

## **UNIDAD TEMÁTICA III**

### **EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES**

#### **Generalidades**

Tradicionalmente se ha enseñado que los efectos de las obligaciones son los derechos que la ley confiere al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no la cumpla en todo o en parte o está en mora de cumplirla.

Pero ya, desde hace algunos años, se viene diciendo que lo anterior es inexacto, porque constituye sólo una parte de los efectos de las obligaciones, los que se producen cuando el deudor incumple, pero no cubre la situación normal que se da cuando el deudor cumple lo convenido.

FUEYO expresa esta idea señalando que se omite el efecto primero y principal de la obligación, que justamente se denomina normal: el efecto de cumplimiento, realizado espontáneamente y en conformidad al contenido efectivo de la obligación, es la razón fundamental por la cual ha contratado el acreedor y aun el propio deudor.

Sin embargo, seguiremos el orden tradicional, pues en esa forma aparece la materia tratada en la mayoría de libros. La excepción entre nosotros la constituye el libro de ABELIUK, que adopta la línea moderna.

#### **Efectos del contrato y efectos de la obligación**

El código trata de esta materia en el Título XII del Libro Cuarto, artículos 1545 y siguientes.

Como observa CLARO SOLAR, pese a que el nombre del título es "Efectos de las obligaciones", el código trata promiscuamente los efectos de los contratos y los efectos de las obligaciones, que son cosas diferentes, defecto éste que viene del código francés.

No deja de llamar la atención que los autores en que se inspiró el código francés (POTHIER, DOMAT) no incurrieran en esta confusión y distinguían con claridad ambas cosas.

Los artículos 1545, 1546, 1547, 1552, 1554 v 1558 tratan de los efectos del contrato. Las demás normas del título XII, se refieren propiamente a los efectos de las obligaciones.

CLARO SOLAR se explica los motivos de la confusión, expresando que se debe a que siendo las obligaciones el efecto del contrato y habiéndose propuesto tratar de las obligaciones convencionales (contractuales) y no, en general, de las obligaciones, estimaron que en el efecto de las obligaciones se comprendía también el efecto de los contratos.

En todo caso, tengamos claro que:

- a) los efectos del contrato son los derechos y las obligaciones que genera. El contrato es una de las fuentes de las obligaciones.
- b) el efecto de la obligación, mirado desde el punto de vista del deudor, viene a ser la necesidad jurídica en que se encuentra de tener que dar, hacer o no

hacer algo en favor de acreedor; y, mirado desde el punto de vista de éste último, son los medios que la ley le otorga para obtener del deudor el pago íntegro y oportuno de la prestación debida.

### **Efecto de las obligaciones**

Si el deudor no cumple con oportunidad, en forma espontánea y normal, con la obligación contraída, la ley otorga al acreedor diversos medios para obtener, en primer lugar el cumplimiento forzado (derecho principal); y, cuando ello no es posible, el pago de una suma de dinero que le compense de lo que le habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación (derecho secundario, indemnización de perjuicios).

Pero, además, la ley en su afán de proteger al acreedor, le otorga ciertos derechos destinados a la conservación del patrimonio del deudor, en razón de que será en ese patrimonio donde se hará exigible el cumplimiento, en virtud del derecho de prenda general establecido en el artículo 2465.

De acuerdo a lo que se acaba de explicar, cuando el deudor incumple, la ley otorga al acreedor tres derechos:

1. Derecho principal, a la ejecución forzada de la obligación.
2. Derecho subsidiario, para obtener el pago de una indemnización de perjuicios, que es una forma de cumplir por equivalencia.
3. Finalmente, derechos auxiliares, destinados a mantener la integridad patrimonial del deudor:
  - beneficio de separación
  - acción subrogatoria
  - acción pauliana
  - medidas conservativas

Conviene tener presente que el incumplimiento de las obligaciones naturales no producen los efectos que vamos a estudiar, por cuanto su característica es justamente que no otorgan acción para exigir su cumplimiento (1470).

### **CUMPLIMIENTO FORZADO DE LA OBLIGACIÓN**

El derecho principal del acreedor consistir en solicitar el cumplimiento forzado de la obligación en caso que el deudor no cumpla con oportunidad.

En conformidad a lo establecido en el **artículo 2465**, "toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618". Es lo que la doctrina denomina impropriadamente "derecho de prenda general del acreedor".

Lo que se va a exigir forzosamente no es de una misma naturaleza, pues va a depender del tipo de obligación, debiendo distinguirse entre:

- a. Obligaciones de dinero
- b. Obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto que está en poder del deudor
- c. Obligación de hacer
- d. Obligación de no hacer

**Si la obligación es de pagar una suma de dinero**, que será lo más corriente, el acreedor se dirigirá directamente sobre el dinero para hacerse pago con él, o bien, sobre los bienes del deudor, para realizarlos y pagarse con el producto de la venta.

**Si la obligación es de dar una especie o cuerpo cierto y ésta se encuentra en poder del deudor**, la ejecución forzada se dirigirá a obtener la entrega de esa especie, o al pago de la indemnización si lo primero no es posible.

**Si es una obligación de hacer**, la ejecución tendrá por objeto que se realice el hecho debido, personalmente por el obligado, o por un tercero, si ello fuere posible o, en caso contrario, que la obligación se convierta en obligación de dinero, para cobrar la correspondiente indemnización

**Si la obligación es de no hacer**, la ejecución tendrá por objeto deshacer lo hecho, si ello es posible y necesario para los fines que se tuvo en vista al contratar o, en caso contrario, que se transforme en obligación de dinero para cobrar la indemnización.

