



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Alcalde Silva, Jaime

El "Commodum Repraesentationis" del artículo 1677 del "Código Civil" de Chile

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXI, 2008, pp. 37-161

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613754001>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ESTUDIOS

1.
Derecho privado

Revista de Derecho
 de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
 XXXI (Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2008)
 [pp. 37 - 161]

EL “COMMODUM REPRAESENTATIONIS”
 DEL ARTÍCULO 1677 DEL “CÓDIGO CIVIL” DE CHILE*

[The “Commodum Repraesentationis”
 of Article 1677 of the “Civil Code” of Chile]

JAIME ALCALDE SILVA**

Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Este trabajo ofrece un análisis de la facultad del acreedor contenida en el artículo 1677 CCCh. y conocida con el nombre de *commodum repraesentationis*, consistente en la posibilidad de exigir la cesión de las acciones y derechos que tiene el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa ha perecido la cosa debida. Este remedio ante el incumplimiento, de notable desarrollo doctrinal en otros ordenamientos, ha sido escasamente aten-

ABSTRACT

This work analyses the faculty of the creditor contained in article 1677 CCCh. known as *commodum repraesentationis*, which consists of the possibility of demanding the assignments of the actions and rights of the debtor against those whose deeds or guilt causes the extinction of the due object. This solution for the non-compliance—of noticeable doctrinal development in other systems—has received scarce attention

* Este trabajo es una versión ampliada de la ponencia presentada en las VI Jornadas Chilenas de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Diego Portales y realizadas en Olmué (Región de Valparaíso) los días 7, 8 y 9 de agosto de 2008. Una versión de esa ponencia, con la agregación de las citas esenciales, será incluida en las Actas de dichas Jornadas, cuya publicación está a cargo de Legal Publishing. Agradezco los comentarios y sugerencias que hicieron al manuscrito de este trabajo el Profesor Dr. D. Alejandro Guzmán Brito y el ayudante de Derecho civil D. Álvaro Vives Martens.

** Instructor adjunto de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Investigador de la Academia de Derecho Privado UC. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Avda. Libertador Bernardo O’Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: jcalcald@uc.cl

dido por la literatura chilena, por lo que es menester reconstruir su disciplina.

PALABRAS CLAVE: *Commodum re-praesentationis* – Imposibilidad de la prestación – Incumplimiento contractual – Remedios ante el incumplimiento.

by Chilean literature; therefore, it is necessary to reinstate its study.

KEYWORDS: *Commodum re-praesentationis* – Impossibility of provision – Contractual non-compliance – Solutions for non-compliance.

I. INTRODUCCIÓN

Paulatinamente, se ha ido creando consenso acerca de dos bases esenciales que se debe tener en cuenta a la hora de reconstruir el sistema de responsabilidad contractual desde el material que fragmentariamente proporciona el *Código Civil*.

La primera de ellas es que el incumplimiento se debe desligar de toda connotación subjetiva y situar como el elemento material que integra el supuesto de cada uno de los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor para la protección de su derecho de crédito. A este respecto, y desde hace bastante tiempo, se ha señalado que el incumplimiento puede ser entendido desde dos perspectivas: como una infracción del programa de prestación y como una lesión del interés del acreedor¹. Uniendo ambos polos se puede ofrecer una definición de incumplimiento bastante comprensiva, que conciba éste como cualquier desviación o perturbación del programa de prestación (o regla contractual) que produce la insatisfacción del acreedor².

¹ Por todos: BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones* (traducción de José Luis de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969), I, pp. 122-123.

² MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Evolución del concepto de obligación en el derecho español* (2005), ahora en EL MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006), pp. 29-30 y 36-38. En Chile: MEJIAS ALONZO, Claudia, *El incumplimiento contractual y sus modalidades*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008), pp. 473-476; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor. Una relectura de las disposiciones del "Código Civil" sobre incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2007), pp. 514-519. Véase, además: BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*, en *Revista Chilena de Derecho* 24 (1997) 1, pp. 151-177, y los trabajos citados más abajo, en la nota 3.

La segunda de las bases mencionadas consiste, por su parte, en la articulación de un elenco unitario y coherente de remedios ante el incumplimiento contractual, destinado a superar el estado de insatisfacción del interés del acreedor que éste ha producido³. Desaparece así la diversificación de requisitos o efectos que se atribuye a determinadas modalidades de incumplimiento, permitiendo una mayor certeza del acreedor al momento de proteger su derecho de crédito. A su vez, la administración de este elenco de remedios se independiza de una prelación pre establecida y se entrega al acreedor, quien elegirá el remedio que resulte más adecuado para satisfacer su interés.

Estos remedios que componen el sistema de protección del crédito son muchos y de muy diversa índole. Uno de ellos es el *commodum repreäsentationis*, llamado también *commodum subrogationis* ("stellvertretendes *commodum*") o *suplentem commodum*, en que se centra este trabajo⁴.

En Chile, el *commodum repreäsentationis* [= *cr.*] se encuentra tratado en el artículo 1677 CCCh., que describe la figura en los siguientes términos: "*Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa*". Como se aprecia, esta norma cumple una finalidad de protección del acreedor, pues intenta

³ Es la tendencia que paulatinamente se comienza a imponer en la doctrina chilena. Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008), pp. 403-428; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema 7 de julio de 2005*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6 (2006), pp. 155-159; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema de 23 de marzo de 2006*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 9 (2007), pp. 162-163; MEJÍAS ALONZO, El *incumplimiento contractual*, cit. (n. 2), pp. 459-478; PIZARRO WILSON, Carlos - AGUAD DEIK, Alejandra, *Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 9 de enero de 2007*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 9 (2007), pp. 152-153; PIZARRO WILSON, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008), pp. 395-402; PIZARRO WILSON, Carlos, *Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno*, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho privado*, III: *Temas de contratos* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006), pp. 245-249; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), pp. 519-522.

⁴ Así, incluyendo el *cr.* en la sistematización de remedios ante el incumplimiento: PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993) 4, p. 1728; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), p. 521.

paliar, en la medida de lo posible, los perjuicios sufridos por aquél como consecuencia de la imposibilidad que afecta la prestación y, a la vez, evita que el deudor se enriquezca, como ocurriría si se pudiera aprovechar de la extinción de la obligación y obtener en razón de la misma un beneficio a costa del tercero por cuyo hecho se ha tornado imposible la prestación, respecto del cual no tiene ninguna legítima aspiración⁵.

⁵Véase, entre otros: BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho civil. Segundo año (Primera parte que trata de la teoría general de las obligaciones)* (Santiago, Imprenta y Encuadernación Claret, 1916), p. 156; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, pp. 156-157; CARRASCO PERERA, Ángel, *Restitución de provechos (I)*, en *Anuario de Derecho Civil* 40 (1987) 1, p. 1085; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, XII: De las obligaciones (III)* (Santiago, Imprenta Nascimento, 1939), núm. 1901, p. 573; CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *El “commodum repraesentationis” del artículo 1.186 del Código civil*, en *Anuario de Derecho Civil* 40 (1987) 2, p. 601; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II: Las relaciones obligatorias* (5ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 1996), p. 657; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela, *La lesión extracontractual del crédito* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996), pp. 77-78; FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida*, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia* 20 (2002), p. 44; FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho civil, IV: De las obligaciones, 2* (Santiago, Imprenta y Litografía Universo, 1958), núm. 618, p. 205; GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852), III, p. 176; GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno, VIII: Extinción de las obligaciones (Continuación y fin)* (traducción de la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 2ª edición revisada, Madrid, Editorial Reus, 1930), núm. 139, p. 208; GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *Artículo 1186*, en *Comentarios al Código Civil, XVI-1: Extinción de las obligaciones* (2ª edición, Madrid, Edersa, 1991), apartados I y II (se cita la versión electrónica disponible en *vLex*, número identificador VLEX-WA406); PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Comentario al artículo 74*, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Editorial Thomson-Civitas, 1997), p. 580; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)*, en *Anuario de Derecho Civil* 44 (1991) 3, p. 1022; PÉREZ GARCÍA, Máximo, *La protección aquiliana del derecho de crédito* (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2005), p. 100; PERLINGIERI, Pietro, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, en GALGANO, Francesco (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (Bologna-Roma, Nicola Zanichelli Editore Soc. Ed. del Foro Italiano, 1975), pp. 530 y 536-537; VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones* (traducción de W. Roces, reimpresión de la 1ª edición, Madrid, Editorial Reus, 1999), II, § 70, p. 109; ZIMMERMANN, Reinhard, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations* (Roma, Saggi, Conferenze e Seminari 48, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 2002), p. 27.

Lamentablemente, no existen criterios de interpretación jurisprudencial que permitan iluminar la aplicación de este remedio ante un incumplimiento contractual, pues los tribunales no han tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación del artículo 1677 CCCh., o de sus normas equivalentes, los artículos 2330 y 2331 CCCh.⁶ Un fenómeno similar se ha observado en otros países⁷, siendo quizás la excepción Italia, donde existen algunas sentencias que han aplicado el *cr.*⁸.

El origen histórico de la figura se encuentra en un texto del Digesto, según el cual “*Es conforme a naturaleza, que las ventajas de cualquier cosa corresponden al que le correspondieren las desventajas*”⁹; a partir del cual se concluye que quien soporta el *periculum* tiene derecho a todo lo accesorio que deba ser entregado junto a la cosa perecida (*commodum accessionis*) y a todo lo que surja en función de la imposibilidad de esa prestación (*commodum repraesentationis*)¹⁰.

⁶ FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (redactor), *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*, VI (3^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), artículo 1677, pp. 161-162; y IX (3^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), artículos 2230 y 2231, p. 88. Para la jurisprudencia posterior se ha revisado la base de datos de *Legal Publishing*.

⁷ Como ocurre, por ejemplo, en España. Cfr. FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), p. 61.

⁸ PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 525, y las sentencias ahí citadas.

⁹ Dig. 50,17,10 (Paul., 3 *Sap.*): “*Secundum naturam est, comoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda*”. La figura también se vincula con Inst. Ius., 3,23,3, pasaje en el que luego de establecerse que los riesgos son del comprador se dice: “[...] *Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebi emtori, quia sane, qui nondum rem emtori traditi, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est furti et de damni iniuriae actione*” (“[...] Sin embargo, [el vendedor] deberá ciertamente ceder al comprador la vindicación de la cosa, porque, en realidad, el que todavía no ha entregado la cosa al comprador, es todavía su dueño. Y lo mismo sucede también respecto de la acción de hurto y de la de daño injusto”). Cfr. también: Dig. 18,1,35; Dig. 18,4,21; Dig. 18,6,15 (14) pr.

¹⁰ CRISTÓBAL MONTES, *El “commodum repraesentationis”*, cit. (n. 5), pp. 601-602; LACRUZ BERDEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco - RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de derecho civil*, II: *Derecho de obligaciones*, 1: *Parte general. Teoría general del contrato* (3^a edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, Editorial Dykinson, , 2003), núm. 120, pp. 188-189; MADRIOLI, Dino, *Commoodum repraesentationis*, en *Rivista de Diritto Civile* 20 (1928), p. 418.

II. LA HISTORIA LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 1677 DEL “CÓDIGO CIVIL”

Para la cabal comprensión del *cr.* en el *Código Civil*, conviene tener en cuenta, ante todo, la correspondencia del artículo 1677 en las sucesivas versiones de sus *Proyectos* hasta llegar al *Código* publicado en 1856, como se ve en la siguiente tabla:

“Proyecto de 1842” (Título 18º, artículo 6)	“Proyecto de 1853” (artículo 1860)	“Proyecto Inédito” (artículo 1860), “Pro- yecto de 1855” (artículo 1677), “Código Civil” (artículo 1677)
Cuando por haber perecido la cosa se extinga la obli- gación de entregarla,	Aunque por haber pereci- do la cosa se extinga la obligación de entregarla,	Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obli- gación
se cederán, con todo, al acreedor	podrá pedir	del deudor,
los derechos o accio- nes que competan al deu- dor	el acreedor que se le cedan los derechos o acciones	el acreedor que se le cedan los derechos o accio- nes
por la pérdida de la cosa	que tenga el deu- dor	que tenga el deudor
	contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa	contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa

En los *Proyectos de Código Civil* no existe ninguna nota que aluda a la fuente de este artículo, por lo cual su origen se debe buscar en la indaga-
ción de aquéllas a las que Bello (1781-1865) probablemente pudo haber

recurrido¹¹. Por de pronto, el cotejo textual nos demuestra que el artículo 1677 CCCh. no tiene por telón de fondo directo la norma equivalente (artículo 1303) que aparece en el *Code Civil* francés (1804). Pero sabemos por el Mensaje que precede al *Código*, que Bello no sólo siguió el *Code*, sino también “*la doctrina de alguno de los más eminentes jurisconsultos*”, principalmente Pothier (1699-1772) para el derecho anterior a la codificación y Delvincourt (1762-1831) y Rogron (1793-1871) para la temprana explicación del derecho codificado. Junto a éstas, existen también otras fuentes probables a las cuales Bello pudo acudir.

Comparecen, en primer lugar, las fuentes legales. En lo que se refiere a los códigos vigentes en aquel entonces, Bello pudo haber consultado el artículo 2517 del *Codice Civile di Napoli* (1819), el artículo 968 del *Code Civil du Canton de Vaud* (1821), el artículo 2217 del *Code Civil de l’État de la Lousianne* (1825), el artículo 1316 del *Código Civil* de Bolivia (1830 y restablecido en 1846), el artículo 1394 del *Codice Civile per gli Stati di S.M. il re de Sardegna* (1837) y el artículo 1481 del *Burgerlijk Wetboek* holandés (1838), todos los cuales pudo revisar tanto de forma directa como a través de la *Concordance de Saint-Joseph*¹². De ellos, sin embargo, no podía obtener un texto original y de redacción distinta a la empleada por el *Code Civil* francés, pues todos se limitaron a reproducir el artículo 1303 de dicho *Código*.

Teóricamente, Bello tenía además a su disposición los *Proyectos de Código Civil* español y los comentarios de Florencio García Goyena (1783-1855)¹³, que sí presentan diferencias con la dicción empleada por el *Code Civil* francés. Sin embargo, es muy poco probable que dichos textos le sirvieran de inspiración, dado que sólo tardíamente, para el “Proyecto de 1853”, pudo consultar el Proyecto español de 1851 y los comentarios del mencionado autor¹⁴, mientras que la estructura gruesa del artículo

¹¹ Sobre estas fuentes, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), I, pp. 421-427; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), § 38, pp. 368-373.

¹² Se ha utilizado la siguiente edición: SAINT-JOSEPH, Antoine Fortune, *Concordancia entre el Código Civil francés y los Códigos Civil extranjeros* (traducción de S. Verlanga Huerta y J. Muñiz Miranda, 2^a edición, Madrid, Imprenta de D. Antonio Yenes, 1847).

¹³ Sobre la influencia de estas fuentes, véase: LIRA URQUIETA, Pedro, *García Goyena y el Código Civil chileno*, en *El Código Civil chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956), pp. 75-98, especialmente pp. 90-91, referidas a los modos de extinguir las obligaciones.

¹⁴ GUZMÁN BRITO, *La codificación civil*, cit. (n. 11), § 38, p. 370.

1677 CCCh. aparece ya en el “Proyecto de 1842”. El *Proyecto de Código Civil* español de 1836, que contiene un texto muy similar al que luego se recogió en el *Proyecto de Código Civil* 1851 (artículo 1992), fue muy probablemente desconocido para Bello.

Enseguida, nuestra tarea exige ocuparse de las fuentes doctrinales disponibles. Respecto a ellas, se deben descartar las luces que para la explicación del artículo 1303 del *Code Civil* francés pudieron haber proporcionado a Bello las obras de Delvincourt¹⁵ y Rogron¹⁶, pues estos autores no ofrecen un desarrollo dogmático más acabado sobre el *cr.* que el que contiene la norma. Como tampoco la lectura de Domat¹⁷ (1625-1696) es un expediente útil para encontrar antecedentes del artículo en comento, sólo Pothier puede haber sido de alguna ayuda para Bello, dado que él sí se extiende sobre la figura.

Si ello es así, menester fuere concluir que la fuente más probable del artículo 1677 CCCh. es el artículo 1303 del *Code Civil* francés (que deriva a su vez de Pothier), como siempre, adaptado y nuevamente redactado por Bello. Esta preferencia de Bello por el artículo 1303 del *Code Civil* antes que por Pothier se aprecia especialmente en la segunda parte de la norma en estudio (“podrá exigir-perecido la cosa”). Para este autor¹⁸, aun sobreviniendo la pérdida de la cosa debida, la obligación del deudor subsiste “al efecto de que venga obligado a subrogar a su acreedor en” los derechos y acciones que tenga contra los terceros por cuyo hecho o culpa se ha producido la pérdida. El *Código Civil* chileno, en tanto, siguiendo

¹⁵ DELVINCOURT, Claude Etienne, *Cours de Code Civil* (Paris, Chez Delestre-Boulage Libraire, 1824), II, p. 180, se limita a decir que la equidad exige que, si el deudor recibe un derecho, o a una acción indemnizatoria, debe efectuar la cesión de ellos al acreedor. El desarrollo de la nota respectiva (nota 5, p. 180) tampoco aporta mayores antecedentes (pp. 587-588).

¹⁶ ROGRON, J. A., *Code Civil expliqué* (Paris, E. Plon et Cie. Imprimeurs-Éditeurs, dix-neuvième édition par E. Bonnier, 1877), I, p. 1447, repite el principio contenido en la norma y luego hace referencia al artículo 2093 para la subrogación a favor de los acreedores hipotecarios en la indemnización pagada en razón del seguro de incendio contratado respecto del inmueble hipotecado.

¹⁷ DOMAT, Jean, *The civil law in its natural order* (traslado by William Strahan, Little Colorado, Fed B. Rothman & Co., 1980), 1^a parte, lib. I, tit. 1, sec. 3^a, pérr. 10 (I, núm. 191, p. 175), sólo refiere el principio general consagrado en el Digesto: quien soporta el beneficio, debe soportar asimismo el riesgo.

¹⁸ POTIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones* (traducción de M. C. de las Cuevas, São Paulo, Editorial Heliasta S.R.L., 1993), § 670 (p. 421). La versión original en francés utiliza el mismo giro: “[...] si le débiteur a quelques droits et actions par rapport à cette chose, son obligations subsiste à l'effet qu'il soit tenu de subroger son créancier auxdit droit et actions” [POTIER, Robert Joseph, *Traité des obligations*, en *Oeuvres de Pothier* (Paris, Béchet Ainé Libraire, 1824), I, § 670 (p. 404)].

al *Code*, prefirió operar el traspaso del elemento representativo a través de una cesión de derechos, con las consecuencias que de su régimen se derivan¹⁹. Para ese fin, contempló una obligación de dar de origen legal, cuya exigibilidad queda entregada al acreedor, consistente en ceder (hacer la tradición de) los derechos y acciones que tenga el deudor contra terceros, que se cumple realizando el acto de cesión o transferencia de los mismos según el régimen de derecho común.

En la primera parte del artículo 1677 CCCh. (“*Aunque-del deudor*”), en cambio, la creatividad de Bello es evidente. Pothier²⁰, como después el *Code Civil*, comienza mencionando los supuestos en que existe pérdida de la cosa debida: que la cosa haya perecido, haya sido puesta fuera del comercio o se haya perdido de manera que no se sepa su actual paradero. El *Código chileno*, habida cuenta de que ya había definido la pérdida de la cosa debida en el artículo 1670, se limita a decir que el *cr.* procederá cuando “*por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor*”, evitando así una reiteración innecesaria. Pese a esta reducción de su supuesto de hecho, que comporta una referencia que sólo atañe al perecimiento de la cosa y no a los demás casos de pérdida, no hay razón para pensar que su aplicación se deba limitar únicamente a ese evento. A este respecto, por ejemplo, la doctrina española no ha visto limitaciones a un alcance general de la figura en todos los casos de pérdida de la cosa debida, a pesar de que el artículo 1186 del *Código Civil* español (1889) posee en esta parte una redacción muy similar al *Código chileno* (“*Extinguida la obligación por pérdida de la cosa [...]*”)²¹.

El artículo 1677 CCCh. merece una consideración más, que se refiere al efecto que se atribuye a la pérdida de la cosa debida. Respecto de éste, existe un error dogmático en el texto final adoptado para el artículo 1677, que se explica por el cambio de redacción adoptado desde el “Proyecto Inédito”, sobre el que se volverá al tratar la función del *cr.*²².

Con todo, la historia legislativa del artículo 1677 CCCh. queda aislada si no se coordina con la habida respecto del inciso 3º de su artículo 1590²³,

¹⁹ Véase, más abajo, VII, 3.

²⁰ POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 670 (p. 421).

²¹ Por todos: GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartado II.

²² Véase más abajo III.

²³ El artículo 1590 tiene modificaciones en su redacción en el “Proyecto de 1842” (título 13º, artículo 28), en el “Proyecto de 1847” (artículo 134), en el “Proyecto de 1853” (artículo 1785), en el “Proyecto Inédito” (artículo 1785), en el “Proyecto de 1855” (artículo 1590) y en el *Código* publicado en 1856. Sin embargo, ellas no afectan la redacción del inciso tercero, que es el que para estos efectos interesa.

que es su equivalente²⁴. En el “Proyecto de 1853”, Bello señala como fuente de este último artículo el § 544 del *Tratado de las obligaciones* de Pothier²⁵, que se refiere tanto a los despojos materiales como a los residuos jurídicos de la cosa debida que queden tras de su pérdida. De dicha concordancia, pues, debemos ocuparnos enseguida, comenzando por ofrecer una vista conjunta de los distintos textos:

Pothier, Tratado de las obligaciones	“Proyecto de 1853”, artículo 1785	“Código Civil”, artículo 1590
	Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora,	Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora,
Si es por causa fortuita o por el hecho de un extraño que la cosa ha sido deteriorada,	pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable,	pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable,
el deudor puede válidamente pagarla en el estado en que se encuentre.	es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre;	es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre;
No está obligado a otra cosa, sino es a ceder a su acreedor las acciones que pueda tener contra aquél que ha causado el daño y cuando no las ceda, el juez subrogará al acreedor que sufre este daño	pero el acreedor tendrá derecho para pedir que se le subrogue en la acción de indemnización que pudiere tener su deudor contra el tercero, autor del daño	pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño

El engarce del artículo 1677 con el artículo 1590, ubicado en sede de pago, permite comprender que tras el *cr. subyace* un problema de cumplimiento de la obligación²⁶ antes que de responsabilidad por incumplimiento, sin perjuicio que para su correcto entendimiento coadyuven también otros principios del derecho de obligaciones, como el de fuerza obligatoria del contrato o la interdicción del enriquecimiento injusto. Pues bien, si tal es la sede dogmática en que se debe desarrollar el análisis de esta institución, conviene prestar atención al intento de relectura de las normas del pago que ha hecho en el último tiempo la doctrina²⁷.

²⁴ FUEYO LANERI, *Derecho civil*, IV, 2 (n. 5), núm. 618, pp. 205-206.

²⁵ POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 544 (p. 343).

²⁶ MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 427-428.

²⁷ MEJÍAS ALONZO, *El incumplimiento*, cit. (n. 2), pp. 473-475; PIZARRO WILSON, *Hacia un sistema*, cit. (n. 3), pp. 399-400; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), pp. 514-516.

El artículo 1568 CCCh. define el pago como “*la prestación de lo que se debe*”, esto es, como la consecución de aquel resultado que tuvieron en vista las partes al obligarse de una determinada manera. El artículo 1569 ordena, en tanto, que el pago se haga “*bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes*”, lo que supone que el cumplimiento debe guardar conformidad con lo que las partes quisieron y acordaron al momento de obligarse (artículos 1560 y 1828 CCCh.). Esto no significa, como se ha querido ver²⁸, que el pago se deba hacer literalmente, tal y como la obligación fue contraída, sin considerar la satisfacción del interés del acreedor que la misma buscaba alcanzar y que se plasma en la voluntad normativa que da origen al contrato²⁹. Así, el pago deja de estar ligado estrictamente a la extinción de la obligación del deudor (artículo 1567 N° 1º CCCh.), y alcanza una función mucho más realista dentro del programa de prestación, como es la de satisfacción del interés del acreedor, de suerte que se considera que la obligación ha sido cumplida cuando existe una perfecta adecuación entre el resultado ideal (lo prometido inicialmente) y el resultado real (la prestación finalmente ejecutada) del contrato³⁰.

En esta clave debe ser leído también el artículo 1590 CCCh. y, a partir de él, el artículo 1677. En dicha norma se regla la forma en que se debe hacer el pago, estableciéndose como principio que “*Si la deuda es de cuerpo cierto, debe el acreedor recibirla en el estado que se halle*”, lo que no impide

²⁸ Por todos: ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), II, núm. 614, pp. 562-563. La excepción es CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XII, cit. (n. 5), núm. 1403, p. 104, quien valora la pérdida de acuerdo al propósito práctico perseguido por los contratantes: “Si el deterioro es de importancia y la cosa no sirve ya al objeto a que está destinada según la intención de los contratantes, el acreedor puede optar entre la resolución del contrato o la entrega de la cosa y el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

²⁹ BETTI, Emilio, *Teoría general de negocio jurídico* (traducción de A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959), núm. 19, p. 129; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Panorama doctrinal de la interpretación de los contratos en Chile*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la Profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008), p. 456; FRIED, Charles, *La obligación contractual. El contrato como promesa* (traducción de Pablo Ruiz-Tagle Vial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), pp. 91-92. Así parece entenderlo también VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), núm. 24, p. 54, cuando define la voluntad normativa como “la intención de las partes de quedar vinculadas con el acto jurídico del cual conocen su significado y valor”.

³⁰ PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), pp. 1726-1727; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), p. 514.

que la ley reconozca a su vez el derecho del acreedor a ser indemnizado de los “perjuicios” derivados de la pérdida parcial de la cosa debida. Estos “perjuicios” son, ante todo, equivalentes al porcentaje del valor de la cosa que representa el deterioro, como se puede entender del hecho que la ley hace compatibles como facultades del acreedor la entrega del residuo y la indemnización. Con todo, este equivalente pecuniario que el *Código Civil* llama “perjuicios”, aunque económicamente pueda cumplir una función indemnizatoria³¹, no es jurídicamente una aplicación del remedio sustantivo conocido con tal nombre³². Se trata, en realidad, de una medida de connotación procesal con la cual se satisface indirectamente el interés del acreedor y se evita que se frustre la función asignada al proceso de ejecución³³.

³¹ Así, a propósito de las obligaciones de hacer (artículo 1553 Nº 3 CCCh.): MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001), p. 325. Como explica DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 188 (1990), pp. 129-135, la indemnización de daños puede cumplir en general tres funciones: i) resarcitoria, ii) sancionadora y iii) de reconocimiento de un derecho. De ellas sólo la primera está presente en la responsabilidad contractual. Cfr. CAPILLA RONCERO, Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito* (Jerez de la Frontera, Fundación Universitaria Jerez, 1989), pp. 101-115; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (3^a edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 343-344; PANTALEÓN PRIETO, *Comentario al artículo 74*, cit. (n. 5), pp. 580-581; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), pp. 1020-1056; PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en derecho chileno*, en MANTILLA ESPINOZA, Fabrizio - TERNERA BARRIOS, Francisco (directores académicos), *Los contratos en el derecho privado* (Bogotá, Legis Editores, 2007), pp. 210-214; TREITEL, Güenter H., *Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, VIII, 16 [The Hague-Paris, J.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976], pp. 24-27.

³² Como lo entiende, por ejemplo, ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núms. 616-617, pp. 564-566. También CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad*, cit. (n. 31), pp. 37-39 y 56, adhiere a esta opinión, pero recurriendo a un concepto más amplio de daño, entendido como la frustración del interés de indemnidad del acreedor (representado, a su vez, por los intereses al servicio de los cuales se encontraba configurada la relación obligatoria) y que debe ser reparado genéricamente. El incumplimiento opera una “transformación” de la obligación en los términos en que es debida en una de reparar, fenómeno que posee tanto rasgos autónomos dentro del ordenamiento como la exigencia de requisitos propios (los requeridos para la procedencia de la indemnización de perjuicios).

³³ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria* (2006), ahora en EL MISMO, *La modernización del derecho de obliga-*

Para el acreedor, la consecuencia de optar por alguna de las facultades contempladas en el artículo 1590 CCCh. no desvirtúa la tensión de su derecho de crédito, que seguirá mirando hacia el resultado esperado. Adquiere aquí sentido, pues, la concepción de la obligación como una garantía de resultado, que entiende que el deudor no se obliga a realizar deberes específicos de conducta, sino a la consecución de un resultado, que está representado por la satisfacción del interés del acreedor, debiendo desplegar toda aquella actividad que sea necesaria para ese fin³⁴. Esta forma de entender la obligación se explica aún más si el resultado perseguido por el acreedor y que se expresa como la prestación debida no se observa tanto como la cosa en sí, sino reconstruida tipológicamente de acuerdo al interés del acreedor, siendo este interés el que ilumina la ejecución del programa de la relación obligatoria³⁵. Parafraseando al primer Wittgenstein³⁶ (1889-

ciones (Madrid, Editorial Thompson-Civitas, 2006), p. 90.

³⁴ Sobre esta forma de entender la obligación, véase: DÍEZ-PICAZO, Luis - ROCA TRIAS, Encarna - MORALES, Antonio Manuel, *Los principios del derecho europeo de contratos* (Madrid, Editorial Civitas, 2002), pp. 318-321; FENOY PICÓN, Nieves, *El sistema de protección del comprador* (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006), pp. 61-68; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Comentario al artículo 35*, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Editorial Thomson-Civitas, 1997), pp. 289-292; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor* (2005), ahora en El MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006), pp. 195-199; MORALES MORENO, *Evolución*, cit. (n. 2), pp. 19-22; MORALES MORENO, *Pretensión*, cit. (n. 33), pp. 56-58; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), pp. 512-519.

³⁵ BARONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, Editorial Dykinson, 1998), pp. 186-188; BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), pp. 37-43 y 300-307; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 236; DI MAJO, Adolfo, *Delle obbligazioni en generale. Art. 1173-1176*, en GALGANO, Francesco (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (Bologna-Roma, Nicola Zanichelli Editore Soc. Ed. del Foro Italiano, 1988), pp. 88-96; FENOY PICÓN, *La protección*, cit. (n. 34), pp. 61-68; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa* (2003), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006), pp. 101-102; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), pp. 1726-1727; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), pp. 512-514.

³⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus* (traducción de Tierno Galván, 2^a edición, Madrid, Editorial Alianza, 1979), 3.12 (p. 51): "Llamo signo proposicional el signo mediante el cual expresamos el pensamiento. Y la proposición es el signo proposicional en su relación proyectiva con el mundo".

1951), se podría decir que la prestación es una proposición del resultado que buscan alcanzar las partes en su relación proyectiva con el mundo. Dicho en otros términos, si la obligación se entiende cumplida con la satisfacción del interés del acreedor antes que con la cosa debida, quiere decir que la tensión que ella expresa atiende a un interés a satisfacer, el que se refleja, ante todo, en una cosa idealmente configurada por el contrato, pero que económicamente no es más que un valor³⁷.

Por eso, el *Código Civil* en varias disposiciones habla del precio de la cosa como su equivalente natural (valor común o de mercado de la cosa), en el que también se expresa la pretensión de cumplimiento y para cuya obtención no es necesaria la imputación subjetiva del incumplimiento (artículos 621, 634, 662 inciso 3º, 663 inciso 2º, 910 inciso 2º, 1486 inciso 1º, 1502 inciso 2º, 1504 inciso 2º, 1521, 1532, 1533, 1534, 1672, 1675, 1678, 1743, 2084 inciso 3º, 2086, 2178 inciso 2º, 2198 y 2230 CCCh.)³⁸. La ley asume que el interés del acreedor no está dado generalmente por la prestación a la que se ha obligado el deudor, porque existe en paralelo un amplio mercado de bienes y servicios al cual puede acudir el acreedor para satisfacer su interés³⁹. Cualquier obligación lleva en sí el germen de convertibilidad de la prestación originalmente debida en una prestación dineraria, idea que viene anunciada por el artículo 2465 CCCh., que establece un principio clave para entender el funcionamiento del sistema de protección del crédito: la obligación afecta potencialmente el patrimonio del deudor a la satisfacción de interés del acreedor, de suerte que cualquiera sea el objeto sobre el que primariamente se contrató, aquél tiene siempre la facultad de dirigirse contra los bienes del deudor y obtener en ellos la satisfacción del interés que al contraer la relación obligatoria esperada conseguir⁴⁰.

³⁷ Sobre el interés como elemento de la obligación, véase: SILVA SÁNCHEZ, Antonio, *Orígenes y fundamentación de la relevancia jurídica del interés*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* 21 (2003), pp. 467-502; SILVA SÁNCHEZ, Antonio, *La relación obligatoria, I: Requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el derecho español y comparado desde sus raíces romanas*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 18 (2007) 1, pp. 83-117.

³⁸ BARONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 80-81 y 266-270; BARONA GONZÁLEZ, *La responsabilidad*, cit. (n. 2), pp. 156 y 159-176.

³⁹ BARROS BOURIE, Enrique, *La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de los contratos*, en CORRAL TALCIANI, Hernán - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *Estudios de derecho civil II* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2007), p. 732; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 425.

⁴⁰ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, pp. 290-291 y 298-310. Para otros autores, como CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad*, cit. (n. 31), pp. 69-

De este modo, el inciso final del artículo 1590 y el artículo 1677 CCCh. lo que hacen es utilizar la posibilidad que el artículo 1569 ha reconocido a la ley para establecer excepciones al cumplimiento de la obligación de acuerdo al tenor de lo pactado, considerando a las acciones y derechos que tiene el deudor contra el tercero que ha ocasionado la pérdida de la cosa debida como un valor, el que se mira como el umbral mínimo de satisfacción del interés que el acreedor buscaba conseguir con el contrato⁴¹. De ahí, entonces, que el acreedor pueda solicitar su cesión.

III. FUNCIÓN DEL “COMMODUM REPAESENTATIONIS”

Conforme a lo dicho, el *cr.* se debe conectar con las tres funciones que se asignan al cumplimiento: extintiva, liberatoria y satisfactoria. Cada una de ellas considera un aspecto particular en el desenvolvimiento del programa de prestación: la función extintiva mira a la actuación exacta, íntegra y oportuna del deber de prestar que incumbe al deudor; la función liberatoria atiende a la exclusión de responsabilidad del deudor por la ejecución o inejecución de la prestación; la función satisfactoria, en fin, refiere a la plena realización del interés del acreedor que la relación obligatoria busca alcanzar.

Si bien el artículo 1677 CCCh. transpone el alcance del deber de prestar y la responsabilidad que corresponde al deudor⁴², su consideración

77; y NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo, *Embargo, tercerías y realización de bienes* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 43, la responsabilidad patrimonial universal sólo es realizable por la ejecución dineraria y nunca por la ejecución específica.

⁴¹ MADRIOLI, *Commoodum representationis*, cit. (n. 10), pp. 463-464, también observa esta semejanza, pero señala que existen dos diferencias entre la dación en pago y el *cr.*, a saber: i) que en este último la obligación se ha extinguido por imposibilidad de la prestación y, por lo mismo, ii) el elemento representativo no es una cosa distinta de la originalmente pactada que se entrega en función solutoria, sino que es la propia prestación representada por su residuo jurídico, que tras la extinción comporta una segunda prestación.

⁴² CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XII, cit. (n. 5), núm. 1903, p. 573; FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), p. 76; POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 670 (p. 421); VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, p. 108; ZIMMERMANN, *Breach of Contract*, cit. (n. 5), p. 27. ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos, *Artículo 1186*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil* (2^a edición, Cizur Menor, Editorial Thomson-Aranzadi, 2006), p. 1444, se inclina por una solución intermedia: “La extinción de la obligación no significa el correlativo agotamiento de las consecuencias que, jurídicamente, mantenían vinculados a acreedor y deudor”. VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit. (n. 2), p. 521, nota 85, por su parte, entiende que el *cr.* opera cuando la pretensión de

permite comprender claramente la función extintiva del *cr.* en la relación obligatoria, que sólo operará cuando se haya efectuado la cesión del elemento representativo. En efecto, cuando la prestación se torna imposible de cumplir por un hecho susceptible de imputar a un tercero, el deudor recibe en su patrimonio una pretensión indemnizatoria que reemplaza ese bien. La prestación debida ha dejado en su patrimonio, entonces, un residuo jurídico (un valor) que es considerado su equivalente y que, como tal, substituye a aquello con que debía cumplir el deudor. Por lo mismo, el deber de prestar del deudor permanece, ahora referido a la entrega de ese residuo (artículos 1590 y 1677 CCCh.), que posee ante la ley igual fuerza extintiva y satisfactoria que la prestación originalmente debida⁴³, si así lo solicita el acreedor. Dicho cumplimiento tiene también una función liberatoria, pues el hecho de aquellos por cuyo dolo o culpa se ha tornado imposible la prestación constituye para el deudor un caso fortuito, que lo libera de indemnizar perjuicios a su acreedor (artículo 1679 CCCh., *a contrario sensu*), no obstante dejar subsistente la pretensión de cumplimiento en equivalente⁴⁴ en lo que se refiere a las acciones y derechos que el deudor

cumplimiento específico es imposible, y que en esos casos, si bien se extingue la obligación del deudor, no ocurre lo mismo con la relación contractual que liga a ambas partes, que permanece mientras no se solicite la resolución. BARROS ERRÁZURIZ, *Curso*, cit. (n. 5), p. 156; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), núm. 489, p. 305, y *Extinción no convencional de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), pp. 131-132, por el contrario, siguen la nomenclatura de la norma.

⁴³ MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 440.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 659; ENNECERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Derecho de las obligaciones*, I: *Doctrina general* (traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Buenos Aires, Publicaciones Jurídicas Bosch, 1948), § 46, p. 239; LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones* (traducción de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958), I, § 20, pp. 305-306. Implicitamente concluyen en este sentido: PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 529-530 y 532, quien considera que la expresión “*a título de resarcimiento*” (“*a titolo di risarcimento*”) que utiliza el artículo 1259 del *Codice Civile* italiano está usada en un sentido lato y genérico, que no explica cabalmente la figura; y VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones* (Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995), p. 68, en cuanto afirma que el acreedor “*se ve compelido a buscar la situación en un terreno distinto al que propiamente se conoce como resarcimiento del daño*”. CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos* (I), cit. (n. 5), pp. 1073 y 1085; CARRASCO PERERA, Ángel, *Restitución de provechos* (y II), en *Anuario de Derecho Civil* 61 (1988) 1, p. 143; PANTALEÓN PRIETO, *Comentario al artículo 74*, cit. (n. 5), pp. 580-581; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), p. 1048, y PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), pp. 1728 y 1736-1737, consideran el *cr.* como una pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado. MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 434, en fin, considera que la

conserva contra ellos⁴⁵, y con las cuales éste está obligado a cumplir. El *cr.* desempeña, en suma, una función de reposición causal en valor destinada a restablecer la situación objetiva de las cosas en la relación obligatoria⁴⁶, permitiendo que el acreedor ejerza sobre ese valor (las acciones y derechos contra el tercero derivadas de la pérdida de la cosa debida) la pretensión de cumplimiento que el *Código Civil* reconoce como una consecuencia natural del carácter civil de la obligación (artículo 1470).

Este carácter que se asigna al *cr.* es de suma importancia, porque la pretensión de cumplimiento exige que el acreedor que la intenta haya cumplido a su vez con su obligación o esté al menos llano a cumplirla⁴⁷. Manresa⁴⁸ (1818-1905), por el contrario, considera que esta exigencia sólo será necesaria cuando las acciones hayan sido ejercidas por el acreedor y éste haya conseguido un buen resultado con ellas, puesto que en tal caso la obligación “en cierto modo renace y se cumple”, lo que impone al acreedor el deber de efectuar recíprocamente la prestación a la que se encuentra obligado. Por otra parte, que el *cr.* sea una pretensión de cumplimiento referida a un valor, implica que ella se encuentra igualmente garantizada por las mismas cauciones que aseguran el cumplimiento de la prestación originalmente debida⁴⁹.

prestación del elemento representativo cumple una función resarcitoria, por lo que rechaza que pueda ser considerada un equivalente de la prestación originalmente debida y cuya entrega conduzca a la extinción de la obligación (p. 463); la atribución del *cr.* es, pues, sólo el pago de la prestación secundaria nacida tras la extinción por imposibilidad de la primera obligación (p. 464).

⁴⁵ POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 670 (p. 421).

⁴⁶ ESPINAR LAFUENTE, Francisco, *Resolución e indemnización en las obligaciones reciprocas*, en VV. AA., *Estudios de derecho civil en honor del Profesor Castán Tobías* (Pamplona, Eunsa, 1969), II, p. 145.

