

La trayectoria de René Abeliuk como especialista en Derecho Civil y la enriquecedora experiencia adquirida durante años dedicados al servicio público y al ejercicio de la abogacía, se plasman en su obra *Las Obligaciones*, cuya tercera edición actualizada presentamos.

En un lenguaje directo y de fácil comprensión, la obra se desarrolla fluidamente, dividida en dos volúmenes y clasificada en seis partes. El primer volumen estudia las siguientes materias: "Concepto y Nociones Fundamentales", "Teoría General de las Fuentes de las Obligaciones" y "Clasificación de las Obligaciones". El segundo volumen analiza los siguientes temas: "Efectos de las Obligaciones", "Modificación de la Obligación" y "Extinción de las Obligaciones".

La obra ha sido puesta al día incorporándole las modificaciones legales más recientes, en particular aquellas relativas a las operaciones de crédito de dinero y la reajustabilidad de las obligaciones, introducidas principalmente por la Ley N° 18.840 de 1989.

La excelente sistematización y el análisis exhaustivo y a la vez sencillo, de las complejas materias contenidas en el Libro IV del Código Civil, las que se estudian a la luz de las corrientes doctrinarias más importantes y de la jurisprudencia, hacen de este título una obra clásica de obligada consulta para abogados y estudiantes.

Editorial Jurídica de Chile

LAS OBLIGACIONES

Tomo II

René Abeliuk M.

**René
Abeliuk
Manasevich**

LAS OBLIGACIONES

Tomo II

Editorial Jurídica de Chile

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.

RENE ABELIUK MANASEVICH

LAS OBLIGACIONES

Tomo II

© RENE ABELIUK MANASEVICH

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Inscripción N° 85.833

Se terminó de imprimir esta tercera edición
de 1.800 ejemplares en el mes de septiembre de 1993

IMPRESORES: Editorial Nomos

IMPRESO EN COLOMBIA / PRINTED IN COLOMBIA

ISBN 956-10-1021-6

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

ABREVIATURAS
LAS MAS FRECUENTEMENTE USADAS EN ESTA OBRA

Art.	artículo
C.	Código
C.C.	Código Civil ¹
C. Co.	Código de Comercio
C.O.T.	Código Orgánico de Tribunales
C.P.	Código Penal
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil
C.P.P.	Código de Procedimiento Penal
C. del T.	Código del Trabajo
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
F.M.	Fallos del mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales ²
M.P. o M. de P.	Memoria de Prueba (tesis de licenciado)
Nº	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia ²
Rep. o Repertorio	Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas ³
Sec.	Sección
Sem.	Semestre
Sigte(s)	Siguiente(s)
T.	Tomo
Vol.	Volumen.

¹ Salvo mención expresa en contrario, toda referencia a un Código se entiende a los chilenos; un artículo mencionado sin expresar ley o Código, corresponde a nuestro Código Civil.

² La G. T. y RDJ. se han refundido actualmente en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Todo fallo citado por su publicación en esta Revista se entiende referido a la Segunda Parte de la misma, que es la destinada a jurisprudencia.

³ Véase Bibliografía.

INCUMPLIMIENTO RECIPROCO⁹¹⁷

(Excepción del contrato no cumplido y derecho legal de retención)

940. *Enunciación.* El presente capítulo comprende el estudio de dos instituciones de remoto origen romano, pero que se encuentran aún en pleno desarrollo e inspiradas en un mismo principio que las legislaciones normalmente no consagran en forma expresa, sino que sólo recogen en disposiciones aisladas: que el deudor puede negarse a cumplir su obligación, mientras su acreedor no le cumpla a él lo que le debe, o se demuestre llano a hacerlo.

Son ellas la excepción del contrato no cumplido, limitada a los contratos bilaterales, y el derecho legal de retención; oportunamente señalaremos sus semejanzas, diferencias y respectivos campos de acción, adelantando eso sí que en ciertos casos es difícil reconocerlos.

En nuestro concepto se trata de dos manifestaciones de un mismo fenómeno: resulta inequitativo exigir al deudor que cumpla su obligación si su contraparte no lo hace o demuestra estar llana a hacerlo. Mediante la excepción de incumplimiento o de deuda del reclamante, el deudor obtiene la seguridad de que a su turno se le cumplirá. Por eso constituye una garantía, en el sentido amplio de la expresión (Nº 72) del cumplimiento.

Ambas envuelven en cierta forma una autotutela, porque el deudor puede legítimamente dejar de cumplir su obligación o negarse a la restitución o entrega de una cosa, sin ulteriores responsabilidades para él, pero, además, se le da la tutela de permitir oponer la excepción correspondiente.

⁹¹⁷ La denominación del capítulo está lejos de ser correcta, pero correspondería dar a la institución un nuevo nombre que aún no está aceptado o usar un largo título: derecho del deudor a negarse al cumplimiento si el acreedor no cumple o allana a cumplir lo que le debe, que parece excesivo.

Hay quienes hablan de mora de ambas partes, para referirse especialmente a la excepción del contrato no cumplido, pero legalmente es errónea, porque justamente el Art. 1.552 señala que no hay mora para ninguna de las partes (Nº 945).

Dado el actual desenvolvimiento de las instituciones, las trataremos, sin embargo, separadamente en dos secciones diferentes.

Sección primera

LA EXCEPCIÓN DEL CONTRATO NO CUMPLIDO

941. *Concepto.* La excepción del contrato no cumplido o exceptio non adimpleti contractus es la que corresponde al deudor en un contrato bilateral para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir la suya.

Como en todas las instituciones propias de los contratos bilaterales, se ha sostenido que su justificación es la causa: si no se cumple una obligación, la de la otra parte deja de tener causa, y por ello ésta puede negarse a cumplirla.⁹¹⁸

La objeción también la conocemos ya: la causa existió al tiempo de celebrarse el contrato, y es requisito de validez del acto, no de cumplimiento; y ello se subsana al igual que en la condición resolutoria tácita (N^{os} 60 y 523) y en la teoría del riesgo (N^o 1.208), con la noción de la interdependencia entre las obligaciones recíprocas de las partes.

Además, es indudable el fundamento de equidad de la institución, pues no es justo que una de las partes se vea obligada a cumplir su obligación, y a perseguir por otro juicio el cumplimiento de la suya. En tal sentido ya decíamos que la excepción del contrato no cumplido entronca en un principio de carácter más general en el Derecho: no puede exigirse lo que no se está dispuesto a dar. La buena fe debe presidir el Derecho, y evidentemente no la tiene el acreedor en esa circunstancia.

Como decíamos, la excepción se puede hacer valer, cualquiera que sea la forma en que se esté exigiendo el cumplimiento: judicial o extrajudicialmente.

Si el acreedor en esta última forma exige al deudor el cumplimiento, éste puede negarse a él aduciendo la deuda recíproca, y de esta negativa al cumplimiento no le deriva consecuencia alguna, mientras el que pretende cobrar no pague o se allane al pago.

Judicialmente, el deudor podrá oponerla a una demanda de cumplimiento forzado, de indemnización de perjuicios, o de resolución. El Código lo dijo únicamente a propósito de la segunda, en el Art. 1.552, pero evidentemente procede en los demás casos, como ya lo vimos al tratar de la condición resolutoria tácita (N^o 534).

⁹¹⁸ RDJ, T. 30, sec. 2^a, pág. 1.

Respecto del cumplimiento forzado, se la ha reconocido como excepción perentoria en el juicio ejecutivo, asilándola en el N^o 7^o del Art. 464: insuficiencia del título.⁹¹⁹

Fuera del derecho legal de retención (N^o 960), la excepción en estudio tiene, al igual que éste, una semejanza con la compensación, porque también se niega un cumplimiento en razón de una deuda del demandante. Pero sus diferencias son conceptuales: la compensación es un modo de extinguir la obligación, economizando un doble pago, y equivale al cumplimiento, mientras que la exceptio non adimpleti contractus tiende únicamente a paralizar la acción contraria. Por otra parte, en esta última se trata de obligaciones emanadas de un mismo contrato, que debe ser bilateral, y normalmente de distinta naturaleza, mientras que en la compensación las obligaciones entre las partes han de tener distinta causa, y deben, en cambio, ser de igual naturaleza.

942. *Origen y desarrollo.*⁹²⁰ Ya decíamos que la excepción del contrato no cumplido reconoce un origen remoto en la exceptio dolo del Derecho Romano, pero en él no tuvo desarrollo; éste corresponde a los canonistas y glosadores.

Sin embargo, no alcanzó una mayor difusión posterior, y es así como Domat y Pothier se refieren a ella incidentalmente, y el Código francés prácticamente la desconoció; sólo en la compraventa en el Art. 1.612 dio derecho al vendedor a negarse a entregar lo vendido si el comprador no le paga el precio.

Nuestro Código fue más completo, puesto que en el Art. 1.552 la acogió, aunque sólo respecto a la mora, declarando que no la hay en los contratos bilaterales si se deja de cumplir lo pactado, mientras el otro contratante no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.⁹²¹

Por su parte, el Art. 1.826, inc. 3^a, en la compraventa reproduce con ligeras variantes el Art. 1.612 del Código francés.

No obstante este silencio de este cuerpo de leyes, los comentaristas y la jurisprudencia no ha tenido inconveniente en aceptar su aplicación amplia.⁹²² En nuestro país, con mayor razón, ya que existe un precepto de carácter más general, se la acepta en igual forma.

⁹¹⁹ RDJ, Ts. 17, sec. 1^a, pág. 224; 30, sec. 2^a, pág. 1; 37, sec. 1^a, pág. 18; 45, sec. 1^a, pág. 307; G.T. de 1861, N^o 1954, pág. 1.175; de 1924, 2^a sem. N^o 103, pág. 499.

⁹²⁰ Véase un extenso estudio en Claro Solar, ob. cit., t. 11, N^o 1.270 y siguientes, págs. 769 y siguientes.

⁹²¹ Se ha reconocido que el Art. 1.552 aplica la excepción en estudio: RDJ. T. 30, sec. 2^a, pág. 1.

⁹²² Véase Mazeaud, ob. cit., Parte 2^a, T. 3^a, N^o 1.124 y siguientes; págs. 374 y siguientes.

Los Códigos modernos se preocupan expresamente de ella, como ocurre en los Códigos alemán, suizo e italiano.⁹²³

943. *Requisitos para oponer la excepción del contrato no cumplido.* Son los siguientes:

1º Se aplican en los contratos bilaterales.

Así lo señala expresamente entre nosotros el Art. 1.552, que consagra uno de sus efectos; por ello se la ha rechazado en la donación,⁹²⁴ y en el Derecho de Familia;⁹²⁵ esto último porque se trata de una excepción netamente patrimonial.

Entre los contratos bilaterales no es exclusiva de la compraventa, aunque el legislador se haya preocupado especialmente en ella.

Así, procede su aplicación en el arrendamiento, reconociendo el derecho al arrendatario de negarse a pagar el arriendo si el arrendador no cumple su obligación de efectuar las reparaciones necesarias, por lo cual la cosa arrendada sufre un siniestro;⁹²⁶ y también si el arrendatario es turbado por terceros en su tenencia.⁹²⁷ Advertimos, sin embargo, que se ha rechazado la excepción en el juicio de reconveniones de pago por su especial naturaleza.⁹²⁸

La promesa de celebrar un contrato futuro también queda sujeta a esta excepción;⁹²⁹ ya hemos advertido que en cuanto a la obligación principal que genera este contrato, que es de otorgar el contrato prometido, se presentan dificultades, pues es una obligación que no puede cumplirse sin la colaboración de la otra parte.

2º Es necesario que la contraparte contra quien se opone la excepción no haya cumplido ni se allane a cumplir alguna obligación emanada del mismo contrato.

