

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XVIII

XX Jornadas Nacionales de Derecho
Civil, Concepción, 2024

MANUEL BARRÍA PAREDES

(Director y editor)

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA PEDRO HIDALGO SARZOSA
DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO RICARDO CONCHA MACHUCA
JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER CRISTIÁN LARRAÍN PÁEZ
CARLOS ÁLVAREZ CID BÁRBARA SILVA JIMÉNEZ
ANDRÉS KUNCAR ONETO

(Editores)



**tirant
lo blanch**

Homenajes
& congresos



Departamento de
Derecho Privado
Universidad de Concepción

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XVIII
XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2024

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto
de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XVIII

*XX Jornadas Nacionales de
Derecho Civil, Concepción, 2024*

Manuel Barría Paredes
(Director y editor)

Ramón Domínguez Águila
Daniel Peñailillo Arévalo
José Luis Diez Schwerter
Carlos Álvarez Cid
Pedro Hidalgo Sarzosa
Ricardo Concha Machuca
Cristián Larrain Páez
Bárbara Silva Jiménez
Andrés Kuncar Oneto
(Editores)

tirant lo blanch
Valencia, 2025

Copyright © 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Esta obra cuenta con Licencia Creative Commons vía: CC BY-NC-ND 4.0

© Manuel Barría Paredes y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEFONO: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: <https://editorial.tirant.com/cl>
ISBN: 979-13-7021-281-0

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

CONSORCIO DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Prof. MAGDALENA BUSTOS DÍAZ - Universidad de Chile

Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO - Pontificia Universidad Católica de Chile

Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA - Universidad de Concepción

Prof. ÁLVARO VIDAL OLIVARES - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Prof. SUSAN TURNER SAEZ - Universidad Austral de Chile

Prof. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA - Universidad de los Andes

Prof. CARLOS PIZARRO WILSON - Universidad Diego Portales

Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS - Universidad Adolfo Ibáñez

Prof. MARCELA ACUÑA SAN MARTÍN - Universidad de Talca

Prof. HUMBERTO CARRASCO BLANC - Universidad Católica del Norte

Prof. PAMELA MENDOZA ALONZO - Universidad Alberto Hurtado

Prof. BRUNO CAPRILE BIERMANN - Universidad del Desarrollo

Prof. PAMELA PRADO LÓPEZ - Universidad de Valparaíso

COMISIÓN ORGANIZADORA
XX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

MANUEL BARRÍA PAREDES
Director del Departamento de Derecho Privado

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA
Profesor de Derecho Civil

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO
Profesor de Derecho Civil

JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER
Profesor de Derecho Civil

CARLOS ÁLVAREZ CID
Profesor de Derecho Civil

PEDRO HIDALGO SARZOSA
Profesor de Derecho Civil

RICARDO CONCHA MACHUCA
Profesor de Derecho Civil

CRISTIÁN LARRAÍN PÁEZ
Profesor de Derecho Civil

BÁRBARA SILVA JIMÉNEZ
Profesora de Derecho Civil

ANDRÉS KUNCAR ONETO
Profesor de Derecho Civil

Índice

Presentación	25
--------------------	----

PRIMERA PARTE

TEMAS GENERALES, PERSONAS, FAMILIA Y SUCESIONES

<i>Sobre la necesidad de revisar la historia dogmática, fuentes y sistemática del Código Civil Chileno, a propósito de una nueva edición de las obras completas de Andrés Bello</i>	31
CLAUDIA CASTELLETTI FONT	
<i>Personas declaradas interdictas por demencia y ejercicio de su autodeterminación en el ámbito médico. Criterios ante desacuerdos</i>	59
DARÍO PARRA SEPÚLVEDA	
<i>Consideraciones sobre la relevancia del principio de la autonomía progresiva de los hijos menores y la regulación de la responsabilidad de los progenitores por los hechos dañinos de sus hijos adolescentes</i>	77
EDUARDO DARRITCHON POOL	
<i>Crianza sin violencia: prohibición de las vías de hecho como expresión de corrección parental</i>	91
FABIOLA LATHROP GÓMEZ	
<i>Prelación de créditos con enfoque de Derechos de la Niñez y la Adolescencia: comentarios acerca de la comunicación individual n° 91/2019 ante el Comité de los Derechos del Niño contra Chile</i>	111
ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ	
<i>La protección de los hijos nacidos de maternidad subrogada</i>	125
MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO	
<i>La existencia de familia extensa, contenido del beneficio afectivo como criterio para acceder a las solicitudes de autorizaciones de salidas de niños, niñas y adolescentes al extranjero</i>	141
ALEXIS MONDACA MIRANDA	
<i>Autonomía privada, decisiones reproductivas y filiación: la autoinseminación en Chile</i>	155
ROMMY ÁLVAREZ ESCUDERO	

<i>Reunificación familiar en materia de migración: antecedentes y jurisprudencia</i>	175
SUSAN TURNER SAEZLER	
<i>Desafíos pendientes del registro nacional de deudores de pensiones de alimentos frente a la disposición de bienes inmuebles del deudor</i>	185
CLAUDIA BAHAMONDES OYARZÚN	
<i>El tercero que paga una deuda ajena. Artículo 19 ter de la Ley 14.908 incorporado por la Ley 21.389.....</i>	199
YASNA OTÁROLA ESPINOZA	
<i>Bienes familiares. ¿Puede el cónyuge no propietario habitar, sin excepciones y gratuitamente, la residencia principal de la familia por el solo hecho de su declaración como bien familiar?</i>	211
ISABEL WARNIER READI AMBROSIO RODRÍGUEZ QUIRÓS	
<i>La interpretación del artículo 1734 a la luz de la equidad natural.....</i>	223
LEONOR ETCHEBERRY COURT	
<i>Matrimonio entre personas del mismo sexo y sociedad conyugal</i>	239
MARIO OPAZO GONZÁLEZ	
<i>Sobre la naturaleza jurídica de las recompensas en la sociedad conyugal.....</i>	253
RODRIGO BARRÍA DÍAZ	
<i>Algunas reflexiones sobre la transmisión por causa de muerte de criptoactivos</i>	267
ANÍBAL CHACAMA GALLARDO	
<i>¿Es posible la nulidad de una aceptación hereditaria por el desconocimiento del asignatario de las deudas del causante?</i>	281
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS	
<i>¿Inadmisibilidad de la acción civil de nulidad del artículo 1348 del Código Civil contra particiones judiciales? ¿Nos oponemos!.....</i>	289
GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA	
<i>El tiempo que cura todas las heridas: algunos problemas que presenta la prescripción adquisitiva del derecho real de herencia.....</i>	309
ARTURO IBÁÑEZ LEÓN	
<i>Tres observaciones respecto de tres discusiones sobre transmisibilidad sucesoria.....</i>	325
MARÍA AGNES SALAH ABUSLEME	

Índice	19
<i>La firma de un acuerdo de unión civil simulado para una desheredación parcial injusta</i>	341
SUSANA ESPADA MALLORQUÍN	

**SEGUNDA PARTE
DERECHOS REALES**

<i>Análisis crítico en torno al objeto y contenido del derecho real de conservación. Su inserción en el ordenamiento jurídico y en el derecho civil chileno</i>	357
FRANCISCO JAVIER MUJICA ESCOBAR	
<i>En búsqueda de 'El Dorado': la acción innominada de dominio en el derecho chileno</i>	377
ESTEBAN PEREIRA FREDES	
<i>Notas sobre la reivindicación de cosas muebles</i>	393
JAIME ALCALDE SILVA	
<i>Algunas reflexiones sobre la acción reivindicatoria ficta</i>	417
ANDRÉS KUNCAR ONETO	
<i>El interés público en la salubritas como fundamento de la imprescriptibilidad de la acción posesoria popular del artículo 937 del Código Civil chileno</i>	437
PEDRO ANTONIO GOIC MARTINIC	
<i>Cese de goce gratuito de la cosa común e indemnización de perjuicios por uso anterior</i>	457
RICARDO CONCHA MACHUCA	
<i>Calificación registral y vicios de nulidad relativa. Una relectura de la actual redacción del art. 13 del Reglamento del RCBR, a la luz de la protección de los incapaces y del cónyuge más débil</i>	481
MARÍA PAZ OLAVARRÍA PÉREZ	
<i>Elementos fundamentales del sistema adquisitivo chileno y su influencia en la problemática de las inscripciones paralelas</i>	493
RICARDO SAAVEDRA ALVARADO	

**TERCERA PARTE
OBLIGACIONES Y CONTRATOS**

<i>Las obligaciones de garantía en el derecho de contratos</i>	509
ADRIÁN SCHOPF OLEA	

