiariedad (o carácter residual). Se trata de definir si en su aplicación directa a casos el principio es aplicable indistintamente con estatutos o conceptos destinados al respectivo conflicto o mantiene una vigencia subsidiaria, a falta de norma que directamente resuelva la situación. La respuesta es de teoría general del derecho y se inserta en el funcionamiento del conjunto de fuentes. Pero desde luego podemos consignar que, en términos generales, debe procederse a una distinción que reduce o aísla la interrogante. Si se trata de aplicar el principio directamente al caso como solución única o fundamental (en una función normativa), parece natural concluir en esa vigencia subsidiaria (evitando así una verdadera substitución de la normativa y de ese modo todo un cambio de naturaleza del sistema); pero recordando las diversas funciones que cumplen, su aplicación a casos también se percibe en otras actividades, como en la

interpretación de normas oscuras; aquí, como elemento interpretativo y también como argumento en variados conflictos, jurídicos y de hecho, su aplicación directa a casos no encuentra obstáculo y, más aún, el carácter subsidiario no es pertinente (para algunas particularidades sobre ese carácter se volverá más adelante).

f) En el análisis de cada uno la doctrina suele distinguir elementos constitutivos y requisitos de procedencia, pero en su concreta aplicación debe actuarse con flexibilidad, teniendo presente que la finalidad perseguida es la solución equitativa de casos.

g) El Código chileno, como la generalidad de los de su tiempo, no consagra estos principios *en términos generales y expresos*. En la omisión influyen antecedentes históricos, criterios técnicos y la circunstancia de que, generalmente, implican limitaciones al ideario voluntarista que en gran medida preside la regulación patrimonial en él contenida. Sin embargo, en diversas materias específicas o los enuncia directamente o las normas aparecen claramente inspiradas en alguno de ellos. Así, pues, es común la duda y el debate acerca de si están consagrados o no con validez general. Como tendencia, estamos por la afirmativa, considerando que son constantes en nuestra tradición jurídica y que, en el fondo fundados ellos en la equidad, ésta forma parte de todo ordenamiento (incluso entre nosotros con textos expresos, como los recién mencionados).

h) Por último, una aclaración algo más que terminológica. Habitualmente se mencionan como principios la buena fe, el enriquecimiento sin causa, etc. Un principio (en el sentido en el cual aquí se emplea el término) es una proposición valorativa. Aquéllos son conceptos. Por tanto, el principio debe enunciarse como la protección a la buena fe, el repudio al enriquecimiento sin causa, etc.⁴²

A. LA PROTECCIÓN DE LA BUENA FE

Conviene comenzar reparando en que, primariamente, el sustantivo es la fe, que puede revestirse con los adjetivos buena o mala.

⁴¹ Debe advertirse que el art. 24 del CC menciona al "espíritu general de la legislación", expresión que hace admisible la duda de si estará refiriéndose a los comúnmente llamados principios generales de derecho.

⁴² Sobre los principios en general, v. Del Vecchio, Giorgio: *Los principios generales del derecho*. Trad. de Osorio Morales (3ª edic.). Edit. Bosch, Barcelona, 1971; De Castro y Bravo, Federico: *Derecho civil de España*. Parte General. T. I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955, pp. 448 y sgts.; Esser, Josef: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. de Eduardo Valentí. Edit. Bosch, Barcelona, 1961.

Fe (*fides*) es convicción o creencia.

Entonces, la buena fe consiste en la convicción de actuar lícitamente, honestamente.

Así queda de inmediato aclarado el antónimo.

El principio consiste en que el derecho protege las actuaciones de buena fe; protege a quien actúa de buena fe. Y, por lo mismo, se repudia la actuación de mala fe.

Acogido desde siempre, la doctrina actual enfatiza este principio y es procedente darle aplicación en todas las instituciones jurídicas. Es tal su amplitud que en ocasiones se suele mencionar a su vez como fundante de otros principios.⁴³ En la materia contractual debe reconocérsele influencia desde las tratativas preliminares hasta más allá del cumplimiento (en las relaciones postcontractuales), incluyendo la celebración del contrato, su cumplimiento, su interpretación y su terminación.⁴⁴

Los Códigos del siglo XX le destinan textos de *aplicación general*, con permanente influencia. Por ejemplo, el CC alemán (art. 157 referido al contrato y 242, referido a las obligaciones); el CC suizo (art. 2); el CC español (art. 7-1 del texto actual de su título preliminar); el CC italiano (arts. 1175, 1366, 1375, para la materia obligacional y contractual); el CC boliviano (nuevo; para el ejercicio de los derechos en general, art. 1279; para la ejecución del contrato, art. 520);

⁴³ En todo caso se entiende que, en general, no puede ser aducida para eximirse del cumplimiento de la ley; es más, entre nosotros debe tenerse presente el riguroso inc. final del art. 706, aunque se le ha conferido un alcance para la sola materia posesoria.

⁴⁴ Su aplicación en cada etapa del trayecto contractual puede verse en López, Jorge: "Los contratos". Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001, T. II, N° 63, p. 398 y sgts.

A este respecto es conveniente formular al menos un alcance sobre la relación entre la buena fe y el deber de información (tema este último que pertenece propiamente al derecho de los contratos). Como se sabe, en el derecho de la contratación se ha desarrollado el denominado "deber de información" entre los contratantes, especialmente en la etapa de las tratativas preliminares. Pues bien, en las situaciones concretas puede producirse un conflicto en la vigencia de ambos deberes (actuar de buena fe y comunicar a la contraparte la información relevante de que se disponga), debido a que es también exigible en cada uno un deber de informarse (al menos medianamente) antes de entrar a negociar. Así, en cada caso parece posible el hallazgo de la solución en la determinación del grado en que cada uno debe informarse, como inversión diligente para contratar; a partir de allí, la buena fe impondría informar los datos relevantes de que se disponga para evitar una ventaja objetable (considerando los costos de la adquisición de información, el análisis económico será aun menos indulgente con el contratante desinformado, añadiendo que imponerle podría inhibir inconvenientemente la adquisición de información).

el CC peruano (nuevo; arts. 168 y especialmente 1362, limitados al ámbito contractual); el CC paraguayo (nuevo; para el ejercicio de los derechos en general, art. 372; para materias contractuales específicas, arts. 689, 714, 719). Por su amplitud y claridad, conviene transcribir el texto del título preliminar del CC español: "Los derechos deberán ejecutarse conforme a las exigencias de la buena fe". Y por su conveniente descripción en el campo contractual, el texto del CC peruano: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes" (en términos semejantes, el art. 1197 del Proyecto argentino de Derecho Privado Unificado, de 1987; también los arts. 395, 677, 920, 966, 1023, y 1063 del Proyecto posterior, de 1998; también el art. 7 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que para su interpretación impone tener en cuenta la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional); y el CC holandés (arts. 3-11; 3-12; 3-23; 3-118; 6-2).

El Código chileno no lo consagra expresamente y con alcance general (y es conveniente que se incorpore en esa forma y en esos términos de generalidad). Sin embargo son muchos los textos que para materias amplias y restringidas lo acogen. Tal vez la disposición de mayor alcance es la relativa a la ejecución de los contratos de buena fe (art. 1546, regla que debe extenderse a la interpretación, pues si deben ejecutarse con esa actitud, es razonable que la etapa previa de determinación del contenido deba definirse también conforme a ella; al examinar la distinción entre obligaciones principales, accesorias y dependientes, se tratará la calificación de los "deberes" a que se refiere el inc. 2° de este precepto). Pero, además, pueden mencionarse las reglas relativas a: matrimonio putativo (art. 122), posesión (arts. 702, 706 y 707), efectos de la acción de indignidad respecto de terceros (art. 976), efectos de la resolución respecto de terceros (art. 1490), acción pauliana (art. 2468), efectos de la rescisión del decreto de posesión definitiva de los bienes del presuntamente muerto (art. 94), pago al poseedor del crédito (art. 1576), pago indebido (arts. 2301, 2302, 2303), efectos de la nulidad entre las partes (art. 1687), procedencia de la acción reivindicatoria (arts. 897 y 900), prestaciones mutuas en la acción reivindicatoria (arts. 904 y sgts.), indemnización en acciones posesorias (art. 927), efectos de un mandato extinguido (art. 2173), responsabilidad del ocupante de la herencia en la acción de petición de herencia (art. 1267 y 1268), efectos de enajenaciones de bienes muebles sociales o de un cónyuge efectuadas por cualquiera de ellos (art. 1739).

Estas disposiciones son suficientes para concluir que tiene definida consagración en nuestro derecho, no obstante esa falta de norma general expresa.

Por cierto, su vigencia como principio (tácitamente incorporado en el ordenamiento), con sus diversas funciones (integradora, interpretativa, etc.), surgirá en todas aquellas situaciones en que no hay norma que ordene considerarlo y ha de ser el juez quien, atendidas las características del caso, decida que es ocasión de emplearlo, con el efecto correspondiente.

Es también generalmente aceptada la conclusión de que, salvo norma que establezca la presunción contraria, la presumida es la buena. A este respecto, entre nosotros el art. 707 contiene esa presunción. Es cierto que está establecido para la materia posesoria, pero se le tiene por norma de aplicación general; es lo razonable (la regla general es que las personas actúen rectamente) y entonces podemos también acudir al art. 1698 (asimismo entendido con alcance general; también consagra esta presunción, para el tema que regula, el art. 94, N° 5).

En cuanto a su medición o evaluación en los casos concretos, es la ocasión de efectuar una especial referencia. Se ha difundido una distinción entre buena fe subjetiva y objetiva. Se entiende por la primera la convicción de actuar lícitamente; y por la segunda, la conducta socialmente exigible en la actuación del sujeto, es decir, el comportamiento que en el medio social de que se trata se entiende por actuación recta.

No compartimos la distinción en cuanto pretende formar categorías. La fe es una sola, con sus dos adjetivos mencionados. Lo que suele entenderse por fe objetiva es más bien un *método para evaluar* la fe del sujeto. Ante la imposibilidad de descubrirla, atendida su naturaleza subjetiva, síquica, hay que acudir a medios indirectos, y entonces aparece la comparación de la actuación del sujeto con la conducta que tendría que haber adoptado.

Para la evaluación de la fe en los casos concretos técnicamente surge el mecanismo de las presunciones. A este respecto pueden presentarse varias hipótesis:

a) En ocasiones la ley ordena expresamente considerar la fe del sujeto derivando cierto efecto según la tenga buena o mala. Y la ley misma dispone que ciertos hechos o actuaciones del sujeto revelan su fe (buena o mala, según el caso). Se está en presencia de una presunción legal (simplemente legal o de derecho), configurándose una *evaluación objetiva legal*. Por ejemplo, arts. 706, 2468, 94 N° 6.

b) En otras ocasiones la ley atiende a la buena o mala fe agregando el efecto, pero sin describir qué hechos la revelan.

Entonces será el juez quien ha de determinar si el sujeto está de buena o mala fe. En tales situaciones se estará en presencia de una presunción judicial, configurándose una *evaluación objetiva judicial*. Esta es la actitud que mayoritariamente adopta el legislador (así acontece en la mayoría de los textos primeramente citados). Aquí el juez tendrá que comparar la conducta del sujeto con lo que él estime por buena fe, o, preferiblemente, con lo que objetivamente se entiende por conducta recta (en todo caso, lo que él estime que es la conducta tenida por recta en el medio social respectivo).

c) Y quedan las situaciones en que no hay siquiera norma legal que disponga atender a la fe del sujeto. Conforme recién se dijo, son los casos en donde cobra vigencia el principio (que se estima está tácitamente incorporado). Aquí es el juez quien ha de desarrollar toda la labor: resolver que procede considerarla; que tal es el efecto; y que tales son los hechos que revelan la fe del sujeto (buena o mala). Se parte de la presunción de buena fe, pero con los hechos de la causa podrá configurarse una presunción judicial contraria.

También se ha llegado a distinguir entre buena fe "creencia" (o convicción) y buena fe "comportamiento", concluyéndose que la primera es propia de los derechos reales (señaladamente de la posesión) y la segunda de las obligaciones y contratos. Es cierto que en algunas situaciones (como en la posesión) la buena fe adopta la forma de creencia o convicción (de ser dueño; y ahí, una razonable "duda" que debería asaltar a quien alega estar de buena fe, puede conducir a la calificación contraria); y en otras (como en la ejecución de una obra material que se ha comprometido), la de una conducta o modo de comportarse. Pero no parece convincente separar allí dos categorías de fe; se trata de dos fisonomías que adopta en diversas situaciones; más aún, el comportamiento siempre está íntimamente vinculado a la convicción (y hasta deriva de ella). Y en cuanto a la adjudicación de campos de aplicación debe entenderse sólo como un predominio o vigencia más frecuente.

Por último, no obstante la amplitud de su vigencia, conviene no alterar los conceptos. Como se verá en capítulos específicos, para lograr cierto conveniente resultado, en ocasiones al negligente se le califica como sujeto de mala fe; diligencia y fe son conceptos diversos. Es perfectamente concebible ser negligente y estar de buena fe. Distinto es que haya situaciones en las que pueda justificarse aplicar a un negligente el mismo tratamiento que se aplica a un

sujeto de mala fe. Otro tanto puede decirse respecto de quienes asumen un riesgo.⁴⁵

B. LA PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA

Por influencia de diversos factores, especialmente de la confianza y la rapidez, ha sido en el derecho comercial en donde se ha ido desenvolviendo la noción de apariencia hasta configurarse ya un principio protector de ella, el cual, por su evidente justificación, ha ganado presencia también en el derecho civil y, señaladamente, en el derecho de las obligaciones.

Puede enunciarse como el principio en virtud del cual quien actúa guiándose por las situaciones que contempla a su alrededor debe ser protegido si posteriormente se pretende que esas situaciones no existen o tienen características distintas de las ostensibles.