Así lo señala el Art. 1.552 en relación con la mora. No es necesario, pues, que el acreedor haya cumplido su obligación; basta con que se allane al pago.⁹³⁰

⁹²³ Art. 1.460 del C. italiano: "en los contratos con prestaciones recíprocas, cada uno de los contratantes podrá rehusarse a cumplir su obligación si el otro no cumplierse u ofreciese cumplir simultáneamente la suya, salvo que las partes hubiesen establecido o que de la naturaleza del contrato resultasen términos diferentes para el cumplimiento. Sin embargo, no podrá rehusarse la ejecución, si teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuese contraria a la buena fe".

⁹²⁴ RDJ, T. 10, sec. 1ª, pág. 183.

⁹²⁵ RDJ, Ts. 48, sec. 1ª, pág. 479, y 49, sec. 1ª, pág. 237.

⁹²⁶ RDJ, T. 9, sec. 1ª, pág. 79.

⁹²⁷ RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 239.

⁹²⁸ RDJ, T. 43, sec. 1ª, pág. 48; jurídicamente el fallo no se justifica, pero sí por razones de equidad.

⁹²⁹ RDJ, T. 32, sec. 1ª, pág. 251; el promitente comprador puede negarse a seguir pagando el precio de la compraventa prometida, si el promitente vendedor no le extiende el contrato definitivo en la época estipulada.

⁹³⁰ RDJ, T. 5ª, sec. 1ª, pág. 140.

Pero no será suficiente que el acreedor diga que está llano al cumplimiento, sino que es necesario que dé principio a la ejecución,⁹³¹ como, por ejemplo, depositando la cosa debida para ser entregada al comprador contra pago del precio, o depositando en una promesa la cuota del precio en poder de un Notario.⁹³²

Por la misma razón que vimos al hablar de la mora accipiendi (Nº 882), en las obligaciones de dinero es requisito indispensable el depósito. Para ello hay un argumento de texto legal: veremos luego que en el Art. 1.872, inc. 2º, se da esta exigencia en la compraventa para el comprador turbado en su posesión.

El Art. 1.552 utiliza la misma expresión que el Art. 1.489 en la condición resolutoria tácita: "cumplir lo pactado", y por ello se presenta igual discusión: si basta cualquier incumplimiento del acreedor, por pequeño o accesorio que sea, o debe tratarse de la prestación recíproca que constituye esencialmente el contrato bilateral como precio y entrega en la compraventa (Nº 532). Creemos que en este caso basta cualquier incumplimiento, dado que la sanción no es tan drástica, y al acreedor le basta con cumplir para exigir, además de que cualquier abuso del que opone la excepción se corrige con el requisito de la buena fe. La jurisprudencia es contradictoria.⁹³³

Lo que sí es indiscutible es que la obligación debe emanar del mismo contrato; el problema se llevó a los tribunales en relación a una figura que es muy corriente: la promesa de venta con contrato de arriendo, entre la entrega de la cosa prometida vender y la celebración del contrato definitivo, y viceversa, arriendo con promesa de venta. Aunque ligados, en la especie hay dos contratos, aun cuando se otorguen en un solo instrumento, y por ello se rechazó la negativa del promitente vendedor de otorgar la escritura definitiva de compraventa por no pago de las rentas de arrendamiento pactadas por parte del promitente comprador arrendatario.⁹³⁴

3º Es necesario que la obligación del acreedor contra quien se opone la excepción sea exigible.

Así lo señala el inc. 3º del Art. 1.826. Ello es lógico, semejante obligación no hay que cumplirla aún; mediante la excepción, el deudor forzaría al acreedor a pagar antes, por ejemplo, de que se venciera el plazo. Si se vende una cosa pagadera al contado para

⁹³¹ RDJ, T. 50, sec. 1ª, pág. 406.

⁹³² RDJ, T. 62, sec. 1ª, pág. 388.

⁹³³ Un fallo publicado en la RDJ, T. 45, sec. 1ª, pág. 307, la aceptó para una obligación de deslindar la cosa vendida; la sentencia de la nota 929 para la de pagar el precio de la compraventa prometida que no es esencial de la promesa. En contra: RDJ, T. 39, sec. 1ª, pág. 377. Lo esencial en la materia es evitar el abuso de deudores inescrupulosos, interesados más en eludir su propio cumplimiento que obtener el ajeno.

⁹³⁴ RDJ, T. 65, sec. 1ª, pág. 188.

entregarse a una fecha futura, el vendedor puede exigir desde ya el precio, y no puede el comprador defenderse alegando la falta de entrega hasta que no llegue esa fecha.

4º La buena fe del que opone la excepción.

No lo ha contemplado expresamente nuestro Código; pero es de la esencia de la institución, desde su origen.⁹³⁵ Con esta exigencia se evita que la excepción se transforme en una herramienta del deudor para retardar o eludir su propio cumplimiento. Por eso no podrá oponerse frente a incumplimientos insignificantes, como si un comprador pretendiera negarse a pagar la compra de una casa porque una llave gotea, ni tampoco si ellos no son imputables al acreedor. Si en este último caso el incumplimiento es definitivo, la obligación del acreedor se extinguió por la imposibilidad, y procede aplicar el riesgo (Nº 1.205) y no la excepción del contrato no cumplido.

944. *Prueba de la falta de cumplimiento del acreedor. La exceptio non rite adimpleti contractus.* Uno de los problemas de más ardua solución en relación a la excepción del contrato no cumplido es a quién corresponde probar que se da o no la circunstancia que permite oponer la excepción: esto es, si hay una obligación no cumplida por parte del acreedor demandante, si a éste, por tratarse de uno de los presupuestos que hacen posible su pretensión, o al deudor, a quien corresponde probar los presupuestos de su excepción.

No obstante estas vacilaciones, predomina la tendencia a decidir esto último.⁹³⁶ Creemos que el problema se resuelve con la mera aplicación de las reglas generales en la materia, derivadas del Art. 1.698. Corresponde probar la obligación al que la alega; luego el deudor que se excepciona con la *adimpleti contractus* debe acreditar que por parte de su acreedor hay una obligación derivada de un contrato bilateral. Establecido esto, el acreedor queda forzado a probar su propio cumplimiento, que es la extinción de dicha obligación.

Lo que resulta francamente injustificable es que se haya llegado a decir que el ejecutante, al iniciar su ejecución, debe probar que ha cumplido su obligación,⁹³⁷ o llevando las cosas a su máximo extremo, que el cumplimiento debe constar en el título mismo;⁹³⁸ en el mejor de los casos podría considerarse que el propio cumplimiento es un presupuesto de la indemnización de perjuicios, porque sin él no hay mora para la contraparte (Art. 1.552), pero no de la ejecución forzada.

⁹³⁵ Así lo señala expresamente el Código italiano. Véase nota 923.

⁹³⁶ Véase Repertorio, T. 4º, 2ª edic., nota 1, en la pág. 209; RDJ, Ts. 49, sec. 1ª, pág. 271, y 56, sec. 2ª, pág. 98; en contra: RDJ, T. 19, sec. 1ª, pág. 359.

⁹³⁷ RDJ, T. 30, sec. 2ª, pág. 1. En contra: G.T. de 1914, enero a abril, Nº 100, pág. 225; RDJ, Ts. 26, sec. 1ª, pág. 214, y 27, sec. 1ª, pág. 331.

⁹³⁸ RDJ, Ts. 21, sec. 1ª, pág. 859 y 37, sec. 1ª, pág. 18.

Una variante de la excepción del contrato no cumplido es la *exceptio non rite adimpleti contractus*, o sea, del cumplimiento no ritual. En este caso el acreedor ha cumplido su propia obligación, pero su cumplimiento no es perfecto; ha pagado parcialmente o en forma defectuosa. En un caso, la *adimpleti contractus*, no hay forma alguna de cumplimiento; en la *non rite* lo hay, pero imperfecto.

Entre nosotros, la distinción encuentra su claro fundamento en el inc. 1º del Art. 1.556, que distingue el incumplimiento total, el cumplimiento imperfecto y el retardo en el cumplimiento.

Un fallo de nuestros tribunales ha excluido sí esta última situación, esto es, el retardo en el cumplimiento, declarando que si el deudor recibió la mercadería vendida, no entregada oportunamente, no puede oponer la excepción que comentamos.⁹³⁹ Es evidente que no podrá oponerse al cumplimiento que se le exige, pero sí a una demanda de indemnización de perjuicios por su propio retardo en pagar su deuda mientras el acreedor no cumplía la suya.

En cambio, se ha reconocido la procedencia de la excepción por el cumplimiento imperfecto, por haberse entregado una mercadería defectuosa.⁹⁴⁰

Pues bien, la importancia que tiene la distinción es que la procedencia de la *exceptio non rite adimpleti contractus* corresponde obviamente probarla al que la opone; el acreedor en cuanto deudor cumplió. El deudor demandado sostiene que el cumplimiento no fue suficiente, y él debe probarlo.

945. *Efectos de la excepción del contrato no cumplido.* Ya hemos señalado que la excepción del contrato no cumplido tiene un efecto meramente paralizador; mediante ella el deudor impide que se le fuerce a cumplir mientras su contraparte no lo haga a su vez, pero no le sirve directamente para obtener el cumplimiento recíproco. Por ello es que Messineo la califica de causal legal de suspensión del cumplimiento.⁹⁴¹

Pero indirectamente fuerza al acreedor a cumplir a su vez, a fin de obtener su propio pago; ahí está la garantía (en sentido amplio) que señalábamos en el Nº 940, y aún más, puede significar un verdadero privilegio para el que se asila en ella: al abstenerse de cumplir su obligación, no tiene necesidad de concurrir a la quiebra para cobrar lo que a su turno le deben, con el riesgo consiguiente de no

⁹³⁹ RDJ, T. 28, sec. 1ª, pág. 222.

⁹⁴⁰ Véase Repertorio, T. 4º, 2ª ed., Nota 3 a la pág. 211, y RDJ, T. 33, sec. 1ª, pág. 486. En otra oportunidad -T. 10, sec. 1ª, pág. 416- se rechazó la excepción porque las partes habían sometido a la decisión de un tercero si la mercadería estaba correcta, y no obstante el pronunciamiento de éste el deudor se negó a recibirla.

⁹⁴¹ Ob. cit., T. 4º, pág. 532.

conseguirlo. Opera en tal sentido en la misma forma que la condición resolutoria tácita (Nº 524).

Pero opuesta la excepción, si ninguna de las partes cede y da comienzo al cumplimiento de la obligación propia, la excepción conduce a un punto muerto. El contrato bilateral queda en suspenso, y ya vimos que dando solución judicial a esta laguna legislativa, la Corte Suprema ha aceptado en tales casos la resolución del contrato, sin indemnización de perjuicios (Nº 534).

La excepción que comentamos es patrimonial; en consecuencia, es transmisible y renunciabile. Esto último es discutible si procede en el mismo contrato, porque importa una limitación a las defensas del demandado en el posible futuro proceso.⁹⁴²

Igualmente, se presentan problemas en el caso de la cesión del crédito del acreedor, ¿podría oponerle al cesionario el deudor la excepción del contrato no cumplido por no haberle cumplido a él el cedente? El punto es sumamente discutible, porque en la cesión de créditos no se traspasa la deuda: el cesionario no tiene por qué cumplir la obligación recíproca de su cedente, e indirectamente se le forzaría a ello mediante la excepción del contrato no cumplido, y si es que le fuere posible cumplirla. Sin embargo, un fallo de la Corte Suprema aceptó su procedencia.⁹⁴³ Seguramente por el peligro que hay en resolver lo contrario: el acreedor eludiría su propio cumplimiento, cediendo su crédito. Creemos que a falta de disposición legal, debe solucionarse el problema en los mismos términos que en la compensación, por la evidente analogía de situaciones: si la cesión se perfeccionó por la aceptación del deudor sin reserva de la excepción, no puede oponerla, pero si fue meramente notificado, entonces conserva el derecho a hacerlo (Nº 725).