⁴⁷ RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), núm. 267, pp. 231-232. Respecto de esta exigencia en el *cr.*, véase: ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, I, cit. (n. 44), § 46, p. 240; HEDEMANN, Justus Wilhem, *Tratado de Derecho civil*, III: *Obligaciones* (traducción de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955), § 20, p. 173; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 20, p. 307; MADRIOLI, *Commoodum repräsentationis*, cit. (n. 10), p. 436; MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligatorias* (traducción de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1995), I, § 42, pp. 223 y 226 (implícitamente en esta última, en cuanto entiende que de esta forma se mantiene la relación contractual de intercambio); PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1732; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 541; VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, p. 109.

⁴⁸ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1901), VIII, p. 335.

⁴⁹ ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, I, cit. (n. 44), § 46, p. 239.

Con todo, la transposición antes mencionada no es exclusiva CCCh.; otros, como el *Código Civil* español, emplean también impropiamente el mismo giro, dando a entender así que el *cr.* no es una extensión del deber de prestación que incumbe al deudor⁵⁰. Sin embargo, como señala Fernández Campos⁵¹ comentando el tratamiento de la figura en el *Codice Civile* italiano (1942) y en el *Código Civil portugués* (1966), el ejercicio del *cr.* no necesita la previa extinción de la obligación. Por el contrario, es la propia obligación la que otorga fundamento a la subrogación de la prestación originaria por el elemento representativo, concediendo al acreedor un título para poder exigir la cesión del mismo⁵². De este modo, es posible reconducir la figura al quicio sobre el que se construye el concepto de incumplimiento, como es el principio de fuerza obligatoria del contrato recogido en el artículo 1545 CCCh. Lamentablemente, como explica Pizarro⁵³, una incorrecta comprensión de este principio ha llevado a la doctrina a explicar de modo restrictivo las sanciones que el ordenamiento reconoce ante el incumplimiento contractual, centrando la atención en un remedio primario destinado a conseguir el cumplimiento forzado de la prestación, y dejando en un segundo plano otros que se consideran subsidiarios de aquél, como es la indemnización de perjuicios, la resolución y los llamados “derechos auxiliares de los acreedores”. Pues bien, para solucionar ese inconveniente y articular el sistema de protección del crédito ante el incumplimiento,

Contra: PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 538.

⁵⁰ Véase, por ejemplo: BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, p. 156; CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos (y II)*, cit. (n. 44), p. 143; CIAN, Giorgio - TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile* (Padova, CEDAM, 1981), p. 514; DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, I: *Parte general. Derecho de obligaciones* (Madrid, Alianza Editorial, 1975), p. 322; FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), pp. 43-45 (aunque con una corrección de *lege ferenda* en pp. 52-53); JORDANO FRAGA, Francisco, *¿Unas nuevas bases de la responsabilidad contractual? (Réplica cordial)*, en *Anuario de Derecho Civil* 47 (1994) 2, pp. 329 y 333-334; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 420, 453, 462 (donde refiere que la obligación sólo subsiste en lo que respecta a un particular efecto: el traspaso del elemento representativo) y 463-465; MOSCO, Luigi, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, en *Enciclopedia del diritto*, XX (Giuffrè Editore, Milano, 1970), pp. 434-435; MOURLON, M. Frédéric, *Répétitions écrites sur le Code Civil* (Paris, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, 1881), § 1479, p. 810; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 530-531 y 535-537. Con todo, para este último autor la liberación del deudor es una consecuencia de la entrega del beneficio derivado de la imposibilidad y que la ley reconoce al acreedor (p. 536).

⁵¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), p. 52.

⁵² MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 430, 436 y 455-456.

⁵³ PIZARRO WILSON, *Hacia un sistema*, cit. (n. 3), pp. 396-397; PIZARRO WILSON, *Las cláusulas*, cit. (n. 3), pp. 247-249.

el principio de fuerza obligatoria del contrato debe ser entendido de la siguiente manera: verificado el incumplimiento contractual, el deudor queda expuesto a una sanción jurídica negativa destinada a restablecer el equilibrio de intereses que el contrato buscaba armonizar, especialmente en lo que se refiere a conseguir la satisfacción del interés del acreedor⁵⁴. Ante esta forma de dar eficacia a la regla contractual, la imposibilidad de la prestación aparece sólo como un criterio de mitigación del alcance cabal del principio de fuerza obligatoria del contrato, sin debilitarlo⁵⁵, de suerte que si de ella ha surgido algún beneficio para el deudor cuyo título se encuentre en la prestación devenida imposible, el propio contrato sigue cumpliendo su función como mecanismo de ordenación de la cooperación entre las partes y de regulación de sus intereses.

En el *Código Civil* chileno, la transposición antes mencionada se explica por la supresión de una frase a partir del “Proyecto Inédito”, que desordena el engarce de la figura con las otras reglas dadas a propósito de los efectos de las obligaciones. En efecto, de la redacción dada por el “Proyecto de 1842” al artículo que contenía el *cr.* se podía colegir que la obligación del deudor permanecía pese a la imposibilidad de ejecutar la prestación, y que únicamente se veía afectada una obligación instrumental, como es la de entregar la cosa debida (artículo 1548 CCCh.). Así, el deudor seguía obligado para con el acreedor, y sólo el cumplimiento en naturaleza se volvía imposible⁵⁶. En palabras de García Goyena⁵⁷, los derechos y acciones que tiene el deudor contra el tercero que ha causado la pérdida de la cosa debida pertenecen “*de derecho al acreedor como le pertenecía la cosa misma que no es posible ya devolverle*”, pudiendo entenderse que en ellos se perpetúa el deber de prestación del deudor del mismo modo como ocurre en el artículo 1672 CCCh. Consecuente con ello, el citado *Proyecto* utilizaba una redacción distinta para indicar que si la obligación no se podía

⁵⁴ PIZARRO WILSON, *Hacia un sistema*, cit. (n. 3), p. 397; PIZARRO WILSON, *Las cláusulas*, cit. (n. 3), p. 249.

⁵⁵ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), pp. 35 y 95.

⁵⁶ ESCRICHE Y MARTÍN, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (nueva edición corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre derecho americano por don Juan B. Guim, París, Librería de Rosa Bouret y Cía., 1852), voz *pérdida*, p. 1343. MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 420, por el contrario, considera que el residuo no puede ser equiparado a la prestación debida, simplemente porque se trata de cosas distintas (aunque cfr. pp. 455-458, donde separa la obligación de custodia y de restitución en el depósito para explicar el artículo 1851 del *Codice Civile* italiano de 1865, equivalente al artículo 2231 CCCh., que considera como una aplicación del principio de la función representativa del precio respecto de la cosa).

⁵⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit. (n. 5), III, p. 176.

cumplir en los términos pactados, el deudor debía ceder imperativamente las acciones y derechos derivados de la pérdida (“*se cederán, con todo, al acreedor*”). Desde el “Proyecto Inédito”, en cambio, se redacta la partícula que se refiere a la operatividad de la figura de modo que ella se ofrece como un derecho potestativo del acreedor (“*podrá exigir el acreedor que se le cedan*”). Con todo, la idea aparece ya en Pothier⁵⁸, quien, al ocuparse de los despojos materiales de la cosa perdida (verbigracia, la piel de un buey muerto), entiende que el deudor no está obligado *formaliter* a entregarlos al acreedor, pero sí se encuentra obligado *implicite et eminenter*, puesto que la obligación de dar contiene la de entregar todo lo que la cosa encierra y contiene y, por consiguiente, todo lo que de ella quede después de su perecimiento (artículos 1546 y 1548 CCCh.).

Pues bien, si el fundamento del artículo 1677 CCCh. es el mismo que existe tras el artículo 1672, las explicaciones dadas a propósito de éste son útiles en esta sede. A este respecto, Badosa⁵⁹ explica que la extinción de la obligación por pérdida fortuita de la cosa debida no es más que una consecuencia derivada del carácter de vínculo jurídico que posee la obligación. Si ésta comporta la necesidad jurídica de observar un determinado comportamiento (ejecutar la prestación), no se puede referir a una conducta que sea jurídica o materialmente imposible. De sostener lo opuesto, se daría una contradicción, ya del derecho consigo mismo, en el caso de la imposibilidad jurídica, ya con la realidad extrajurídica, en el caso de la imposibilidad física. Pero como la contradicción se da sólo en la medida que el deudor no pueda actuar la prestación y no exista una razón que autorice a cesar la necesidad jurídica de esa actuación, ella desaparece en los casos en que es posible mantener la obligación en lo que respecta a la representación patrimonial de la cosa debida. Al igual que en el caso del artículo 1672 CCCh., en el *cr.* el medio para superar la contradicción es sólo uno: encontrar un nuevo objeto que, sustituyendo la cosa debida, vuelva a posibilitar la prestación, haciéndola, de este modo, congruente con el carácter de vínculo jurídico que subyace tras la obligación. Pero no basta que ese nuevo objeto sustituya al anterior; es preciso además que lo represente, puesto que se trata de que la obligación en sí permanezca inalterada, que el vínculo jurídico subsista en cuanto tal. Para cumplir con este propósito, en el *cr.*, la función de representación de la cosa debida que se ha perdido por el hecho de un tercero se encomienda a las acciones y derechos que el deudor tenga contra éste.

⁵⁸ POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 669 (p. 420).

⁵⁹ BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987), pp. 887-888.

IV. EL PRESUPUESTO: LA IMPOSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN

La imposibilidad de la prestación importa la extinción de la obligación hasta el límite de la imposibilidad misma⁶⁰. Partiendo de este principio se pueden efectuar algunas distinciones sobre la magnitud de la imposibilidad que incide en la prestación y sobre las consecuencias que de esa imposibilidad se pueden derivar para las dos posiciones jurídicas que integran la relación obligatoria. Es evidente que la extinción de la obligación no es una consecuencia necesaria de la imposibilidad de la prestación. Ante todo, porque en aquellos casos en que la imposibilidad es imputable al deudor, la obligación subsiste, ahora con un contenido distinto: el precio de la cosa y la indemnización de perjuicios (artículo 1672 CCCh.). En otros casos, la extinción de la obligación tampoco sobreviene, porque subsiste en el patrimonio del deudor alguna cosa que supone para él una ventaja derivada de la propia imposibilidad⁶¹. Este elemento representativo no excluye, empero, la existencia de una verdadera imposibilidad de la prestación; su concurrencia solamente impide que dicha imposibilidad tenga efecto extintivo sobre la obligación misma, pues ella resguarda la prestación debida, sin afectar el derecho del acreedor a una prestación materialmente diversa⁶².

Para formar un cuadro completo de los efectos de la imposibilidad sobre el deber de prestar del deudor, es menester distinguir entre la imposibilidad en sí considerada (1), su incidencia en el programa de prestación (2) y el residuo que ella puede dejar en el patrimonio del deudor (3).

1. Hacia un concepto de imposibilidad de la prestación.

A diferencia de lo que ha ocurrido con otros conceptos relacionados con la responsabilidad contractual, la imposibilidad de la prestación ha tenido una evolución diversa y controvertida. Originalmente derivada del concepto latino de *impossibilitas*, no utilizado empero por la jurisprudencia romana, la imposibilidad ha derivado hacia una valoración del incumplimiento y de la consiguiente responsabilidad del deudor en términos de factibilidad⁶³. Por otra parte, y a partir del influjo de la pandectística, la

⁶⁰ MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 419, 430, 434 y 439.

⁶¹ MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 419. Para otros, como MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), p. 434, la imposibilidad total y definitiva de la prestación produce invariabilmente la extinción de la obligación y la correlativa liberación del deudor, sin que se considere la existencia de un elemento representativo.

⁶² MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 420.

⁶³ CARDILLI, Riccardo, *Un diritto comune in materia di responsabilità contractuale*

imposibilidad de la prestación ha pasado a desempeñar en algunos ordenamientos un papel distinto dentro del desenvolvimiento del programa de prestación que aquel que originalmente le correspondía, desplazando al caso fortuito como límite de la responsabilidad del deudor. Así ha ocurrido en el BGB. (§ 275, en su redacción original⁶⁴) y en el *Codice Civile* italiano (artículo 1218); e incluso se ha intentado extender doctrinalmente esta función a otros sistemas que poseen un diseño distinto de la responsabilidad por incumplimiento⁶⁵.

Para el derecho romano, la imposibilidad –entendida como un *impedimentum naturale* distinto de la *difficultas*⁶⁶– constituía solamente un límite respecto de la responsabilidad del deudor obligado a *rem certam dare*, la que permanecía cuando ella tenía su causa en un comportamiento directo del deudor⁶⁷. Este sentido original y limitado fue extendido por

nel sistema giurídico romanístico, en *Rivista di Diritto Civile* 44 (1998) 3, pp. 316-317.

⁶⁴ La nueva redacción dada al § 275 BGB, por la Ley de modernización del derecho de las obligaciones de 2001, permite construir un concepto jurídico de imposibilidad de la prestación distinto del puramente naturalista y que resulta bastante funcional para armonizar los intereses en juego en una relación obligatoria. A partir de este nuevo texto, además, es posible distinguir tres tipos de imposibilidad: i) la imposibilidad física (“physische Unmöglichkeit”), ii) la imposibilidad práctica (“faktische” o “praktische Unmöglichkeit”) y iii) la imposibilidad ética o inexigibilidad (“Unzumutbarkeit”). La imposibilidad sobrevenida pasa a desempeñar, en suma, una función más modesta que la originalmente asignada, pero no menos útil: servir de fundamento a la exclusión del deber del deudor de cumplir en forma específica (§§ 283, 285 y 326). Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle “Leistungsstörungen”*, en *Rivista di Diritto Civile* 49 (2003) 1, pp. 20-21; DEL OLMO GUARIDO, Natalia, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia* (Cizur Menor, Editorial Thomson-Aranzadi, 2004), p. 41.

⁶⁵ Por ejemplo, es el empeño de JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual* (Madrid, Editorial Civitas, 1987), *passim*, para el Derecho español. Véase, para la comparación de estos sistemas: DEL OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit. (n. 64), pp. 31-51.

⁶⁶ Como explica COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, I: *Derecho común más antiguo (1500-1800)* (traducción de Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996), § 85, p. 550, desde el derecho común se decía que la ocurrencia de un caso fortuito exoneraba al deudor de responder y lo liberaba de efectuar la contraprestación [aunque ya con Pufendorf (1632-1694) se entendió que el deudor quedaba de todas formas obligado a la devolución de lo recibido]. En cambio, la *impossibilitas* acaecida sin culpa del deudor anulaba la obligación, efecto que no se reconocía a la *difficultas* (imposibilidad subjetiva).

⁶⁷ CARDILLI, *Un diritto comune*, cit. (n. 64), p. 317; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Chippenham,

la tradición romanista, la que sin embargo no alteró el límite de la responsabilidad contractual asentado en el caso fortuito. De este modo, y por lo menos hasta la primera mitad del siglo XIX, la imposibilidad fue concebida como un impedimento al cumplimiento de una obligación originado por caso fortuito (artículos 1670 y 1674 CCCh.)⁶⁸. Dicha interpretación cambia con Friederich Mommsen⁶⁹ (1818-1892), y desde ese momento la imposibilidad de la prestación comienza a ser entendida en clave naturalista, esto es, se considera que el deudor no queda liberado de su obligación mientras la prestación no se torne objetiva y absolutamente imposible de cumplir. Esa liberación, si es fortuita, trae consigo además la exoneración de responsabilidad de parte del deudor⁷⁰. Con los años se intentará corregir este sentido meramente literal de la imposibilidad, para formular un concepto de connotación jurídica que valore la persistencia del deber de prestación de cargo del deudor y su efectiva posibilidad de realización, considerando como criterios el contenido de la prestación, la buena fe y el comportamiento instrumental prometido por el deudor o función promotora de la diligencia⁷¹.

Para Cardilli⁷², esta nueva comprensión de la imposibilidad de la prestación tiene dos efectos, que denomina, respectivamente, directo e indirecto. El efecto directo se relaciona con la influencia que la obra de Mommsen tiene primeramente en la redacción del BGB. (1900), que consagra la imposibilidad como límite de la responsabilidad del deudor (§§ 275, 276 y 280, en su redacción original). Posteriormente, esta influencia se extiende a los trabajos de Osti (1885-1963)⁷³, por cuya vía el concepto es recogido en el *Codice Civile* italiano de 1942, fruto de un compromiso entre la tradición francesa presente en el *Codice* de 1865 y la pandectística

Oxford University Press, 1996), p. 807.

⁶⁸ CARDILLI, *Un diritto comune*, cit. (n. 64), pp. 318-319; ZIMMERMANN, *The Law of Obligation*, cit. (n. 67), pp. 807-809.

⁶⁹ Principalmente, MOMMSEN, Friederich, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse* (Braunschweig, 1853), *passim*.

⁷⁰ CARDILLI, *Un diritto comune*, cit. (n. 64), p. 319; ZIMMERMANN, *The Law of Obligation*, cit. (n. 67), pp. 809-813.

⁷¹ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 64 y 71-73; CARDILLI, *Un diritto comune*, cit. (n. 64), pp. 322-325.

⁷² CARDILLI, *Un diritto comune*, cit. (n. 64), pp. 319-320.

⁷³ OSTI, Giuseppe, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en *Rivista di Diritto Civile* 10 (1918), pp. 207-259 y 313-360; OSTI, Giuseppe, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 8 (1954), pp. 593-622. Para un resumen del pensamiento de este autor, véase: BARAONA GONZÁLEZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 2), pp. 152-154.

alemana madurada durante el siglo XIX y decantada en el BGB. El efecto indirecto, en tanto, y que es el que ahora interesa, se refiere a la influencia que este nuevo concepto de imposibilidad ejerce sobre los esfuerzos de precisión emprendidos por la doctrina para desentrañar su verdadero significado. Se dice, entonces, que la imposibilidad se debe construir a partir del contenido de la obligación y del propósito que con ella busca alcanzar el acreedor, con abstracción de la consideración del comportamiento del deudor. Con todo, esta forma de entender la imposibilidad fue contradicha por la teoría del límite de sacrificio, defendida especialmente por Brecht, Stoll (1891-1937) y Heck (1858-1943), según la cual el deudor no puede estar obligado simplemente a la satisfacción del acreedor, pues desde el principio su obligación no se puede extender más que a aquellos gastos y esfuerzos que le pueden ser exigidos para obtener el resultado esperado con dicha obligación conforme a la buena fe. El deudor no está obligado, por consiguiente, a realizar aquellos comportamientos o desembolsos que sobrepasen este límite de sacrificio, de suerte que la prestación se hace imposible si con esos medios no puede ser obtenida⁷⁴.

Ahora bien, tomando en consideración la primera de estas dos formas de entender la imposibilidad de la prestación y recurriendo a la distinción entre “estar obligado” y “ser responsable”⁷⁵, es posible deslindar la real operatividad de las dos figuras que dogmáticamente se han mencionado como límites de la responsabilidad contractual: el caso fortuito (a) y la imposibilidad de la prestación (b).

a) La acreditación del caso fortuito, en cuanto suceso imprevisto, irresistible y ajeno a la esfera de control del deudor, exonera a este último de responsabilidad (artículos 45, 1547 inciso 2º y 1558 inciso 2º CCCh.), sin perjuicio de dejar subsistente la obligación⁷⁶. Se trata, pues, de un concepto que se construye principalmente a partir de un suceso que interviene el curso causal del programa de prestación y que, de acuerdo a la particular

⁷⁴ LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), § 20, pp. 312-313. Para una aplicación de esta teoría en Chile, véase: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La obligación como deber de conducta típica (la teoría de la imprevisión en Chile)* (Santiago, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1992), *passim*, especialmente pp. 227-238.

⁷⁵ BARROS BOURIE, *La diferencia*, cit. (n. 39), pp. 735-736.

⁷⁶ Así, entre los manuales en uso: FUEYO LANERI, *Cumplimiento*, cit. (n. 31), p. 410; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2003), pp. 219-220; RAMOS PAZOS, *De las obligaciones*, cit. (n. 47), núm. 305, p. 260; RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 42), núm. 348, pp. 182-183; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual de las obligaciones en el Código Civil chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Biblioteca Americana, 2007), núm. 88, pp. 256 y 258-259.

distribución de riesgos del contrato, las partes no han podido prever y el deudor no se encuentra obligado a soportar⁷⁷. Su diferencia con la imposibilidad de la prestación no descansa, por lo mismo, en una razón jurídica, sino en una puramente natural, de causalidad, que viene impuesta por el derecho⁷⁸. En efecto, el caso fortuito es, bajo estas premisas, un concepto construido sobre una base causal a partir del riesgo que el contrato pone de cargo del deudor, mientras que la imposibilidad surge del propio contenido de la prestación y de la factibilidad de su realización⁷⁹. Por ende, es perfectamente posible que el deudor se encuentre en una situación de *difficultas* que no constituya a la vez un caso fortuito y que no lo libera de responder⁸⁰.

El concepto de caso fortuito se debe construir mirando el desarrollo del programa de prestación que las partes han delineado en el contrato. Como éste implica siempre una regulación de intereses entre las partes, comporta la asignación de un determinado nivel de riesgo que el deudor debe administrar (artículo 1558 CCCh.). Es, pues, ese nivel de riesgo el que dibuja los contornos dentro de los cuales la obligación avanza hacia su estado de cumplimiento. Si bien las ideas de dolo y culpa juegan también un papel en el establecimiento de la responsabilidad del deudor, una correcta exposición del sistema de responsabilidad contractual exige deslindar las esferas del riesgo y de la culpabilidad, con la finalidad de que no se contaminen entre sí con consideraciones que son ajenas a su propio campo⁸¹. El caso fortuito cumple su función propia en el primero de estos campos, ya que se erige como el límite que circscribe el riesgo del que es responsable el deudor, de suerte que se puede afirmar que éste asume contractualmente

⁷⁷ BARAONA GONZÁLEZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 2), pp. 175-176; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), pp. 589-590; PIZARRO WILSON, Carlos, *El caso fortuito como defensa del deudor* (2004), ahora en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo - PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad civil. Casos prácticos* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006), pp. 93-108; GÓMEZ POMAR, Fernando, *El incumplimiento contractual en el Derecho español*, en *InDret 3* (2007), p. 12; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), pp. 1064-1069.

⁷⁸ MORALES MORENO, *Pretensión*, cit. (n. 33), p. 67.

⁷⁹ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 71-73.

⁸⁰ DE LOS MOZOS TOUYÁ, José Javier, *En torno a la idea de incumplimiento en el derecho civil español*, en *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 22 (2006), p. 149.

⁸¹ DE LOS MOZOS TOUYÁ, *En torno a la idea de incumplimiento*, cit. (n. 80), p. 149. Véase, además, las consideraciones que hace este autor sobre la decantación y recepción histórica de los principios de atribución de responsabilidad contractual (pp. 145-156).

la realización de la prestación con el límite de aquellas circunstancias que exceden de las posibilidades de control prometidas⁸².

Partiendo del concepto de riesgo contractual, es posible ofrecer una mirada objetiva del sistema de responsabilidad por incumplimiento desde la teoría de las esferas de control (“Sphärentheorie”), expuesta primariamente por Exner (1841-1894) y reformulada luego por Ernst Rabel (1874-1955)⁸³. Según ella, existe una esfera típica de control del deudor (“Gefahrenbereich”), representada por su ámbito propio de influencia (su empresa o actividad, que define las medidas de organización y control que se deben adoptar), respecto de la cual la responsabilidad de aquél es absoluta, pues no se admite posibilidad de exoneración (artículos 1547 inciso 3º, 1558 y 1671 CCCh.). Una segunda esfera comprende aquellos impedimentos que, pese a estar fuera de la esfera típica, pueden ser controlados por el deudor de acuerdo a las siguientes reglas: i) la razonable previsión del impedimento al momento de contratar, que despliega su eficacia con independencia de su real posibilidad de control y hace responsable al deudor por no haberlo excluido expresamente (artículo 1558 CCCh.); ii) la razonable posibilidad de evitar o superar el impedimento imprevisible o sus consecuencias, lo que supone, por ejemplo, que la obligación se deba cumplir con un sustituto comercialmente razonable para satisfacer el interés del acreedor (artículos 1483, 1546 y 1562 CCCh.). En esta segunda esfera, a diferencia de lo que ocurre en la primera, se admite la exoneración de responsabilidad del deudor si se demuestra la ocurrencia de alguno de los

⁸² DE LOS MOZOS TOUYÁ, *En torno a la idea de incumplimiento*, cit. (n. 80), p. 151.

⁸³ Sobre esta teoría, véase: PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), pp. 1059-1069 (en pp. 1064-1065, una relectura del artículo 1105 del *Código Civil* español, cuya equivalencia se encuentra en los artículos 45 y 1558 CCCh.); SALVADOR CODERCH, Pablo, *Comentario al artículo 79*, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Editorial Thomson-Civitas, 1997), pp. 635-656; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 28 (2005) 1, pp. 55-88; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incardinación de la responsabilidad por daños y el concepto de obligación en la compraventa internacional de mercaderías*, en *Revista Ius et Praxis* 11 (2005) 2, pp. 315-319; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador. Régi-men de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006), pp. 38-44 y 141-151. Esta teoría ha sido seguida también por la jurisprudencia alemana, según refiere GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGO, María Teresa, *Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparatista*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* 17 (1999), pp. 503-504.

supuestos contenidos en las reglas recién mencionadas. Por último, existe una esfera intermedia, situada entre la esfera típica y aquella que va más allá de ella, que comprende la responsabilidad del deudor por los terceros a quienes ha encargado la ejecución del contrato (artículos 1679 y 2135 CCCh.), de la que éste se puede exonerar probando que el incumplimiento se produjo por un impedimento fuera tanto de su esfera de control como de la de aquél⁸⁴.

Además, y por disposición de la ley, existen casos en que el deudor, no obstante la ocurrencia de un caso fortuito, responde de todas formas, a saber: i) el deudor moroso, si la pérdida sobreviene durante dicho estado y no puede probar que la cosa se hubiera perdido de igual forma en poder del acreedor (artículos 1547 inciso 2º, 1550, 1672 y 1674 CCCh.); ii) el deudor que se ha obligado a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones diversas (artículo 1550 CCCh.); iii) el que ha hurtado o robado una especie o cuerpo cierto y que, por ese hecho, se convierte en deudor de su restitución (artículo 1676 CCCh.); iv) el deudor que ha tomado sobre sí la responsabilidad del caso fortuito, o de alguno en particular (artículo 1547 inciso 4º, 1673, 1558 inciso final y 2178 Nº 4º CCCh.); v) el deudor a quien la ley ha impuesto el riesgo del caso fortuito (verbigracia, artículos 1983 y 2178 CCCh.).

Una vez determinado de acuerdo a la teoría de las esferas de control, o a los casos excepciones recién mencionados, cuándo el curso causal de los acontecimientos se imputa a la conducta del deudor, corresponde fijar el alcance del daño resarcible, cuestión de la que se ocupa el artículo 1556 CCCh.⁸⁵. Por eso, la exclusión de la indemnización de los daños moratorios (y, por extensión, también de los compensatorios) producidos al acreedor por un caso fortuito está tratada en el artículo 1558 CCCh., inmediatamente después de establecida la regla sobre atribución causal de esos mismos daños. Como en principio la regla es que se indemniza el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (este último según

⁸⁴ Sobre el artículo 1679 CCCh., fuera de los manuales en uso, véase: FUENZALIDA PUELMA, Sergio, *Los terceros en la responsabilidad contractual*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 57 (1960), primera parte, pp. 104-117. Para la aplicación de este criterio de atribución en el Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, véase: VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La responsabilidad del deudor por incumplimiento de su tercero encargado en la compraventa internacional de mercaderías*, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (editor), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección derecho privado*, III: *Temas de contratos* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006), pp. 259-295.

⁸⁵ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron prever al tiempo del contrato*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007) 1, p. 12.

asentado criterio jurisprudencial), el verdadero problema residirá siempre en determinar la imputación de esos daños, para lo cual hay que atender a la previsión de su ocurrencia. Son daños previstos los que se conectan con el curso normal del programa de prestación dentro del riesgo que debe controlar el deudor; en cambio, son daños imprevistos los que no corresponden al curso normal de las cosas, pero que de todas formas se pueden conectar con el riesgo administrado por el deudor⁸⁶. Cuando el suceso productor de los daños es ajeno al riesgo que incumbe al deudor, ahí existe un caso fortuito, pues su ocurrencia no pudo ser anticipada por las partes (hecho imprevisto) y, aun cuando lo hubiese sido, ella no podría haber sido resistida por el deudor (hecho imposible de resistir). Entendido así, es perfectamente posible que en el incumplimiento del contrato concurre culpa del deudor, pero que, como ésta no guarda conexión con el daño sufrido por el acreedor, aquél se pueda exonerar de responder por dichos daños, quedando obligado solamente a la prestación⁸⁷. La incompatibilidad de la culpa con la noción de caso fortuito es exacta, en consecuencia, sólo cuando ella está en el origen causal del mismo⁸⁸, demostrando que éste es un problema de causalidad y no de imputabilidad.

En materia contractual, el establecimiento de la causalidad es doble: por una parte, debe existir una relación causal entre el incumplimiento y el riesgo administrado por el deudor, de suerte que dicho nexo se rompe cuando un suceso ajeno interfiere el desarrollo del programa de prestación, siendo imposible atribuir causalmente el incumplimiento al deudor; por otra parte, es necesario que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, lo que hace que sólo los daños directos deban ser indemnizados, a menos que exista pacto en contrario, y que, dentro de éstos, la extensión de la reparación se fije atendiendo a la clase de incumplimiento de que se trata⁸⁹. La gravedad del incumplimiento tiene, pues, incidencia en la reparación: en presencia de dolo la reparación es integral, mientras que no lo es en caso de culpa⁹⁰. Y lo es, porque el dolo origina

⁸⁶ BARRIENTOS ZAMORANO, *Los daños*, cit., (n. 85), p. 20.

⁸⁷ PIZARRO WILSON, *El caso fortuito*, cit. (n. 77), p. 98.

⁸⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Ediar-Cono Sur Ltda., 1983), II, núm. 519, p. 602; PIZARRO WILSON, *El caso fortuito*, cit. (n. 77), p. 99.

⁸⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, *Los daños*, cit., (n. 85), p. 8.

⁹⁰ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Consideraciones*, cit. (n. 31), p. 133. BARRIENTOS ZAMORANO, *Los daños*, cit., (n. 85), pp. 11-12, explica, siguiendo a Dumoulin (1500-1566), que existe una diferencia en la extensión de los daños previsibles según la clase de obligación incumplida: en las obligaciones susceptibles de una estimación común (*certi*), la indemnización por los daños contractuales no puede sobrepasar el valor de

para el deudor una nueva obligación, que se califica como delictual y que engendra las consecuencias propias de éstas, entre ellas la reparación integral (artículos 2314 y 2329 CCCh.)⁹¹. Pero esta nueva obligación no deja de tener su causa en el incumplimiento contractual, por lo que no resulta justo que la reparación se extienda a las pérdidas o ganancias que no fueron una consecuencia inmediata y directa de ese incumplimiento⁹².

Por estas mismas razones, además, el caso fortuito recibe un tratamiento distinto en la responsabilidad extracontractual y en la responsabilidad contractual. En la primera, su concepto se encuentra íntimamente ligado a la responsabilidad por culpa, de suerte que para que ésta se configure es necesario que el daño sea atribuible precisamente a un comportamiento negligente o doloso del demandado, y no a una causa extraña⁹³. Como señala Barros⁹⁴, los criterios propuestos para establecer la relación de causalidad entre el hecho y el daño, tales como el fin de la norma, la causa adecuada y el incremento del riesgo, son suficientes para discriminar entre las situaciones en que el daño es atribuible a un hecho culpable del demandado y aquellas en que, por el contrario, esa atribución no resulta razonable. En el derecho de contratos, en cambio, la situación es distinta, dada la existencia de un programa de prestación que guía el comportamiento del deudor hacia la ejecución de ésta y desde el cual se debe discernir si ha existido o no incumplimiento.

El objeto del contrato no consiste en crear reglas de comportamiento, como ocurre con las leyes, los reglamentos y, en ciertos casos, la jurisprudencia. Su finalidad es organizar los intereses de los contratantes, creando entre ellos un circuito de derechos y obligaciones destinados a servir a esos intereses⁹⁵. Las obligaciones contractuales, por tanto, no tienen ninguna

la prestación, porque ése es el máximo de los daños que las partes han debido prever; en las obligaciones que no son susceptibles de una estimación común (*incerti*), en cambio, la indemnización abarca el interés extrínseco siempre que éste se encuentre dentro de los parámetros que, verosímil y aparentemente, las partes previeron al tiempo del contrato.

⁹¹ POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), §§ 166 (p. 98) y 168 (pp. 99-100).

⁹² BARRIENTOS ZAMORANO, *Los daños*, cit., (n. 85), p. 15.

⁹³ BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), núm. 270, p. 414; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 589. CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 114, por su parte, concibe el caso fortuito como una causa de exoneración de responsabilidad extracontractual fundada en la falta de voluntariedad del hecho.

⁹⁴ BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núm. 270, pp. 415-416.

⁹⁵ VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*

ambición normativa, puesto que no traducen en sí ningún imperativo moral; ésta sólo es una consecuencia de la palabra empeñada y de la confianza creada por ella⁹⁶. Por lo mismo, la fuerza obligatoria del contrato no se explica por afirmar que éste es una fuente formal de derecho. El contrato no es una norma más dentro de un sistema normativo que debe su eficacia y valor a una norma superior⁹⁷, sino que las normas estatales deben reconocer un ámbito de eficacia, dentro de ciertos parámetros pre establecidos (leyes imperativas, buenas costumbres, orden público, buena fe), en el cual la actuación de los particulares es suficiente para regular jurídicamente sus propios intereses⁹⁸. Se puede afirmar, entonces, que cuando el deudor se obliga, no se impone a sí mismo una regla de conducta, sino que se compromete a realizar una prestación, y lo hace por motivos de utilidad personal o colectiva (un interés o propósito práctico), no para conformarse a un imperativo social.

Esta forma de concebir el contrato hace que su incumplimiento aparezca bastante alejado de la noción de culpa, entendida como la falta de la diligencia que se debía observar en razón de un imperativo de conducta, que es esencial en la responsabilidad aquiliana (verbigracia, el principio *neminem laedere*, artículo 2284 CCCh.)⁹⁹. De ahí, pues, la importancia de considerar más detenidamente el caso fortuito como una de las excusas del deudor ante la responsabilidad derivada de los daños contractuales, en especial debido a la voluntaria asignación de riesgos que el contrato comporta y que crea para el deudor tanto ámbitos de responsabilidad como de irresponsabilidad¹⁰⁰. La correcta identificación de estos ámbitos permite concluir que entre el incumplimiento deliberado del contrato y la imposibilidad fortuita de la prestación hay una zona de dificultad en

(traducción de Fernando Montoya Mateus, Bogotá, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007), núm. 168, p. 339.

⁹⁶ Véase el trabajo citado más abajo, nota 355.

⁹⁷ Como pensaba, por ejemplo, KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (traducción de Moisés Nilve, 4^a edición, Buenos Aires, Eudeba, 1965), p. 153: “Utilizando las facultades que le son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta reciproca”.

⁹⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Comentarios sobre el sistema de fuentes*, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 56.

⁹⁹ VINEY, *Tratado*, cit. (n. 95), núm. 168, pp. 339-340.

¹⁰⁰ DE LOS MOZOS TOUYÁ, *En torno a la idea de incumplimiento*, cit. (n. 80), p. 157; MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias*, en VV. AA., *Cuadernos de Derecho Judicial. Responsabilidad civil* (Madrid, Ediciones del Consejo General del Poder Judicial, 1993), pp. 62-63.

la que el deudor responde objetivamente, y que está representada por el riesgo de la vida negocial¹⁰¹.

b) Por su parte, la imposibilidad de la prestación opera, en principio, como una excusa general ante la pretensión de cumplimiento (artículos 234, 464 excepción 15^a y 534 CPC.)¹⁰², que no se excluye por la simple demostración de la diligencia comprometida por el deudor¹⁰³. Antes bien, el establecimiento de la imputación de la imposibilidad se debe juzgar con un criterio más flexible que el de la responsabilidad, destinado a mantener la tensión reflejada en la obligación hasta que se satisfaga el interés del acreedor. Para cumplir esa finalidad, es conveniente fijar tan sólo un umbral a la imposibilidad de la prestación¹⁰⁴: que ella sea absoluta (artículos

¹⁰¹ DE LOS MOZOS TOUYÁ, *En torno a la idea de incumplimiento*, cit. (n. 80), p. 154.

¹⁰² BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 73 y 260; BARROS BOURIE, *La diferencia*, cit. (n. 39), pp. 724, 735-737, 745-746 y 750; CANARIS, *La mancata*, cit. (n. 64), pp. 20-21; CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad*, cit. (n. 31), pp. 79-90; DE LA MAZA GAZMURI, *Sentencia de la Corte Suprema de 23 de marzo de 2006*, cit. (n. 3), p. 163; DEL OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit. (n. 64), pp. 25 y 153-176, especialmente pp. 154-155; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 678; MORALES MORENO, *Evolución*, cit. (n. 2), p. 41; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), p. 1046; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Incumplimiento (Dº Civil)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Editorial Civitas, 1995), II, p. 3508; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1729; PIZARRO - AGUAD, *Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 9 de enero de 2007*, cit. (n. 3), p. 151; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de las obligaciones*, cit. (n. 2), p. 523.

¹⁰³ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 260-261; BARAONA GONZÁLEZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 2), p. 164. Contra: RODRÍGUEZ GREZ, *Extinción no convencional*, cit. (n. 42), p. 116. Por su parte, BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: la delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de derecho civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008), pp. 486-490 y 496-501, y VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), pp. 544-549, conciben el caso fortuito como el límite de la diligencia promotora que incumbe al deudor, cuyo acaecimiento lo exonerá de responsabilidad. El concepto que de éste da el artículo 45 CCCh. se dota así de sentido a partir de la diligencia exigible que según el caso concreto debe observar el deudor para superar un obstáculo que afecta el cumplimiento. Bajo este esquema, para que la imposibilidad pueda producir un efecto extintivo sobre la obligación debe cumplir con dos requisitos, a saber: i) una imposibilidad objetiva, absoluta, total y perpetua de ejecutar la prestación, y ii) que esa imposibilidad tenga su causa en un caso fortuito. Por eso, tratándose de una obligación específica, la ocurrencia de un caso fortuito tiene un efecto extintivo sobre el deber de prestación, con la consiguiente liberación del deudor.

¹⁰⁴ Idea ya presente en el derecho romano, según refiere GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), II, § 185, pp. 310-312.

1486, 1590, 1670 y 1675 CCCh. y 534 CPC.), objetiva (artículos 789, 1510, 1559, 1672, 1674, 1677, 1679, 1821, 2153, 2196, 2198 y 2221 CCCh.)¹⁰⁵ y permanente (artículos 1675 CCCh. y 534 CPC.).

El concepto mismo de obligación, entendida como una ordenación de cooperación entre posiciones jurídicas referida a una prestación, y la fuerza obligatoria del contrato (artículo 1545 CCCh.), unidos al principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 2465 CCCh.), parecen ser suficientes para justificar la atribución del deber de prestar en naturaleza o en equivalente, excluyendo la posibilidad que el deudor se exonere demostrando que la imposibilidad se ha producido más allá de la diligencia que se le puede exigir¹⁰⁶. Partiendo de estas premisas, se puede afirmar que el concepto de imposibilidad se debe construir a partir de la prestación en sí y por sí considerada, con abstracción de cualquier elemento extrínseco a la prestación misma¹⁰⁷. Esto quiere decir que la medida de la imposibilidad reside en aquello que la obligación lleva dentro de sí y que constituye su más íntima sustancia¹⁰⁸, idea que se expresa también con el nombre de “regla contractual”¹⁰⁹. Todo intento de delimitar los contornos de la imposibilidad de la prestación debe tener su punto de partida, entonces, en la declaración negocial de los contratantes debidamente integrada por las normas dispositivas.

Pues bien, si el punto de inicio de la indagación por un concepto de

¹⁰⁵ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 70; BARAONA GONZÁLEZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 2), pp. 163-165 y 176; RODRÍGUEZ GREZ, *Extinción no convencional*, cit. (n. 42), p. 125.

¹⁰⁶ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 266-267; BARAONA GONZÁLEZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 2), pp. 164-165; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), pp. 651-652; PIZARRO WILSON, *La responsabilidad contractual*, cit. (n. 31), pp. 211-214. Por su parte, BARROS BOURIE, *La diferencia*, cit. (n. 39), no obstante admitir esta última circunstancia (pp. 724-726 y 728), considera que la acción para exigir el valor en que se ha perpetuado la obligación es una acción de carácter indemnizatorio, debiendo cumplirse a su respecto con los presupuestos necesarios para que exista responsabilidad civil (pp. 738-739). Sobre esta postura, véase también: CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad*, cit. (n. 31), pp. 106-107, nota 9; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), pp. 1053-1055.