<i>Modificaciones a la prelación de créditos introducidas por la Ley 21.389: Desmontando el conflicto entre el alimentario y el acreedor hipotecario</i>	523
CRISTIÁN ANDRÉS LARRAÍN PÁEZ	
<i>El daño en las obligaciones de dinero: reestudiando la mora en el Código Civil chileno</i>	533
GISELLA LÓPEZ RIVERA	
<i>La definición de la ley aplicable en materia de prelación de créditos: una respuesta a la luz de la regulación de la insolvencia transfronteriza</i>	561
JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO	
<i>¿Es válida la cláusula penal inserta en un contrato de leasing?</i>	583
LUIS LÓPEZ FUENTES	
<i>Interpretación de obligaciones condicionales, el carácter instrumental, la buena fe y el dominio del hecho</i>	605
MARÍA MAGDALENA BUSTOS DÍAZ	
<i>Caducidad legal y convencional ¿Es posible establecer una caducidad convencional?</i>	619
PATRICIO CARVAJAL RAMÍREZ	
<i>La cláusula “el deudor se obliga en forma solidaria e indivisible”. ¿Beneficia al acreedor?</i>	643
RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ	
<i>Acciones de perjuicios y la nulidad en el error en la persona y el dolo</i>	657
BETTY MARTÍNEZ-CÁRDENAS	
<i>¿La venta celebrada por un falsus procurator es una venta de cosa ajena? ¿La sanción es la nulidad absoluta o la inoponibilidad por falta de concurrencia?</i>	671
BRUNO CAPRILE BIERMANN	
<i>Obligaciones irrestituibles in natura frente a la resolución y nulidad</i>	711
FRANCISCO FLORES ULLOA	
<i>La ineficacia del contrato en el derecho contemporáneo: una propuesta de sistematización</i>	735
HUGO A. CÁRDENAS VILLARREAL	
<i>Reconsiderando las restituciones consecutivas a la nulidad del contrato</i>	747
PABLO LETELIER CIBIE	

<i>¿Es necesario que el interés en que se funda la acción de nulidad absoluta sea necesariamente patrimonial? La revisión por parte de la doctrina contemporánea de la doctrina clásica.....</i>	761
RUPERTO PINOCHET OLAVE	
<i>Algunas notas sobre la inaplicabilidad del régimen de los vicios redhibitorios a las ventas de género y el verdadero ámbito de utilidad de la doctrina del aliud pro alio</i>	777
SEBASTIÁN CAMPOS MICIN	
<i>La interpretación de los contratos administrativos: ¿Qué puede aportar el derecho civil?.....</i>	801
JORGE BARAONA GONZÁLEZ	
<i>Interpretación, integración y modificación del contrato. La frontera difusa</i>	817
FRANCISCO RUBIO VARAS	
<i>¿Qué significa ‘desistir(se)’ en el derecho chileno de contratos? Para las bases de un sistema conceptual de la terminación contractual.....</i>	833
GONZALO SEVERIN FUSTER	
<i>Algunas consideraciones sobre la noción de “hecho o causa sobreviniente” en el derecho de contratos</i>	845
MARÍA GRACIELA BRANTT ZUMARÁN	
<i>Revisión crítica de los pactos de preferencia en el derecho chileno.....</i>	857
MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ	
<i>Contratos con precio abierto: ¿Una manifestación de los contratos incompletos de acuerdo a la legislación chilena?.....</i>	873
PAMELA PRADO LÓPEZ	
<i>La amenaza de incumplir un contrato como un supuesto de debilidad contractual: configuración, intereses en conflicto y consecuencias jurídicas desde el derecho chileno.....</i>	889
PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ	
<i>Políticas de sustentabilidad, contenido ético del contrato y falta de conformidad.....</i>	909
RODRIGO MOMBERG URIBE	
<i>¿Son válidos los acuerdos preliminares o contratos preparatorios en que las partes se obligan a celebrar un contrato futuro, fuera del ámbito de la promesa?.....</i>	919
GONZALO MONTORY BARRIGA	

<i>La terminación por falta de pago de la renta de contratos de arrendamiento de predios urbanos. Aspectos sustantivos y procesales.....</i>	933
GÜNTHER BESSER VALENZUELA	
<i>El cese del arrendamiento fundado en la necesidad de realizar reparaciones a la cosa. Notas sobre el artículo 1966 del Código Civil.....</i>	945
ANDRÉS ERBETTA MATTIG	
<i>Reparaciones locativas y necesarias en el contrato de arrendamiento: obligación de efectuarlas, contribución a la deuda y riesgos por incumplimiento.....</i>	971
JUAN IGNACIO CONTARDO GONZÁLEZ	
<i>La distribución de los costos entre las partes y caso fortuito. Una relectura del artículo 2003 n° 2 del Código Civil.....</i>	983
ÁLVARO VIDAL OLIVARES	
<i>Hacia una desformalización de la igualdad / desigualdad en el Código Civil y la Ley N° 19.496.....</i>	995
IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI	
<i>Contratos de construcción y subcontratación. Una nueva mirada a la figura a la luz del artículo 22 de la Ley de Concesiones chilena.....</i>	1017
LAURA ALBORNOZ POLLMANN	
<i>Sobre el otorgamiento de fianzas en contextos de personas relacionadas.....</i>	1035
RENZO MUNITA MARAMBIO	

CUARTA PARTE RESPONSABILIDAD CIVIL

<i>Bases para una acción general de restitución de ganancias ilícitas en el derecho chileno.....</i>	1053
ALBERTO PINO EMHART	
<i>Acciones restitutorias e indemnizatorias en situaciones extracontractuales de intromisión en derecho ajeno: ¿alternativas o acumulativas? Consecuencias prácticas.....</i>	1063
CARLOS CÉSPEDES MUÑOZ	
<i>La culpa lucrativa en el Derecho Civil chileno.....</i>	1075
CARLOS PIZARRO WILSON	

<i>¿Puede la persona jurídica condenada penalmente pedir una indemnización a la persona natural?.....</i>	1087
CARLOS TRONCOSO DURANDEAU	
<i>Las categorías de daños indemnizables por ruptura de negociaciones: orígenes y aplicación en el derecho chileno.....</i>	1103
ISABEL MARGARITA ZULOAGA RÍOS	
<i>Una aproximación a la noción de daño colectivo en el derecho chileno.....</i>	1131
PAMELA MENDOZA ALONZO	
<i>Las particularidades del consentimiento informado en la telemedicina.....</i>	1147
CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO	
<i>La pérdida de chance de curación o sobrevida, a propósito de la obligación de prestación médica.....</i>	1165
ISABEL WIGG SOTOMAYOR	
<i>¿Es posible construir la noción de consumidor diligente o razonable frente al deber de información en las relaciones de consumo?.....</i>	1187
DAVID CUBA ABARCA	
<i>Las funciones de la acción indemnizatoria reconocida a propósito de la garantía legal: más allá del id quod interest.....</i>	1201
ERIKA ISLER SOTO	
<i>Indemnización extracompensatoria de los daños colectivos causados a los consumidores por la colusión.....</i>	1219
GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN	
<i>Notas críticas en torno a la causal de exoneración de responsabilidad civil en la Ley N° 21.020, sobre tenencia responsable de mascotas o animales de compañía.....</i>	1229
EMILIO JOSÉ BÉCAR LABRAÑA	
<i>La culpa organizacional y anónima como mecanismos paliativos de incerteza causal ante daños ocasionados por el uso de sistemas inteligentes en Chile.....</i>	1251
FELIPE JAVIER DIEZ RINGELE	
<i>La función como criterio delimitador de la responsabilidad del empleador por el hecho del empleado.....</i>	1277
LILIAN C. SAN MARTÍN NEIRA	
<i>Notas sobre la responsabilidad civil del abogado.....</i>	1301
RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA	

<i>La responsabilidad civil de los jueces resultante del ejercicio de sus funciones ministeriales</i>	<i>1319</i>
JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER	

OBLIGACIONES IRRESTITUIBLES IN NATURA FRENTE A LA RESOLUCIÓN Y NULIDAD

FRANCISCO FLORES ULLOA*

Resumen: Aunque pueda discutirse el efecto retroactivo de la nulidad y resolución, lo cierto es que, en Chile, una vez declaradas, éstas extinguen la obligación pendiente y obligan a hacer restitución de lo recibido. Esta restitución, en principio, es in natura o en especie. Como una excepción a estos efectos se mencionan los contratos de tracto sucesivo, en el entendido de que, tratándose de ellos, resolución y nulidad solo operarían para lo futuro, dejando firme la prestación ya ejecutada.

No obstante, esta circunstancia no está motivada por la naturaleza del contrato, sino por el carácter de restituible o no in natura de la prestación ya ejecutada. En este trabajo revisamos el panorama de este tipo de obligaciones, las propuestas comparadas y de derecho uniforme, y finalmente proponemos cómo debiera procederse ante ellas en la nulidad y resolución.