#### **A. Cumplimiento forzado en las obligaciones de dar**

Recordemos ante todo que obligación de dar es aquella en que el deudor se obligó a transferir el dominio o constituir un derecho real sobre la cosa.

Recordemos, también, que aunque en doctrina la obligación de entregar se considera obligación de hacer, en Chile, se rige por las mismas reglas de las obligaciones de dar, en conformidad la artículo 1548 según el cual "la obligación de dar contiene la de entregar la cosa...".

Para que proceda la **ejecución forzada se requiere:**

1. Que la obligación conste en un título ejecutivo.
2. Que la obligación sea actualmente exigible.

No lo es si está sujeta a un plazo o condición suspensiva. Tampoco en el caso que la obligación emane de un contrato bilateral y el acreedor no ha cumplido con su propia obligación o no se ha allanado a cumplirla en la forma y tiempo debido, en conformidad al artículo 1552 del Código Civil.

3. Que la obligación sea líquida o que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas, con sólo los datos que el mismo título ejecutivo suministre.
4. Que la acción ejecutiva no se encuentre prescrita. Por regla general, prescribe en el plazo de tres años contados desde que la obligación se hace actualmente exigible.

Si no se reúnen estos requisitos, se deberá demandar en juicio declarativo y obtener una sentencia, que una vez firme servirá de título ejecutivo.

#### **B. Cumplimiento forzado de las obligaciones de hacer**

El cumplimiento forzado de una obligación de hacer presenta más dificultades, pues es difícil obligar a un deudor a que realice satisfactoriamente el hecho debido.

Sólo será posible tratándose de hechos que puedan ser ejecutados por otra persona.

Por ello, es que el artículo 1553 autoriza al acreedor para demandar directamente el pago de la indemnización de perjuicios.

En conformidad al **artículo 1553**, si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, **el acreedor podrá pedir, junto con la indemnización de perjuicios por la mora**, cualquiera de estas tres cosas a elección suya:

1. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.
2. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.
3. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

El apremio se hace en conformidad a lo establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, que establece que "podrá el tribunal imponer arresto hasta por 15 días o multa proporcional y repetir estas medidas para obtener el cumplimiento de la obligación".

El **procedimiento ejecutivo está establecido en el título II del Libro III del Código de Procedimiento Civil**. Para que proceda es necesario:

- que exista un título ejecutivo
- que la obligación esté determinada
- que sea actualmente exigible
- que la acción ejecutiva no se encuentre prescrita

Será **distinto el procedimiento ejecutivo según**:

- a) Si el **hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor**, caso en que podrá proceder el juez que conozca del litigio, si requerido el deudor, no lo hace dentro del plazo que le señale el tribunal.
- b) Si la **obligación consiste en la ejecución de una obra material**, se aplicará artículo 533 del Código de Procedimiento Civil. En este caso, el mandamiento contendrá la orden de requerir al deudor para que cumpla la obligación; y se le dará un plazo prudente para que de principio al trabajo.

Si el acreedor demanda indemnización de perjuicios, tendrá que hacerlo en juicio declarativo, pues el valor de lo demandado no puede constar en el título. Se requiere de una sentencia firme que resuelva previamente la existencia y monto de los perjuicios.

Ejecutoriada la sentencia que se dicte, quedará constituido el correspondiente título ejecutivo.

### **C. Cumplimiento forzado de la obligación de no hacer**

Si la obligación es de no hacer, se resuelve en la de indemnizar perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho (**1555**).

Si se puede destruir la cosa hecha "y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor". "Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será

oído el deudor que se allane a prestarlo." "El acreedor quedará de todos modos indemne".

El procedimiento ejecutivo está establecido en el Título II de Libro III del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 544 del Código de Procedimiento Civil establece que "las disposiciones que preceden se aplicarán también a la obligación de no hacer cuando se convierta en la de destruir la obra hecha, con tal que el título en que se apoye consigne de un modo expreso todas las circunstancias requeridas por el inciso 2° del artículo 1555 del Código Civil, y no pueda tener aplicación el inciso 3° del mismo artículo. En el caso en que tenga aplicación este último inciso, se procederá en forma de incidente".

Esto último se refiere al hecho de que el deudor sostenga que el objeto de la obligación de no hacer puede obtenerse cumplidamente por otros medios, caso en que se tramará una discusión que se tramitará incidentalmente.

### **Resumen de los casos en que es posible la ejecución forzada de la obligación**

1. En las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto que se encuentre en poder del deudor (artículo 438 N°1 del Código de Procedimiento Civil);
2. En las obligaciones de dar un género, porque como el género no perece, siempre el deudor puede encontrar una cosa con que pagar.
3. En las obligaciones de hacer que puedan ser ejecutadas por terceros a expensas del deudor.
4. En las obligaciones de no hacer, si puede destruirse lo hecho y siempre que sea necesaria dicha destrucción para el objeto que se tuvo a la vista al contratar.

Tener presente que:

- a. **En las obligaciones de dar**, el acreedor debe exigir el cumplimiento por naturaleza de la obligación; sólo en forma subsidiaria puede demandar la indemnización de perjuicios.
- b. **En las obligaciones de hacer y de no hacer**, puede demandar directamente el pago de la indemnización de perjuicios.