Su germen se encuentra en el concepto romano de "error común", al cual, como se sabe, se le confiere el efecto de *convalidar* situaciones que normalmente resultarían nulas (*error communis facit ius*).

Puede observarse que en gran medida tiene su base en la buena fe y en cierto sentido viene a resultar una concreción de ella, en cuanto se parte del supuesto de que el sujeto tiene la convicción de que es realidad lo que observa, y desconoce la existencia de otra que pudiere ocultarse tras aquella. Por cierto, si se demostrare que sabía que lo externo es sólo apariencia y que la realidad era otra, ya no es digno de protección jurídica (más adelante se mencionarán textos nacionales en los que se confirmará la vinculación; por ahora destacamos los arts. 1490, 1576 inc. 2º, 2173).

También se vincula a la denominada doctrina de los actos propios (como se verá pronto), en términos que, con base en la bue-

⁴⁵Para más antecedentes, dentro del abundante tratamiento, pueden mencionarse: De los Mozos, José Luis: *El principio de la buena fe*. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español. Edit. Bosch, Barcelona, 1965 (y las obras ahí citadas); Wieacker, Franz: *El principio general de la buena fe*. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1977; Ferreira Rubio, Delia: *La buena fe*. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1984; Zimmermann, Reinhard y Whittaker, Simon: "Good faith in European Contract Law". Cambridge University Press. Cambridge, 2000; Medina Pérez, José: *La buena fe en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia*. Edit. Escuela Tip. Salesiana, Concepción, 1950. V. también los principios de derecho contractual europeo de la Comisión Lando y los de Unidroit, en los que es expresamente acogida; en los últimos junto al deber de cooperación.

na fe, se protege a quien actúa guiándose por la apariencia y confiando en la coherencia de los actos de otro.⁴⁶

Admitiendo la permanente y recíproca influencia entre la realidad y las reglas jurídicas que la rigen, esta doctrina constituye una manifestación de la influencia de los hechos en el Derecho (y hasta —podría decirse— de una sumisión de éste a aquéllos). A través de ella, funcionando como un elemento corrector, se desestiman soluciones que emergen de la lógica legal para amparar situaciones de hecho.

En algunas ocasiones el derecho considera a la apariencia *en sí misma*. De cierta situación de hecho ostensible, el derecho deriva consecuencias jurídicas. Así ocurre, por ejemplo, con la obligación de saneamiento de los vicios redhibitorios (ocultos) de la cosa en la compraventa, en cuanto de los vicios que el vendedor responde es de los ocultos, no de los aparentes, pues éstos eran descubribles por el comprador con el elemental examen que debe efectuar de la cosa que compra. Otro tanto acontece con la posesión, en cuanto el Derecho hace nacer efectos directamente del hecho posesorio; si alguien se comporta como dueño de una cosa, de esa situación de hecho se generan efectos jurídicos (le confiere acciones protectoras, en ciertos casos le confiere los frutos, lo encamina al dominio mediante la prescripción).⁴⁷

En otras ocasiones la apariencia es considerada en cuanto *reveladora de derechos*. Los derechos se manifiestan o exteriorizan mediante su ejercicio y el ejercicio se traduce en hechos concretos, materiales. Entonces, cuando se configura un conjunto de hechos de esos que se ejecutan cuando se tiene un derecho (son hechos

⁴⁶Esa relación puede apreciarse en una notable sentencia del Tribunal Supremo de España, de 17 de abril de 1952. En ella, luego de probarse que un sujeto no tenía la calidad de cónyuge de una deudora, y habiéndose demostrado que él venía contribuyendo al error de ser considerado como tal, se resolvió que más tarde no podía alegar ese error en su beneficio, para sustraerse de cumplir una obligación por la que fue demandado en cuanto cónyuge.

⁴⁷A propósito de la posesión como destacada situación de apariencia a la cual el derecho reconoce, se ha observado que en estas situaciones, en las que aún no interviene un tercero, la protección que se confiere a la apariencia es provisional. Es provisional porque, en el caso de la posesión, por obra de un juicio declarativo (interpuesto por el verdadero titular, suponiendo que la acción posesoria la tiene el poseedor) la realidad aun puede vencer a la apariencia. La protección definitiva puede llegar a lograrse mediante la prescripción adquisitiva. Pero, como puede verse, tampoco es instantánea. La protección definitiva e instantánea a la apariencia parece estar reservada al tercero que actúa en base a la apariencia, y que actúa de buena fe, como luego se verá (v. Gordillo, Antonio: *La representación aparente*. Publicaciones de la Univ. de Sevilla, 1978, pp. 451 y sgts.).

reveladores de un derecho), se puede estar: a) ante una situación en que efectivamente el derecho se tiene (tras los hechos, tras la exteriorización, está el derecho respectivo), o b) se puede estar ante una pura apariencia (hay una creencia errónea).

Esta última situación conduce a los denominados derechos aparentes, y aquí la apariencia se vincula con la buena fe, para dotar a la apariencia de efectos jurídicos protegiendo a los terceros de buena fe, a quienes tenían la convicción de que se estaban relacionando con quien efectivamente era el titular del derecho.

Hace ya algunas décadas, cuando la doctrina de la apariencia se fue extendiendo, se intentó justificar su aplicación apoyándola en una base de responsabilidad civil. El apoyo se buscaba para tranquilizar la incomodidad que significaba aplicarla en situaciones de silencio legal (que es donde resulta de mayor utilidad). Se postula que si al fin, al descubrirse la verdad, se impone la solución jurídica normal, los terceros que actuaron guiados por la apariencia verían extinguirse sus derechos, sufriendo el consiguiente perjuicio. Y, por otra parte, si esa apariencia se produjo es porque el verdadero titular omitió u olvidó ejercer sus prerrogativas o, a veces más, contribuyó activamente a que la apariencia se desarrollara, con lo cual incurrió en negligencia o falta por la que debe responder. Y la más adecuada reparación de ese perjuicio es impedir que se impongan las soluciones lógicas, manteniéndose los derechos de los terceros que creyeron en la situación aparente.

Puede verse que en este planteamiento el elemento central es la conducta del verdadero titular, y la apariencia constituye solamente una modalidad que adopta la reparación. Y ocurre que en muchas ocasiones resulta difícil configurar una falta de parte del titular y, aun más, suele no existir.

Entonces, se ha preferido justificar su aplicación, autónomamente, en su propio significado y en el rol que cumple más que en la supuesta falta o negligencia del titular.

La apariencia, ese hecho o conjunto de hechos que se han configurado confiriendo la creencia de que tras ella existe el derecho correspondiente, debe provocar (si es necesario con algunas modificaciones) el efecto que anuncia, en quienes justificadamente han creído que es realidad.

En este planteamiento debe agregarse un complemento que estimamos necesario para su integridad, que se pronuncie sobre el origen del derecho que se reconocerá al tercero que se ha fiado de la apariencia. Al tercero los derechos le derivan no del titular aparente

(que nos los ha tenido) ni del efectivo (que no los ha querido transferir). Así, no queda otra alternativa que concluir que se le derivan de la ley; o, si se prefiere –recordando que se aboga por su aplicación a casos no legislados– del ordenamiento jurídico, o del derecho.

En este sentido, la protección de la apariencia se erige en una corrección a los categóricos efectos de otro principio y frecuentemente norma positiva, conocida en forma de adagio: “Nadie puede transferir más derechos de los que tiene” (*Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*). Por aplicación de este principio, normalmente el tercero no podría adquirir el derecho, porque su antecesor no lo tenía (sólo parecía tenerlo). Pero he aquí que, por aplicación del principio protector de la apariencia, el tercero logra el derecho, sólo que no del que parecía transferírsele (en cuyo caso se rompería aquel otro principio), sino del orden jurídico.⁴⁸

Y en cuanto al rol, la protección a la apariencia viene a satisfacer la necesidad de conferir *seguridad* a las relaciones jurídicas.

Pero la seguridad a la que hay que atender es a la seguridad del que quiere actuar, del que quiere emprender negocios o actividades creadoras, que benefician a la comunidad (a la que se ha llegado a denominar “seguridad dinámica”), no a la que contribuye a la sola detentación de bienes (que puede ser llamada “seguridad estática”). Así, el principio viene a *animar a actuar*, ofreciendo a los emprendedores la seguridad de que los derechos que derivan de sus actuaciones les serán mantenidos. En estos términos, el principio cumple un importante rol de utilidad social, de estimulante a emprender actividades.

Ubicados en el sujeto verdadero titular de derechos, el principio constituye una amenaza para él; le infunde un temor de ver ex-

⁴⁸ Se ha apuntado el dato histórico de que el principio “*nemo plus juris...*” se sostuvo con bastante energía en el derecho romano y comenzó a sufrir limitaciones por obra de la regla germánica de que “en materia de muebles la posesión equivale a título” (la cual ciertamente contiene substancia de la que ahora es conocida como doctrina de la apariencia).

Más aún, la regla “*nemo plus juris...*” se mantuvo firme en los siglos posteriores. Más aún, por lógica y, en principio, por justa, se mantiene y ha de mantenerse siempre, y es la que ha postergado la aplicación de la apariencia. Pero por la fuerza de la realidad se ha ido atenuando su vigor. Primero con la máxima del error común, luego con la regla de que en materia de muebles la posesión equivale a título, luego con el debilitamiento del dogma de la autonomía de la voluntad y la consideración de la voluntad declarada al menos en competencia con la voluntad real, ingredientes que han ido contribuyendo a la configuración de la doctrina de la apariencia.

tinguido su derecho; lo deja inseguro; pero la seguridad a la que él aspira es estática, la de la fortuna ya asentada, que puede conducir al inmovilismo y que, por lo mismo, resulta socialmente menos útil.⁴⁹

Lo dicho nos reconduce al punto del fundamento, en el sentido de que el fundamento de la responsabilidad civil se situaba en un plano de intereses individuales (el perjuicio al tercero cuya reparación implicaba sacrificar el derecho del titular real que habría incurrido en culpa), en tanto que este planteamiento se implanta en un contexto social, con dos comprensiones de la seguridad jurídica y su función.

Pero así como respetar siempre la lógica jurídica paralizaría la acción, también debe mantenerse la regla jurídica cuando la verdad es fácil de alcanzar; de no ser así, se pasaría desde una protección a la iniciativa hacia una protección a la negligencia. Esta prevención conduce a imponer algunas exigencias al error que padece el tercero que actúa en base a la apariencia.

El ya aludido "error común" impone exigencias determinadas para configurarse. Cuando se padece cumpliendo esos requisitos, produce su efecto de sanear una situación jurídicamente defectuosa. Se exige buena fe del que lo aduce (que él exactamente haya incurrido en el error), que sea padecido por un número apreciable de personas de la comunidad y que existan las llamadas apariencias de legitimidad. Pero estas últimas características han sido siempre exigidas con intensa rigurosidad, hasta llegarse a la noción de error invencible, es decir, a exigirse que el error tenga tal fuerza, que no haya sido posible vencerlo, salir de él.

Puede verse que esa noción es excesiva para el adecuado funcionamiento de la doctrina de la apariencia y el cumplimiento de su rol y se abre camino una menos rigurosa, bajo la expresión "error legítimo", que atenúa notablemente aquel rigor. La flexibilidad se manifiesta en dos sentidos. Ya no se exige que el error lo padezca la generalidad del grupo social; basta que lo padezca quien lo aduce (de error común pasa a ser individual). Y, por otra parte, no se exige invencibilidad o que el sujeto haya desplegado intensas ave-

riguaciones para descubrir la verdad y no obstante ello se haya mantenido en el error; basta el despliegue de normales averiguaciones; basta una diligencia normal de modo que, no obstante ella, se haya permanecido en el error. Se entiende que en estas circunstancias a los terceros los incitamos a actuar, y con cierta rapidez, cuidando de que sean normalmente diligentes, pero evitándoles búsquedas que son posibles pero complicadas y, por ende, retardantes.

La jurisprudencia (extranjera) ha llegado a recoger la noción de error legítimo, pero sin eliminar la de error común. La coexistencia se explica por los diversos entornos en que puede funcionar la apariencia. Así, por ejemplo, en negocios de transferencia de inmuebles, los cuales habitualmente se efectúan sin premura, parecen mantenerse las exigencias del error común, en tanto que en materias como el mandato aparente se adopta el criterio más flexible del error legítimo.⁵⁰

También hay que admitir que —sin adoptar el mencionado planteamiento de la responsabilidad civil— si el verdadero titular del derecho ha sido extraño a la situación creada, es más difícil desatar ampliamente la doctrina de la apariencia y hacerle soportar sus efectos; a la inversa, eso es más posible si él ha contribuido a configurarla o la ha tolerado. En este último caso nos sentiremos más inclinados a sacrificar su seguridad estática frente a la seguridad dinámica del tercero que actúa guiándose por lo ostensible.

Aunque ya ha podido desprenderse, conviene ahora precisar los elementos que constituyen la situación aparente.

a) El elemento material, consistente en un hecho y, más frecuentemente, un conjunto de hechos o circunstancias. Es lo perceptible, lo ostensible. En este elemento la coherencia y el factor temporal cumplen su papel. Es natural que mientras más nítidos y coherentes aparezcan los hechos y circunstancias (entre sí y con otras situaciones cercanas), y mientras más tiempo permanezcan, mayor será el vigor que presenten como inductivos al error de ser considerados una realidad y, en consecuencia, estaremos más inclinados a creer y proteger a quien resultó engañado. La conclusión será la inversa ante circunstancias difusas, contradictorias o pasajeras. En el mismo sentido influyen la presencia o ausencia de formalidades públicas en la configuración de la situación aparente.

⁵⁰ Por ej., sentencias del Tribunal Supremo español de 17 de abril de 1952, 14 de abril de 1958, 5 de diciembre de 1958, 24 de febrero de 1959, 22 de enero de 1969.