¹⁰⁷ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 71; BARAONA GONZÁLEZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 2), p. 162.

¹⁰⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I: *Introducción. Teoría del contrato* (6^a edición, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2007), p. 422.

¹⁰⁹ Sobre ella, véase: VIDAL OLIVARES, *Incardinación*, cit. (n. 83), pp. 325-329 (referido a la CISG); VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 21 (2000), pp. 209-227.

imposibilidad es la regla contractual, quiere decir que la posibilidad de alcanzar la prestación no puede quedar reducida al cumplimiento de un puro deber de esfuerzo, pues a través de un intento dogmático de este cariz lo único que se consigue es ligar la imposibilidad con un estado contractual que escapa de la normalidad o diligencia debida, asignando a esta última una relevancia en el programa de prestación que no tiene. La razón de esta exclusión reside en que la posibilidad de cumplimiento depende de tres criterios: uno económico (la posibilidad económica de cumplir la prestación), otro jurídico (el alcance legal que se da a la ejecución forzosa) y un tercero relacionado con el propósito práctico perseguido por los contratantes (artículos 1486 y 1572 CCCh.), todos ellos ajenos a la idea de diligencia¹¹⁰.

Por lo demás, la diligencia integra la prestación de dos modos muy distintos, según la clase de obligación de que se trata. En las obligaciones de resultado, el deudor se obliga a satisfacer la prestación sin consideración de los esfuerzos de diligencia que despliegue. En ellas, pues, sólo concurre la diligencia en su función promotora, que consiste en toda aquella actividad que el deudor debe desplegar para que la prestación inicialmente programada se concrete. Su función material es, por consiguiente, dar lugar al cumplimiento, imponiendo al deudor el deber de superar todos los obstáculos que impidan alcanzar el resultado esperado, de acuerdo con el grado de diligencia que le corresponde por la economía del contrato (verbigracia, el deber de custodia que establece el artículo 1548 CCCh. para las obligaciones de dar)¹¹¹. Así, su límite estará dado precisamente por ese grado de diligencia que se ha impuesto contractualmente al deudor, o aquel que la ley le asigna ante el silencio de las partes (artículos 44 y 1547 CCCh.). Estas reglas de prestación de la culpa establecen cómo debe el deudor cumplir la prestación, utilizando como parámetro objetivo la utilidad (interés) del contrato; juegan, por ende, un papel distinto dentro de la relación obligatoria, no relacionado con el cumplimiento (que se juzga de acuerdo a la regla contractual), sino con “*la actividad instrumental exigida al deudor*”¹¹². En otras palabras, cuando la prestación supone la consecución de un determinado resultado independiente del grado de diligencia y esfuerzo que exista de parte del deudor para conseguirlo (obligaciones de resultado), su exoneración sólo será posible mediante la acreditación

¹¹⁰ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 72-73.

¹¹¹ BADOSA COLL, *La diligencia*, cit. (n. 59), pp. 175-176; PIZARRO WILSON, *La responsabilidad*, cit. (n. 31), pp. 218-219; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), pp. 514 y 545-546.

¹¹² BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit., (n. 1), I, p. 114.

del caso fortuito, vale decir, mediante la demostración de un hecho que produce el quiebre causal en el curso normal del riesgo contractual y que, por lo mismo, se sitúa, no en la estructura misma del deber de prestar, sino en el plano de la causalidad.

En las obligaciones de medio, por su parte, el deudor se compromete a desplegar una determinada actividad o comportamiento dirigido a proporcionar un cierto resultado querido por el acreedor. En ellas, la diligencia actúa integrando el deber de prestación, otorgando a ésta contenido, por lo que se dice que ella desempeña una función integradora¹¹³. Si el derecho considera que una determinada actividad puede constituir la prestación de una relación obligatoria, no le puede ser indiferente su contenido o el modo en que el deudor debe llevarla a cabo. De ahí que sea connatural a la calificación jurídica de una conducta el asignarle un determinado contenido del cual el deudor no se puede apartar. Por eso, en las obligaciones que precisan de su concurrencia, la diligencia integradora es propiamente debida, ya que es el reflejo de la exigencia de no discrecionalidad en su comportamiento que pesa sobre el deudor y que éste debe observar para que la obligación se pueda reputar cumplida. En consecuencia, en estas obligaciones hay propiamente cumplimiento cuando el comportamiento prometido se lleva a cabo con la diligencia contractual o legalmente exigida. Como contrapartida, para acreditar que ha cumplido con la obligación, al deudor le basta con demostrar que ha empleado la diligencia debida, pues la consecución de un determinado resultado no es en estas obligaciones el único modo de acreditar que ha existido cumplimiento. La culpa del deudor es, entonces, un hecho determinante del incumplimiento en sí, porque integra el propio deber de prestación del deudor¹¹⁴. Por esta razón, y a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones de resultado, en las obligaciones de medio la consideración de la diligencia comprometida siempre es importante. Su acreditación se sitúa dentro del ámbito del programa de prestación, pues la diligencia integra el propio deber de prestar que incumbe al deudor, y, por consiguiente, el empleo de la debida diligencia (ausencia de culpa) debe ser admitido en este tipo de obligaciones como un medio de defensa distinto del caso fortuito.

En suma, toda obligación, sea de medio o de resultado, supone un interés del acreedor que a través de la prestación se busca satisfacer. La diferencia radica en la incidencia que ese interés tiene en el cumplimiento o incumplimiento de la obligación. En las obligaciones de medio, el inte-

¹¹³ BADOSA COLL, *La diligencia*, cit. (n. 59), pp. 169-174.

¹¹⁴ BARONA GONZÁLEZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 2), p. 167; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 567.

rés del acreedor es de tipo empírico y no coincide con el interés jurídico al que se obliga el deudor, de suerte que éste cumple en la medida que observa una conducta prudente y diligente conforme al estándar que la economía del contrato le impone (artículo 1547 inciso 1º CCCh.), siendo el resultado algo contingente o potencial, no incluido en el programa de prestación¹¹⁵. Por ejemplo, cuando un paciente acude a su médico, lo hace buscando que lo curen del mal que padece (interés empírico), y no para que el médico haga lo mejor que esté de su parte para que ello ocurra (interés jurídico); sin embargo, el médico cumple su obligación si observa aquel comportamiento que, de acuerdo con la *lex artis* médica, es adecuado en ese caso, con prescindencia de la curación efectiva de su paciente. Por el contrario, en las obligaciones de resultado debe existir una perfecta coincidencia entre el interés que el acreedor busca satisfacer y el que se manifiesta cuando se cumple la prestación (entendida como el comportamiento del deudor que ha sido programado al constituir la relación obligatoria, vale decir, reconstruido tipológicamente según el interés del acreedor). Por eso, en ellas no basta un comportamiento diligente del deudor enderezado hacia el resultado esperado, sino que es indispensable que tal resultado se verifique, lo que ocurrirá cuando en el cumplimiento de la prestación se contengan todas aquellas cualidades que las partes han previsto al contratar, esto es, cuando el acreedor consigue una determinada configuración de la realidad física y jurídica, que es distinta de la que existía antes de nacer la obligación¹¹⁶.

Ahora bien, el particular diseño de la prestación en las obligaciones de resultado y en las obligaciones de medio hace que la imposibilidad de la prestación posea una connotación distinta en cada una de ellas. En las primeras, dado que la imposibilidad se determina por la falta del resultado esperado por el acreedor, ella puede tener su origen tanto en impedimentos subjetivos (la muerte del pintor a quien se había encargado un retrato) como en otros que hagan objetivamente imposible la obtención de dicho resultado (la destrucción de la estatua que el deudor debía entregar); en las segundas, en cambio, la imposibilidad sólo se debe determinar atendiendo a la prestación debida por el deudor, esto es, al comportamiento prometido (la alteración nerviosa que impide al cirujano sostener el bisturí)¹¹⁷.

El modo de comprender los conceptos de imposibilidad de la pres-

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 246; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (Madrid, Editorial Dykinson, 2001), p. 125.

¹¹⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 246; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, cit. (n. 115), pp. 125-126.

¹¹⁷ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 69.

tación y caso fortuito que recién se ha expuesto hace que la exoneración del deber de prestar sea correlativamente más difícil que la liberación de responsabilidad, por los supuestos exigidos en cada caso¹¹⁸ (verbigracia, artículo 1678 CCCh.) y porque sólo de esa forma se contribuye al mantenimiento y respecto del principio de fuerza obligatoria del contrato, a la vez que se protege también mediáticamente al acreedor¹¹⁹. La imposibilidad sobrevenida termina siendo, entonces, una forma particular de distribuir los riesgos, que opera objetivamente en atención al contenido de la prestación, mientras que su función liberatoria queda explicada por una consideración de justicia sustantiva: es inútil mantener al deudor obligado mediante una prestación que no puede cumplir y que tampoco puede ser actuada forzosamente en sede judicial¹²⁰. La imposibilidad produce, así, como su consecuencia normal, la liberación del deudor en razón de que la fuerza obligatoria del contrato cede ahí donde la voluntad de las partes no fue convergente para distribuir el riesgo al momento de diseñar el contrato¹²¹. En tal caso, el principio más lógico supone que una parte debe ser obligada a soportar el riesgo que no asumió a sabiendas, pero que la otra supuso era puesto de su cargo, y que, entre dos partes, la que actuó razonablemente y del modo corriente no debería ver frustradas sus expectativas¹²². A este respecto, se debe tener en cuenta además que uno de los elementos que permiten que la prestación idealmente programada se convierta en realidad es la buena fe, pues gracias a ella es posible establecer la conexión entre la prestación que debe ejecutar el deudor y el interés que desea satisfacer el acreedor, evitando que ambos elementos queden en planos distintos

¹¹⁸ BARROS BOURIE, *La diferencia*, cit. (n. 39), p. 752.

¹¹⁹ CANARIS, *La mancata*, cit. (n. 64), p. 21.

¹²⁰ CANARIS, *La mancata*, cit. (n. 64), p. 21; DE LOS MOZOS TOUYÁ, *En torno a la idea de incumplimiento*, cit. (n. 80), p. 150; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), p. 523.

¹²¹ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 95. Según señala FIORI, Roberto, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica*, en *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 22 (2006), p. 112, en el derecho romano la intangibilidad del contrato también cedía ante la imposibilidad sobrevenida.

¹²² FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 94. Como explica VINEY, *Tratado*, cit. (n. 95), núm. 168, p. 345, los tribunales definen el alcance de las obligaciones del contrato recurriendo no a una supuesta voluntad de las partes (esa voluntad virtual de la que se habla a propósito de los artículos 1156 del *Code Civil* francés y 1560 CCCh.), sino que se interrogan de manera general sobre lo que el acreedor podía razonablemente esperar de su deudor en la situación considerada, es decir, se preguntan sobre los efectos que les parece equitativo y oportuno asignar al contrato.

de la realidad¹²³. La función propia de la buena fe es imponer al deudor un estándar de comportamiento, creando deberes de conducta que de otra forma quedarían excluidos del programa de prestación. Uno de esos deberes comporta para el deudor el respeto de la confianza creada en el acreedor por el contrato¹²⁴, y que se traduce en la aceptación de cierto riesgo, conforme a la propia declaración negocial y a las circunstancias que la rodean¹²⁵.

En suma, como afirma Fried¹²⁶, la imposibilidad es, por decirlo de algún modo, un "accidente contractual", y todo tipo de accidente requiere de algún tipo de juicio, de alguna clase de intervención heterónoma, que en este caso corresponde a la ley a través de ciertas reglas de distribución del riesgo, la cual mediante ciertas aplicaciones de justicia conmutativa intenta que las partes compartan un riesgo no repartido contractualmente. En virtud de estas reglas, pues, es posible apreciar concretamente la idea de cooperación que la obligación busca encarnar.

Entendida de esta forma, se puede comprender por qué la imposibilidad de la prestación no es en realidad el dato dogmático que soporta el límite de eficacia de la pretensión de cumplimiento. Este límite, como se comprueba de la extensión procesal del contenido de dicha pretensión, se encuentra más bien en el deterioro de la función satisfactoria de la prestación (artículos 1450, 1553 y 1555 CCCh. y 438 CPC.), de suerte que la mentada pretensión se podrá ejercer hasta donde se mantenga subsistente el interés del acreedor¹²⁷. Así, si aparece claramente que ninguna de las partes pretendió cubrir el riesgo de imposibilidad, pudiendo hacerlo (artículo 1673 CCCh.), y esa conclusión se puede alcanzar sin una expansiva desintegración de la confianza en los contratos, es razonable que el deudor quede liberado de cumplir¹²⁸.

¹²³ BARONA GONZÁLEZ, *El retardo*, cit. (n. 35), pp. 188-189.

¹²⁴ Sobre las diferencias entre la buena fe y la confianza, véase: LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (traducción de Luis Díez Picazo y Ponce de León, Madrid, Editorial Civitas, 1985), pp. 95-97.

¹²⁵ BARRIENTOS ZAMORANO, *Los daños*, cit., (n. 85), p. 16; DE LOS MOZOS TOUYÁ, *En torno a la idea de incumplimiento*, cit. (n. 80), p. 156.

¹²⁶ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 97.

¹²⁷ BARONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 265; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), p. 523. Como explica BRANTT ZUMARÁN, *Exoneración*, cit. (n. 103), p. 499, la imposibilidad de la prestación debe ser entendida teniendo en consideración el interés del acreedor, de manera que sólo se puede afirmar su existencia cuando, por un hecho sobrevenido al nacimiento de la obligación, no se puede ejecutar la prestación prevista o pactada por las partes en la celebración del contrato, desapareciendo toda posibilidad de satisfacer tal interés.

¹²⁸ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 100.

De lo anterior se concluye que el tratamiento de la imposibilidad de la prestación admite una distinción entre dos órdenes: por un lado, el fenómeno en sí que imposibilita la ejecución de la prestación y que incide en la frustración del interés del acreedor (artículos 1486 y 1670 CCCh. y 234 y 534 CPC.) y, por otro, la causa de la imposibilidad¹²⁹. La apreciación de esta última es la que permite determinar la procedencia de la excusa, porque el carácter extintivo de la obligación sólo concurrirá cuando la imposibilidad es imputable a una causa extraña al deudor¹³⁰, de acuerdo con el criterio amplio antes referido; mientras que cuando lo es, la obligación sigue subsistiendo desde una perspectiva nominalista y en el orden estrictamente de la forma (artículo 1672 CCCh.) y la ejecución debe recaer sobre el valor en el que se perpetúa la especie debida, haciéndose su evaluación por un perito (artículo 438 Nº 2º CPC.)¹³¹. Por esta razón, se puede afirmar que si la imposibilidad es subjetivamente atribuible al deudor, la obligación original permanece, y la imposibilidad como frustración del interés del acreedor deja de interesar en cuanto fenómeno que ha alterado el curso normal del programa de prestación, dado que el deber de prestar sigue existiendo formalmente, ahora con un contenido diverso¹³².

Con todo, en las obligaciones de dar la imposibilidad sólo afecta a aquéllas que tienen por objeto una cosa específica, pues en las obligaciones genéricas el deber de prestación subsiste mientras existan individuos de tal género con los cuales se pueda cumplir la obligación (artículo 1510 CCCh.); y algo similar ocurre con las obligaciones dinerarias (artículo 1559 CCCh.).

Tratándose de obligaciones de hacer, la imposibilidad absoluta de ejecutar el hecho debido debe responder a causas físicas o jurídicas, comparables a las que producen la imposibilidad inicial del objeto (artículos 1460 y 1475 CCCh.)¹³³, vedándose de este modo que se pueda admitir

¹²⁹ DEL OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit. (n. 64), p. 92.

¹³⁰ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 77-78. Por su parte, BARROS BOURIE, *La diferencia*, cit. (n. 39), p. 751; CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad*, cit. (n. 31), pp. 41-49, y PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), pp. 1020-1021, consideran que la imposibilidad siempre extingue la obligación en los términos en que ella fue contraída (obligación de primer grado), sin perjuicio que, en consideración a la causa de la extinción, habrá lugar a una acción dirigida a exigir la indemnización de perjuicios (obligación de segundo grado), si ella ha sido culpable.

¹³¹ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), pp. 79-81; BARAONA GONZÁLEZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 2), pp. 159-162; ESPINOSA FUENTES, Raúl, *Manual de procedimiento civil. El juicio ejecutivo* (11^a edición actualizada por Cristián Maturana Miquel, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), núm. 109, p. 119.

¹³² BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), p. 309.

¹³³ RODRÍGUEZ GREZ, *Extinción no convencional*, cit. (n. 42), p. 118. FUEYO LANE-

una imposibilidad debida a la voluntad del deudor (imposibilidad subjetiva) y que importaría una resistencia ilegítima de este último en el cumplimiento de su obligación¹³⁴. Sólo se podrá tener en consideración la imposibilidad subjetiva en las obligaciones de hacer personalísimas, donde el cumplimiento produce únicamente sus efectos propios si es ejecutado directamente por el deudor (artículo 1572 inciso 2º CCCh.)¹³⁵, salvo en el caso que se admita la renuncia de dicho carácter.

En las obligaciones de no hacer, en fin, la imposibilidad como excusa del deudor se debe construir considerando que la posibilidad de observar el comportamiento negativo que pesa sobre el deudor, se ve impedida por causas de orden legal o físico y que llevan a que el deudor realice aquello de lo que se debe abstener¹³⁶.

2. La incidencia de la imposibilidad en el programa de prestación.

La imposibilidad puede afectar la prestación cuantitativa (a), temporal (b) o cualitativamente (c).

a) El *Código Civil* no estableció una regla general sobre los efectos que produce la imposibilidad parcial de la prestación; solamente trató de ellos a propósito de los deterioros que puede sufrir la especie o cuerpo cierto antes del cumplimiento de la condición (artículo 1486 CCCh.) y del pago (artículo 1590 CCCh.). De esas reglas se puede extraer el siguiente principio general: si la imposibilidad parcial no es imputable al deudor, la obligación se cumple en la parte que sigue siendo posible¹³⁷. Esto significa que, para el *Código Civil*, la especie deteriorada sigue cumpliendo igual

ri, *Derecho civil*, IV, 2 (n. 5), núm. 621, p. 208, exige los mismos requisitos que antes se mencionaron para la imposibilidad: que ella sea absoluta, perpetua y definitiva.

¹³⁴ BARROS BOURIE, *La diferencia*, cit. (n. 39), p. 741; ESPINOSA FUENTES, *Manual*, cit. (n. 131), núm. 197, p. 224.

¹³⁵ BARONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 69; BARROS BOURIE, *La diferencia*, cit. (n. 39), pp. 741-742; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), p. 429; RODRÍGUEZ GREZ, *Extinción no convencional*, cit. (n. 42), pp. 58, 61-62, 123, 126 y 132-134.

¹³⁶ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núm. 1197, p. 1056; BARONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 70; BRANTT ZUMARÁN, *Exoneración*, cit. (n. 103), p. 497; DEL OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit. (n. 64), p. 114; FUEYO LANERI, *Derecho civil*, IV, 2 (n. 5), núm. 622, p. 209; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), p. 429; RODRÍGUEZ GREZ, *Extinción no convencional*, cit. (n. 42), pp. 127 y 134-135; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de las obligaciones*, III: *Modificación y extinción de las obligaciones* (2ª edición ampliada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, , 2004), núm. 1297, p. 138.

¹³⁷ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núm. 1201, p. 1058; CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XII, cit. (n. 5), núm. 1903, pp. 573-574.

función liberatoria y extintiva que la prestación originalmente convenida, sin perjuicio de que la función satisfactoria de ese cumplimiento se ve menoscabada, debiendo soportar el acreedor dicho deterioro¹³⁸. La regla era, además, recogida por Pothier, quien establece como principio que si “*la cosa que era debida perece no quedando ya nada que sea objeto y materia de la obligación, no puede existir obligación*”¹³⁹, de donde concluye que si la pérdida es parcial, “*no puede ser dudosos en ese caso que la obligación subsista por la parte que resta de la cosa debida*”¹⁴⁰. Incluso, preguntándose qué ocurre cuando la extinción de la cosa debida lo ha sido totalmente, de manera tal que lo que resta de la cosa no puede ser mirado como una parte de ella, este autor responde que igualmente en esos casos el acreedor puede exigir el residuo (verbigracia, cuando muerto el buey debido ha quedado su piel) o en lo que era necesario (por ejemplo, cuando muerto el caballo que se debía con sus arreos han quedado éstos)¹⁴¹.

Con todo, y para mantener el equilibrio de las prestaciones, parece que la solución que se desprende de los artículos 1486 y 1590 CCCh. debe ser atenuada a la luz de la regla dada a propósito del contrato de compraventa en el artículo 1814. En él se dice que, si faltaba una parte considerable de la cosa vendida al momento de perfeccionarse el contrato, puede el comprador a su arbitrio desistirse del contrato o darlo por subsistente, en este último caso abonando el precio a justa tasación. Algo similar ocurre en el artículo 2003 regla 2^a CCCh. respecto de los costos ocasionados por circunstancias desconocidas que no pudieron preverse y que aumentan el valor de la obra, los que dan derecho al empresario a demandar el aumento de precio en la razón que corresponda. El principio subyacente en estas dos reglas especiales debe prevalecer con carácter general en todos aquellos casos en que la imposibilidad parcial supone la subsistencia del vínculo y no autoriza la resolución¹⁴².

b) La imposibilidad temporal puede afectar la prestación en sí misma o sólo comportar la desactivación de la facultad del acreedor para exigir su cumplimiento. La imposibilidad temporal afecta la prestación en sí misma cuando el retraso priva al acreedor del propósito perseguido con el contrato y, en consecuencia, se atribuye a ella un efecto extintivo del

¹³⁸ MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 422, 425 y 427. JORDANO FRAGA, ¿*Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), pp. 330 y 333, incluye también dentro del contenido del *Commodum repraesentationis* los residuos físicos aprovechables que ha dejado la cosa debida.

¹³⁹ POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 649 (p. 409).

¹⁴⁰ POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 669 (p. 418).

¹⁴¹ POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 669 (pp. 419-421).

¹⁴² BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 74.

deber de prestar (artículo 1486 inciso 3º CCCh.)¹⁴³. Por el contrario, cuando el retardo no tiene esa incidencia en el programa de prestación, su efecto es distinto: constituye una causa de inexigibilidad de la obligación mientras el impedimento que la afecte no cese (arg. ex artículo 1558 inciso 2º CCCh.)¹⁴⁴.

En fin, dentro del tratamiento de las obligaciones condicionales se encuentra también una norma referida a la imposibilidad que afecta cuantitativamente la prestación, y que bien puede ser extrapolada con validez general dentro de una teoría general del derecho de obligaciones¹⁴⁵. Según el inciso 3º del artículo 1486 CCCh., "*Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto al que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa*". Para descubrir su real operatividad, esta norma debe ser leída en clave de causa del contrato, definida en el artículo 1467 CCCh. como "*el motivo que induce al acto o contrato*". Este elemento representa el propósito práctico presente en todo negocio jurídico, consistente en la valoración que se hace de él atendiendo al resultado que se busca o se hayan propuesto quienes hagan las declaraciones negociales¹⁴⁶. Sin embargo, este propósito no es independiente de la consecución de un efecto jurídico sustantivo, que es directamente buscado por las partes¹⁴⁷. Cuando éstas celebran un negocio jurídico prevén algo más que la obtención de un determinado propósito práctico, pues predeterminan que lo acordado esté amparado por el derecho, que pueda ser jurídicamente exigible¹⁴⁸. Así,

¹⁴³ Así, por todos: BARROS BOURIE, *La diferencia*, cit. (n. 39), p. 744. En el derecho alemán anterior a la reforma de 2001, que amplió el concepto de imposibilidad de la prestación recogido en el § 275 BGB. (véase, más arriba, la nota 64), se consideraba que la imposibilidad temporal tenía efecto extintivo cuando después del tiempo transcurrido la prestación se tornaba económicamente diferente. Cfr. LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), § 20, p. 303.

¹⁴⁴ Por todos: DEL OLMO GUARIDO, *El caso fortuito*, cit. (n. 64), pp. 105-106.

¹⁴⁵ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núm. 1191, p. 1053; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Destrucción y especificación de una cosa corporal*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008), p. 281.

¹⁴⁶ CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico* (Madrid, Editorial Civitas, 1985), § 251, p. 191.

¹⁴⁷ SALVADOR CODERCH, Pablo - AZAGRA MALO, Albert - FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, *Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos*, en *InDret 3* (2004), p. 21. Véase, en el mismo sentido: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 23* (2001), pp. 362-365.

¹⁴⁸ SALVADOR - AZAGRA - FERNÁNDEZ, *Autonomía privada*, cit. (n. 147), p. 24.

pues, en el derecho privado es relevante primeramente la consecución de un resultado jurídico (el carácter ejecutable de la obligación contractual), pero a veces no resulta indiferente que ciertos propósitos prácticos se verifiquen. En este último caso, la causa está representada por la sustancia económica de la relación contractual¹⁴⁹, que se conecta con el interés o resultado que el acreedor desea alcanzar¹⁵⁰.

A su vez, afirmar que en virtud de la obligación el deudor garantiza al acreedor un determinado resultado, representado por un nivel de satisfacción de su interés, implica también ensanchar el contenido de vinculación contractual, que se puede referir tanto al cumplimiento de deberes de conducta asignados al deudor como a hechos, situaciones o estados de la realidad que se hayan tenido en cuenta al contratar y cuyo riesgo de existencia o inexistencia corra de algún modo de cargo del deudor¹⁵¹.

Se entiende, entonces, cuál es el sentido de la abstracción procesal que contempla el inciso 1º del artículo 1467 CCCh.: la ley presume que las partes han querido dotar al contrato de un carácter ejecutable y, por consiguiente, sólo se exige la prueba de la causa cuando el propósito práctico perseguido por las partes es la razón sustancial del acuerdo, directamente relacionada con el desenvolvimiento del programa de prestación. El contrato es solamente el medio de realizar determinados intercambios de bienes y servicios, sin que la idea de acuerdo (*consensus*) sea consustancial a su existencia¹⁵². Lo que realmente importa es la obligación que nace del

¹⁴⁹ D'ANGELO, Andrea, *Contrato y operación económica*, en VV. AA., *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano* (traducción de Leysser L. León, 2ª edición, Lima, Ara Editores, 2004), p. 640.

¹⁵⁰ Sobre esta conexión, véase: BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), pp. 300-307; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)* (1983), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006), pp. 323-348.

¹⁵¹ MORALES MORENO, *Evolución*, cit. (n. 2), pp. 19-20.

¹⁵² IRTI, Natalino, *Scambi senza accordo*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 52 (1998), pp. 347-364, señala que el mercado avanza paulatinamente hacia un concepto de contrato entendido no como un acuerdo entre partes, sino como la coincidencia de actos unilaterales destinada a operar una finalidad económica de intercambio de bienes y servicios. Irti, recogiendo las enseñanzas de Perozzi (1857-1931), Bonfante (1864-1932), Betti (1890-1968), entre otros, considera que para la existencia de un contrato es indispensable el diálogo de las partes, de suerte que los intercambios sin acuerdo (contratos tipo, formularios, intercambios *iactu pecuniae*, etcétera) demandan otro nombre, pero no el de contrato o, si se quiere, el de un contrato "no consensual".

contrato, la que debe tener en sí, al menos en principio, eficacia jurídica¹⁵³. Por eso, es posible afirmar que la tutela jurídica que se brinda al contrato no nace propiamente del acuerdo, sino de un elemento ulterior, objetivo y estructural, que en el contrato típico es, salvo que las partes acuerden algo distinto, el *nomen contractus* o tipo contractual, y en los contratos atípicos, la causa¹⁵⁴.

En este sentido, es clarificador el concepto de contrato que da el *Código Civil*, pues en él no se atiende tanto al acuerdo como la fuente de la fuerza obligatoria que se asigna al contrato, sino que ésta nace como una consecuencia de que el contrato se haya celebrado válidamente (artículos 1443 y 1545), momento desde el cual se considera que “una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (artículo 1438) y que el acreedor tiene “derecho a exigir su cumplimiento” (artículo 1470 inciso 2º). El concepto de “acto” que emplea el artículo 1438 CCCh. para definir el contrato es, pues, suficientemente comprensivo de cualquier hecho al que la ley le atribuya el efecto de hacer nacer una obligación de carácter contractual¹⁵⁵, sea que éste importe un acuerdo de voluntades (contrato libremente discutido), un intercambio de bienes o servicios formado por el encuentro de actos unilaterales y separados (contratos de adhesión, contratos tipos) o la verificación de una hipótesis normativa (contratos forzados)¹⁵⁶. Todo esto queda de manifiesto cuando dentro del propio

¹⁵³ FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit. (n. 121), p. 108; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato (I): El vocabulario de la negocialidad jurídica en el derecho romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 17 (1995), p. 97.

¹⁵⁴ FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit. (n. 121), p. 109.

¹⁵⁵ GUZMÁN BRITO, *El vocabulario de la negocialidad jurídica*, cit. (n. 153), p. 85, explica que en el derecho romano la voz “acto” “carece de todo sentido técnico, aunque tiene un valor generalísimo, ya que designa cualquier actuación humana, tenga o no efecto jurídico, constituya lo que llamamos un acto jurídico o nada más que algo puramente material y sea que resulte lícita, o bien, ilícita”.

¹⁵⁶ Para determinar qué hechos jurídicos son necesarios para que se pueda considerar nacida y contraída una relación obligatoria, con la consiguiente fijación de una posición acreedora y otra deudora, es necesario atender a la interrelación que se produce entre la autonomía privada y la constitución heterónoma de relaciones obligatorias. En esa línea se encuentra el intento de HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Madrid, 1960), núms. 81-92, pp. 242-271, quien propone una clasificación de las fuentes que distingue entre: i) la voluntad en cooperación con las normas legales (los contratos libremente discutidos, los contratos de adhesión, los contratos estandarizados y la declaración unilateral de voluntad); ii) las normas legales a partir de un presupuesto de voluntad (los contratos dirigidos, los contratos forzados ortodoxos, los actos ilícitos que dan lugar a la responsabilidad civil subjetiva y los cuasicontratos); y iii) las normas legales con prescindencia de un pre-

Código Civil existen ciertos actos en los cuales no existe propiamente un acuerdo, esto es, un “*concurso real de las voluntades de dos o más personas*” (artículo 1437 CCCh.), como ocurre con el depósito necesario (artículo 2236) o el precario, donde la mera tenencia de una cosa ajena por ignorancia o mera tolerancia del dueño y sin contrato previo, es equiparada a una relación contractual nacida de un comodato en lo que a sus efectos se refiere (artículo 2195 inciso 2º)¹⁵⁷. Además, existen casos en que la ley da más importancia al cumplimiento de la obligación contractual que al acuerdo de las partes, demostrando que lo relevante es la vinculación obligatoria que surge del contrato y no tanto el concurso real de voluntades supuestamente considerando como su elemento genético. Así ocurre, por ejemplo, con las solemnidades voluntarias en el contrato de compraventa, pues no obstante haber acordado las partes que la venta no se reputará perfecta hasta el otorgamiento de escritura pública o privada, se admite que cualquiera de ellas pueda retractarse mientras no se otorgue la escritura o no haya principiado la entrega (artículo 1802 CCCh.), lo que significa que incluso si el contrato no está perfecto de acuerdo a la voluntad de las partes (porque no se ha otorgado aún la escritura), éstas quedan vinculadas jurídicamente si una de las obligaciones ya se ha comenzado a cumplir.

En suma, a partir del inciso 3º del artículo 1486 CCCh. es posible extraer un concepto general de pérdida de la cosa debida, que se construye desde la destrucción funcional que en esa norma se menciona. De este modo, la pérdida de la cosa debida puede ser definida como toda alteración física o química de un cuerpo que extingue su aptitud para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, sin que importe su causa, sino sólo el efecto funcional que dicha destrucción tiene sobre el programa de prestación¹⁵⁸.

2. La existencia de un residuo en el patrimonio del deudor.

La imposibilidad de la prestación puede tener dos consecuencias sobre el patrimonio del deudor. En primer lugar, puede importar sólo una pérdida parcial de la cosa debida y, por consiguiente, la parte que no resulta afectada constituye para el deudor un residuo material, al que se debe asignar plena

supuesto de voluntad (la responsabilidad objetiva, el enriquecimiento sin causa, las obligaciones legales en sentido estricto y los contratos forzados heterodoxos). Véase, además, las consideraciones de LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001), I, núm. 33.5, pp. 177-180, sobre la supremacía de la obligación contractual respecto de la obligación legal.

¹⁵⁷ ATRIA LEMAITRE, Fernando, *Los contratos reales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2 (2005), pp. 34-36.

¹⁵⁸ GUZMÁN BRITO, *Destrucción*, cit. (n. 145), p. 283.

eficacia extintiva. En segundo término, y que es el que ahora interesa, la imposibilidad puede dar lugar a un residuo jurídico, compuesto por una representación material o ideal en el patrimonio del deudor de aquello que constitúa la prestación. Ambas consecuencias se pueden comprender, con todo, en el concepto de residuo o elemento representativo¹⁵⁹. Para Friederich Mommsen, este residuo consiste en todo lo que pasa a ocupar en el patrimonio del deudor el lugar que correspondía a la prestación¹⁶⁰, es decir, todo aquello que, ingresando al patrimonio del deudor como consecuencia de la imposibilidad de la prestación, puede cumplir igual función extintiva y satisfactoria que aquélla, por encontrarse ambos económica y jurídicamente en el mismo plano¹⁶¹.

La estrecha relación que existe entre el residuo material y el residuo jurídico también fue observada por García Goyena¹⁶², quien explicaba el artículo 1163 del *Proyecto de Código Civil* español de 1851 haciendo una comparación entre los derechos y acciones que asistían al deudor para reclamar la indemnización del tercero que ha causado el perecimiento de la cosa y la pérdida de parte de las cabezas que conforman un rebaño, que es el ejemplo dado por Pothier¹⁶³ para ilustrar la pérdida parcial de la cosa debida en el texto que sirvió de base para la redacción del artículo 1590 CCCh.¹⁶⁴.

V. OBLIGACIONES EN LAS QUE ES SUSCEPTIBLE DE SER APLICADO EL “COMMODUM REPRAESENTATIONIS”

1. *Obligaciones de dar.*

No existe duda que el *cr.* tiene aplicación en las obligaciones de dar. Su propia ubicación dentro del título 19º del libro IV CCCh., a propósito de las reglas sobre la pérdida de la cosa debida, así lo demuestra. Existen, empero, dos cuestiones relacionadas con esta clase de obligaciones que

¹⁵⁹ MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 423.

¹⁶⁰ MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 422-423.

¹⁶¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 657; ENNECERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, I, cit. (n. 44), § 46, pp. 238-239; FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 76-77; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 20, p. 305; MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 423 y 439-440; MEDICUS, *Tratado*, cit. (n. 47), I, § 33, p. 182; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 523 y 528-529; VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, p. 108.

¹⁶² GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit. (n. 5), III, pp. 175-176.

¹⁶³ POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 669 (p. 418).

¹⁶⁴ BARROS ERRÁZURIZ, *Curso*, cit. (n. 5), p. 156, recurre a la misma comparación.

conviene tratar. La primera se refiere a la distinción entre las obligaciones específicas y genéricas (a); la segunda dice relación con las distintas funciones que puede perseguir una obligación de dar (b).

a) La aplicación del *cr.* en las obligaciones específicas es indudable, pues es ése el modelo preferente de obligación recogido por el *Código Civil* y que subyace tras las reglas sobre pérdida de la cosa debida¹⁶⁵. En cambio, quedan excluidas de su ámbito las obligaciones genéricas, en las cuales la regla “*genus nunquam perit*” impide que la imposibilidad pueda comprometer el deber de prestar del deudor (artículo 1510 CCCh.)¹⁶⁶. Esto se explica por el propio concepto de cumplimiento que posee cada una de estas obligaciones. En las obligaciones específicas, el deudor se compromete a un determinado resultado, pesando sobre él unos deberes de conducta bien delimitados¹⁶⁷. En las obligaciones genéricas, por su parte, la posibilidad de satisfacción del interés del acreedor se mide por la disponibilidad de la cosa en el mercado y, por ende, éste se puede conseguir toda vez que el deudor ejecute una prestación idónea para ese fin (artículo 1509 CCCh.)¹⁶⁸. Evidentemente, las posibilidades de cumplimiento son mucho más amplias en este último caso y, en consecuencia, la finalidad del *cr.* no es necesaria. Con todo, se puede admitir la procedencia de este remedio en los casos en que el género queda en su totalidad fuera del comercio humano¹⁶⁹ por una decisión legal o administrativa, y en los cuales se ha aceptado la procedencia de acciones indemnizatorias por parte de los particulares afectados respecto del Estado¹⁷⁰.

b) Conviene determinar enseguida si el *cr.* tiene aplicación tanto en

¹⁶⁵ VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), pp. 498-506.

¹⁶⁶ CRISTÓBAL MONTES, *El “commodum repraesentationis”*, cit. (n. 5), p. 603; FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 60 y 90; JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), p. 329; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 471-472; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), p. 3508; POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 658 (p. 413).

¹⁶⁷ VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 5), p. 513.

¹⁶⁸ VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 5), pp. 512-513.

¹⁶⁹ CLAN - TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. (n. 50), p. 514; FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), p. 90; GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartados I y II, 1; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 472; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 524-525.

¹⁷⁰ El caso paradigmático es “Comunidad Gallerué con Fisco de Chile” [CORTE SUPREMA, sentencia de 7 de agosto de 1984, en *Gaceta Jurídica* 50 (1984), pp. 37-44]. Véase, respecto de las indemnizaciones por sacrificio y el *commodum ex re*, más abajo, VI, 2, a) y nota 214, y VIII, 4; también: MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 443-446.

las obligaciones de dar en función traslatica (o constitutiva¹⁷¹) como en aquellas que consisten sólo en la entrega de una cosa en función restitutoria. La operatividad de la figura en la primera clase de obligaciones es indudable, dado que en ellas tiene plena cabida la atribución legal del riesgo y es pertinente proteger al acreedor que, debiendo soportar el riesgo de pérdida, ve como el deudor resulta beneficiado por el mismo hecho. En las segundas, por el contrario, la solución parece ser, en principio, negativa¹⁷². Cuando se ha dado una cosa con cargo a restituirla, la propiedad de ese bien sigue estando en el acreedor, quien goza, por lo mismo, directamente de una acción indemnizatoria para dirigirse contra aquellos terceros por cuyo hecho o culpa se ha perdido la cosa (artículo 2315 CCCh.).

Sin embargo, como han observado algunos autores¹⁷³, si se penetra un poco más en la estructura y funcionalidad del *cr.* dentro del sistema de protección del crédito, se comprueba que esta conclusión no puede ser tan categórica. Cuando la cosa perece en manos de un comodatario, arrendatario o depositario, nada obsta a que ellos vean nacer una acción que les permita reclamar prestaciones de distinta índole de los terceros por cuyo hecho se ha producido la pérdida. Con todo, en tal caso el elemento representativo sólo podrá comprender aquellos beneficios que el acreedor esperaba recibir conjuntamente con la restitución de la cosa, pero no se extenderá a los derechos o acciones subordinados a la utilidad que el deudor recibiría de la cosa durante su uso¹⁷⁴.

Así, por ejemplo, el comodato es un contrato unilateral y gratuito, como ya lo anuncia la definición misma que de él da el *Código Civil* (artículo 2174)¹⁷⁵. Sin embargo, el *Código* admite que el comodato pueda ir en pro

¹⁷¹ LACRUZ - RIVERO, *Elementos*, II-1, cit. (n. 10), núm. 120, p. 188, excluyen de su aplicación a esta clase de obligaciones.

¹⁷² Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 658; LACRUZ - RIVERO, *Elementos*, II-1, cit. (n. 10), núm. 120, p. 188; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 526-527. MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 460-461, niega su aplicación en los casos en que existe un elemento que representa el uso o goce de la cosa, que, a su juicio, constituirían más bien una aplicación del *commodum accessionis*.

¹⁷³ CRISTÓBAL MONTES, *El “commodum repraesentationis”*, cit. (n. 5), p. 604; GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartado II, 3 y 4; JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), p. 333; MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 446-447 y 470-471. Para DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), pp. 658-659, esta alternativa sólo es posible cuando el acreedor de la restitución no es el propietario o titular de un derecho real sobre la cosa (verbigracia, el arrendador de cosa ajena).

¹⁷⁴ PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 539.