Esta es la tesis clásica. Veremos que algunas de estas soluciones se han puesto en duda, como, por ejemplo, que la indemnización de perjuicios (compensatoria) puede demandarse en forma autónoma a la ejecución forzada.

&&&&&&&

### **CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

El cumplimiento subsidiario, por equivalencia, consiste en el derecho que la ley otorga al acreedor para obtener del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente al beneficio pecuniario que le habría reportado el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación.

Según ABELIUK, las **características fundamentales** de la indemnización de perjuicios son:

- Que tiende a reparar el perjuicio sufrido por el acreedor por el incumplimiento imputable del deudor.
- Que no implica un cumplimiento igual al que debió prestarse.

### **SISTEMA DUAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Lo que trataremos con detención se referirá a la indemnización de perjuicios por incumplimiento total, parcial, defectuoso o tardío de una obligación. Esta situación se conoce también como **responsabilidad contractual**.

Pero existe otro sistema de responsabilidad civil, que tiene una fuente diversa: los delitos y cuasidelitos civiles. Esta es la denominada **responsabilidad extracontractual**, que tiene una reglamentación distinta de la que estudiaremos (Título XXXV del Libro IV, artículos 2314 y ss.).

**La constatación de este doble estatuto jurídico es lo que permite concluir que en nuestro país existe un sistema dual de responsabilidad civil:** uno reglamentado en los artículos 1545 y ss., a propósito de los efectos de las obligaciones; y otro normado en los artículos 2314 y ss., a propósito de los delitos y cuasidelitos civiles. **La diferencia fundamental radica en que la responsabilidad contractual supone la existencia de un vínculo previo entre las partes (contrato), el cual no existe en la responsabilidad extracontractual.**

Más adelante profundizaremos sobre este punto. Desde ya adelantaremos que la existencia de esta doble reglamentación ha sido criticada, existiendo tesis doctrinarias que propugnan su total unificación y otras que propician una moderada unificación, guardando algunas diferencias en su tratamiento.

### **INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. FUNCIONES**

Como señala PIZARRO WILSON, en nuestro Código no se emplea la expresión "responsabilidad contractual". Los artículos que se utilizan para configurar el régimen legal de la denominada "responsabilidad contractual" son aquellos expresados a propósito "Del efecto de las obligaciones".

Ante el incumplimiento del contrato, el ordenamiento jurídico debe propender a satisfacer no sólo la prestación insatisfecha del acreedor, sino también lograr una reparación íntegra de los daños y perjuicios causados.

Por lo anterior, se señala que la responsabilidad contractual tiene una doble función:

- a. Por una parte, el derecho al pago que representa el valor del crédito no satisfecho (**cumplimiento por equivalencia**), y,
- b. Por otra, el **derecho a la reparación de los daños** como consecuencia del incumplimiento.

Cabe observar **que la indemnización de perjuicios no es la única forma de resarcir al acreedor en caso de incumplimiento**. También sirven esa función la resolución del contrato y la nulidad.

### **¿ES LO MISMO ESTAR OBLIGADO QUE SER RESPONSABLE?**

Parafraseando y siguiendo un conocido artículo del profesor BARROS BOURIE, debemos tener en cuenta las diferencias entre ambas situaciones.

De la **obligación** surge el deber jurídico de cumplir la prestación de dar, hacer o no hacer algo en beneficio del acreedor. Es decir, de realizar o ejecutar la prestación.

En cambio, la **responsabilidad civil** es la potestad que le confiere el derecho a los acreedores para actuar sobre todos los bienes que el deudor posea al momento de ejercerse la acción.

Estas **diferencias se manifiestan entre otros, en los siguientes aspectos:**

1. En cuanto al ejercicio de las respectivas acciones:

- a) Para que se proceda al **cumplimiento en naturaleza de la obligación** (lo que el deudor debe dar, hacer o no hacer, llamada también **obligación de primer grado**), basta con que se pruebe de los requisitos de su existencia (la existencia de un contrato, por ejemplo).
- b) En cambio, para proceder a **la acción de responsabilidad civil, se requieren exigencias adicionales**. En efecto, para que tenga lugar la obligación indemnizatoria (**obligación de segundo grado**), se requiere que exista un incumplimiento y que éste sea imputable al deudor. Esto último significa que se efectúa un juicio de valor respecto del deudor: el incumplimiento se debe a que el deudor actuó con dolo o culpa.

Por lo tanto, **sólo a condición de que la obligación de primer grado no sea cumplida en naturaleza, surge la acción de responsabilidad contractual**, que tiene por objeto obtener la indemnización de los daños derivados del incumplimiento total o parcial o del retardo en su cumplimiento.

**Y para cumplir en naturaleza la obligación, no debe efectuarse juicio de reproche alguno sobre la conducta del deudor.**

2. Las diferencias se manifiestan, también, **en la exoneración del deudor de cumplir la obligación y la exoneración de responsabilidad del mismo.**

- a) La **exoneración de la obligación** sólo puede resultar exitosa cuando no resulta posible su cumplimiento en naturaleza (por ejemplo, porque la cosa debida se perdió fortuitamente).
- b) La **exoneración de la responsabilidad** supone atacar los supuestos en que se funda, como son el incumplimiento de la obligación de primer grado y que ese incumplimiento se deba a culpa o dolo del deudor.

### **LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ES UN DERECHO SUBSIDIARIO. DISCUSIÓN SOBRE SU EVENTUAL AUTONOMÍA**

Ello, porque el deudor debe cumplir en la forma convenida, no pudiendo el acreedor solicitar la indemnización sino subsidiariamente, demandando como petición principal el cumplimiento de la prestación estipulada.