Finalmente, como hemos visto, y de acuerdo al Art. 1.552, la institución produce otro efecto importante: ninguna de las partes está en mora mientras la otra no haya cumplido o se allane a cumplir su propia obligación. Nuestra jurisprudencia lo ha aplicado vastamente

⁹⁴² Se han hecho muy frecuentes, especialmente en materia de arriendos, cláusulas que limitan la facultad del arrendatario para demandar o excepcionarse ante su arrendador. El Código italiano contempla en su Art. 1.462 la posibilidad, con ciertas limitaciones, de que se convenga que una de las partes no pueda excepcionarse a fin de evitar o retardar la prestación debida. Messineo habla de una verdadera cláusula de solve y repete (ob. cit., T. 4º, pág. 533), por la semejanza con la misma en el Derecho Tributario. El deudor primero paga, y en el juicio correspondiente podrá reclamar el cumplimiento que a él se le debe.

Entre nosotros, a falta de una disposición como el Art. 1.462 del Código italiano, nos parece que en principio deben rechazarse todas estas convenciones alteradoras de los derechos de la partes para accionar y excepcionar en el proceso. No está envuelto su mero interés particular, sino la organización del proceso mismo; están involucrados factores de orden público y hasta de derecho público (Art. 1.462 C.C.).

⁹⁴³ G.T. 1913, 2º sem., Nº 1.096, pág. 1.159 (imposibilidad de inscribir).

en la compraventa, tanto respecto de la obligación de entregar como de pagar el precio,⁹⁴⁴ y en toda clase de obligaciones.⁹⁴⁵ La consecuencia es que no procede la indemnización de perjuicios.

946. *Excepción preventiva de incumplimiento.* Hay situaciones en que el incumplimiento aún no se ha producido, pero los antecedentes hacen presumir que lo habrá; el acreedor no puede quedar inerte mientras su obligación se hace exigible, esperando que se produzca el incumplimiento que notoriamente ha de venir para accionar en defensa de sus derechos; la caducidad del plazo (Nº 473) se funda justamente en este evidente interés del acreedor de tomar resguardos ante el incumplimiento que se ve venir.

En la excepción del contrato no cumplido el deudor que es acreedor sólo puede asilarse en ella cuando tiene derecho a exigir el crédito; de manera que si la obligación del deudor cuyo incumplimiento fundadamente se teme no es exigible, no puede el acreedor negar su propio cumplimiento si él es exigible. Así lo veíamos al hablar de los requisitos de esta excepción.

No existe tampoco en el Código otra institución que permita al acreedor en el caso propuesto negar el cumplimiento, sino únicamente a favor del vendedor en la compraventa. Dice el inc. final del Art. 1.826: "pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega, aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando o asegurando el pago".

Se ha discutido la naturaleza de esta situación; para don Luis Claro Solar⁹⁴⁶ se trata de un caso de derecho legal de retención. Siendo relativa la separación, la verdad es que más se asemeja a la excepción del contrato no cumplido con la particularidad de que es preventiva. Por eso la hemos llamado excepción preventiva de incumplimiento.

El Art. 1.461 del Código italiano contempla esta excepción en términos generales bajo el epígrafe: "modificación en las condiciones patrimoniales de los contratantes", y dispone: "cada contratante podrá

⁹⁴⁴ RDJ, Ts. 7º, sec. 1ª, pág. 240; 9º, sec. 2ª, pág. 63; 11, sec. 2ª, pág. 1, y 16, sec. 1ª, pág. 330. En igual sentido Alessandri, *De la compraventa*, etc., ob. cit., T. 2º, Nº 1.534, pág. 398.

⁹⁴⁵ Así, se ha resuelto que si el deudor se había obligado a efectuar remesas periódicas de mercaderías, y suspende los envíos por no habérsele pagado los anteriores, no hay mora: G.T. de 1913, 1º sem., Nº 469, pág. 1.550. Si el acreedor se comprometió a alzar la mitad de la hipoteca, pagada una parte de la deuda, y no lo hizo, no hay mora por el no pago del saldo: G.T. 1918, julio-agosto, Nº 374, pág. 1.128.

⁹⁴⁶ Ob. cit., T. 10, Nº 1.107, pág. 575. El Código suizo, Art. 897, lo considera así y sólo lo da si el deudor es insolvente.

suspender la ejecución de la prestación debida por él si las condiciones patrimoniales del otro llegasen a ser tales que pongan en peligro evidente la consecución de la contraprestación, salvo que se prestare una garantía suficiente".

A falta de una disposición semejante en nuestro Código, el Art. 1.826, inc. final, no puede extenderse a situaciones no previstas, por muy justificado que resulte, dado su carácter de excepción.

Sección segunda

EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN

947. *Concepto.* Hemos ya advertido que el derecho legal de retención, aún más marcadamente que la excepción del contrato no cumplido que venimos de estudiar, es una institución en plena evolución y de desarrollo reciente; tanto es así que son muchos los comentaristas que prescinden de ella, o la confunden con la mencionada excepción.

En un sentido más propio, el derecho legal de retención es la facultad que tiene el deudor de una obligación de entregar o restituir una cosa perteneciente al acreedor de ella, para negarse a cumplir mientras no se le pague o asegure el pago de lo que se le debe en razón de esta misma cosa. Este es por así decirlo el derecho legal de retención químicamente puro, pero suele extenderse cambiando este último requisito por el de la conexión, según lo veremos más adelante.

En el derecho legal de retención hay un evidente fundamento de equidad, un principio de autotutela, una garantía en sentido amplio y un privilegio implícito, en términos análogos a la excepción del contrato no cumplido (Nº 941). Esto último es más remarcado en nuestra legislación, porque, como veremos, se le equipara en ciertos casos y para determinados efectos a la prenda e hipoteca (Nº 958).

Y, además, porque, de acuerdo al inc. penúltimo del Art. 71 de la Ley de Quiebras, al acreedor que tiene derecho legal de retención sobre algún bien del fallido no puede privársele de él sin pagarle o asegurarle el pago de su crédito, pudiendo incluso declararse este derecho aun después de dictarse el auto de quiebra.

También el derecho legal de retención opera judicial o extrajudicialmente; esto último, porque el deudor al negarse a entregar o restituir no contrae responsabilidad alguna, ejerce un derecho; en lo segundo, porque demandada la entrega o restitución, el deudor puede oponerse por la vía de la excepción perentoria.

Por ello también se asemeja a la compensación, en cuanto se

niega un cumplimiento, en razón de una deuda del que lo exige; pero tienen muy diferentes campos de aplicación, requisitos y efectos. La compensación exige deudas fungibles, la retención no, pero en cambio supone una cierta relación entre las obligaciones que no tiene por qué existir en la primera. Finalmente, la compensación extingue las obligaciones; el derecho legal de retención, como la excepción del contrato no cumplido, paraliza el cumplimiento exigido.

Pero según veremos en nuestra legislación, llega mucho más lejos, y se transforma en una modalidad de cumplimiento forzado para la obligación del que tiene derecho a la cosa que debe entregársele o restituírsele (Nº 958).

También se ha comparado el derecho legal de retención con la prenda e hipoteca, porque en todos ellos el acreedor tiene derecho a una cosa hasta que se le pague una deuda; mayor es el parecido con la prenda en que ella se retiene hasta el pago. Tanto es así que en nuestra legislación se la asimila para ciertos efectos a la prenda e hipoteca. La diferencia estriba en que estas cauciones son voluntarias, y se aplican a toda clase de obligaciones; el derecho legal de retención es como su nombre lo dice, legal, y exige una cierta conexión entre el crédito y la tenencia de la cosa que limita su campo.

948. *Origen y desarrollo.* Tuvo su origen en el Derecho Romano en torno a la *exceptio doli*, y se concedía para casos particulares, como el del poseedor vencido por las expensas o mejoras efectuadas en la cosa reivindicada, situación que contempla nuestro Art. 914.⁹⁴⁷

Los glosadores y el Código francés, como los inspirados en éste, tampoco edificaron una teoría general del derecho en estudio, limitándose a señalarle casos de aplicación, pero sin indicar sus efectos, lo que ha dado origen a discusiones hasta el día de hoy.

La teoría del derecho legal de retención está lejos de haber concluido su elaboración, y tanto es así que el moderno Código italiano, tan preocupado en otros aspectos de recoger los problemas de doctrina, aquí no ha innovado mayormente y concede este derecho también en casos especiales.

En cambio los Códigos alemán y suizo, y los inspirados en ellos consagran en términos generales la institución, aunque no estén exentos de la confusión con la excepción del contrato no cumplido.⁹⁴⁸

⁹⁴⁷ Véase Claro Solar, ob. cit., T. 11, Nº 1.097, pág. 560.

⁹⁴⁸ Creemos de interés reproducir las disposiciones de los Códigos alemán y suizo en la materia. Código Civil alemán: Art. 273: "Si en virtud del mismo hecho jurídico de donde resulte su obligación, el deudor tiene un derecho de crédito vencido contra su acreedor, puede negarse a realizar su prestación, a menos que resulte lo contrario de la obligación, mientras que la prestación que se le debe no se haya efectuado.

"El que deba devolver un objeto goza del mismo derecho si tiene una pretensión

949. *El derecho legal de retención en nuestra legislación.* El Código chileno, no se apartó en esta materia de su principal inspirador, el francés, limitándose, en consecuencia, a señalar casos de aplicación, dejando los mismos vacíos que su modelo.

pendiente por razón de expensas hechas por él en ese objeto o por un daño que dicho objeto haya causado, a menos que haya obtenido el objeto por medio de un acto ilegal cometido de intento.

"Además, el acreedor puede rechazar el derecho de retención ofreciendo una garantía; pero esa garantía no puede consistir en una fianza".

Art. 274: "Frente a la acción intentada por el acreedor, el derecho de retención no surte otro efecto, a favor del deudor, que el de entrañar contra él una condena a entregar contra entrega recíproca.

"En virtud de esa condena, el acreedor puede proceder al cumplimiento forzoso, sin efectuar su contraprestación, si su adversario ha sido constituido en mora de recibir".

Puede advertirse que en la fórmula del inc. 1º del Art. 273 cabe perfectamente la excepción del contrato no cumplido, no obstante que a ella se refiere específicamente el Art. 320: "quienquiera que es obligado, en virtud de un contrato sinalagmático puede rehusar la prestación que le incumbe hasta que la contraprestación sea efectuada, salvo que se haya obligado a la ejecución el primero".

Código suizo, Art. 895: "El acreedor que, con consentimiento de su deudor, se encuentre en posesión de cosas mobiliarias o de títulos valores pertenecientes a este último, tiene el derecho de retenerlos hasta el pago, con la condición de que su crédito sea exigible y que tenga una relación natural de conexión con el objeto retenido. Esta conexión existe para los comerciantes desde el instante que la posesión de la cosa y el crédito resulten de sus relaciones de negocios.

"El derecho de retención se extiende incluso a las cosas que no sean propiedad del deudor con tal que el acreedor las haya recibido de buena fe; con reserva de los derechos que deriven para los terceros de su posesión anterior".

Art. 896: "El derecho de retención no puede ejercerse sobre cosas que, por su naturaleza, no son realizables.

"No nace si es compatible, ya sea con una obligación asumida por el acreedor, ya sea con las instrucciones dadas por el deudor en el momento de la entrega de la cosa o con anterioridad, ya sea con el orden público".

Art. 897: "Cuando el deudor sea insolvente, el acreedor puede ejercer un derecho de retención hasta para la garantía de un crédito no exigible.

"Si la insolvencia no se ha producido o no ha llegado a conocimiento del acreedor sino con posterioridad a la entrega de la cosa, puede ejercer también un derecho de retención, no obstante las instrucciones dadas por el deudor o la obligación que por sí mismo hubiera asumido antes de hacer un uso determinado de la cosa".

