

EL EFECTO OBLIGACIONAL DEL CONTRATO Y LA TEORÍA DE LOS RIESGOS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

*Luis Bustamante Salazar**

El propósito de este trabajo se limita al estudio del origen -francés o romano- del artículo 1550 del Código Civil chileno, y a su conflicto con el efecto puramente obligacional del contrato, de fuente romana, que informa la adquisición del dominio en función del Título y del Modo en él mismo; así como también a la revisión de los méritos y deméritos de la máxima *res perit creditori*.

La teoría de riesgos -tratada como uno de los efectos particulares de los contratos bilaterales¹- viene regida en el Código Civil por la regla *res perit creditori* cuyo alcance, en principio, es general. Conforme a dicha regla si la cosa se destruye después de perfeccionado el contrato, pero antes de ser entregada, el acreedor soporta la pérdida o deterioro. Esto es, el acreedor no obstante que no la recibe, o la recibe deteriorada, está obligado a cumplir con su obligación. Por su parte, el deudor que nada entrega, o que entrega una cosa deteriorada o sólo parte de ella, puede exigir el cumplimiento de la obligación correlativa.

Lo dicho aparece del artículo 1550 del Código Civil que dispone que: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre de cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será de cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega". Idéntico principio recogen los artículos 1820 y 1590 del Código Civil. En el Derecho de Obligaciones el artículo 1550 del Código Civil es ampliamente criticado y con razón, se dice, pues

* El autor es Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ Vid. López Santa María, J.: Los Contratos. Parte General, 2ª edición actualizada, 1998. Tomo II, N° 93, página 558 y siguientes.

ocasiona una grave inconsecuencia lógica y de equidad frente al efecto personal del contrato².

La solución terminante que el Código Civil da a la cuestión de los riesgos permitió al profesor Alessandri sostener que la teoría de los riesgos tiene más bien un carácter teórico que práctico, pues nuestro Código Civil la resuelve en forma clara y precisa, que evita toda duda³.

No es conocida la fuente⁴ en que se inspiró don Andrés Bello para establecer en el artículo 1550 del Código Civil el principio *res perit creditori*, el cual, como toda la doctrina reconoce, pugna con el efecto

² Vid. Peñailillo Arévalo, D.: Dificultades del efecto personal del contrato, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 167, enero-diciembre de 1979, página 58.

³ Vid. Alessandri Rodríguez, A.: De la compraventa y de la promesa de venta, Memoria de Prueba, Soc Imprenta-Litografía Barcelona, Santiago, 1917, N° 775, páginas 752 y 753.

⁴ Según Matus Valencia, en los diferentes proyectos de Código Civil, salvo en el proyecto Inédito de 1853, no se encuentra una disposición que equivalga completamente al artículo 1550 del Código actual. No hay una disposición que reglamente el problema de los riesgos en forma general; sin embargo, se encuentran disposiciones que reglamentan los riesgos en la compraventa, antecedentes de los actuales artículos 1820 y 1821. El proyecto de 1841-1845, el artículo 5 del Título XXII del Libro de las Obligaciones en general y de los Contratos en particular, dice: "El daño o lucro de la especie o cuerpo cierto que se vende pertenece al comprador desde el momento en que se perfecciona el contrato, aunque no se haya entregado la cosa, salvo que se venda bajo condición suspensiva, pues entonces pereciendo totalmente la especie, la pérdida será del vendedor, y todo otro daño y lucro pertenecerá al comprador". Esta disposición no es esencialmente diferente del actual artículo 1820 ya que esta última disposición reglamenta los riesgos en forma idéntica, pero exige el cumplimiento de la condición. En el proyecto de 1846-1847 encontramos tan sólo una disposición ubicada en el Título correspondiente a la compraventa, del Libro de Las Obligaciones y Contratos, el artículo 347 que dice: "Si el comprador se constituye en mora de recibir, el vendedor queda descargado del cuidado de conservar la cosa y sólo será responsable del dolo y de la culpa grave". Esta disposición nos indica -a contrario- que los riesgos son de cargo del comprador. Este artículo en la forma propuesta ha desaparecido completamente en nuestro Código, ya que fue reemplazado por el artículo 1820. En el proyecto Inédito de 1853 encontramos por primera vez el antecedente directo del artículo 1550. Se trata del artículo 1729, ubicado en el párrafo del efecto de las obligaciones, del libro de las Obligaciones y Contratos. Dice: "El riesgo de la cosa individual cuya entrega se deba, es siempre de cargo del acreedor, salvo que el deudor se haya constituido en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas; en cualesquiera de estos casos será de cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega". No difiere del artículo 1550 más que en el empleo de la palabra *individual* en vez de *cuerpo cierto*, y en que no exige que el deudor se haya obligado a entregar la misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas. Vid. Matus Valencia, H.: El problema de los riesgos en los contratos, Memoria de Prueba, Editorial Universitaria S. A., Santiago, 1955, páginas 118 y 119.

puramente obligacional del contrato en el que se estructura el régimen de transferencia de bienes en el Derecho Patrimonial chileno. Ante este desconocimiento de la fuente precisa de dicha disposición se han ensayado dos posibles soluciones acerca del origen de la misma. En efecto, según unos don Andrés Bello reprodujo -más exactamente, copió- la regla del Código Civil francés de acuerdo con la cual las cosas perecen para el acreedor. Otros autores postulan que la disposición tiene raigambre romana.

Si la fuente de la disposición lo fuera el Derecho francés es necesario tener presente el efecto traslativo de los contratos en él mismo. Colin y Capitant en el Capítulo III de su "Curso Elemental de Derecho Civil"⁵ tratan del efecto traslativo de los contratos en el Derecho francés moderno, y explican que el tercer modo de adquirir la propiedad y los derechos reales es el *contrato*. Señalan que el artículo 711 del Código Civil francés se expresa de un modo algo distinto, pues dice que la propiedad se adquiere y se transmite "por efecto de las obligaciones". En el fondo, dicen dichos autores, que esto no es más que un modo distinto de expresar la misma idea. Las obligaciones que consisten en transferir la propiedad o algún derecho real, que el Código, en los artículos 1136 y siguientes llama *obligaciones de dar* (en el sentido latino de la palabra *dare*) proceden, en efecto, de los contratos. Apenas hace falta observar, agregan, que este modo de adquirir es el más práctico y usual. Así, en el Código Civil francés, la venta, la donación, la permuta -que para el Código Civil chileno son títulos traslativos de dominio, en el sentido del artículo 703- son ejemplos de contratos traslativos.