La regla anterior es cierta, tratándose de las obligaciones de dar.

Sin embargo, no lo es en las obligaciones de hacer, por cuanto el artículo 1553 permite al acreedor demandar directamente el pago de la indemnización de perjuicios, en caso de incumplimiento. Y en las obligaciones de no hacer ocurre lo mismo, máxime si se concede al deudor la facultad de oponerse a la destrucción de la cosa ofreciendo un medio equivalente para obtener el fin perseguido por el acreedor.

Sin embargo, **se ha sostenido que en las obligaciones de dar, lo mismo que en las de hacer, producido el incumplimiento, el acreedor tendría el derecho a demandar, a su elección, o el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios.** Esta tesis concibe a la **indemnización compensatoria como un remedio autónomo por incumplimiento contractual**. Se dan los siguientes argumentos:

- a. Si bien los artículos 1553 y 1555 establecen esa opción únicamente para las obligaciones de hacer y no hacer, contienen un principio que es general y que, por lo mismo, se debe extender a las obligaciones de dar.
- b. Por lo demás, esa es la solución que da el código cuando existe una cláusula penal (que es una forma de indemnización de perjuicios) y el deudor está constituido en mora.
- c. Esta solución favorece los intereses del acreedor, ya que le permite alcanzar la indemnización plena de los perjuicios por incumplimiento. Ello evidentemente no ocurriría si éste solicita el cumplimiento forzado del contrato – dado que no existirían perjuicios por incumplimiento – o la resolución del contrato – ya que en este caso, la indemnización sería complementaria, de modo que no abarcaría todos los perjuicios por incumplimiento–.
- d. Con respecto a la supuesta contradicción de esta tesis con el artículo 1489, se sostiene que si el acreedor manifiesta su voluntad de obtener la indemnización de perjuicios, se desprende que de manera tácita está demandando el término de la relación contractual. La interpretación exegética del artículo 1489 responde a una lectura literal del precepto que obstaculizaría la reparación integral del acreedor.

Don ARTURO ALESSANDRI es de opinión que **el acreedor debe exigir el cumplimiento forzado de la obligación y sólo cuando esto no fuere posible, reclamar la indemnización de perjuicios compensatoria**. Se funda:

- En que los artículos 1553, 1555 y 1537 son normas de excepción, pues en caso contrario no se justificaría que el código las hubiere establecido.
- En que de aceptarse la tesis contraria, la obligación se transformaría en alternativa cuya elección correspondería al acreedor, situación que por ser excepcional, tendría que consignarla expresamente la ley.

DAVID STITCHKIN también está por esta tesis, por estimar que es la que mejor se ajusta al espíritu de la legislación y a la equidad:

- El hecho de que el deudor incumpla no justifica modificar el objeto de la prestación.
- El artículo 1672, que autoriza cobrar el precio de la cosa cuando la especie o cuerpo cierto perece por culpa del deudor. Luego, si la cosa no perece, el deudor sólo es obligado a ella.

- El artículo 438 N°1 CPC, que ordena que la ejecución recaiga sobre la especie o cuerpo cierto debida cuando existe en poder del deudor.

En el mismo sentido, FUEYO: cada vez que la ley dio facultad de elegir indistintamente al acreedor, lo dijo especialmente. Como ocurre en el caso de las obligaciones de hacer (1553); cuando se trata de la condición resolutoria tácita del artículo 1489, que va envuelta en todo contrato bilateral; y, tratándose de la cláusula penal, cuando el deudor ya está constituido en mora.

No obstante la ilustrada opinión de los citados autores y lo expuesto por la doctrina mayoritaria, **se ha abierto una tesis que insta por la autonomía de la indemnización de perjuicios** (PIZARRO WILSON, VIDAL OLIVARES, VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ, entre otros). Fundan sus argumentaciones en que el actual derecho de la contratación sigue estos designios **amparados en los modernos instrumentos de contratación** (Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, Principios generales de contratación UNIDROIT, Anteproyecto de reforma al Código Civil Francés, entre otros) y en que **debe privilegiarse el interés del acreedor**.

### **CLASES DE INDEMNIZACIÓN**

La indemnización de perjuicios puede ser **compensatoria o moratoria**.

#### **1. Indemnización de perjuicios compensatoria**

Es la cantidad de dinero que tiene derecho el acreedor para repararle el perjuicio que le reportó el incumplimiento total o parcial de la obligación.

No es otra cosa que la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada; la compensación, en consecuencia, de los perjuicios que la inejecución le causa.

Su monto debe regularse considerando el valor de la cosa debida. Y si la obligación es de hacer, para determinar su monto se atenderá a lo que representaría económicamente la ejecución del hecho.

#### **2. Indemnización de perjuicios moratoria**

Es aquella que tiene por objeto reparar al acreedor el perjuicio sufrido por el cumplimiento tardío de la obligación.

No es otra cosa que la evaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada en la época en que debía serlo.

Finalmente, en ambos casos la indemnización se paga en dinero, por ser el dinero una común medida de valores.

### **¿Se puede demandar conjuntamente el cumplimiento de la obligación, la indemnización compensatoria y la indemnización moratoria?**

Debemos tener presente **las siguientes reglas generales**:

- a) No se puede acumular el cumplimiento y la indemnización de perjuicios compensatoria;
- b) Se puede acumular el cumplimiento y la indemnización moratoria;
- c) Se pueden acumular ambas indemnizaciones.