Art. 898: "El acreedor que no haya recibido ni el pago ni una garantía suficiente puede perseguir, luego de un requerimiento previo al deudor, como en materia de pignoración, la realización de la cosa retenida.

"Si se trata de títulos nominativos, el encargado o la oficina de quiebras procede en nombre y en el lugar del deudor a los actos necesarios para la realización".

La aplicación en términos generales del derecho legal de retención plantea un problema para señalar sus límites; de no ser así llegaría a abarcar cualquier crédito que el deudor de la entrega o restitución tuviera contra el acreedor de estas obligaciones, deudor suyo de alguna otra prestación. Ello se resuelve con la teoría de la conexión a que nos referimos en el N° 954.

La situación fue radicalmente alterada por el C.P.C., que ha venido a complementar el C.C. en el título 3º del Libro 2º, Arts. 545 a 548, cuyo epígrafe es precisamente "De los efectos del derecho legal de retención". Aclaremos que, como lo señala este epígrafe, el C.P.C. se refiere a los efectos de este derecho, dando normas de carácter netamente substantivas y en que se solucionan una serie de problemas que se discuten aún en otros países; pero dichos preceptos no establecen ni casos ni reglas generales de procedencia de la retención.

Ellos están contenidos en disposiciones dispersas del C.C., C. de Co., y otras leyes. Los más señalados son los siguientes:

1º Especificación.

Esta, según el Art. 662, se produce cuando con la materia perteneciente a una persona, otra hace una obra o artefacto cualquiera, como si de uvas ajenas se hace vino. "No habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por la otra, el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura" (inc. 2º). Mientras ella no se pague, el especificador puede negar la restitución.

2º Fideicomiso y usufructo.

De acuerdo al Art. 756 el propietario fiduciario "llegado el caso de la restitución, tendrá derecho a que previamente se le reembolsen por el fideicomisario" las expensas extraordinarias de conservación de la cosa. De acuerdo al Art. 800, el usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones que le deba el propietario.

3º Poseedor vencido.

De acuerdo al Art. 914 "cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción".

Aún más severo es el caso previsto en el Art. 890: el poseedor de cosas muebles compradas en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, no estará obligado a restituirlas si no se le reembolsa lo que haya pagado por ellas y lo que haya gastado en mejorarlas y repararlas.

4º Contratos sinalagmáticos imperfectos.

Al tratar de la clasificación de los contratos en uni y bilaterales, vimos que en los primeros podía nacer posteriormente una obligación para el acreedor por las indemnizaciones que deba al deudor con ocasión de la tenencia por éste de la cosa (N° 59); en todos estos casos el legislador concede al deudor el derecho legal de retención para el pago de tales indemnizaciones.

Así lo señala el Art. 2.193 para el comodato y el Art. 2.234 para el depósito, y en la prenda, la retención es aún más amplia, pues abarca otros créditos contra el mismo deudor de la obligación primitiva.

vamente garantizada con esta caución, siempre que reúnan los requisitos señalados en el Art. 2.401.

5º Mandato.

De acuerdo al Art. 2.162: "podrá el mandatario retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte".

6º Arrendamiento.

Gozan de un derecho legal de retención ambas partes, arrendador y arrendatario.

Este, de acuerdo al Art. 1.937, no puede, por regla general, ser privado o expelido de la cosa arrendada sin que previamente se le pague o se le asegure el pago de las indemnizaciones que le debe el arrendador.

Por su parte, éste puede, para seguridad del pago de la renta de arrendamiento y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; se entenderá que le pertenecen a menos de prueba en contrario (Art. 1.942, inc. 2º).

Estos dos casos son de mucha frecuencia práctica, y cabría en doctrina discutir si se trata de un derecho legal de retención o de una excepción del contrato no cumplido, dado el carácter bilateral del arriendo, si no fuera porque el Art. 597 del C.P.C., para el caso del arrendatario, y el Art. 598, del mismo Código para el del arrendador, los califican expresamente en la primera calidad; aun en teoría cuadran más bien con éste, aunque la situación del Art. 1.942 presenta algunas particularidades.

En efecto, el arrendador no tiene en este caso materialmente la tenencia misma de las cosas retenidas, que es la característica típica de este derecho, sino que es poseedor de la cosa en que ellas se encuentran; por eso es que el Art. 598 del C.P.C. le ha dado al arrendador, a fin de evitar que su retención le sea burlada, el derecho de recurrir directamente a la policía para impedir que se saquen los objetos de la cosa arrendada.

7º Art. 92 de la Ley de Quiebras.

Es un caso bastante amplio; dispone el precepto: "aparte de los casos expresamente señalados por las leyes, la retención tendrá lugar siempre que la persona que ha pagado o se ha obligado a pagar por el fallido, tenga en su poder mercaderías o valores de crédito que pertenezcan a aquél, con tal que la tenencia nazca de un hecho voluntario del fallido, anterior al pago o a la obligación, y que esos objetos no hayan sido remitidos con un destino determinado".

8º Arts. 151 y 284 del C. de Co., etc.

950. *Requisitos del derecho legal de retención.* Advertimos que fijar los requisitos del derecho legal de retención tiene un interés más bien doctrinario en nuestro país, puesto que, de acuerdo a lo que se dirá en el número siguiente, no concurre sino en los casos expresamente señalados por la ley, la cual fija su procedencia; pero también servirá su estudio para llenar los vacíos de que adolezcan dichas disposiciones.

Dicho a modo de enunciación, tales requisitos son:

- 1º Una disposición legal que lo conceda;
- 2º Una tenencia de la cosa legítima por parte del deudor que debe entregarla o restituirla;
- 3º Un crédito cierto, líquido y exigible del que ejerce el derecho legal de retención;
- 4º Una conexión entre el crédito y la cosa o su tenencia, y
- 5º Que la cosa sea del acreedor de la obligación de entrega o restitución.

951. I. *Disposición legal que lo conceda.* Decíamos que la tenencia actual en las legislaciones es establecer en forma general el derecho legal de retención cada vez que se reúnan los requisitos señalados del Nº 2º al 5º; incluso en Francia, donde el Código se limita a indicar, según decíamos, casos de aplicación al igual que en el nuestro, se ha sostenido que ellos no son sino manifestaciones de una regla general tácita, y se ha pretendido su aceptación genérica.

Pareciera que esta opinión no resulta defendible entre nosotros:

1º Porque el derecho legal de retención es excepcional, ya que permite negarse a cumplir una obligación, y además, de acuerdo al C.P.C., según veremos, puede conferir un privilegio, los que tienen su fuente únicamente en la ley (Nº 981);

2º Por la redacción del Art. 545 del C.P.C., y de los Arts. 71, inc. penúltimo, y 92 de la Ley de Quiebras que se refieren al derecho de retención que "en ciertos casos conceden las leyes", "en los casos señalados por las leyes" y "los casos expresamente señalados por las leyes".

3º Por lo que dispone el Art. 2.392, inc. 2º: "no se podrá retener una cosa del deudor sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan".

Sin embargo, de desear sería que en una futura revisión del Código, ésta, como otras instituciones que por la época de su dictación han quedado a la zaga de la evolución jurídica, sea incorporada como norma general, por su evidente fundamento de equidad. En virtud de esta recomendación, ahondaremos en los restantes requisitos del derecho en estudio.

952. II. *Tenencia legítima de la cosa por quien invoca el derecho.* Para invocar la retención es necesario que el acreedor

tenga la cosa en que se va a ejercer en su poder; si pierde dicha tenencia ya no podrá ejercer este derecho (Nº 959).

La excepción la constituye el ya citado caso del arrendador, en que propiamente éste no tiene la cosa retenida, sino aquella en la cual ésta se encuentra.^{948 bis.}

La cosa puede ser mueble o inmueble, pero debe ser comerciable e infungible. Por regla general debe tratarse de cosas corporales, pero el Art. 92 de la Ley de Quiebras lo permite sobre valores de crédito.

Lo que sí es exigencia de la retención es que no haya adquirido la tenencia el retenedor por violencia o clandestinidad. Y así el Art. 92 de la Ley de Quiebras exige que la tenencia nazca de un hecho voluntario del fallido y el Art. 662 la buena fe del retenedor en la especificación.

953. III. *Crédito cierto, líquido y exigible del retenedor.* El crédito del retenedor debe ser en contra de la persona a quien debe entregar o restituir la cosa; el crédito debe ser cierto, y al retenedor le corresponderá acreditarlo.

La doctrina ha agregado el requisito de liquidez o de fácil liquidación, pero cabe advertir que únicamente entre nosotros lo exige la ley en la prenda: Art. 2.401, Nº 1º.

Lo que es sí indiscutible es que el crédito debe ser exigible, porque si no, por este medio el retenedor obligaría a su deudor a pagarle anticipadamente. También el Art. 2.401, en su Nº 3º, destaca esta exigencia.

954. IV. *La conexión.* Este requisito sólo tiene real importancia cuando el derecho legal de retención está establecido en términos generales, a fin de evitar una aplicación exagerada que permita al acreedor retener cualquier cosa que tenga del deudor por cualquier motivo que sea, para garantizar el pago de sus obligaciones.

Entre nosotros, si hemos sostenido la aplicación restringida de la retención a los casos expresamente legislados, carece de toda otra trascendencia que la investigación teórica, determinar cuál es la conexión que exige el legislador.

El punto ha sido muy discutido en doctrina, distinguiéndose fundamentalmente tres posiciones:

1º La conexión legal.

La ley es la que establece la procedencia de la retención única y exclusivamente en consideración a la relación que une al retenedor y

^{948 bis.} Se ha fallado que el arrendador no requiere confeccionar inventario para gozar del derecho legal de retención: RDJ, T. 38, sec. 1ª, pág. 551.

la persona a quien la cosa debe entregarse, sin que exista necesariamente relación alguna entre la cosa y el crédito, en cuya virtud se retiene. Es la solución del Código de Comercio alemán, y también la del Código suizo (Art. 895) entre comerciantes: basta que el crédito y la tenencia de la cosa hayan nacido de las relaciones de negocios entre ellos.

Es también la solución entre nosotros en materia de prenda, ya que basta que durante la tenencia de la cosa por el acreedor prendario hayan nacido otros créditos que reúnan los requisitos del Art. 2.401, en contra del mismo deudor. No es necesario que ellos tengan origen en la tenencia de la cosa ni en la misma relación jurídica que dio nacimiento a dicha tenencia.

Es también la situación del Art. 92 de la Ley de Quiebras: basta la tenencia por el retenedor de mercaderías o valores del fallido, y el pago u obligación a pagar por cuenta de éste.

2º Conexión objetiva.

Para otros es necesario que exista una conexión objetiva, esto es, que el crédito nazca por la tenencia misma de la cosa: gastos e indemnizaciones que ella origina. Es el caso del poseedor vencido. No hay relación jurídica que lo una al reivindicante, y

3º Conexión jurídica.

En ella se requiere que el crédito haya tenido su origen en la misma relación jurídica por cuyo motivo o causa el retenedor tiene la cosa en su poder. Es el caso del mandato, por ejemplo; por la ejecución del mandato el mandatario tiene en su poder cosas y efectos del mandante, y puede retenerlos por lo que éste le deba en razón de la ejecución del mismo mandato, aunque el crédito no derive de la tenencia de la cosa.

La conexión objetiva y la jurídica pueden coexistir; así ocurre en el comodato y depósito, por ejemplo: el deudor de la restitución tiene la cosa en su poder por un vínculo jurídico que lo une al acreedor; y es por ese mismo vínculo, pero en razón de los gastos e indemnizaciones que se le deban por la tenencia, que nace el crédito del retenedor.