Los autores citados reconocen que semejante concepción es bastante compleja y hasta bastante ilógica, y que además la historia ha demostrado que no se presenta de un modo natural al espíritu y que ha sido necesario una verdadera revolución jurídica para introducirlo en el Derecho moderno.

Desde luego, la idea es, en primer lugar, complicada y poco lógica, porque hay cierta contradicción en que un derecho *absoluto* por naturaleza, que puede ser opuesto *erga omnes*, como la propiedad o cualquier derecho real, puede nacer de un acto puramente *relativo*, como un contrato, de un acto cuyos efectos, normalmente, no deberían extenderse fuera de las partes contratantes (artículo 1165). Por lo anterior Colin y Capitant afirman que no tardarán en descubrir

⁵ Colin, Ambrosio y Capitant, Henri: Curso Elemental de Derecho Civil, traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo de Buen, Tomo II, Volumen II, De los bienes y de los derechos reales principales, Madrid, Editorial Reus (S. A.), 1923, páginas 1008 a 1009.

las dificultades y el laborioso trabajo de legislación que han resultado de esa contradicción.

Ahora, desde el punto de vista histórico, la regla moderna ofrece un contraste chocante con las soluciones del Derecho romano. Entre nosotros, continúan Colin y Capitant, basta el acuerdo de las voluntades para que el efecto traslativo se produzca; esto es lo que el artículo 1138 del Código Civil francés dice de un modo que al principio resulta un poco oscuro, al afirmar que “la obligación de *entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes*”. Pues bien, los romanos decían exactamente lo contrario: *non nudis pactis dominia rerum transferuntur* (20 C. J., *de pactis*, II, 3). Esto es, el papel de los contratos en el Derecho romano no era el de transmitir la propiedad, sino únicamente hacer nacer las obligaciones. Y cuando la obligación consistía para el deudor en transmitir la propiedad (Paulo, 3. pr., D., *de oblig. et act.*, XLIV, 7), esta transmisión procedía de una operación simultánea o ulterior, de la *mancipatio para las res Mancipi*, de la *tradición para las res nec Mancipi*, y también de la *in jure cesio* para unas y otras.

En otros términos, concluyen Colin y Capitant, la transmisión de la propiedad era entre los romanos una operación que realizaba en dos tiempos. Entre nosotros se verifica de una vez, por el contrato mismo. “La obligación, dice el artículo 1138, párrafo 2º, convierte al acreedor en propietario, *aunque la tradición no haya sido hecha*”. Así, pues, la venta, la donación, la permuta, etcétera, no eran antes más que *títulos de adquisición (titulus AD acquirendum)*. En nuestros días, concluyen los autores citados, son al mismo tiempo *títulos y modos* de adquirir.

En su monumental obra “De la compraventa y de la promesa de venta”, el profesor Alessandri aborda la forma en que nuestro Código ha resuelto la cuestión de los riesgos en los contratos bilaterales y especialmente en la venta⁶. Recuerda que entre los romanos, una vez *celebrada la compraventa, la cosa vendida perecía para el comprador*. Esta regla, que no fue sino una consecuencia de haber aplicado a cada uno de los contratos unilaterales de que aquella se componía el principio de que las cosas perecen para su dueño, sólo se aplicaba a ese contrato y no constituía la regla general en materia de obligaciones. El Código francés hizo extensiva la cuestión de los riesgos a todas las obligaciones de dar un cuerpo cierto. De este modo, la regla que hasta entonces era especial del contrato de venta pasó a ser el principio general y común. Dicho Código, al generalizar

⁶ Vid. Alessandri Rodríguez, A: De la compraventa y de la promesa de venta, Memoria de Prueba, Tomo I, Soc. Imprenta-Litografía Barcelona, Santiago, 1917, N° 809, páginas 815 y siguientes.

esa regla, substituyó la palabra *comprador* por la de *acreedor* porque aquél era acreedor de cuerpo cierto. Al mismo tiempo que hacía esta substitución daba al acreedor el carácter de propietario, de manera que si puso los riesgos a su cargo no fue como una imitación de la regla romana sino en virtud del principio *res perit domino*. En aquel Código, continúa el profesor Alessandri, el dominio se transfiere por el solo efecto del consentimiento. El acreedor es dueño de la cosa desde el contrato y como las cosas perecen para su dueño, tuvo que establecer que los riesgos pertenecerían a él desde ese momento.

Pues bien, prosigue el profesor Alessandri, nuestro Código reprodujo la regla del Código francés de que las cosas perecen para el acreedor y en su artículo 1550 dijo: "El riesgo de un cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor". Se consignaba así como una regla general la del Código francés; pero al reproducirla se varió por completo su espíritu. Como en éste el consentimiento transfiere el dominio sin necesidad de tradición, el acreedor de una cosa es su propietario desde ese instante por cuyo motivo los riesgos son del acreedor. Nuestro Código no dio al consentimiento el mismo efecto. No hizo al contrato traslativo de dominio y el acreedor no pasa a ser propietario desde su celebración sino en virtud de la tradición. Pero nuestro Código olvidando que el Código francés daba los riesgos al acreedor porque era el dueño de la cosa y no porque era acreedor, consignó lisa y llanamente el principio de que los riesgos son para el acreedor. Al proceder así no reprodujo ni el principio francés, según el cual los riesgos son para el acreedor por ser propietario, o sea, en virtud de la regla *res perit domino*, ni consignó tampoco la regla del Derecho romano, porque si bien es cierto que la de éste para el contrato de venta no lo es menos también que entre los romanos la regla para la venta era la excepción y que sólo a ella se aplicaba, pues el principio general en esa legislación era que las cosas perecían para su dueño, en tanto que entre nosotros la regla de que la cosa perece para el acreedor, sea o no su propietario, pasó a ser el principio general en las obligaciones de dar un cuerpo cierto.

Por lo anterior, el profesor Alessandri sostiene que la regla de nuestro Código es sencillamente ridícula y puede considerársela como creada por nuestro legislador. Es verdad que ya existía, pues desde los tiempos del Derecho romano el comprador no era sino acreedor y sin embargo la cosa perecía para él. Pero, vuelve a repetir, esta regla era única y exclusivamente aplicable a ese contrato, como puede verse en el Digesto y en las obras de Domat y Pothier que la estudian al hablar de la venta. Haberla aplicado a todo acreedor y no sólo al que tiene esta calidad por ser comprador es la obra del Código Civil chileno, lo que por lo demás es el resultado de un error y de una falsa interpretación del Código francés.