Como la indemnización compensatoria equivale al cumplimiento de la obligación, no se puede demandar conjuntamente el cumplimiento más indemnización compensatoria, porque importaría un doble pago.

Pero sí se puede pedir cumplimiento e indemnización moratoria, porque ésta última sólo resarce los perjuicios provenientes del retraso. Esto está permitido expresamente en el artículo 1553 y fluye también de los artículos 1502, 1555 y 1672.

También se pueden demandar ambas indemnizaciones – compensatoria y moratoria –, porque se refieren a perjuicios diferentes.

### **Excepciones**

Por excepción, en la cláusula penal veremos que se puede acumular el cumplimiento de la obligación y la pena (1537).

### **REQUISITOS DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS CONTRACTUAL**

Según la mayoría doctrinaria, los requisitos de la indemnización de perjuicios son:

1. Incumplimiento del deudor
2. Perjuicio del acreedor
3. Relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios
4. Imputabilidad del deudor (dolo o culpa)
5. Que no concurra una causal de exención de responsabilidad
6. Mora del deudor

Estos requisitos rigen para ambos tipos de indemnización de perjuicios (compensatoria y moratoria).

Más adelante estudiaremos una tendencia, aún minoritaria, que sostiene que no se exige la imputabilidad del deudor para dar lugar a la indemnización de perjuicios. Es la denominada **responsabilidad contractual objetiva**.

### **Ámbito de aplicación de estas normas. Discusión sobre el derecho común de la responsabilidad**

Según **CLARO SOLAR y ALESSANDRI**, las normas que entramos a estudiar constituyen el derecho común en materia de indemnización de perjuicios, aplicándose cualquiera sea el origen de la obligación incumplida: contractual, cuasicontractual, legal, etc.

No se aplican, en cambio, a los siguientes casos:

- Cuando la ley ha dado reglas distintas, como ocurre con la responsabilidad extracontractual, proveniente de los delitos o cuasidelitos civiles, que trata especialmente esa materia en el Título 35 del Libro IV, artículos 2314 y siguientes.
- Cuando las partes se han dado reglas especiales, haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad. Ello con algunas limitaciones, que en su momento veremos, como la que les impide renunciar anticipadamente al dolo o a la culpa grave.

**Una opinión contraria** encontramos en **DUCCI Y TAPIA SUÁREZ**, para quien la indemnización de perjuicios por incumplimiento de una ley o de un cuasicontrato se rige por las reglas del Título XXXV del Libro IV, vale decir, por las reglas de la responsabilidad extracontractual, que sería, entonces, el derecho común. Esta tesis es la que tiende a imponerse en la doctrina especializada (DOMÍNGUEZ ÁGUILA, CORRAL TALCIANI, BARROS BOURIE (con ciertos matices), DOMÍNGUEZ HIDALGO).

Esta tesis se funda en el hecho de que las reglas contractuales fueron concebidas estrictamente para regir el incumplimiento contractual. Son reglas que se construyen sobre el principio de la autonomía de la voluntad, que sólo se aplican a los contratos y no a otras fuentes de responsabilidad.

## **1. INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR**

El **concepto de incumplimiento es objetivo** e, inicialmente, actúa al margen de la culpa o dolo del deudor. Según VIDAL OLIVARES, **es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el real (lo ejecutado por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor.**

En sentido similar, CORRAL TALCIANI lo define como “toda conducta, activa u omisiva, realizada por el deudor o por los auxiliares de éste, que contraviene lo prometido en el contrato y frustra de este modo el interés del acreedor”.

En España, FERNANDO PANTALEÓN PRIETO define al incumplimiento de la obligación como la desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no imputable al deudor, incluyendo todas sus manifestaciones, incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso.

En nuestro Código Civil **no existe una definición general de incumplimiento**. Se induce *a contrario sensu* del artículo **1545** (fuerza obligatoria del contrato) y del **1567** (pago como prestación de lo debido). Así, **en un sentido amplio, el incumplimiento se confunde con la no realización de la prestación en la forma pactada por las partes**. Y, conforme al artículo **1556**, éste se produce por **no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado el cumplimiento**.

El deudor debe **incumplir una obligación derivada de un contrato**. Si no existe un contrato previo entre las partes, no puede existir responsabilidad contractual.

**Y es necesario que se trate de un contrato válido**, pues en caso contrario y en virtud del efecto retroactivo de la nulidad, declarada ésta las partes vuelven al estado anterior, es decir, desaparece el contrato y, como consecuencia de ello, no puede haber responsabilidad contractual por el incumplimiento de un contrato inexistente.

### **Formas de incumplimiento**

Las formas de incumplimiento son variadas.

Nuestro Código distingue usualmente entre **incumplimiento y retardo (1533, 1534, 1535 y 1558)**. A veces, la distinción se hace tripartita, para incluir también al **incumplimiento imperfecto (1556)**.

La doctrina moderna agrega otros supuestos de incumplimiento, como el **cumplimiento parcial, la violación de deberes de protección, el incumplimiento definitivo**, etc.

Es importante destacar que, ante la diversidad de formas de incumplimiento, en la **reforma del BGB del año 2002 se acuñó el término genérico de *pfllichtverletzung* (lesión de un deber de prestación)** para incluir todos los casos de incumplimiento que generan obligaciones.

&&&&&&

## **2. PERJUICIO DEL ACREEDOR**

Es un requisito obvio que surge del propio enunciado "indemnización de perjuicios". No puede repararse lo que no existe.