La conclusión es que en nuestra legislación no existe un criterio único para establecer el derecho legal de retención, y es difícil que en ninguna se le limite a una de las concepciones señaladas, debiendo reconocerse las tres fórmulas para las diferentes situaciones en que se desea consagrar la retención.⁹⁴⁹

⁹⁴⁹ Tan relativo es el punto de la conexión, que en Francia, por ejemplo, se ha aceptado aunque el crédito nazca de una relación jurídica diversa de aquella en cuya virtud el retenedor tiene la cosa; es el caso del dueño de un garaje a quien se le adeuda una reparación anterior, y nuevamente se le lleva el vehículo para un arreglo. Puede retenerlo mientras no se le paguen ambos trabajos. La única exigencia es que

955. V. *La cosa debe ser del deudor.* El requisito resulta obvio, pues si la cosa no perteneciera a éste, el verdadero dueño tendrá el derecho de reclamarla.

Pero si se trata de indemnizaciones que se deban por expensas o mejoras en la cosa misma, podrán también oponerse al dueño, aunque la tenencia de la cosa para el retenedor no haya provenido de éste. El verdadero dueño reivindicará la cosa, y se le exigirá el pago de dichas expensas o mejoras.

956. *Efectos de la retención legal. Enunciación.* El derecho legal de retención genera los siguientes efectos principales:

1º Su efecto principal: el derecho del retenedor a negarse a restituir la cosa mientras su crédito no sea íntegramente satisfecho.

2º Judicialmente declarado da derecho de realización y preferencia, y

3º No da derecho de persecución.

Los veremos en los números siguientes.

957. I. *Derecho del retenedor a negarse a restituir mientras no sea pagado.* Es el efecto típico y universal del derecho en estudio, en que ni las legislaciones ni autores discrepan, mientras que veremos que todos los restantes se discuten.

En ello no se diferencia en nada de la excepción del contrato no cumplido, por lo que nos remitimos a lo dicho en el Nº 945.

Se reconoce que en vez del pago, el acreedor puede recuperar la cosa retenida, asegurando su pago. Así lo señalan los Arts. 914, 2.193, 1.937 y 93 de la Ley de Quiebras. Pues bien, tales cauciones, de acuerdo al Art. 547 del C.P.C., gozan de la misma preferencia que este Código otorga al derecho legal de retención judicialmente declarado, y que veremos en el número siguiente.

958. II. *Derechos de realización y preferencia. Asimilación a la prenda e hipoteca.* En doctrina se discute si el derecho legal de retención, como la excepción del contrato no cumplido, detiene sus efectos en la paralización de la acción del acreedor que exige la restitución, o puede conducir al cobro mismo del crédito del retenedor; igualmente controvertido es si otorga alguna preferencia para el pago, o sólo es garantía en el sentido amplio, al permitir el incumplimiento de la obligación de restituir, mientras no se le pague o asegure el pago de lo que al retenedor se debe.

los vínculos jurídicos sean, como en esta situación, de la misma naturaleza. Mazeaud, ob. cit., Parte 3ª, T. 1º, Nº 113 y siguientes, págs. 157 y siguientes, quien, como puede apreciarse, lo trata entre las garantías.

Entre nosotros, como habíamos anunciado, el Código de Procedimiento Civil modificó radicalmente la situación anterior a él, y asimiló el derecho legal de retención a la hipoteca, si recae sobre bienes raíces, y a la prenda, si es sobre muebles, para los efectos de su realización y preferencia.

Para ello es necesario que se declare judicialmente, a petición del que pueda hacerlo valer, esto es, del retenedor; incluso puede solicitarse como medida precautoria del derecho que garantiza (Art. 545 C.P.C.). Recordemos que, de acuerdo al Art. 71, inc. 4º de la Ley de Quiebras, ésta no es obstáculo para que se declare judicialmente el derecho de retención, lo que transforma a éste en un excelente garantía.

Tratándose de inmuebles, la resolución judicial que declare procedente la retención deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces respectivo (parte final del Art. 546 C.P.C.).

Si se refiere a bienes muebles, el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, podrá restringir la retención a una parte de los que se pretende retener y que sea suficiente para garantizar el crédito mismo y sus accesorios (Art. 548 C.P.C.).

Cumplidos estos requisitos y dictada en el proceso de que se trate sentencia ejecutoriada, los bienes retenidos "serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan" (parte 1ª del Art. 546 C.P.C.).

En consecuencia, si la retención recae sobre bienes muebles, asimila para los dos efectos señalados a la prenda, y si sobre inmuebles, a la hipoteca.

El derecho legal de retención, en consecuencia, no conduce como la excepción del contrato no cumplido a un empate, en que ambas partes dejan de cumplir sus obligaciones; antes por el contrario, el retenedor tiene derecho a realizar judicialmente las especies retenidas, para hacerse pago con su producto del crédito que tiene. Es un medio de cumplimiento.

Y aún más, su crédito es preferente en los mismos términos que, según veremos en el capítulo siguiente, lo es el garantizado con prenda (Nº 1.000) o hipoteca (Nº 1.009). En consecuencia, declarado judicialmente el derecho de retención, adquiere todos los caracteres de una caución real, salvo lo que señalaremos en el número siguiente.

959. III. *La retención no otorga derecho de persecución.* El derecho legal de retención se ejerce sobre una cosa, y de ahí que en doctrina algunos hayan pretendido otorgarle la calidad de derecho real; la importancia que tiene es concederle al retenedor un derecho de persecución a la cosa, si sale de sus manos.

Pero verdaderamente, es de la esencia del derecho en estudio una situación de hecho: que el retenedor tenga la cosa en su poder, de manera que si deja de estarlo, ya no puede acogerse a él. Sólo judicialmente declarado podría reconocerse semejante derecho de persecución, pero, como puede advertirse, el C.P.C. fue muy claro en la asimilación de la retención a los derechos reales de garantía en cuanto a la realización y preferencia, pero guardó un sugestivo silencio en cuanto a la persecución; por lo demás, las disposiciones legales que lo conceden se limitan a otorgar el derecho a retener la cosa, pero no a perseguirla. Por todo lo cual nos parece inconcuso que el derecho legal de retención no es real; sólo se ejerce en contra de la persona a quien existía obligación de entregar o restituir la cosa, pero no en contra de terceros.

960. *Derecho legal de retención y excepción del contrato no cumplido.* A través de este estudio hemos ido señalando las múltiples aproximaciones y también las diferencias que existen entre estos dos derechos del deudor a negar su propio cumplimiento en razón de lo que a su turno le debe el acreedor.

Su efecto fundamental es el mismo; se niega el pago mientras no se le pague o asegure el pago; por ello en ambos se habla de excepción de toma y daca, como diríamos en Chile, pasando y pasando. El deudor no cumple, porque es acreedor. El fundamento también es el mismo, la evidente equidad en no forzar el cumplimiento a quien a su turno es acreedor.

Pero difieren:

1º En cuanto a su aplicación.

Cada uno tiene su propio campo de acción: la excepción del contrato no cumplido en todo contrato bilateral, y cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones.

En cambio, la retención legal puede tener lugar en cualquier relación jurídica, o aun sin ella, aunque entre nosotros se limite a los casos expresos de la ley; en tal sentido su campo es más amplio y opera aun en los derechos reales, como vimos en el usufructo. Pero, por el otro lado, es más restringido que la excepción del contrato no cumplido, pues se limita a la obligación de entregar o restituir una cosa. En cambio en la excepción puede tratarse de cualquier clase de obligaciones, dar, entregar, restituir, hacer, no hacer, etc.

Sin embargo, hay una zona común, y en donde la distinción es difícil: la de los contratos bilaterales cuando justamente la obligación que se niega es de entregar o restituir una cosa.

2º En cuanto a los efectos.

Y tiene importancia distinguirlos, porque, como hemos visto, la retención conduce a la realización y otorga preferencia para el pago

al que la ejerce, mientras que la excepción del contrato no cumplido tiene un efecto meramente paralizante y suspensivo. La verdad es igualmente que en el caso de posible confusión: obligación de entregar o restitución, no se justifica la diferencia entre una y otra.

Como decíamos anteriormente, tanto uno y otro derecho, como lo que hemos llamado el incumplimiento preventivo, son distintos aspectos de un mismo instituto: el derecho del deudor a negar su prestación, si a su turno se le debe, con distintas graduaciones y alcances, según los casos, especialmente en cuanto a la relación de ambos créditos.

Ahora, si el extravío no fue imputable al deudor, parece obvio que el acreedor puede reclamar la cosa extraviada y reaparecida, pero no pedir indemnización, ya que el retardo no fue imputable.

La misma solución puede extenderse a cualquier imposibilidad temporal: el deudor debe indemnizarla si es imputable, y concluida la imposibilidad, el acreedor puede exigir la prestación, devolviendo la indemnización compensatoria; si no es imputable, la obligación debe cumplirse cuando desaparezca la imposibilidad, pero sin indemnización moratoria.

Sección cuarta

LA TEORÍA DEL RIESGO^{1.204}

1.203. *Enunciación.* Hemos optado por hablar en un primer párrafo del riesgo en general, y en un segundo estudiar la reglamentación de nuestra legislación a este problema.

Párrafo 1º

Del riesgo en general

1.204. *El riesgo.* La expresión "riesgo" indica la posibilidad de un evento futuro dañino, o como dice el Diccionario, "contingencia o proximidad de un daño".

Si este evento es susceptible de provocar efectos jurídicos interesa al Derecho, donde encontramos la expresión en varias figuras. Así, vimos que la responsabilidad objetiva ha solido fundarse en la teoría del riesgo profesional (Nº 208); en materia de seguros el objeto asegurado es siempre un riesgo, etc.

En cuanto a los derechos subjetivos, el riesgo se presenta tanto en los derechos reales como en los personales, pero con muy distintas implicaciones.

^{1.204} Tal como la imposibilidad misma, es ésta una materia de difícil ubicación para su tratamiento, pues puede corresponder a un capítulo especial de los efectos del contrato bilateral, en unión de la condición resolutoria tácita y la excepción del contrato no cumplido; o como el profesor Alessandri (ob. cit., pág. 198) lo hacía en las obligaciones de especie o cuerpo cierto, únicas en que opera esta teoría, o estudiarlas donde lo hacemos nosotros (y también Fueyo, ob. cit. T. 2º, pág. 216, Nº 627), que nos parece lógica, primero, por su íntima relación con la imposibilidad como modo de extinguir obligaciones, y segundo, por el efecto extintivo que a su vez puede tener la aplicación de ella.

En efecto, en los primeros, el titular del derecho real es el que corre el riesgo de extinción o disminución de su derecho por la destrucción o deterioro de la cosa sobre la cual se ejerce. Y así, por ejemplo, el dueño corre el riesgo de perder su dominio si se destruye el objeto de éste, el usufructuario y el nudo propietario, de extinción de sus derechos por la desaparición de la cosa fructuaria, etc. En todos estos casos, si la cosa se destruye por un imprevisto, el riesgo ha sido para su dueño (res perit domino), porque las cosas producen y perecen para su propietario. Ahora si en la destrucción, deterioro o merma ha intervenido culpable o dolosamente un tercero, éste deberá indemnizar los perjuicios; si se debe al hecho o culpa del usufructuario, éste le responderá al propietario, etc.

En los derechos personales, el riesgo se presenta justamente cuando la obligación se ha hecho imposible sin que la imposibilidad pueda imputarse al deudor. Si hay responsabilidad para éste, no ha habido riesgo, porque el deudor no cumplirá la obligación que se hizo imposible, pero deberá indemnizar los perjuicios.

1.205. *La teoría del riesgo.* La teoría del riesgo, o de los riesgos, como suele también llamársela, incide precisamente en el problema señalado: extinción de una obligación por imposibilidad no imputable al deudor.

