

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.

RENÉ ABELIUK MANASEVICH

LAS OBLIGACIONES

Tomo II

QUINTA EDICIÓN ACTUALIZADA

© RENÉ ABELIUK MANASEVICH

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 171.682, año 2008
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta quinta edición
de 600 ejemplares en el mes de junio de 2008

IMPRESORES: Salesianos Impresores S. A

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN de este segundo tomo: 978-956-10-1867-9
ISBN de la obra completa: 978-956-10-1864-8



www.editorialjuridica.cl

ocupó únicamente de un caso de imposibilidad parcial: los deterioros de la especie o cuerpo cierto debidos, y no lo hizo tampoco en el título referente a la pérdida misma de la cosa debida, sino a propósito del cumplimiento de la condición (Art. 1480) (Nº 504), y en el pago (Art. 1590) (Nº 617). Con la solución que ellos dan podemos sentar la siguiente regla general:

Si la imposibilidad es imputable al deudor y es de importancia, el acreedor goza del derecho alternativo del Art. 1489, esto es, pedir la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (parcial), en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Si la imposibilidad es imputable al deudor pero no es de importancia, el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento parcial y la indemnización de perjuicios.

Si la imposibilidad no es imputable al deudor, la obligación se cumple en la parte que sigue siendo posible; tratándose de una especie o cuerpo cierto, el acreedor debe recibirla como se encuentre, esto es, con sus deterioros.

1.202. II. *Imposibilidad temporal*. Puede ocurrir que el imprevisto que impide cumplir la obligación no sea definitivo, y sólo imposibilite al deudor para cumplir oportunamente, esto es, cuando la obligación es exigible.

El Código no se ha preocupado especialmente tampoco de esta situación,⁸¹⁰ sino para un caso especial, del cual puede extraerse la regla general: reaparecimiento de la cosa perdida.

Lo hace así el Art. 1675: "Si reaparece la cosa perdida cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio".

El precepto parte del supuesto de que el deudor ha sido responsable del extravío, y se vio, en consecuencia, obligado a pagar el precio de la cosa como indemnización compensatoria, y los perjuicios por la mora; en tal situación el acreedor puede optar entre retener la indemnización recibida o reclamar la especie reaparecida, pero en este caso sólo podrá

⁸¹⁰ También el Código italiano se preocupa en general de ella en el Art. 1256, inc. 2ª: "si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras la misma perdura, no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta el momento en que, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede ya ser considerado obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tiene ya interés en conseguirla".

Por su parte, el Art. 1257 se preocupa del "extravío de la cosa determinada": "La prestación que tiene por objeto una cosa determinada se considera que se ha hecho imposible también cuando la cosa se ha extraviado sin que pueda probarse su perecimiento. En caso de que posteriormente sea encontrada la cosa, se aplican las disposiciones del segundo apartado del artículo anterior".

conservar la indemnización moratoria, porque ella reparó el retardo sufrido, pero deberá devolver el precio recibido.

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 RIESGO⁸¹¹

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, vemos 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.

⁸¹¹ 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. 2ª, 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.⁸¹²

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 lo imposible

⁸¹² Sobre la situación, si el contrato ha derivado en sinalagmático imperfecto, véase N° 1.209, 1°.

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?⁸¹³ 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.

1°. 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.

2°. 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 obligado a

⁸¹³ 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.

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. 1138 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. 1463 sienta la regla general indicada, para en el Art. 1465 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 autores⁸¹⁴ 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.

⁸¹⁴ Entre nosotros, Alessandri, ob. cit., pág. 202; Fueyo, ob. cit., T. 2º, N° 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:

1°. Que se trate de un contrato bilateral.

Es el único en que se presenta el problema del riesgo en el sentido señalado en el N° 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 (N° 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.

2°. 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;⁸¹⁵ la única exigencia es que se trate de una obligación determinada,⁸¹⁶ 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 (N° 532) y que en la excepción del contrato no cumplido (N° 943), creemos eso sí que la obligación extinguida por imposibilidad inimputable debe ser de las principales del contrato y no una secundaria, y

3°. 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.

⁸¹⁵ Por vía de ejemplo, Fueyo, ob. cit., T. 2°, N° 632, pág. 221.

⁸¹⁶ Hernán Matus Valencia, *El problema del riesgo en los contratos*, M. de P., Imprenta Universitaria S.A., Santiago, 1955, pág. 24.

1°. 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 exceptuará con la teoría del riesgo.

2°. 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 2°

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. 1550 en el título de los efectos de la obligación, y preceptos aislados.