La ley no ha necesitado decirlo en forma expresa, pero indirectamente fluye de varias disposiciones (1548, 1553 N°3, 1559 N°2).

El perjuicio o daño- ambos términos son sinónimos- puede definirse como **el detrimento, menoscabo o lesión que sufre una persona tanto en su persona como en sus bienes**.

El profesor FERNANDO PANTALEÓN PRIETO lo define como "toda modificación perjudicial en la esfera patrimonial o personal de un sujeto de derecho".

Para que el perjuicio o daño sea indemnizable, debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser real y cierto
- b) Recaer en una esfera jurídica distinta de la del autor del daño
- c) Lesionar un interés digno de protección por el derecho
- d) No haber sido ya indemnizado

Si se produce el incumplimiento de un contrato pero éste no genera perjuicios al acreedor, no hay lugar a la indemnización de perjuicios. El ejemplo que citan los textos es el de Conservador de Bienes, que habiéndosele requerido inscribir una hipoteca, sin razones valederas, deja de practicarla, faltando así a las obligaciones propias de su cargo. Posteriormente la propiedad sale a remate público y el precio en que se adjudica es tan bajo que aun de haberse inscrito la hipoteca ese acreedor hipotecario no habría alcanzado a pagarse.

## **PRUEBA DE LOS PERJUICIOS**

**La prueba de los perjuicios corresponde al actor**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil.

Por excepción, **en algunos casos no es necesario probarlos**:

- a. Cuando existe una cláusula penal, en virtud de lo establecido en el artículo 1542 "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".
- b. Tratándose de la indemnización moratoria en el incumplimiento de una obligación de dinero, en conformidad al artículo 1559 N°2: "el acreedor no tiene

necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, basta el hecho del retardo".

En relación con esta materia, **conviene precisar que, en conformidad al artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, el acreedor que ha sufrido un perjuicio proveniente del incumplimiento de un contrato puede adoptar dos caminos:**

- Demandar su pago, litigando inmediatamente sobre su especie y monto.
- Solicitar únicamente que se declare su derecho a cobrar perjuicios y se le reserve el derecho para discutir la especie y monto de ellos en juicio aparte o en la ejecución del fallo.

**Se ha fallado** que no se necesita señalar en la demanda una suma determinada como indemnización, basta con solicitar que se paguen los perjuicios experimentados, cuyo monto queda entregado a la apreciación del tribunal.

También se ha fallado que cuando se litiga sobre la especie y monto de los perjuicios, el tribunal puede ordenar pagar una cantidad diferente, menor que la demandada.

Conviene precisar que, en materia de responsabilidad contractual, las facultades del tribunal para regular los perjuicios son más restringidas que en el caso de la responsabilidad extracontractual, pues en esta última goza de facultades discrecionales al no tener los límites del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. Esta norma sólo rige cuando se cobran perjuicios derivados de un incumplimiento contractual, siendo inaplicables en los casos en que se demande perjuicios provenientes de un delito o cuasidelito civil.

### **CLASES DE PERJUICIOS**

Los perjuicios admiten distintas clasificaciones:

- Daño moral y daño material
- Directos e indirectos, pudiendo los primeros ser previstos e imprevistos
- Daño emergente y lucro cesante

#### **Daño material o patrimonial**

Es el menoscabo que directa o indirectamente **experimenta el patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento del contrato**. Son aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio.

#### **Daño moral, no patrimonial o extrapatrimonial**

Es aquel que produce una **perturbación injusta en el espíritu del acreedor, sin afectar su patrimonio**.

Quizás su formulación más clara y general se obtiene si el concepto es definido por oposición al de daño patrimonial: **es aquel que afecta a bienes que carecen de significación patrimonial**.

Un autor lo define diciendo que es aquel que, sin recaer en un bien material susceptible de ser avaluado en dinero, causa un perjuicio en la psiquis del individuo, ya sea dañando sus afecciones íntimas, ya bienes morales que a éste le

pertenecen, ya impidiendo al perjudicado la adquisición de bienes no materiales, siempre que unos otros sean lícitos o esencialmente internos.

Durante muchos años, la reparación del daño moral en sede contractual era rechazada. Pero, en estos días, **nuestra jurisprudencia se ha sumado a la tendencia comparada de admitir la plena indemnización del daño moral para todo contrato**, reinterpretando el artículo 1556 (utilizado para rechazar esta pretensión) en el sentido de entender que el hecho de que esta disposición indique que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño moral.

Desde otro punto de vista, la **terminología "daño moral" es fuertemente criticada**, pues si se entiende por tal el dolor, los sufrimientos, las molestias que sufre una persona en sus afectos, no sería posible extenderlo a las personas jurídicas. FUEYO, entre nosotros, critica esta posición, señalando que las personas jurídicas pueden ser también víctimas de daño moral, puesto que deben repararse pecuniariamente los ataques al "crédito y prestigio" de una empresa mercantil, lo cual se equipara "al honor de los humanos".

En el actual estado de la doctrina y la jurisprudencia, **nadie duda de que una persona jurídica pueda obtener el pago de perjuicios extrapatrimoniales cuando ha sufrido un daño de dicha clase**. Los casos más típicos están dados por los daños causados al prestigio comercial de una persona jurídica por su inclusión en DICOM, sin causa ni fundamento alguno.

Las otras clasificaciones de los daños las veremos luego cuando tratemos la evaluación de los perjuicios.