Al respecto hay que distinguir si hay una sola parte obligada, o lo están ambas. Lo primero ocurre normalmente en las obligaciones extracontractuales, y en las convencionales, si el contrato es unilateral. Y así, por ejemplo, si se da en comodato un automóvil, sólo existe la obligación del comodatario de restituirlo a la expiración del contrato. Si el vehículo se destruye por culpa o dolo del comodatario no podrá ya cumplir esta obligación, pero deberá hacerlo por equivalencia, indemnizando al comodante. Pero si la destrucción se debe a un caso fortuito, la obligación de restituir se extingue sin ulteriores consecuencias para las partes.^{1.205}

En cambio, en el contrato bilateral existen prestaciones recíprocas para ambas partes; cada una es acreedor y deudor a la vez de la otra, y bien puede ocurrir que una de las obligaciones se haga imposible. Si ha habido culpa o dolo del deudor, cuya prestación se ha hecho imposible, la contraparte puede pedir la resolución del contrato y la indemnización de perjuicios, y si se le pretendiera exigir su propia prestación, podrá defenderse con la excepción del contrato no cumplido.

Pero si la prestación se hizo imposible por caso fortuito, el deudor de ella queda liberado de cumplirla en naturaleza, porque a

^{1.205} Sobre la situación, si el contrato ha derivado en sinalagmático imperfecto, véase Nº 1.209, 1º.

lo imposible nadie está obligado, ni por equivalencia, ya que no es responsable de la imposibilidad. Su obligación se ha extinguido sin ulterior consecuencia para él, pero ¿qué ocurrirá en tal caso con la de la contraparte? ¿Deberá ella cumplirla, o se extinguirá también, y en caso de haberla ya cumplido, tendrá derecho a la restitución de lo dado o pagado?

Por ejemplo, se compra un vehículo para entrega a dos meses, y pagadero con tanto al contado y el saldo en mensualidades, y aquél se destruye fortuitamente antes de la entrega, ¿deberá el comprador seguir pagando el precio, o antes por el contrario tiene derecho a dejar de hacerlo y exigir la devolución del anticipo?^{1.206} El mismo problema puede darse en todo contrato bilateral, y así, en el arriendo si se destruye el objeto arrendado, etc.

La teoría del riesgo tiende precisamente a solucionar este problema, esto es, a determinar qué ocurre con la obligación de la contraparte, que no se ha hecho imposible: si ella se extingue también o subsiste, a pesar del incumplimiento recíproco.

1.206. *Soluciones posibles al problema del riesgo en el contrato bilateral.* No hay sino dos alternativas posibles para solucionar el problema planteado en el número anterior: determinar que el riesgo es de cargo del deudor, cuya prestación se ha hecho imposible, o del acreedor a quien no se le va a cumplir la contraprestación por imposibilidad.

1º Riesgo del deudor (res perit debitori).

El riesgo es de cargo del deudor cuya prestación se ha hecho imposible por caso fortuito, si no puede exigir a la contraparte el cumplimiento de la obligación de ésta. Su propia deuda se extinguió por caso fortuito; no la cumplirá ni en naturaleza ni por equivalencia; en el ejemplo, ni entrega el vehículo ni indemniza los perjuicios, pero tampoco el comprador (acreedor de la obligación de entregar que se ha hecho imposible) deberá cumplir la suya de pagar el precio, y si ya lo hizo, podrá repetir lo dado o pagado.

2º Riesgo del acreedor (res perit creditori).

El riesgo es de cargo del acreedor cuando éste, no obstante que la obligación del deudor se ha extinguido por caso fortuito, está

^{1.206} Hay un par de ejemplos clásicos en la materia: Una agencia de viajes organiza una gira por el extranjero, contrata los pasajes y demás servicios, pero el viaje se hace imposible por el estallido de una guerra; la obligación de la agencia se ha extinguido por caso fortuito, pero el riesgo consiste en determinar qué ocurre con la obligación de los viajeros de pagarle a la agencia: si también se extingue, pudiendo pedir la devolución de lo ya pagado, o si siempre deberán cancelar lo convenido. El mismo problema se presenta si un empresario teatral contrata a un artista, vende las entradas, y la función no puede efectuarse por enfermedad de éste, etc.

obligado a cumplir su propia obligación, y si ya lo hizo, nada puede reclamar. En el ejemplo señalado, el acreedor, no obstante no recibir el vehículo, deberá pagar el precio, y no podrá exigir el cumplimiento en naturaleza de la contraprestación, ni la indemnización de perjuicios, ni la resolución del contrato, ni oponer a la demanda contraria de cobro del saldo de precio adeudado la excepción del contrato no cumplido.

Finalmente, las legislaciones en las obligaciones de dar suelen aplicar otro principio para determinar si el riesgo es del deudor o del acreedor, y se basan en cuál de los dos es el dueño de la cosa; el problema se resuelve con la regla res perit domino, las cosas perecen para su dueño.

Antes de ver por cuál de las dos soluciones cabe inclinarse doctrinariamente en el número subsiguiente, en el que sigue analizaremos brevemente el origen y desarrollo de esta teoría.

1.207. *Origen y desarrollo.* Se sostiene que la teoría del riesgo nació en Roma pero limitada a la compraventa; en el Derecho Romano el riesgo era del comprador, porque en el primitivo derecho la compraventa se fraccionaba en dos operaciones: la emptio y la venditio. El comprador primero compraba la cosa, y ésta le era entregada. Siendo la entrega la tradición, el comprador pasaba a ser dueño de ella, y por la operación posterior pagaba el precio. Si en el intertanto la cosa se destruía, aplicando el principio res perit domino, la pérdida era para el comprador dueño de la cosa, quien quedaba obligado a pagar el precio, no obstante la pérdida de lo comprado. Refundida la compraventa como un solo contrato, se mantuvo el mismo principio.

El Código francés recogió idéntica solución, pero por distinto motivo jurídico, porque en dicho Código nacen derechos reales del solo contrato, y entonces aplicó en el Art. 1.138 a la obligación de entregar el principio de que las cosas perecen para su dueño (res perit domino), colocando el riesgo por cuenta del acreedor.

La teoría del riesgo en el siglo pasado y lo que va corrido del presente ha experimentado una doble evolución:

1º Ampliación de su aplicación.

Nacida en la compraventa, extendida por el Código francés a toda obligación de entregar una especie o cuerpo cierto, hoy se refiere a todos los contratos bilaterales, cualquiera que sea la obligación que de ellos emane: dar, hacer y no hacer.

2º En cuanto a su solución.

La regla general es hacer correr el riesgo por cuenta del deudor, cuya prestación se ha hecho imposible. Así ocurre en los Códigos alemán, suizo o italiano, y con la salvedad de que en las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto se mantiene el riesgo por cuenta del

adquirente, si éste se ha hecho dueño, no obstante la falta de entrega. Así, el Código italiano en su Art. 1.463 sienta la regla general indicada, para en el Art. 1.465 referirse a los contratos "con efectos traslativos o constitutivos", en que por norma general el riesgo es del adquirente.

1.208. *Solución doctrinaria del riesgo.* Las legislaciones modernas en la forma señalada y la inmensa mayoría de los autores^{1.207} están contestes en que por regla general el riesgo debe estar a cargo del deudor cuya prestación se ha hecho imposible. Porque si bien es justo que éste quede liberado de responsabilidad por el caso fortuito, no es equitativo, en cambio, que la contraparte que nada recibe siga siempre obligada a cumplir su propia prestación.

Hemos visto que en los contratos bilaterales existe una íntima interdependencia de las obligaciones recíprocas de las partes; si cada una de ellas se obliga, es porque espera recibir la prestación contraria; si el comprador, en el ejemplo utilizado, se compromete al precio, es porque desea tener un automóvil. Si tuviera el riesgo de no obtenerlo en definitiva, no se comprometería a pagar el precio. Y así, en todo contrato bilateral. Luego, es lógico y equitativo que si por accidentes que están más allá de su potestad, en definitiva no va a recibir su contraprestación, tampoco quede obligado a cumplir la propia que por la imposibilidad ajena ha quedado desprovista de toda razón de ser, de causa, como dirían los causalistas; aunque esto último no es del todo exacto, porque la causa existió al tiempo del contrato; es un hecho posterior el que priva de toda razón de ser a la contraprestación que no se ha hecho imposible.

Se ha pretendido justificar la posición contraria, diciendo que es una contrapartida al beneficio que la ley otorga al acreedor de percibir los aumentos y mejoras de la cosa cuya entrega se le deba, pero semejante ventaja es muy pobre frente al riesgo que importa no recibir nada a cambio del propio cumplimiento.

También, como hemos visto, se hace una diferenciación cuando el adquirente ha pasado a ser dueño en virtud del solo contrato; aunque el problema nos es ajeno, pues en nuestra legislación se precisa la tradición para que el título traslativo transforme al adquirente en dueño, el principio *res perit domino* nos parece un justificativo más bien débil, porque no se trata de un problema de dominio, sino de reciprocidad en las prestaciones de un contrato bilateral, frente a un caso de imposibilidad en el cumplimiento para una de las partes.

^{1.207} Entre nosotros, Alessandri, ob. cit., pág. 202; Fueyo, ob. cit., T. 2ª, Nº 636, pág. 227, etc.

1.209. *Requisitos para la aplicación de la teoría del riesgo.* Según lo que hemos venido diciendo, y a modo de recapitulación, son ellos:

1ª Que se trate de un contrato bilateral.

Es el único en que se presenta el problema del riesgo en el sentido señalado en el Nº 1.205, ya que en él hay obligaciones recíprocas. En el contrato unilateral existe un riesgo del contrato, en el sentido de que si la obligación del deudor se ha tornado imposible por caso fortuito, nada puede reclamar el acreedor. Y así, si se ha dado un automóvil en comodato, y antes de su restitución se destruye, el comodante nada puede reclamar si ha operado un caso fortuito.

Sin embargo, si el contrato bilateral deriva en sinalagmático imperfecto (Nº 59), no hay inconveniente alguno en aplicar la teoría del riesgo. Es el mismo ejemplo anterior, pero el comodante debía al comodatario indemnizaciones por reparaciones efectuadas por éste en el vehículo. Al destruirse éste por caso fortuito se extingue la obligación del comodatario de restituir, y del comodante de pagar dichas indemnizaciones.

2ª Que una de las partes deje de cumplir su obligación por imposibilidad.

La obligación no cumplida puede ser de cualquier naturaleza; nuestro Código sólo se preocupó de las de dar, pero igualmente puede aplicarse el riesgo en las de hacer y no hacer;^{1.208} la única exigencia es que se trate de una obligación determinada,^{1.209} esto es, en principio si es de dar, de especie o cuerpo cierto, y de hacer o no hacer, infungibles, porque en caso contrario no se dará la imposibilidad absoluta.

Con mayor razón aún que en la condición resolutoria tácita (Nº 532) y que en la excepción del contrato no cumplido (Nº 943), creemos eso sí que la obligación extinguida por imposibilidad inimputable debe ser de las principales del contrato y no una secundaria, y

3ª Que el incumplimiento por imposibilidad sea inimputable.

Es decir, la obligación debe extinguirse por imposibilidad absoluta no imputable, en los casos que hemos señalado al tratar de este modo de extinguir las obligaciones en las secciones anteriores.

1.210. *Efectos del riesgo.* La aplicación de la teoría del riesgo produce efectos totalmente distintos, según que éste se coloque por cuenta del deudor o del acreedor.

^{1.208} Por vía de ejemplo, Fueyo, ob. cit., T. 2ª, Nº 632, pág. 221.

^{1.209} Hernán Matus Valencia, *El problema del riesgo en los contratos*, M. de P., Imprenta Universitaria S.A., Stgo, 1955, pág. 24.

1º Riesgo del deudor cuya prestación se hizo imposible.