Esta doctrina, en concepto del profesor Alessandri, es ridícula porque no se justifica en ninguna forma. La regla romana tenía su justificación histórica. Fue el resultado de la descomposición del contrato de venta en dos contratos unilaterales independientes y ajenos en absoluto uno del otro. El principio del Código francés es *perfectamente racional, puesto que coloca los riesgos de la cosa a cargo de su dueño*. Pero ¿qué justificación tiene el principio nuestro? ¿Se dirá, tal vez, que el acreedor tiene sobre la cosa debida un derecho personal que se extingue con la pérdida de aquella? Este argumento invocado para explicar el principio de los riesgos en la venta romana no es capaz de justificarlo en este caso y menos todavía en toda obligación de dar. Vimos que la regla romana no puede explicarse ni teórica ni racionalmente. Luego, es absurdo pretender justificar la nuestra en esa forma, con mayor razón aun cuando ese argumento, como se vio, no prueba nada. Pretender una *explicación histórica no es posible; nosotros no asistimos a la evolución del contrato bilateral, pues lo recibimos formado*.

Para el profesor Alessandri la única explicación es la que ya se ha dado, o sea, que nuestro legislador, en su afán de copiar al Código francés, al colocar los riesgos a cargo del acreedor, olvidó que si en aquél ocurría así se debía a que el acreedor era a la vez dueño de la cosa, lo que *no sucede entre nosotros, de modo que si los soportaba era en su calidad de tal y no en su calidad de acreedor*.

Posteriormente, el profesor Alessandri en sus clases, al tratar de la *teoría de los riesgos, reprodujo sus explicaciones ya vistas sobre el origen o fundamento del artículo 1550 de nuestro Código Civil, manteniendo que dicha disposición es manifiestamente injusta y manifiestamente absurda que se rebela ante la razón natural, reiterando que el Código chileno copió en el artículo 1550 la regla del Código Civil francés, pero olvidándose que el dominio no se adquiere en Chile por medio del contrato, sino por un modo de adquirir, y se llegó de esta forma, entre nosotros, a generalizar en absoluto, una regla que sólo se explica por las razones explicadas por él*⁷.

Otros autores han coincidido con la tesis del profesor Alessandri, quien, como vimos, sostiene que don Andrés Bello se inspiró precisamente en el artículo 1138⁸ del Código Civil francés para la

⁷ Vid. Alessandri Rodríguez, A.: Derecho Civil, Segundo Año, Primera Parte. Teoría de las obligaciones. Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil del señor Arturo Alessandri Rodríguez, desarrollo de Ramón Latorre Zúñiga, Imprenta El Esfuerzo, Santiago, 1934, página 21 y siguientes.

⁸ Efectivamente, en el Derecho Francés la cuestión de los riesgos se desarrolla alrededor del artículo 1138 del Código Civil. En este sentido, es clásica la afirmación de que en ese Derecho la regla según la cual los riesgos son del acreedor se justifica por el hecho de que en él los contratos transfieren el dominio desde su perfección.

concepción del artículo 1550 del Código Civil, y en su parecer nuestro Código Civil reprodujo la regla del Código francés de que las cosas perecen para el acreedor. Participan esos autores de la opinión de que lo habría hecho sin advertir que, según el sistema imperante en Chile, el solo contrato no tiene efectos traslaticios de dominio y que el acreedor no pasa a ser propietario sino en virtud de la tradición. Todo ello a diferencia de lo que sucede en el Derecho francés, en el cual el sólo consentimiento es capaz de operar la transferencia del dominio, sin que sea necesaria la tradición para que se produzca este efecto. De tal parecer son, entre otros, Meza Barros y Abeliuk⁹.

Sin embargo, no todos los autores coinciden con la opinión precedente sobre el origen francés del artículo 1550. Entre los que disienten de tal idea está don Luis Claro Solar¹⁰. Según este autor, se ha dicho que la doctrina de nuestro Código Civil es sencillamente *ridícula y puede considerársela como creada por nuestro legislador*. La regla de que la cosa perece para el acreedor era única y exclusivamente aplicable a la compraventa, se agrega; y el haberla aplicado a todo acreedor es obra del Código Civil chileno, lo que por lo demás, es el resultado de un error y de una falsa interpretación del Código francés. Esta crítica, según don Luis Claro Solar, no es fundada. Desde luego, la disposición de nuestro Código no es general, sino que se refiere a las obligaciones que tienen por objeto la entrega de un cuerpo cierto, es decir, a las obligaciones de dar un cuerpo transfiriéndole su dominio al acreedor, o que imponen al deudor la obligación de restituir un cuerpo cierto recibido por él del acreedor con cargo de tal restitución: en todos estos casos el deudor se libera con la pérdida inculpable de la cosa y el riesgo recae necesariamente en el acreedor. El Código, en la opinión de este

Por ello es coherente concluir que luego de perfeccionado el contrato, y aún antes de la entrega de la cosa, los riesgos sean de cargo del acreedor, ya que él es el propietario. Si la cosa perece o se deteriora el acreedor soporta el menoscabo en virtud, precisamente, del principio *res perit domino*. Empero, es del caso tener presente que una parte muy importante de la doctrina francesa, entre los que destacan Josserand, Planiol y Planiol-Ripert, sostiene que esta norma de prestación del riesgo del artículo 1138 es excepcional, y que la regla general viene dada por el principio *res perit debitori*. Entienden ellos que la disposición del artículo 1138 se aplica nada más que a los contratos traslaticios de la propiedad, pero rechazan que lo sea al resto de las demás obligaciones, en las que rige ilimitadamente el principio *res perit debitori*.

⁹ Vid. Meza Barros, R.: Manual de Derecho Civil. De las obligaciones, 9ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, N° 386, página 257, y Abeliuk Manasevich, R.: Las Obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, Tomo II, N° 1212, página 989.

¹⁰ Vid. Claro Solar, L.: Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Tomo X, De las obligaciones, I, Imprenta Nascimento, Santiago, 1936, N° 195, páginas 232 y 233.

jurisconsulto, no ha establecido una bizarra originalidad, como se da a entender; ha reproducido los principios de la legislación romana y de nuestra antigua legislación española; y la única originalidad que el artículo 1550 contiene es la de haber establecido la excepción de responsabilidad del deudor que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas.