Palabras clave: Efectos de la nulidad; Efectos de la resolución; Restitución in natura; Restitución en especie; Restitución en valor; Efecto retroactivo.

I. EL PROBLEMA: LAS OBLIGACIONES QUE NO ADMITEN RESTITUCIÓN *IN NATURA*

Aunque existen notorias diferencias entre ellas, tanto nulidad como resolución tienen una operativa semejante a la hora de producir sus efectos. En materia de nulidad estos efectos son casi indiscutiblemente retroactivos, mientras que tratándose de la resolución dicha retroactividad es menor y

* Abogado, Magíster en Derecho Privado y Doctorando en Derecho Privado, todos de la Universidad de Concepción, Concepción, Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad San Sebastián, Concepción, Chile. Correo electrónico: floresu.francisco@gmail.com.

Estudios doctorales financiados por la ANID-Subdirección de capital humano, Doctorado Nacional, año 2024 folio 21241130.

hoy cada vez más discutible¹. Más allá de si estos efectos son retroactivos o no, la idea básica sostenida tradicionalmente y compartida para ambas instituciones, es la de restituir a las partes al estado anterior al de la contratación, lo que según algunos implica extinguir la propia relación jurídica².

Conllevan en definitiva la extinción de la obligación pendiente³ y la necesidad de hacer restitución de lo recibido por el contrato nulo o resuelto⁴. A la primera de dichas consecuencias se le ha denominado el efecto liberatorio, por el cual se extinguen las obligaciones y situaciones pendientes del contrato. La segunda de ellas es conocida como el efecto restitutorio, en virtud del cual, el que recibió la prestación del contrato nulo o resuelto debe hacer restitución de lo recibido, restitución que en principio es in natura, o en especie, es decir, se devuelve exactamente lo mismo que lo re-

¹ El punto de la retroactividad ha suscitado gran controversia en doctrina nacional, existiendo tanto pronunciamientos a favor como en contra de esta. A modo de síntesis del debate podemos citar: “Si debiéramos concluir acerca de la retroactividad en la nulidad y en la resolución, diremos que en la primera es perfecta, mientras que en la segunda (en caso de aceptarse) es una mera ficción. En la nulidad corresponde olvidar el contrato, retro trayendo las partes a un estado como si nunca hubieren contratado, mientras que este efecto es imposible en la resolución, debiendo contarse con el contenido contractual dispuesto para el incumplimiento. Así, por ejemplo, mientras la cláusula penal en el contrato nulo desaparece consecutivamente, esa misma garantía pervive en la resolución”. MOMBORG, Rodrigo; PIZARRO, Carlos, “Las restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles”, *Ius et Praxis*, 2018, N° 1, p. 355.

² “Una vez declarada, la condición resolutoria produce efectos retroactivos, volviendo a las partes al estado jurídico en el que se encontraban previo a contratar, como si no hubiesen convenido (...) revocando, borrando todas consecuencias del contrato, obra, *ex tunc*, el aniquilamiento del contrato mismo”. Corte Suprema, 13 de junio de 2011, Rol N° 1958-2010. Y en el mismo sentido sobre la nulidad: “De manera que el Código da a las partes el derecho de exigirse recíprocamente la restitución de todo lo que hubieren entregado en virtud del contrato, o sea, el contrato se destruye en el pasado, y las cosas quedan como si éste nunca se hubiera celebrado; así, si se declara nula una compraventa, el comprador deberá devolver la cosa y el vendedor deberá restituir el precio”. ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, T. II, p. 341.

³ Con fuente legal en nuestro caso, en el art. 1567 números 8 y 9 del Código Civil.

⁴ En derecho comparado incluso se ha llegado a sostener que en este punto hay modelos unitarios o binarios sobre la regulación de los efectos restitutorios. Así, por ejemplo, los Principios Europeos del Derecho de los Contratos y de UNIDROIT adoptan un criterio unitario, es decir, regulan con semejante eficacia las restituciones en materia de nulidad y resolución.

cibió⁵. Esta ha sido la solución que nuestra doctrina tradicional desprende de los artículos 1487 y 1687 del Código Civil, y es lo que, con más o menos precisiones se enseña tradicionalmente al tratar los efectos de la nulidad y la resolución⁶. Una vez declaradas éstas, se extinguen las obligaciones pendientes, y se mandan a restituir lo ya cumplido en virtud del contrato.

Ahora bien, varias son las excepciones que la doctrina enumera a dichos efectos: las derivadas de la prescripción adquisitiva, lo dado a los incapaces y lo entregado por objeto o causa ilícita a sabiendas en la nulidad, entre otras. La que nos interesa —pues introduce nuestro tema—, es la relativa a los llamados contratos de tracto sucesivo bilaterales, en que, ambas figuras operarían sin efecto retroactivo, o más precisamente, sin borrar la prestación ejecutada. La razón que tradicionalmente se ha dado para afirmar esta excepción radica en que el goce ya experimentado no puede restituirse. El caso paradigmático es el del contrato de arrendamiento en que se ha dicho que nulidad y resolución operarían solo para lo sucesivo. A este respecto se pronuncia casi toda la doctrina nacional⁷ e incluso compara-

⁵ En términos generales hemos preferido utilizar la voz “in natura” (en lugar de “en especie”), pues es más difundida en los estudios comparados, y además representa mejor la circunstancia de que las obligaciones irrestituibles no solo versan sobre cosas, sino también sobre hechos, o abstenciones.

⁶ En materia de nulidad: “(...) el efecto propio de la declaración de nulidad, como claramente lo establece el artículo 1687, es el derecho que se concede a las partes de ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de modo que, si éste engendraba obligaciones que no se encontraban cumplidas, tal derecho se satisface con la extinción de ellas, siempre que de esa manera se pueda volver al estado anterior. En cambio, si la extinción de obligaciones no permite, sin más, que se produzca el efecto tantas veces mencionado, deberá una de las partes o ambas efectuar las prestaciones determinadas por la ley, que reciben la denominación de restituciones mutuas”. VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 279. En materia de resolución: “Finalmente, la resolución por incumplimiento del contrato bilateral produce efectos ligeramente diferentes, en cuanto a las obligaciones del acreedor, especialmente.

En efecto, mediante la resolución el acreedor exigirá la restitución si ha cumplido su obligación, pero puede servirle para inhibirse de cumplirla en todo o parte si no lo ha hecho, pero siempre que haya estado llano al cumplimiento”. ABELIUK, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, T. I, p. 539.

⁷ Por ejemplo: “En los casos de negocios de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo (...) no es posible restituir a las partes a su situación inicial, porque por su objeto mismo la obligación de hacer no es susceptible de restitución: el arrendatario no puede restituir el uso que ha hecho de la cosa (...) Siendo imposible aquella res-

da⁸, negando la retroactividad pese a la falta de texto legal (esto último, al menos en nuestro código). Así, en los contratos de tracto sucesivo, solo se produciría el efecto liberatorio, y no el restitutorio⁹.

La consecuencia natural de esto es que, encontrándonos frente a un contrato de esta categoría, la resolución y nulidad no obligarían a restituir el goce efectuado (pues es imposible y a lo imposible a nadie puede obligarse), lo que conllevaría a su vez, a mantener la obligación correlativa (por ejemplo, pagar la renta), o incluso disponer su cumplimiento a pesar de haberse declarado nulo o resuelto el contrato. Esta solución pese a no tener texto expreso entre nosotros ha sido reconocida desde siempre por la doctrina nacional¹⁰, pues es la única manera de prevenir el enriquecimiento injustificado de una de las partes, la que habiendo recibido la pres-

titución, no es posible ni aun por ficción volver a las partes a su situación inicial. La nulidad deberá operar aquí más como una causa de extinción *ex nunc* de las obligaciones, como una forma de terminación del negocio, que como un medio de restarle la eficacia desde siempre. La repetición queda aquí suprimida.” DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 226.

⁸ A este respecto podemos incorporar una clásica cita: “Sin embargo, en los contratos de cumplimiento sucesivo, como el arrendamiento de cosas o el contrato de trabajo, es evidente que la resolución no puede destruir retroactivamente el contrato; opera entonces como una rescisión (Civ., 2 de marzo de 1938, D. H. 1938, 178). A lo sumo podrá admitirse que el juez no estará ligado por las estipulaciones del contrato, cuando se trate de apreciar el valor de la prestación que no puede ser borrada retroactivamente (Civ., 16 de febrero de 1932, S. 1932. I. 163)”. RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1963, T. IV., p. 336.

⁹ MELICH, José, *La Resolución Del Contrato por Incumplimiento*, Temis, Bogotá, 1982, p. 355.

¹⁰ En materia de resolución: “En los contratos de tracto sucesivo no opera la condición resolutoria tácita, de modo que con motivo del incumplimiento de una de las partes la otra puede solicitar la terminación del contrato”. FIGUEROA, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, T. III, p. 215.