⁴⁹ Cfr., por ej. Alvarez, Raúl: *Teoría integral de la apariencia*. Edit. Universitaria. Santiago, 1962; Ghestin, Jacques et Goubeaux, Gilles: *Traité de droit civil*. Introduction générale. I. 2^a édit., L.G.D.J. Paris, 1983, pp. 695 y sgts. En estas categorías de "seguridad", se cita a René Demogue, en su *Les notions fondamentales du droit privé*. Essai critique.

Ya parece estar superada —luego del poco tiempo que se mantuvo con alguna aceptación— la afirmación de que el derecho comercial se preocupa de la seguridad dinámica y el civil de la estática.

b) El elemento psicológico, constituido por lo que puede denominarse "la creencia errónea". El sujeto debe tener la convicción de que lo que observa es la realidad. Ya se ha dicho que a quien esta doctrina protege, de quien se preocupa, es del sujeto de buena fe. Esta buena fe consiste, precisamente, en eso, en tener aquella convicción.

Con el conjunto de los dos elementos se logra el resultado de proteger a quien está de buena fe y se ha equivocado justificadamente. Ya se ha dicho que el derecho no está para proteger a los negligentes, de modo que para dejar de aplicar las reglas jurídicas que normalmente procede aplicar, con sus consecuencias lógicas, no basta la buena fe; es necesario que se esté en presencia de las demás exigencias del error común o, al menos, del llamado error legítimo. En otros términos, la sola ignorancia de la situación verdadera no es suficiente; debe tratarse de una ignorancia excusable; desde luego debe quedar demostrado que esa ignorancia no es atribuible a negligencia del equivocado. En este punto, las características de la supuesta víctima son influyentes, en cuanto su profesión, capacidad intelectual y vivencias personales contribuirán a justificarla o, a la inversa, reprocharla.

Puede notarse, en fin, que como ambos elementos aparecen estrechamente vinculados, habrán de apreciarse en conjunto.

En cuanto a los *efectos*, el fundamental es que los terceros de buena fe que se han guiado por lo aparente y que, normalmente, aplicadas las reglas jurídicas pertinentes y la lógica respectiva nada habrían obtenido, adquieren efectivamente los derechos que creyeron adquirir del aparente titular. Según ya se ha dicho, no lo adquieren ni del verdadero titular ni del titular aparente (transferirlos el primero no ha querido y el segundo no ha podido), sino que, con apoyo en la noción de apariencia, de la ley (y como es posible que —como es el caso nuestro— no exista una norma general que expresamente consagre la doctrina de la apariencia, podría decirse que lo adquieren "del ordenamiento jurídico" o "del derecho").

De modo que, en rigor, el acto del cual el tercero creyó obtener el derecho sigue siendo una ilusión; sigue ineficaz (tal vez nulo). Pero ese acto constituye el apoyo fáctico para el surgimiento del derecho y tiene el rol de determinar cuál es el derecho que le surge. Al protegido que actuó le surge no cualquier derecho, o el que más le convendría, sino el que normalmente deriva de esa situación si hubiere sido real.

Cuando aplicar la apariencia para proteger al tercero que se guía por ella a nadie perjudica, no es difícil admitirla. Pero frecuentemente hay algo real tras la apariencia. Con frecuencia tras la si-

tuación aparente de la cual el tercero parece haber adquirido un derecho, hay un titular verdadero de ese derecho. Y entonces aquí conviene advertir que cuando se concede valor jurídico a la apariencia frecuentemente ella lo convierte en un triunfo cuyo vigor puede llegar a ser temible, ya que su eficacia implica rechazar la solución que normalmente consagra la regla jurídica. En otros términos, el efecto es oponible también al verdadero titular (por ej., si —como ocurre en nuestro art. 1576 inc. 2º— se estima válido el pago efectuado al aparente acreedor, tal decisión implica rechazar que más tarde el verdadero acreedor pueda cobrarle al deudor que ya pagó; si el tercero adquirió la cosa del dueño aparente, aplicar el principio implica que el verdadero dueño perderá su dominio). Al verdadero titular le quedará sólo la posibilidad de obtener del aparente titular, si es del caso, indemnización, o el valor de la prestación que como equivalente haya recibido el titular aparente.

Incluso en ocasiones nacen obligaciones para aquel que por la lógica jurídica normal nada debía (como es el caso del pseudo mandante que puede resultar obligado por el mandatario aparente). Pero como límite a este preocupante avance de la apariencia se ha postulado, al parecer predominantemente, que su prevalencia se concede siempre que el acto del titular aparente con el tercero sea *oneroso*; si es gratuito, la preocupación por no decepcionar al tercero que recibe una liberalidad no justifica el sacrificio que se impondría al verdadero titular. El tercero ahora no está luchando por lo que habría adquirido con su esfuerzo (debe recordarse el adagio: Quien pugna por evitar un daño debe prevalecer sobre quien lo hace para conseguir un lucro). Entre nosotros, algunos textos acogen esta actitud discriminatoria (por ej., los arts. 2303, 2468).⁵¹

La vigorosa protección que nuestra Constitución confiere al derecho de dominio, con expresa extensión a la propiedad sobre bienes incorpóreos, derechos (art. 19 N° 24), conduce entre nosotros al planteamiento de un conflicto. Cuando se pretende aplicar la doctrina de la apariencia, con la referida extinción del derecho del titular verdadero, éste podría plantear que al procederse de ese modo se le está

⁵¹ En favor de esta postura, que compartimos, se ha agregado la circunstancia de que cuando por aplicación de la teoría de la apariencia el verdadero titular del derecho se ve privado de él, luego podría intentar en contra del titular aparente una acción fundada en el enriquecimiento sin causa, la cual no sería posible si el acto del titular aparente fue gratuito. En otros términos, la aplicación de la apariencia en los actos gratuitos dejaría al verdadero titular en una situación más desamparada que en los onerosos.

privando de la propiedad sobre su derecho y, por tanto, se está vulnerando la citada regla constitucional. Si la extinción del derecho la consagra o se desprende de una norma legal, podría interponer un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ella. Y si la extinción se funda en el principio (doctrinario) de la apariencia podría primero argumentar con el citado texto constitucional para convencer al juez de que no lo aplique y, aplicado en la sentencia, podría fundar en él el recurso pertinente.

En otro sentido, el titular aparente no puede aprovecharse de la doctrina de la apariencia para su beneficio (por ej., el propietario aparente no podría aducir la apariencia en contra de la acción reivindicatoria interpuesta por el verdadero dueño). Cuando él sabía que su titularidad era sólo aparente, impedir que se aproveche de la apariencia es fácilmente aceptable. Pero es más difícil cuando él estaba de buena fe; cuando creía que era verdadero titular (es bien probable que la situación se presente, por ej., en el heredero aparente, que ignora la existencia de parientes del causante con mejor derecho). Con todo, aun estando de buena fe el titular aparente, la solución se justifica por el fundamento de la doctrina: se trata de estimular a los terceros a que actúen y de protegerlos si han efectivamente actuado guiándose por lo ostensible; se trata de contribuir a la seguridad dinámica, no a obtener beneficio de la situación (estática) existente.

Por otra parte, quien ha creado una apariencia puede resultar obligado en virtud de ella (por ej., si un sujeto mantiene un domicilio aparente, podría ser demandado ante el tribunal que atendido ese domicilio es el competente).

Por último, la doctrina es todavía vacilante en comprometer, frente a los terceros, al titular aparente, sea junto al verdadero titular o en lugar de éste. Reconociendo a los terceros la eficacia de sus derechos emanados de la apariencia, y pudiendo, por tanto, oponerlos frente al titular verdadero, generalmente no será necesario concluir que el titular aparente esté también obligado ante ellos; más bien muchas veces será ante el verdadero titular que ha sufrido los efectos de la apariencia ante quien estará obligado (a reparar el perjuicio sufrido si es del caso; y tal vez ni eso siquiera, si el verdadero titular ha contribuido a configurar la apariencia o la ha peligrosamente tolerado). Se pretende obligar al titular aparente sobre la base de que hay que proceder en todo "como si" él tuviere realmente el derecho. Pero tal vez sea una exageración llegar a hacer prevalecer siempre la ilusión a la realidad, corriéndose el peligro de transformar a la apariencia en el estado jurídico normal. La apariencia no

es un fin en sí, cumple una función, proteger a los terceros que actúan; si esa protección ya se ha conferido, manteniendo los derechos de los terceros y quedando obligado el verdadero titular, ya no es necesario continuar con la ilusión; sería ir más allá de lo que la seguridad dinámica requiere. De todas formas, las particularidades del caso podrán contribuir a la solución más adecuada.

Cuando se trata de *actos jurídicos* aparentes, como los autores de la situación creada normalmente tienen derecho a decidir o convenir una realidad distinta a la que aparentan, entre ellos puede tener valor esa realidad oculta. De ahí que, cuando se presenta esta disconformidad, generalmente la consecuencia no es ni tiene por qué ser la nulidad del acto oculto. Entre ellos, puede prevalecer el acto oculto. Entonces, se trata de conjugar esa validez de la actuación oculta con la protección a los terceros, quienes se guían por la apariencia. Aquí surge el concepto de *inoponibilidad*: el acto oculto, que podrá ser eficaz para sus autores (partes), para los terceros es inoponible; es decir, para ellos es ineficaz; ante ellos, es como si no existiera: para ellos, lo oponible es la actuación ostensible, la aparente.⁵²⁻⁵³

El CC chileno exhibe muchas disposiciones inspiradas en esta noción (sin perjuicio de que puedan también fundarse directamente en la protección a la buena fe, que es base, como se ha dicho, de este principio). Por ej., en las siguientes materias: pago al tercero que está en posesión del crédito (art. 1576 inc. 2°); título del heredero aparente (art. 704); mandato aparente (art. 2173); efecto de las contraescrituras (art. 1707); enajenación efectuada por un cónyuge, de bienes muebles sociales o del otro cónyuge (art. 1739 incs. 4° y 5°); inoponibilidad a los terceros de buena fe, de la nuli-

⁵² En todo caso es concebible, como lo consagran o dan a entender algunos textos positivos, que los terceros puedan voluntariamente someterse al acto oculto. Los textos suelen disponer que el acto oculto no producirá efectos "contra" terceros, dejando (a contrario sensu) la posibilidad que los produzcan "a favor" de ellos. V. al respecto nuestro art. 1707.

⁵³ En cuanto a textos consagratórios, pueden encontrarse en los códigos del siglo XIX, pero sólo en algunas pocas materias dentro de aquellas en las que podría acogerse, con alcances específicos, con redacciones que no siempre permiten asegurar su inspiración y dejando en ocasiones incoherencias. La situación cambia en los códigos del siglo XX, a partir del alemán (por ej., arts. 116, 119, 122, 130, 133, 157, 170 a 173, 892, 932, 936, 2365, 2366), seguido por otros, como el italiano, el portugués, el boliviano, el peruano, el paraguayo, el holandés, aunque habitualmente con el método de textos para materias específicas (también con reglas específicas, y aun con atenuaciones y admisión parcial, el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado, de 1998, en sus arts. 332, 336, 340, 389, 399, 400).

dad de una sociedad si existe de hecho (art. 2058); subsistencia de las enajenaciones y demás derechos reales constituidos antes de rescindirse el decreto de posesión definitiva de los bienes del presuntivamente muerto (art. 94 N° 4); matrimonio putativo (art. 122); actos del curador aparente (arts. 426 y 512); indignidad para suceder (art. 976); habilidad putativa de un testigo en el testamento (art. 1013); resolución, rescisión y revocación de la donación (art. 1432); efectos de la resolución al cumplirse la condición resolutoria (aunque se mencione sólo la buena fe, arts. 1490 y 1491) (véase también art. 252 del C. de C.).

Con este conjunto, que por cierto puede ser ampliado con otros textos del mismo Código y de otros cuerpos legales del ordenamiento nacional, es perfectamente sostenible entre nosotros la existencia de este principio (sólo que con algunas importantes limitaciones, en las que debe recordarse la objeción constitucional mencionada y algunas disposiciones que expresamente imponen una solución distinta).⁵⁴⁻⁵⁵

⁵⁴ Así, en ocasiones el Código sacrifica la apariencia, prefiriendo la protección al verdadero titular. Por ej., si un título de enajenación se anula y el adquirente enajenó el objeto antes de la declaración de nulidad, el tercero, que había adquirido de quien aparecía como dueño, no es protegido. El primitivo titular puede reivindicar (art. 1689; y aunque el tercero esté de buena fe). La situación puede explicarse considerando que se trata de proteger al máximo derecho patrimonial (el dominio) y de desatar los efectos profundos de la nulidad. Asimismo, y a propósito del frecuente ejemplo que autores extranjeros mencionan relativo al tercero que adquiere una cosa de manos del dueño aparente (poseedor), a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, entre nosotros la acción reivindicatoria está concedida al dueño casi sin excepción. Con estos obstáculos, pues, más el conflicto que se puede promover con la protección constitucional de los derechos mediante la propiedad, en nuestro medio la apariencia está bien mantenida a raya de excesos.

⁵⁵ Aparte de las obras antes citadas, puede verse Calais-Auloy, Jean: *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*. Montpellier, 1959; Ladaria Caldentey, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*. Edit. Bosch. Barcelona, 1952; Arrighi, Jean Pierre: *Apparence et réalité en droit privé*. Tesis. Niza, 1974; Cano, José: *La exteriorización de los actos jurídicos; su forma y la protección de su apariencia*. Edit. Bosch. Barcelona, 1990; Cruz Ponce, Lisandro: *La apariencia y el Derecho*. Imprenta Cultura, Santiago, 1936; Peñailillo Arévalo, Daniel: "La protección a la apariencia en el derecho civil", en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Segunda parte. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 389 y sgts.