Estudiaremos sucesivamente:

- 1°. La pérdida de la cosa debida en las obligaciones específicas;
- 2°. La pérdida parcial;
- 3°. Regla general del riesgo en la legislación chilena;
- 4°. Obligaciones de género, y
- 5°. 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. 1550: "el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre de cargo del acreedor". El Art. 1820 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. 1900, 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. 1550 sentada con tanta universalidad reconoce en la realidad varias excepciones:

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

Así lo señala el propio Art. 1550.⁸¹⁷ El riesgo pasa a cargo del deudor de la obligación de entregar.

2°. 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. 1550, 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.

⁸¹⁷ Cuando el deudor está en mora de entregar pasa a responder aun del caso fortuito (N° 878), a menos que éste hubiere destruido la cosa estando en poder del acreedor, esto es, cumplida la obligación de entregar. El Art. 1550 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. 1550, por lo que parece preferible mantener la desarmonía legislativa y concluir que estando en mora el deudor, el riesgo es siempre de su cargo.

3°. Cuando las partes así lo estipulen.

La norma del Art. 1550 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.

4°. Cuando el legislador da expresamente la solución contraria.

Tan errónea es la solución del Art. 1550 que el legislador mismo en disposiciones particulares, le ha señalado varias excepciones. Así ocurre:

A. Arrendamiento.

De acuerdo al Art. 1950, N° 1°; 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. 1996).

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. 1996, inc. 2°). 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. 2000). O sea, el riesgo es por regla general de cargo suyo.

C. Obligación condicional.

Según lo vimos en su oportunidad, de acuerdo al Art. 1486, "si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación" (N° 506).

La mayoría de la doctrina considera que esta disposición resuelve el problema del riesgo,⁸¹⁸ pero la verdad es que el punto es muy discutible,

⁸¹⁸ Claro Solar, ob. cit., T. 10, N° 202, pág. 237; Alessandri, ob. cit., pág. 204, y Fuyo, ob. cit., T. 2°, N° 634, pág. 223.

porque el precepto no declara que se extingue el contrato, sino que la obligación condicional. Nada dice respecto a lo que 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. 1550 y 1820, 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. 1900).

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. 1550, 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 (N° 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.⁸¹⁹

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. 1550, 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.⁸²⁰

⁸¹⁹ La solución se la justifica habitualmente diciendo que al acreedor también pertenecen los aumentos. Nos parece más justa la solución del Art. 1464 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. 1932, inc. 2°).

⁸²⁰ Alessandri, ob. cit., pág. 203; Fuego, ob. cit., T. 2°, N° 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. 1550 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. 1550 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 (N° 1.194). El Art. 1550 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.⁸²¹

Esto es así, naturalmente, hasta la entrega de la mercadería debida.⁸²² 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. 1821 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.

⁸²¹ G.T. de 1911, 2° sem., sent. 1.084, pág. 109, y de 1908, 1° sem., pág. 1102.

⁸²² G.T. de 1918, 1° sem., pág. 408.



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 1550 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. 1550 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).⁸²³

⁸²³ La misma opinión en Fueyo, ob. cit., T. 2º, Nº 634, pág. 223, aunque no compartimos su argumento fundado en el Art. 1567, Nº 7º.

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O LIBERATORIA

1.217. *Reglamentación y pauta*.⁸²⁴ De acuerdo al Art. 1567 las obligaciones se extinguen: Nº 10, por la prescripción. El inc. final del precepto anuncia que la prescripción se trata al término del Libro 4º.

En efecto, siguiendo a su modelo francés, reglamenta el nuestro esta institución en el último Título del Libro 4º, el Nº XLII, Arts. 2492 a 2524. Tras este Título en el Código sólo existe el Final "De la observación de este Código". O sea, prácticamente con la prescripción concluye el Código Civil.

El Título XLII se divide en 4 párrafos: de la prescripción en general; de la prescripción con que se adquieren las cosas; de la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales, y de las acciones que prescriben en corto tiempo.

O sea, que también, a imitación del Code, trató juntamente la prescripción adquisitiva o usucapión, que es un modo de adquirir el dominio y derechos reales, con la extintiva o liberatoria, que es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos.

Mucho se ha escrito para criticar el tratamiento dado por ambos Códigos a la materia y que no es seguido por los de este tipo, como el alemán, suizo e italiano; los que separan ambas prescripciones; la crítica versa precisamente en que, para quienes la formulan, la prescripción adquisitiva debe tratarse entre los modos de adquirir, y la extintiva entre los modos de extinguirse las obligaciones.

Otros, en cambio, han defendido el sistema del Código por las relaciones que veremos existen entre ambas prescripciones, en cuanto tienen reglas comunes, un elemento común: el transcurso del tiempo y finalmente tienden a un mismo objeto, cual es dar estabilidad a las relaciones jurídicas. Por ello se ha llegado a decir un poco floridamente

⁸²⁴ Además de las obras generales sobre obligaciones, véase a Ramón Domínguez Águila, *La prescripción extintiva*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