En materia de nulidad: “En los casos de negocios de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo (...) no es posible restituir a las partes a su situación inicial, porque por su objeto mismo la obligación de hacer no es susceptible de restitución: el arrendatario no puede restituir el uso que ha hecho de la cosa (...) Siendo imposible aquella restitución, no es posible ni aun por ficción volver a las partes a su situación inicial. La nulidad deberá operar aquí más como una causa de extinción *ex nunc* de las obligaciones, como una forma de terminación del negocio, que como un medio de restarle la eficacia desde siempre. La repetición queda aquí suprimida”. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 7), p. 226.

tación (goce que no puede restituir), sí podría recuperar lo que a su vez entregó (la renta pagada).

Al respecto es necesario plantear varias objeciones.

En primer lugar, es necesario reformular la clasificación tradicional que distingue entre contratos a tractos o de ejecución instantánea. En efecto, siguiendo al profesor PEÑAILILLO, más que aplicarse a los contratos, la clasificación más bien se aplica a las obligaciones (y de ahí pudiera derivarse en calificar el contrato), distinguiendo entre obligaciones de ejecución instantánea (que se cumplen en un solo momento, como pagar el precio cuando no se establecieron cuotas), y obligaciones de ejecución duradera (cuyo cumplimiento se prorroga en el tiempo), las que a su vez pueden ser continuadas (se cumplen permanentemente en un espacio de tiempo, como la de conceder el goce de una cosa dada en arriendo), y a tractos (se cumplen en un solo momento, pero varias veces por períodos o intervalos separados en el tiempo, como la de pagar una renta mensual). Esta sistematización ha sido propuesta tanto por doctrina nacional¹¹ como extranjera¹².

En segundo término, incluso teniendo en consideración lo recién relacionado, lo cierto es que la negación del efecto retroactivo para los contratos con obligaciones duraderas (a tractos o continuadas) no se justifica en el tracto sucesivo de la obligación o contrato, sino en el carácter de irrestituible de la prestación ya ejecutada. Veamos.

¹¹ Que más bien se aplica a las obligaciones (y de ahí deriva la calificación del contrato), distinguiendo entre obligaciones de ejecución instantánea, y duradera, las que a su vez pueden ser continuadas (si se ejecutan en todo momento), o a tractos (por intervalos de tiempo). Así lo ha sostenido PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 348.

Ofreciendo otra sistematización puede verse: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial." En *Rev. Actualidad Jurídica (UDD)*, 2012, N° 26, pp. 169 y ss.

¹² "La categoría se divide, según que el contrato sea de ejecución continuada, en que la prestación (de ordinario, de hacer, pero también negativa) es única, pero ininterrumpida (locación, arrendamiento de cosas productivas, suministro de energía, comodato y similares), o bien de ejecución periódica, en que se tienen varias prestaciones (de ordinario, de hacer), que son correspondientes a fechas preestablecidas (por ejemplo, renta y contrato vitalicio), o bien intermitentes, a petición de una de las partes". MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Trad. de Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, T. IV, p. 480.

Lo normal es que, en el más común de los contratos con obligaciones de ejecución duradera —el arrendamiento— la obligación del arrendador de suministrar el goce de la cosa sea en efecto irrestituible, pues no se puede devolver el goce efectuado (otro tanto ocurre con el contrato de trabajo). Sin embargo, es posible constatar que existen obligaciones que se cumplen a tractos o de ejecución continuada, en que sí se puede operar con retroactividad, es decir, es procedente la restitución in natura.

Por ejemplo, la obligación del joyero de dar un anillo diferente cada mes a cambio de una suma de dinero. En ella, si es declarado nulo o resuelto el contrato habiéndose cumplido la obligación de varios períodos parciales, es admisible restituir todos los anillos recibidos y el dinero pagado por ellos, pese a su calificación de obligación a tractos, es decir, pudiera operarse con retroactividad, o al menos restituir lo recibido.

Por el contrario, es posible constatar que existen obligaciones de ejecución instantánea, en que no puede operar la restitución in natura, como la obligación de revelar un secreto, dar una clase o interpretar una pieza musical. Ello pese a la calificación de la obligación.

De este modo, el fundamento de la tesis clásica de que en los contratos a tractos nulidad y resolución solo operan para el futuro sin afectar lo ya ejecutado, no debe mantenerse. Lo que justifica la excepción, no es la calificación de la obligación (como duradera o de ejecución instantánea), sino más bien, la imposibilidad de operar restituyendo in natura, situación que depende exclusivamente de la prestación debida y no de la temporalidad de su cumplimiento.

Así entonces, surge la necesidad de enarbolar otro criterio. El propuesto es el de obligaciones cuya prestación no admite restitución in natura, con independencia de que se ejecuten a tractos o instantáneamente. Son aquéllas que llamaremos obligaciones de prestación irrestituible in natura, o derechamente obligaciones irrestituibles.

Su existencia es relevante pues en muchos casos, como ocurre precisamente respecto de la nulidad y resolución, el legislador manda a restituir in natura, y ello no es posible cuando estamos frente a una obligación de esta categoría ya ejecutada o cumplida, y como ya revisamos, la vieja afirmación entorno a las obligaciones de ejecución duradera (o a tractos), no es un criterio útil en esta materia.

Son muchas las circunstancias que pueden determinar que la obligación sea irrestituible in natura, dentro de las cuales podemos enumerar las siguientes: a) Hechos o abstenciones ya cumplidos (como pintar un

cuadro, revelar un secreto, etc.); b) el goce o utilización de una cosa ya efectuado (cuando se cumplió la obligación del arrendador de conferir el goce de una cosa, o se gozó del derecho real limitado de goce; c) Cuando se trate de restituir bienes perdidos, o destruidos¹³; d) y discutiblemente cuando la restitución no es útil según los acuerdos contractuales, o se ha tornado excesivamente onerosa.

Asimismo, podemos constatar que la imposibilidad de restituir puede ser inherente a la obligación como ocurre en el caso de la ejecución de hechos, o bien derivar de circunstancias sobrevinientes, sean o no imputables a las partes, como la obligación de restituir una o más especies destruidas, o incluso genéricas que tengan el carácter de irremplazables.

El corolario de lo hasta aquí relacionado es que esta categoría debe tenerse en cuenta si se pretende dar una razonable y equitativa aplicación a la normativa vigente. Si se paga una suma por interpretar una canción y luego se declara nulo el contrato, es posible restituir el dinero pero resulta imposible restituir la pieza interpretada. Si operamos restituyendo solo lo que admite ser restituido, se produciría enriquecimiento injustificado, por lo que debemos rechazar, inicialmente tal solución.

Como señalamos, nuestro sistema no se hace cargo de la situación hasta aquí descrita. Incluso en el caso más evidente y difundido (aunque aceptado por toda la doctrina, como es el del arrendamiento de cosas) la solución es ofrecida por la doctrina clásica sin que el texto legal se haga cargo de la situación. Frente al escenario expuesto, restringir la irretroactividad, solo a los contratos de tracto sucesivo, es inadecuado, por lo que pasaré a comentar algunas de las alternativas.

II. EL PANORAMA DE RESPUESTAS

La existencia de obligaciones irrestituibles in natura está recogida por el Derecho Uniforme, con leves diferencias dependiendo del estatuto, y si

¹³ En materia de acción de acción reivindicatoria el Código Civil se hace cargo específicamente de este problema en los arts. 898 y 900. Disponiendo que si no es posible obtener la restitución de la cosa en especie se debe hacer en valor (el de mercado o el que se recibió) cuando se ha enajenado o perdido de mala fe. Esta disposición es indiscutiblemente aplicable a varios de los casos que plantearemos, no obstante, no resuelve todos los problemas, pues tiene algún tipo de exigencia subjetiva por parte del poseedor.

se trata de la nulidad y la resolución. Veamos el panorama de soluciones ofrecidas.

El art. 84 de la *Convención de Viena Sobre compraventa internacional de mercaderías* (en adelante CISG), respondiendo solo al punto de la resolución (pues entrega la nulidad a los Derechos internos), señala que el comprador deberá abonar el importe total de los beneficios obtenidos de las mercaderías, “cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de ellas”.

Por su parte los *Principios de UNIDROIT* regulan en los arts. 3.2.15 y 7.3.6 las restituciones en caso de nulidad y resolución (respectivamente) disponiendo para ambos casos que, “si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable”.

El punto también está tratado en los *Principios Europeos del Derecho de los Contratos* (en adelante PEDC). En efecto, los arts. 4:115, y 9:309 para la nulidad y resolución respectivamente señalan que “si la restitución en especie no es posible por cualquier motivo, deberá pagarse un importe razonable en proporción a lo recibido, o acorde al valor de la prestación”.