¹⁷⁵ Para lo que sigue, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las donaciones entre*

de ambas partes o en pro del comodante solo (artículo 2179 CCCh.), en cuyo caso se altera la regla de prestación de la culpa por el comodatario, quien normalmente responde de culpa levísima (artículo 2178 CCCh.). El hecho de que el comodato se celebre en pro de ambas partes no puede implicar a la vez un cambio en su naturaleza, dado que la gratuitad está incorporada como un elemento esencial de este tipo contractual y su desaparición produce que el contrato degenera en otro distinto (artículo 1444 CCCh.), por ejemplo, en un arrendamiento¹⁷⁶. Por consiguiente, la utilidad de ambas partes que se agrega al comodato no puede implicar una prestación para el comodatario; solamente puede comportar un beneficio para el comodante que no traiga aparejado un gravamen correlativo para el comodatario. En las fuentes romanas se ofrecen los siguientes ejemplos de un comodato en pro de ambas partes: el de alguien que da una fiesta y presta a una de sus invitadas vestidos y joyas para que se presente debidamente ataviada en ella; o el de una persona que financia o patrocina una obra teatral y presta ciertos muebles para la escena a la compañía de actores, a fin de mejorar el montaje¹⁷⁷. En estos casos, junto con la acción indemnizatoria que corresponde al comodante por las cosas prestadas, existe una acción propia del comodatario, referida al daño que personalmente le ha causado la pérdida. Sin embargo, y dado que el comodante tiene también interés en el préstamo, dicha acción le corresponde en parte y puede, pues, exigir su cesión conforme con el artículo 1677 CCCh.

El *Código Civil*, por lo demás, contempla una norma dentro la disciplina de los contratos reales que refuerza la conclusión antes expuesta. A propósito del contrato de depósito, el artículo 2230 señala que el depositario es obligado a restituir el precio, o la cosa que ha recibido, cuando

vivos. *Concepto y tipos* (Santiago, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005), § 8, pp. 45-46.

¹⁷⁶ MEZA BARROS, Ramón, *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones* (8^a edición actualizada por Pedro Pablo Vergara, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), II, núm. 12, p. 12, ofrece el siguiente ejemplo de un comodato que cede en pro de ambas partes: el contrato en el cual el comodante presta al comodatario un perro de caza con la obligación de amaestrarlo. El ejemplo es reproducido, con la oportuna referencia, en LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, cit. (n. 156), I, núm. 21, p. 107. Tal ejemplo, sin embargo, importa una mutación de la naturaleza del comodato, pues como no existe duda de que un contrato así es oneroso, lo que en realidad hay en el ejemplo ofrecido es un contrato gratuito de amaestramiento, o bien un contrato oneroso innominado, y no un verdadero comodato. Cfr. GUZMÁN BRITO, *De las donaciones*, cit. (n. 175), § 8, pp. 45-46.

¹⁷⁷ Dig. 13, 6, 5, 10. Ambos ejemplos están, además, reproducidos en GUZMÁN BRITO, *De las donaciones*, cit. (n. 175), § 8, p. 46.

a consecuencia de un accidente se destruye la cosa depositada¹⁷⁸. Pero como el depósito puede ser también remunerado, en cuyo caso degenera en un contrato de arrendamiento de servicios (artículo 2219 CCCCh.), es posible que el depositario haya obtenido una indemnización mayor que la que equivaldría al valor de la cosa depositada, pues ésta ha comprendido también el lucro cesante, representado por la remuneración que esperaba percibir durante la vigencia del contrato, y que el depositario puede legítimamente retener¹⁷⁹.

Asimismo, se ha reconocido la posibilidad de solicitar el *cr.* a aquellos que reciben una cosa con cargo a restituirla, como el arrendatario, el comodatario o el depositario. En este caso, y aplicando por analogía el artículo 1677 CCCCh., el acreedor podrá reclamar la indemnización o la pretensión indemnizatoria en la parte que cubra el valor asignado al uso de la cosa por el tiempo convenido¹⁸⁰. Sin embargo, la aplicación del artículo 1677 CCCCh. debe ser excluida en contratos como el comodato o el depósito, cuando la pérdida se produce antes de la entrega, pues su carácter de contratos reales, al menos en lo que al derecho chileno se refiere¹⁸¹, hace

¹⁷⁸ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, pp. 205-207; JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), p. 333; MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 446-447, 453 y 467-468; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), p. 435; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1737; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 529; SIREY, Jean Baptiste, *Il Codice Civile annotato di tutte le decisioni, e disposizioni interpretative, modificative, ed applicative sino all'anno corrente* (Napoli, Tipografia di Angelo Trani, 1827), pp. 287 (artículo 1303 del *Code Civil* francés) y 406 (artículos 1929 y 1934 del *Code Civil* francés).

¹⁷⁹ MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 447.

¹⁸⁰ ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, I, cit. (n. 44), § 46, p. 239; MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 446-447 y 470-471. MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), pp. 438-439, considera que la imposibilidad que afecta a la cosa dada en función restitutoria en virtud de un contrato con eficacia real, produce la extinción del derecho del acreedor, de lo que es posible concluir que en tal caso resulta imposible hablar de un elemento representativo que sustituya el goce de la misma.

¹⁸¹ La categoría de contrato real que el *Código Civil* chileno reconoce al comodato (artículo 2174), el mutuo (artículos 2196 y 2197), el depósito (artículos 2211 y 2212) y la prenda (artículos 2384 y 2386), no es compartida unánimemente por el derecho comparado. Así, por ejemplo, el *Code des obligations* de Suiza (1912) declara consensuales el comodato (artículo 305), el mutuo (artículo 312) y el depósito (artículo 472), y lo mismo ocurre con el *Código Civil Federal* de México (1928) (artículos 2497, 2384 y 2516). En el Derecho alemán, por su parte, la naturaleza real del contrato de comodato (§ 598 BGB.), de mutuo (§§ 607 y 610 BGB.) y de depósito (§ 688 BGB.) es discutida. Para ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Derecho de las obligaciones*, II: *Doctrina especial* (traducción de Blas Pérez González y José

que no exista la afectación de un derecho de crédito que se perpetúe en el elemento representativo. Mientras no se produzca la entrega de la cosa prestada o dada en depósito, el comodatario o el depositario ni siquiera tienen la calidad de tales, por lo que sólo después de ese momento la pérdida de la cosa podrá generar a su favor un elemento representativo cuya cesión pueda ser exigida¹⁸².

2. Obligaciones de hacer.

Se ha discutido, en cambio, la admisibilidad del *cr.* en las obligaciones de hacer. Para algunos autores, es dudoso que la figura se aplique a esta clase de obligaciones, sin abundar en mayores explicaciones que justifiquen tal improcedencia¹⁸³. Otros, en cambio, consideran que nada impide aceptar que en las obligaciones de hacer también existe un elemento representativo cuando la obligación se hace imposible de cumplir por el hecho de un tercero, en especial considerando que el criterio subyacente es el mismo (evitar el enriquecimiento injusto del deudor y proteger al acreedor) y el

Alguer, Buenos Aires, Publicaciones Jurídicas Bosch, 1948), § 137, p. 212 (comodato), § 139, p. 219 (mutuo) y § 166, p. 356 (depósito), los tres contratos señalados tienen el carácter de contratos reales, como ha sido la tradición histórica. En cambio, HEDEMANN, *Tratado*, III, cit. (n. 47), considera que sólo los contratos de mutuo (§ 40, pp. 341-344) y depósito (§ 52, p. 348) son reales, mientras que el de comodato se asimila a un arrendamiento de uso, sólo que caracterizado por su gratuidad (§ 37, pp. 329-330). Una postura más radical, en fin, es sostenida por LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 46, pp. 263-264 (comodato), § 47, pp. 272-276 (mutuo) y § 54, pp. 378-379 (depósito), y MEDICUS, *Tratado*, cit. (n. 47), I, § 92, p. 506 (comodato), § 93, pp. 509-510 (mutuo) y § 107, p. 580 (depósito), quienes consideran que los tres contratos mencionados son consensuales. Sobre la enumeración de los contratos reales, véase: OSUNA GÓMEZ, Francisco José, *Del contrato real y de la promesa de contrato real. Estudio doctrinario y de legislación comparada* (Santiago, Editorial Nascimento, 1947), núms 35-41, pp. 36-43 (derecho comparado) y núms. 42-47, pp. 43-46 (derecho chileno); y también las sugerentes reflexiones de ATRIA LEMAITRE, *Los contratos reales*, cit. (n. 157), pp. 31-36, a propósito de esta categoría contractual.

¹⁸² MADRIOLI, *Commodum representationis*, cit. (n. 10), p. 471.

¹⁸³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Commodum ex negotiatione*, en *Anuario de Derecho Civil* 60 (2007) 4, pp. 1601, 1604 y 1607 (indirectamente, en cuanto reduce la aplicación de la figura a las obligaciones de dar una cosa cierta y determinada); FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 87-88; JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), p. 329; LACRUZ - RIVERO, *Elementos*, II-1, cit. (n. 10), núm. 120, p. 188; MADRIOLI, *Commodum representationis*, cit. (n. 10), p. 472; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), p. 3508; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1737.

principio que rige es la regla *res perit debitori*¹⁸⁴, que impone al deudor el riesgo de pérdida de la prestación¹⁸⁵.

Sin embargo, es la propia determinación de la prestación en las obligaciones de hacer la que torna difícil el establecimiento de un residuo que pueda ser exigido por el acreedor, sin importar si se trata de obligaciones fungibles o no fungibles.

Respecto de las primeras, ellas tienen un tratamiento muy similar a las obligaciones genéricas, por lo que se debe concluir que, al igual que en ellas, el *cr. no resulta admisible*, dado que el acreedor puede satisfacer su interés por otros medios (artículo 1553 N° 2 CCCh.).

En aquellas obligaciones en las que el hecho debido supone la aptitud o talento del deudor (artículo 1572 CCCh.), es también la propia configuración de la prestación la que impide hablar propiamente de un elemento representativo. Nadie duda que el objeto de una obligación sea la prestación. Sin embargo, no se debe olvidar que en su caracterización cooperan dos factores: uno constante, como es el comportamiento del deudor, y otro contingente, como son las cosas, que pueden o no concurrir, según la clase de obligación de que se trate, sin que por eso se vea afectada la existencia de la prestación. En las obligaciones de hacer, el comportamiento prima sobre cualquier otra consideración, de suerte que la realización de la conducta debida es lo que satisface el interés del acreedor o, por lo menos, es lo que el deudor debe ejecutar para que así ocurra¹⁸⁶. De ahí, entonces, que en las obligaciones de hacer no fungibles se torne imposible sostener en propiedad la existencia de un elemento representativo, dado que la afectación de la esfera personal del deudor incidirá generalmente en el comportamiento esperado. Por eso, en esta clase de obligaciones existe una alta probabilidad de que la pretensión indemnizatoria que se reconoce al deudor se extienda no solamente a los daños patrimoniales, sino también a los extrapatrimoniales, respecto de los cuales la cesión se

¹⁸⁴ Por todos: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *La teoría de los riesgos*, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y de Comercio*, II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), pp. 55-57.

¹⁸⁵ CRISTÓBAL MONTES, *El “commodum repreaestationis”*, cit. (n. 5), p. 606; GIORGI, *Teoría*, VIII, cit. (n. 5), núm. 139, p. 208; ERDOZÁIN LOPEZ, *Artículo 1186*, cit. (n. 42), p. 1445; GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartado II, 2 y 4; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 525-526 (quien refiere la extensión dada al artículo 1259 del *Codice Civile* italiano por la *Relazione al re*, núm. 557 *in fine*); VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 5), p. 536, nota 118.

¹⁸⁶ MORENO QUESADA, Bernardo, *Problemática de las obligaciones de hacer*, en *Revista de Derecho Privado* 60 (1976), p. 479.

vuelve conceptualmente difícil¹⁸⁷. En estos casos, la imposibilidad de ceder la acción destinada a mitigar el daño moral, a diferencia de lo que ha ocurrido con su transmisión, no admite dudas en la literatura especializada, pues se entiende que no es posible desligar el crédito indemnizatorio de la lesión al bien de naturaleza extrapatrimonial que éste busca resarcir, el cual es por su propia naturaleza intransferible¹⁸⁸.

Por otra parte, si bien el *cr.* busca evitar el enriquecimiento del deudor, no se puede convertir a la vez en una fuente de enriquecimiento para el acreedor más allá de lo que éste puede legítimamente recibir en razón de su derecho de crédito¹⁸⁹. Es, por lo demás, el principio que consagra el propio *Código Civil*, que contempla ciertas normas en las que se establecen límites a la permanencia de la relación jurídica cuando existe una falta de conformidad entre lo prometido por el deudor y aquello con lo que efectivamente se cumple. El artículo 1832, por ejemplo, cuando regula los efectos de la disconformidad entre la cabida declarada y la cabida real, establece un límite para ejercer la facultad destinada a que se aumente o disminuya proporcionalmente el precio, que se fija, respectivamente, en una décima parte del precio de la cabida real o en una décima parte del precio de la cabida completa. Rebasado ese límite, el acreedor puede también, conjuntamente con la facultad ya mencionada, desistirse del contrato, con indemnización de perjuicios¹⁹⁰. Esto significa que, para el *Código*, no es indiferente el porcentaje de afectación de la prestación, de

¹⁸⁷ MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), p. 435.

¹⁸⁸ BIDART HERNÁNDEZ, José, *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985), núm. 19, pp. 109-110; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Por la intransmisibilidad de la acción de daño moral*, en VARAS BROWN, Juan Andrés - TURNER SAEZER, Susan (coordinadores), *Estudios de derecho civil* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006), pp. 623-624.

¹⁸⁹ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, pp. 158-159; CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. (n. 50), p. 514; FERNÁNDEZ AREVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 69, 75 y 78-79; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), p. 435; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 533-534, 538 y 540. Contra: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), pp. 1601-1602; GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartado I; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 20, pp. 305-306; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 465; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1737; VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, p. 108.

¹⁹⁰ MORALES MORENO, *Adaptación*, cit. (n. 35), p. 121, refiere que la supresión de este sistema especial en el nuevo derecho de contratos hace que esta disconformidad se deba solucionar a partir de las normas sobre incumplimiento contractual, vicios del consentimiento o restitución de provechos, que es precisamente lo que ocurre en el caso del *cr.*

suerte que, cuando él supera una décima parte, se permite también que el acreedor pueda ejercer la facultad resolutoria. Aplicado este principio al *cr.*, significa que el acreedor no puede pretender la cesión de una acción indemnizatoria que comprenda también el resarcimiento del daño moral, pues eso supone una extralimitación en el ejercicio de su derecho de crédito, que sólo se refiere a un hecho determinado prometido por el deudor y no a otros intereses extraprimariales.

Dado los inconvenientes recién mencionados, representados principalmente por la doble titularidad de la pretensión indemnizatoria, es preferible recurrir a la figura del daño por repercusión o rebote como medio de proteger el interés del acreedor¹⁹¹. Por tal se entiende el daño que nace a consecuencia del perjuicio provocado a una víctima inicial de un hecho ilícito, y que afecta a personas distintas del sujeto inmediatamente perjudicado¹⁹². Cuando se menciona a las posibles víctimas reflejas, se incluye a los acreedores del directamente perjudicado, quienes experimentan un daño a causa de la pérdida sufrida por su deudor, ya que la muerte o incapacidad de éste los priva de la posibilidad de ver realizada la acreencia para cuya satisfacción se ha tenido en cuenta la aptitud o talento de aquél¹⁹³. Sin embargo, a través de este expediente el problema se desplaza desde el *cr.* a la tutela aquiliana del crédito, sobre la que se volverá más adelante¹⁹⁴.

3. Obligaciones de no hacer.

El *cr.* es un remedio de difícil encaje en el sistema de protección del crédito ante el incumplimiento de una obligación de no hacer, por cuanto su procedencia estará supeditada a que existan acciones o derechos que correspondan al deudor contra terceros y que deriven de la realización de la omisión debida¹⁹⁵. Excepcionalmente, se ha dicho que es posible admitir la

¹⁹¹ MADRIOLI, *Commoodum repreaesentationis*, cit. (n. 10), p. 472.

¹⁹² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *El daño por repercusión o rebote*, en *Revista Chilena de Derecho* 26 (1999) 2, p. 369.

¹⁹³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad*, cit. (n. 88), II, núm. 383, p. 461; ELORRIAGA DE BONIS, *El daño*, cit. (n. 192), p. 384. BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núm. 226, pp. 346-347, considera discutible la existencia de un daño patrimonial reflejo respecto de los empleadores y socios, criterio que se puede extraer a los acreedores. BIDART HERNÁNDEZ, *Sujetos*, cit. (n. 188), núm. 20, p. 110, en fin, sólo niega que los acreedores puedan deducir la acción indemnizatoria como subrogados o sustitutos de la víctima.

¹⁹⁴ Quizás por eso autores como MORENO QUESADA, *Problemática*, cit. (n. 186), pp. 488-492, ni siquiera se plantean la existencia de la figura y prefieren hablar directamente de una tutela aquiliana del crédito.

¹⁹⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commoodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), pp. 1601, 1604 y 1607 (indirectamente, en cuanto reduce la aplicación de la figura a las

existencia del *cr.* en las obligaciones negativas cuando se ha contratado un seguro de crédito para asegurar que la omisión no se produzca¹⁹⁶, aunque en tal evento el beneficiario del seguro es directamente el acreedor y no existe propiamente un elemento representativo que deba ser cedido¹⁹⁷. Más clara sería la posibilidad de admitir la figura en aquellos casos en que la omisión se realiza por existir el peligro de un daño grave que, culpablemente, es ocasionado por un tercero¹⁹⁸. Respecto de esta última situación, se ha admitido la existencia de una responsabilidad limitada del deudor cuando el incumplimiento se ha producido por estado de necesidad¹⁹⁹, la que se puede trasladar al tercero autor de la situación de peligro.

VI. CASOS EN QUE SE PRESENTA EL “COMMODUM REPRAESENTATIONIS”

Como formulación de principio se puede decir que el *cr.* nace a consecuencia de cualquier hecho que causa la imposibilidad de la prestación y del cual el deudor podría obtener una indemnización o provecho derivado del que fue el objeto de la obligación²⁰⁰. Esta afirmación, empero, exige tres precisiones, referidas respectivamente al carácter que debe comportar la imposibilidad de la prestación (1), a la diferencia entre *commodum ex re* y *commodum ex negotiatione* (2) y a la situación especial de los legados (3).

1. El carácter que debe comportar la imposibilidad de la prestación.

El artículo 1677 CCCh. está situado dentro de las reglas que el *Código Civil* da sobre la pérdida de la cosa debida, entre las cuales existen tanto normas que se refieren a la función de perpetuación de la imposibilidad como normas que se ocupan de su efecto liberatorio. Por consiguiente, el

obligaciones de dar una cosa cierta y determinada); JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), p. 329; MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 472; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), p. 3508; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1737.

¹⁹⁶ FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, *La obligación negativa* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2001), p. 228. ERDOZÁN LÓPEZ, *Artículo 1186*, cit. (n. 42), p. 1445, y GIORGI, *Teoría*, VIII, cit. (n. 5), núm. 139, p. 208, en cambio, admiten sin reservas la procedencia del *cr.* en las obligaciones negativas.

¹⁹⁷ GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartado IV, 2, A).

¹⁹⁸ MORENO QUESADA *Problematika*, cit. (n. 186), p. 489, se refiere a esta figura respecto de las obligaciones de hacer y a propósito de la tutela aquiliana del crédito.

¹⁹⁹ BRIGUGLIO, Marcello, *El estado de necesidad en el derecho civil* (traducción de Manuel García Amigo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971), p. 32.

²⁰⁰ GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartado II.

primer paso en la determinación de los casos en que se puede presentar el *cr.* es aclarar si éste procede indistintamente tanto en la imposibilidad fortuita como en la imposibilidad culpable.

Respecto de la imposibilidad fortuita, parece no existir duda de la procedencia del *cr.* Para concluir así basta considerar conjuntamente los artículos 1677 y 1679 CCCh.: mientras el primero de ellos establece la facultad del acreedor para exigir la cesión del elemento representativo cuando la cosa debida se ha perdido por el hecho o culpa de un tercero, el segundo incluye dentro del hecho o culpa del deudor el de aquellos por quienes éste fuera responsable. De esta forma, además, se evita la incertidumbre sobre cuáles son en cada momento los derechos y deberes de los contratantes, y se considera los casos en que el acreedor preferirá mantener el contrato y pretender el *cr.* a cambio de la contraprestación que le incumbe²⁰¹.

En la imposibilidad culpable, por su parte, si bien la redacción de los artículos 1672 y 1677 CCCh. parece ser un obstáculo a la admisión del *cr.*²⁰², se podría perfectamente aceptar su procedencia teniendo en cuenta la ampliación de los remedios que se pondrían así a disposición del acreedor²⁰³. Con todo, de concluir de esta manera es necesario armonizar el *cr.* y la indemnización de perjuicios, como lo hace el § 285 (2) BGB, para que no se produzca un enriquecimiento injusto de parte del acreedor. Según explica Pantaleón²⁰⁴, la indemnización en este caso debería comprender el resarcimiento del íntegro interés del acreedor en el cumplimiento (interés positivo) menos el valor obtenido por el *cr.*

En fin, y pese a que el *Código Civil* sólo trata de la pérdida total de la cosa debida, no parece existir inconveniente en extender el *cr.* a los casos de

²⁰¹ LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 20, p. 307; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), pp. 1731-1732.

²⁰² FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), pp. 43-44, por ejemplo, explica que la figura tiene aplicación sólo ante una imposibilidad de la prestación que no pueda ser atribuida a culpa del deudor, esto es, cuando la diligencia que se puede exigir al deudor no comportaba la exigencia de haber previsto y evitado que la eventual intervención de un tercero produjera la pérdida de la cosa debida.

²⁰³ ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, I, cit. (n. 44), § 46, p. 241; HEDEMANN, *Tratado*, III, cit. (n. 47), § 20, p. 175; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 21, pp. 325 y 329; MEDICUS, *Tratado*, cit. (n. 47), I, § 33, p. 183; MOMMSEM, citado por MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 431; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), pp. 3508-3509; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), pp. 1736-1737. Contra, restringiendo la aplicación de la figura únicamente a los casos de pérdida definitiva y fortuita: CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos (y II)*, cit. (n. 44), pp. 143-144; JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), pp. 329 y 333.

²⁰⁴ PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), p. 3509.

pérdida parcial²⁰⁵, pues en ellos también es posible concebir un elemento representativo susceptible de ser cedido por el deudor.

2. “*Commodum ex re*” y “*commodum ex negotiatione*”.

Esta distinción, que encuentra su origen en un texto de Paulo (*Paulus 16 quaestione*) recogido en Dig. 18, 4, 21, referido al *lucrum ex re* y al *lucrum ex negotiatione*, separa el *cr.* según la fuente de la cual emana el elemento representativo.

a) El *commodum ex re* comprende todas aquellas prestaciones que subrogan realmente la cosa originalmente debida²⁰⁶.

Cumplen esta función, ante todo, los derechos y acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa ha perecido la cosa²⁰⁷. Esta cesión comprenderá tanto la entrega de la indemnización que el deudor ya ha recibido de un tercero como la de la pretensión indemnizatoria aún no ejercida. Por supuesto, los gastos que suponga el ejercicio de dichas acciones o derechos serán de cargo del acreedor²⁰⁸. Con todo, por lo ya dicho, se debe entender que las acciones y derechos en los que puede suceder el acreedor son sólo aquellos que se refieren a los daños intrínsecos (daños *propter rem ipsam habitant*), es decir, aquellos que recaen sobre la cosa misma que es objeto de la prestación²⁰⁹. La propia función del *cr.*, destinada a evitar un enriquecimiento injusto del deudor derivado de la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable a un tercero, impide que la cesión pueda comprender también la acción indemnizatoria respecto de los daños extrínsecos (daños *extra rem*). Esto significa que el deudor, aun cuando ceda al acreedor la acción indemnizatoria por el daño intrínseco, seguirá conservando la acción para dirigirse contra los terceros por cuyo hecho o

²⁰⁵ GIORGI, *Teoría*, VIII, cit. (n. 5), núm. 139, pp. 208-209.

²⁰⁶ CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos (y II)*, cit. (n. 44), p. 143; MADRILLO, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 438-440 y 462.

²⁰⁷ En el Derecho español, la procedencia del *cr.* en estos casos no es unánimemente admitida en la literatura. Por su aceptación: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), p. 1608; FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), pp. 45-46; JORDANO FRAGA, ¿*Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), pp. 330-331; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas - ALGUER, José, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española*, en ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Derecho de las obligaciones*, I: *Doctrina general* (traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Buenos Aires, Publicaciones Jurídicas Bosch, 1948), p. 243. Por su rechazo: FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 81-82, 84 y 97-98; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), p. 1022, nota 8.

²⁰⁸ POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 670 (p. 421).

²⁰⁹ CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. (n. 50), p. 514; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 538-540.

culpa se ha perdido la cosa en lo que se refiere a la indemnización de los daños extrínsecos, esto es, aquellos perjuicios que la pérdida ocasiona en otros bienes distintos de la prestación en sí considerada.

También se incluyen en el *commodum ex re* aquellas acciones “*en que se traduce procesalmente el dominio*”, que pueden ser ejercidas en algunos casos de pérdida para instar por la recuperación de la cosa debida²¹⁰; y las acciones penales, porque en ellas, no obstante su carácter de acciones públicas (artículo 53 CPP.), la cesión permite atribuir al acreedor el carácter de interesado y perjudicado (artículo 108 CPP.)²¹¹. En fin, se consideran pertenecientes a esta categoría las acciones que tiene el deudor contra el tercero que se había comprometido a hacer la entrega o transferencia de la cosa debida por él (pretensión de cumplimiento, facultad resolutoria y pretensión indemnizatoria), para que así se pueda cumplir la obligación que se ve afectada por la imposibilidad²¹².

La única limitación en ambos casos es que se trate de acciones que ingresan al patrimonio del deudor como consecuencia de la pérdida misma, excluyendo de esta forma aquellas que el deudor tenga al momento de nacer la obligación que se torna imposible²¹³. Con todo, estas prestaciones no quedan claramente comprendidas en el texto del artículo 1677 CCCh., dado que ya desde la redacción adoptada por el “Proyecto de 1853” (“*los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa*”) se observa un estrechamiento de la hipótesis de la figura en relación al artículo equivalente en el “Proyecto de 1842” (“*los derechos o acciones que competan al deudor por la pérdida de la cosa*”), el que circscribe el elemento representativo, en principio, a la acción derivada de la responsabilidad extracontractual del tercero que ha causado la pérdida de la cosa debida.

El *commodum ex re* incluye, además, la indemnización pagada por la expropiación de la cosa debida (artículo 20 inciso 5º del Decreto Ley N° 2186, de 1978)²¹⁴ o por la compañía de seguros en razón de su pérdida

²¹⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), p. 45; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios*, cit. (n. 48), VIII, p. 333.

²¹¹ GIORGI, *Teoría*, VIII, cit. (n. 5), núm. 139, p. 209; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios*, cit. (n. 48), VIII, p. 334.

²¹² FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), p. 45; MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 461.

²¹³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commoodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), p. 1608; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 659.

²¹⁴ Propiamente hablando, esta indemnización cumple una función distinta que la asignada a la indemnización de daños en la responsabilidad civil (véase, sobre estas funciones, más arriba, la nota 31). Se trata, en realidad, de una indemnización por

(artículos 517 y 555 C. de C.)^{215/216}. También se ha dicho que pertenece a esta categoría la suma de dinero por la que se aparta o compensa a uno de los comuneros en una partición²¹⁷ y el producto obtenido por el vendedor de un crédito, cuando en vez de cederlo lo cobra personalmente²¹⁸.

b) El *commodum ex negotiatione*, por su parte, tiene lugar cuando el deudor enajena a un tercero la cosa debida, y se reconoce al acreedor la posibilidad de exigir de aquél la cesión de la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo que éste ya ha cumplido²¹⁹. Esta alternativa

sacrificio, que son compensaciones que se atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de sus derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares de tales derechos. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños* (Madrid, Editorial Civitas, 1999), pp. 56-57; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 443-444.

²¹⁵ El artículo 553 C. de C. contempla la subrogación legal que opera a favor del asegurador respecto de los derechos y acciones que tuviera el asegurado contra terceros, en razón del siniestro, y que opera por el solo hecho de pagarse la indemnización. Además, la norma hace responsable al asegurado por todos los actos u omisiones que puedan perjudicar el ejercicio de las acciones traspasadas por subrogación.

²¹⁶ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB*, en *Anuario de Derecho Civil* 55 (2002) 3, p. 1176; BARROS ERRÁZURIZ, *Curso*, cit. (n. 5), p. 156; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 659; ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, I, cit. (n. 44), § 46, pp. 237-238; ERDOZÁIN LÓPEZ, *Artículo 1186*, cit. (n. 42), p. 1445; FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 86 y 90-97; FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), p. 45; GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit. (n. 5), III, p. 176; GIORGI, *Teoría*, VIII, cit. (n. 5), núm. 139, p. 209; GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartados II y IV; JORDANO FRAGA, ¿*Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), pp. 330 y 333; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 20, p. 305; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 440-441, 443-444 y 448-451; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios*, cit. (n. 48), VIII, p. 334; MEDICUS, *Tratado*, cit. (n. 47) I, § 33, p. 182; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), p. 435; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), p. 1022, nota 8; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), p. 3509; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 528-530; POTIER, *Tratado de las obligaciones*, cit. (n. 18), § 670 (p. 421); VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, pp. 108-109.

²¹⁷ ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, I, cit. (n. 44), § 46, p. 238.

²¹⁸ VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, p. 109.

²¹⁹ Aceptan la figura: ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, I, cit. (n. 44), § 46, p. 238; ERDOZÁIN LÓPEZ, *Artículo 1186*, cit. (n. 42), p. 1445; HEDEMANN, *Tratado*, III, cit. (n. 47), § 20, p. 172; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 20, p. 305; MEDICUS, *Tratado*, cit. (n. 47), I, § 33, p. 182; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), p. 1022; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), p. 3509; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1737; VON TUHR,

será especialmente interesante para el acreedor cuando de esta forma pueda obtener una suma mayor que la que conseguiría como indemnización de perjuicios en sede contractual. Así ocurre cuando la contraprestación del tercero tiene un valor superior al precio de mercado de la cosa debida, y cabía razonablemente prever que, de haber sido ésta oportunamente entregada por el deudor, el acreedor hubiera logrado celebrar con un tercero un contrato tan ventajoso como el que ha celebrado después el deudor²²⁰. El *commodum ex negotiatione* se extiende también a las rentas, cánones o mercedes que provengan de la cosa debida y que el deudor ha dado en arriendo o sobre la que ha constituido censo o enfiteusis²²¹. Von Tuhr (1864-1925)²²² agrega dentro de los casos de *commodum ex negotiatione* el precio de la cosa debida que es destruida por un hecho voluntario del deudor, que ignoraba inculpablemente la existencia de la obligación (artículo 1678 CCCh.). En este caso, el deudor queda obligado a restituir, en vez de la prestación, aquello con lo que se ha enriquecido, esto es, la utilidad que la destrucción de la cosa le ha reportado, que el *Código Civil* avalúa objetivamente en el precio de la misma.

Para Díez-Picazo²²³, por el contrario, el *commodum ex negotiatione*, al suponer una enajenación voluntaria de la cosa debida, no puede ser equiparado a la pérdida imputable al hecho de un tercero, que es el supuesto para ejercer el *commodum ex re*. Dos son, a su juicio, las razones que permiten concluir de este modo. Ante todo, porque sólo cuando la imposibilidad de prestar es efectiva, de acuerdo a los parámetros dados *supra*, IV, 1, b), es posible hablar de un verdadero elemento representativo que subrogue a la prestación originalmente debida por el deudor²²⁴. En el *commodum ex negotiatione*, en cambio, la imposibilidad se produce por la negociación incompatible del deudor, que reemplaza en su patrimonio aquella cosa que constituye la prestación debida al primer acreedor por la prestación

Tratado, cit. (n. 5), II, § 70, pp. 108-109. Véase, además, los trabajos citados más abajo, en la nota 386. Contra: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), pp. 1601-1617; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 440-443 y 452-460 (aunque en pp. 459-460 señala que existe un principio general subyacente en diversas normas del *Codice Civile* italiano de 1865, que permite concluir que el precio pagado por la enajenación de la cosa subroga a ésta, idea que finalmente no es más que una aplicación del artículo 1299, equivalente al artículo 1677 CCCh.).

²²⁰ PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), p. 1022.

²²¹ GIORGI, *Teoría*, VIII, cit. (n. 5), núm. 139, p. 209.

²²² VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, p. 109, nota 1.

²²³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), p. 1608.

²²⁴ MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 443.

que recibe a cambio de la misma en virtud de un segundo contrato. En segundo lugar, porque la distinción *ex re* y *ex negotiatione* se refiere a una cuestión diversa de la que se ocupa el *cr.* Dicha distinción ataúne, en efecto, al *commodum accessionis*, por el cual se entienden pertenecer al acreedor todas aquellas cosas que acceden a la cosa en razón de su naturaleza (artículo 643 CCCh.); como el precio no puede ser considerado una ventaja accesoria de una cosa, aunque pueda representar su valor de cambio, tampoco puede entenderse incorporado en aquello que accede a la misma²²⁵.

Por tales razones, la cuestión se debe resolver a partir de las reglas del incumplimiento contractual y del sistema de remedios contemplado por la ley para superar este estado de insatisfacción del interés del acreedor. De este modo, el problema subyacente consiste en determinar si el *Código Civil* permite unir al incumplimiento contractual, además de los remedios típicos (pretensión de cumplimiento, indemnización de perjuicios, resolución del contrato, reducción del precio y excepción de contrato no cumplido), otras acciones distintas. Dicho en otros términos, se trata de determinar si existe alguna base que permita compatibilizar las acciones indemnizatorias con las acciones de restitución del valor de lo obtenido, cuya naturaleza es la de una acción de enriquecimiento injusto²²⁶. Para solucionar este problema, continúa Díez-Picazo, no es procedente la aplicación directa del artículo 1186 del *Código Civil* español (equivalente al artículo 1677 CCCh.), sino que se debe recurrir, sin que de ello se pueda extraer una conclusión con pretensiones de validez general, a la *conductio* de intromisión. Esta particular forma de pretensión de enriquecimiento, que es entendida como un complemento de la acción reivindicatoria y de la acción de indemnización de perjuicios, supone que una persona haya recibido valores patrimoniales que no le corresponden y que han sido obtenidos mediante una invasión indebida en bienes ajenos protegidos por un derecho de carácter absoluto²²⁷. Tratándose del *commodum ex negotiatione*, la pretensión de enriquecimiento se fundaría en que la lesión de un derecho de crédito ha constituido la ocasión u oportunidad para que se produzca una intromisión en un derecho ajeno, sea que se afecte su goce, disfrute o disposición²²⁸.

²²⁵ MADRIOLI, *Commodum representationis*, cit. (n. 10), p. 443.

²²⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), p. 1608.

²²⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, I, cit. (n. 108), p. 125.

²²⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), p. 1617. CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos (y II)*, cit. (n. 44), p. 144, también niega que el *commodum ex negotiatione* pueda ser aplicado utilizando como base dogmática el artículo 1186 del *Código Civil* español.

A guisa de ejemplo, el artículo 2231 CCCh. contempla un caso en que se permite al acreedor exigir la restitución de los beneficios obtenidos a consecuencia de la enajenación de la cosa debida²²⁹. Según esta norma, si los herederos del depositario, no teniendo noticias de la existencia del contrato, han vendido la cosa depositada, el depositante (no queriendo o no pudiendo hacer uso de la acción reivindicatoria o siendo ésta ineficaz) podrá exigirles que le restituyan lo que hayan recibido por dicha cosa, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan²³⁰.

Con todo, el caso paradigmático que da lugar al *commodum ex negotiatione* es la venta por segunda vez de una cosa que todavía no ha sido entregada al primer comprador²³¹, conflicto que el *Código Civil* soluciona mediante una regla de inversión del riesgo: éste corresponde al deudor desde que se ha comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas (artículo 1550). Luego, el artículo 1817 establece un criterio de prelación para determinar cuál de los compradores tendrá derecho al cumplimiento en especie y quién a un cumplimiento por equivalente. Así, el problema se termina finalmente resolviendo de acuerdo a las reglas y remedios que conforman el sistema de responsabilidad contractual²³².

3. La situación especial de los legados.

Los legados presentan algunas particularidades respecto del régimen recién descrito. Para determinar la forma en que el legatario adquiere la propiedad del bien legado, usualmente se distingue entre legados de especie o cuerpo cierto y legados de género: mientras en los primeros, se dice, el legatario adquiere el legado directamente del testador por sucesión por causa de muerte, en los segundos es necesario que los herederos o quienes estén obligados a su pago efectúen la tradición de un número determinado de individuos del género debido, pues los legatarios sólo adquieren un crédito contra la sucesión (artículo 1437 CCCh.)²³³.

²²⁹ Sobre el artículo 1851 del *Codice Civile* italiano de 1865 (equivalente al artículo 2231 CCCh.) y sus antecedentes históricos, véase: MADRIOLI, *Commoodum representationis*, cit. (n. 10), pp. 453-458 y 471.

²³⁰ También aplican la idea de subrogación real del precio recibido por la enajenación respecto de la cosa debida, los artículos 898, 1267, 2187 inciso 1º y 2302 CCCh. Cfr. MADRIOLI, *Commoodum representationis*, cit. (n. 10), pp. 458-459 y 471.

²³¹ Por todos: CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos (y II)*, cit. (n. 44), p. 144.

²³² MADRIOLI, *Commoodum representationis*, cit. (n. 10), p. 452.

²³³ Por todos: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial

Asumida esta estructura de adquisición de los legados, se concluye que los riesgos operan de forma distinta en cada una de las clases de legados antes mencionadas, ya que en la primera el legatario se ha hecho dueño de la especie legada desde que ha aceptado la asignación (y por retroacción, desde que ésta ha sido deferida) y en la segunda solamente es el titular de un crédito a partir de tal momento. Se concluye, entonces, que en los legados de especie o cuerpo cierto, dado que el legatario adquiere la cosa directamente del causante y por el modo de adquirir sucesión por muerte, el riesgo le corresponde directamente a él desde que la asignación le es deferida (artículos 956, 1135 y 1338 regla 1^a CCCh.). Así es como se explica la existencia de una regla como la contendida en el inciso 1º del artículo 1135 CCCh., según la cual: “*Por la destrucción de la especie legada se extingue la obligación de pagar el legado*”²³⁴, sólo referida a los legados de especie o cuerpo cierto²³⁵.

Se ha dicho, con todo, que el inciso 1º del artículo 1135 CCCh. emplea impropriamente el giro “*pagar el legado*”, pues lo que hay propiamente detrás del efecto asignado a la destrucción de la especie legada es la extinción del legado en cuanto asignación testamentaria, y no solamente de la obligación de pagarlo²³⁶. Sin embargo, la cabal comprensión de esta norma y su relación con el *cr.* exige algunas explicaciones.

Ante todo, se debe corregir la matriz disciplinar utilizada para exponer esta parte del derecho sucesorio. Habitualmente, como ya ha quedado dicho, la *summa divisio* de los legados se hace a partir de su objeto, para distinguir entre legados de especie o cuerpo cierto y legados de género²³⁷.

LexisNexis, 2005), núm. 369, p. 313 y núm. 370, p. 314.

²³⁴Véase, para la continuidad histórica de esta regla: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, XV: *De la sucesión por causa de muerte (III)* (Santiago, Editorial Nascimento, 1942), núm. 1132, pp. 110-111.

²³⁵CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XV, cit. (n. 234), núm. 1131, p. 110; ELORRIAGA DE BONIS, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 233), núm. 398, pp. 336-337; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos* (8^a edición actualizada por Pedro Pablo Vergara, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), núm. 264, p. 204; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de derecho sucesorio* (3^a edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), I, p. 243.

²³⁶GUZMÁN BRITO, *Destrucción*, cit. (n. 145), p. 289.

²³⁷Esta división es fruto de la generalización de una distinción existente en el Derecho romano, que ha sido trasladada a la explicación de la disciplina de los legados en el *Código Civil*, sin que ésta sea exactamente coincidente con dicha fuente. En efecto, en el Derecho romano, la adquisición directa de la especie legada por parte del legatario era sostenida por los sabinianos para los legados vindicatorios, aptos para legar especies en dominio y constituir derechos reales, en ambos casos con eficacia real. En los legados damnatorios, en cambio, dicha adquisición, si bien con iguales

Sin embargo, una lectura más atenta del sistema del *Código Civil* lleva a concluir que esta estricta clasificación no satisface todos los casos que se pueden presentar²³⁸. Así, por ejemplo, el *Código* contempla casos en los que un legado de especie sólo produce efectos obligacionales, como ocurre cuando el testador ordena que se adquiera una especie ajena para darla a alguna persona o para emplearla en algún objeto de beneficencia (artículo 1106 CCCh.), o cuando se lega una cosa que no es del testador o del asignatario a quien se impone la obligación de darla (artículo 1107 CCCh.). Enseguida, tampoco existe impedimento para que el testador quiera que cierta especie suya no pase directamente a la persona a quien desea favorecer con el legado, sino por intermedio de su heredero, que queda obligado a hacer su tradición en cierto momento posterior a la muerte de aquél. Existen, en fin, legados de condonación de deuda, cuya eficacia liberatoria depende de la extinción *ipso iure y recta via* de la deuda del legatario. Considerando estos casos, es perfectamente posible que un legado de especie produzca efectos puramente obligacionales, lo que demuestra la insuficiencia de la matriz tradicional.