En consecuencia, la fuente del artículo 1550 se hallaría en el Derecho romano y en la antigua legislación española¹¹. En la compraventa romana los riesgos son de cargo del comprador, antes de verificarse la tradición de la cosa vendida, solución que transitó al antiguo derecho español especialmente a través de las Partidas. En el sentido anterior, está aceptado que el origen de la regla *res perit emptor* se halla en la compraventa romana, y que en ella los riesgos eran de cargo del comprador aunque no se le hubiere hecho la tradición de la cosa. Lo anterior significa que si la cosa mueble no fungible se pierde o deteriora sin dolo ni culpa del vendedor, es decir por fuerza mayor ocurrida después de la conclusión del contrato y antes de la entrega, el comprador, por una parte, será obligado a pagar la totalidad del precio que se acordó, en tanto que, por otra, no recibe la cosa vendida, porque pereció, o debe contentarse con recibirla en las condiciones físicas de deterioro en que quedó. Dicho todo esto en diversas palabras: la pérdida fortuita y total de la cosa no fungible extingue la obligación del vendedor, pero no la del comprador; y el deterioro de aquélla, también fortuito, no permite al comprador exigir una rebaja del precio, que sigue debiendo¹². Si la cosa se pierde por fuerza mayor, las fuentes afirman que el riesgo pertenece al comprador (*periculum est emptoris*)¹³. Según Arangio-Ruiz la máxima nos deja perplejos; aparte de las consideraciones de equidad, a muchos parece poco elegante que mientras el paso de la disponibilidad de la cosa tiene lugar solamente a partir de la tradición, y mientras la adquisición de la propiedad queda con frecuencia postergada hasta el cumplimiento de la usucapión, el comprador deba soportar el riesgo de la pérdida desde el día del contrato. A su juicio, quizá la regla es el residuo de una originaria y recíproca independencia entre las obligaciones de las dos partes; quizá también se trató originariamente de evitar al comerciante vendedor los riesgos

¹¹ Vid. en tal sentido Matus Valencia, H.: El problema de los riesgos en los contratos, Memoria de Prueba, Editorial Universitaria S. A., Santiago, 1955, página 118.

¹² Vid. Guzmán Brito, A.: Derecho Privado Romano, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, páginas 142 y 143.

¹³ Vid. Arangio-Ruiz, V.: Instituciones de Derecho Romano, traducción de la 10ª edición italiana por José M. Caramés Ferro, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952, página 380.

de la navegación. De cualquier manera, prosigue Arangio-Ruiz, la tentativa que varios escritores han hecho para atribuir al derecho clásico el principio opuesto, es decir, que el riesgo pase solamente cuando la posesión haya sido transferida o cuando el comprador mismo esté en retraso para retirar la cosa, debe considerarse fracasada por defecto de demostración. Tanto en las Institutas, como en el Digesto¹⁴ la cuestión se revela claramente. En las primeras se lee que “cuando se ha perfeccionado la compraventa, el peligro de la cosa vendida pertenece al comprador, aunque esta cosa no hubiera sido entregada al comprador”. En el segundo se dice “cuando se haya perfeccionado la compraventa, es necesario resolver a quien pertenecen los riesgos. En este caso, perfecta que sea la venta, el peligro pertenece al comprador. Y es de él el que venga, sea cual sea, y debe el precio cuando se ha perfeccionado la compra”. La solución es criticable, pues de acuerdo a los principios que se desprenden de las fuentes romanas¹⁵, en la estructura del contrato prevalece el elemento puramente obligatorio. Es principio generalmente aceptado que en los contratos conducentes a la traslación de la propiedad o a la constitución de otros derechos reales, tanto la propiedad como los otros derechos no se transfieren o constituyen por efecto de la sola convención. Por lo anterior ha podido afirmarse que el efecto normal del contrato es la creación de un vínculo, de una relación obligatoria; y sólo su ejecución en virtud de la traditio operará el correspondiente efecto real. Así, la transferencia del derecho real respecto de una determinada cosa corporal, no es simultánea al consentimiento legítimamente manifestado por las partes, siendo necesario que se cumpla con la tradición del objeto corpóreo (real o ficta), o bien, con la quasi traditio en el caso de las servidumbres¹⁶.

A pesar de estar en abierto conflicto con la compraventa entendida ésta como negocio productor de derechos y obligaciones, la regla *res perit emptor* se mantuvo invariable entre los jurisconsultos romanos, y con el transcurso del tiempo vino a exceder el marco de la

¹⁴ Citadas por Elorriaga de Bonis, F.: Teoría de los riesgos, ponencia principal. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio, Segunda Parte, Editorial Jurídica de Chile, 2002, página 66.

¹⁵ En especial al principio del Código de Justiniano, II, III, 20: “Traditionibus et uapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferentur”.

¹⁶ Vid. Topasio Ferretti, A.: El efecto real del contrato en el Derecho Romano y sus proyecciones en el Derecho Obligacional latinoamericano, Edeval, Valparaíso, 1975, página 103.

compraventa y se generalizó quedando formulada en la máxima *res perit creditori*¹⁷.

Es difícil aceptar que el artículo 1550 del Código Civil no tiene otra razón de ser que tratarse de un principio erróneamente *copiado* del Código Civil francés. Don Andrés Bello -sin duda, profundo conocedor tanto de la legislación romana como del Código francés- no pudo haber incurrido en un error o inadvertencia tan manifiesto como el que le reprocha el profesor Alessandri y otros autores. Además, es necesario tener presente que la misma disposición revela el dominio que tenía el autor sobre este discutido tema, ya que al adoptar la regla romana la privó de sus dos mayores inconsecuencias que daban margen a las críticas más justificadas, y que don Andrés Bello las consagra como excepciones. Y este punto es el que nos arroja luz definitiva sobre el problema, ya que no es posible que el autor haya adoptado el criterio sustentado por el Código francés -según el cual el acreedor soporta los riesgos en calidad de dueño-, cuando establece justamente el caso de que el deudor se haya comprometido a entregar la misma cosa a dos personas distintas por obligaciones diferentes. Salta a la vista que el autor tuvo muy presente que la simple convención no sirve para efectuar el traspaso de la propiedad, y que la convención no ha tenido más que efectos obligatorios.

Según el profesor Elorriaga de Bonis, autor de un documentado y extenso estudio sobre la materia¹⁸, parece más probable creer que si Andrés Bello optó por poner los riesgos de cargo del acreedor como solución general, no lo hizo porque el Código francés así lo dispusiera, sino porque era la fórmula en que el problema había sido resuelto desde antiguo en el más importante de los contratos. No existió aquí, según este autor, una verdadera innovación respecto de los principios que tradicionalmente se habían aceptado en la materia. Se adoptó, según él, como criterio general la misma regla vigente en el Derecho Romano clásico para la compraventa, y se dispuso un nutrido número de excepciones destinadas a morigerar los rigurosos efectos que esta solución podía acarrear en los hechos. Esta fórmula tradicional es la que ahora se trata de revisar, ya que desde hace bastante se ha dudado fundamentalmente de la justicia de ese criterio de solución, y lentamente se ha venido imponiendo la regla de que los riesgos debe soportarlos el deudor.