Por su parte el *Marco común de referencia del Derecho Civil Europeo* (en adelante DCFR), da soluciones disímiles para nulidad y resolución.

El art. 7:212 señala que frente a la nulidad “las restituciones se registrarán de acuerdo a las reglas del enriquecimiento injustificado”. En cambio, tratándose de la resolución, el art. 3:510 establece que, si la restitución supusiera “un esfuerzo o gasto excesivo,” o bien, no sea posible, la restitución consistirá “en el pago del valor de la prestación”, dando varias reglas para calcularlo, las que consideran el valor de cumplimiento real, y lo que se acordó en el contrato.

Por último, en los *Principios Latinoamericanos del Derecho de los Contratos*, se contiene una única regla para el caso de nulidad y resolución, el art. 121, que expresa que, frente a la imposibilidad de restitución, “habrá derecho al valor de la prestación, fijado en el momento de la restitución”.

Como se aprecia, las obligaciones irrestituibles in natura son reconocidas por los cuerpos de derecho uniforme y existe un abanico de posibili-

dades para solucionar las inequidades que pueden causar, que no distan mucho las unas de las otras¹⁴.

A nivel legislativo, en Derecho comparado encontramos varios ordenamientos que, a diferencia del nuestro, sí se hacen cargo del problema, dentro de los cuales mencionamos a modo ejemplar el Código Civil español¹⁵, el BGB¹⁶, y el

¹⁴ Comentando la situación se ha señalado: “Como se dijo, a nivel de derecho uniforme, se acepta excepcionalmente que la restitución pueda hacerse en valor (arts. 3.15.(2) y 7.3.6(2) PICC, arts. 9:307 a 9:309 PECL, art. III.– 3:510 DCFR y art. 173 CESL). así sucederá por ejemplo cuando es imposible restituir la cosa entregada porque esta se destruyó y el comprador debe soportar el riesgo, o porque la ha transformado o transferido a terceros. Habitualmente, ello también sucederá en el caso de los servicios, y lo mismo si se acepta que debe valorizarse el uso y goce de la cosa. Las normas se aplican no solo cuando la restitución en especie es imposible, sino también cuando no es apropiada, esto es, cuando dicha restitución implica un gasto o esfuerzo irrazonable para el obligado, que no se encuentra en consonancia con el interés comprometido en el contrato”. MOMBERG y PIZARRO, cit. (n. 1), p. 341.

¹⁵ En España el punto estaría resuelto en parte por los arts. 1120 inc. 2º y 1307. “Art. 1120 inc. 2º En las obligaciones de hacer y no hacer, los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida.” “Artículo 1307. Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha”.

A propósito, Díez Picazo señala: “*El contenido del deber de restitución se refiere, por regla general, a los mismos bienes que hubieran sido objeto de prestación y se trata de una restitución específica o in natura. Sin embargo, en aquellos casos en que la restitución in natura no sea posible, deberá producirse a través del equivalente pecuniario*”. DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., Thomson - Civitas, Madrid, 2007, T. II., p. 872. En el mismo sentido, “Procede la restitución de la misma prestación recibida, siempre que sea posible. La imposibilidad puede estar motivada por la propia naturaleza de la prestación inicialmente realizada (por ejemplo, un acto médico) o por circunstancias sobrevenidas (por ejemplo, pérdida material de la cosa específica recibida). En los casos de imposibilidad de restitución in natura, habrá de restituirse una suma de dinero equivalente al valor de la prestación recibida, más la indemnización de otros daños y perjuicios si procede”. LÓPEZ BELTRÁN, Carmen, *La Nulidad de los Contratos*, Tirant monografías, Valencia, 2009, p. 59.

¹⁶ “346. Efectos de la resolución. (1) Si una parte contractual se ha reservado contractualmente la resolución o bien le corresponde un derecho legal de resolución, para el caso de darse la resolución se deben devolver las prestaciones recibidas y restituir los provechos percibidos. (2) En lugar de la devolución o la restitución el deudor debe prestar resarcimiento del valor, en tanto que 1. la devolución o

Código Civil y Comercial argentino¹⁷, todo ello sin perjuicio de los comentarios que ha formulado la doctrina desde antaño¹⁸. De este modo ante la imposibilidad de restituir in natura, los cuerpos de derecho uniforme disponen en general la restitución en valor o por equivalencia.

El panorama de soluciones ofrecidas oscila entre mantener la obligación correlativa, o bien valorar la obligación irrestituible ya cumplida disponiendo su restitución ya no en especie sino que en valor (dándose para ello reglas de valoración que revisaremos pronto), y una vez fijado el monto debe procederse a su pago por la parte que recibió la prestación, o bien, compensar con la obligación correlativa restituible ya cumplida.

Además, en ciertos casos los instrumentos no solo contemplan la restitución en valor ante la verdadera imposibilidad, sino que también ante el caso en que la restitución in natura ya no sea útil o bien se ha tornado muy onerosa.

Así, teniendo presente que la restitución en valor o por equivalencia es la solución ofrecida por el derecho uniforme y comparado, la operatividad de este remedio plantea a su vez varias preguntas que trataremos de resolver en el apartado siguiente.

III. LA SOLUCIÓN EN CHILE

Dejar a los que ejecutaron prestaciones irrestituibles in natura sin la restitución es inaceptable, toda vez que produciría enriquecimiento injus-

la restitución está excluida de acuerdo con la naturaleza de lo recibido. 2. él ha consumido, enajenado, gravado, transformado o modificado el bien recibido. 3. el bien recibido se ha deteriorado o se ha perdido; con todo, no se toma en consideración el deterioro sufrido por el uso conforme a lo prescrito". En materia de nulidad se afirma que las restituciones se rigen por las reglas del enriquecimiento injustificado.

¹⁷ Arts. 1080 y 1081 CC.

¹⁸ Así, por ejemplo, Messineo reconoce la existencia de la "obligación" de restituir, expresando que "Pueden distinguirse varios tipos de obligación de restitución, según el diverso contenido del deber de restitución: a) restitución en especie o in individuo (...) b) Restitución del equivalente (...) c) Restitución del equivalente, pero como valor pecuniario (dinero en lugar de enseres y animales, en el arrendamiento de fundos rústicos y dinero en el cuasi usufructo". MESSINEO, cit. (n. 12), T. IV, p. 480.

tificado. Por lo tanto, debemos buscar una forma de darle solución a este inconveniente, incluso con nuestros textos legales vigentes.

Aquí no se trata naturalmente de dar las reglas, sino más bien de perfilar algunas pautas o directrices que deben tenerse en cuenta para resolver el punto de las restituciones, partiendo de la base de nuestros textos, lo que ha dicho la doctrina y por cierto un análisis crítico de las soluciones ofrecidas por el derecho comparado.

Así pues, la propuesta inicial es sencilla y evidente, si la obligación no admite restitución *in natura*, sea de ejecución instantánea, de restituir una cosa, de ejecución duradera o cualquier otra, procede la restitución en equivalencia, debiendo calcularse, en definitiva, cuál es el valor de lo ejecutado, y disponiendo su pago o compensación con la obligación correlativa (si existiese, se hubiese cumplido y fuere equivalente a la valoración de la irrestituible)¹⁹.

Para sostener esta solución como punto de partida debo señalar que las reglas desde las que se extraen las restituciones en nulidad y resolución admiten una lectura amplia:

Primero el art. 1687 señala que “La nulidad (...) da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

Por su parte el art. 1487 expresa que “cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición”.

A mi juicio, la voz “restitución”, empleada por ambas reglas, no debe necesariamente interpretarse como restitución *in natura*. Lo importante es lo sustantivo, el hecho de restituir, es decir, devolver aquello que se recibió. Si bien es razonable que la restitución, sea en principio en especie, o *in natura* (pues esta es la auténtica restitución), ante la imposibilidad de efectuarla, a nuestro entender dentro de las citadas normas todavía cabe la restitución en valor, o por equivalencia.

¹⁹ También se ha propuesto limitar el efecto liberatorio, manteniendo la obligación correlativa pendiente, y disponiendo su cumplimiento pese a la declaración de nulidad o resolución. Si bien la solución parece económica procesalmente (pues permite omitir el debate de la valoración), lo cierto es que presenta serias dudas, especialmente en materia de nulidad, no siendo razonable mantener obligaciones de un contrato cuya vigencia ya ha cesado.

Si de la sola imposibilidad de restituir in natura se sigue la no restitución, se estaría dejando de cumplir con los mandatos de los arts. 1687 y 1487 citados, pues en los hechos no habría restitución. Ante la imposibilidad de cumplir el mandato normativo de forma perfecta, debe buscarse aquella interpretación que implique cumplirlo de la manera más cercana a su texto.