Por otra parte, la función que intenta cumplir el inciso 3º del artículo 951 CCCh. al definir el legado por su objeto, sea éste una especie o cuerpo cierto, sea un género, no es atribuir a cada tipo de legado así definido unos determinados efectos, sino diferenciar el legado de la herencia, dado que esta última que sólo puede recaer sobre una universalidad (“*todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles*”) o sobre una cuota de ella (artículo 951 inciso 2º CCCh.). Ésa es la razón suficiente de la distinción, como por lo demás lo explicó el propio Bello en una nota adosada al artículo 2º del título 1º del libro *De la sucesión por causa de muerte*, perteneciente al “Proyecto de 1841-1845”. A través de la atención prestada al objeto del legado, el legislador quiso dejar establecido que la diferencia entre la herencia y los legados residía en el objeto sobre el que cada una de estas clases de asignaciones recaída, universal uno y singular los otros, debiendo atenderse a la naturaleza de la disposición antes que a las palabras empleadas por el testador para designar cada una de ellas²³⁹.

Atendida estas razones, es posible tipologizar los legados desde sus efectos, distinguiendo así entre legados: i) de efecto real; ii) de efecto

efectos, sólo daba nacimiento a un crédito a favor del legatario, dado que su aptitud se limitaba a la posibilidad de legar géneros. Cfr. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, cit. (n. 104), II, § 273, pp. 713-718.

²³⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La tipología de los legados en el derecho civil chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 27 (2006), pp. 53-54.

²³⁹ GUZMÁN BRITO, *La tipología*, cit. (n. 238), pp. 54-56.

obligacional; iii) de efecto extintivo de derechos reales; y iv) de efectos extintivos de derechos personales o liberatorios²⁴⁰. De ellos sólo interesan, para efectos de determinar la procedencia del *cr.*, los dos primeros.

a) Legado de efecto real es aquel que atribuye inmediatamente al legatario: i) el dominio de una cosa corporal del testador; o ii) la titularidad de un derecho real suyo y transmisible ya existente; o iii) la titularidad de un derecho, pero constituido por el legado mismo en cosa del testador; o iv) la titularidad de un crédito preexistente de éste. De este modo, el legatario se hace dueño de la cosa o titular del derecho real legado y, en ambos casos, dispone de la correspondiente acción real; o bien se hace titular del crédito legado, y dispone de la respectiva acción personal para exigir su cumplimiento²⁴¹.

Admitido este supuesto, se debe determinar la real operatividad de la regla de distribución del riesgo contenida en el inciso 1º del artículo 1135 CCCh. respecto de esta clase de legados, y para ello es menester atender a la época en la que sobreviene la destrucción de la especie legada. Ella puede acaecer en tres épocas distintas, a saber²⁴²: i) entre el otorgamiento del testamento que contiene el legado y el momento en que la asignación se defiere; ii) desde este último hecho y hasta que el legado es aceptado por el legatario; y iii) después de su aceptación. Durante la primera época, “*la obligación de pagar el legado*” no existe, puesto que las asignaciones testamentarias sólo se reputan tales después de la muerte del testador, que fija irrevocablemente la disposición de sus bienes para la posteridad (artículos 956 y 999 CCCh.). Durante la segunda época, “*la obligación de pagar el legado*” está en suspenso; y durante la tercera, dicha obligación puede ya haberse perfeccionado o seguir aún en suspenso, pues la aceptación de la asignación y su efectivo cumplimiento no son necesariamente sucesos coincidentes.

Una vez presentada esta cronología de los legados de efecto real, se han de tratar los efectos de la pérdida de la cosa legada en cada uno de los momentos identificados. A este respecto, conviene tener presente que de acuerdo al artículo 1259 CCCh., los efectos de la aceptación o repudiación de un legado de efecto real se retrotraen al momento en que éste ha sido deferido, por lo cual, si se ha aceptado el legado, la destrucción de la cosa acaecida durante el segundo momento se considera ocurrida siempre durante el tercero. Por eso, se ha considerado que la hipótesis del inciso 1º del artículo 1135 CCCh. sólo puede estar referida a la primera época,

²⁴⁰ GUZMÁN BRITO, *La tipología*, cit. (n. 238), p. 56.

²⁴¹ GUZMÁN BRITO, *La tipología*, cit. (n. 238), p. 57.

²⁴² GUZMÁN BRITO, *Destrucción*, cit. (n. 145), p. 289, nota 24.

con cual el efecto que produce el perecimiento de la cosa es extinguir, en realidad, el legado mismo y no la "obligación de pagarla", que no es más que una consecuencia de que éste exista²⁴³.

No hay duda de que la conclusión anterior es cierta respecto de la primera época, pues el legado, como ha quedado dicho, no es más que una acto de disposición de sus bienes que hace el causante y que producirá sus efectos después de su muerte. Por tal razón, si en vida del testador se produce la destrucción de la especie incluida en el legado, o si se altera sustancialmente la cosa legada mueble (artículo 1135 inciso 4º CCCh.), hay un indicio claro de que el testador o no puede disponer de una cosa porque ésta simplemente ya no existe²⁴⁴, o ha decidido darle a la misma un uso distinto, como cuando de la lana que posee confecciona telas, debiendo prevalecer esta última voluntad del testador claramente manifestada (artículo 1069 CCCh.)²⁴⁵. La misma idea subyace en el inciso 2º del artículo 1135 CCCh., que asigna efecto revocatorio del legado a la enajenación, total o parcial, por acto entre vivos, de la especie legada, y aun cuando ésta vuelva después al patrimonio del causante. Así, si la destrucción se debe a la culpa o hecho de un tercero, la acción indemnizatoria corresponde al testador o a sus herederos; no hay, pues, derecho a exigir por parte del legatario la cesión del *cr.*²⁴⁶. Por el contrario, si durante esta primera época la cosa se ha deteriorado sin que ello signifique su destrucción funcional, el legado subsiste y la cosa debe ser entregada ("se debe") en el estado en que se encuentre, comprendiendo los utensilios necesarios para su uso y que existieran con ella (artículo 1118 CCCh.).

El problema que aquí interesa se refiere al efecto de la pérdida en la segunda y tercera de las épocas señaladas, esto es, desde que el legado ha sido deferido y hasta que es aceptado por el legatario, y desde este último momento, cuando está aún pendiente la entrega material de la especie

²⁴³ ELORRIAGA DE BONIS, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 233), núm. 398, pp. 336-337 (implícitamente); GUZMÁN BRITO, *Destrucción*, cit. (n. 145), p. 289, nota 24.

²⁴⁴ ELORRIAGA DE BONIS, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 233), núm. 398, p. 336, considera que también hay extinción del legado cuando en la primera época la especie legada es expropiada o se ha realizado su venta forzada, pero admite que la cuestión es debatida (véase nota 501 y el autor ahí citado). Véase, respecto de la venta forzada: DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón - DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990), I, núms 657 y 657.1, pp. 507-508; RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones*, cit. (n. 235), I, pp. 242-243.

²⁴⁵ CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XV, cit. (n. 234), núms. 1133-1134, pp. 111-112.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones*, cit. (n. 235), I, p. 242.

legada. Alejandro Guzmán²⁴⁷ considera que en ninguno de estos dos momentos hay aplicación de la regla del inciso 1º del artículo 1135 CCCh., porque el perecimiento de la cosa legada afecta siempre a su dueño y no a un acreedor. Para otros autores²⁴⁸, en cambio, es necesario distinguir la causa de la pérdida para determinar el efecto que de ella se sigue sobre el legado. Si la pérdida fue fortuita, “*la obligación de pagar el legado*” se extingue, debiendo soportar el legatario el riesgo de dicha pérdida, por ser él el dueño de la especie legada. Si, por el contrario, la pérdida se ha debido al hecho o culpa de los herederos o de las demás personas obligadas a su pago, se ha dicho que la obligación de pagar el legado no se extingue, sino que varía de objeto, pues éstos están obligados a indemnizar los perjuicios al legatario²⁴⁹.

Para solucionar adecuadamente esta última cuestión, sin embargo, parece necesario recurrir a tres elementos, como son el momento en que se produce la adquisición de un legado de efecto real, la regla de atribución legal del riesgo que existe a su respecto y el sentido que se debe dar a la expresión “*la obligación de pagar el legado*” empleada por el inciso 1º del artículo 1135 CCCh.

Los dos últimos elementos mencionados están estrechamente relacionados con la solución que se dé sobre el primero. Por eso, nuestra tarea debe comenzar por determinar el momento en el que se produce la adquisición de la especie o cuerpo cierto en los legados de efecto real²⁵⁰. El *Código Civil* señala que el legatario puede aceptar o repudiar libremente la asignación que se le ha deferido (artículo 1225), y que desde ese momento los efectos de la aceptación o repudiación se retrotraen a la época en que dicha asignación fue deferida (artículo 1239). De esta manera, cuando un legatario de especie acepta un legado de eficacia real, por retroacción se le considera dueño de la especie desde el día de su delación, esto es, desde el día de la muerte del testador, a menos que la asignación haya sido

²⁴⁷ GUZMÁN BRITO, *Destrucción*, cit. (n. 145), p. 289, nota 24.

²⁴⁸ CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XV, cit. (n. 234), núm. 1131, p. 110; ELORRIAGA DE BONIS, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 233), núm. 398, p. 337; RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones*, cit. (n. 235), I, p. 242.

²⁴⁹ CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XV, cit. (n. 234), núm. 1131, p. 110; ELORRIAGA DE BONIS, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 233), núm. 398, p. 337.

²⁵⁰ Para lo que sigue, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Problemas dogmáticos que ofrece el régimen de la adquisición del legado de especie en el Código Civil*, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios de derecho privado. Libro de homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), pp. 507-514.

dispuesta bajo condición suspensiva (artículo 956 CCCh.)²⁵¹. Si, por el contrario, el legatario repudia la asignación, se entiende que la especie nunca le fue legada.

Pues bien, de la opción que ofrece al legatario el artículo 1225 CCCh., de poder tanto aceptar como repudiar el legado (el llamado *ius delationis*), y del efecto retroactivo conferido a la aceptación en el artículo 1239 CCCh., se puede concluir que el derecho chileno ha optado por la solución romana de los proculeyanos en lo que atañe a la transferencia de la propiedad de la especie legada. Para éstos, la especie legada no pertenece a nadie durante la época anterior y posterior a la adición del legado (hoy, a la delación del legado). Cuando el legatario acepta la asignación, se hace dueño de la especie con efecto retroactivo al día de la adición de la herencia (hoy, al día de la delación del legado). Si, en cambio, el legatario decide repudiar la asignación, es el heredero quien se hace dueño de la especie legada, también con efecto retroactivo al día de su propia adición (hoy, al día de la delación de la herencia). Sólo en una estructura de adquisición como la expuesta tiene sentido conferir al legatario tanto la facultad de aceptar como de repudiar, pues si la adquisición fuera automática, sin una manifestación de su voluntad enderezada a la aceptación de la asignación, la ley únicamente debería ocuparse de contemplar y regular los efectos de la repudiación, que sería nada más que un acto de disposición hecho por quien ya es dueño.

De acuerdo a las tres épocas que antes se han distinguido a propósito de la pérdida de la especie legada, puede ofrecerse el siguiente resumen: i) entre el otorgamiento del testamento que contiene el legado y el momento en que la asignación se defiere, la propiedad de la especie pertenece a su dueño, el testador; ii) desde este último hecho y hasta que el legado es aceptado por el legatario, la especie no pertenece a nadie; y iii) después de su aceptación, y con carácter retroactivo desde que la asignación ha sido deferida, la propiedad de la especie legada pertenece al legatario.

Determinado ya a quién corresponde la propiedad de la cosa legada, es necesario establecer cuál es la regla de atribución legal del riesgo en materia de legados de especie con eficacia real. Por lo dicho, no existe duda que ellos corresponden al legatario desde que se le ha deferido la asignación,

²⁵¹ Según explica GUZMÁN BRITO, *Problemas dogmáticos*, cit. (n. 250), pp. 514-519, en el legado de especie sujeto a condición suspensiva, la adquisición de la cosa se produce sólo con la aceptación del legatario (que entretanto adopta, por vía refleja, la calidad de fideicomisario) y, por retroacción, esa adquisición se entiende producida desde el cumplimiento de la condición. Por consiguiente, desde la muerte del testador y hasta la aceptación del legado, la especie pertenece al heredero, si bien fiduciariamente.

que es el momento en que (por retroacción) se opera la transferencia de la propiedad de la especie legada desde el causante al legatario por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte (artículo 588 CCCh.)²⁵². Por consiguiente, los deterioros que se causen a la especie legada por culpa de los herederos o de los otros obligados al pago del legado, o por terceros, posteriores a la muerte del testador, serán de responsabilidad del autor de esos deterioros, y contra él deberá dirigir el legatario la correspondiente acción indemnizatoria en sede aquiliana²⁵³, siendo condición de ejercicio de dicha acción la previa aceptación de su asignación. Al contrario de lo que se ha sostenido²⁵⁴, es un error considerar que el inciso 1º del artículo 1135 CCCh. no hace más que aplicar la regla general del artículo 1550, sobre el riesgo en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto. Esta norma parte de un supuesto distinto: que el acreedor no sea dueño de la cosa; y se explica como una carga del acreedor que busca incentivar que éste exija cuanto antes la tradición de la cosa debida²⁵⁵. El inciso 1º del artículo 1135 CCCh., en cambio, supone que el legatario ya es dueño de la cosa legada y, como lo es, soporta el riesgo de la misma. Es, pues, una aplicación de la regla *res perit domino* y no de la regla *res perit creditor*, que es a la que recurre el artículo 1550 CCCh. Si el legatario todavía no es dueño de la cosa, porque no ha mediado su aceptación, es indudable que los riesgos son soportados por los herederos, quienes no podrán adquirir la especie legada después que la asignación ha sido repudiada por el legatario por haber desaparecido la misma.

En lo que se refiere al sentido de la expresión “*la obligación de pagar el legado*” empleada por el inciso 1º del artículo 1135 CCCh., parece existir, empero, algún sesgo de distorsión en las lecturas que tradicionalmente se ofrecen. Habitualmente, se dice que el legatario de efectos reales está amparado por la acción reivindicatoria para obtener la entrega de su legado

²⁵² SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho sucesorio* (versión de René Abeliuk Manasevich, 6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), I, núm. 360, p. 284 y núm. 362, p. 285; DOMÍNGUEZ - DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 244), I, núm. 89, p. 98; ELORRIAGA DE BONIS, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 233), núm. 369, p. 313; RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones*, cit. (n. 235), I, p. 242.

²⁵³ DOMÍNGUEZ - DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 244), II, núm. 832, p. 168.

²⁵⁴ RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones*, cit. (n. 235), I, p. 236. Parece ser también la conclusión de SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 252), I, núm. 378, p. 299, quien, comentando el inciso primero del artículo 1135 CCCh., señala: “Este modo de extinguirse el legado es aplicación de los principios generales sobre extinción de las obligaciones en caso de imposibilidad en su ejecución, por pérdida de la cosa debida”.

²⁵⁵ Véase más abajo, VII, y nota 280.

de quien corresponda²⁵⁶. Esta afirmación es cierta en la medida que se cumplan los requisitos propios de esta acción, concretamente que quien detente actualmente la especie legada sea tenido por poseedor de la misma (artículos 889 y 895 CCCh.). Los herederos no pueden ser considerados, en principio, como poseedores legales de la especie legada (artículos 688 y 722 CCCh.)²⁵⁷, porque la herencia es un complejo patrimonial que se forma luego de la muerte del causante y que incluye los bienes cuyo destino no ha quedado irrevocablemente fijado con dicha muerte (al menos idealmente), lo que no ocurre con la especie legada, que ha sido adquirido por el legatario desde que acepta la asignación (aunque con efecto retroactivo al momento en que la asignación le fue deferida). Tal posesión existiría, pues, sólo en la medida que el heredero se condujera como señor o dueño de la cosa legada (artículo 700 CCCh.), fundado en un título apparente (artículo 704 N° 4º CCCh.) o en el mero apoderamiento (artículo 726 CCCh.)²⁵⁸. El carácter de *res nullius* que se asigna a la cosa legada mientras la asignación no ha sido aceptada por el legatario, no permite que ésta pueda ser adquirida por ocupación, pues su momentáneo carácter no la sustrae del ámbito sucesorio, donde rige un modo distinto de adquirir el dominio²⁵⁹. Pero nada impide que la ocupación pueda funcionar como título de posesión, en el sentido que le asigna el artículo 703 CCCh.²⁶⁰.

Ahora bien, estos inconvenientes se solucionan si se entiende que el inciso 1º del artículo 1135 CCCh. no hace más que aplicar el principio del artículo 1548 CCCh., según el cual: “*La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta su entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir*”²⁶¹. Así, cuando el artículo en comento dice que la destrucción de la especie legada extingue “*la obligación de pagar el legado*”, está queriendo aludir, en realidad, a la obligación instrumental que tienen los herederos o las demás personas responsables del pago de las deudas testamentarias de hacer la entrega física de la especie legada, que ya pertenece en dominio al legatario, el que la ha adquirido, como se ha dicho, por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte al aceptar la

²⁵⁶ DOMÍNGUEZ - DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 244), II, núm. 839, p. 174; ELORRIAGA DE BONIS, *Derecho sucesorio*, cit. (n. 233), núm. 369, p. 31; GUZMÁN BRITO, *La tipología*, cit. (n. 238), p. 57.

²⁵⁷ RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones*, cit. (n. 235), I, p. 205.

²⁵⁸ RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones*, cit. (n. 235), I, p. 205.

²⁵⁹ GUZMÁN BRITO, *Problemas dogmáticos*, cit. (n. 250), p. 513, nota 16.

²⁶⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), núm. 166, p. 339.

²⁶¹ CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XV, cit. (n. 234), núm. 1131, p. 110.

asignación²⁶². No se debe olvidar que, para el *Código Civil*, la aceptación de un legado es una fuente de obligaciones (artículo 1437 CCCh.), y que la obligación que de ella nace no puede ser otra que la de entregar la especie legada que se encuentra en poder de los herederos, por lo menos en lo que respecta a los legados de efecto real. Por consiguiente, aplicado a la segunda y tercera de las épocas anteriormente mencionadas, el inciso 1º del artículo 1135 CCCh. emplea correctamente el giro: el legado en sí, en cuanto es la parte del testamento que constituye el título de dominio de la especie legada, no se extingue, no desaparece; lo único que ya no se puede realizar es la entrega material de esa cosa al legatario por parte de los herederos, pues ella ya no existe físicamente. A esa entrega material (*factum tradendi*) el *Código Civil* la denomina “pago del legado”²⁶³, que tiene ya un antecedente histórico en el *interdictum quod legatorum*, que buscaba impedir que el legatario tomara por su propia iniciativa el bien legado de la masa hereditaria para así dar autocumplimiento a su asignación (artículo 1231 CCCh.)²⁶⁴.

Sólo resta establecer la relación que existe entre la norma que se viene comentando y el *cr.* Como se dijo, desde el “Proyecto Inédito” se alteró la redacción de la primera parte del artículo 1677 CCCh. Antes, el efecto de la pérdida de la cosa debida era sólo extinguir la obligación de entregarla que incumbía al deudor, permaneciendo su deber de prestar en lo concerniente al elemento representativo, que subrogaba realmente a la obligación de dar. Con el reemplazo de esa partícula, el artículo 1677 quedó redactado como si el efecto de la pérdida de la cosa debida fuera invariablemente la extinción de la obligación del deudor, con lo cual se produjo un desajuste en la disciplina de los efectos de las obligaciones. Algo similar ocurre en el inciso 1º del artículo 1135 CCCh. Si dicha norma no se entiende en directa conexión con el artículo 1548 CCCh. y con la posibilidad cierta de disociación de la potestad dominical y la tenencia material de la especie legada, la cabal operatividad de la regla que contiene queda obscurlecida. En cambio, la lectura que aquí se ha ofrecido permite explicar por qué en este caso no se reconoce una pretensión sobre el *cr.* al legatario de efecto

²⁶² GUZMÁN BRITO, *La tipología*, cit. (n. 238), p. 58.

²⁶³ GUZMÁN BRITO, *Destrucción*, cit. (n. 145), p. 289, nota 23, coincide en que el inciso 1º del artículo 1135 CCCh. emplea la voz “pago” sólo en un sentido amplio, como es el de hacer obsequio al mismo, respetarlo o cumplirlo de hecho.

²⁶⁴ GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, cit. (n. 104), II, § 273, p. 719. Sobre el artículo 1231 CCCh. y su relación con la autotutela, véase: POBLETE EAST, José Miguel, *La autotutela: lo lícito y lo ilícito* (tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007), § 64, p. 159, § 104, p. 267 y § 105, p. 268.

real cuando la destrucción se ha producido por el hecho o culpa de un tercero. Tal pretensión no existe porque el dueño de la especie es, desde que ha aceptado la asignación (y por retroacción, desde que ésta le ha sido deferida), el legatario, y en él nacen directamente las acciones indemnizatorias para dirigirse contra ese tercero (artículos 2314 y 2315 CCCh.)²⁶⁵. Ahí reside la especificidad de esta norma frente al artículo 1677 CCCh.: mientras los contratos sólo producen efectos personales (con las salvedades que se verán luego), el testamento, al menos en lo que respecta a los legados de especie, tiene efectos reales, radicándose directamente en el legatario la propiedad de la especie legada desde que ha aceptado la asignación (y por retroacción, desde que ella se le ha deferido), sin que sea necesaria previamente su tradición por parte de los herederos. Pero si la especie legada ha sido destruida sólo parcialmente, los principios generales que disciplinan la imposibilidad de la prestación permiten concluir que el legatario sí puede exigir a los herederos, o a quien se encuentre obligado al pago del legado, la entrega del residuo material, dado que aquél no se podrá dirigir contra el autor del daño más que por el monto efectivo de la pérdida, y no existe razón que justifique el enriquecimiento de los herederos, como ocurriría si se permitiese que puedan retener el residuo de una cosa que se encontraban obligados a entregar²⁶⁶.

b) Legado de efecto obligacional es aquel que genera una obligación nueva de dar, hacer o no hacer, a cargo de uno, varios o todos los herederos instituidos por el testador (o de un legatario) y, correlativamente, un crédito a favor del legatario contra el o los asignatarios gravados, frente a los cuales dispone de una acción personal para exigir su cumplimiento, llamada acción de testamento (*actio ex testamento*)²⁶⁷.

Dentro de las asignaciones que pertenecen a esta clase de legado está aquella que recae sobre una especie o cuerpo cierto del testador, cuya transferencia debe ser efectuada por alguno de los herederos o por otro

²⁶⁵ Para RODRÍGUEZ GREZ, *Instituciones*, cit. (n. 235), I, p. 242, por el contrario: “Si la cosa perece sin culpa de los herederos por obra de un tercero, el legatario tendrá derecho a reclamar que se le cedan las acciones que la sucesión tiene contra el tercero, conforme lo ordena el artículo 1677 del Código Civil”. Así, también, MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 449 y 471, aunque limita su aplicación al heredero aparente y al caso en que el legado estaba sujeto a una condición suspensiva.

²⁶⁶ MEZA BARROS, *Manual de la sucesión por causa de muerte*, cit. (n. 235), núm. 364, p. 204. La afirmación, empero, parece estar referida a la pérdida parcial de la especie legada antes de la muerte del testador, por la remisión que se hace en la nota 26 al núm. 351 (p. 195), donde se comenta el artículo 1118 CCCh.

²⁶⁷ GUZMÁN BRITO, *La tipología*, cit. (n. 238), p. 62.

obligado. En este caso, el legatario sólo adquiere el dominio de la especie legada por acto entre vivos, como una consecuencia del cumplimiento de la obligación que recae sobre el heredero, esto es, por tradición *solvendi causa*²⁶⁸. En congruencia con este principio, el *Código Civil* prescribe que estos legatarios no tendrán derecho a los frutos, sino desde el momento en que la persona obligada a prestar se hubiera constituido en mora (artículo 1338 N° 2). Así, si el legado se hace debido (lo que no acaece antes de morir el testador) y la cosa perece por hecho o culpa de terceros, el legatario puede exigir al heredero (o legatario) deudor del legado la cesión de que habla el artículo 1677 CCCh., dado que en la adquisición de las especies legadas bajo esta clase de asignación no hay mayor diferencia con las reglas generales sobre efectos de las obligaciones.

De esta forma, la función que cumple el inciso 1º del artículo 1135 CCCh. respecto de los legados de efecto obligacional no es otra que trasladar a una sede de derecho sucesorio una regla ya contemplada en los artículos 1670 y 1672 CCCh. para las obligaciones en general: la pérdida fortuita de la cosa legada extingue la obligación del asignatario obligado a su pago. Como el acreedor no tiene más que una acción personal para exigir el cumplimiento de su legado, si la cosa legada perece, la obligación de darla se extingue, sin perjuicio del derecho del legatario de exigir la cesión de elemento representativo conforme a las reglas generales.

VII. FORMA DE REALIZAR TÉCNICAMENTE EL ELEMENTO REPRESENTATIVO

Determinar la forma en que opera el *cr.* es un aspecto estrechamente relacionado con el sistema de transferencia de la propiedad por el que opta un determinado sistema jurídico y con la eficacia que se le asigna a la imposibilidad de la prestación como modo de extinguir las obligaciones. En lo que respecta a la primera cuestión, es indudable que la opción que se adopte tendrá incidencia en el modo técnico de realizar el *cr.*, puesto que dicho remedio se debe armonizar con la teoría de los riesgos²⁶⁹, conectado con el sistema de transferencia de la propiedad²⁷⁰. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, la forma de realización del *cr.* se vincula a la eficacia extintiva que se le asigna a la imposibilidad de la prestación, o

²⁶⁸ GUZMÁN BRITO, *La tipología*, cit. (n. 238), p. 63.

²⁶⁹ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, pp. 157, 177 y 206; CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos (y II)*, cit. (n. 44), p. 144. GIORGI, *Teoría*, VIII, cit. (n. 5), núm. 138, p. 208, por el contrario, niega que exista conexión entre la teoría de los riesgos y el *cr.*

²⁷⁰ ELORRIAGA DE BONIS, *La teoría*, cit. (n. 184), pp. 26-27.

más bien, a si ella requiere de una manifestación de voluntad del acreedor enderezada a dar por extinguida dicha relación o si, por el contrario, opera automáticamente.

Ambas cuestiones reciben un tratamiento distinto en el derecho chileno. Para la transferencia de la propiedad se ha optado por exigir la concurrencia de título y modo (artículo 675 CCCh.)²⁷¹, de suerte que el acreedor no se hace dueño de la cosa mientras no medie la cooperación del deudor necesaria para efectuar la tradición. Esta afirmación, sin embargo, tiene algunos matices a propósito de la transferencia de las cosas corporales muebles, respecto de las cuales existe un sistema bastante flexible de tradiciones fictas (artículo 684 CCCh.), que permite virtualmente asignar al contrato eficacia real²⁷².

Por su parte, la operatividad de la imposibilidad de la prestación como modo de extinguir las obligaciones no ha recibido un tratamiento relevante en la civilística chilena. Pareciera ser que la teoría de los riesgos es suficiente para explicar qué ocurre cuando sobreviene la imposibilidad de la prestación y ella no es imputable al deudor. En dicha sede se excluye, además, el tratamiento de la imposibilidad que afecta a las obligaciones unilaterales, en las cuales se dice que el problema que busca responder la teoría de los riesgos no se presenta, sea porque la única obligación que existe se extingue por imposibilidad, sin ulteriores consecuencias para las partes²⁷³, sea porque existe una norma que dirime el conflicto de intereses entre ellas²⁷⁴. El problema quedaría circunscrito, así, a las obligaciones bilaterales²⁷⁵, respecto de las cuales la mentada teoría intenta explicar la

²⁷¹ Para la discusión sobre la necesidad de concurrencia de título y modo en los demás modos de adquirir el dominio, véase: PEÑAILILLO ARÉVALO, *Los bienes*, cit. (n. 260), núm. 77, pp. 196-197, y los autores ahí citados.

²⁷² PEÑAILILLO ARÉVALO, *Los bienes*, cit. (n. 260), núm. 115, p. 232. Para un mayor desarrollo de este tema, véase: AEDO BARRERA, Cristián, *¿Tienen los contratos efectos reales en nuestro sistema? A propósito de la dualidad título-modo de adquirir*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 13 (2006) 2, pp. 15-37, especialmente pp. 23-25; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Dificultades del efecto personal del contrato*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 167 (1979), pp. 49-60.

²⁷³ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núm. 1205, p. 1060; ELORRIAGA DE BONIS, *La teoría*, cit. (n. 184), pp. 19-21; FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 80-81.

²⁷⁴ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, pp. 171-181 y 207; GALVÁN BERNABEU, José Antonio, *Comentario crítico sobre la teoría de los riesgos*, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), II, pp. 127-128.

²⁷⁵ CARRASCO PERERA, *Restitución de provechos (y II)*, cit. (n. 44), p. 144; MADRIL, *Commoodum repraesentATIONis*, cit. (n. 10), pp. 428-429 (sólo respecto de contratos

suerte de la obligación correlativa cuando una de ellas se hace imposible de cumplir.

El principio general en esta materia se consagra en el artículo 1550 CCCh., que impone el riesgo de la imposibilidad de la prestación al acreedor. Con todo, son tantas las excepciones a esta regla (partiendo por las que consagra el mismo artículo 1550)²⁷⁶, que su aplicación queda circunscrita sólo a las obligaciones de dar específicas y puras y simples. Además, esta regla tiene una explicación distinta de la que tradicionalmente se ha ofrecido, fundada en un supuesto error de traslación de la regla desde el *Code Civil* francés al *Código chileno* en que habría incurrido Bello²⁷⁷. La razón de una regla como el artículo 1550 CCCh., que no es más que una generalización de la enunciada en el artículo 1820 para el contrato de compraventa²⁷⁸, está en que este último es entendido como un contrato con prestaciones simultáneas para las partes²⁷⁹, lo que importa que desde el momento de su perfección, y tratándose de una especie o cuerpo cierto, el acreedor tiene la carga de exigir su entrega y, si no lo hace, los riesgos que puedan afectar a la misma deben ser suyos²⁸⁰. Generalizando la regla se puede decir que la atribución legal del riesgo se conecta con la exigibilidad de la obligación, y es desde ella que se deben buscar las soluciones para cada clase de obligación, atendiendo también, por cierto, a su especial naturaleza. Es lo que hace, por lo demás, el propio *Código Civil* a propósito del contrato de arrendamiento, modelo paradigmático de los contratos que imponen obligaciones de ejecución duradera²⁸¹, y en el cual el riesgo es puesto de cargo del deudor (artículo 1950 N° 1º CCCh.).

Queda por determinar la forma en que la imposibilidad de la prestación extingue la obligación. La solución es distinta según cuál sea la regla de atribución legal del riesgo que se emplee. Cuando se sigue el principio *res*

traslaticios), y MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios*, cit. (n. 48), VIII, pp. 334-335, excluyen la procedencia del *cr.* en las obligaciones bilaterales.

²⁷⁶ Para la revisión de estas excepciones, véase: ELORRIAGA DE BONIS, *La teoría*, cit. (n. 184), pp. 35-60.

²⁷⁷ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núm. 1212, p. 1066; BARROS BOURIE, *Finalidad y alcance*, cit. (n. 3), pp. 420-421.

²⁷⁸ ELORRIAGA DE BONIS, *La teoría*, cit. (n. 184), p. 33; LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, cit. (n. 156), II, núm. 93.2, p. 565. Sobre los problemas de interpretación y aplicación que genera la aplicación de la compraventa como el modelo arquetípico, junto a la *stipulatio* romana, usado para la construcción de una teoría general de las obligaciones, véase: FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit. (n. 121), pp. 109-113.

²⁷⁹ FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit. (n. 121), p. 111.

²⁸⁰ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), pp. 196-199.

²⁸¹ FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit. (n. 121), p. 111.

perit creditoris, la imposibilidad de la prestación la soporta el acreedor, lo que significa que éste nada recibe de su deudor, pero sigue obligado para con él. Evidentemente, en este caso la imposibilidad de la prestación no puede tener eficacia automática, porque la obligación correlativa no se ha visto afectada y debe ser cumplida de todas formas por el acreedor²⁸². En las demás obligaciones, que se rigen por la regla *res perit debitori*, el deudor queda automáticamente liberado de cumplir, pero no el acreedor, quien debe manifestar su elección: resolver el contrato (artículo 1489 CCCh.) o exigir el *cr.*, cuando él exista (artículo 1677 CCCh.)²⁸³. Si la pérdida de la reciprocidad funcional del contrato permite incluso que el acreedor pueda solicitar la restitución de lo dado o pagado si ha cumplido con antelación a la imposibilidad sobrevenida de la obligación del deudor²⁸⁴, nada impide que el acreedor pueda ejercer también la pretensión del *cr.*²⁸⁵, siempre, claro ésta, que él haya cumplido o esté dispuesto a cumplir con su prestación.

Esta última constatación tiene directa relación con los requisitos exigidos para que se pueda solicitar la resolución de un contrato incumplido. Uno de ellos, según la opinión mayoritaria, es la posibilidad de imputar subjetivamente el incumplimiento al deudor²⁸⁶. Sin embargo, se ha de

²⁸² En estos casos no hay duda sobre la procedencia del *cr.* Cfr. JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), p. 330; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), pp. 3508-3509; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1733; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), p. 536, nota 118.

²⁸³ BARONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 79; CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. (n. 50), p. 514; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 659; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 437; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), pp. 3508-3509; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), p. 521, nota 85 y p. 536, nota 118. Incluso, como dice HEDEMANN, *Tratado*, III, cit. (n. 47), § 20, p. 172, “el acreedor puede reclamar un daño aun mayor que de esta forma no ha sido cubierto”. Contra: JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), pp. 330-331 y 333; y es también el principio que subyace en el *Código Civil* argentino (artículos 888, 890 y 895), que no contempla la figura (véase más abajo, VIII, 4).

²⁸⁴ ELORRIAGA DE BONIS, *La teoría*, cit. (n. 184), p. 25; FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), pp. 168-169. Partiendo de este mismo supuesto, empero, JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), pp. 327-329 y 333, especialmente pp. 329 y 333, concluye que la resolución por imposibilidad liberatoria opera automáticamente.

²⁸⁵ Contra: DE COSSÍO, *Instituciones*, I, cit. (n. 50), p. 322 (implícitamente, en cuanto reconduce el problema a la teoría de los riesgos); FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), p. 83; GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartado II, 4.

²⁸⁶ Por todos: ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), I, núm. 533, pp. 471-472.

admitir que la resolución también es posible en caso de imposibilidad fortuita de cualquiera de las prestaciones que envuelve el contrato y cuya infracción puede comportar un incumplimiento esencial, porque en ellas el acreedor puede optar por la resolución o por exigir el *cr.*, en este último caso con una reducción proporcional de su contraprestación (arg. ex artículo 1814 inciso 2º CCCh.)²⁸⁷. La resolución contractual se desliga así del principio canónico “*frangenti fidem non est fidem servanda*”, y pasa a convertirse en un remedio sinalagmático, cuya finalidad es evitar un enriquecimiento sin causa por parte del deudor cuando el programa de prestación ha sido infringido y el acreedor se encuentra en un estado que sólo conduce a la insatisfacción de su interés²⁸⁸. Además, la necesidad de resolver el contrato aun en los casos de incumplimiento fortuito es una exigencia impuesta por la necesidad de certeza jurídica, pues sólo de esta forma es posible asegurar fehacientemente cuál será la suerte de la relación obligatoria, así como las facultades con que cuenta el acreedor para la protección de su crédito.

¿Cuándo el acreedor elegirá una u otra solución? Naturalmente, el acreedor optará por cumplir con su parte y exigir el *cr.* cuando el contrato le es favorable; de no serlo, preferirá la resolución. Así, si se ha comprado un caballo en 3.000 y éste en realidad vale 5.000, el acreedor podrá exigir la cesión de la pretensión indemnizatoria que existe contra el tercero y cobrar de aquél los 5.000 que efectivamente equivalen a la prestación que se ha tornado imposible, debiendo por su parte cumplir solamente con la obligación de pagar el precio originalmente convenido, esto es, 3.000²⁸⁹. En todo caso, y aun cuando el contrato no le sea favorable, el acreedor puede desear mantenerlo y pretender el *cr.* a cambio de la contraprestación que le incumbe, reducida ésta proporcionalmente en atención al valor del residuo.

Ahora bien, en el derecho chileno se han propuesto las siguientes for-

²⁸⁷ MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 436-437; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), p. 1048; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), pp. 3508-3509; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1732, nota 44.

²⁸⁸ BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso*, cit. (n. 35), p. 79; DE LOS MOZOS TOUYÁ, *En torno a la idea de incumplimiento*, cit. (n. 80), p. 158; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit., (n. 5), p. 705; GÓMEZ POMAR, *El incumplimiento*, cit. (n. 77), p. 29; MORALES MORENO, *Evolución*, cit. (n. 2), p. 43.

²⁸⁹ HEDEMANN, *Tratado*, III, cit. (n. 47), § 20, p. 173; LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit. (n. 44), I, § 21, p. 329 (implícitamente); MEDICUS, *Tratado*, cit. (n. 47), I, § 33, pp. 182-183 y § 42, p. 226; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 541.

mas de operar la realización técnica del *cr.*: como acción subrogatoria (1), como cesión legal (2) y como cesión inducida u obligatoria (3). A ellas se debe agregar la postura que rechaza la existencia de acciones o derechos que deban ser cedidos por el deudor (4).

1. El "commodum repraesentationis" como una hipótesis de acción subrogatoria.

La acción subrogatoria es aquella que faculta a un acreedor para ejercer las acciones y derechos que competen a su deudor cuando éste no las ha ejercido en perjuicio de su patrimonio. Se sabe que en nuestro país esta acción no está tratada de forma sistemática. Se carece, por ejemplo, de una norma como el artículo 1166 del *Code Civil* francés, que claramente señala: “*Sin embargo, los acreedores podrán ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, a excepción de aquellos que fueran exclusivamente personales*”²⁹⁰. Sin perjuicio de la ausencia de una norma general que admita su procedencia, la mayoría de los autores considera que ella se puede ejercer en aquellos casos particulares en que la ley lo ha permitido. Cuando se mencionan estos casos se incluye el artículo 1677 CCCh., que permitiría al acreedor sustituir al deudor en los derechos y acciones que éste tuviera contra aquellos terceros por cuyo hecho o culpa se ha perdido la cosa debida²⁹¹.

Dos son los impedimentos dogmáticos que llevan a rechazar el encuadre del *cr.* como acción subrogatoria²⁹².

El primero de ellos se refiere a la naturaleza de esta acción. Al respecto,

²⁹⁰ Artículo 1166 del *Code Civil*: “*Néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne*”. La norma se mantiene, con algunas modificaciones en su redacción, en el artículo 1166 del Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones y de la prescripción (véase, más abajo, la nota 305).

²⁹¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988), p. 147; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de derecho civil chileno*, III: *De la teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 125; LARRAÍN RIOS, *Teoría*, cit. (n. 76), p. 286; MEZA BARROS, Ramón, *Manual de derecho civil. De las obligaciones* (9^a edición revisada por Pedro Pablo Vergara Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), núm. 450, p. 299; RAMOS PAZOS, *De las obligaciones*, cit. (n. 47), núm. 392, p. 312; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Curso de derecho civil*, III: *De las obligaciones* (basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Santiago, Editorial Nacimiento, 1941), núm. 415, p. 244.

²⁹² También niegan este carácter: BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, pp. 206-207; MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 467; MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), pp. 434-435; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 530-531.

parece existir consenso en la literatura en cuanto a que la acción subrogatoria es una aplicación de la sustitución procesal²⁹³, puesto que en ella no se toma en cuenta directamente el interés del acreedor (como ocurriría si se tratase de un supuesto de representación) y su utilización representa sólo una fase instrumental respecto de la realización posterior del interés del acreedor. Así, se dice, el acreedor ejerce la acción subrogatoria en nombre del deudor e invocando una norma habilitante (en el derecho chileno, el artículo 2466 CCCh., si se admite ampliamente su procedencia²⁹⁴). Sin embargo, se ha reaccionado contra esta conclusión, y se ha afirmado que, en realidad, la acción subrogatoria es una institución absolutamente particular, con características estructurales y funcionales autónomas. Se trata, propiamente hablando, de un supuesto en el cual la legitimación y la titularidad se separan: el acreedor ejercita en su nombre y en virtud de un derecho propio una pretensión que corresponde al deudor²⁹⁵. Constituye, además, un caso de legitimación subsidiaria y concurrente. Subsidiaria, porque sólo es factible cuando los derechos no han sido ejercidos previamente por su titular; y concurrente, porque pese a que el acreedor ejercite la acción subrogatoria, puede el deudor salir de su inactividad y ejercer por sí mismo sus derechos²⁹⁶.