C. EL RESPETO A LOS ACTOS PROPIOS

Poco desarrollado hasta ahora entre nosotros, en otras latitudes este principio tiene desde un buen tiempo amplio desenvolvimiento.⁵⁶

Consiste en el deber de sometimiento a una conducta ya manifestada por el sujeto en sus anteriores actuaciones, evitando así la agresión a un interés ajeno, que su cambio provocaría.⁵⁷

Se trata, pues, de exigir a cada sujeto que en sus sucesivas actuaciones se mantenga coherente o consecuente, de modo que las actuaciones posteriores vayan guardando armonía y no contradicción con las precedentes. Esta exigencia es explicable y no puede provocar protesta si el sujeto actúa de buena fe, pues actuando de buena fe esa coherencia resultará natural. Por otra parte, la exigencia se justifica en cuanto la conducta pretérita del sujeto crea a su alrededor, en otros que también actúan de buena fe, una expectativa, una confianza de que, conforme a lo que aparece, continuará comportándose coherentemente, guiándose entonces ellos en sus propias actuaciones por aquella esperada coherencia (estas observaciones muestran la vinculación estrecha entre los diversos principios y la derivación de algunos a partir de otros, ya advertida en la introducción a este capítulo). Aquí podríamos concluir que la convicción de actuar lícitamente, que constituye la buena fe, a veces se deposita más bien en la apariencia (y permite construir la doctrina de protección a la apariencia), y a veces más bien en la coherencia (y conduce a la noción del respeto a los actos propios).

Puede verse asimismo que constituye una verdadera limitación en el ejercicio de los derechos, facultades y prerrogativas (en cuanto a oportunidad, modalidad del ejercicio, etc.) o una autolimitación derivada del propio comportamiento que se va adoptando. En este mismo sentido, puede apreciarse que su aplicación conduce a vigorizar la solidaridad en el grupo social, cuando cada miembro de la comunidad percibe su dependencia de los demás y, por ende, la recíproca dependencia de todos.

⁵⁶ Señaladamente en la doctrina y jurisprudencia españolas; también en la alemana (con el semejante concepto de la "verwirkung") y en el ambiente jurídico anglosajón (con el concepto de "estoppel").

En cuanto a su origen, se da por formulado en la época medieval (en la glosa), pero con fundamento en textos del *Digesto*.

⁵⁷ Se resume en la expresión latina "*Venire cum factum proprium non valet*" (No puede irse válidamente contra los actos propios).

Pero no debe exagerarse la exigencia. No se trata de pedir una coherencia absoluta y eterna. Por una parte, se trata de conductas relevantes e influyentes y, por tanto, generalmente meditadas; por lo mismo, tendrán que ser evaluadas considerando factores como la forma de la adopción de la conducta, la oportunidad, la posible reiteración que, en general, permitan comprobar cierta solidez. Considerando la vida cotidiana, todos incurrimos en contradicciones, sin pretender defraudar u obtener provecho del prójimo; y, más aún, el saludable ánimo de perfeccionamiento humano conduce a adoptar conductas posteriores diversas y aun contradictorias con otras anteriores. Y, por otra, como es importante el efecto de expectativa que provoca la actuación en los terceros, transcurrido un tiempo prudente ha de entenderse que ese efecto ha desaparecido, los terceros ya no lo podrían tener presente, o comprenderán que puede haber alteraciones, derivadas de las ahora distintas circunstancias; y, por tanto, será aceptable un cambio de actitud sin consecuencias adversas.

Aun sin un asentamiento definitivo en más de algún extremo, con exposiciones de la doctrina y precedentes judiciales, puede concluirse que los siguientes son los elementos que han de reunirse en una situación para que proceda aplicar el principio.

a) Que el sujeto adopte una conducta. Esta conducta está constituida por un acto o (más generalmente) un conjunto de actos, que revelan determinada actitud. Constituye toda una adopción de posición ante un estímulo o interés que lo ha incitado, compuesta por hechos (u omisiones) en determinadas circunstancias. En ese mismo sentido, y sobre todo cuando se trata de actos jurídicos típicos, conviene destacar que la actuación no es considerada tanto por los precisos (y a veces técnicos) efectos que genera, sino por lo revelador de actitud. En observación más cercana se ha concluido que la conducta asumida puede presentar en la persona dos direcciones: una actitud respecto de su propio derecho o una actitud respecto del derecho de otro. En la primera, su actitud viene a constituir una verdadera autolimitación; las limitantes, debilidades o características que él manifieste al comportarse en su ejercicio, serán captadas por los terceros, quienes se guiarán por ellas. En la segunda, su comportamiento implicará que, al reconocer el derecho de otro y sus caracteres, le impedirán oponerse más tarde al ejercicio de ese derecho.

En opinión predominante, esta actuación debe ostentar los caracteres de vinculante, relevante, eficaz y consumada.

- No se trata necesariamente de un acto jurídico definido ni menos de uno creador de derechos (contrato), así como tampoco de un

hecho puramente material. Se trata de una actuación que surte algún efecto jurídico, que trasciende en el ámbito jurídico, de las que importan al derecho y, por lo mismo, que afectan intereses de otras personas, suscitando así la confianza en que tal conducta permanecerá (por lo cual deciden guiarse por ella en sus propias actuaciones); y conscientemente desplegada, de modo que revele una definida actitud adoptada por su autor frente a ciertas circunstancias. Con estos caracteres, suele llamársele *conducta vinculante*, en el sentido de que vincula o compromete al sujeto. Un acto jurídico determinado es por cierto admisible, pero, como se ha dicho, en cuanto importa adopción de actitud y no mayormente por sus específicos efectos.

Definiendo en mayor grado este carácter de la actuación, una persistente jurisprudencia española resuelve que se trata de actos encaminados a crear, modificar o extinguir derechos en otras personas, de modo que "causan estado", en el sentido de que fijan posición, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor;⁵⁸ (pero esa precisa exigencia de que la actuación ha de estar encaminada a crear, modificar o extinguir un derecho ha sido discutida y, en todo caso, matizada: podría bastar el ostensible destino a lograr esos efectos, aunque no se logren; y el derecho aquí no debe tomarse en su sentido técnico, bastando que pueda implicar una prerrogativa, facultad, expectativa).

Por otra parte, debe tratarse de una actuación que demuestre una actual y definitiva actitud, quedando así excluidos los puros propósitos, aspiraciones, opiniones, confidencias, expresiones incidentales; careciendo de fuerza vinculante, pueden ser contravenidos, alterados.

Se tiende a estimar que en cuanto actitud del sujeto, la evaluación del acto es objetiva. A este respecto convienen algunas prevenciones. Desde luego, esa objetividad en la apreciación incluye el examen de las circunstancias dentro de las cuales la conducta se manifestó; ellas confieren sentido y dimensión a las actuaciones; frecuentemente esas circunstancias se presentarán indisolublemente unidas al hecho o conjunto de hechos, pero si así no ocurre, quien pretende fiarse de la actuación ha de indagar, con un cuidado normal, esas circunstancias en las que siempre los hechos se insertan. Por otra parte, se añade que la apreciación objetiva implica restarle importancia al propósito con el que la actuación haya sido

⁵⁸ Extractos de varias sentencias del Tribunal Supremo español, hasta la de 16 de junio de 1984, se consignan en *Anuario de derecho civil*, Madrid, 1985, T. XXXVIII, fasc. 1, p. 223.

desplegada. Se justifica esa dirección considerando que en buena medida debe respetarse el acto propio en protección a los terceros, que se fían de él conforme lo observan, sin poder adentrarse en la personal finalidad de la actuación. Pero estimamos conveniente no extremar esa objetividad, puesto que si bien los terceros se pueden guiar por la actuación (no necesariamente sólo por ella) también se trata de obtener una (verdadera) coherencia de comportamiento, en cuyo análisis la finalidad de la conducta no puede ser completamente excluida; en estos términos la manifestación del propósito, expresado o tácitamente desprendible, contribuirá a definir mejor las situaciones dudosas. En todo caso, el acto debe ser unívoco, es decir, conducente racionalmente a un solo sentido o significado; y en conclusión inmediata, sin tener que efectuar deducciones o investigaciones para tenerlo por establecido. La necesidad de ese proceso ya alerta a los terceros, quienes entonces han tenido la posibilidad de precaverse, y considerando las alternativas de comprensión de la conducta, no deberían guiarse pura y simplemente por una de las interpretaciones posibles; si lo hacen, asumen un riesgo y no pueden luego, lamentándose, pedir protección.

— La ineficacia del acto ha provocado dispersidad de opiniones. En principio, el acto que genera la conducta ha de ser eficaz; los eficaces en general no constituyen para los terceros una guía de comportamiento para sus propias actuaciones. Pero surgen dos advertencias: una, que los defectos que provocan ineficacia a veces son imperceptibles, de modo que el acto tiene una apariencia de eficacia; la otra, que en la específica materia de nulidad, los actos han de tenerse por válidos mientras el órgano jurisdiccional no los declare nulos. Con estos elementos, una conducta posterior del sujeto, contradictoria con un acto suyo, ineficaz (pero en apariencia eficaz y sin sentencia de ineficacia), pudiese llegar a ser reprochada de contravenir sus propios actos. Por otra parte, podría pretenderse que el haber celebrado un acto, impediría a su autor o partícipe más tarde impugnarlo, porque contravendría un acto propio. En principio no es así; no hay contradicción; la coherencia que se postula no puede erigirse en obstáculo para impugnarlo; desde luego, ya se dijo que los ineficaces generalmente no constituyen guía para los terceros; pero, además, la titularidad de la acción, que proviene de la ley, y que atiende a variados objetivos también poderosos, no puede quedar subordinada a esta doctrina, la cual, de admitirse aquí, conduciría a una generalizada privación de las acciones de ineficacia a todo celebrante de actos jurídicos; por último, en ocasiones la ley se decide a impedir la impugnación, acudiendo a otro principio, emparentado con

éste pero con su propia identidad, el *nemo auditur...* (así entre nosotros, en la nulidad absoluta, conforme al art. 1683; y puede notarse que aquí esa decisión es adoptada por la ley debido a la existencia de un elemento agravante; no siempre el celebrante sabe del vicio; pues bien, cuando sabía o debía saberlo, le impide la impugnación).

También es admitida la aplicación del principio en aquella circunstancia en que el autor del acto ineficaz y titular de la acción (renunciable) despliega una conducta incompatible con la impugnación y más tarde pretende impugnar (aunque, por otra parte, podría haberse producido una renuncia tácita).

— La actuación ha de estar consumada. Esta exigencia se entiende no sólo en el sentido de que debe estar concluida en todos los elementos de que se compone según su naturaleza, sino también en el sentido de que en esos términos queda configurado el carácter definitivo de la conducta.

Esta dirección confiere oportunidad para formular dos observaciones, una relativa a la rectificación y otra al error. Se estima que una rectificación inmediata de la conducta es plenamente admisible; pero la afirmación no debe tranquilizar mucho a quien la va a rectificar, porque se sustenta en la ausencia del efecto; se admite rectificarla (en cierta medida, contradecirla) debido a que la expresión original no alcanzó a ser divulgada y, por ende, a generar la confianza que justifica la doctrina, de modo que si ya la generó, sería tarde; así, no es posible definir cuán pronto debe llegar la rectificación; su admisión está determinada por la acogida de la original, y la confianza que haya alcanzado a suscitar.⁵⁹ Con el error ocurre algo semejante a lo dicho recién y a lo expresado respecto de la finalidad de la conducta adoptada; y aquí se aprecia una vez más la lucha entre el derecho a enmendarse y la necesidad de proteger a los terceros que confían en la coherencia. Se ha sostenido que si se demuestra haberse adoptado la conducta debido a cierto error, no se aplicaría la doctrina y sería admisible más tarde contradecirse (y, en el fondo, no habría contradicción); pero se ha negado la posibilidad, prefiriendo la protección a los terceros que ya han confiado.⁶⁰ Dentro

⁵⁹ En definitiva, no hay excepción o alteración de la doctrina; como la primera conducta no creó expectativa en los terceros, entonces es posible, como siempre, contradecir los propios actos, que es lo que está haciendo el autor al rectificar.

⁶⁰ Admite el error, aunque sólo en un epígrafe, sin comentarios, Fueyo, Fernando: *Instituciones de Derecho civil moderno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p. 330. Lo desestima Borda, Alejandro: *La teoría de los actos propios*. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1993, pp. 70 y sgts. con cita de fallos y autores en ambos sentidos.

de esta última alternativa, si el error fue conocido por quien más tarde exige la coherencia o era de tal naturaleza que no podía menos que percibirlo (supo del error o debió percatarse de su existencia) no sería digno de protección, lo cual, correlativamente, trae el efecto de que el autor podría contradecirse.

Por último, es claro que las conductas contradictorias simultáneas se desvirtúan; con tal cuadro de comportamiento, los terceros no pueden pretender amparo ante una posterior conducta del agente; desde luego, en esa situación no podrían haber confiado en que el sujeto será coherente en su actuación futura; además, si actúa más tarde, la incoherencia que denuncien será con una de las dos primeras, pero siendo así habrá coherencia con la otra (pero quedaría pendiente la posibilidad por el conocimiento; pudiere ocurrir que un tercero hubiere conocido sólo de una, la que después fue contrariada).

b) Una actuación posterior del mismo sujeto. Esta actuación ciertamente debe revelar una actitud o conducta contradictoria con la anterior, por lo que puede decirse que aquí se está en el núcleo del principio. Esta actuación ha de importar una pretensión jurídica; generalmente estará involucrado el ejercicio de un derecho del sujeto, que normalmente sería atendido. En otros términos, con esta segunda actuación el sujeto pretende obtener en su favor (sea positivamente pidiendo algo, sea negativamente oponiéndose a una pretensión en su contra), sin importarle su incongruencia. Se tiene generalmente aceptado que para que surja el reproche la segunda conducta debe haberse adoptado en el mismo ámbito de intereses de la primera; en esas circunstancias es donde se espera que el sujeto se comporte coherentemente con la anterior.

c) Una contradicción. La contradicción o incompatibilidad surge de la comparación; aquí, de comparar las dos actitudes; la segunda se concreta en un resultado que el agente persigue. Debe fluir con claridad y precisión y, sobre todo, de modo inmediato o directo, no mediante deducciones o investigaciones para desentrañar el sentido de la actuación; si así fuere, estaría ahí demostrado que los terceros tuvieron una razonable duda y ya no podrían lamentarse de fiarse por la actuación. Tampoco hay contradicción en la búsqueda de un resultado por diversos medios (como cuando se discute la existencia de un derecho por cierto fundamento y luego se intenta por otro, sin perjuicio de que pueda exhibirse un deterioro en la calidad argumentativa).

d) Con la segunda actuación ha de resultar afectado un tercero. La sola contradicción no sería suficiente. Se trata de proteger a otros

de la incoherencia del sujeto. La libertad de actuación que todos tenemos y conviene conservar conduce a respetar contradicciones conductuales o arrepentimientos, que siempre obedecen a alguna explicación que no puede presumirse ilícita o reprochable como para sancionarlos. Es el daño a terceros confiados en la actitud antes mostrada lo que justifica coartar esa libertad y aplicar la regla.