Por lo demás éste ha sido el razonamiento que siempre ha reposado en nuestra doctrina en el caso de los contratos con obligaciones a tractos como el arrendamiento, no existiendo regla específica tampoco para dichas situaciones.

Esto se engarza con las nuevas tendencias postuladas por la doctrina contemporánea, al menos en materia de resolución. Hoy son varios los autores que afirman que frente al “Nuevo Derecho de los Contratos”, y a la resolución surge una fase de “liquidación”, la que consiste, entre otras cosas, en determinar, como si de una suerte de cuenta corriente se tratara, cuanto debe reintegrar cada uno, y compensar hasta la de menor valor²⁰.

En Chile han existido varios pronunciamientos que de una u otra forma han afirmado la solución que aquí proponemos (o al menos una semejante)²¹.

²⁰ “El propuesto por el nuevo derecho de contratos, según el cual la facultad resolutoria no comporta la extinción *ex tunc* del contrato, sino el nacimiento de una nueva relación jurídica destinada a liquidar la situación patrimonial existente, que viene influido por el modelo alemán posterior a la reforma de 2001 (§ 346 BGB) (...) Resulta, en suma, que el mecanismo de protección de los intereses de las partes consistirá propiamente en una cuenta corriente en la que figurarán como partidas los valores que cada una debe devolver (*Saldotheorie, compte de restitution*), de suerte que el reequilibrio de posiciones contractuales se logrará merced de la compensación entre cantidades líquidas, quedando extinguidas ambas obligaciones restitutorias hasta la concurrencia de la de menor valor (artículos 1655 y 1656 CC). El acreedor de restitución es necesariamente global, de suerte que su crédito (nacido del hecho generador del restablecimiento patrimonial) comprende las diversas indemnidades que le corresponden en derecho 1298. No cabe, por tanto, hablar de una restitución de frutos disociada de la restitución de la cosa objeto de la prestación incumplida (artículo 1875 CC)”. ALCALDE, Jaime, “Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento”, en VIDAL, A. (Ed.), *Estudios de Derecho Civil X*, Thomson Reuters, Santiago, 2015 disponible en: <https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title> (revisado el 3 de marzo de 2025).

²¹ Entre nosotros el profesor Peñailillo, a propósito de la resolución ha propuesto que, frente a obligaciones con prestaciones irrestituibles no puede procederse al

Como nota final, son varios los pronunciamientos que han propuesto que el derecho de restituciones encuentra su fundamento final en el repudio al enriquecimiento injustificado. Así, desapareciendo la eficacia del contrato, el que ya obtuvo su prestación no tiene derecho a retener dicha atribución patrimonial y por consiguiente es obligado a restituirla, sea en especie o en valor. Esto plantea a su vez varios problemas relacionados con dicha doctrina, como la posibilidad de restituir ahorro de gastos, o simplemente un servicio que no produjo incremento económico y que naturalmente no se posee. No abordaremos estos problemas, debido a la extensión de este trabajo. No obstante, y pese a la sencilla idea inicial de restitución, surgen varias interrogantes relacionadas, y como apartado final de esta exposición abordaremos aquellos puntos:

efecto retroactivo clásico, pues, se produciría enriquecimiento injustificado para la parte que recupera lo que entregó (por ejemplo, precio) y que no puede restituir lo recibido. Continúa señalando que, para solucionar las hipótesis conflictivas dada las carencias de nuestros textos, el juzgador debe considerar que en principio la restitución debe ser recíproca, que debe evitarse con ella el enriquecimiento injustificado, y de advertirse podrá evitarse con el mantenimiento de alguna prestación, no obstante ser restituible, o con el pago de una indemnización compensatoria, procediéndose siempre de buena fe. PEÑAILILLO, cit. (n. 11), p. 348. En un sentido semejante para la nulidad: “La mayor duda surge a propósito de las obligaciones de hacer y no hacer, así como en aquellas que consisten en la cesión de la tenencia de una cosa para su uso y goce, en que la naturaleza de la obligación trae como consecuencia que una vez ejecutada, no puede deshacerse. El primer cuestionamiento que brota es, si frente a este tipo de obligaciones se aplica o no la retroactividad. Me parece que la respuesta debe ser afirmativa ya que el artículo 1687 del Código Civil, cuando proclama el derecho de las partes a ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese habido contrato, no distingue el tipo de obligaciones que emanan del acto nulo. Por lo tanto, en aquellas que por su naturaleza se hacen imposible una restitución en especie, habrá que cumplirla entregando una suma de dinero que represente un valor estimado, equivalente a la prestación realizada. De hecho, el artículo 1687 no lo prohíbe y, de su texto, más bien parece deducirse que la restitución en valor es admisible, dada la amplitud de la regla que le permite a las partes volver al estado anterior a la celebración del contrato, sin especificar si las restituciones deben hacerse en especie o en valor, cuando aquella es imposible”. MONTORY, Gonzalo: “Algunas consideraciones en torno a las Restituciones provenientes de la Nulidad de los Actos y Contratos” en Opazo, V. (Dir.), *Nulidad e Ineficacia: Estudios Públicos y Privados*, 2ª ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2022, p. 168.

3.1. Casos en que no resulta admisible la restitución

Existen situaciones en que pese a la procedencia inicial de la restitución (ya sea *in natura* o por equivalencia), esta será negada por el legislador en atención al comportamiento de las partes o por su buena o mala fe.

Como punto de partida es sabido que en materia de nulidad existen situaciones en que el legislador ordena no proceder a la restitución pese a ser inicialmente procedente, esto ocurre frente a lo recibido por incapaces (por regla general) y lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. Se dispone así incluso aunque se produzca enriquecimiento injustificado.

Así pues, a nuestro juicio la expectativa restitutoria deberá pasar por el cedazo de la buena fe, y del principio en virtud del cual nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Habrà que estar especialmente atentos a estas circunstancias por ejemplo para el caso de nulidad por dolo o fuerza. El mismo razonamiento puede utilizarse para el caso en que el contrato ha sido incumplido de mala fe por el que ejecutó la prestación irrestituible, negándole lugar a la restitución por equivalencia fundados en su mala fe, pese a generar enriquecimiento indebido en la parte contraria.

Estos razonamientos son recogidos por el derecho uniforme, así los Principios de UNIDROIT expresan que no procede restituir en valor si “la imposibilidad de restitución en especie es imputable a la otra parte”²².

Por su parte el DCFR expresa en su artículo 3:512 (3) y (4) contemplan casos de reducción de la responsabilidad del que debe pagar en valor derivados de incumplimientos del acreedor²³.

²² Principios UNIDROIT, 3.2.15 y 7.3.6.

²³ Art. 3:512: “(3) La responsabilidad del beneficiario de pagar el valor de un beneficio se reduce cuando, como resultado del incumplimiento de una obligación de la otra parte para con el beneficiario:

- (a) el beneficio no pueda devolverse en un estado que sea esencialmente el mismo que aquel en que se recibió; o
- (b) el beneficiario se vea obligado, sin recibir compensación alguna, bien a enajenarlo o a sufrir un perjuicio a fin de conservarlo.

(4) Asimismo, la responsabilidad del beneficiario de pagar el valor de un beneficio se reduce en la medida en que éste no pueda devolverse en el mismo estado en que se recibió como resultado de una conducta del beneficiario fundada en la

De este modo el juicio de comportamiento de las partes, de su buena o mala fe, o su influencia en la imposibilidad de restituir in natura, es un necesario peldaño a la hora de determinar a qué prestaciones tienen derecho en el evento restitutorio.

3.2. La valorización de la obligación irrestituible

La otra diferencia sustancial puede darse a la hora de determinar el importe de la restitución por equivalencia, es decir, al fijar el valor de la prestación irrestituible in natura. Al respecto debemos formular algunas advertencias:

1°. Es posible que las partes hayan valorado la prestación irrestituible al contratar, ello ocurrirá en los contratos bilaterales en que una de las prestaciones es pagar una suma de dinero. Por ejemplo, en una compraventa (en que el precio representa la valoración de la cosa comprada), en un contrato de prestación de servicios (pintar la cerca por dinero), o el más clásico de todos los ejemplos, el arrendamiento de cosas (en que la renta es la valoración del goce suministrado por el período pactado). En estos casos será más o menos fácil acceder a la evaluación que las propias partes hicieron de la obligación, con base en su carácter divisible, unitario o múltiple.

Sin embargo, la valoración que hayan hecho las partes no necesariamente responde a una apreciación objetiva o de mercado de la prestación. En casi la totalidad de los casos incluye el lucro de una o ambas, o bien es posible que haya existido un cambio de valor que no existía al momento de contratar, o incluso (la situación más discutible), cuando la prestación irrestituible le haya generado un perjuicio que trasciende a su propia valoración²⁴. Queda pues la duda de cómo proceder en estos casos.