¹⁷ Vid. Alonso Pérez, M.: El riesgo en el contrato de compraventa, Monografías Colección de Estudios Jurídicos, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, página 240 y siguientes.

¹⁸ Vid. Elorriaga de Bonis, F.: *Teoría de los riesgos, ponencia principal*. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio, Segunda Parte, Editorial Jurídica de Chile, 2002, página 33.

En consecuencia, si, como se vio, lo que quiso don Andrés Bello fue instituir en el Derecho Civil chileno la solución romana en la cuestión de los riesgos -la misma solución que adoptó la legislación de Las Partidas-, resulta en extremo difícil aceptar que él cometió un error al trasladar, sin más, a nuestro Código Civil la disposición del artículo 1138 del Código Civil francés. En abono de dicha conclusión el profesor Francisco Merino, en su comentario crítico al trabajo del profesor Elorriaga de Bonis sobre la teoría de los riesgos, señalaba que la disposición del artículo 1550 está establecida básicamente en función del contrato de compraventa; prueba de ello, decía, es su reiteración en el artículo 1820. En seguida, en su concepto, no cabe duda que en el Derecho Romano la solución *periculum creditoris est* está estructurada a propósito del contrato de compraventa; sin embargo, aún en ese contrato presentaba un alcance parcial, porque era inaplicable, entre otras situaciones, al caso de las ventas condicionales, bajo condición suspensiva, pues si la cosa perecía en tanto estaba pendiente la condición y ésta posteriormente se cumplía, la pérdida era del vendedor; regla idéntica a la que se consagra en el ya citado artículo 1820. En fin, agregaba, que resulta claro que don Andrés Bello se hizo cargo de una de las críticas que los autores de la llamada "Escuela del Derecho Natural" hacían al principio romano del *periculum creditoris est*, cual era que si una persona vendía una misma cosa a dos o más compradores distintos y la especie vendida se destruía, podía reclamar el precio de ella a todos y cada uno de los compradores, solución evidentemente injusta, y que el ilustre Andrés Bello se encargó de superar en la disposición del artículo 1550 haciendo de cargo del deudor -esto es, del vendedor- el riesgo de la cosa, hasta su entrega.

En todo caso, error o no del ilustre Andrés Bello, lo cierto es que la disposición del artículo 1550, que coloca los riesgos de cargo del acreedor, es rechazada unánimemente por la doctrina nacional, la que la califica de ridícula¹⁹, manifiestamente injusta y manifiestamente absurda²⁰, además de irreflexiva y errónea.

Principalmente las críticas de que se hace objeto a la disposición del artículo 1550 apuntan en dos sentidos. Ante todo se dice que la solución de colocar los riesgos de cargo del acreedor no se conforma con el sistema de transferencia de la propiedad, pues dado el efecto

¹⁹ Vid. Alessandri Rodríguez, A.: De la compraventa y de la promesa de venta, Memoria de Prueba, Tomo I, Soc. Imprenta-Litografía Barcelona, Santiago, 1917, N° 809, página 816.

²⁰ Vid. Alessandri Rodríguez, A.: Derecho Civil, Segundo Año, Primera Parte. Teoría de las obligaciones. Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil del señor Arturo Alessandri Rodríguez, desarrollo de Ramón Latorre Zúñiga, Imprenta El Esfuerzo, Santiago, 1934, página 211.

obligacional del contrato, el acreedor de la cosa debida es sólo eso, y no deviene propietario sino hasta que se le efectúe la tradición. Lo anterior es desatinado desde que el peligro de que una cosa perezca no la soporta el dueño, sino que debe soportarlo quien por ser acreedor no es titular de derecho real alguno sobre la cosa. En el fondo lo que se critica es que el Código, al menos en este punto, no haga suyo el principio *res perit domino*, y en cambio prefiera una regla que carece de justificación dogmática y técnica. Luego se enfatiza en la injusticia que conlleva la regla en cuestión si se la relaciona con el principio, aceptado por todos, de la interdependencia de las obligaciones, de acuerdo con el cual en los contratos bilaterales cada una de las obligaciones recíprocas operan la una como causa y presupuesto de la otra, por lo que desaparecida una de ellas por caso fortuito lo más equitativo y técnicamente correcto es concluir que la otra también debe seguir la misma suerte, esto es, extinguirse, solución que a todas luces se aparta de la disposición del artículo 1550.

La esencia del principio *res perit creditori* es que la extinción de la obligación del deudor por causas fortuitas no acarrea la extinción de la obligación del acreedor, resultando de cargo de éste los riesgos de pérdida, deterioro o imposibilidad sobreviviente e inculpable.

A título de sistematización y conclusión el profesor Elorriaga de Bonis²¹ señala que la solución del principio *res perit creditori* es, en primer término, injustificada. Según él, todos los intentos por buscarle una explicación doctrinaria o técnica a la regla romana *res perit emptor*, pueden considerarse fracasados. Ello porque no ha resultado para nadie convincente que el acreedor responda del riesgo porque le corresponden las mejoras y los aumentos, o porque el deudor haya cumplido con su deber de custodia, o porque lo que pretende el deudor al contratar es liberarse del riesgo. Tales pretendidas explicaciones, en su concepto, que de paso sólo se conciben para las obligaciones de dar, han tratado de justificar un fenómeno que obedece a razones históricas, pero que nunca ha tenido una demostración técnico-jurídica aceptable para la doctrina moderna.

Por otra parte, desde hace mucho se ha puesto en evidencia la injusticia que envuelve este criterio de solución al problema del riesgo. En efecto, el adquirente que nada recibe debe cumplir de todas maneras su obligación. Esto, siempre se ha sostenido, repugna

²¹ Vid. Elorriaga de Bonis, F.: Teoría de los riesgos, ponencia principal. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio, Segunda Parte, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 104 y siguientes.

al sentido de equidad y justicia que cualquier profano en materias jurídicas pueda llegar a tener.

También es claro que la máxima *res perit creditori* hace tabla rasa del principio de la interdependencia de las obligaciones, hoy por todos aceptado. En efecto, no es aceptable que un sujeto continúe obligado a cumplir su prestación -independientemente de ella consista en dar una cosa, o en hacer o no hacer un hecho-, todo ello en la certeza que no va a recibir la contraprestación, criterio éste que parece sumamente simple, sencillo, justo y elemental.