Como quiera que sea, la acción subrogatoria es diametralmente opuesta a la finalidad que se persigue con el *cr.*: mientras en la primera se autoriza al acreedor para ejercer acciones que corresponden al deudor con el propósito que lo obtenido de esta forma engrose su patrimonio y permita la satisfacción de los respectivos derechos de crédito de sus acreedores, en este último la cesión de derechos y acciones se presenta como el modo de permitir que el acreedor obtenga el provecho que la imposibilidad de la prestación ha significado al deudor. El ejercicio del *cr.*, como se ha dicho, comporta un cumplimiento en equivalente de la obligación; la acción su-

²⁹³ En este sentido, entre otros: Betti, Castán, Puig Peña, Guasp, Chiovenda y Leibman, citados por ORDUÑA MORENO, Francisco Javier - TAMAYO HAYA, Silvia, *La protección patrimonial del crédito*, I: *La conservación de la garantía patrimonial del derecho de crédito* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006), p. 285. En Chile: ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil*, I: *La acción y la protección de los derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 100.

²⁹⁴ Así, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La acción subrogatoria* (memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987), *passim*; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, XI: *De las obligaciones (II)* (Santiago, Imprenta Nascimento, 1937), núm. 1112, p. 582.

²⁹⁵ ORDUÑA-TAMAYO, *La protección patrimonial*, I, cit. (n. 293), pp. 286-287.

²⁹⁶ ORDUÑA-TAMAYO, *La protección patrimonial*, I, cit. (n. 293), p. 288.

brogatoria, en cambio, es sólo un paso previo para el ejercicio del derecho personal del acreedor.

El segundo de los mencionados impedimentos se refiere a la función que se reconoce a la acción subrogatoria. A trazos gruesos se puede decir que la acción subrogatoria puede adoptar tanto una función conservativa como ejecutiva²⁹⁷. En su función conservativa, esta acción no satisface directamente el crédito que tiene el acreedor contra el deudor, ya que con su ejercicio se persigue sólo incrementar el patrimonio de este último, permitiendo el ingreso de nuevos bienes ausentes por su desidia. De esta forma, la acción subrogatoria opera como un complemento del embargo, destinado a aumentar los bienes sujetos a la garantía patrimonial universal que asegura el derecho de crédito del acreedor. En tanto, cuando a la acción subrogatoria se le reconoce una función ejecutiva, ella permite que el acreedor, una vez que ha perseguido su crédito en los bienes del deudor, pueda cobrar lo que se le debe en los créditos que su deudor tenga respecto de otros, vale decir, la acción faculta al acreedor para cobrar directamente al deudor de su deudor. Esta última función se conecta, además, con uno de los requisitos exigidos para la operatividad de la acción, cual es su carácter subsidiario, puesto que ella está enderezada a complementar la garantía patrimonial universal del artículo 2465 CCCh. con el propósito de ampliar los bienes respecto de los cuales el acreedor se puede dirigir para satisfacer su crédito, sin importar en sí una directa satisfacción del mismo²⁹⁸.

Pues bien, ninguna de estas dos funciones que se atribuye a la acción subrogatoria se condice con el *cr*. La función conservativa queda excluida en razón de la función extintiva y satisfactoria que tiene la cesión de las acciones y derechos que corresponden al deudor contra los terceros que han ocasionado la imposibilidad de la prestación; con el ejercicio de ellos no se busca incrementar el patrimonio del deudor, sino realizar un bien distinto del pactado con el que se ha cumplido la obligación. La función ejecutiva, por su parte, también debe ser excluida debido a la distinta legitimación que existe en cada caso. Mientras en la acción subrogatoria se está en presencia de un supuesto de legitimación extraordinaria, puesto

²⁹⁷ ROMERO SEGUEL, *Curso*, I, cit. (n. 293), p. 100. Sobre dichas funciones, véase: ORDUÑA - TAMAYO, *La protección patrimonial*, I, cit. (n. 293), pp. 301-326.

²⁹⁸ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núm. 760, p. 682; ORDUÑA - TAMAYO, *La protección patrimonial*, I, cit. (n. 293), pp. 352-384; VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de las obligaciones*, II: *Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes* (basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, 2^a edición ampliada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), núm. 729, p. 194.

que el acreedor ejerce un derecho del que no es titular y con la finalidad que lo así obtenido le permita satisfacer la obligación que aquél mantiene para con él, en el *cr.* ejerce acciones y derechos que le son propios y que ha obtenido como consecuencia del cumplimiento (en equivalente) de una obligación existente a su favor. Dichas acciones y derechos no los ejerce, pues, como un medio de obtener el cumplimiento de lo debido por el deudor, sino que lo hace a nombre propio y precisamente porque el deudor ha cumplido su obligación en una forma alternativa señalada en la propia ley (artículos 1568, 1590 y 1677 CCCh.).

2. La cesión legal como forma de realización técnica del “commodum repraesentationis”.

Se ha dicho que el *cr.* está estrechamente ligado con el sistema de transferencia de la propiedad. Por eso, en los países en los que el contrato tiene por sí mismo efectos trascendentales, la atribución al acreedor del elemento representativo opera inmediatamente, sin que sea necesario que este último efectúe previamente su cesión²⁹⁹.

Corresponde, pues, revisar la aplicación del *cr.* en los dos códigos que paradigmáticamente aplican este sistema de transferencia de la propiedad, como son el *Code Civil* francés y el *Codice Civile* italiano.

El *Code Civil* estableció como principio para operar la transferencia del dominio el efecto real del contrato (artículos 711, 938, 1138 y 1583). Su aplicación supone que el riesgo en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto corresponde al acreedor, en razón de ser éste el dueño de la cosa desde que las partes han consentido en el contrato (artículo 1138³⁰⁰). Sin embargo, la redacción dada al artículo 1303 parece introducir un elemento de distorsión en este sistema, pues en él se establece: “*Cuando la cosa perezca, sea puesta fuera del comercio o se pierda, sin que intervenga culpa por parte del deudor, éste estará obligado, si existen derechos o acciones de indemnización en relación a esta cosa, a cederlos a su acreedor*”³⁰¹. Esta necesidad de ceder dichos derechos o acciones que se estableció como mecanismo para hacer operativo el *cr.* hizo que la norma fuera criticada tempranamente por los comentadores del *Code Civil*³⁰², y que con los

²⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, *Comentario al artículo 74*, cit. (n. 5), p. 581.

³⁰⁰ El principio se conserva en el artículo 1152 del Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones y de la prescripción (véase, más abajo, la nota 305).

³⁰¹ Artículo 1303 del *Code Civil*: “*Lorsque la chose est pétrie, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier*”.

³⁰² Así, entre otros: AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ* (Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurispru-

años se haya entendido que su utilidad queda relegada a aquellos casos en que el vendedor no se hace dueño inmediato de la cosa³⁰³, como ocurre, verbigracia, en la venta de cosa futura, en la venta de cosas genéricas, en la venta de cosa ajena, en la venta sujeta a plazo y en la venta con reserva de dominio. Por otro lado, la escasa utilización de la figura se explica por la partición ofrecida por la doctrina y que distingue entre la resolución contractual para los incumplimientos imputables y la teoría de los riesgos para aquellos que no lo son³⁰⁴, la que deja prácticamente sin campo de aplicación una regla como la del artículo 1303 del *Code Civil*. Pese a esta minusvalía, en el Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones y de la prescripción³⁰⁵ el *cr.* no ha sido eliminado, sino que únicamente se

dence Marchal et Billard, cinquième édition, 1902), IV, § 331, p. 407, nota 5; DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, XXVIII: *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, 5 (Paris, Imprimerie Générale, 1874), § 791, pp. 611-613; DURANTON, Alexandre, *Cours de Droit Français suivant le Code Civil* (Paris, Alex-Gobelet, Libraire, troisième édition, 1834), XII, § 494, p. 596; MARCADÉ, Victor, *Explication du Code Civil* (Paris, Delamotte et Fils, Éditeurs, septième édition, 1873), IV, § 867, pp. 683-684; MADRIOLI, *Commoodum repreaesentationis*, cit. (n. 10), pp. 466-467; MOURLON, *Répétitions écrites*, cit. (n. 50), § 1479, pp. 810-811; TOULLIER, Charles Bonaventure, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code* (Bruxelles, Société Typographique Belge, nouvelle édition, augmentée en Belgique, 1848), IV, § 476, p. 161.

³⁰³ COLIN, Ambrose - CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, III: *Teoría general de las obligaciones* (traducción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 4^a edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1960), p. 251; MADRIOLI, *Commoodum repreaesentationis*, cit. (n. 10), p. 468; RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil. Según el Tratado de Planiol*, V: *Las obligaciones (segunda parte)* (traducción de Delia García Daireaux, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1965), núm. 1965, p. 598; WEILL, Alex, *Droit civil: Les obligations* (Dalloz, París, 1971), núm. 1065, p. 980.

³⁰⁴ Por todos: GHESTIN, Jacques - JAMIN, Christopher - BILLIAU, Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat* (3^a edición, París, L.G.D.J., 2001), núm. 639, p. 680 y núm. 647, pp. 687-690.

³⁰⁵ Con el propósito de modernizar el derecho de obligaciones recogido en el *Code Civil*, siguiendo la senda de otros países europeos, como Holanda y Alemania, en 2003 se organizó en Francia una comisión presidida por el profesor de la Universidad de París II Pierre Catala, que dos años después entregó al Ministerio de Justicia un Anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones y de la prescripción (*Avant-Projet de reforme du droit des obligations et du droit de la prescription*), el cual ha sido presentado a la comunidad jurídica para su discusión. De esa revisión ha surgido el llamado "Proyecto Cancillería", que debe comenzar a ser aprobado paulatinamente por el Congreso. La primera parte de esta modernización se ha iniciado con la Ley 561/2008, de 17 de junio de 2008, por la que se modifica el régimen de la prescripción adquisitiva y extintiva en materia civil. Hay traducción castellana del Anteproyecto de la Comisión Catala: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *El Anteproyecto*

ha alterado su ubicación. Ahora integra el inciso 2º del artículo 1152.1, ubicado dentro de la sección dedicada a la ejecución de las obligaciones (libro III, título III, subtítulo I, capítulo III, sección cuarta), que señala: “*La pérdida de la cosa libera al deudor de sus obligaciones, con la carga de probar que ha tenido lugar sin su culpa. Sin embargo, está obligado, si existen algunos derechos o acciones de indemnización con relación a esta cosa, a cederlos a su acreedor*”³⁰⁶.

Las críticas que se formularon al artículo 1303 del *Code Civil* sobre la forma en que debía operar el traspaso del elemento representativo fueron recogidas por el *Codice Civile* italiano de 1865, que formuló el *cr.* en los siguientes términos: “*Cuando la cosa perece, deja de estar en el comercio, o se pierde sin culpa del deudor, los derechos y acciones que corresponde a aquél en resguardo de la misma, pasan a su acreedor*” (artículo 1299)³⁰⁷. Ante un texto de este cariz se entendió que la operación del *cr.* comportaba una especie de cesión coactiva, que por el solo ministerio de la ley hace el deudor a su acreedor y que permite que éste quede legalmente subrogado en los derechos de aquél³⁰⁸.

El *Codice Civile* de 1942, por su parte, conservó el efecto real del contrato contemplado en el *Código* que le precedió (artículos 922 y 1376), pero mejoró la redacción de éste y se apartó del modelo francés en lo que se refiere al *cr.*, optando por un texto de mayor riqueza dogmática: “*Si la prestación tiene por objeto una cosa determinada y ésta deviene imposible, en todo o parte, el acreedor se subroga en los derechos que correspondan al*

francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción), en *Anuario de Derecho Civil* 60 (2007) 2, pp. 621-848. Sobre el proyecto, véase: MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, en *Seminario internacional: Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*. Separata de la Revista *Actualidad Jurídica* 16 (2007), pp. 89-112; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en Derecho de Obligaciones y el Código Civil chileno*, en *Seminario internacional: Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata de la Revista *Actualidad Jurídica* 16 (2007), pp. 113-117 = *Revista Chilena de Derecho Privado* 8 (2007), pp. 235-256.

³⁰⁶ Artículo 1152.1 inciso segundo del *Avant-Projet de reforme du droit des obligations et du droit de la prescription*: “*La perte de la chose libère le débiteur de ses obligations, à charge pour lui de prouver qu'elle a eu lieu sans sa faute. Il est cependant tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier*”.

³⁰⁷ Artículo 1299 del *Codice Civile* (1865): “*Allorchè la cosa è perita, posta fuori di commercio, o smarrita senza colpa del debitore, e diritto e la azioni che gli spettavano riguardo alla medesima, pasano al suo creditore*”.

³⁰⁸ GIORGI, *Teoría*, VIII, cit. (n. 5), núm. 139, pp. 208-209; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 462 y 464-468.

*deudor y que dependen del hecho que ha causado la imposibilidad, pudiendo exigir del deudor la prestación de cuanto éste haya conseguido a título de resarcimiento*³⁰⁹. La doctrina ha entendido que, pese a la aplicación general a las obligaciones de dar una cosa determinada que se desprende de la norma, su operatividad queda circunscrita sólo a las obligaciones civiles³¹⁰ y, dentro de ellas, exclusivamente comprende las obligaciones diferidas, que escapan al principio del consensualismo consagrado en el *Codice Civile*³¹¹, o aquellas en que existe la necesidad de transferir una cosa determinada (verbigracia, el mandatario que ha obrado en virtud de un mandato sin representación y ha comprado ciertas cosas para su mandante, las que debe transferir a este último)³¹². En lo que respecta al modo de operación de la figura, se ha dicho que la expresión “*el acreedor se subroga*” (“*el creditore subentra*”) significa una adquisición originaria del derecho³¹³, lo que no impide que se considere como preferible una solución de atribución automática pero relativa, esto es, reservando al acreedor la posibilidad de elegir, si así lo desea, el elemento representativo u optar por la resolución³¹⁴. Esta situación hace que el tercero pueda pagar la indemnización tanto al deudor como al acreedor, y que de ocurrir lo primero el deudor se encuentre en la necesidad de ceder lo obtenido a título de resarcimiento³¹⁵.

La redacción escogida para el artículo 1259 del *Codice Civile* italiano es seguida con algunas modificaciones por el artículo 794 del *Código Civil*

³⁰⁹ Artículo 1259 del *Codice Civile* (1942): “*Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è diventata impossibile, in tutto o in parte, el creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento*”.

³¹⁰ PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 541-542.

³¹¹ CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. (n. 50), p. 514; MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 429, 430 y 469-470; MICCIO, Renato, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario del Codice Civile*, IV, 1 (Torino, Utet., 1966), p. 343; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 524.

³¹² CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. (n. 50), p. 514.

³¹³ MICCIO, *Delle obbligazioni*, cit. (n. 311), p. 343; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 532.

³¹⁴ CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. (n. 50), p. 514; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 532. Para BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, pp. 156 y 207, en este caso es la misma ley la que opera una especie de cesión subordinada a la iniciativa del acreedor.

³¹⁵ PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), pp. 533-534.

*Português*³¹⁶, en el que también se asigna efecto real al contrato (artículos 408, 874, 879 y 1316)³¹⁷.

Mención aparte merece el *Código Civil* español, que sigue un sistema de transferencia de la propiedad muy similar al nuestro (base 20^a de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y artículos 609 y 1095 CCCh.). Sin embargo, el cambio de redacción adoptado por el *Código Civil* en relación con el “Proyecto de 1851” ha hecho que los autores se inclinen mayoritariamente por la cesión legal o automática de las acciones al acreedor como forma de operar técnicamente la transferencia del elemento representativo³¹⁸. Así, mientras el artículo 1163 del “Proyecto de 1851” decía: “*El deudor de una cosa perdida sin culpa del mismo, está obligado a ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnización*”³¹⁹, el artículo 1186 CCCh. prefiere indicar: “*Extinguida la obligación por pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta*”³²⁰. Para justificar la cesión legal de las acciones se ha dicho que la ley positiva tiene la posibilidad de excluir el orden normal de las cosas e instaurar en su lugar otro distinto, tarea que

³¹⁶ Artículo 794 del *Código Civil Português*: “*Se, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro*”. (“*Si por virtud de un hecho que torna imposible la prestación, el deudor adquiere algún derecho sobre una determinada cosa, o contra un tercero, que substituya el objeto de la prestación, puede el acreedor exigir la entrega de esa cosa, o bien subrogar al deudor en la titularidad de ese derecho adquirido contra el tercero*”).

³¹⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), pp. 50-52.

³¹⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, II: *Derecho de obligaciones. Parte general* (Barcelona, Librería Bosch, 1970), p. 216; CRISTÓBAL MONTES, *El “commodum representationis”*, cit. (n. 5), pp. 608 y 610-613; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, II, cit. (n. 5), p. 657; ERDOZÁIN LÓPEZ, *Artículo 1186*, cit. (n. 42), p. 1444; FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), pp. 44-46 (pero cfr. las observaciones críticas que hace en pp. 52-53); GONZÁLEZ PORRAS, *Artículo 1186*, cit. (n. 5), apartado III; JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), p. 332; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios*, cit. (n. 48), VIII, p. 333. Por el contrario, LACRUZ - RIVERO, *Elementos*, II-1, cit. (n. 10), núm. 120, p. 189; PANTALEÓN PRIETO, *Incumplimiento*, cit. (n. 102), p. 3509; PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1737, y PÉREZ - ALGUER, *Estudios de comparación*, cit. (n. 207), p. 243, consideran que la correcta operación de la figura supone la cesión de acciones por parte del deudor al acreedor.

³¹⁹ El antecedente de esta norma, con pequeñas variaciones, se encuentra en el artículo 1992 del “Proyecto de 1836”.

³²⁰ Esta redacción se halla ya en el artículo 1203 del anteproyecto de los Libros III y IV de 1885-1888.

se cumple a través de las ficciones. El *cr.*, entonces, consistiría en fingir que las acciones del deudor nacen en el mismo momento en que se ha perdido la cosa debida y que en ese acto se adquieren por el deudor y se traspasan al acreedor³²¹.

En Chile, y pese al sistema de transferencia de la propiedad consagrado en el *Código Civil*, Vodanovic³²² es partidario de esta forma de operar técnicamente el *cr.*, pues considera que el artículo 1677 CCCh. contiene más bien una hipótesis de cesión legal antes que de acción subrogatoria.

3. La cesión inducida u obligatoria como forma de realización técnica del “commodum repraesentationis”.

La tercera forma de realizar el *cr.* consiste en la cesión inducida, a petición del acreedor, de las acciones y derechos que corresponden al deudor en razón de la pérdida de la cosa debida³²³, modalidad que se desprende de la propia redacción del artículo 1677 CCCh.: “*podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos y acciones que tenga el deudor [...]*”. Según ya ha quedado dicho, con esta dicción el *Código* establece, no una cesión legal, sino una obligación legal de dar que puede ser exigida por el acreedor, si así lo desea, consistente en ceder (hacer la tradición de) los derechos y acciones que existen contra el tercero por cuyo hecho se ha perdido la cosa debida, la que se cumple con el acto de cesión o transferencia de los mismos.

³²¹ CRISTÓBAL MONTES, *El “commodum repraesentationis”*, cit. (n. 5), p. 612.

³²² VODANOVIC HAKLICKA, *Tratado*, II, cit. (n. 298), núm. 740, p. 201. Rectifica así su criterio anterior: VODANOVIC HAKLICKA, *Curso*, III, cit. (n. 291), núm. 415, p. 244 (como acción subrogatoria).

³²³ CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XII, cit. (n. 5), núm. 1901, p. 573; RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 42), núm. 489, pp. 304-305; SILVA BASCÚNÁN, Alejandro, *De la cesión de derechos. 1º. De los créditos personales (civiles y comerciales)* (memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, 1933), núm. 134, pp. 125-127; VIAL DEL RÍO, *Manual de las obligaciones*, cit. (n. 76), núm. 130, p. 380; VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento de obligaciones*, cit. (n. 2), p. 521, nota 85. También parece concluir en este sentido FUEYO LANERI, *Derecho civil*, IV, 2 (n. 5), núm. 618, pp. 205-206, pues luego de exponer la figura contrapone la redacción del *Código Civil* chileno con la del *Código Civil* uruguayo (1868), cuyo artículo 1556 emplea una redacción muy similar al artículo 1299 del *Codice Civil* de 1865, para concluir que en éste existe “*una especie de subrogación legal de personas*” (nota 1, p. 205). Para el derecho suizo, en ausencia de norma expresa, se inclina por esta solución VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, p. 109. MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 436, por el contrario, comentando el § 281 BGB. (hoy § 285), considera que no se trata propiamente del modo de efectuar una prestación obligatoria (la de ceder los derechos y acciones), sino sólo de evitar un enriquecimiento injustificado por parte del deudor.

Un primer argumento que refuerza esta conclusión, es la prohibición que tiene el acreedor de ocupar por su propia autoridad la cosa debida (artículo 494 N° 20 CP.)³²⁴, lo que impide que pueda ejercitar acciones sin permiso del deudor titular de las mismas o sin una declaración judicial previa que así lo permita³²⁵. Por otra parte, esta facultad no sólo es consecuente con un sistema articulado de remedios ante el incumplimiento³²⁶, sino también con el efecto personal que producen los contratos y que requiere la concurrencia de la tradición para que la prestación efectivamente se cumpla³²⁷. Además, según se dijo, producida la imposibilidad de la prestación, el acreedor puede optar por exigir el *cr.* o resolver el contrato, elección que es incompatible con una cesión legal y automática de los derechos y acciones que le corresponden al deudor en razón de la pérdida de la cosa debida. Con todo, y como se verá enseguida, la materialización de la cesión tiende a morigerar esta conclusión.

El BGB opta también por esta solución, permitiendo que el acreedor elija el *cr.* como un medio idóneo para satisfacer su interés, lo que conseguirá subrogándose realmente en la indemnización o en la pretensión indemnizatoria que corresponda al deudor en virtud de la imposibilidad de la prestación³²⁸. El § 285 señala en su apartado primero: “*Si el deudor obtuviese, por circunstancias en cuya virtud no esté obligado a cumplir su prestación*

³²⁴ POBLETE EAST, *La autotutela*, cit. (n. 264), § 103, pp. 266-267.

³²⁵ LACRUZ - RIVERO, *Elementos*, II-1, cit. (n. 10), núm. 120, p. 189.

³²⁶ PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1731.

³²⁷ CLARO SOLAR, *Explicaciones*, XII, cit. (n. 5), núm. 1901, p. 573.

³²⁸ ALBIEZ DOHRMANN, *Un nuevo Derecho de obligaciones*, cit. (n. 216), pp. 1176-1177; EHmann, Horst - SUTSCHET, Holger, *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones* (traducción de Claudia López Díaz y Ute Salach de Sánchez, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2006), p. 44; MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 467 (respecto del § 281 BGB., hoy § 285). También concluyen que hay subrogación real: BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, p. 207; DE COSSIO, *Instituciones*, I, cit. (n. 50), p. 322; FERNÁNDEZ CAMPOS, *La imposibilidad*, cit. (n. 5), p. 45. MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), pp. 437 (respecto del antiguo § 281 BGB., hoy § 285), 439 y 464, si bien admite que el *cr.* constituye un caso de subrogación, considera que éste difiere de la subrogación real y personal, pudiendo hablarse de una “subrogación mixta” (p. 465). También PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 537, niega que se trate de un caso de subrogación real, pues la relación obligatoria se ha extinguido y es imposible entender que el elemento representativo supone una “conversión” de aquella; aunque admite que la figura sí importa una modificación de la posición activa de dicha relación. En un sentido similar, MOSCO, *Impossibilità sopravvenuta*, cit. (n. 50), p. 434, señala que el *cr.* difiere de las distintas clases de subrogación reconocidas en el derecho italiano, pero sin afirmar que la figura posea tal carácter, como hace Madrioli.

*según el § 275, apartados 1 al 3, un resarcimiento por la cosa debida o una pretensión de resarcimiento, el acreedor podrá solicitar la entrega de lo recibido como resarcimiento o la cesión de la pretensión de resarcimiento*³²⁹.

Ahora bien, admitir que éste es el dispositivo que contempla el artículo 1677 CCCh. para operar el traspaso del elemento representativo, obliga enseguida a analizar cómo se realiza la cesión, especialmente en lo que se refiere a su exigibilidad por parte del acreedor. Al respecto, es posible ofrecer tres soluciones, todas ellas con apoyo en los textos legales que tratan de la materia.

a) La primera solución podría denominarse tradicional, porque atiende a la forma habitual en que se ha entendido la transferencia de créditos en el derecho chileno. Los derechos y acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa ha perecido la cosa debida son de carácter personal, pues surgen de un hecho ilícito al que la ley asigna el efecto de hacer nacer la obligación de indemnizar los daños que de él se deriven (artículos 578, 1437, 2284 y 2314 CCCh.). Como derechos personales que son, la forma de efectuar su tradición será la establecida para este tipo de cosas incorporales en los artículos 699 y 1901 a 1908 CCCh. Sin embargo, este tipo de créditos presenta una particularidad, ya que en razón de su fuente (un ilícito civil) se trata de créditos no documentados, respecto de los cuales las normas mencionadas resultan inaplicables, pues todas ellas suponen la existencia de un título que pueda entregarse del cedente al cesionario y notificarse al deudor, el que en este caso no existe.

Respecto de los créditos no documentados, se han propuesto dos formas de efectuar su cesión³³⁰.

Para Alejandro Silva³³¹, la cesión de este tipo de créditos se debe hacer de acuerdo a las reglas generales, sólo que aplicadas según la especial naturaleza del crédito. Así, la entrega exigida para que la cesión se perfeccione entre las

³²⁹ § 285 (1) BGB.: “*Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, auf Grund dessen er die Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen*”. Se ha utilizado la traducción ofrecida por VIVES MONTERO, María Luisa, *Traducción de la Reforma 2002 del BGB.*, en *Anuario de Derecho Civil* 55 (2002) 3, p. 1241.

³³⁰ Una tercera solución es ofrecida por ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núm. 1055, p. 939, quien considera que los créditos no documentados pueden ser cedidos mediante su entrega simbólica, como ocurre, por ejemplo, si se permite o autoriza al cesionario a tener el crédito como suyo.

³³¹ SILVA BASCUÑÁN, *De la cesión de derechos*, cit. (n. 323), núm. 134, pp. 125-127. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur, s. d.), núm. 247, p. 232, refiere el mismo mecanismo, con la cita correspondiente.

partes (artículos 699 y 1901 CCCh.) se realizará por la sola convención de cesión, por el solo acuerdo de las partes que declaran transferir una y aceptar la otra el crédito cedido. En tanto, para la perfección de la cesión frente al deudor y terceros (artículo 1902 CCCh.), será necesario que se extienda una escritura de cesión en la que se individualice el crédito transferido y se deje constancia del nombre del cessionario, bajo la firma del cedente. Con su mérito se podrá practicar la notificación judicial al deudor.

Alejandro Guzmán³³², en cambio, propone recurrir a la *procuratio in rem sua*, figura de origen romano que no se encuentra regulada expresamente en la ley, para realizar la cesión de los créditos no documentados. Esta figura operaría mediante un mandato de cobrar dado por el acreedor (el deudor de la cosa perdida) a un tercero (el acreedor de la obligación cuyo cumplimiento en especie se torna imposible), con renuncia a la acción directa del mandato, vale decir, a la acción para exigir cuentas al mandatario y el traspaso de lo recibido de terceros (artículos 2155 y 2157 CCCh.). De este modo, el mandatario termina lucrándose por la causa que sea, previamente acordada.

Sin embargo, ambas formas de efectuar la tradición de los créditos no documentados tienen efectos distintos cuando son puestas en relación con el *cr.*

El mecanismo ofrecido por Alejandro Silva tiene el inconveniente que supone el otorgamiento de una escritura pública, con lo cual, y ante la negativa del deudor de ceder las acciones y derechos que tenga contra el tercero, el acreedor deberá demandar el cumplimiento forzado de esa obligación, por lo que el problema se desplaza de inmediato hacia sede judicial. A su vez, en esta sede es posible formular una nueva distinción, según si se admite o no que el contrato cuyo cumplimiento se torna imposible tenga por sí eficacia ejecutiva para dar lugar a una forma de cumplimiento forzado de la obligación de efectuar la cesión como la contemplada en el artículo 532 CPC., que faculta al juez para asumir la representación del deudor y suscribir en su nombre la respectiva escritura pública de cesión. El problema en este caso reside en que el requisito de la determinación de la obligación de hacer (artículo 530 CPC. se torna difícil de satisfacer, pues la prestación cuyo cumplimiento se solicita no es la misma que la originalmente pactada y, en consecuencia, el solo título ejecutivo no es suficiente para provocar la ejecución. Asimismo, se debe descartar que se pueda recurrir a la ejecución de la misma obligación de dar que, no obstante tornarse imposible de cumplir en especie, ha dejado

³³² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), p. 113, nota 158.

en el patrimonio del deudor un elemento representativo, pues los casos en que esta ejecución es admisible están descritos en el artículo 438 CPC., y ninguno de ellos considera como supuesto que la obligación se perpetúe en derechos y acciones y no en el equivalente pecuniario de la cosa debida. A ello se agrega que la obligación originalmente convenida es de dar y su cumplimiento en especie se ha hecho imposible por una causa no imputable al deudor, circunstancia que el artículo 464 Nº 15 CPC. contempla como una de las excepciones que el deudor puede oponer a la ejecución. Cerrada así la vía ejecutiva, el deudor necesariamente deberá recurrir en forma previa a un juicio declarativo en el cual se reconozca su derecho a la cesión del elemento representativo.

Esta vía procesal presenta, sin embargo, un nuevo inconveniente: el de la prescripción de la acción indemnizatoria extracontractual contra el tercero, que no se ve interrumpida por el juicio que el acreedor inicie contra el deudor para reclamar la cesión del elemento representativo, puesto que la eficacia interruptora que el artículo 2518 CCCh. asigna a la demanda judicial necesariamente queda circunscrita a la relación entre el acreedor (el deudor de la cosa que perece) y el deudor (el tercero que ha ocasionado el perecimiento de dicha cosa)³³³. Se puede solucionar este último obstáculo mediante el ejercicio conjunto de ambas acciones, la derivada del contrato contra el deudor y la dirigida contra el tercero que surge una vez que se autorice la cesión, recurriendo a la acumulación de acciones que permite el artículo 17 CPC.

El expediente de Alejandro Guzmán parece, en cambio, más acertado como medio de dar operatividad a la figura, siempre que la interpretación de las normas del mandato se haga con algún grado de despego de su tenor literal. En efecto, habrá que entender que la oferta de mandato está hecha en la propia ley, desde el momento que permite al acreedor exigir que se le cedan los derechos y acciones que el deudor tenga contra el tercero por cuyo hecho o culpa ha perecido la cosa (artículos 1590 y 1677 CCCh.)³³⁴. Como el mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, la que puede ser incluso tácita (artículo 2124 CCCh.), el ejercicio de los derechos y acciones que correspondan al deudor de la obligación devenida imposible de cumplir en especie por parte del acreedor importaría entender que la cesión exigida por la ley ha operado, sin que sea necesaria intervención judicial.

³³³ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), núm. 50, p. 233.

³³⁴ SILVA BASCUÑÁN, *De la cesión de derechos*, cit. (n. 323), núm. 293, p. 286, sostiene una idea similar, aunque con una forma distinta de materializar la transferencia del elemento representativo [véase más abajo, VII, 4, c)].

b) La segunda solución ofrecida respecto de la transferencia de los derechos personales, por su parte, supone rechazar que ésta pueda siquiera existir, bastando el solo contrato para que tales derechos se entiendan pertenecer al acreedor. Para Peñailillo³³⁵, la disciplina general de los derechos subjetivos en el *Código Civil* chileno es incongruente con el efecto personal del contrato que el mismo *Código* sienta como principio, pues éste supone que, perfeccionado un contrato cualquiera, nacen para las partes determinados derechos personales; y si esos derechos se refieren a la facultad de exigir la transferencia del dominio o la constitución de cualquier otro derecho real, la eficacia real del mencionado contrato se lograría únicamente por la subsiguiente tradición. Pero lo cierto es que por el solo contrato las partes han adquirido la especie de propiedad que el *Código Civil* reconoce existir sobre las cosas incorporales (artículo 583) y, en consecuencia, el solo contrato ha tenido la virtud de radicar en el patrimonio del acreedor tales derechos, sin que sea necesaria la cooperación del deudor enderezada a efectuar la tradición³³⁶. Con la interpretación y aplicación jurispruden-

³³⁵ PEÑAILILLO AREÁVALO, *Dificultades*, cit. (n. 272), p. 57.

³³⁶ Una conclusión como ésta supone necesariamente tomar partido sobre el sentido de la expresión “una especie de propiedad” que emplea el artículo 583 CCCh. respecto de las cosas incorporales. PEÑAILILLO AREÁVALO, *Los bienes*, cit. (n. 260), núm. 14, pp. 30-31, nota 27, expone en primer lugar la interpretación de GUZMÁN BRITO, *Las cosas incorporales*, cit. (n. 332), pp. 134-138, quien considera que el derecho chileno contempla un concepto genérico de propiedad, que no se identifica sólo con el dominio o con la cosa corporal misma, como hacían los romanos, sino que presenta una formulación de alcance más general. A su juicio, la propiedad puede ser entendida como “la cualidad abstracta que algo puede tener de ser “propio” de alguien, en oposición no a “común” sino a ‘ajeno’” (p. 137). Dentro de este concepto, en perfecta consonancia con la tradición histórica y como especies del mismo, el *Código Civil* se encarga de señalar tres formas distintas de propiedad: la propiedad sobre las cosas corporales (artículo 582), la propiedad sobre las cosas incorporales (artículo 583) y la propiedad sobre las cosas intelectuales (artículo 584). Enseguida, Peñailillo refiere la opinión crítica de CORRAL TALCIANI, Hernán, *Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito*, en *Revista Chilena de Derecho* 23 (1996) 1, pp. 16-17, para quien la expresión “una especie de propiedad” debe ser comprendida no en un sentido semántico restringido (como subespecie de un género mayor), sino como una proximidad en razón de semejanza o analogía. De este modo, el artículo 583 CCCh. dice en realidad, a juicio de Corral, que sobre las cosas incorporales hay una “suerte” de propiedad, una propiedad parecida, semejante, análoga, aunque no idéntica a la que existe respecto de las cosas corporales, que es el modelo prototípico recogido y definido en el artículo 582 CCCh. Finalmente, Peñailillo concluye que una idea genérica de propiedad alusiva a una titularidad exclusiva sobre una cosa no parece poco, aunque tal vez, para cumplir con las exigencias de lo que tradicionalmente es una definición, sea aconsejable una descripción básica del poder que se reconoce al titular, y que se debe entender que es

cial que se ha dado al artículo 19 Nº 24 de la *Constitución Política*, que extiende la garantía del derecho de propiedad a los bienes incorporales³³⁷, la derogación del efecto personal del contrato en lo que atañe a los derechos personales adquiere aún más sentido.

Si la forma en que se efectúa el traspaso de los derechos subjetivos opera de la manera antedicha, quiere decir que no existe obstáculo para concluir, en lo que se refiere a la operatividad del *cr.*, que los derechos y acciones que correspondan al deudor contra el tercero que ha causado la pérdida de la cosa debida se entienden traspasados al acreedor desde el momento mismo en que tales derechos y acciones pasan a subrogar en el patrimonio del deudor a la cosa debida, lo que se produce con la perpetración del hecho y el consiguiente perecimiento de la cosa. Dicho en otros términos, ocurrida la pérdida de la cosa debida, el acreedor puede ejercer directamente los derechos y acciones nacidos para el deudor en virtud de esa pérdida ocasionada por un tercero, y lo hará invocando como título el propio contrato en que consta su derecho de crédito (sobre el que existe “una especie de propiedad”) y las normas legales que le reconocen el derecho a exigir la cesión y que dan efecto real a ese mismo contrato en lo que a los derechos del acreedor se refiere.

c) En fin, la tercera solución ofrecida la proporciona Alejandro Silva³³⁸, quien considera que el artículo 1677 CCCh. contiene una forma indirecta de cesión de créditos contemplada por el legislador, que otorga una facultad opcional al posible cesionario. Cuando se ha producido la pérdida de la cosa debida y ésta es posible de atribuir a un tercero, la ley crea a favor del cesionario un título de enajenación que reemplaza el respectivo contrato traslaticio. La tradición y efectiva enajenación del crédito, en cambio, no se produce antes del cumplimiento por el cedente de su obligación legal, cumplimiento éste que se debe realizar por la entrega del título, para que se entienda perfeccionado entre las partes (artículos 699 y 1901 CCCh.), y mediante la notificación judicial o aceptación del deudor, para que la transferencia produzca efectos respecto del deudor y de terceros (artículo

el máximo si éste detenta la “propiedad” sobre su derecho sin restricciones.

³³⁷ Véase, con referencias bibliográficas: RÍOS LABBÉ, Sebastián, *Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad*, en MARTINIC GALETÓVIC, María Dora - TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Presente, pasado y futuro de la codificación* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2005), I, pp. 558-562.

³³⁸ SILVA BASCUÑÁN, *De la cesión de derechos*, cit. (n. 323), núm. 293, pp. 285-286. Este autor menciona también en este mismo grupo las cesiones a las que se refieren los artículos 1968 incisos primero y segundo, 2187 inciso primero, 2231 y 2302 CCCh., y 257 y 553 C. de C.

1902 CCCh.). De este modo, sin embargo, se vuelve al mismo problema ya expuesto precedentemente, pues los derechos y acciones que nacen a consecuencia de la pérdida de la cosa debida no tienen generalmente constancia documental y, por consiguiente, tanto su entrega como la notificación al deudor se tornan físicamente imposibles. Será menester, entonces, recurrir a alguna de las formas de cesión de créditos no documentados que ya se ha mencionado, y encontrar en ella la solución a esta dificultad que impide la operatividad del traspaso del elemento representativo.

En suma, sea que se realice la cesión de los derechos y acciones recurriendo al expediente expuesto por Alejandro Guzmán, o que se entienda que la tal cesión está implícita en el mismo contrato por la disciplina que el *Código Civil* contempla respecto de los derechos subjetivos, la operatividad del *cr.* termina asemejándose a una cesión legal, idea que no estuvo en la mente del legislador al ocuparse de la figura, pero que, desde este análisis de *lege ferenda*, resulta más adecuada para satisfacer el interés del acreedor. Aceptada esta forma de operación de la figura, es posible concluir que el acreedor de cosa determinada posee sobre ella un *ius ad rem*³³⁹, con lo cual el derecho chileno termina sin diferenciarse sensiblemente, al menos en lo que se refiere a las relaciones entre las partes, de aquellos ordenamientos en que se asigna eficacia real al contrato, pues el acreedor termina gozando de un monopolio jurídico de las utilidades de uso y de cambio de la cosa respecto del deudor³⁴⁰.

Se puede concluir, entonces, como lo hace Betti³⁴¹ (1890-1968), que el problema que busca solucionar la atribución del *cr.* se encuentra en el desajuste de los intereses que las partes regularon a través del contrato y que se ha visto frustrado por la imposibilidad de la prestación imputable a un tercero. Enfrentada a esta frustración, la ley da una respuesta que intenta

³³⁹ El *ius ad rem* es una figura intermedia entre el verdadero derecho real (*ius in rem*) y el puro derecho personal (*ius in personam*), que aparece en la baja edad media para explicar algunos supuestos típicos de la época, relacionados con el sistema feudal y los beneficios eclesiásticos. Sirve para designar la situación jurídica en que se encuentra aquella persona que tiene un título que le da derecho para adquirir una determinada cosa, cuando todavía no la ha adquirido mediante la necesaria toma de posesión. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos*, I, cit. (n. 108), pp. 81-82.

³⁴⁰ PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), pp. 1736-1737. En términos similares, BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, p. 157, afirma que a través de una norma como el artículo 1259 del *Codice Civil* (equivalente al artículo 1677 CCCh.) “se confiere al acreedor el poder de apropiarse un crédito que no es suyo, sino ajeno; es decir, del deudor”. Contra: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), p. 1616.

³⁴¹ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, cit. (n. 1), I, p. 206.

adecuar la posición de legitimación sobre la prestación, esto es, la investidura del poder de actuación para el recupero patrimonial de la misma, a la situación de ordenación de intereses programada por las partes.