2°. Incluso teniendo disponible la valoración que las partes hicieron de la prestación, podría sostenerse que es absurdo que la parte obtenga el mismo beneficio previsto en el contrato, siendo que este ha perdido su vigencia por nulidad o resolución, de ser así ¿cuál fue el sentido de declararlo nulo o resuelto? Reforzándose quizás dicho razonamiento en el caso de la nulidad, en que, dependiendo del motivo, la valoración de las partes puede haber sido también afectada por el vicio.

creencia razonable, pero equivocada, de que no existía ninguna falta de conformidad”.

²⁴ Por ejemplo, el que recibió una cosa en 100 y que vendió en 200.

3°. Si el contrato es bilateral, es posible que la obligación irrestituible cumplida, halle vista satisfecha a su vez la obligación correlativa equivalente. En estos casos, frente a una prestación irrestituible es posible que la manera de mantener el equilibrio patrimonial sea mantener firme lo cumplido (en la medida que haya sido útil) y operar con las restituciones en equivalencia solo para lo futuro. Esta idea, es la recogida por la doctrina clásica a la que hemos hecho referencia. Aplicándose sin duda al caso de la resolución, y para la nulidad dependiendo de lo que señalamos en el punto anterior. Este es el criterio propuesto para los contratos a tractos y ha tenido siempre reconocimiento doctrinario y jurisprudencial²⁵.

Entonces, ¿con qué criterio debe valorar la prestación irrestituible el tribunal? ¿Debe atenerse a la valoración de las partes? ¿Debe recurrir a una valoración de mercado? ¿Debe considerar aumentos y disminuciones del tiempo intermedio? ¿El comportamiento de las partes influye en la valoración?

Veamos qué respuestas encontramos en el Derecho Comparado y Uniforme.

– La CISG señala que la restitución en el caso de la resolución debe comprender “el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas”²⁶.

– Los Principios de UNIDROIT, simplemente señalan que procederá una “compensación en dinero, siempre que sea razonable”²⁷ sin revelar más antecedentes de la evaluación. Paralelamente en la resolución de los contratos duraderos, se dispone la firmeza de lo pagado antes de la resolución,

²⁵ “Lo que ocurre una vez declarada la resolución de un contrato es que afloran sus efectos, los que son diversos según la naturaleza de las obligaciones y si éstas fueron o no ejecutadas. Así la resolución operará como modo de extinguir si aún no se han ejecutado, como ocurre con aquella incumplida del demandante, pero respecto de otras procede la restitución, es en la especie el caso del precio, logrando así una necesaria liquidación económica del contrato. Debe, por ende, distinguirse el momento en que se quebró la reciprocidad pues ahí queda sin justificación el cumplimiento de la obligación de la parte afectada por el incumplimiento, lo que da lugar a partir de ese momento a las restituciones como un efecto propio a la resolución”. Corte Suprema, de 2 de junio de 2016, rol N° 6528-2015.

²⁶ CISG, Art. 84.

²⁷ Principios UNIDROIT, Art. 3.2.15 y 7.3.6

solución que en definitiva implica mantener la valoración acordada por las partes²⁸.

– Los Principios Europeos del Derecho de los Contratos, señalan que “deberá pagarse un importe razonable en proporción a lo recibido” para la anulación y “un importe razonable acorde con el valor que la prestación haya tenido para la otra parte”²⁹.

Como se aprecia, en la nulidad se tiende más a la objetividad, mientras que en la resolución si se atiende al beneficio que haya significado la prestación.

– En el Marco Común de referencia del Derecho Civil Europeo, para la nulidad, luego de disponer la aplicación de las reglas del repudio al enriquecimiento injustificado, dispone que se puede restituir “la suma equivalente de dinero”³⁰.

Por su parte, en materia de resolución manda a restituir “los beneficios recibidos por el cumplimiento”, disponiendo que si no se admite en especie o bien si fuera “un esfuerzo o gasto excesivo” el beneficio puede restituirse “pagando su valor”.

Adicionalmente, para la resolución no es necesario restituir si “el cumplimiento conforme de una parte sea correspondido con el cumplimiento conforme de la otra”³¹.

Por su parte el art. 3:512 resuelve detalladamente como valorizar el “beneficio”, disponiendo que: a) si no se admite la restitución en especie se debe “pagar el valor (que tuviera en el momento del cumplimiento), o b) pagar la disminución de valor del beneficio “causado por un cambio de estado del mismo ente el momento en que se recibió y el momento en que ha de devolverse”

Adicionalmente expresa que, si se hubiere acordado precio, el beneficio se calcula “modificando el precio proporcionalmente, conforme a la relación existente entre el valor del cumplimiento real y el valor del cumplimiento prometido” y si no se hubiere acordado precio “el beneficio se traduce en la cantidad de dinero que un proveedor dispuesto y capaz y un

²⁸ Principios UNIDROIT, Art. 7.3.7.

²⁹ PEDC, 4:115 y 9:309.

³⁰ DCFR, 3:510.

³¹ DCFR, 3:511.

beneficiario dispuesto y capaz, conscientes de una falta de conformidad, habrían acordado legalmente” (número 2).

Añade ciertos casos en que la responsabilidad de pagar el valor se reduce, “cuando, como resultado del incumplimiento de una obligación de la otra parte para con el beneficiario: (a) el beneficio no pueda devolverse en un estado que sea esencialmente el mismo que aquel en que se recibió; o (b) el beneficiario se vea obligado, sin recibir compensación alguna, bien a enajenarlo o a sufrir un perjuicio a fin de conservarlo” (núm. 3).

Finalmente, también se reduce cuando “no pueda devolverse en el mismo estado en que se recibió como resultado de una conducta del beneficiario fundada en la creencia razonable, pero equivocada, de que no existía ninguna falta de conformidad” (núm. 4).

De lo anterior destaca cómo es que en la valoración considera el monto acordado por las partes, pero introduciéndole ciertos parámetros de objetividad, y de consideración de las circunstancias sobrevinientes y su comportamiento.

Por su parte el BGB se pronuncia sobre el punto que nos convoca, disponiendo que, en caso de resolución, frente a obligaciones irrestituibles, debe resarcirse el valor, y para su cálculo debe considerarse la contraprestación. En cambio, en materia de nulidad, a falta de regla expresa, varios tratadistas proponen guiarse por los parámetros del enriquecimiento injustificado, que mandaría a considerar el valor objetivo de la prestación más que el propuesto por las partes³².

Entre nosotros han existido pronunciamientos. A propósito de la nulidad, se ha señalado que el tribunal a la hora de la valorar la prestación no queda ceñido al acuerdo de las partes, sino que la valoración debe hacerse en términos objetivos, considerando principalmente el valor de mercado, y el beneficio obtenido³³.

El punto cobra especial relevancia entre nosotros, en circunstancia de que la doctrina contemporánea suele afirmar que, en materia de resolución, ésta también se rige por el principio del enriquecimiento injustifica-

³² RODRÍGUEZ OLMOS, Javier, “Restituciones consecuencia de la eliminación del Contrato”, en González, E. (Ed.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestroza*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 458 y ss.

³³ MONTORY, cit. (n. 21), p. 169.

do³⁴, quizás pudiendo proponerse que en cualquier caso el criterio para valorar la prestación a restituir debe ser objetivo o de mercado, dejando de lado valoración que hicieron las partes al contratar³⁵.

En conclusión, son varias las posibilidades y problemas que se presentan al intérprete la hora de valorar la restitución en valor. El valor acordado por las partes es un dato relevante (más en materia de resolución que en nulidad), aunque en ningún caso será el único, debiendo considerarse, adicionalmente el valor de mercado, los beneficios obtenidos por el cumplimiento, y el cambio de valor de la prestación en el tiempo intermedio. Siendo discutible cómo solucionar los casos en que estos criterios se contradigan, sobre todo entre nosotros, en que la restitución por equivalencia se hará en cumplimiento del mandato genérico de restituir.

Quizás la solución a la interrogante consiste en distinguir qué rubros entran dentro de la valoración de la obligación, y cuáles integran una eventual indemnización de perjuicios.

Efectivamente, se hace necesario trabajar en la distinción de la mera restitución por equivalencia de la indemnización de perjuicios. Sin perjuicio de que el debate está abierto, debemos señalar que, a nuestro entender, la restitución (sea in natura o por valor), es una institución distinta de la indemnización de perjuicios, lo que naturalmente influye en sus requisitos. La consecuencia natural es afirmar que para demandar de restitución por equivalencia no se exige un elemento de imputabilidad (dolo o a lo menos culpa), que sí es exigido y necesario tratándose de la indemnización de perjuicios. El punto trascendental radica en determinar qué prestaciones son indemnización y cuales mera restitución (siendo especialmente difícil calificar, por ejemplo, los beneficios obtenidos por el cumplimiento).