&&&&&&

### **3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD (NEXO CAUSAL) ENTRE EL INCUMPLIMIENTO Y LOS PERJUICIOS**

Los **perjuicios que se indemnizan son los que provienen del incumplimiento**. Es la infracción del contrato la que debe considerarse causa del daño que se demanda. **Si el daño no es considerado efecto del incumplimiento no habrá responsabilidad contractual**.

Debe existir un nexo o relación inmediata, de causa a efecto, entre el acto o hecho del hombre (acción u omisión) y el perjuicio o daño, de manera que se pueda inferir de ese nexo que el daño no se habría verificado sin aquel acto: el acto debe ser premisa necesaria para verificación del daño.

En el Código Civil, **esta exigencia se desprende del artículo 1556** "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento..."

Y **con más claridad todavía del artículo 1558**, en cuanto establece que, en caso de **incumplimiento doloso**, el deudor "es **responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación de haberse demorado su cumplimiento**".

Consecuencia importante de lo que venimos diciendo es que **no se indemnizan los perjuicios indirectos** ni aun en el caso de haberse incumplido con dolo (1558).

## **Funciones de la causalidad**

La causalidad tiene **dos funciones**:

- a. **An respondeatur**. Permite **imputar a una persona el hecho dañoso (atribución de responsabilidad)**, en este caso, el incumplimiento. Esta función **decide si el incumplimiento puede o no ser atribuido a un sujeto determinado**. Así, podemos afirmar que la acción de alguien ha sido la causa del daño producido a otra persona.

Esta función es un elemento **común a la responsabilidad contractual y extracontractual**. Lo analizaremos a continuación.

- b. **Quantum respondeatur**. **Determina la extensión de los daños que deben ser indemnizados** por el causante del hecho dañoso. Es decir, **esta función selecciona entre los daños ocasionados por el incumplimiento, cuales serán resarcibles y cuando no**.

Esta función es **propia de la responsabilidad contractual**, ya que tiene sus reglas propias, fundamentalmente el artículo 1558, que establece una limitación de resarcimiento de los daños en beneficio del deudor no doloso.

Esta problemática la estudiaremos cuando analicemos la evaluación de los perjuicios.

## **Criterios para establecer el nexo causal contractual**

Los criterios para determinar la causalidad en la responsabilidad contractual son los mismos que se utilizan en sede extracontractual. Son los siguientes:

- a. Teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*)
- b. Teoría de la causalidad adecuada
- c. Teoría de la imputación objetiva

Respecto de las dos primeras tesis, seguiremos lo sostenido por el profesor RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ en un artículo publicado en el N°14 de la Revista de Derecho y Ciencias Penales de la USS ("Las teorías tradicionales sobre la causalidad").

### **a. Teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*)**

Esta tesis parte de la siguiente base: en muchas ocasiones, para que un daño se produzca es necesario la concurrencia de varias condiciones; pero ninguna de ellas, por sí sola, es suficiente para generar el perjuicio, sino que todas estas condiciones son necesarias para su producción, de manera que la falta de cualquiera habría determinado que el daño no se produjera. De lo anterior, resulta que es imposible distinguir entre las distintas condiciones productoras del perjuicio, por lo que **se las considera a todos como equivalentes desde el punto de vista de su producción**.

De esta manera, si entre los antecedentes del perjuicio figura el incumplimiento del deudor, será suficiente que éste sea una de las condiciones necesarias sin el cual el perjuicio no se habría producido. En otras palabras, para esta concepción **es suficiente que el hecho generador de responsabilidad aparezca como una condición *sine qua non*, entre otras condiciones igualmente indispensables**.

Para determinar su concurrencia, es suficiente que se pueda responder afirmativamente a la siguiente pregunta: **¿es verdad que sin el hecho en**

**cuestión (incumplimiento) el perjuicio no se habría producido? Así, solamente no se considerará condición aquél evento que, si se suprime mentalmente, igualmente el resultado dañoso sigue produciéndose.**

#### **b. Teoría de la causalidad adecuada**

Esta concepción, al igual que la anterior, parte de la premisa de que un resultado se produce por la concurrencia de varias condiciones; pero se diferencia en que no las considera a todas como iguales, distinguiendo entre las que son meras condiciones del daño y las que realmente son causa del mismo. **Únicamente será causa la o las condiciones que se encuentran unidas al hecho dañoso por una adecuada relación de causalidad. Y es la mayor o menor probabilidad de un evento o condición para causar el daño lo que permitirá que se le considere o no como la causa adecuada del mismo.**

En este punto, reproduciremos las palabras de CORRAL TALCIANI: "como rectificación de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, se elaboró la teoría de la adecuación, que **tiende a discriminar de entre los múltiples hechos que confluyen o se suceden en la causación, aquellos que pueden ser razonablemente "adecuados" para producir el resultado.** El juicio de adecuación es, en el fondo, una valoración de probabilidad. Se descartan los hechos que si bien son naturalísticamente causas del daño, no parecen adecuados para producirlo por haberlo provocado de un modo improbable o contrario al curso ordinario, normal, de los acontecimientos".

Como indica el profesor FUENTES GUÍÑEZ en su artículo, siguiendo la formulación de ENNECCERUS y TRAEGER, **el daño será directo si éste es previsible según el curso normal de las cosas; y si el perjuicio ocurre a consecuencia de un encadenamiento excepcional o bizarro, será calificado de indirecto y no existirá nexo causal.**

#### **c. Teoría de la imputación objetiva**

La teoría de la imputación objetiva se ideó por LARENZ para el Derecho Civil con la finalidad de excluir la responsabilidad por daños imprevisibles. De ahí se exportó a la dogmática penal, donde se desarrolló más ampliamente, fundamentalmente en Alemania con ROXIN. Desde la sede penal, vuelve a tomar importancia para los efectos de la responsabilidad civil.