Conviene aclarar que, en ciertas circunstancias, ese tercero podría ser un cocontratante; así puede ocurrir con la conducta de un sujeto en la ejecución de un contrato, que puede ser usada para cierta interpretación de sus estipulaciones; si en la etapa de cumplimiento se comporta en ciertos términos, cuando más tarde sostiene una interpretación incompatible podría ser reprochado con el principio (por esto es que, en lugar de tercero, es preferible aludir a "otro").

e) Es pedida también la identidad de sujetos; la exigencia requiere de aclaración. Ciertamente, el autor de la conducta debe ser el mismo. Y, siendo discutible, tiende a predominar la conclusión de que se trata de una identidad jurídica, por lo que se mantiene la identidad si la conducta posterior la adopta el heredero, el representante o el representado (especialmente controvertible es la situación de la contradicción entre dos actos de un sujeto que los ejecuta uno como representante y el otro a título personal). Se ha propuesto que el receptor de la segunda actuación debe ser también el mismo de la primera.⁶¹ Preferimos concluir que generalmente será el mismo; pero es concebible que sea otro; hay que examinar cada situación en sus diversas características. Lo importante es que, por haberse desplegado la segunda conducta en el mismo ámbito de la primera, el que se pretende afectado demuestre que es de aquellos que supo de la conducta del sujeto, se guió por ella esperando que se mantuviera coherente y actuó en ciertos términos confiado en esa coherencia. Podrá ser el cocontratante, uno de varios, y aun un tercero que, por estar relacionado de algún modo con el sujeto, fue también receptor de esa conducta.

Pero si bien el afectado con la nueva actuación pudiera ser distinto del que estaba involucrado en la primera, hay una prevención que estimamos importante: el afectado con la nueva conducta podrá acudir al principio sólo en la medida en que el cambio de sujeto no justifique un cambio de conducta en el autor al que se reprocha. El análisis del caso permitirá al tribunal concluir lo equitativo.

⁶¹ Así Fueyo, Fernando. *Instituciones...*, cit., pp. 314 y 316.

En cuanto a las consecuencias que han de derivarse de la contradicción, o, desde otro punto de vista, en cuanto a los efectos de la aplicación de la regla, se ha producido dispersión doctrinaria (indemnización al sujeto dañado, pérdida del derecho del cual era titular el que se contradice, inoponibilidad para el que se fió de la conducta contradictoria, etc.). Desde luego, en determinados casos algunas serán inaplicables o simplemente impracticables. La consecuencia consistente en la inadmisibilidad de la pretensión parece bastante aceptable. No se trata exactamente de la privación a todo trance del derecho del sujeto que se ha contradicho; más bien es el rechazo al ejercicio del derecho, facultad o pretensión, por intentarse en las actuales circunstancias, en los términos en que se propone, y ante el sujeto en contra del cual se plantea.

Como la generalidad de los códigos no implantan el principio en términos expresos, se efectúan ensayos de búsqueda de textos que se inspiren en él (hasta llegar, si es posible, a una afirmación de consagración tácita). En esta tarea hay que advertir que muchos de los textos que son mencionados pueden tener una motivación más o menos directa en la buena fe (debido a que ella está, como se ha dicho, al fondo de esta doctrina). En el CC chileno se ha pretendido la existencia de varios preceptos, con explicaciones no siempre convincentes (parecen aceptables como directos ejemplos o, al menos, con inspiración compartida o posible, los arts. 192 inc. 3º, 669 inc. final, 1230, 1244, 1546, 1566, 1707, 2135).⁶²⁻⁶³

Examinando los ejemplos ofrecidos por algunos autores, pueden distinguirse dos categorías de situaciones. Una en que se trata de simples revocaciones de actos celebrados (por ej., un sujeto dona algo a otro y más tarde pretende que no, que deja sin efecto la donación). Y la otra en que se trata de una contradicción o incompatibilidad de conducta (por ej., un rentista inmobiliario en varias ocasiones da en arriendo sus inmuebles a arrendatarios que mantienen animales domésticos y, posteriormente, en una oportunidad pretende terminar el contrato por esa circunstancia). Estimamos que es en esta última en donde esta doctrina muestra su auténtica utilidad. En los primeros casos se trata de la revocación de un acto;

⁶² Con estos textos también puede apreciarse la estrecha relación de la doctrina con la manifestación tácita de voluntad.

⁶³ La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercancías incorpora la doctrina expresamente (en su art. 29; pero fue aprobada por Chile con reserva precisamente de ese precepto).

allí el sujeto se está retractando y, por tanto, basta acudir a la regla de la irrevocabilidad del acto de que se trata o a la seriedad de la voluntad; en definitiva, basta sostener el nacimiento de un derecho para algún tercero, que no puede ser extinguido por la sola voluntad del sujeto que ya consintió; basta acudir al respeto de los derechos adquiridos. Es cierto que la irrevocabilidad puede relacionarse en el fondo con el principio que se comenta, pero no hace falta elevar la conclusión al rango de principio para solucionar esos casos. En cambio en el segundo grupo no aparece una formal negación de una afirmación anterior, sino se detecta una conducta o actitud contradictoria, siendo distintos los hechos específicos.

En cuanto a su aplicación, en la doctrina parece predominar su subsidiariedad (o carácter residual), de modo que se le estima aplicable sólo cuando el ordenamiento no dispone de otra institución que directamente resuelva el conflicto. A este respecto, conviene recordar que son muchas las materias en las que la ley, por variadas justificaciones o protegiendo diversos intereses, admite la contradicción, permite venir contra los propios actos (en muchos casos se trata, precisamente, de permitir retractaciones o revocaciones), como en los arts. 999, 1136, 1412, 1428, 99 del C. de C.) (por nuestra parte, además nos remitimos a lo reseñado al comienzo de este capítulo, en la caracterización general).⁶⁴

D. EL REPUDIO AL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Este tema es tratado en el párrafo de las fuentes de las obligaciones. Allí se examina en cuanto fuente y en cuanto principio.

⁶⁴ Para más antecedentes, aparte de las obras ya citadas, v. Díez-Picazo, Luis: *La doctrina de los actos propios*. Estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Edit. Bosch, Barcelona, 1963; Ekdahl Escobar, María Fernanda: *La doctrina de los actos propios*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.

LA OBLIGACION

10. CONCEPTO

Sobre el origen de la obligación en Roma ya se hizo una referencia.

Etimológicamente, obligación proviene del término latino "*obligatio*", y éste, de "*obligare*" (de ob = alrededor y ligare = ligar o atar). De modo que significa ligadura o sujeción (física). Al evolucionar el sentido —cómo se verá— el término pierde su significado literal y gana uno metafórico.

El término "obligación" es frecuentemente empleado en un sentido muy amplio.

a) En la vida del individuo en sociedad existen obligaciones de variada naturaleza: religiosas, morales, sociales, jurídicas.

b) En sede jurídica, en primer lugar aparece la obligación general de acatamiento a las normas, de sometimiento al derecho vigente, con las consecuencias que se derivan de la inobservancia (y cuyo análisis entra ya en terreno de la teoría general del derecho).

c) Surgen luego obligaciones particulares, que son consecuencia de una situación o estado jurídico general en que se encuentra un individuo, como los deberes de los funcionarios públicos, entre cónyuges, entre padres e hijos. No se trata ya de una observancia general de las normas, sino de un comportamiento que hay que observar ante otras personas, pero derivado de una posición o relación de derecho preestablecida.

d) Finalmente, aparece la obligación en sentido de relación vinculante entre dos personas, derivada de un hecho particular, concreto y que entre ellos pudo acaecer o no.

Cada vez más la doctrina conviene en llamar "deberes" a los tres primeros, reservando el término "obligación" para la última.

Para diferenciar la obligación de los deberes y, en especial, del inmediatamente anterior, se pueden reconocer en ella los siguientes *caracteres* (que deben entenderse en un significado general, porque puede surgir discusión en un análisis profundizado, sobre todo al relacionarlos con las concepciones doctrinarias de la obligación, que se verán pronto):

1) La obligación (en sentido estricto) asume una fisonomía de "deuda", que trae siempre consigo el correspondiente derecho subjetivo o poder jurídico, que constituye el "crédito". Sin uno no se concibe la otra y esa *correlatividad* es su primera característica. Sólo cuando concurren ambas facetas se está ante una obligación. Por eso, la expresión "relación obligatoria" es la apropiada para designarla integralmente.

2) El deber, en la obligación, es un deber de "prestación", lo que significa un *comportamiento determinado*, sin absorber la conducta íntegra del deudor. Así, la prestación por una parte limita la libertad del deudor, pero, por otra, la restringe sólo en cierta medida. No se requiere gran argumentación para descartar la prestación que llegue a inmovilizar a la persona, a adscribirla a la prestación en todas sus actuaciones (esta ponderación adquiere especial interés en las prestaciones de servicios).

3) La obligación expresa por sí sola *toda la relación* que existe entre los que la contraen; entre ellos no hay más que eso. En tanto, un deber entre cónyuges, por ejemplo, es consecuencia de un estado existente desde antes entre ellos y que importa otras consecuencias jurídicas además de ese deber (y aun además de todos los deberes que hay entre ellos). Si bien la obligación tiene también una fuente, ese hecho o acto no crea una situación más amplia que la obligación misma. Por eso, cumpliendo la prestación, la obligación se agota, se extingue; mientras que cumpliendo el deber de familia (como los que hay entre cónyuges), no se termina la relación, que persiste, cúmplase o no ese deber (y, aun, cúmplase o no todos los que hay entre ellos).

4) En buena medida, como consecuencia de los caracteres precedentes, pero particularmente del de constituir una restricción de la libertad del individuo, la obligación resulta ser una relación *transitoria* (temporal) entre los vinculados. Por eso prescribe y, por la misma razón, en Chile la jurisprudencia ha entendido que si ambos están morosos, renuentes al cumplimiento, cualquiera de ellos

puede pedir la resolución del vínculo (aquí en el sentido de "disolución").⁶⁵⁻⁶⁶

5) Y también como consecuencia de aquellas características, la obligación constituye una situación *excepcional* entre los vinculados. Lo normal es que las personas no se encuentren atadas a otras por vínculos obligatorios.⁶⁷ Por eso es justificada la regla del art. 1698 del CC respecto de su prueba.

Las consideraciones anteriores ya permiten acercarse a una definición de obligación. Pero todavía es conveniente tener presente las siguientes observaciones:

a) Puede definirse desde el punto de vista puramente pasivo o, en términos amplios, incluyendo la contrapartida, el crédito.

b) Toda definición será susceptible de impugnarse, si se coteja con diversas concepciones que se han formulado por la doctrina respecto del contenido fundamental de la obligación (y que se verán pronto), por lo que las que se consignarán a continuación deben tenerse sólo como puntos de partida.

c) Los Códigos Civiles prefieren evitar una definición; así acontece con el CC chileno.⁶⁸

⁶⁵ RDJ, T. 28, secc. 1ª, p. 689.

⁶⁶ En Chile, si bien la ley no prohíbe expresamente la perpetuidad de las obligaciones, si de hecho se contrajeran, el acto respectivo podría declararse inexistente, o nulo absolutamente, por falta de objeto (arts. 1461 parte final y 1682) o nulo absolutamente por ilicitud del objeto (arts. 1462 y 1682, y aun, con los arts. 1464 N° 2 y 1682, entendiéndose que se transfirió parte de la libertad). En todo caso, la ley sí se ha preocupado de las relaciones de tiempo indeterminado, estableciendo mecanismos para que los particulares afectados les pongan término, como el desahucio, la revocación, la renuncia. En otras ocasiones impone plazos máximos, mínimos y, aun, condiciona el derecho de una de las partes para terminarlos; por ej., en el arrendamiento.

⁶⁷ Si un examen de la realidad concluyere que de hecho la mayoría de los individuos está jurídicamente obligada a otros, lo que es bien probable, no se altera por eso la conclusión anotada; sigue siendo excepcional que una persona esté obligada precisamente con cierta otra, y a una determinada prestación. Se mantienen las interrogantes, por qué con ella y por qué a esa prestación.

⁶⁸ En tal situación, destacan las definiciones contenidas en las Institutas de Justiniano: "Obligatio est iuris vinculum, quo necessitatis adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura" (*Institutas*, III, 13, 1ª parte); y en las *Partidas*, inspirada en definiciones romanas: "Ligamiento que es fecho segund ley e segund natura" (Ley 5ª, tít. XII, Part. V).