Esta idea nos hace evocar a su vez la existencia de una verdadera “acción restitutoria” (distinta de la reivindicación e indemnización de perjuicios), que debe ejercerse junto con la de nulidad o resolutoria³⁶. Con todo, exis-

³⁴ MEJÍAS, Claudia, “Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución”, *Ius et Praxis*, 2016, Año 22, N° 1, pp. 271-322.

³⁵ Precisamente esta idea de que la resolución opera solo para lo futuro serviría de fundamento para estarse a la valorización dada por las partes a la hora de contratar.

³⁶ La necesidad de ejercer o no una “acción restitutoria” en nulidad y resolución ha sido intensamente discutida en doctrina. El profesor Montory opina que sí es necesario: “Esto nos permite arribar a otra conclusión, cual es que, la obligación de

ta una “acción restitutoria”, o la necesidad de que el tribunal declare la restitución previa solicitud, o incluso de oficio como se ha sostenido³⁷, lo cierto es que, en cualquier caso, la disciplina de las restituciones es diferente a la de la indemnización de perjuicios, y la diferencia principal radica en que no se exige la culpa para pedir la restitución (in natura o por equivalencia)³⁸⁻³⁹.

restituir no existe sistemáticamente luego de la declaración de nulidad, sino sólo cuando ha habido cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato. Por consiguiente, el efecto consustancial a la nulidad es la vuelta al estado anterior, esto es, la retroactividad, pero no las restituciones. Es por haberse ejecutado una obligación en virtud de un contrato que luego deviene en nulo, que la parte que la ejecuta tiene derecho a la restitución de la prestación realizada”. Esto explica, en cierto modo, que las restituciones a las que alude el artículo 1687 del Código Civil, se encuentren expresadas como un “derecho” y, como tal, deba ser ejercitado cuando corresponda. Pero también podría ser renunciado; o no existir y, aquello no constituye un impedimento para el juez, en orden a declarar la nulidad cuando proceda. Pareciera ser, entonces, que el efecto consustancial a la nulidad es la retroactividad, no las restituciones, que son circunstanciales”. MONTORY, cit. (n. 21), p. 161.

En contra, se encuentra la opinión del profesor Domínguez: “Pero no se observa la razón de tales esfuerzos doctrinarios, ni su utilidad. El derecho a pedir la restitución está ligado a la declaración de nulidad y de tal modo que no se podría pedir la sola restitución sin previa declaración de nulidad. De aquí también que, para obtener la restitución entre las partes que celebraron el negocio jurídico, no sea menester el ejercicio de una acción separada de la nulidad y el tribunal podrá condenar a ella con el solo ejercicio de la acción de nulidad, porque la restitución es consecuencia de aquella. De aquí que en nuestro sistema procesal la restitución deba ser declarada como deber por el juez junto con pronunciar la nulidad y del modo y condiciones de las restituciones entre las partes se tratará en la etapa de cumplimiento de la sentencia de nulidad y no podrá jamás demandarse la sola declaración de restitución, sin que se haya ejercitado la acción de nulidad y se haya pedido su declaración”. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, cit. (n. 7), p. 222.

³⁷ Véase jurisprudencia citada por PIZARRO, Carlos, “Contra el Efecto Retroactivo de la Resolución por Incumplimiento Contractual”, en ELORRIAGA, F. (Coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 455.

³⁸ Un examen comparativo entre la restitución y la indemnización de perjuicios puede verse en PINOCHET OLAVE, Ruperto; CONCHA, Ricardo, “Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno”, *Revista de Derecho Privado (U. Externado Colombia)*, 2015, N° 28.

³⁹ En este sentido PIZARRO reconoce la diferencia entre ambas acciones y afirma su compatibilidad “Todavía queda un tema necesario de mencionar relativo a las restituciones y su relación con la indemnización de los perjuicios. Se debe reco-

IV. CONCLUSIONES

1.— Nulidad y resolución tienen una operatividad semejante a la hora de producir sus efectos. Al margen de la calificación de retroactivo (que es discutida en la resolución), ambas producen el efecto liberatorio de extinguir la obligación pendiente, y el efecto restitutorio por el que debe restituirse, en principio en especie, lo cumplido en virtud del contrato declarado nulo o resuelto.

2.— La legislación y doctrina han señalado una serie de excepciones a los antedichos efectos. De entre ellas es necesario reformular la clasificación que distingue entre obligaciones a tractos y de ejecución instantánea, que más bien es aplicable a las obligaciones. Asimismo, las excepciones al efecto restitutorio en nulidad y resolución a su respecto, no se justifican en el tracto sucesivo o carácter continuado de la obligación, sino en la imposibilidad de restituir in natura, imposibilidad que también se suscita tratándose de obligaciones de ejecución instantánea. De lo anterior se colige que es necesario poner en evidencia la existencia de las obligaciones de esta naturaleza —que no admiten restitución in natura— a fin de darles un tratamiento concordante en materia de nulidad y resolución.

3.— El Derecho Comparado y uniforme reconoce la existencia de obligaciones que no admiten restitución in natura, y en general se dispone que, frente a la nulidad o resolución, procede la restitución en valor o por equivalencia, dando distintas reglas adicionales, en especial a lo referido a la evaluación de la misma.

4.— Conscientes de que en Chile siempre se ha dispuesto una solución semejante para algunos contratos a tractos (como el arrendamiento, en que se dispone la negación del efecto retroactivo), la propuesta es que, al enfrentarnos a un contrato nulo o resuelto en que se hayan cumplido obligaciones *irrestituibles*, se cumpla de todas formas los mandatos de restitución de los arts. 1487 y 1687, por lo que, ante la imposibilidad de restituir in natura, se debe proceder a la restitución por equivalencia o en

nocer la compatibilidad de la acción indemnizatoria con aquella resolutoria que podría hacer procedente las respectivas restituciones. La restitución, si procede y es posible, carece de naturaleza indemnizatoria. El alcance de los daños está, eso sí, determinado, en parte, por la restitución y el efecto resolutorio. Como indica Díez-Picazo, al producirse la respectiva restitución concurre “un cierto paliativo en el alcance de sus daños.” PIZARRO, cit. (n. 37), p. 459.

valor (monto que se pagará directamente o se compensará con la suma de dinero ya pagada de ser del caso).

5.- Es discutible el criterio y rubros que el tribunal debe considerar a la hora de apreciar el valor de la prestación irrestituible. Particularmente si debe atenerse a la apreciación efectuada por las partes, o a una apreciación de mercado, o si debe considerar aumentos o disminuciones del valor de la cosa o prestaciones entre el contrato y la fecha de pago. Estas reflexiones hacen necesario distinguir entre la restitución en valor, por una parte, y la indemnización de perjuicios por otra, debiendo diferenciarse en las partidas que comprenden y por cierto en sus requisitos, particularmente por ser innecesaria la culpa para la sola restitución en valor.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

- ABELIUK, René, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
- ALCALDE, Jaime, “Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento”, en VIDAL, A. (Ed.), *Estudios de Derecho Civil X*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.
- FIGUEROA, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- LÓPEZ BELTRÁN, Carmen, *La Nulidad de los Contratos*, Tirant monografías, Valencia, 2009.
- MELICH, José, *La Resolución Del Contrato por Incumplimiento*, Temis, Bogotá, 1982.
- MEJÍAS, Claudia, “Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución”, *Ius et Praxis*, 2016, Año 22, N° 1.
- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Trad. de Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
- MOMBERG, Rodrigo; PIZARRO, Carlos, “Las restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles”, *Ius et Praxis*, 2018, N° 1.
- MONTORY, Gonzalo: “Algunas consideraciones en torno a las Restituciones provenientes de la Nulidad de los Actos y Contratos” en Opazo, V. (Dir.), *Nulidad e Ineficacia: Estudios Públicos y Privados*, 2ª ed., Tirant lo Blanch. Valencia, 2022.
- PEÑAILILLO, Daniel, *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

- PINOCHET OLAVE, Ruperto; CONCHA, Ricardo, “Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno”, *Revista de Derecho Privado (U. Externado Colombia)*, 2015, N° 28.
- PIZARRO, Carlos, “Contra el Efecto Retroactivo de la Resolución por Incumplimiento Contractual”, en ELORRIAGA, F. (Coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012.
- RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1963.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, “El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial.” En *Rev. Actualidad Jurídica (UDD)*, 2012, N° 26, año XIII.
- RODRÍGUEZ OLMOS, Javier, “Restituciones consecuencia de la eliminación del Contrato”, en González, E. (Ed.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

b) Jurisprudencia

Corte Suprema, 13 de junio de 2011, Rol N° 1958-2010.

Corte Suprema, de 2 de junio de 2016, Rol N° 6528-2015.