En este caso, produce el efecto de extinguir la obligación de la contraparte. O sea, pone término al contrato, porque ninguna de las partes debe cumplir su obligación, y si el acreedor de la prestación que se ha hecho imposible ha cumplido ya la suya, tendrá derecho a repetir lo dado o pagado. No hay lugar a la resolución del contrato ni necesidad de oponer la excepción del contrato no cumplido. Si el deudor cuya prestación se hizo imposible pretende demandar el cumplimiento de su propio deudor, éste se excepcionará con la teoría del riesgo.

2º Riesgo del acreedor.

Si el riesgo es del acreedor, la obligación de su deudor queda extinguida por imposibilidad en el cumplimiento, pero aquél no puede excusar el suyo y deberá pagar su obligación. En consecuencia, el deudor cuya prestación se ha hecho imposible podrá demandar el cumplimiento, o retener lo ya dado o pagado por el acreedor de la obligación extinguida, sin que éste pueda exigir repetición, pedir la resolución del contrato u oponer la excepción del contrato no cumplido.

Párrafo 2º

El riesgo en la legislación chilena

1.211. *Reglamentación y pauta.* El Código nuestro no contiene una doctrina sobre el riesgo, sino una disposición genérica que es el Art. 1.550 en el título de los efectos de la obligación, y preceptos aislados.

Estudiaremos sucesivamente:

- 1º La pérdida de la cosa debida en las obligaciones específicas;
- 2º La pérdida parcial;
- 3º Regla general del riesgo en la legislación chilena;
- 4º Obligaciones de género, y
- 5º Obligaciones de hacer y no hacer.

1.212. I. *El riesgo en las obligaciones de dar un cuerpo cierto.* Dice la primera parte del Art. 1.550: "el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre de cargo del acreedor". El Art. 1.820 lo confirma para la compraventa: "la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa". La misma solución, en virtud del Art. 1.900, se aplica a la permuta.

Sientan los dos preceptos la regla general del riesgo a cargo del acreedor de la prestación que se ha hecho imposible, comprador en la compraventa, como acreedor de la obligación de entregar la especie vendida.

La disposición ha sido justamente criticada, pues hace aplicable el principio *res perit creditori*, recalcando aún la expresión "siempre" para reafirmar su generalidad. Veremos, en cambio, que el mismo legislador ha señalado varias excepciones a este principio.

Y en seguida, en nuestra legislación carece de toda justificación esta solución, pues hemos visto que los países que hacen correr el riesgo por cuenta del acreedor de la obligación de entregar se fundan en el principio *res perit domino*; pero en el nuestro por el solo contrato el adquirente no pasa a ser dueño, sino que únicamente adquiere el dominio cuando se le efectúa la entrega debida. Tal es la razón en que se apoya en Francia y en otras legislaciones el riesgo por cuenta del adquirente, pero nuestro Código no advirtió que al exigir título y modo de adquirir para la adquisición del dominio, quedaba sin justificación alguna la solución de radicar el riesgo en el acreedor.

Afortunadamente el error del legislador se compone en parte, porque la regla del Art. 1.550 sentada con tanta universalidad reconoce en la realidad varias excepciones:

1º Cuando el deudor se constituye en mora de entregar la especie o cuerpo cierto debidos.

Así lo señala el propio Art. 1.550.^{1.210} El riesgo pasa a cargo del deudor de la obligación de entregar.

2º Cuando el deudor se ha comprometido a entregar una misma especie a dos o más personas por obligaciones distintas.

Esta excepción está contemplada también en el Art. 1.550, el cual agrega que en este caso y en el anterior, el riesgo es de cargo del deudor hasta la entrega del cuerpo cierto debido.

Por ejemplo, A vende un mismo automóvil a B y C en contratos diferentes. El legislador sanciona esta doble venta privando al deudor del beneficio del riesgo.

^{1.210} Cuando el deudor está en mora de entregar pasa a responder aun del caso fortuito (Nº 878), a menos que éste hubiere destruido la cosa estando en poder del acreedor, esto es, cumplida la obligación de entregar. El Art. 1.550 no establece esta contraexcepción en que para mantener la armonía de las soluciones legislativas debería volverse a la regla general del riesgo por cuenta del acreedor. En efecto, en el caso señalado la obligación de entregar queda extinguida por imposibilidad, y no hay ulterior responsabilidad para el deudor.

Sin embargo, no hay interés alguno en extender la errónea aplicación de la regla general del Art. 1.550, por lo que parece preferible mantener la desarmonía legislativa y concluir que estando en mora el deudor, el riesgo es siempre de su cargo.

3º Cuando las partes así lo estipulen.

La norma del Art. 1.550 es meramente supletoria de la voluntad de las partes, de manera que éstas pueden alterarla libremente, disponiendo que el riesgo sea de cargo del deudor.

4º Cuando el legislador da expresamente la solución contraria.

Tan errónea es la solución del Art. 1.550 que el legislador mismo en disposiciones particulares, le ha señalado varias excepciones. Así ocurre:

A. Arrendamiento.

De acuerdo al Art. 1.950, Nº 1º, el contrato de arrendamiento expira "por la destrucción total de la cosa arrendada". O sea, esta destrucción pone fin al contrato, y por ende a las obligaciones de ambas partes. Y así, por ejemplo, si A arrienda a B su automóvil por 2 años, y a los 3 meses el vehículo se destruye por caso fortuito, se extinguen tanto la obligación de A de mantener a B en el goce pacífico de la cosa arrendada, como la de éste de pagar las rentas.

B. Confección de obra material.

Ella puede constituir un contrato de compraventa si la materia con que se confecciona la obra la proporciona el artífice, y si la entrega quien encarga la obra, es un arrendamiento (Art. 1.996).

En el primer caso "el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no" (Art. 1.996, inc. 2º). Por ejemplo, se encarga la confección de un traje a un sastre, y la tela y demás materiales los proporciona éste; si se destruyen antes de que el acreedor apruebe el traje, como el peligro corre por cuenta del sastre, éste nada puede cobrar al comprador.

Si en el caso propuesto, los materiales han sido entregados por el que encarga el traje, la pérdida de éstos es para él en el sentido de que no puede reclamar al artífice indemnización si no hay hecho o culpa de éste o sus dependientes; pero tampoco el artífice puede reclamar su remuneración sino en los casos de excepción que señala la ley (Art. 2.000). O sea, el riesgo es por regla general de cargo suyo.

C. Obligación condicional.

Según lo vimos en su oportunidad, de acuerdo al Art. 1.486 "si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación" (Nº 506).

La mayoría de la doctrina considera que esta disposición resuelve el problema del riesgo,^{1.211} pero la verdad es que el punto es muy discutible, porque el precepto no declara que se extingue el contrato, sino que la obligación condicional. Nada dice respecto a lo que

^{1.211} Claro Solar, ob. cit., T. 10, Nº 202, pág. 237; Alessandri, ob. cit., pág. 204, y Fuego, ob. cit., T. 2º, Nº 634, pág. 223.

ocurre con la contraprestación; la obligación del deudor condicional se ha extinguido por imposibilidad en el cumplimiento; y por ello es que el mismo precepto agrega que en el caso contrario, o sea, si hubo culpa del deudor, éste es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios.

En consecuencia, pareciera que el precepto únicamente pretendió resolver la responsabilidad del deudor condicional, pero no legislar sobre el riesgo.

En cambio, en la compraventa condicional sí que hay excepción al principio general de los Arts. 1.550 y 1.820, por disposición de la segunda parte de este último precepto: "salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor". El riesgo, en consecuencia, es del deudor condicional (vendedor), y la misma solución se aplica a la permuta (Art. 1.900).

1.213. II. *Pérdida parcial.* Nuestro Código, si no se preocupó de la imposibilidad parcial en términos generales, tampoco lo hizo con el riesgo en la misma circunstancia.

Hay que concluir por tanto que se mantiene la regla general, en caso de pérdida parcial, del Art. 1.550, esto es, que la pérdida parcial la soporta el acreedor, sin que tenga derecho a disminuir su propia prestación. Así lo confirma la solución que da el Código en caso de deterioros no imputables (Nº 1.200): el acreedor debe recibir la cosa en el estado que se encuentre, siempre que los deterioros no provengan de hecho o culpa del deudor, y sin que pueda exigir disminución en su propia obligación.^{1.212}

1.214. III. *¿Cuál es la regla general en materia de riesgo en una obligación de dar?* Hacemos la pregunta, porque destacados autores han sostenido que, no obstante la redacción categórica del Art. 1.550, y su ubicación en el título de los efectos de la obligación en general, es de carácter excepcional, y que la regla general en nuestra legislación es la contraria, esto es, que el riesgo es de cargo del deudor, cuya prestación se ha hecho imposible.^{1.213}

^{1.212} La solución se la justifica habitualmente diciendo que al acreedor también pertenecen los aumentos. Nos parece más justa la solución del Art. 1.464 del Código italiano, que autoriza la disminución de la contraprestación, y aun la rescisión del contrato, si el acreedor no tuviere un interés apreciable en el cumplimiento parcial. En nuestro Código en caso de destrucción parcial de la cosa arrendada, se faculta al juez para decidir si da lugar a la terminación del arriendo o a la rebaja de la renta de arrendamiento (Art. 1.932, inc. 2º).

^{1.213} Alessandri, ob. cit., pág. 203; Fuego, ob. cit., T. 2º, Nº 633, pág. 634.

Se apoyan en la falta de equidad y justificación de la solución contraria, y en las numerosas excepciones que tiene el precepto, que lo dejarían reducido a la compraventa y permuta, y aun en estos contratos con numerosas salvedades.

Estamos de acuerdo con las críticas al Art. 1.550 y creemos que debe modificarse, pero no podemos compartir tan autorizadas opiniones, pues el hecho es que el precepto existe, y no tendrá lugar únicamente en los casos expresamente exceptuados; en todo contrato bilateral en que exista obligación de entregar un cuerpo cierto, y no esté específicamente exceptuado, debe colocarse el riesgo por cuenta del acreedor mientras el Art. 1.550 no sea modificado.

Pero como se refiere únicamente a la pérdida de la cosa debida específicamente, sólo en tal caso de imposibilidad inimputable se aplica.

1.215. IV. *Obligaciones de género.* No hay disposición para el riesgo en las obligaciones genéricas, ya que el legislador parte de la premisa de que el género no perece y, en consecuencia, para la aplicación de la teoría en estudio faltaría uno de sus supuestos esenciales: la imposibilidad en el cumplimiento (Nº 1.194). El Art. 1.550 por ello habla de la obligación de entregar una especie o cuerpo cierto.

Si las cosas genéricamente debidas perecen antes de su entrega, la pérdida es para el deudor de la obligación de entregarlas, quien de todos modos deberá cumplir ésta con otras de igual cantidad y calidad.^{1.214}

Esto es así, naturalmente, hasta la entrega de la mercadería debida.^{1.215} Desde ese momento, el riesgo en el sentido general del término es de quien recibe la cosa debida, lo cual es, por lo demás, la solución general, aunque se trate de especie o cuerpo cierto.

Hemos señalado, sin embargo, que si los géneros debidos son objeto de alguna forma de especificación, siguen las reglas de las cosas específicas. Por ello, el legislador se ha preocupado de esta situación en la compraventa; el Art. 1.821 se refiere a las cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida, y si se las señala de modo que no puedan confundirse con otra porción de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, el riesgo es del comprador (acreedor), tal como ocurre en las cosas específicas. Si se venden indeterminadamente, el riesgo sólo le pertenece después de haberse pesado, contado o medido la parte vendida. Por su parte, los Arts. 142 y 143 del Código de Comercio resuelven el problema del riesgo en la compraventa mercantil.

1.216. V. *Obligaciones de hacer y no hacer.* Nada dijo el legislador respecto al riesgo en estas categorías de obligaciones, puesto que tampoco reglamentó, según dijimos, la imposibilidad en su cumplimiento (Nºs. 1.195-6).