Por último, cabe señalar que la opción del *Código Civil* por la cesión de derechos personales como la forma de operar la atribución del elemento representativo al acreedor tiene dos consecuencias fundamentales. La primera de ellas es la contemplada en el artículo 1906 CCCh., que establece el alcance de la cesión: ella comprende las garantías que aseguren el crédito cedido, pero no traspasa al cesionario las excepciones personales del cedente³⁴². Estas garantías son, por cierto, las que el tercero que ha ocasionado la imposibilidad de la prestación pueda haber constituido a favor del deudor, y en nada atañen a aquellas que el deudor pueda haber constituido a su vez para asegurar el cumplimiento de su prestación, que en este caso se verifica mediante la cesión del elemento representativo. La segunda de dichas consecuencias es la obligación de garantía establecida en el artículo 1907 CCCh.: cuando la cesión es a título oneroso, el cedente se hace responsable de que al tiempo de efectuarla el crédito verdaderamente le pertenezca, salvo que expresamente se haya hecho responsable también de la solvencia del deudor³⁴³.

4. La inexistencia de acciones o derechos del deudor que puedan ser cedidos.

Abeliuk³⁴⁴ y Alcalde Rodríguez³⁴⁵, por su parte, rechazan las solucio-

³⁴² MADRIOLI, *Commoodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 467, considera que esta limitación no rige para el *cr.*, puesto que los derechos y acciones pasan directamente del deudor al acreedor por efecto de la subrogación que opera a través de la figura.

³⁴³ SILVA BASCUÑÁN, *De la cesión de derechos*, cit. (n. 323), núm. 293, p. 286, señala que en las cesiones cuyo título o causa de transferencia es la ley, el cedente no está obligado a prestar una garantía de derecho que lo obligue a responder de la evicción del crédito transferido, porque esta responsabilidad funciona únicamente en las cesiones convencionales onerosas. Como la onerosidad de un contrato se relaciona con la existencia de una contraprestación, sea real u obligacional, de cualquier naturaleza, que es el precio de lo que la otra parte presta o se obliga a prestar, se debe concluir que la cesión del *cr.* es naturalmente onerosa, si así lo es también el contrato cuyo cumplimiento se verifica mediante la transferencia del elemento representativo. Sobre este concepto de onerosidad, de connotación más jurídica, véase: GUZMÁN BRITO, *De las donaciones*, cit. (n. 175), § 8, pp. 41-48.

³⁴⁴ ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, cit. (n. 28), II, núm. 768, p. 688. Así, en España: FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 81-83 y 97-98; PANTALEÓN PRIETO, *El sistema*, cit. (n. 5), p. 1022, nota 8; y en Italia: MICCIO, *Delle obbligazioni*, cit. (n. 311), pp. 342-343; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 532.

³⁴⁵ ALCALDE RODRÍGUEZ, *La acción subrogatoria*, cit. (n. 294), pp. 144-146.

nes anteriores, pues consideran que el deudor no puede ceder derechos y acciones que no tiene; aquél simplemente carece de acción para dirigirse contra el autor del daño, porque el comportamiento de este último no le ha significado perjuicio alguno en su patrimonio, dado que la obligación se ha extinguido por caso fortuito. Los derechos y acciones derivados de la imposibilidad de la prestación nacen, pues, directamente en el acreedor.

Una interpretación como ésta, sin embargo, confunde los planos de incidencia del hecho del tercero en el programa de prestación. En efecto, este hecho puede influir de dos formas distintas: i) incide, ante todo, en la titularidad del deudor respecto de la cosa, de suerte que el hecho del tercero comporta para él un daño, representado por la disminución patrimonial que ha supuesto la pérdida de dicha cosa; ii) asimismo, incide en la relación obligatoria que une al acreedor y al deudor, produciendo la insatisfacción del interés del primero, quien queda privado de la posibilidad de exigir el cumplimiento específico de la prestación. En la primera de estas situaciones es evidente que el deudor tiene una acción destinada a que se le resarza el daño causado por el tercero, consistente en la destrucción de una cosa que integra su patrimonio y que de no mediar el hecho ilícito de aquél seguiría ahí. El hecho del tercero no es para él, pues, un caso fortuito, sino que desencadena la responsabilidad aquiliana de éste de acuerdo a las reglas generales. Ahora bien, en lo que se refiere al efecto de ese hecho en la relación obligatoria existente entre el acreedor y el deudor, el hecho del tercero puede o no comportar para el deudor un caso fortuito, y lo será cuando sea la única causa del incumplimiento. Con todo, y como se ha dicho, la imposibilidad de la prestación se juzga de acuerdo a un criterio flexible, de modo que la pérdida de la cosa debida no extingue la obligación del deudor en la medida que en su patrimonio exista un elemento representativo de aquélla, como son los derechos y acciones que tiene contra el tercero por cuyo hecho o culpa ésta se ha perdido. Dicho hecho sólo liberará al deudor de responder de los perjuicios que el incumplimiento produzca al acreedor, debido a que ellos no le pueden ser causalmente atribuidos (artículo 1679 CCCh., *a contrario sensu*).

Además, según se verá más adelante, el *cr.* tiene existencia autónoma respecto de la pretensión indemnizatoria en sede aquiliana que corresponde al acreedor para proteger su derecho de crédito. Ambas figuras responden a principios y criterios distintos, no obstante nacer del mismo hecho. No cabe, pues, confundir su procedencia y negar por ello lugar a un medio de tutela del acreedor como es el contemplado en el artículo 1677 CCCh., por la sola razón que el acreedor cuente también con una acción indemnizatoria propia en sede extracontractual.

VIII. LA PRETERICIÓN DEL “COMMODUM REPRAESENTATIONIS” EN ALGUNOS SISTEMAS JURÍDICOS

El *cr.*, pese a su arraigo en el sistema romano-germánico, ha sido desconocido por algunos sistemas jurídicos. Por su importancia sólo nos ocuparemos a continuación de cuatro de ellos.

1. El “Common Law”.

En el “Common Law”, el desconocimiento del *cr.* se explica por tres razones: su concepción del contrato (a), la regla general de exclusión de la pretensión de cumplimiento (b) y los efectos atribuidos a la imposibilidad de la prestación (c). Un trato distinto, sin embargo, ha recibido el *commodum ex negotiatione* (d).

a) La primera razón que explica la omisión del *cr.* en el “Common Law”, es la forma de concebir el contrato que existe en este sistema jurídico. Mientras en los países de derecho continental los conceptos jurídicos tienden a ser de construcción legal, existiendo una tipicidad jurídica de configuración (el reconocimiento tanto de una categoría abstracta y general de contrato como de tipos contractuales diferenciados para los distintos contratos) y otra de regulación (el establecimiento de una disciplina particular para el contrato en general y para cada contrato en particular)³⁴⁶, en el “Common Law” la elaboración de los mismos se hace en sede judicial, lo que incide en su comprensión, alcance y desarrollo. Por eso, y siguiendo la nomenclatura de la filosofía analítica, Galgano³⁴⁷ ha señalado que el “Common Law” utiliza el lenguaje de las cosas, en tanto que el derecho continental emplea un metalenguaje para explicar aquellos fenómenos desde los que construye sus conceptos jurídicos. Continúa este autor³⁴⁸ dividiendo los sistemas jurídicos occidentales según el concepto de contrato al que recurren. Así, el “Common Law” se sirve de una abstracción de primer grado, de modo que entiende por contrato sólo aquél que en el derecho continental es concebido como un contrato a título oneroso, lo que se condice con el lenguaje normal de las cosas: el contrato es el acuerdo destinado a efectuar una determinada prestación a cambio de otra que se mira como su equivalente³⁴⁹. El sistema romano-francés, por su parte, utiliza una abs-

³⁴⁶ GETE-ALONSO Y CALERO, María del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual* (Barcelona, Bosch Casa Editorial S. A., 1978), pp. 16-17.

³⁴⁷ GALGANO, Francesco, *Il negozio giuridico*, en CICU, Antonio - MESSINEO, Francesco - Mengoni, Luigi, *Trattato di diritto civile e commerciale*, III-1 (Milano, Guiffré Editore, segunda edición, 2002), núm. 9.2, p. 33.

³⁴⁸ GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit. (n. 347), núm. 9.2, p. 34.

³⁴⁹ ATIYAH, P. S., *An Introduction to the Law of Contract* (3^a edición, Oxford, Cla-

tracción de segundo grado para explicar esta categoría y, en consecuencia, se entiende que el contrato puede ser tanto a título oneroso como gratuito, porque lo realmente importante es que éste sea un acuerdo de voluntades que dé origen a determinados derechos y obligaciones (artículos 1437 y 1438 CCCh.). En fin, el sistema germánico se construye a partir de una abstracción de tercer grado, que renuncia a la categoría de contrato, para situar en su lugar la de negocio jurídico, que puede ser tanto unilateral como bilateral (sección 3^a del libro I BGB).³⁵⁰

Como es natural, las distintas concepciones sobre el contrato influyen sobre el alcance que se da al mismo, en especial en lo que se refiere a la vinculación que éste comporta para las partes. Así, en el “Common Law”, el contrato no se concibe como un acto generador de deberes de cumplimiento jurídicamente exigibles que han sido prometidos por el deudor a favor del acreedor, sino que se entiende que aquél asume el riesgo de que cierto resultado se produzca³⁵¹. La idea de una regla contractual como una norma según la cual tiene que dirigir su conducta el deudor (artículo 1545 CCCh.) es ajena al “Common Law”, que mira al contrato como una promesa jurídicamente ejecutable que asegura al acreedor un resultado a cargo del deudor, quien asume una responsabilidad de satisfacción más allá de su declaración de buena fe³⁵². Dos son, pues, los elementos que

rendon Press, 1981), p. 29; TREITEL, Güenter H., *The Law of Contract* (3^a edición, London, Stevens & Son, 1970), p. 1.

³⁵⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato*, IV: *Los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004), pp. 187-254. Sobre las influencias de estas ideas en el *Código Civil* chileno, véase: CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio, *Arts. 1437 y 1438 del Código Civil: “contrato” y “convención” como sinónimo en materia de fuente de obligaciones*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007) 2, pp. 289-302; CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, en CORRAL TALCIANI, Hernán - ACUÑA SBOCCIA, Guillermo (editores), *Cuadernos de Extensión*, 6: *Derecho de los contratos* (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes, 2002), pp. 69-97; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato (II): El sistema y el vocabulario de la negocialidad jurídica en las codificaciones americanas*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 19 (1997), pp. 96-100.

³⁵¹ DIEZ-PICAZO - MORALES - ROCA TRÍAS, *Los principios*, cit. (n. 34), pp. 318-321; MORALES MORENO, *Comentario al artículo 35*, cit. (n. 34), pp. 289-292; ZIMERMANN, *The law of obligations*, cit. (n. 67), p. 776.

³⁵² GARNER, Bryan A. (editor), *Black's Law Dictionary* (7^a Edición, Saint Paul, Minnesota, West Group, 1999), voz *contract*, p. 318, define el contrato como “un acuerdo entre dos o más partes que crea obligaciones que son ejecutables o reconocidas de otra manera por el derecho”. El § 1 del *Second Restatement of Contracts*

intervienen en la construcción de este concepto de contrato: la promesa ("promise") y su exigibilidad jurídica ("enforceability").

El primero de estos elementos constituye el fundamento moral del derecho de contratos, porque importa reconocer que las personas se pueden imponer a sí mismas obligaciones donde nada existía con anterioridad³⁵³. A partir de este compromiso, algo que en su ausencia era moralmente neutro pasa a tener relevancia moral y jurídica³⁵⁴, puesto que la justicia conmutativa que subyace al acuerdo impone a quienes se han comprometido en él que cumplan con su parte³⁵⁵. De este modo, para asegurar que la consecución de los propósitos de las partes se concrete, es esencial que se pueda convertir en no opcional un curso de acción que en caso contrario lo sería³⁵⁶. Sólo así es posible hacer más fácil los proyectos de los agentes del mercado, puesto que cada uno de ellos puede contar con la conducta futura de los otros para la consecución de sus proyectos³⁵⁷. Pues bien, cuando la creencia de uno de estos agentes en que otro cooperará con él activamente deriva de su convicción de que hará lo correcto, entonces aquél confía en éste. La promesa es el instrumento que da a esa confianza su fuerza y la hace una realidad, porque transforma una elección moralmente neutra en una moralmente apremiante³⁵⁸.

Es precisamente este carácter de compromiso que subyace en el contrato

(1979), por su parte, ofrece el siguiente concepto de contrato: "*una promesa o un conjunto de promesas para cuyo incumplimiento la ley otorga un remedio, o cuyo cumplimiento es reconocido por ella de alguna forma como un deber*" ("*a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*"). Con más claridad, prestando atención a sus elementos esenciales, el § 1-201 (12) del *Uniform Commercial Code* (1952, UCC) señala: "*El "contrato", a diferencia del "acuerdo", significa la total obligación legal que es resultado del acuerdo de las partes, incluyendo tanto el concluido conforme al UCC como el complementado por cualquier otra ley aplicable*" ("*Contract*", as distinguished from "*agreement*", means the total legal obligation that results from the parties' agreement as determined by [the Uniform Commercial Code] as supplemented by any other applicable laws"). La idea de contrato como garantía de un resultado, en fin, es recogida en el § 2-714 (2) UCC. y, tras su reforma de 2001, en el § 241 (2) BGB.

³⁵³ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 11.

³⁵⁴ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 24.

³⁵⁵ A este respecto, resulta interesante situar en su justo lugar, a partir de su origen histórico y dogmático, el artículo 1545 CCCh. Para esto, véase: PIZARRO WILSON, Carlos, *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho* 31 (2004) 2, pp. 225-237.

³⁵⁶ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 26.

³⁵⁷ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 26.

³⁵⁸ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 20.

el que hace que se puedan mantener en el tiempo los proyectos complejos, y lo es porque a través del contrato cada una de las partes pone en manos de la otra su prestación futura en el presente, haciendo actual un intercambio que sólo se concretará con posterioridad³⁵⁹. Desde el derecho romano se ha entendido que lo realmente importante no es el contrato entendido como un acuerdo de voluntades, sino las obligaciones que de élemanan para las partes: son ellas las que deben ser consideradas como “contractuales” y generar las consecuencias que la ley les atribuye³⁶⁰. Pero a diferencia del derecho continental, que identifica esas consecuencias de un contrato con los derechos y obligaciones que éste genera para las partes, en el “Common Law” estas consecuencias se relacionan con un resultado, con una promesa que ha hecho el deudor a su acreedor, y que puede abarcar no sólo derechos y obligaciones, sino también incluir ciertas garantías respecto de hechos, situaciones o estados de la realidad que se desea que ocurran de determinada forma³⁶¹.

Se puede decir, entonces, que para el “Common Law” la obligación moral de la promesa como base de toda la teoría del contrato descansa en el respeto de la autonomía individual y la confianza. La promesa, por la expectativa de un resultado que ha creado en el otro contratante, obliga hacia el futuro, aun pasado el momento y circunstancias en que se la hizo³⁶². Ahora bien, para diferenciar una promesa simplemente moral de una susceptible de ser calificada como contrato hay que atender a la “con-

³⁵⁹ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 27.

³⁶⁰ FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit. (n. 121), p. 108.

³⁶¹ Cuando se adquiere una empresa, la práctica comercial está haciendo habitual la introducción de cláusulas contractuales de declaraciones y garantías, propias de los modelos contractuales anglosajones. Estas cláusulas importan proposiciones relativas a hechos pasados o presentes, a creencias sobre hechos pasados, presentes o futuros, o a predicciones de eventos futuros, y que un contratante (generalmente, el vendedor) hace y dirige al otro, con la intención de que tengan efecto jurídico, en principio favorable al segundo. Estas cláusulas se ajustan de manera diferenciada a las estrategias contractuales de realización de valor que las partes persiguen y, en consecuencia, su introducción en un contrato supone una variación en la realización del propósito contractual conjunto de los contratantes. A través de este mecanismo, pues, el concepto de contrato del derecho continental se proyecta hacia la satisfacción del interés del acreedor, representado no sólo por la prestación, sino también por hechos, situaciones o estados de la realidad que se desea que ocurran de determinada forma. Sobre estas cláusulas, véase: ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique, *La cláusula de “declaraciones y garantías” en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos*, en *Actualidad Jurídica* 17 (2008), pp. 243-255; GÓMEZ POMAR, *El incumplimiento*, cit. (n. 77), pp. 32-38.

³⁶² FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), pp. 30-31.

sideration”, que se define como aquello que se da o bien que se promete a cambio de la promesa ajena³⁶³. Como ha señalado Fiori³⁶⁴, la tipicidad contractual, que por el grado de abstracción seguido en el “Common Law” no es especialmente relevante en este sistema, no busca tanto individualizar la sustancia del *definiendum* de un contrato, sino marcar su perímetro con otros. Así, el acuerdo de las partes (“agreement”) que se considera generador de una promesa (“promise”) no es en sí jurídicamente vinculante. Para que un contrato pueda ser considerado como tal es menester que exista un elemento ulterior, objetivo y estructural, pero distinto del acuerdo, el que se designa con el nombre de “consideration”³⁶⁵.

Con todo, esta idea de promesa que existe detrás del contrato no sólo abarca la obligación principal, sino también un sinnúmero de cláusulas (“terms”), referidas tanto al mantenimiento de ciertas situaciones (“intermediate terms”) como a condiciones (“condicions”) y garantías (“warranties”), no todas las cuales comportan una promesa en el sentido estricto del término³⁶⁶. Dejando de lado el primer grupo, cada cláusula del contrato, expresa o tácita, es ante la ley una garantía (expresa o tácita), pues

³⁶³ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 47. Según explica GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato*, cit. (n. 147), pp. 209-225, la redacción adoptada por Andrés Bello en el artículo 1467 CCCh. posee probablemente una doble fuente. La primera de ellas son los *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), de William Blackstone (1723-1780), donde el equivalente a la *causa* en el “Common Law”, la “consideration”, es definida como “la razón que mueve a la parte contratante a entrar en el contrato” (“the reason which moves the party contracting to enter into the contract”), o bien como la “cosa, que es el precio o motivo del contrato” (“[the] thing, which it the price or motive of the contract”). La segunda es una fuente muy recurrida por Bello, el *Cours de Code Civil* de Claude-Etienne Delvincourt, en el cual se define la causa como “aquel que determina a las partes a contratar” (“ce qui détermine les parties à contracter”). Ninguno de estos dos autores atribuye a la causa del contrato un sentido subjetivo como el que después se le ha querido dar, identificándolo con los motivos psicológicos de las partes. Por el contrario, el modo en que la entienden corresponde al que ya se le atribuía en Roma: el motivo objetivo de las partes para contratar, que denota la eficacia jurídica del acuerdo (pp. 234-269). Sobre la relación entre la “consideration” del “Common Law” y la causa del derecho continental, véase además: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La doctrina de la “consideration” en Blackstone y sus relaciones con la “causa” del “ius commune”*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 375-406.

³⁶⁴ FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit. (n. 121), pp. 108-109.

³⁶⁵ FIORI, *Tipicità contrattuale*, cit. (n. 121), p. 109, explica que el elemento que otorga exigibilidad a un acuerdo es, en los contratos típicos, el propio tipo contractual, mientras que en los contratos atípicos es necesario demostrar la causa que llevó a las partes a contratar.

³⁶⁶ ATIYAH, *An introduction*, cit. (n. 349), pp. 145-151.

supone la promesa de que algo (no necesariamente dentro del control del deudor) sucederá o no sucederá en el futuro. Si una cláusula es infringida, el acreedor puede reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual, pero debe seguir cumpliendo con su parte del acuerdo, dado que dicha cláusula sólo estará referida a aspectos relativamente menores o subsidiarios respecto del propósito que busca alcanzar el contrato³⁶⁷. El acreedor puede únicamente desvincularse del contrato si la cláusula que el deudor ha incumplido es una condición, esto es, si es especialmente importante para el cumplimiento del contrato³⁶⁸, y, excepcionalmente, cuando la garantía se refiere a ciertos hechos que han inducidos a la parte a contratar o cuyo incumplimiento supone graves perjuicios para el acreedor³⁶⁹.

El segundo elemento que delinea el contrato en el “Common Law” es el carácter coercible de la promesa, que permite distinguir entre un contrato propiamente tal y otros acuerdos o estructuras de cooperación a los que no se les reconoce carácter vinculante. Aquí reside, pues, la principal diferencia con el derecho continental, que es capaz de elaborar de manera abstracta y general un conjunto de reglas aplicables a las obligaciones con valor normativo en todas las ramas del derecho privado, sin que sea necesaria la particularización de su fuente³⁷⁰. Así, mientras el “Common Law” regula el fenómeno económico de los intercambios de bienes y servicios a partir del concepto de contrato, destinado a asegurar al acreedor un resultado que es capaz de ser exigido judicialmente, el derecho continental concibe este fenómeno a partir de derechos subjetivos y obligaciones, que son entendidos como el expediente técnico ideado para ordenar y expresar los efectos jurídicos que se siguen de la regulación de intereses que las partes han plasmado en el contrato³⁷¹. Bajo esta concepción, el contrato se mira como una vinculación de libertades, donde cada parte se ordena de cierta manera hacia el bienestar de la otra, con tanta intensidad como para admitir que la efectividad de esa vinculación puede ser exigida aun coercitivamente. Por esta razón, en el derecho continental, el pilar real y conceptual de

³⁶⁷ TREITEL, Günter H., *An Outline of The Law of Contract* (3ª edición, London, Butterworths, 1984), p. 271.

³⁶⁸ ATIYAH, *An introduction*, cit. (n. 349), pp. 145-146; TREITEL, *An outline*, cit. (n. 367), p. 271; ZWEIGERT, K. - KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law* (traslated by Tony Weir, 3ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1998), pp. 505-507.

³⁶⁹ TREITEL, *An outline*, cit. (n. 367), p. 274.

³⁷⁰ DE LOS MOZOS, José Luis, *Concepto de obligación*, en *Derecho civil (método, sistema y categorías jurídicas)* (Madrid, Editorial Civitas, 1988), p. 308.

³⁷¹ GÓMEZ POMAR, *El incumplimiento*, cit. (n. 77), p. 4.

la ordenación recíproca de la cooperación entre las partes descansa en la obligación antes que en el contrato, puesto que ella se concibe como la facultad moral e inviolable de exigir algo a otro, quien se encuentra a su vez en la necesidad de ejecutar una determinada prestación.

Consecuente con su forma de entender la vinculación entre las partes, directamente enderezada hacia el contrato, en el "Common Law" la fuerza obligatoria que se reconoce como el segundo elemento característico de la noción de contrato se reduce al pago de una indemnización de perjuicios, como se verá enseguida. En dicha sede el problema consistirá, entonces, en determinar cuál es la medida de los perjuicios: las expectativas del acreedor, los gastos por confianza o la restitución de lo que el acreedor hubiera dado en razón del contrato³⁷².

b) Una segunda razón que justifica el desconocimiento del *cr.* en el "Common Law", es la regla general de exclusión de la pretensión de cumplimiento ("specific performance") que existe en este sistema³⁷³. Ante el incumplimiento de un contrato ("breach of contract"), el remedio tradicional que se reconoce al acreedor es la acción de indemnización de perjuicios³⁷⁴. Como señalara el Juez Oliver Wendell Holmes³⁷⁵ (1841-1935), "*La única consecuencia universal de una promesa jurídicamente obligatoria es que el derecho hace que el deudor pague los daños y perjuicios si el acontecimiento prometido no ocurre*". La idea predominante en el "Common Law" es, pues, que el resultado asegurado por el deudor (la promesa) queda reducido al pago de la respectiva indemnización de perjuicios, que se mira como el umbral de satisfacción del interés del acreedor. Los contratos se celebran y sus cláusulas son redactadas partiendo del supuesto que ellos serán cumplidos; si no lo son, el acreedor puede demandar la indemnización de perjuicios que restablezca su interés frustrado³⁷⁶.

El origen de esta particular forma de hacer operativa la fuerza obliga-

³⁷² Sobre el interés a indemnizar, desde una perspectiva comparada, véase: TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, cit. (n. 31), pp. 27-41.

³⁷³ PANTALEÓN PRIETO, *Comentario al artículo 74*, cit. (n. 5), pp. 580-581; SIEMS, Mathias M., *Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis*, en *Edinburgh Law Review* 7 (2003), p. 45.

³⁷⁴ ATIYAH, *An introduction*, cit. (n. 349), p. 324; TREITEL, *An Outline*, cit. (n. 367), p. 305; TREITEL, *The Law of Contract*, cit. (n. 349), p. 785; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit. (n. 67), p. 814.

³⁷⁵ HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law* (Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, edited by Mark De Wolfe Howe, 1967), p. 236.

³⁷⁶ FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 168.

toria de un contrato, explica Zimmermann³⁷⁷, se encuentra en la acción de “assumpsit”, originalmente un remedio extracontractual destinado a cobrar los perjuicios provenientes del incumplimiento de un contrato. Esta acción, por su parte, nace de la acción de “trespass”, por la cual el demandante puede exigir en sede aquiliana el pago de una indemnización en dinero por el daño que ha sufrido. Ella se funda en un ilícito de formulación genérica, que existe cada vez que una persona comete un acto ilegal en contra de la persona o propiedad de otro, y que históricamente ha sido aplicado con distintos grados de especialidad³⁷⁸.

Consecuente con esta forma de entender la fuerza obligatoria del contrato, la pretensión de cumplimiento queda reservada como un remedio que sólo en ciertos casos la equidad hace aconsejable³⁷⁹. Treitel³⁸⁰ explica que los tribunales ingleses han sido reticentes a conceder la ejecución en naturaleza de la prestación incumplida fundados en dos órdenes de ideas. En primer lugar, se considera que la indemnización de perjuicios es un remedio mucho menos agresivo que aquel que importa exigir el cumplimiento forzado del contrato, dado que esta última solución supone una intromisión en la esfera personal del deudor. En segundo término, se considera que la pretensión de cumplimiento puede producir otros efectos colaterales cuya consecuencia es un desequilibrio de los intereses que el contrato buscaba ajustar, volviéndose el remedio precisamente contra la parte que se desea proteger.

Para admitir la procedencia de la pretensión de cumplimiento, se han establecido las siguientes reglas³⁸¹: i) no es admisible cuando los daños sufridos por el acreedor pueden ser adecuadamente compensados mediante la indemnización de perjuicios (por ejemplo, es improcedente en aquellos contratos que versan sobre cosas genéricas, que pueden ser conseguidas fácilmente en el mercado)³⁸²; ii) es un remedio que queda entregado a la

³⁷⁷ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit. (n. 67), p. 777.

³⁷⁸ GARNER, *Black's Law Dictionary*, cit. (n. 352), voz *trespass*, p. 1508.

³⁷⁹ TREITEL, *An Outline*, cit. (n. 367), p. 339; TREITEL, *The Law of Contract*, cit. (n. 349), p. 785; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit. (n. 67), pp. 779-781.

³⁸⁰ TREITEL, *The Law of Contract*, cit. (n. 349), pp. 834-835.

³⁸¹ ATIYAH, *An Introduction*, cit. (n. 349), pp. 324-326; TREITEL, *An outline*, cit. (n. 367), pp. 339-343; TREITEL, *The Law of Contract*, cit. (n. 349), pp. 835-850; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit. (n. 67), p. 781.

³⁸² Se ha entendido que al menos en tres casos la indemnización de perjuicios no resulta un remedio adecuado para proteger al acreedor: i) cuando el demandante no puede conseguir un bien que sustituya adecuadamente a aquel sobre el que versaba el contrato; ii) cuando los daños son difíciles de avaluar; iii) cuando la indemnización de perjuicios no es un remedio adecuado, pues los daños sufridos por el acreedor son sólo nominales, pero se desea evitar un enriquecimiento injusto por parte del deudor,

discreción del tribunal, quien deberá rechazarlo cuando el cumplimiento específico resulta excesivamente oneroso, cuando el contrato ha sido obtenido existiendo algún vicio en el consentimiento o cuando la conducta del propio acreedor no está de acuerdo con la buena fe objetiva; iii) existen ciertos contratos que son, por su propia naturaleza, imposibles de ser cumplidos en especie, como aquellos que envuelven servicios personales, o prestaciones periódicas que exigirían constante supervisión por parte del tribunal, que están redactados en términos demasiado vagos, que sólo pueden ser cumplidos en parte, etcétera; iv) se admite el cumplimiento forzado de contratos que benefician a terceros, siempre que ése sea el modo más adecuado de alcanzar el propósito que con él se perseguía.

c) La última de las razones que explica la omisión del *cr.* en el "Common Law" se relaciona con la disciplina que tiene la imposibilidad de la prestación en este sistema. Bajo la teoría de la "frustration", el "Common Law" estudia todos aquellos casos en que, luego de su celebración, el cumplimiento del contrato se torna ilegal, imposible o comercialmente inútil³⁸³. Cuando algo así ocurre, la principal consecuencia que se sigue es la terminación automática del contrato, sin que ello implique, en principio, efectos retroactivos³⁸⁴. Ante tal consecuencia, no cabe reconocer al acreedor una pretensión dirigida a conseguir la entrega del elemento representativo de la prestación que se ha vuelto imposible y que se ha recibido precisamente como una consecuencia de la imposibilidad, dado que siempre el acreedor dispondrá de una acción extracontractual para dirigirse contra el tercero, fundada en el "tort of interference"³⁸⁵.

Con todo, es posible observar una situación distinta a la recién señalada respecto del *commodum ex negotiatione*, el que ha sido tratado como una forma de acción por enriquecimiento injusto ("accounting for profits"). A través de esta figura se reconoce al acreedor una pretensión dirigida a la restitución de los beneficios que ha obtenido el deudor como consecuencia del incumplimiento contractual, sobre todo en los casos en que éste reviste especial gravedad y es de suyo reprobable³⁸⁶.

que puede retener lo que ya ha recibido en virtud del contrato sin dar nada a cambio. Cf. TREITEL, *An Outline*, cit. (n. 367), pp. 339-340; TREITEL, *The Law of Contract*, cit. (n. 349), pp. 836-839.

³⁸³ TREITEL, *An Outline*, cit. (n. 367), p. 289; TREITEL, *The Law of Contract*, cit. (n. 349), p. 741.

³⁸⁴ ATIYAH, *An Ontroduction*, cit. (n. 349), pp. 292-293; FRIED, *La obligación contractual*, cit. (n. 29), p. 168; TREITEL, *An Outline*, cit. (n. 367), p. 300.

³⁸⁵ Sobre esta figura, véase: ROGERS, W. V. H., *Winfield & Jolowicz on Tort* (14^a edición, London, Sweet & Maxwell, 1994), pp. 517-532.

³⁸⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Commoodum ex negotiatione*, cit. (n. 183), pp.

2. El “Code des obligations” de Suiza.

El *Code des obligations* de Suiza no contempló el *cr.* entre los remedios ante el incumplimiento contractual. Sin embargo, ello no fue obstáculo para que la doctrina entendiera que su procedencia se desprendía del sentido y finalidad del artículo 119 (2)³⁸⁷, que sólo pretende descargar de responsabilidad al deudor exento de culpa en la medida en que la subsistencia del crédito implique para él un perjuicio, lo que no ocurre cuando existen determinados valores que pasan a ocupar en el patrimonio del deudor el lugar de la prestación debida y que dejan subsistente el derecho de crédito del acreedor a su respecto³⁸⁸.

3. El nuevo Derecho de contratos.

La expresión “nuevo derecho de contratos” designa una reciente construcción del derecho contractual surgida del derecho uniforme por las necesidades del comercio internacional, y que ha ejercido y continúa

1610-1614. Para un estudio comparado de esta clase de enriquecimiento injustificado, véase: GIGLIO, Francesco, *Restitution for Wrongs: a Comparative Analysis*, en *Oxford University Comparative Law Forum* 6 (2001), disponible www.ouclf.ius-comp.org [fecha de consulta: 26 de agosto de 2008] [el *commodum ex negotiatione* está tratado en el capítulo IV, 2, ii], a propósito de los remedios de enriquecimiento injustificado ante un incumplimiento contractual que contempla el derecho alemán]; SIEMS, *Disgorgement of Profits*, cit. (n. 373), pp. 27-59 (en pp. 36-37, el *commodum ex negotiatione* es mencionado como uno de los remedios del derecho alemán para operar la restitución de provechos, y en p. 45 se habla de su incompatibilidad con el “Common Law”).

³⁸⁷ Artículo 119 (2) del *Code des obligations* de Suiza: “*Dans les contrats bilatéraux, le débiteur ainsi libéré est tenu de restituer, selon les règles de l’enrichissement illégitime, ce qu’il a déjà reçu et il ne peut plus réclamer ce qui lui restait dû*” (“En los contratos bilaterales, el deudor no se libera de restituir, según las reglas del enriquecimiento ilegítimo, lo que ya recibió y no puede reclamar más de lo que aún le es debido”).

³⁸⁸ SIEMS, *Disgorgement of Profits*, cit. (n. 373), p. 36; VON TUHR, *Tratado*, cit. (n. 5), II, § 70, p. 108. Indirectamente se pronuncian en este sentido: SCHNEIDER, A. - FICK, H., *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 mars 1911* (adaptation française de la quarte édition allemande per Max-E. Porret, Neuchatel, Delachaux & Niestrle S.A. Éditeurs, 1915), I, p. 253, quienes citan como fuentes de esta norma los §§ 275, 279, 280, 323 y 324 BGB. (en su redacción original). La norma también tiene su antecedente en el artículo 1447 ABGB austriaco (1811), según el cual: “*La pérdida total y fortuita de una cosa extingue toda obligación, aun hasta la de pagar por ella su precio; pero nunca podrá el deudor aprovecharse de la pérdida experimentada por el acreedor*” [se ha utilizado la traducción española ofrecida en SAINT-JOSEPH, *Concordancia*, cit. (n. 12), p. 111]. Esta última norma es de aplicación amplia y permite comprender perfectamente la prestación del *cr.* en sus dos modalidades. Cfr. MADRIOLI, *Commodum repraesentationis*, cit. (n. 10), p. 469; SIEMS, *Disgorgement of Profits*, cit. (n. 373), p. 36.

ejerciendo una importante influencia en la modernización del derecho de obligaciones de los países de derecho continental³⁸⁹. Entre los textos que lo componen se cuentan: la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980, y promulgada como ley chilena el 3 de octubre de 1990 (CISG.); los *Principios* de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales, de 1994 (PICC); los *Principios de derecho europeo de contratos*, cuya versión revisada y complementada por una segunda parte apareció en 2000, a la que se ha agregado una tercera parte en 2002 (PECL); el *Código europeo de contratos*, de 2001 (ECC); la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo; y los ordenamientos europeos que han orientado la modernización de su derecho de obligaciones de acuerdo al sistema de la CISG., como Holanda (NBW., de 1992) y Alemania (BGB., tras la *Ley de modernización del derecho de obligaciones* de 26 de noviembre de 2001).

En estos textos, que se han convertido en un verdadero derecho común en materia de obligaciones, también se observa una preterición del *cr.*³⁹⁰. Así, en los PICC. y en los PECL., inspirados en un sistema de responsabilidad contractual más semejante al “Common Law” que al derecho continental, no existe referencia alguna a la figura, lo que impide que el acreedor pueda ejercitar las acciones y derechos que le corresponden al deudor a cambio de una contraprestación proporcionalmente reducida, no teniendo a su disposición otra alternativa que la resolución del contrato³⁹¹. Por lo que respecta a la CISG., se ha dicho que una pretensión dirigida a obtener lo que el deudor ha recibido a consecuencia de la imposibilidad de la prestación puede ser aceptada cuando es reconocida por el derecho nacional aplicable³⁹². Con mayor soporte textual, Vidal³⁹³ considera que a partir del artículo 84 (2) CISG. es posible construir una especie de *cr.* a favor del vendedor, dado que en esa norma se impone al comprador la

³⁸⁹ MORALES MORENO, *Evolución*, cit. (n. 2), p. 25.

³⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, *Las nuevas bases*, cit. (n. 4), p. 1736; SÁNCHEZ CASTRO, Juan David, *L'inadempimento contrattuale e il sistema di rimedi nell'attuazione italiana e spagnola della direttiva 1999/44/CE: verso una costruzione unitaria della responsabilità contrattuale* (tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Bolonia, Bolonia, 2007), pp. 214-215; ZIMMERMANN, *Breach of Contract*, cit. (n. 5), p. 28.

³⁹¹ SÁNCHEZ CASTRO, *L'inadempimento*, cit. (n. 390), pp. 214-215.

³⁹² PANTALEÓN PRIETO, *Comentario al artículo 74*, cit. (n. 5), p. 580.

³⁹³ VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CVCIM)*, en *Ius et Praxis* 8 (2002) 2, p. 554.

obligación de abonar a aquél el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías, o de una parte de ellas.

La razón de la preterición del *cr.* en el nuevo derecho de contratos reside en el concepto unitario de incumplimiento que adoptan los textos que lo componen, el que activa un sistema articulado de remedios para satisfacer el interés del acreedor. Entender el incumplimiento como cualquier desviación de las obligaciones que impone el contrato, con independencia del tipo de obligación de que se trate y de que la falta de ejecución sea o no imputable al deudor³⁹⁴ [§ 280 BGB.; artículos 35, 45 y 61 CISG.; artículos 1:301 (4), 1:801 y 1:803 PECL.; artículo 7.1.1 PICC.; artículo 2 (1) de la Directiva 1999/44/CE], permite superar la distinción entre incumplimientos culpables, regidos por la disciplina de la responsabilidad contractual, e incumplimientos fortuitos, a los que se les aplica la teoría de los riesgos. En el nuevo derecho de contratos, el problema del riesgo está envuelto en el tratamiento general del incumplimiento, cuya concepción unitaria está llamada a ordenar la distribución entre los contratantes del riesgo de insatisfacción del interés del acreedor a través de las reglas específicas de aplicación de cada remedio³⁹⁵.

Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento hace que, a su vez, el objeto de la obligación sea comprendido de una forma distinta. La forma de concebir la prestación ya no supone una diferencia radical entre las obligaciones genéricas y específicas, pues desde ahora, sin importar cual sea la clase de obligación de que se trata, la obligación siempre importa para el deudor la entrega de una cosa conforme al contrato, con lo cual el objeto que por ella se persigue conseguir no es la cosa en sí, tal cual es, sino tal y como debe ser, esto es, con las cualidades que las partes han previsto al contratar³⁹⁶. Si la prestación se comprende de esta forma, es lógico concluir que la obligación del deudor no se refiere a la entrega de una cosa en el estado en que se encuentre (artículos 1486, 1590 y 1677 CCCh.), sino de una cosa conforme al contrato³⁹⁷. En suma, el deudor incumple su obligación de entregar una cosa conforme al contrato cada vez que dicha entrega no se produce, con independencia que la pérdida o el deterioro se deba a su culpa³⁹⁸. Así, ante un incumplimiento susceptible de atribuir a un tercero y que produce un beneficio al deudor (las acciones

³⁹⁴ MORALES MORENO, *Pretensión*, cit. (n. 33), p. 56.

³⁹⁵ MORALES MORENO, *Adaptación*, cit. (n. 35), p. 116; MORALES MORENO, *Evolución*, cit. (n. 2), pp. 33-34.

³⁹⁶ MORALES MORENO, *Adaptación*, cit. (n. 35), p. 102.

³⁹⁷ MORALES MORENO, *Adaptación*, cit. (n. 35), p. 120.

³⁹⁸ MORALES MORENO, *Adaptación*, cit. (n. 35), p. 120.

y derechos que reemplazan patrimonialmente la cosa debida), el acreedor podrá ejercer una pretensión destinada a evitar el enriquecimiento injusto del deudor, como ocurre en el artículo 84 (2) CISG.

Es precisamente a partir de este principio que se explica la pervivencia del *cr.* en el NBW. y el BGB., ninguno de los cuales, por lo demás, sigue el principio del consensualismo en lo que respecta a la transferencia de la propiedad³⁹⁹. El primero de ellos trata la figura en el artículo 78 del Libro VI, en el que se establece que si a consecuencia de una imposibilidad de la prestación que no puede ser atribuida al deudor se obtiene por éste una ventaja, el acreedor puede exigir la compensación de ese enriquecimiento injustificado hasta el límite del beneficio. La razón del establecimiento de este límite se encuentra en el apartado 1º del artículo 212 del mismo libro VI, que permite ejercer la pretensión de enriquecimiento injustificado de modo que aquel que ha recibido el enriquecimiento sea obligado, hasta donde sea razonable, a compensar como daño el monto del mismo. Por su parte, y tras su reforma de 2001, el BGB también ha mantenido el *cr.* como una de las consecuencias jurídicas que se derivan de la imposibilidad de la prestación no imputable al deudor, sin mayores diferencias con su disciplina original que las impuestas por el nuevo concepto de imposibilidad [§§ 275 (4), 285 y 326 (3)]⁴⁰⁰.