En síntesis, estas definiciones proponen que la obligación es un vínculo jurídico por el que se apremia al deudor a hacer algo. Por lo mismo, es razonable la observación que se ha formulado, por ej., por Pacchioni, en orden a que la definición romana no explica cuáles son la naturaleza y el objeto del vínculo, de modo que el lector se queda sin saber si en virtud del derecho el acreedor ejerce sólo

d) La expresión "vínculo" empleada tradicionalmente en la definición, tiende francamente a ser reemplazada por la de "relación", que se estima en la doctrina actual más amplia (para ensayar definiciones que incluyen tanto el aspecto pasivo como el activo) y más inmaterial.⁶⁹

Se ha difundido en la enseñanza la definición según la cual es el vínculo jurídico por el cual una persona queda en la necesidad de efectuar para con otra cierta prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer algo.

También se le ha definido como "la relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla".⁷⁰

Ahora conviene aludir a dos conceptos cercanos al de obligación, para deslindar sus respectivos contenidos: los de "derecho potestativo" y "carga".

a) Se entiende por *derecho potestativo* el poder que tiene el sujeto para provocar, por su exclusiva voluntad (acto unilateral) un cambio en la situación jurídica del sujeto pasivo, el cual no puede sino resignarse a soportar las consecuencias de aquella manifestación de voluntad. Como ejemplos pueden citarse: el derecho del comunero a pedir la partición de bienes (art. 1317), el derecho del contratante cumplidor a pedir la resolución por incumplimiento de la otra parte (art. 1489), el derecho de ratificar (o confirmar) los actos relativamente nulos (art. 1684), el derecho a elegir en las obligaciones alternativas (art. 1500).

una presión psicológica sobre la persona del deudor, o si éste sufre una verdadera restricción de su libertad o si debe responder con su patrimonio.

Entre los textos actuales, destaca el CC portugués, que en su art. 397 la define así: "Obrigacao é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adscrita para com outra á realizacao de uma prestacao". El Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado (de 1998) propone también una definición: "Se denomina obligación a la relación jurídica en virtud de la cual una persona tiene el deber de cumplir una prestación a favor de otra. La prestación puede ser de dar, hacer o no hacer" (art. 671) (conviene retenerla para el tema de las concepciones).

⁶⁹ Giorgi aparece como un destacado tratadista que persiste en definirla como "vínculo". Giorgi, Jorge: "Teoría de las obligaciones en derecho moderno". Trad. de la *Rev. Gral. de Legistac. y Jurispr.* Edit. Reus, Madrid, 1969. T. I, p. 11.

⁷⁰ De Ruggiero, Roberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. de Serrano y Santa Cruz. Edit. Reus, Madrid, 1977, T. II, Vol. I, p. 7. Muchas otras pueden consultarse en el tomo respectivo de los tratados generales de derecho civil y en los destinados precisamente al derecho de obligaciones.

La calificación de este poder como un auténtico "derecho" es arduamente discutida en la doctrina y es en esa discusión en donde se encuentra la posibilidad de aclarar su relación con el derecho personal correlativo de la obligación.

Se ha negado su calificación de "derecho". Se le considera solamente como un elemento o facultad de otros derechos, un medio de utilizarlos. Así como el uso, el goce, la disposición, son facultades del derecho de propiedad, asimismo, esos poderes son facultades de otros derechos y no independientes como para constituir derechos por sí mismos. Se agrega que si constituyeran derechos independientes, aparecerían como derechos sin la obligación o deber correlativo. La sujeción a que se encuentra sometido el sujeto pasivo de soportar las consecuencias del acto unilateral del titular no constituye ese deber correlativo (que sería de no hacer), porque todo deber u obligación ofrece la posibilidad de ser infringido y esa posibilidad no aparece aquí porque en esos poderes se prescinde, como lo indica la definición, del comportamiento del sujeto pasivo.

En contra, se postula que es un auténtico derecho. Si por derecho subjetivo se entiende un poder de obrar por parte de un sujeto para la satisfacción de un interés protegido por el ordenamiento jurídico, no hay duda de que el potestativo constituye un derecho, cuyo contenido es la potestad del titular de hacer o no hacer algo para satisfacer su propio interés. Y en cuanto al deber correlativo, estiman que existe, sólo que no es un deber de conducta o comportamiento, como acontece en las obligaciones comunes, sino un deber de respeto (sin embargo, podría replicarse que ese respeto tampoco es un deber, porque el sujeto pasivo tampoco está en la posibilidad de respetar o no respetar; ineludiblemente debe soportar).

Admitiendo que la calificación del llamado derecho potestativo como "derecho" es tema de controversia, lo que aquí importa es concluir que en él la situación del sujeto pasivo no implica una "obligación" en el sentido de que aquí se trata, sino sólo una sujeción o sometimiento al poder del titular, sometimiento que significa completa inhibición de la conducta, en lo que se refiere a la decisión del ejercicio de aquel poder.

b) En el lenguaje corriente y aun en el jurídico, el término *carga* tiene diversas acepciones. Por ej., tributo, limitación de libertad, necesidad o conminación a hacer algo bajo riesgo de consecuencia adversa. Este último significado debe deslindarse del concepto de obligación.

La carga, en el último de los sentidos anotados, importa la necesidad de adoptar alguna conducta si se quiere lograr cierto resultado. Por ej., la carga de la prueba. Cuando se concluye que alguien tiene la carga de la prueba, dicho sujeto puede probar o no; siempre es facultativo (aunque suela decirse que está "obligado" a probar); pero si no se prueba, no se logrará lo que se pretende; se tendrá consecuencia adversa.

Ahora puede detectarse la diferencia fundamental entre la carga y la obligación. Mientras la obligación importa un sacrificio en interés ajeno, la carga importa un sacrificio en interés propio.

Así, como concepto puede concluirse que la carga constituye un comportamiento que ha de adoptarse si se quiere lograr cierto beneficio.⁷¹

11. EVOLUCION

En general, este tema ya ha quedado descrito al reseñar la evolución global del derecho de obligaciones (ya que la evolución del concepto de obligación es muy influyente en la de toda la disciplina). A continuación se reiterará esquemáticamente.

1) En el derecho romano primitivo, la obligación constituía un vínculo acentuadamente riguroso (que evocaba un lazo físico) y personal (subjetivo). Por una parte, el deudor quedaba afecto en su patrimonio, su libertad y aun su vida, al cumplimiento de la prestación. Por otra, no era posible el cambio de sujetos, deudor y acreedor. Si era necesaria una modificación en estos aspectos, debía acudir a la extinción de la obligación existente y a la creación de una nueva en que, permaneciendo los demás elementos, se procedía al cambio deseado (debía recurrirse a la novación).

2) Desde esos tiempos hasta hoy, la evolución, se ha ido produciendo en los dos elementos: en el vínculo y en los sujetos.

En cuanto al vínculo, ha ido disminuyendo cada vez más su rigurosidad, eliminándose primero la afectación de la persona del deudor, reduciéndose sólo a sus bienes, y, dentro de éstos, aumentando los bienes que se excluyen (llamados inembargables) (la moral cristiana y, en general, la tendencia a la protección de la persona y sus derechos fundamentales han influido en esta orientación).

⁷¹ En un párrafo anterior se ha hecho referencia a la expresión "carga real" que encierra un concepto bien distinto, más cercano al derecho real.

En cuanto a los sujetos, ha ido disminuyendo la importancia de su identidad. Del inicial subjetivismo de la obligación (con importancia primordial de los sujetos) se ha avanzado a una concepción más objetiva (con importancia primordial de la prestación). Primero se fue admitiendo el cambio de acreedor (mediante la llamada "cesión de créditos"), que se fue facilitando cada vez más con la creación de los títulos mercantiles transferibles por endoso (a la orden) y aun por la simple entrega (al portador), lo que ha conducido a una amplia indeterminación del acreedor (que viene a determinarse sólo al momento del cumplimiento, del pago). El derecho chileno tiene, por cierto, incorporada esta apertura (admite la cesión de derechos, en los arts. 1901 y sgts. del CC, y la amplia circulación de los títulos mercantiles, en los textos de la legislación comercial).

Luego se ha propuesto el cambio de deudor (con la llamada "cesión de deudas"), por supuesto con la importante limitación de contarse con el consentimiento del acreedor (exigencia que se justifica, porque al crearse el crédito el acreedor tuvo en consideración ese sujeto deudor, y ese patrimonio, esa solvencia). Códigos Civiles del siglo XX la han admitido (a partir del CC alemán). El CC chileno, al menos expresamente, no.⁷² Así, pues, si entre nosotros se quiere cambiar el deudor (y se estimare que aquí no está admitida la cesión de deudas), habría que acudir a la novación por cambio de deudor (v. arts. 1628 y sgts. del CC), lo que implica, como puede verse, la extinción de la obligación y la creación de una nueva (como la define el art. 1628).

Finalmente, aparte del cambio de deudor, se ha llegado a concebir la indeterminación del deudor, al diseñarse las llamadas "obligaciones *propter rem*" o de "sujeto pasivo ambulatorio", en las cuales —como ya se dijo— el deudor es el sujeto que resulte ser el titular de un derecho real o el poseedor de una cosa, de modo que el deudor cambia así como va cambiando aquel titular o poseedor. Al parecer, en el derecho chileno hay también ejemplos de esta especie de obligaciones.⁷³

⁷² Se dice "al menos expresamente", porque se ha sostenido que en Chile no habría obstáculo para proceder a la cesión de deudas, ya que no hay textos legales que la impidan. Para este punto y, en general, para el tema de la cesión de deudas, puede consultarse Figueroa de Inzunza, Aída: *De la asunción de deudas*. Impr. Relámpago, Santiago, 1948; Figueroa, Gonzalo: *La asunción de deudas y la cesión de contrato*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1984.

⁷³ Se dice "al parecer", porque los varios textos legales que pueden mencionarse son de discutida calificación como de "obligaciones *propter rem*" o de "cargas reales", discusión que no es extraña tratándose de una materia de reciente y aún incompleta elaboración doctrinaria (v. lo dicho sobre este punto en el párrafo "Determinación del tema").

12. LAS DOS CONCEPCIONES

Dentro de la evolución anteriormente descrita, se han configurado dos grandes concepciones de la obligación, las cuales se reflejan, por cierto, en muchas materias específicas.

a) Por una parte una concepción *subjetiva*, que concibe la obligación fundamentalmente como un deber (deuda). Para ella, la obligación recae básicamente en el *comportamiento* o *conducta* del deudor dirigido a la prestación; recae, concretamente, en un acto que debe efectuar el deudor. Así, ha podido colegirse que ésta es una visión eminentemente ética de la obligación, interesada más que nada en el comportamiento del deudor.

b) Por otra, una concepción *objetiva*, que concibe la obligación basada fundamentalmente en la *responsabilidad* (la cual emana directamente de la coacción). Para ella, la obligación recae básicamente en el sometimiento del patrimonio del deudor al derecho del acreedor, a su facultad de agredirlo ante el incumplimiento. Se centra, pues, en el resultado que logra el acreedor, en lo que él obtiene del patrimonio del deudor, en que sea exactamente la prestación convenida o la indemnización. Por eso, ha podido concluirse que ésta es una visión eminentemente económica de la obligación, interesada más que nada en su efectividad.

Esta última concepción explica que algunos autores, inclinados a ella, ofrezcan una definición de obligación como un vínculo jurídico entre el acreedor y el patrimonio del deudor y, más allá, entre dos patrimonios (llegándose a agregar: "considerados como personalidades abstractas").⁷⁴

En suma, mientras a la primera le importa el *deber prestar*, a la segunda le importa el *deber recibir*.

Con las descripciones anteriores queda también formulada implícitamente la postura intermedia, que en el esfuerzo integrador concluye que ambos elementos, el deber de prestación (el débito o deuda) y la responsabilidad son igualmente trascendentales y

⁷⁴ Para este paso extremo, debe citarse a Polacco, Victorio: *Della dazione in pagamento*. Padova, 1888. Críticas a diversas definiciones, pueden verse en Betti, Emilio: *Teoría general de las obligaciones*. Trad. y notas de De los Mozos. Edit. Rev. de D. Privado. Madrid, 1969, T. I, pp. 355 y sgts. (al referirse a la proposición de Polacco -p. 367- destaca también, independientemente, a Gaudemet). Al respecto, entre nosotros, puede verse Rodríguez Grez, Pablo: *La obligación como deber de conducta típico*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1992.

ambos conforman la estructura de la obligación. Primero surge el deber de prestación y, si no se cumple, surge la consecuencia de la agresión del acreedor al patrimonio del deudor para impetrar la ejecución forzosa o la indemnización correspondiente.

En mayor análisis, pueden añadirse algunos matices.

En cuanto al deber, presenta un doble aspecto: por una parte, importa desplegar el comportamiento que supone la prestación contraída; y, por otra, importa sujetarse, en ese despliegue, a las normas generales de conducta, presididas, destacadamente, por la diligencia y la buena fe.

En cuanto a la responsabilidad, en primer lugar surge no precisamente porque se incumplió, sino porque se ha asumido el deber de cumplir, lo que revela su conexión con el deber. Por otra parte, está subordinada al deber, es decir, el deudor no puede optar entre cumplir o responder; él debe cumplir; si no cumple, transgrede; y entonces se desencadena la responsabilidad, con respaldo del órgano jurisdiccional. Y esa responsabilidad supera la sola indemnización pecuniaria. Importa la general sanción del ordenamiento al deber que se asume y que, en su momento, se traducirá en ejecución forzosa, resolución, indemnización.

Por cierto, y como habitualmente acontece, estas concepciones se reflejan en debates específicos. O, dicho en otros términos, las diversas posturas ante debates específicos en el fondo se están apoyando en estas concepciones generales. Por ejemplo, la conveniencia de extender o restringir la lista de bienes inembargables o la interpretación de una norma en orden a si deja a cierto bien inembargable o no, se vinculan a ellas. Otro tanto ocurre con la lista de causales de inimputabilidad, etc. Quien participe de la primera concepción, tenderá a ser más generoso con la lista de inembargables y con las causales de inimputabilidad y tenderá a interpretar las normas en esa misma dirección; y quien participe de la concepción objetiva tenderá a adoptar la actitud opuesta.