Pero desde el momento en que ésta tiene cabida en ellas, se hace necesario resolver qué ocurre con la contraprestación que no se ha hecho imposible. Caben en nuestra legislación dos posiciones:

1º Aplicar por analogía el artículo 1.550 y resolver, en consecuencia, que el riesgo es de cargo del acreedor, a quien no se va a cumplir su obligación por imposibilidad, y

2º Decidir, por el contrario, que a falta de disposición expresa, debe aplicarse la solución de equidad, que es colocar el riesgo por cuenta del deudor, cuya prestación se ha hecho imposible; en consecuencia, el acreedor nada debe pagar, y si ya lo ha hecho, puede repetir lo pagado.

Nos inclinamos por esta segunda posición por varias razones, además de las doctrinarias señaladas en el Nº 1.208; primero, porque el Art. 1.550 resiste una aplicación analógica, dado su fundamento histórico; es una disposición extraída del Código francés, donde es un reflejo del principio *res perit domino*. Semejante doctrina nada tiene que ver con las obligaciones de hacer y no hacer. Además, es un precepto plagado de excepciones que reducen mucho su amplitud.

Por otro lado, es la solución que el Código ha dado en un caso de imposibilidad por obligación de hacer: la confección de obra material (Nº 1.212, 4º B).^{1.216}

^{1.214} G. T. de 1911, 2º sem., sent. 1.084, pág. 109 y de 1908, 1er sem., pág. 1102.

^{1.215} G. T. de 1918, 1er sem., pág. 408.

^{1.216} La misma opinión en Fueyo, ob. cit., T. 2º, Nº 634, pág. 223, aunque no compartimos su argumento fundado en el Art. 1.567, Nº 7º.

La trayectoria de René Abeliuk como especialista en Derecho Civil y la enriquecedora experiencia adquirida durante años dedicados al servicio público y al ejercicio de la abogacía, se plasman en su obra *Las Obligaciones*, cuya tercera edición actualizada presentamos.

En un lenguaje directo y de fácil comprensión, la obra se desarrolla fluidamente, dividida en dos volúmenes y clasificada en seis partes. El primer volumen estudia las siguientes materias: "Concepto y Nociones Fundamentales", "Teoría General de las Fuentes de las Obligaciones" y "Clasificación de las Obligaciones". El segundo volumen analiza los siguientes temas: "Efectos de las Obligaciones", "Modificación de la Obligación" y "Extinción de las Obligaciones".

La obra ha sido puesta al día incorporándole las modificaciones legales más recientes, en particular aquellas relativas a las operaciones de crédito de dinero y la reajustabilidad de las obligaciones, introducidas principalmente por la Ley N° 18.840, de 1989.

La excelente sistematización y el análisis exhaustivo, y a la vez sencillo, de las complejas materias contenidas en el Libro IV del Código Civil, las que se estudian a la luz de las corrientes doctrinarias más importantes y de la jurisprudencia, hacen de este título una obra clásica de obligada consulta para abogados y estudiantes.

Editorial Jurídica de Chile

René Abeliuk M.

Tomo I

LAS OBLIGACIONES

**René
Abeliuk
Manasevich**

LAS OBLIGACIONES

Tomo I

Editorial Jurídica de Chile

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.

RENE ABELIUK MANASEVICH

LAS OBLIGACIONES

Tomo I

© RENE ABELIUK MANASEVICH
© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago
Inscripción N° 85.833

Se terminó de imprimir esta tercera edición
de 1.800 ejemplares en el mes de septiembre de 1993

IMPRESORES: Editorial Nomos
IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA
ISBN 956-10-1021-6

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

ABREVIATURAS
LAS MÁS FRECUENTEMENTE USADAS EN ESTA OBRA

Art.	artículo
C.	Código
C.C.	Código Civil ¹
C.O.T.	Código Orgánico de Tribunales
C. Co.	Código de Comercio
C.P.	Código Penal
C.P.C.	Código de Procedimiento Civil
C.P.P.	Código de Procedimiento Penal
C. del T.	Código del Trabajo
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
FM.	Fallos del mes
G.T.	Gaceta de los Tribunales ²
M.P. o M. de P.	Memoria de Prueba (tesis de licenciado)
Nº	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RDJ.	Revista de Derecho y Jurisprudencia ²
Rep. o Repertorio	Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas ³
Sec.	Sección
Sem.	Semestre
Sigte(s)	Siguiente(s)
T.	Tomo
Vol.	Volumen.

¹ Salvo mención expresa en contrario, toda referencia a un Código se entiende a los chilenos; un artículo mencionado sin expresar ley o Código, corresponde a nuestro Código Civil.

² La G. T. y RDJ. se han refundido actualmente en la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Todo fallo citado por su publicación en esta Revista se entiende referido a la Segunda Parte de la misma, que es la destinada a jurisprudencia.

³ Véase Bibliografía.

5º El vínculo jurídico que une a las partes es oponible a terceros, quienes no pueden desconocer a las partes sus respectivas calidades de acreedor y deudor sino en los casos de inoponibilidad.

Estas reglas, guardando las debidas diferencias, son comunes a todo vínculo obligacional.

Sección Octava

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

161. *Enunciación.* De acuerdo al Art. 1.545, el contrato no puede ser invalidado, sino por consentimiento mutuo de las partes o por las causales legales. La expresión invalidado está utilizada en el precepto no por referencia a la nulidad, sino queriendo significar "dejado sin efecto".

El contrato puede terminar de dos maneras: por su extinción natural, pues se han cumplido todas las obligaciones y ya no da lugar a otra entre las partes, y por la llamada disolución, en que el contrato deja de producir sus efectos normales sin que hayan tenido lugar todos ellos.

En el primer caso, ha operado algún modo de extinguir las obligaciones, que normalmente será el pago o cumplimiento, o alguno de los que le equivalen, como dación en pago, compensación, etc. (Nº 1.171). Por ejemplo, en un mutuo, el mutuario restituye el capital y paga los intereses. El contrato se ha extinguido, pues ya produjo todos sus efectos, no hay otros que puedan suceder.

Cuando se habla de disolución, se está refiriendo justamente a los casos en que las obligaciones se extinguen por modos que no equivalen al pago, o sea, ya no se cumplen íntegramente las obligaciones contraídas, o dejan de generarse para el futuro nuevos efectos.

Entre los modos de dejar sin efecto un contrato el precepto citado distingue por un lado el consentimiento mutuo, o sea, la voluntad común de las partes, y las causas legales.

Desde otro punto de vista, se distinguen las causales de disolución que operan siempre hacia el futuro, dejando a firme los efectos ya producidos (ex-nunc) y las que operan aun para el pasado, con efecto retroactivo (ex-tunc) y en que, en consecuencia, los efectos ya producidos también desaparecen, dando lugar a las restituciones correspondientes.

La mayor parte de las causales de disolución del contrato se estudian en la parte sexta, relativa a los modos de extinguir las obligaciones, ya que naturalmente si el contrato queda sin efecto, los derechos y obligaciones por él establecidos perecen con él. De manera que daremos una breve noción de las mismas en los números siguientes, en este orden:

- 1º El acuerdo de las partes;
- 2º La voluntad unilateral de una de ellas;
- 3º La resolución y terminación;
- 4º La imposibilidad en la ejecución y la teoría de los riesgos;
- 5º La muerte de una de las partes;
- 6º El término extintivo, y
- 7º La nulidad y la rescisión.

162. I. *El acuerdo de las partes.* Dos principios: el de la autonomía de la voluntad y que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, confluyen para justificar que la voluntad común que generó el contrato pueda también disolverlo.

Pero al respecto, forzoso es efectuar un distingo, según si las partes acuerdan dejar sin efecto el contrato antes de haber cumplido las obligaciones emanadas de él, o después de cumplidas.

En el primer caso, nos encontramos ante un modo de extinguir las obligaciones: el mutuo consentimiento a que se refiere el inc. 1º del Art. 1.567 (Nº 1.173); por ejemplo, una persona vende a otra un vehículo en \$ 50.000, pero ni el vendedor ha entregado el vehículo ni el comprador pagado el precio, acordando ambos dejar sin efecto la venta; se extinguen ambas obligaciones y el contrato.

Pero si en el mismo ejemplo, el vehículo ha sido entregado y el precio pagado, las partes todavía pueden dejar sin efecto el contrato, aun cuando éste haya sido íntegramente cumplido, pero en verdad lo que ha ocurrido es que han celebrado un nuevo contrato, por el cual el comprador se obliga a restituir el vehículo y el vendedor el precio recibido.

El mutuo acuerdo opera siempre hacia el futuro y no puede perjudicar a los terceros ajenos a él.

163. II. *Voluntad unilateral de una de las partes.* Hemos ya dicho que los contratos sólo pueden dejarse sin efecto por el mutuo acuerdo de las partes, pero por excepción hay algunos que pierden eficacia ante la voluntad unilateral de alguna de ellas. Así ocurre, por ejemplo, en el mandato, al que se puede poner término por la revocación del mandante y por la renuncia del mandatario. (Art. 2.163); la sociedad, que puede ser dejada sin efecto por la renuncia de los socios (Art. 2.108); el arrendamiento, cuando no está sujeto a plazo, puede quedar sin efecto por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, por medio del desahucio (Art. 1.951), etc.

La revocación unilateral del contrato puede ser establecida en el mismo, como un derecho para una de las partes para desligarse del vínculo, cumplido algún evento determinado, o por su sola voluntad, o previo pago de una indemnización prefijada, etc.

En todos estos casos, la terminación del contrato opera únicamente hacia el futuro.

164. III. *Resolución y terminación. Referencia.* La condición resolutoria cumplida pone término a las obligaciones del contrato, y en consecuencia a éste, operando con cierto efecto retroactivo (Nº 498). La principal es la condición resolutoria tácita que tiene lugar cuando una de las partes deja de cumplir una obligación en un contrato bilateral. Declarada la resolución, se extinguen las obligaciones de las partes, y el incumpliente debe indemnizar los perjuicios (Nº 251); el efecto retroactivo de la condición cumplida puede afectar a los terceros en ciertos casos (Nº 561 y sigtes).

Refenda a los contratos de tracto sucesivo, recibe el nombre de terminación, y opera siempre para el futuro (Nº 529).

165. IV. *Imposibilidad en la ejecución y teoría del riesgo. Referencias.* La imposibilidad en el cumplimiento, por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación sin ulteriores consecuencias para el deudor. Se diferencia por tanto de la resolución y terminación en que en éstas hay incumplimiento culpable o doloso, mientras que fortuito en aquella. Si por aplicación de la teoría del riesgo en el contrato bilateral, la obligación de la contraparte tampoco se cumple, el contrato queda extinguido pero sin efecto retroactivo (Nº 1.210).

166. V. *Muerte de alguna de las partes.* La muerte de alguno de los contratantes no es un modo normal de extinguir los contratos, pues la regla general es que sus efectos pasen a sus herederos, como lo vimos en el Nº 110. También dijimos en tal oportunidad que no se traspasan a ellos los derechos y obligaciones personalísimos; en consecuencia, la muerte pondrá término a los contratos *intuitu personae*, como ocurre, por ejemplo, en el mandato y ciertas clases de sociedades.

167. VI. *El término extintivo. Referencia.* El contrato se va a extinguir para el futuro cuando ha sido celebrado sujeto a un término extintivo, esto es, a un plazo cuyo cumplimiento pondrá fin al contrato (Nº 468).

Así, por ejemplo, el arrendamiento puede ser celebrado por 3 años, cumplidos los cuales se extinguirá; la sociedad puede estipularse por 5 años u otro plazo, pasados los cuales se disuelve, etc.

168. VII. *Nullidad y rescisión.* Si el contrato adolece de un vicio de nulidad absoluta o relativa, y ellas son declaradas judicialmente, el contrato se extingue con pleno efecto retroactivo y afectando a los terceros.