Al respecto, el profesor Elorriaga de Bonis explica que entre nosotros existe una desarmonía de principios entre los artículos 1550 y 1820 del Código Civil, de una parte, y los artículos 1489 y 1552, de otra. Según las primeras disposiciones, el acreedor debe cumplir su prestación no obstante que no reciba nada a cambio, y de acuerdo con las segundas el contratante diligente puede pedir la resolución del contrato si el otro no cumple, o bien puede rehusarse a cumplir su prestación en tanto el otro contratante no lo hace o no se allana a hacerlo. Sin duda, tanto la resolución por inejecución como la *exceptio non adimpleti contractus* constituyen claras manifestaciones de la interdependencia de las obligaciones en los contratos bilaterales²².

En relación con lo anterior no deja de llamar la atención la explicación que sobre el fundamento del artículo 1550 da el profesor Meza Barros. Éste acepta que en los contratos bilaterales existe una íntima conexión entre las obligaciones de las partes, y prueba de ello lo son las disposiciones de los artículos 1489 y 1552. Pero, según él, una vez que las obligaciones se han formado, devienen independientes una de otra, adquieren una existencia propia y deben ser consideradas aisladamente²³.

Todavía más, en sede del contrato de compraventa la regla resulta incongruente con otras que consagran claramente la vinculación de las obligaciones. Piénsese, por ejemplo, dice el profesor Elorriaga de Bonis, en el inciso cuarto del artículo 1826 del Código Civil, que dispone que "si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago

²² Vid. el tratamiento que a ambas instituciones da como efectos particulares de los contratos sinalagmáticos el profesor Jorge López Santa María en su obra *Los Contratos. Parte General*, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo II, N° 92 páginas 553 y siguientes, y N° 91 páginas 547 y siguientes.

²³ Vid. Meza Barros, R.: *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, 9ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, N° 387, página 258.

del precio, sino pagando, o asegurando el pago". Esa disposición, como la del inciso segundo del artículo 1872, tratándose del comprador, ponen de manifiesto la interdependencia de las obligaciones del vendedor y del comprador en el contrato de compraventa, y con ellas, que consagran verdaderos principios, no cuadra la afirmación de que extinguida la obligación de una parte la otra continúa pendiente.

Sin perjuicio de lo anterior, la máxima *res perit creditori* está en conflicto con la doctrina clásica de la causa, de acuerdo con la cual en los contratos bilaterales la causa final de obligación de una de las partes es la prestación que va a recibir de la otra obligada, y no los *motivos psicológicos que inducen al contrato*. En opinión del profesor Jorge López Santa María, antes citado, el principal fundamento de los efectos de los contratos sinalagmáticos se encuentra en la idea de *causa final*, entendida a la manera de Henri Capitant. La causa, prosigue este autor, es el fin perseguido por las partes, y no un motivo psicológico individual. Dicho fin es siempre el mismo en los contratos de una determinada categoría, sin que la personalidad de los contratantes sea relevante. La causa, según Capitant, no se agota al momento del nacimiento del acto jurídico, sino que *perdura durante todo el iter contractual*²⁴.

Es de destacar, como lo hace el profesor Jorge López Santa María, que en la concepción de Henri Capitant la influencia de la causa se extiende durante todo el iter contractual. En consecuencia, si por hechos posteriores al nacimiento de la obligación -como lo son el caso fortuito, la fuerza mayor, y el hecho o culpa del otro contratante-, el fin querido por el deudor no se puede realizar, cesa su obligación, de la que queda liberado. La obligación desaparece necesariamente con la causa. Según Henri Capitant, lo dicho es de suma importancia en los contratos sinalagmáticos, porque en estos contratos, el contratante se obliga en vista de obtener la prestación a cambio de la que ha sido prometida, en términos tales que si un hecho -caso fortuito, fuerza mayor, hecho o culpa del otro contratante- se opone a la ejecución de esta prestación, su obligación deja de tener una causa, y en este caso, queda liberado de pleno derecho, o puede demandar la resolución del contrato y la devolución de lo que él dio.

Concebida así la noción de causa, es posible entender fácilmente cómo la máxima *res perit creditori* la quebranta. En efecto, al extinguirse por caso fortuito la obligación del deudor, éste queda liberado, siguiéndose como consecuencia que la obligación del

²⁴ Vid. López Santa María, J.: Los Contratos. Parte General, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo II, N° 90, páginas 544 y 545.

acreedor queda sin causa, aun cuando la haya tenido al momento de nacer la misma, porque como antes se dijo la causa se extiende durante todo el íter contractual.

En seguida, la máxima *res perit creditori* -como también el principio *res perit domino*- puede producir, como señala el profesor Elorriaga de Bonis, consecuencias desagradables e injustas si se trata de actos y contratos ejecutados o celebrados sobre cosas ajenas. En el Derecho chileno, como se sabe, se concede valor a determinados contratos celebrados sobre cosas ajenas, siendo la compraventa y la hipoteca, los ejemplos por antonomasia de ello. Pues bien, si la obligación del deudor en estos ejemplos se extingue por caso fortuito y se preserva la subsistencia de la obligación del adquirente, es posible que se produzcan consecuencias a lo menos curiosas, que el profesor Elorriaga de Bonis ejemplifica con el caso del pintor que presta el cuadro al anticuario para que lo enseñe en su tienda, y éste decide venderlo, pero antes de la entrega la pintura se destruye fortuitamente.

El criterio de solución del principio del *res perit creditori* también es objeto de críticas desde la perspectiva de la buena fe. Al efecto se dice que no articula bien con el principio de la buena fe -inspirador entre otros muchas de la disposición del artículo 1546 del Código Civil-, que un contratante continúe obligado para con otro que nada le prestará a cambio. Sin duda, la exigencia de ejecución de una obligación que no va a ser cumplida parece contraria a la buena fe contractual.

Como lo destaca el profesor Jorge López Santa María la buena fe contractual se extiende al cumplimiento del contrato y a las relaciones postcontractuales. La buena fe contractual impone el deber de comportarse correcta y lealmente en todo el íter contractual²⁵. Según Pinto Ruiz, autor de una monografía titulada "Resolución del contrato y la regla del *periculum emptoris*", citado por el profesor Elorriaga de Bonis, en materia de riesgos no se trata de elegir arbitrariamente entre el comprador o el vendedor como soportantes del riesgo. Lo que pasa es que la buena fe no soporta que alguien tenga que dar algo sin recibir lo que se ha convenido como contraprestación, cualquiera fuere la causa de la omisión. La cosa se pierde, pero el precio se entrega. La pérdida de la cosa es inevitable. El pago del precio sí. Y es justo que no se pague sin recibir nada a cambio, porque se paga porque se recibe y para recibir.