13. LA TESIS DE LA DISTINCION ENTRE EL DEBITO Y LA RESPONSABILIDAD

En los planteamientos precedentes se debate cuál de los dos elementos es el central en torno al que debe construirse el concepto de obligación (o si ambos detentan igual trascendencia, en la posición intermedia o integradora).

Pero se ha avanzado todavía más.

Ha surgido esta otra tesis, que disocia el concepto de obligación, concibiendo los dos elementos, el débito (*debitum, schuld*) y la responsabilidad (*obligatio, haftung*) con autonomía; los concibe como dos relaciones diferentes, independientes, que se presentan habitualmente juntas, pero que también pueden aparecer separadamente.

Ha tomado base en investigaciones históricas del derecho germánico primitivo, en las cuales quedó establecida la actuación independiente en aquella época. La obligación sólo contenía el débito, el deber de cumplir, de ejecutar la prestación, y para que surja responsabilidad era necesario celebrar, al tiempo o después, un acto distinto. Con el tiempo se ha producido la confusión, de modo que en el derecho moderno ambos elementos surgen simultáneamente, en un solo acto, al crearse la obligación, pero —conforme a esta tesis— eso no impide que puedan disociarse.⁷⁵⁻⁷⁶

Así, el dato histórico pasó a constituirse en construcción jurídica y, a continuación, esta construcción ha llegado a convertirse en instrumento explicativo de varias figuras del derecho positivo.

En efecto, se pretende que el postulado es aplicable al derecho moderno, en cuyos textos se ven diversas situaciones que quedarían explicadas precisamente debido al funcionamiento separado ya de uno ya de otro de los elementos.

⁷⁵ El primer asomo se atribuye a Brinz (en una obra publicada en 1874) y la exposición más definida es debida a Amira y Gierke, en años siguientes. La extienden otros autores alemanes, como Schwerin y Schreiber.

⁷⁶ La evolución histórica de la responsabilidad, siguiendo a Schupfer, puede resumirse así:

a) Primero la responsabilidad nace exclusivamente del delito: allí, el delincuente respondía al Estado, o a la víctima o su familia. Si bien en esa época la palabra dada debía respetarse, todavía el contrato o no existía o no generaba responsabilidad.

b) Más tarde nace una garantía agregada al débito, mediante un acto distinto. Pronto se hizo necesaria la existencia de relaciones jurídicas más seguras, en las que el deudor pudiera ser llevado coactivamente a pagar. Para ello se empezó a agregar al débito una especial garantía, que producía la responsabilidad que el débito solo no generaba. Consistía en una cosa sobre la que se confería señorío al acreedor: la persona del deudor o de un tercero, una cosa material, un conjunto de ellas. La dación de la garantía frecuentemente adoptaba la fisonomía de un acto jurídico formal.

c) Finalmente, la responsabilidad nace directamente del débito. Se generaliza la opción de que la garantía es asumida directa y solamente por el deudor (encontrándose datos de esta transformación en diversos pueblos, como el babilónico, el griego, y también en Roma y en los pueblos germánicos) (v. su estudio sobre el débito y la responsabilidad en *Revista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1, diciembre, 1915).

a) Habría débito sin responsabilidad en la obligación natural (v. nuestros arts. 1470 y sgts.). En ella se debe (y tan es así que si se paga no se puede pedir restitución), pero si no se paga, nada ocurre al deudor; no responde. Se ha citado también el de la obligación modal.

b) Habría responsabilidad sin débito en la fianza; el fiador responde, pero no debe; quien debe es el deudor principal. También en el tercer poseedor de la finca hipotecada; él responde con la finca, pero nada debe (otros llaman a este caso de responsabilidad de cosa, sin débito del propietario de ella).

c) Habría deuda con responsabilidad limitada en algunas hipótesis permitidas en legislaciones extranjeras, a las que podría sumarse el caso ya señalado, también vigente entre nosotros, del tercer poseedor de la finca hipotecada, en que, además de que el poseedor de la finca nada debe y responde, lo hace sólo con la finca y no con el resto de su patrimonio.

d) Y habría responsabilidad sin deuda actual, en los casos de cauciones para garantizar obligaciones futuras (entre nosotros, por ej., arts. 2339, 2413 inc. final).

Cada uno de estos casos ha sido rebatido, oponiéndose para ellos explicaciones distintas, que implican negar que signifiquen presencia autónoma ya de débito ya de responsabilidad.⁷⁷

Se ha insistido en que en el derecho moderno ya están definitivamente fundidos ambos elementos, de modo que la obligación actual se estructura con ambos (y entre nosotros puede citarse al efecto el art. 2465).

En definitiva, la vigencia de esta concepción, es decir, la presencia en el derecho moderno del débito y de la responsabilidad en términos independientes, disociados, queda como tema controvertido. La tesis no ha logrado un convencimiento generalizado. En todo caso, es una proposición muy útil, en cuanto se la mantenga reducida a constituir una explicación racional de varias modalidades anómalas o extrañas que adopta la relación obligatoria y que son, a su vez, necesarias para satisfacer determinados requerimientos de la vida social.

⁷⁷ Pero en el derecho chileno, atendido el conjunto de reglas de los arts. 1089 y sgts., no puede fácilmente afirmarse que no exista responsabilidad, aunque se destaque el inc. 2° del art. 1090.

14. ELEMENTOS

Son: dos sujetos, el vínculo y el objeto (prestación).⁷⁸

En su mayor parte, los principales comentarios que pueden formularse respecto de cada elemento ya han quedado consignados en los párrafos precedentes, particularmente al tratar la evolución (de la disciplina y de la obligación) y las concepciones. Entonces, ahora sólo se efectuarán las debidas referencias, tratando algunos temas restantes.

I. Dos sujetos

Son llamados "acreedor" y "deudor". El primero es quien puede exigir la prestación al segundo; el segundo es quien debe ejecutar la prestación para el primero. También se les suele denominar "sujeto activo" y "sujeto pasivo", o "titular del crédito" y "titular de la deuda". Se les puede concebir ubicados en los extremos del vínculo; y, en fin, también se les ha referido como dos sujetos que han adoptado la "posición jurídica" de acreedor y deudor.

Cada posición puede estar integrada por más de una persona y de ambas categorías (varias naturales, varias jurídicas y en mixtura).

Con frecuencia ambos sujetos se encuentran simultánea y recíprocamente en ambas posiciones; son recíprocamente acreedores y deudores; tal acontece en los contratos bilaterales, lo cual también genera particularidades.

Ya se ha dicho que actualmente se admite su cambio (con gran facilidad el de acreedor, más limitadamente el de deudor), en lo que ha existido notable evolución; y que es posible la indeterminación del acreedor (especialmente a través de los títulos de crédito) y del carácter ambulatorio del deudor. Por último, también se ha mencionado que en las posiciones objetivas más extremas de la obligación se la ha llegado a concebir como un vínculo entre el acreedor y el patrimonio del deudor y, aun, entre dos patrimonios.

⁷⁸ Pero se ha sostenido que "el crédito, como relación de persona a persona, no tiene, en rigor, un objeto, sino que más bien el derecho del acreedor se dirige solamente contra la persona del deudor". Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor, y Wolff, Martin: *Tratado de Derecho Civil*. Trad. de Pérez y Alguer. Edit. Bosch, Barcelona, 1954. T. II, vol. I, Derecho de obligaciones, p. 6.

II. El vínculo

Constituye la relación jurídica entre el acreedor y el deudor. En el párrafo de la evolución de la obligación se describió también el cambio en su concepción.

Por otra parte, los caracteres: excepcional y temporal (o transitorio), de la obligación pueden atribuirse (como lo hacen algunos autores) más exactamente al vínculo.⁷⁹

III. El objeto (la prestación)

Dejando a salvo las discrepancias doctrinarias, considerando las obligaciones de origen contractual, se tiene entendido que el objeto del contrato son los derechos y obligaciones que de él surgen y el objeto de la obligación es aquello que se ha de dar, hacer o no hacer.

Tradicionalmente se ha estimado que el objeto de la obligación es lo que se ha de dar, hacer o no hacer. Empleando otros términos para describirlo, se expresa que puede consistir en una cosa, un servicio o una abstención.⁸⁰

Pero después de ese planteamiento surgió una crítica intensa, sosteniéndose que es inaceptable que las cosas (y los hechos) puedan formar parte de las relaciones jurídicas. Estas se configurarían exclusivamente entre personas. La relación no puede formarse entre dos factores tan heterogéneos. Las cosas podrán ser —se agrega— el soporte físico o la dimensión económica de la relación (el "objeto del objeto"), pero no el objeto propiamente en su significado jurídico, como elemento de la relación. Las cosas quedan fuera del objeto (y, por tanto, de la relación). El objeto de la relación jurídica es el comportamiento del deudor, la conducta activa u omisiva a que se compromete, o, lo que es lo mismo, la

⁷⁹ Para evitar extrañeza, conviene también advertir que algunos comentaristas tratan aquí el tema del débito y la responsabilidad, el cual habitualmente se aborda —tal como se ha procedido en este estudio— en la concepción general de la obligación.

⁸⁰ Nótese que (en la concepción tradicional) la "cosa" es el objeto del derecho real y ahora aparece también como el objeto del derecho personal. Pero a) aquí es una de tres alternativas, y b) mientras en el derecho real aparece como el objeto directo, aquí lo es sólo indirectamente, a través o mediante la persona del deudor (tal como se dijo al tratar la confrontación derecho real-derecho personal).

prestación. Es, pues, una prestación exenta o depurada de la presencia de cosas.⁸¹

Más tarde han surgido enmiendas a esta tesis de la prestación⁸² que han significado —según el autor de que se trate— en alguna medida un regreso a la posición inicial o una actitud ecléctica, empeñada en dar a las cosas un lugar en la relación.⁸³

Así, por ejemplo, se sostiene que el objeto es la prestación. Ahora bien —se agrega—, en su caracterización existe siempre un factor constante, que es el comportamiento del deudor (el mismo que creó el vínculo aparece nuevamente en el objeto), y uno que puede aparecer o no, las cosas. Cuando la obligación se refiere a dar o entregar una cosa, ella pasa a integrar el objeto, se incorpora a él, junto a la conducta. Si no se refiere a una cosa (se refiere a hechos o abstenciones), entonces el objeto es sólo la conducta del deudor. En suma, conforme a este postulado, el objeto de la obligación es la prestación, la cual es: conducta más cosa o conducta sola, según la obligación de que se trate.

En fin, también se ha propuesto que el objeto “inmediato” es la prestación; y el “mediato”, la cosa, hecho o abstención.⁸⁴

En cuanto al análisis de este elemento (objeto) y sus requisitos, aquí debe darse cuenta de algunas diferencias sistemáticas entre nosotros y buena parte de la doctrina extranjera.

Por una parte, esta materia, en sus conceptos y normas legales, entre nosotros es tratada en la teoría general del acto jurídico, en tanto que en la doctrina extranjera habitualmente es tratada aquí, al analizarse los elementos de la obligación (actitud que rigurosa-

⁸¹ Ahora conviene recordar lo dicho al tratar el tema derecho real-derecho personal. Frente a la tesis tradicional que concibe el derecho real como una relación persona-cosa, surge la denominada tesis obligacionista, que formula la misma crítica aquí mencionada: que las relaciones no pueden concebirse entre personas y cosas; sólo entre personas. En suma, es la misma concepción aplicada a ambos derechos, reales y personales. A los derechos reales no los ve como una relación de la persona con la cosa, una relación de poder de la persona sobre la cosa, sino de deber de abstención del resto del mundo para con el titular para que éste pueda ejercer poderes sobre la cosa. Y a la obligación la concibe en los términos expuestos en el cuerpo.

⁸² Al igual que ha ocurrido —según se dijo— con la concepción del derecho real.

⁸³ Con el aporte de autores como Messineo, Carnelutti, Hernández Gil.

⁸⁴ Con mayor énfasis propiamente en las cosas y los servicios, por ej., Wayar, Ernesto: *Derecho Civil. Obligaciones. I*. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 120 y sgts.

mente parece la más apropiada; es el objeto de la obligación al que en definitiva se está examinando).⁸⁵

Y, por otra, para establecer los requisitos del objeto, entre nosotros se distingue si el objeto consiste en dar una cosa, o en un hecho o abstención. En el primer caso, se plantea que el objeto debe ser real, comerciable y determinado; y en el segundo, que debe ser determinado, físicamente posible y moralmente posible. En la doctrina extranjera, sin introducir aquella distinción, simplemente se pide como requisitos, en general, que sea: posible, determinado, lícito; se suele agregar el de la posibilidad de incumplimiento, y se discute el de que tenga contenido patrimonial. Como el estudio de los señalados requisitos, conforme se explicó, es efectuado dentro de la teoría del acto jurídico, no serán tratados aquí. Pero se abordará uno, porque generalmente no es considerado en esa ocasión.

El problema de la patrimonialidad de la prestación

La doctrina ha discutido intensamente si para que se configure una obligación, en el sentido jurídico, se requiere o no que la prestación tenga naturaleza patrimonial (o valor económico).⁸⁶

Conviene destacar que en este problema, de apariencia muy específica, se viene a decidir, en gran medida, la frontera del campo del derecho de obligaciones, en términos de que se reduce o extiende en importante magnitud. Por otra parte, como se irá viendo, el dilema se entronca con concepciones de filosofía jurídica.

a) El planteamiento que puede ser considerado clásico postula que sí, que sólo las prestaciones patrimoniales configuran obligaciones (en el sentido jurídico). Si no, el vínculo será moral o de otra naturaleza, pero no constituirá auténtica obligación.

Se ha construido a partir de un texto del *Digesto*,⁸⁷ el cual permitió sostener a Savigny y a otros juristas de la Escuela Histórica,

⁸⁵ Más aún, en general en aquellos lugares se desarrolla escasamente la por nosotros denominada teoría del acto jurídico.