4. El “Código Civil” argentino.

El *Código Civil* argentino (1869) trata la imposibilidad de pago en el título XXIII del libro II, sin que exista alguna referencia, siquiera indirecta

³⁹⁹ El NBW. recoge el sistema dual de título y modo, según se desprende del artículo 84 del Libro III, que exige para que la transferencia se concrete la entrega de la cosa en virtud de un título válido. El principio se repite a propósito del contrato de compraventa en los artículos 1 y 9 del Libro VII, aunque siempre brindando protección a los terceros de buena fe (artículo 88 del libro III). El BGB., por su parte, distingue radicalmente entre los negocios obligacionales (cuya eficacia alcanza sólo a las partes) y el acto dispositivo (“Verfügung”), por el que se transmite el derecho real (cuya eficacia es, por lo mismo, *erga omnes*). Hay, pues, coincidencia con el sistema de título y modo en lo que se refiere a la separación de los dos actos, el que crea obligaciones y el que transfiere la propiedad, sólo que en el derecho alemán el acto dispositivo es abstracto. Para un futuro derecho europeo de bienes se ha propuesto como prioridad un sistema causal, que otorgue seguridad jurídica en la existencia y contenido de las titularidades reales, y que es más favorable para la aceptación del *cr.* (véase más arriba, VI, 2). Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *La propiedad y la transmisión de los derechos reales*, en CAMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo* (Madrid, Editorial Colex, 2003), pp. 951-966, especialmente pp. 964-965.

⁴⁰⁰ EHMANN - SUTSCHET, *La reforma del BGB.*, cit. (n. 328), p. 44.

(como en el *Code des Obligations* de Suiza), al *cr.* Dado lo dispuesto en los artículos 888, 890 y 895, la doctrina concluye que el acreedor tiene derecho al resarcimiento mediante una acción directa contra el tercero que ha ocasionado la pérdida de la cosa debida fundada en el artículo 1079, sin que sea obstáculo para la legitimación el texto de los artículos 1095 y 1100, muy similares al artículo 2315 CCCh.⁴⁰¹ Es más, la jurisprudencia argentina reiteradamente ha reconocido a los arrendatarios el derecho a ser indemnizados por el Estado de los perjuicios que supone la extinción de su derecho personal como consecuencia de una expropiación⁴⁰².

IX. EL “COMMODUM REPRÆSENTATIONIS” Y LA TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO

Queda, en fin, un último aspecto por tratar, como es la conexión que existe entre el *cr.* y la tutela aquiliana del crédito, dado que ambas figuras comparten un área común: la responsabilidad que incumbe a un tercero por el perjuicio irrogado a un derecho de crédito⁴⁰³.

A través de la tutela aquiliana del crédito se busca determinar si el incumplimiento de un contrato puede comportar a su vez un daño atribuible a la responsabilidad extracontractual de un tercero, quien ha realizado una conducta que hace imposible el cumplimiento de aquél por parte del deudor. Como se comprende, se trata de una lesión indirecta de un derecho personal, pues el daño es causado por el comportamiento ilícito desplegado respecto de una persona (el deudor) distinta de aquella que sufre finalmente la lesión (el acreedor)⁴⁰⁴. Por lo mismo, aceptar una forma de protección patrimonial de este cariz supone intentar la superación de la restricción impuesta por la relatividad de las relaciones obligatorias (artículos 578 y 1545 CCCh.), que impide que éstas den lugar *per se* a deberes de cuidado para terceros ajenos a la relación contractual⁴⁰⁵. Sin

⁴⁰¹ DE CUNTO, Aldo Luis, *La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito*, en *Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco* (2003), pp. 99-100.

⁴⁰² DE CUNTO, *La responsabilidad*, cit. (n. 401), p. 100.

⁴⁰³ CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit. (n. 50), p. 514; MICCIO, *Delle obbligazioni*, cit. (n. 311), p. 339.

⁴⁰⁴ MICCIO, *Delle obbligazioni*, cit. (n. 311), p. 339.

⁴⁰⁵ BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núm. 791, p. 994; MICCIO, *Delle obbligazioni*, cit. (n. 311), pp. 339-340. Por esta razón, se trata la tutela aquiliana del crédito como una manifestación del efecto absoluto del contrato. Cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, cit. (n. 156), II, núm. 57.2, pp. 365-367; PIZARRO WILSON, Carlos, *El efecto relativo de los contratos: partes y terceros*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Editorial Lexis-

embargo, el efecto expansivo que se atribuye a los contratos en cuanto hechos jurídicos, la necesidad de ampliación de la protección del crédito, la consideración de que el incumplimiento siempre tiene una dosis de inefficiencia desde el punto de vista del bienestar general y el costo de inseguridad que afecta la eficacia del contrato como instrumento jurídico que permite razonablemente predecir y programar el futuro, son razones de bastante peso para aceptar la existencia de un tutela de los derechos personales en sede aquiliana⁴⁰⁶.

De esta forma, el acreedor contará con dos acciones indemnizatorias que poseen causas diferentes (una en el incumplimiento del deudor y otra en el ilícito extracontractual del tercero), lo que da lugar a una concurrencia cumulativa de responsabilidades, de suerte que lo pagado por uno de los deudores extingue la obligación respecto del otro⁴⁰⁷. Para aunar los criterios de reparación se ha propuesto la acumulación de ambas acciones a través de un litisconsorcio voluntario (artículo 18 CPC.), que permita al acreedor dirigirse en un mismo juicio contra el deudor y el tercero⁴⁰⁸.

Ahora bien, es precisamente la tutela aquiliana del crédito la que explica el desarrollo del *cr.* en el derecho alemán. Como se sabe, el BGB. opta por un sistema de ilícitos extracontractuales típicos (§ 823)⁴⁰⁹, que la reciente

Nexis, 2007), p. 559; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El efecto absoluto de los contratos*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6 (2006), p. 82.

⁴⁰⁶ BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núm. 791, pp. 995-996.

⁴⁰⁷ BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núm. 797, p. 1000. Además, señala este autor que si el ilícito consiste en la celebración de un contrato incompatible con el que une al acreedor con el deudor primitivo, aquél cuenta también con una acción de nulidad absoluta para invalidar el segundo contrato, que es contrario a las buenas costumbres mercantiles (núm. 796, p. 1000).

⁴⁰⁸ ALONSO TRAVIESA, María Teresa, *El problema de la concurrencia de responsabilidades* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006), pp. 225-226; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, cit. (n. 115), p. 94. Procederá también esta acumulación en la subrogación que opera a favor del asegurador una vez que se ha pagado la indemnización por el siniestro. En efecto, cuando la indemnización no ha cubierto totalmente el valor de la cosa, el asegurado conserva sus derechos para cobrar a los responsables los perjuicios que no hubiere indemnizado el asegurador (artículo 553 inciso 2º C. de C.).

⁴⁰⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, cit. (n. 214), p. 298; ENNECERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, II, cit. (n. 181), § 228, pp. 633-634; HEDEMANN, *Tratado*, III, cit. (n. 47), § 64, p. 522; LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general* (traducción de Miguel Izquierdo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978), § 13, pp. 294-295; MEDICUS, *Tratado*, cit. (n. 47), I, § 140, p. 751; FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 37-40; PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana*, cit. (n. 5), pp. 67-72; WACKE, Andreas, *La codificación del "Bürgerliches Gesetzbuch" alemán después de un siglo*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2007), pp. 695-696.

reforma de 10 de mayo de 2002⁴¹⁰ no ha sido capaz de remover, pese a que uno de sus propósitos era adaptar en cierta medida el derecho alemán de daños a los estándares europeos⁴¹¹, en cuyas propuestas de armonización destaca un concepto de daño jurídicamente relevante de textura bastante más abierta (artículo 2:101 de los *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*)⁴¹², al modo del artículo 2314 CCCh. Esta tipicidad de bienes jurídicos protegidos, limitada a los derechos absolutos, hace que la tutela de un derecho de crédito frente a lesiones atribuibles a terceros se deba buscar necesariamente en los instrumentos que da el BGB. dentro de la disciplina de la responsabilidad contractual⁴¹³, uno de los cuales es el *cr.* [§§ 281 y 323 BGB en su texto original; §§ 275 (4), 285 y 326 (3) BGB. en su redacción actual], y a través del cual se permite al acreedor dirigirse contra los terceros que han ocasionado la insatisfacción de su interés en los términos en que la obligación fue contraída, utilizando para ello las acciones que correspondían originariamente al deudor. Excepcionalmente, empero, se ha admitido la protección extracontractual del crédito en dos casos: i) cuando el tercero ha colaborado con el deudor en el incumplimiento (§ 826 BGB.)⁴¹⁴, y ii) cuando la conducta del tercero causa la muerte o lesiones físicas al deudor de alimentos legales, impidiendo a éste cumplir su obligación (§ 844 BGB.)⁴¹⁵.

En el derecho chileno, el estudio de la responsabilidad del tercero que ha tenido participación en el incumplimiento de una obligación contractual no aparece recogido en la práctica forense⁴¹⁶. Sin embargo,

⁴¹⁰ Sobre ella, véase: LAMARCA I MARQUÉS, Albert, *Anteproyecto de Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños en Alemania*, en *InDret* 3 (2001); LAMARCA I MARQUÉS, Albert - RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños*, en *InDret* 3 (2002); MAGNUS, Ulrich, *La reforma del derecho alemán de daños*, en *InDret* 2 (2003).

⁴¹¹ MAGNUS, *La reforma*, cit. (n. 410), p. 3.

⁴¹² SWANN, Stephen, *Bases conceptuales del derecho delictual propuestos por el Grupo de Estudios para un Código Civil Europeo*, en *InDret* 2 (2003), pp. 7-8; MARTÍN CALSAS, Miquel, *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, ponencia presentada en el Segundo Congreso de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros realizado en Granada los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2002, pp. 13-16.

⁴¹³ WACKE, *La codificación*, cit. (n. 409), p. 695.

⁴¹⁴ ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de las obligaciones*, II, cit. (n. 181), § 228, p. 634; PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana*, cit. (n. 5), pp. 70-71.

⁴¹⁵ PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana*, cit. (n. 5), pp. 71-72.

⁴¹⁶ PIZARRO WILSON, Carlos, *Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema de 6 de mayo de 2004*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 4 (2005), p. 197; PIZARRO WILSON, *El efecto relativo*, cit. (n. 405), p. 559.

no existe impedimento para aceptar la protección extracontractual de un crédito recurriendo a una norma como el artículo 2314 CCCh., cuya formulación es suficientemente flexible para comprender cualquier lesión a un bien jurídicamente digno de tutela ("interés legítimo"⁴¹⁷) y siempre que entre la víctima y el autor no exista una relación contractual a cuyo desenvolvimiento se puedan conectar los daños; solamente se exigirá que el acreedor demuestre el conocimiento del tercero respecto de la existencia del contrato⁴¹⁸.

Además, el artículo 1677 CCCh. no garantiza que sean resarcidos todos los daños que el acreedor ha sufrido como consecuencia de la pérdida de la cosa debida imputable a un tercero. Mediante la cesión de acciones que contempla esta norma, el acreedor sólo podrá obtener la reparación de los daños que el hecho del tercero ha irrogado en el objeto mismo de la prestación (daños intrínsecos), pero no los otros daños que él ha sufrido en razón del incumplimiento contractual (daños extrínsecos)⁴¹⁹. Por tal razón, el acreedor cuenta también con una pretensión indemnizatoria independiente *ex artículo 2314 CCCh.* para obtener la satisfacción completa del interés que a través del contrato buscaba conseguir⁴²⁰. Esta independencia se explica también porque el deudor no necesariamente va a sufrir un daño como consecuencia de la intervención culpable de un tercero y que es la que provoca la imposibilidad de cumplir con la prestación convenida. Puede ocurrir, por ejemplo, que el hecho de un tercero consista en la celebración de un contrato incompatible con aquel del cual nace el derecho de crédito

⁴¹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad*, cit. (n. 88), I, núm. 138, pp. 210-213; BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núm. 143, pp. 220-222.

⁴¹⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad*, cit. (n. 88), I, núm. 36, p. 63; BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núms. 791-797, pp. 993-1000; LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos*, cit. (n. 156), I, núm. 57.2, pp. 365-367; PIZARRO WILSON, *Sentencia de la Corte Suprema de 6 de mayo de 2004*, cit. (n. 416), pp. 197-198; TAPIA SUÁREZ, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre contratantes* (2^a edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2006), núm. 52, pp. 91-94; VIDAL OLIVARES, *El efecto absoluto*, cit. (n. 405), p. 82.

⁴¹⁹ FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 82-85 y 99-100; PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana*, cit. (n. 5), pp. 101-103. JORDANO FRAGA, *¿Unas nuevas bases...?*, cit. (n. 50), p. 332, por su parte, considera que el *cr.* comporta una de las formas de tutela aquiliana del crédito que reconoce la ley, que posee una particular forma de operar (para él, a través de la subrogación legal del acreedor lesionado en los derechos del deudor) y que excluye la protección general contra el daño sufrido reconocida en el artículo 1902 del *Código Civil* español (artículo 2314 CCCh.). En el mismo sentido, PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit. (n. 5), p. 522.

⁴²⁰ FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión*, cit. (n. 5), pp. 85 y 99-100; PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana*, cit. (n. 5), p. 103.

del primer acreedor. En este caso, el deudor no experimenta un daño en su patrimonio del cual pueda nacer una pretensión que el acreedor solicite se le ceda, sino que, por el contrario, el deudor resulta beneficiado de ese hecho que conlleva el incumplimiento de su primera obligación⁴²¹.

Con todo, sea que se considere la intervención del tercero para efectos de configurar el *cr.* o para establecer un ilícito aquiliano, no es indiferente el grado de participación que corresponde a ese tercero. En efecto, para determinar las consecuencias que se siguen de ambas figuras es necesario considerar el modo de intervención del tercero, pues éste puede participar en el incumplimiento de un contrato como autor, cómplice o beneficiario del dolo ajeno.

En sede civil son autores todos los que han tenido participación en el hecho lesivo, según la regla ofrecida por el artículo 2316 CCCh.: “*Es obligado a la indemnización el que hizo el daño [...]*”. Así, pues, en dicho concepto se incluyen los grados de participación que el derecho penal designa como autoría (artículo 15 CP.), complicidad (artículo 16 CP.) y encubrimiento (artículo 17 CP.), siempre que la conducta sea determinante para la materialización de los perjuicios⁴²². En caso que el tercero sea el único responsable del daño ocasionado al acreedor contractual, vale decir, si su conducta fue necesaria y suficiente para la producción de ese daño, el único responsable será él, y lo será conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual (artículos 2314 y 2316 CCCh.). Esta pretensión indemnizatoria existe de forma independiente tanto en el deudor, y sobre ella puede operar la cesión de la que habla el artículo 1677 CCCh., como en el acreedor, pues el hecho del tercero ha significado para él una lesión a su derecho de crédito. En lo que respecta al deudor, éste se encuentra exonerado de responder ante el acreedor, dada la ruptura del nexo causal que ha significado la intervención del tercero, que opera como si de un caso fortuito se tratara (artículo 45 CCCh.)⁴²³.

Por su parte, cuando el tercero ha sido cómplice del deudor, su responsabilidad existirá cumulativamente con la de éste, siempre que tenga conocimiento de la existencia y contenido del contrato y obre con dolo o culpa⁴²⁴. Cada una de estas responsabilidades se ajustará a su estatuto propio, sin perjuicio del ejercicio de ambas acciones mediante un litisconsorcio voluntario, según ya se ha dicho.

⁴²¹ PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana*, cit. (n. 5), pp. 103-105.

⁴²² BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núm. 724, p. 935; BIDART HERNÁNDEZ, *Sujetos*, cit. (n. 188), núm. 22, pp. 113-114.

⁴²³ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, cit. (n. 115), p. 94.

⁴²⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad*, cit. (n. 88), I, núm. 36, p. 63; BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núms. 793-794, pp. 996-999.

En fin, también se puede dirigir la pretensión indemnizatoria contra aquellos terceros que se han aprovechado del dolo ajeno, aunque personalmente no hayan incurrido en ilícito alguno, de acuerdo a las reglas generales (artículo 2316 inciso 2º CCCh.). A dicha categoría pertenece, por ejemplo, el encubridor, cuando éste ha participado con posterioridad del hecho y el daño ya se ha materializado⁴²⁵. A juicio de Pablo Rodríguez⁴²⁶, esta responsabilidad es objetiva y se funda en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto, pues el deber de indemnizar se impone por el solo hecho de recibir provecho del dolo ajeno, sin atender a la situación subjetiva del tercero. Su responsabilidad se determina negativamente, bastando para ello que no sea cómplice de la producción del daño, vale decir, que no concurra a ella con la intención de obtener indebidamente el beneficio cuya restitución puede exigir el acreedor.

[Recibido el 22 de septiembre y aprobado el 7 de noviembre de 2008].

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001).
- AEDO BARRERA, Cristián, *¿Tienen los contratos efectos reales en nuestro sistema? A propósito de la dualidad título-modo de adquirir*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 13 (2006) 2.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, II: *Derecho de obligaciones. Parte general* (Barcelona, Librería Bosch, 1970).
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB.*, en *Anuario de Derecho Civil* 55 (2002) 3.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La acción subrogatoria* (memoria para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1987).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La cláusula de "declaraciones y garantías" en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos*, en *Actualidad Jurídica* 17 (2008).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Ediar-ConoSur Ltda., 1983).

⁴²⁵ BIDART HERNÁNDEZ, *Sujetos*, cit. (n. 188), núm. 22, p. 114.

⁴²⁶ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), pp. 201-202. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De la responsabilidad*, cit. (n. 88), I, núm. 121, p. 169; BIDART HERNÁNDEZ, *Sujetos*, cit. (n. 188), núm. 24.1, pp. 117-120, y CORRAL TALCIANI, *Lecciones*, cit. (n. 93), p. 327, consideran que se trata de una acción de enriquecimiento injusto, que tiene su base pero no su fundamento en el hecho ilícito. Indirectamente, también concluye en este sentido BARROS BOURIE, *Tratado*, cit. (n. 93), núm. 718, p. 932, al incluir este supuesto dentro de las acciones restitutorias de los beneficios obtenidos en razón de un ilícito.

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., 1988).
- ALONSO TRAVIESA, María Teresa, *El problema de la concurrencia de responsabilidades* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006).
- ATIYAH, P. S., *An introduction to the Law of Contract* (3ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1981).
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, *Los contratos reales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* 2 (2005).
- AUBRY, Charles - RAU, Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie* (Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, cinquième édition, 1902).
- BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones* (Madrid, Editorial Dykinson, 1998).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Panorama doctrinal de la interpretación de los contratos en Chile*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la Profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva*, en *Revista Chilena de Derecho* 24 (1997) 1.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de derecho civil chileno*, III: *De la teoría de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Los daños extrapatrimoniales que se previeron o pudieron prever al tiempo del contrato*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007) 1.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008).
- BARROS BOURIE, Enrique, *La diferencia entre "estar obligado" y "ser responsable" en el derecho de los contratos*, en CORRAL TALCIANI, Hernán - RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, *Estudios de derecho civil II* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2007).
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho civil. Segundo año (Primera parte que trata de la teoría general de las obligaciones)* (Santiago, Imprenta y Encuadernación Claret, 1916).
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones* (traducción de José Luis de los Mozos, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969).
- BETTI, Emilio, *Teoría general de negocio jurídico* (traducción de A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959).
- BIDART HERNÁNDEZ, José, *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985).
- BRANIT ZUMARÁN, María Graciela, *Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: la delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de derecho civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008).

- BRIGUGLIO, Marcello, *El estado de necesidad en el derecho civil* (traducción de Manuel García Amigo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)*, en *Anuario de Derecho Civil* 60 (2007) 2.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle "Leistungsstörungen"*, en *Rivista di Diritto Civile* 49 (2003) 1.
- CAPILLA RONCERO, Francisco, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito* (Jerez de la Frontera, Fundación Universitaria Jerez, 1989).
- CARDILLI, Riccardo, *Un diritto comune in materia di responsabilità contractuale nel sistema giuridico romanistico*, en *Rivista di Diritto Civile* 44 (1998) 3.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *Restitución de provechos (I)*, en *Anuario de Derecho Civil* 40 (1987) 1.
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio, *Arts. 1437 y 1438 del Código Civil: "contrato" y "convención" como sinónimo en materia de fuente de obligaciones*, en *Revista Chilena de Derecho* 34 (2007) 2.
- CIAN, Giorgio - TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile* (Padova, CEDAM, 1981).
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, XII: *De las obligaciones (III)* (Santiago, Imprenta Nascimento, 1939).
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, XV: *De la sucesión por causa de muerte (III)* (Santiago, Editorial Nascimento, 1942).
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, XI: *De las obligaciones (II)* (Santiago, Imprenta Nascimento, 1937).
- COING, Helmut, *Derecho privado europeo*, I: *Derecho común más antiguo (1500-1800)* (traducción de Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996).
- COLIN, Ambrose - CAPITANT, Henri, *Curso elemental de derecho civil*, III: *Teoría general de las obligaciones* (traducción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 4^a edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1960).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Comentarios sobre el sistema de fuentes*, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés*, en CORRAL TALCIANI, Hernán - ACUÑA SBOCCIA, Guillermo (editores), *Cuadernos de Extensión*, 6: *Derecho de los contratos* (Santiago, Ediciones Universidad de los Andes, 2002).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito*, en *Revista Chilena de Derecho* 23 (1996) 1.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 7 de agosto de 1984, en *Gaceta Jurídica* 50 (1984).
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *El "commodum repraesentationis" del artículo 1.186 del Código civil*, en *Anuario de Derecho Civil* 40 (1987) 2.

- D'ANGELO, Andrea, *Contrato y operación económica*, en VV. AA., *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano* (traducción de Leysser L. León, 2ª edición, Lima, Ara Editores, 2004).
- DE COSSÍO, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, I: *Parte general. Derecho de obligaciones* (Madrid, Alianza Editorial, 1975).
- DE CUNTO, Aldo Luis, *La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito*, en *Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco* (2003).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema de 7 de julio de 2005*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6 (2006).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema de 23 de marzo de 2006*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 9 (2007).
- DE LOS MOZOS TOUYÁ, José Javier, *En torno a la idea de incumplimiento en el derecho civil español*, en *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 22 (2006).
- DE LOS MOZOS, José Luis, *Concepto de obligación*, en *Derecho civil (método, sistema y categorías jurídicas)* (Madrid, Editorial Civitas, 1988).
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *La propiedad y la transmisión de los derechos reales*, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coordinador), *Derecho privado europeo* (Madrid, Editorial Colex, 2003).
- DEL OLMO GUARIDO, Natalia, *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia* (Cizur Menor, Editorial Thompson-Aranzadi, 2004).
- DELVINCOURT, Claude Etienne, *Cours de Code Civil* (Paris, Chez Delestre-Boulage Libraire, 1824).
- DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, XXVIII: *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, 5 (Paris, Imprimerie Générale, 1874).
- DI MAJO, Adolfo, *Delle obbligazioni en generale. Art. 1173-1176*, en GALGANO, Francesco (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (Bologna-Roma, Nicola Zanichelli Editore Soc. Ed. del Foro Italiano, 1988).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Commodum ex negotiatione*, en *Anuario de Derecho Civil* 60 (2007) 4.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de daños* (Madrid, Editorial Civitas, 1999).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II: *Las relaciones obligatorias* (5ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 1996).
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I: *Introducción. Teoría del contrato* (6ª edición, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2007).
- DÍEZ-PICAZO, Luis - ROCA TRÍAS, Encarna - MORALES, Antonio Manuel, *Los principios del derecho europeo de contratos* (Madrid, Editorial Civitas, 2002).
- DOMAT, Jean, *The Civil Law in its Natural Order* (traslated by William Strahan, Little Colorado, Fed B. Rothman & Co., 1980).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 188 (1990).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).

- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Por la intransmisibilidad de la acción de daño moral*, en VARAS BROWN, Juan Andrés - TURNER SAEZ, Susan (coordinadores), *Estudios de derecho civil* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006).
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón - DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990).
- DURANTON, Alexandre, *Cours de Droit Français suivant le Code Civil* (Paris, Alex-Gobelet, Libraire, troisième édition, 1834).
- EHMANN, Horst - SUTSCHET, Holger, *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones* (traducción de Claudia López Díaz y Ute Salach de Sánchez, Bogotá, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2006).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho sucesorio* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2005).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *El daño por repercusión o rebote*, en *Revista Chilena de Derecho* 26 (1999) 2.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *La teoría de los riesgos*, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), II.
- ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Derecho de las obligaciones*, I: *Doctrina general* (traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Buenos Aires, Publicaciones Jurídicas Bosch, 1948).
- ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Derecho de las obligaciones*, II: *Doctrina especial* (traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Buenos Aires, Publicaciones Jurídicas Bosch, 1948).
- ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos, *Artículo 1186*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios al Código Civil* (2ª edición, Cizur Menor, Editorial Thomson-Aranzadi, 2006).
- ESCRICHE Y MARTÍN, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (nueva edición corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre derecho americano por don Juan B. Guim, París, Librería de Rosa Bouret y Cía., 1852).
- ESPINAR LAFUENTE, Francisco, *Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas*, en VV. AA., *Estudios de derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas* (Pamplona, Eunsa, 1969), II.
- ESPINOSA FUENTES, Raúl, *Manual de procedimiento civil. El juicio ejecutivo* (11ª edición actualizada por Cristián Maturana Miquel, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- FENOY PICÓN, Nieves, *El sistema de protección del comprador* (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006).
- FERNÁNDEZ AREÁVALO, Ángela, *La lesión extracontractual del crédito* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996).
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida*, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia* 20 (2002).
- FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José, *La obligación negativa* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2001).
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (redactor), *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*, VI (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997).

- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo (redactor), *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*, IX (3^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).
- FIORI, Roberto, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica*, en *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 22 (2006).
- FRIED, Charles, *La obligación contractual. El contrato como promesa* (traducción de Pablo Ruiz-Tagle Vial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), pp. 91-92.
- FUENZALIDA PUELMA, Sergio, *Los terceros en la responsabilidad contractual*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 57 (1960), 1^a parte.
- FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (3^a edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho civil*, IV: *De las obligaciones*, 2 (Santiago, Imprenta y Litografía Universo, 1958).
- GALGANO, Francesco, *Il negozio guiridico*, en CICU, Antonio - MESSINEO, Francesco - Mengoni, Luigi, *Trattato di diritto civile e commerciale*, III-1 (Milano, Guiffré Editore, secunda edizione, 2002).
- GALVÁN BERNABEU, José Antonio, *Comentario crítico sobre la teoría de los riesgos*, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), II.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852).
- GARNER, Bryan A. (editor), *Black's Law Dictionary* (7^a Edición, Saint Paul, Minnesota, West Group, 1999), voz *contract*.
- GETE-ALONSO Y CALERO, María del Carmen, *Estructura y función del tipo contractual* (Barcelona, Bosch Casa Editorial S. A., 1978).
- GHESTIN, Jacques - JAMIN, Christopher - BILLIAU, Marc, *Traité de droit civil. Les effets du contrat* (3^a edición, París, L.G.D.J., 2001).
- GIGLIO, FRANCESCO, Restitution for Wrongs: a Comparative Analysis, en Oxford University Comparative Law Forum 6 (2001), disponible www.ouclf.iuscomp.org
- GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, VIII: *Extinción de las obligaciones (Continuación y fin)* (traducción de la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 2^a edición revisada, Madrid, Editorial Reus, 1930).
- GÓMEZ POMAR, Fernando, *El incumplimiento contractual en el Derecho español*, en *InDret* 3 (2007).
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *Artículo 1186*, en *Comentarios al Código Civil*, XVI-1: *Extinción de las obligaciones* (2^a edición, Madrid, Edersa, 1991).
- GONZÁLEZ-PALENZUELA GALLEGOS, María Teresa, *Incumplimiento contractual y responsabilidad desde una perspectiva comparatista*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* 17 (1999).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23 (2001).

- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las donaciones entre vivos. Concepto y tipos* (Santiago, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Destrucción y especificación de una cosa corporal*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La doctrina de la "consideration" en Blackstone y sus relaciones con la "causa" del "ius commune"*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25 (2003), pp. 375-406.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La tipología de los legados en el derecho civil chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 27 (2006).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato (I): El vocabulario de la negocialidad jurídica en el derecho romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 17 (1995).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de acto o negocio jurídico*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Para la historia de la formación de la teoría general del acto o negocio jurídico y del contrato, II: El sistema y el vocabulario de la negocialidad jurídica en las codificaciones americanas*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 19 (1997).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Problemas dogmáticos que ofrece el régimen de la adquisición del legado de especie en el Código Civil*, en FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios de derecho privado. Libro de homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- HEDEMANN, Justus Wilhem, *Tratado de Derecho civil, III: Obligaciones* (traducción de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955).
- HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Madrid, 1960).
- HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law* (Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, edited by Mark DeWolfe Howe, 1967).
- IRTI, Natalino, *Scambi senza accordo*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 52 (1998).
- JORDANO FRAGA, Francisco, *¿Unas nuevas bases de la responsabilidad contractual? (Réplica cordial)*, en *Anuario de Derecho Civil* 47 (1994) 2.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual* (Madrid, Editorial Civitas, 1987).
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (traducción de Moisés Nilve, 4^a edición, Buenos Aires, Eudeba, 1965).
- LACRUZ BERDEJO, José Luis - SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús - RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco - RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de derecho civil, II: Derecho de obligaciones, 1: Parte*

- general. *Teoría general del contrato* (3ª edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, Editorial Dykinson, , 2003).
- LAMARCA I MARQUÉS, Albert, *Anteproyecto de Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños en Alemania*, en *InDret* 3 (2001); LAMARCA I MARQUÉS, Albert - RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños*, en *InDret* 3 (2002).
- LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general* (traducción de Miguel Izquierdo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978).
- LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones* (traducción de Jaime Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958).
- LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (traducción de Luis Díez Picazo y Ponce de León, Madrid, Editorial Civitas, 1985).
- LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones* (Santiago, Editorial Lexis-Nexis, 2003).
- LIRA URQUIETA, Pedro, *García Goyena y el Código Civil chileno*, en *El Código Civil chileno y su época* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1956).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001).
- MADRIOLI, Dino, *Commodum repraesentationis*, en *Rivista de Diritto Civile* 20 (1928).
- MAGNUS, Ulrich, *La reforma del derecho alemán de daños*, en *InDret* 2 (2003).
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español* (Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1901), VIII.
- MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio, *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer* (Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001).
- MARCADE, Victor, *Explication du Code Civil* (Paris, Delamotte et Fils, Éditeurs, septième édition, 1873).
- MARTÍN CASALS, Miquel, *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, ponencia presentada en el Segundo Congreso de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros realizado en Granada los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2002.
- MAZEAUD, Denis, *Anteproyecto de reforma del derecho de las obligaciones y de la prescripción en Francia*, en *Seminario internacional: Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata de la Revista *Actualidad Jurídica* 16 (2007).
- MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligatorias* (traducción de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1995), I.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El incumplimiento contractual y sus modalidades*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008).
- MEZA BARROS, Ramón, *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones* (8ª edición actualizada por Pedro Pablo Vergara, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), II.
- MEZA BARROS, Ramón, *Manual de derecho civil. De las obligaciones* (9ª edición revisada por Pedro Pablo Vergara Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- MEZA BARROS, Ramón, *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos* (8ª edición actualizada por Pedro Pablo Vergara, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).

- MICCIO, Renato, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario del Codice Civile*, IV, 1 (Torino, Utet., 1966).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias*, en VV. AA., *Cuadernos de Derecho Judicial. Responsabilidad civil* (Madrid, Ediciones del Consejo General del Poder Judicial, 1993).
- MOMMSEN, Friederich, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse* (Braunschweig, 1853).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: la compraventa* (2003), ahora en EL MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thompson-Civitas, 2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Comentario al artículo 35*, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Editorial Thomson-Civitas, 1997).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)* (1983), ahora en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thompson-Civitas, 2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor* (2005), ahora en EL MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thompson-Civitas, 2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Evolución del concepto de obligación en el derecho español* (2005), ahora en EL MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria* (2006), ahora en EL MISMO, *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006).
- MORENO QUESADA, Bernardo, *Problemática de las obligaciones de hacer*, en *Revista de Derecho Privado* 60 (1976).
- MOSCO, Luigi, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, en *Enciclopedia del diritto*, XX (Giuffrè Editore, Milano, 1970).
- MOURLON, M. Frédéric, *Répétitions écrites sur le Code Civil* (Paris, Garnier Frères, Libraires-Éditeurs, 1881).
- NAVARRETE VILLEGAS, Luis Gonzalo, *Embargo, tercerías y realización de bienes* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier - TAMAYO HAYA, Silvia, *La protección patrimonial del crédito*, I: *La conservación de la garantía patrimonial del derecho de crédito* (Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2006).
- OSTI, Giuseppe, *Desviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 8 (1954).
- OSTI, Giuseppe, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en *Rivista di Diritto Civile* 10 (1918).
- OSUNA GÓMEZ, Francisco José, *Del contrato real y de la promesa de contrato real. Estudio doctrinario y de legislación comparada* (Santiago, Editorial Nascimento, 1947).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Comentario al artículo 74*, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Editorial Thomson-Civitas, 1997).

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), en *Anuario de Derecho Civil* 44 (1991) 3.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Incumplimiento (Dº Civil)*, en *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid, Editorial Civitas, 1995), II.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*, en *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993) 4.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Dificultades del efecto personal del contrato*, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* 167 (1979).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *La reforma del Código Civil francés en Derecho de Obligaciones y el Código Civil chileno*, en *Seminario internacional: Reformas en el derecho civil francés y perspectivas para el derecho chileno*, Separata de la *Revista Actualidad Jurídica* 16 (2007) = *Revista Chilena de Derecho Privado* 8 (2007).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- PÉREZ GARCÍA, Máximo, *La protección aquiliana del derecho de crédito* (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2005).
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas - ALGUER, José, *Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española*, en ENNECCERUS, Ludwig - LEHMANN, Heinrich, *Derecho de las obligaciones*, I: *Doctrina general* (traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Buenos Aires, Publicaciones Jurídicas Bosch, 1948).
- PERLINGIERI, Pietro, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, en GALGANO, Francesco (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (Bologna-Roma, Nicola Zanichelli Editore Soc. Ed. del Foro Italiano, 1975).
- PIZARRO WILSON, Carlos - AGUAD DEIK, Alejandra, *Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas de 9 de enero de 2007*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 9 (2007).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema de 6 de mayo de 2004*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 4 (2005).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El caso fortuito como defensa del deudor* (2004), ahora en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo - PIZARRO WILSON, Carlos, *Responsabilidad civil. Casos prácticos* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *El efecto relativo de los contratos: partes y terceros*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2007).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing, 2008).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en derecho chileno*, en MANTILLA ESPINOSA, Fabricio - TERNERA BARRIOS, Francisco (directores académicos), *Los contratos en el derecho privado* (Bogotá, Legis Editores, 2007).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *Las cláusulas resolutorias en el Derecho civil chileno*, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho privado*, III: *Temas de contratos* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006).
- PIZARRO WILSON, Carlos, *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho* 31 (2004) 2.

- POBLETE EAST, José Miguel, *La autotutela: lo lícito y lo ilícito* (tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007).
- POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations*, en *Oeuvres de Pothier* (Paris, Béchet Ainé Libraire, 1824), I.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones* (traducción de M. C. de las Cuevas, São Paulo, Editorial Heliasta S.R.L., 1993).
- RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999).
- RÍOS LABBÉ, Sebastián, *Ciento cincuenta años de evolución del derecho de propiedad*, en MARTINIC GALETOVIC, María Dora - TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Presente, pasado y futuro de la codificación* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2005), I.
- RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil. Según el Tratado de Planiol, V: Las obligaciones (segunda parte)* (traducción de Delia García Daireaux, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1965).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Extinción no convencional de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de derecho sucesorio* (3^a edición actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La obligación como deber de conducta típica (la teoría de la imprevisión en Chile)* (Santiago, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1992).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- ROGERS, W. V. H., *Winfield & Jolowicz on Tort* (14^a edición, London, Sweet & Maxwell, 1994).
- ROGRON, J. A., *Code Civil expliqué* (Paris, E. Plon et Cie. Imprimeurs-Éditeurs, dix-neuvième édition par E. Bonnier, 1877).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Curso de derecho procesal civil*, I: *La acción y la protección de los derechos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- SAINT-JOSEPH, Antoine Fortune, *Concordancia entre el Código Civil francés y los Códigos Civil extranjeros* (traducción de S. Verlanga Huerta y J. Muñiz Miranda, 2^a edición, Madrid, Imprenta de D. Antonio Yenes, 1847).
- SALVADOR CODERCH, Pablo - AZAGRA MALO, Albert - FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, *Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos*, en *Indret* 3 (2004).
- SALVADOR CODERCH, Pablo, *Comentario al artículo 79*, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (coordinador), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Cizur Menor, Editorial Thomson-Civitas, 1997).
- SÁNCHEZ CASTRO, Juan David, *L'inadempimento contrattuale e il sistema di rimedi nell'attuazione italiana e spagnola della direttiva 1999/44/CE: verso una costruzione unitaria della responsabilità contrattuale* (tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Bolonia, Bolonia, 2007).
- SCHNEIDER, A. - FICK, H., *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 mars 1911* (adaptation française de la quarte édition allemande per Max-E. Porret, Neuchatel, Delachaux & Niestrlé S.A. Éditeurs, 1915), I.

- SIEMS, Mathias M., *Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis*, en *Edinburgh Law Review* 7 (2003).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *De la cesión de derechos. Iº. De los créditos personales (civiles y comerciales)* (memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, 1933).
- SILVA SÁNCHEZ, Antonio, *La relación obligatoria, I: Requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el derecho español y comparado desde sus raíces romanas*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 18 (2007) 1, pp. 83-117.
- SILVA SÁNCHEZ, Antonio, *Orígenes y fundamentación de la relevancia jurídica del interés*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* 21 (2003).
- SIREY, Jean Baptiste, *Il Codice Civile annotato di tutte le decisioni, e disposizioni interpretative, modificate, ed applicative sino all'anno corrente* (Napoli, Tipografia di Angelo Trani, 1827).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Derecho sucesorio* (versión de René Abeliuk Manasevich, 6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, s. d.).
- SWANN, Stephen, *Bases conceptuales del derecho delictual propuestos por el Grupo de Estudios para un Código Civil Europeo*, en *InDret* 2 (2003).
- TAPIA SUÁREZ, Orlando, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre contratantes* (2ª edición, Santiago, Editorial LexisNexis, 2006).
- TOULLIER, Charles Bonaventure, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code* (Bruxelles, Société Typographique Belge, nouvelle édition, augmentée en Belgique, 1848).
- TREITEL, Güenter H., *An Outline of The Law of Contract* (3ª edición, London, Butterworths, 1984).
- TREITEL, Güenter H., *Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)*, en *International Encyclopedia of Comparative Law*, VIII, 16 [The Hague-París, J.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976].
- TREITEL, Güenter H., *The Law of Contract* (3ª edición, London, Stevens & Son, 1970).
- VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones* (Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995).
- VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual de las obligaciones en el Código Civil chileno* (2ª edición, Santiago, Editorial Biblioteca Americana, 2007).
- VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* 28 (2005) 1.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El efecto absoluto de los contratos*, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6 (2006).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor. Una relectura de las disposiciones del "Código Civil" sobre incumplimiento*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2007).

- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CVCIM)*, en *Ius et Praxis* 8 (2002) 2.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incardinación de la responsabilidad por daños y el concepto de obligación en la compraventa internacional de mercaderías*, en *Revista Ius et Praxis* 11 (2005) 2.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 21 (2000).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La responsabilidad del deudor por incumplimiento de su tercero encargado en la compraventa internacional de mercaderías*, en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo (editor), *Cuadernos de análisis jurídico. Colección derecho privado*, III: *Temas de contratos* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006).
- VINEY, Geneviève, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad* (traducción de Fernando Montoya Mateus, Bogotá, Ediciones de la Universidad Externado de Colombia, 2007).
- VIVES MONTERO, María Luisa, *Traducción de la Reforma 2002 del BGB*, en *Anuario de Derecho Civil* 55 (2002) 3, p. 1241.
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Curso de derecho civil*, III: *De las obligaciones* (basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Santiago, Editorial Nacimiento, 1941).
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de las obligaciones*, II: *Del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolventia y las formas de pago de los deudores insolventes* (basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, 2^a edición ampliada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de las obligaciones*, III: *Modificación y extinción de las obligaciones* (2^a edición ampliada y actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones* (traducción de W. Roces, reimpresión de la 1^a edición, Madrid, Editorial Reus, 1999).
- WACKE, Andreas, *La codificación del "Bürgerliches Gesetzbuch" alemán después de un siglo*, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (editor científico), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, Editorial LexisNexis, 2007).
- WEILL, Alex, *Droit civil: Les obligations* (Dalloz, París, 1971).
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus* (traducción de Tierno Galván, 2^a edición, Madrid, Editorial Alianza, 1979).
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (Madrid, Editorial Dykinson, 2001)., p. 125.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *Breach of Contract and Remedies Under the New German Law of Obligations* (Roma, Saggi, Conferenze e Seminari 48, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, 2002).
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Chippenham, Oxford University Press, 1996).
- ZWEIGERT, K. - KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law* (traslated by Tony Weir, 3^a edición, Oxford, Oxford University Press, 1998).