²⁵ Vid. López Santa María, J.: Los Contratos. Parte General, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Tomo II, N° 60, páginas 389 y siguientes.

En último lugar, no hay dudas que en el Derecho chileno la máxima *res perit creditori ni siquiera cuenta con el puntal jurídico del res perit domino*. En los Derechos francés e italiano, puede ser posible justificar que en las obligaciones de dar el riesgo sea de cargo del acreedor en la medida que éste es dueño desde que el contrato queda perfecto. Pero en nuestro Derecho como el contrato -negocio jurídico productor de derechos y obligaciones personales- tiene efectos nada más que obligacionales, el principio *res perit creditori* queda sin apoyo. Entre nosotros el comprador no es propietario sino hasta que se le efectúe la tradición de la cosa, y en tanto la tradición -que es el modo de adquirir- no se efectúe el comprador es solamente acreedor, más no propietario. Entonces, si la cosa perece, no perece para el propietario, sino que perece para quien no lo es y el riesgo contractual le corresponde. Toda los autores han puesto de relieve esta incongruencia respecto del *res perit domino*. Entre ellos, don Luis Claro Solar señala que en nuestro Código que ha conservado la tradición como modo de adquirir el dominio de la cosa vendida, no puede considerarse en el comprador al propietario y la regla *res perit domino* es contraria a la solución que hace cargar al comprador, simple acreedor, con los riesgos de la cosa, *res perit creditori*²⁶.

La impugnación precedente, válida en general, puede no serlo cuando el contrato tenga el mérito de operar la tradición ficta del artículo 684 N° 4 del Código Civil. Según esta disposición explica el profesor Daniel Peñailillo²⁷ la tradición puede tener lugar "encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido". Puede notarse por el texto de la disposición, que la tradición queda perfecta al *encargarse* uno, vale decir, queda efectuada al convenirse el *encargo*, y no al cumplirse, esto es, al poner efectivamente la cosa en el lugar convenido; se trata de un verdadero mandato conferido por el adquirente al tradente, por el cual éste queda *encargado* de poner la cosa en el lugar convenido. Así, se produce una curiosa situación de cumplimiento de un contrato mediante otro: puede tratarse de una venta, en que el cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa queda cumplida, efectuada la tradición, por el mandato en que él se encarga de poner la cosa a disposición del comprador en el lugar convenido; es claro que si luego no la pone efectivamente a su disposición, habrá incumplimiento de la venta. Por lo que al tema interesa, es cierto que

²⁶ Vid. Claro Solar, L.: Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, Tomo XI, De las obligaciones, II, Imprenta Nascimento, Santiago, 1936, N° 1187, página 688.

²⁷ Vid. Peñailillo Arévalo, D.: Dificultades del efecto personal del contrato, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 167, enero-diciembre de 1979, página 53.

el sólo contrato (el primero, de venta) no produjo el efecto real de transferir por sí solo el dominio, pero al permitirse efectuar la tradición mediante el *encargo* referido, resulta que sí produce un efecto real el segundo contrato, el de mandato, que en la técnica del Código no es calificado de contrato sino de forma de efectuar la tradición; más aún, si se piensa que la cláusula de *encargo* puede incluirse como una cláusula del contrato -llamémoslo aquí principal-, resulta que la transferencia del dominio se efectúa mediante puros acuerdos contractuales.

En todo caso, la explicación del profesor Daniel Peñailillo, antes transcrita, amerita un alcance que nos parece importante. Si bien es cierto que en el sistema del Código Civil chileno, en que se exige la tradición como *modus adquirendi*, se admiten formas suficientemente desmaterializadas de tradición, calificadas por la doctrina de fictas o simbólicas, éstas quedan siempre incluidas dentro de la teoría del Título y Modo de adquirir esto es, el proceso de espiritualización de la tradición no significa, necesariamente, superación de la misma.

Por otra parte, y frente a la adquisición misma del derecho real de dominio, cabe señalar que la sacralización del principio del Título y Modo quiebra la armonía y correspondencia que debiera existir en la regulación de esta materia²⁸.

En el sentido dicho, hallamos un quiebre del dogma en el artículo 684 N° 5 del Código Civil, que consagra la adquisición del dominio por vía puramente convencional al declarar que el dominio del mueble se puede adquirir *por el mero contrato* en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etcétera, esto es, mediante el constituto posesorio, institución que, precisamente fue, como lo demuestra la historia, la que socavó el principio de la materialidad de la tradición enunciada por la máxima diocleciana: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferentur*.

Por todo lo dicho en lo precedente, el principio de acuerdo con el cual los riesgos del contrato debe soportarlos el deudor cuya prestación ha devenido imposible, es el criterio que lenta, pero paulatinamente, se ha venido imponiendo en Derechos que gozan de disposiciones más modernas²⁹. Existe, sin duda, un franca evolución desde el principio

²⁸ Vid. Topasio Ferretti, A.: *El efecto real del contrato en el Derecho Romano y sus proyecciones en el Derecho Obligacional latinoamericano*, Edeval, Valparaíso, 1975, página 108.

²⁹ Dadas las ventajas del principio de que los riesgos los soporta el deudor hasta antes de la entrega de las cosas, incluso ha sido acogido en diferentes acuerdos internacionales sobre la materia, entre otros, por la Convención de las Naciones Unidas sobre *Compraventa Internacional de Mercaderías*, aprobada en Viena en 1980. Las disposiciones pertinentes de esta convención fundamentalmente recogen

res perit creditori al *res perit debitori*. Muchas razones justifican este tránsito; entre otras, las siguientes, que a juicio del profesor Elorriaga de Bonis, constituyen la otra cara de la medalla frente a las críticas a las máximas clásicas *res perit domino* y *res perit creditori*.

En primer término esta solución, se dice, está conforme con el principio de la interdependencia de las obligaciones. En efecto, si las obligaciones del deudor y del acreedor están enlazadas una con la otra, es natural pensar que si una de ellas se extingue por causa inimputable, la obligación de la contraparte queda sin correlativo, por lo que debe también quedar sin efecto.