⁸⁶ En Chile el relato de esta discusión, con mención de numerosos autores, puede consultarse en Montenegro, María: *El concepto de obligación y su evolución*. Edit. Universitaria, Santiago, 1953.

V. también, particularmente para datos de legislaciones extranjeras sobre el requisito, Tomasello, Leslie: *El daño moral en la responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969; con amplios antecedentes y más actuales, Domínguez Hidalgo, Carmen: *El daño moral*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, T. I, pp. 170 y sgts.

⁸⁷ “*Ea enim in obligatione consistere, quae pecunia hui praestari que possunt*” (Libro XL, tit. VII, fr. 9, par. 2.). Su alcance ha sido, sin embargo, discutido, como se verá.

que el derecho romano exigía la patrimonialidad de la prestación. Luego de este precedente histórico se destaca, como argumento fundamental, que la falta de este requisito provocaría la imposibilidad de ejecución forzosa y aun de indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento. Por último, se recuerda que el derecho de obligaciones es una rama del derecho patrimonial, por lo que es natural que se exija esta patrimonialidad; si falta, el vínculo tendrá carácter moral, religioso, familiar, pero no de propia obligación (así se ha sostenido, entre otros, por Pothier, Laurent, Baudry-Lacantinerie et Barde, Aubry et Rau).⁸⁸

b) Pero se ha ido difundiendo ampliamente la tesis opuesta. La patrimonialidad no es requisito de la prestación para que se configure una obligación. Sólo basta que exista en el acreedor un interés digno de tutela o protección jurídica.

En cuanto al antecedente romano que se ha mencionado en la opinión anterior, se ha intentado *desvirtuarlo mediante interpretaciones* que reducirían la aplicación del texto del Digesto a los casos allí mencionados y se citan, además, otros pasajes al parecer en sentido opuesto. Luego de negar o, al menos, dejar en duda el antecedente histórico, se plantea que incluso en los casos de intereses no económicos puede descubrirse un interés indirectamente económico.⁸⁹ Y en cuanto a los efectos por incumplimiento, la sentencia de condena pecuniaria, además de la función reparadora —dicen— puede cumplir también una función de pena, y este último cometido es perfectamente aplicable en el incumplimiento de obligaciones no

⁸⁸ Los datos para sus opiniones pueden verse en la obra de doña María Montenegro, citada. Para insistencias más actuales, v. Cristóbal Montes, Angel: *La estructura y los sujetos de la obligación*. Edit. Civitas, Madrid, 1990, pp. 188 y sgts., quien, a propósito de lo que luego se dirá sobre el interés no patrimonial, reitera que no debe confundirse la naturaleza del interés del acreedor con el de la prestación. Y concluye que en el derecho la obligación ha sido concebida para la vida de relación entre los hombres, pero no para cualquier tipo de relación (afectiva, estética, moral), sino para la económica (comercial, en el amplio sentido de tráfico económico). V. también, del mismo autor: "¿Es la patrimonialidad requisito de la prestación?", en *Rev. Jurídica de Catalunya*, 1990, pp. 623 y sgts.

⁸⁹ Así, por ejemplo, acontece en uno de los clásicos ejemplos de Ihering. Este autor cita, como ejemplo de prestación no patrimonial pero con legítimo interés digno de tutela, el de un arrendatario que se obliga a no tocar el piano, según lo ha exigido el arrendador, que vive al lado. Pues bien, se dice, si el arrendatario incumple, el arrendador podrá pedir la resolución del contrato, lo que traerá perjuicios o desventajas patrimoniales al arrendatario (tendrá que buscar nueva vivienda, pagar gastos de traslado, etc.).

pecuniarias. Por otra parte, se recuerda que la indemnización del daño moral es un principio universalmente admitido y en ella hay una prestación de indemnización que originariamente estaba desprovista de valor patrimonial; de este modo, si se sostiene por un lado la procedencia de la indemnización al daño moral, y por otro se sostiene que no puede existir obligación sin un contenido patrimonial, se incurre en una inconsecuencia. Este argumento no es muy categórico, porque bien podría contestarse que esta indemnización procede cuando, existiendo una obligación con contenido patrimonial, se incumple y provoca al acreedor un perjuicio moral, además del material que puede haberse producido; es decir, si el vínculo originario no es patrimonial, no hay obligación y, por tanto, no hay incumplimiento posible; y si tiene contenido patrimonial, es obligación, y si se incumple, se debe indemnizar tanto el perjuicio material como el moral. Se añade que ya el cumplimiento llamado voluntario constituye una producción de efectos de la obligación, y ese cumplimiento es perfectamente posible en las obligaciones no patrimoniales. Y, en fin, en muchas situaciones son posibles incluso algunos cumplimientos forzosos y formas particulares de indemnización de perjuicios.

El postulado fue iniciado por Ihering⁹⁰ y continuado por otros autores alemanes (especialmente en el terreno histórico) como Enneccerus, Windscheid (a través del cual se entiende que penetró en el CC alemán). También lo comparten Planiol y Ripert,⁹¹ y, muy decididamente, Hernández Gil⁹² y Colmo.⁹³

c) Posteriormente se ha desarrollado, y con bastante éxito, una posición intermedia, en la que se perciben a lo menos dos matices.

Por una parte (como la modalidad más adoptada en la doctrina), se ha sostenido que debe distinguirse entre el interés que el acreedor tiene en la prestación y la prestación misma. Se estima que la prestación debe ser siempre de naturaleza patrimonial, pues de lo contrario no pueden producirse los efectos propios de una obligación, como la ejecución forzosa; pero el interés del acreedor puede perfectamente no ser patrimonial, sino moral, religioso, etc. (Así, primero Scialoja, y luego De Ruggiero, Messineo, Castán Tobenías). Criticando esta

⁹⁰ "Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias". En el volumen titulado *Tres Estudios Jurídicos*, Buenos Aires, 1947.

⁹¹ Ob. cit. T. VI, p. 302.

⁹² Ob. cit., pp. 110 y sgts.

⁹³ Colmo, Alfredo: *De las obligaciones en general*. Edit. Kraft, Buenos Aires, 1944, pp. 24 y sgts.

postura, se ha sostenido que como el interés del acreedor abstraído de la prestación no es un elemento constitutivo de la obligación, en verdad esta tesis no difiere substancialmente de la primera.

Por otra, acudiendo a la distinción entre débito y responsabilidad (ya referida), se ha propuesto que para la conformación de una obligación basta que se tenga un interés digno de tutela jurídica, de modo que si el contenido de la prestación no es patrimonial, ella constituye un débito jurídico. Ahora bien, como tal, no puede ser ejecutado en el patrimonio del deudor. Por tanto, no lleva aparejada responsabilidad. Pero sí puede constituir substrato de una válida garantía patrimonial. Entonces, si voluntariamente se conviene una pena (cláusula penal) de naturaleza patrimonial, surge una obligación completa: débito y responsabilidad. Así, la validez de la pena se funda en la validez del débito, de la deuda.⁹⁴

Por último, es útil tener presente dos observaciones generales sobre el punto y que nos terminan conduciendo a prescindir de la exigencia de la patrimonialidad:

— La primera, que tal como se ha dicho,⁹⁵ la solución de este conflicto depende en gran medida de la concepción que se tenga del campo que corresponde al derecho en general y al de las obligaciones en particular, en orden a si se regulan solamente intereses económicos o también de naturaleza extrapatrimonial.

Y la segunda, que la conclusión de admitir como obligaciones en sentido jurídico estricto a los vínculos sin contenido patrimonial, es cierto que presenta el peligro de considerar tales a deberes puramente morales, o compromisos puramente sociales, religiosos, de adhesión intelectual, etc. Pero este peligro es conjurable recordando que la conclusión de que un vínculo constituye o no obligación no se define exclusivamente con el contenido de la prestación, sino también con la presencia de los demás elementos y, destacadamente, con la intención de obligarse, llamada, en general, seriedad de la voluntad. Así, ciertos vínculos sin contenido patrimonial que aspiran a ganar respeto de obligaciones, podrán rechazarse por falta de esa intención formal del deudor de obligarse en sentido jurídico.

Por lo mismo hay que concluir que, al igual que frente a muchos otros conceptos jurídicos, se presentarán situaciones fronterizas, difíciles de resolver en abstracto en orden a si constituyen o

⁹⁴ Así, Pacchioni, Giovanni: *Diritto civile italiano*, 3ª ed., Edit. Cedam, Padova, 1941. Parte seconda. Vol. I, pp. 281 y sgts.

⁹⁵ Colmo, Alfredo. Ob. cit., p. cit.; Hernández Gil, Antonio. Ob. cit., p. 115

no obligaciones, las cuales tienen que entregarse en su solución a la prudencia del juez, que dispondrá de todos los elementos del caso para resolver apropiadamente.

Por lo que se refiere a los textos positivos, los códigos del siglo pasado en su mayoría no disponen de reglas precisas al respecto.⁹⁶ Los más recientes exhiben una tendencia en favor de admitir la obligación con prestación sin contenido patrimonial.

El CC alemán contiene una regla cuya amplitud ha conducido generalmente a concluir que no exige la patrimonialidad:⁹⁷ "En virtud de la relación obligatoria, el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación. La prestación puede consistir también en una abstención" (art. 241). El CC italiano adopta una fórmula de las denominadas intermedias: "La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de evaluación económica y debe corresponder a un interés del acreedor, aunque no sea patrimonial" (art. 1174). Le sigue, en semejantes términos, el CC boliviano (art. 292; también el Proyecto argentino de Código de Derecho Privado Unificado, de 1998, art. 675). El CC portugués adopta, resueltamente, la doctrina que admite que la prestación puede no ser patrimonial: "La prestación no necesita tener valor pecuniario; pero debe corresponder a un interés del acreedor, digno de protección legal" (art. 398, 2).

En cuanto al derecho chileno, el CC, como la mayoría de los códigos de su época, no contiene norma al respecto. Ante este estado, la opinión al parecer dominante es que es perfectamente admisible una obligación cuya prestación no tenga naturaleza patrimonial.⁹⁸ Así lo estimamos también.⁹⁹

⁹⁶ Lo que en algunos países ha permitido amplia discusión doctrinaria y variadas decisiones jurisprudenciales. Incluso, hay códigos en que no hay silencio, sino textos de dudoso sentido. Por ej., en Argentina la mayoría de los autores entiende que el CC exige la patrimonialidad.

⁹⁷ Con la opinión contraria de Giorgi, quien estima que el texto no ha innovado respecto de la doctrina clásica. Giorgi, Jorge. Ob. cit. T. I, N° 228, p. 203.

⁹⁸ Así Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Edic. facsimilar. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979. T. V, p. 8; Montenegro, María. Ob. cit., pp. 18 y sgts.; Tomasello, Leslie. Ob. cit., p. 132 y sgts.; Gatica, Sergio: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, p. 152; León, Avelino: *El objeto en los actos jurídicos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1958, pp. 16 y sgts. En contra, Stitckin, David: *Derecho Civil*. T. I. De las obligaciones. Edit. Universitaria. Santiago, s/f., p. 8.

⁹⁹ Con las observaciones que se consignaron en la exposición de la doctrina general.

Conviene formular un alcance respecto de los arts. 1461 inc. 1º y 1464. Estos preceptos exigen la comerciabilidad del objeto. Pero esta exigencia debe comprenderse en el sentido de excluir (en las obligaciones de dar) las cosas que no pueden apropiarse o poseerse por los particulares, y no en el sentido de que exija patrimonialidad en la prestación.

Respecto a las reglas para la indemnización por incumplimiento, es efectivo que las del CC chileno están dictadas considerando la violación de prestaciones con contenido patrimonial, pero eso sólo significa que existe laguna legal para las que carecen de ese contenido (y no es suficiente razón para excluirlas) y corresponde en tal caso al juez colmar el vacío (con los arts. 10 del COT y 170 N° 5 del CPC).¹⁰⁰⁻¹⁰¹

En cuanto a la causa, procede también una remisión. Es trata-da (entre nosotros) en la teoría general del acto jurídico. Aquí sólo puede advertirse que los textos del Código chileno sobre causa no deciden con claridad si se refieren a la causa del acto o a la causa de la obligación. En efecto, mientras el art. 1445 alude a la causa del primero, el art. 1467 regula la causa de la segunda.

¹⁰⁰ En este sentido, Montenegro, María. Ob. cit., p. 19.

¹⁰¹ V. un caso interesante en *RDJ*, T. 7, secc. 1ª, p. 5.

LAS FUENTES

15. CONCEPTO

Se entiende por fuentes de las obligaciones los hechos o actos de donde las obligaciones surgen.

El término equivale aquí a lo que en doctrina de la causa es llamada "causa eficiente", antecedente generador (precisamente, en Roma la expresión usada era la de "causa de las obligaciones").

Por otra parte, el término fuente está empleado aquí en el sentido de antecedente inmediato, próximo (no remoto o último, en el cual la fuente de las obligaciones se vincula con las fuentes del derecho en general).

Por último, conviene también advertir que el tema se examina en cuanto a la creación de obligaciones y no respecto de su adquisición derivativa (que también puede llamarse "transferencia" y "transmisión"; genéricamente "traspaso"), que es materia de otros capítulos de derecho civil (configura la cesión de deudas, en su aspecto pasivo; la cesión de créditos, la subrogación personal, en el activo; la cesión de contrato y la sucesión por causa de muerte, para ambas facetas).

16. PROPOSICIONES DOCTRINARIAS

En la época actual existe una amplia divergencia acerca de cuáles son las fuentes.¹⁰²

¹⁰² Sin estar ausente la posición escéptica. Con desdén se ha escrito que los intentos por clasificar las fuentes carecen de significación práctica; lo importante es saber cuándo una obligación es verdaderamente tal y debe recibir, por tanto, la protección jurídica (para lo cual debe encontrar asidero en una norma o algún razonamiento) y la respuesta es independiente de si el caso concreto puede