Igualmente es acorde dicha solución con la teoría de la causa en los términos expuestos anteriormente, y conforme asimismo con el principio de la buena fe contractual. Así, cuando la obligación del deudor se extingue por caso fortuito, desaparece la causa de la obligación del acreedor, por lo que no tiene sentido pretender que el comprador pague por lo que no recibe; y si una de las partes no puede cumplir con su obligación, su deber de comportarse leal y correctamente le impone que no puede pretender exigir el cumplimiento por parte del acreedor.

En Derechos como el chileno en que rige la adquisición del dominio en función del Título y del Modo, la solución del *res perit debitori* para las obligaciones de dar resulta más feliz. Sin duda, en el Código Civil una solución de los riesgos a favor del acreedor se articula mejor con la máxima *res perit domino*, porque siendo el deudor el propietario hasta que efectúe la tradición de la cosa, es él y no el acreedor, que no es propietario, quien debe soportar los riesgos del contrato.

La solución impuesta por el *res perit debitori* se tiene como más justa que la solución del *res perit creditori*, porque si el acreedor nada ha recibido o nada va a recibir, nada debe dar. Sin embargo, podría refutársela diciendo que es igual de injusto poner los riesgos de cargo del deudor. Si éste ha adoptado todas las providencias para evitar el daño de la cosa de que dispuso y sin embargo ella peca de todas maneras en un accidente fortuito ¿por qué él debe cargar con los riesgos? Sobre el particular ante el principio *res perit venditori* el catedrático Mariano Alonso Pérez se interroga así ¿es más justo que el riesgo lo soporte el vendedor, imposibilitado de prestar? No lo cree así, planteada la cuestión en el ámbito puramente obligacional. Si la venta era perfecta, dice, la cosa estaba a disposición del comprador y el vendedor no obstaculiza la entrega por hechos a él imputables, el crédito o exigencia de la contraprestación ya está vocado en su patrimonio, así como la cosa al del comprador. En todo caso, se trata

el criterio de que el riesgo corresponde al comprador una vez que las mercaderías le han sido entregadas o han sido puestas a sus disposición.

de decidir quien soporta el riesgo y no hay otra alternativa: o el vendedor o el comprador. Cualquiera de los elegidos, quedará sin cosa y precio. Quizá lo deseable sea pensar que el riesgo debe corresponder a quien tenga la disponibilidad y el goce sobre la cosa. Pero en este caso exorbitamos el plano obligacional y entramos en el real³⁰.

Sobre la regla *perfecta emptioe periculum est emptoris* Fritz Schulz³¹, el gran romanista, en su Derecho Romano Clásico escribe que la significación de esta regla es muy clara, dentro de la estructura del *Corpus iuris*. Quiere decir que con la celebración del contrato, el riesgo pasa al comprador y así, si la cosa perece por caso fortuito, después de celebrado el contrato, el deudor no incurso en dolo o culpa, queda libre, pero el comprador viene obligado a pagar el precio convenido. Este principio rigió ya en la época clásica, pero tuvo entonces un significado diferente. *Perfecta emptioe periculum est emptoris* significa en Derecho justiniano, que con la celebración del contrato, el riesgo pasaba al comprador, pues *emptio perfecta* no puede significar otra cosa que contrato concluso. En Derecho clásico, el vendedor era responsable por custodia, esto es por *casus minor*. Y así, si la cosa perecía por *casus minor*, el vendedor respondía de su pérdida; el comprador se hallaba por supuesto, obligado a pagar el precio y, de esta manera, las dos obligaciones podían ser recíprocamente contrapuestas. Si la cosa perecía por *casus maior y sine dolo aut culpa venditoris*, el vendedor quedaba ciertamente libre de toda obligación por su parte, pero podía sin embargo exigir el pago del precio. El vendedor se obligaba a considerar la cosa como si fuese propia del comprador. Debía aquél los frutos de la cosa al comprador y había asumido también la responsabilidad por culpa y custodia. Todo esto le hacía acreedor de una recompensa y tal era el precio convenido en el contrato. La regla aludida en su contexto clásico, lejos de estar injustificada, constituye según Schulz la solución ideal al problema planteado. En Derecho justiniano, el vendedor era solamente responsable por culpa, y la recompensa del precio resulta tal vez un tanto desproporcionalmente elevada, en relación con los deberes que sobre aquél pesaban, aunque la norma opuesta *periculum est venditoris* sea todavía peor por sus consecuencias.

El profesor Elorriaga de Bonis sin embargo cree que no se trata de escoger arbitrariamente entre el deudor o el acreedor, sino que se

³⁰ Vid. Alonso Pérez, M.: El riesgo en el contrato de compraventa, Monografías Colección de Estudios Jurídicos, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, página 239.

³¹ Vid. Schulz, F.: Derecho Romano Clásico, traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960, páginas 509 y 510.

trata de resolver adecuadamente un problema. El deudor que ha visto extinguida su obligación por causas fortuitas, resulta beneficiado toda vez que queda liberado de su prestación, y como contrapartida, el acreedor también quedará liberado. En las obligaciones de dar, continúa, el que ha tenido materialmente la cosa que se destruye es el deudor y no el acreedor, este último no ha tenido ninguna posibilidad de efectuar labores de custodia sobre la cosa que ha adquirido, tal vez ni siquiera la ha visto. Entonces ¿cómo hacerlo responsable a él de la pérdida de esa cosa? Si el principio *res perit debitori* es el más acorde con el principio de la interdependencia de las obligaciones, con la doctrina de la causa, con la buena fe contractual, y en general con la regla *res perit domino* ¿cómo no va a ser más justo que la regla *res perit creditori*?

Para concluir, debe recordarse que dado los deméritos del principio *res perit creditori*, al parecer por todos reconocidos, entre nosotros se ha propuesto sustituir en el Derecho chileno ese principio, reemplazándolo por el de *res perit debitori*³² recogido, entre otras legislaciones, por el Código Civil italiano de 1942³³ y por el Código Civil peruano de 1984³⁴.

³² Vid. Elorriaga de Bonis, F.: Teoría de los riesgos, ponencia principal. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Estudios sobre Reformas al Código Civil y al Código de Comercio, Segunda Parte, Editorial Jurídica de Chile, 2002, páginas 112 y siguientes.

³³ Según el artículo 1463 del Código Civil italiano de 1942 -que debe entenderse como regla general- "En los contratos con prestación correlativa, la parte liberada por la imposibilidad sobreviviente de la prestación debida no puede exigir la contraprestación, y debe restituir la que haya recibido, de acuerdo con las normas del pago de lo no debido".

³⁴ Según el artículo 1431 del Código Civil peruano de 1984 "En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido. Empero, las partes pueden convenir que el riesgo esté a cargo del acreedor".