Debe distinguirse de la imputación subjetiva, es decir, de la atribución de culpabilidad del sujeto.

Debe **destacarse que la teoría de la imputación objetiva no reniega de las anteriores, sino que les da cobijo:** a la teoría de la equivalencia de las condiciones, como criterio de determinación del nexo material entre el hecho y el perjuicios; y, a la teoría de la causalidad adecuada, como criterio para determinar la extensión del daño indemnizable.

Esta tesis constata que el problema de la causalidad no es una cuestión meramente fáctica, susceptible de precisar mediante la observación de la cadena de hechos en que se inserta el hecho dañoso. **La causalidad física no basta: es necesaria un juicio de imputabilidad del resultado lesivo (incumplimiento).**

Pues bien, **este juicio de imputabilidad es una cuestión de derecho**, es decir, una valoración normativa: consiste en **decidir si el demandado debe o no responder de todo aquello que ha causado, o sea, determinar cuáles**

**eventos dañosos pueden ponerse a cargo del responsable y cuáles no serán de su cargo.**

Para imputar objetivamente el resultado dañoso del incumplimiento, esta tesis recurre a una **serie de criterios**, destacándose tres: **el riesgo general de la vida, el fin de protección de la norma y el del incremento del riesgo.**

El **criterio del riesgo general de la vida** (*allgemeine Lebensrisiko*) parte de la base que **siempre han existido riesgos que forman parte de la vida en sociedad**. Por lo tanto, **no corresponde al sujeto responsable amparar a la víctima ante la ocurrencia de estos riesgos**. Así, por ejemplo, no cabría imputar al responsable de heridas leves las consecuencias del atropello sufrido por la víctima cuando iba caminando a ser atendido en el hospital.

El **criterio del fin de protección de la norma** (*Schutzzweck der Haftungsbegründenden Norm*) se refiere a que **no se puede imputar o atribuir a una persona un evento dañoso que caiga fuera del ámbito de protección de la norma**. Por ejemplo, si alguien maneja un automóvil con sus focos defectuosos no responde, por esa causa, de la colisión que se produce a plena luz del día.

El **criterio del incremento de riesgo** (*Risikoerhöhung*) indica que **el autor de una conducta sólo responderá de los daños que cause cuando con ella sobrepase los límites del riesgo que el ordenamiento jurídico estime aceptables o tolerables**. En España, se aplicó este criterio en el siguiente caso: colisionó un camión con un bus, sin que el chofer del camión disminuyera la velocidad por transitar en una curva. Se decidió absolver a éste en atención a que el accidente habría ocurrido de todas maneras, aunque hubiere bajado la velocidad, ya que el bus venía a una velocidad excesiva y por la pista contraria.

&&&&&&

#### **4. IMPUTABILIDAD DEL DEUDOR (DOLO O CULPA)**

Para que se genere la obligación de indemnizar perjuicios, el incumplimiento debe ser imputable al deudor, es decir, provenir de su dolo o culpa. **No basta el incumplimiento, sino que tiene que existir un factor de atribución de responsabilidad: el dolo o la culpa.**

No todos están de acuerdo con este requisito, como veremos más adelante al estudiar la responsabilidad contractual objetiva.

##### **DOLO CONTRACTUAL**

Como sabemos, el dolo está definido en el artículo 44 del Código Civil, como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

De atenernos al tenor literal de la definición legal, el **dolo sólo existiría cuando la acción u omisión del deudor se realiza con la intención premeditada de causar un daño a la persona o propiedad de otro**. Así se ha entendido la norma tradicionalmente. De esta forma, quedaría descartado que pueda estimarse como dolosa la conducta del sujeto que si bien no tuvo intención de causar daño, pudo representarse que su actuar sí podía producirlos (dolo eventual).

PABLO RODRÍGUEZ GREZ tiene una opinión diferente. **Sostiene que comprende tanto el dolo directo como el dolo eventual**. Afirma, que de entender que sólo hay dolo cuando existe una intención maliciosa, hace punto menos que imposible su prueba. Y agrega que en la vida real, salvo que se trate de una personalidad

perversa, el deudor no deja de cumplir por perjudicar al acreedor, sino "para conseguir una ventaja, un provecho, una ganancia o un lucro personal, aun a costa del perjuicio del acreedor, a quien no desea perjudicar, pero acepta hacerlo en función de sus intereses". En términos muy parecidos, FUEYO.

BARROS BOURIE señala que **el análisis del dolo eventual tiene una importancia secundaria, dada la extensión del dolo civil, que encuentra sus límites en la culpa grave**. Señala que el concepto civil de dolo "no sólo comprende la intención de dañar en sentido estricto, sino la aceptación voluntaria del ilícito con conciencia de la antijuridicidad de la acción, donde la intención se puede referir tanto a los fines como a los medios. Sólo en forma excepcional lo querido es el perjuicio ajeno, con exclusión de otro interés. **Más generalmente, la intención se reduce a aceptar el daño como una consecuencia colateral de la acción. Pero también se extiende a la mala fe** (que incluye la actuación temeraria contraria a la decencia y las buenas costumbres) **y al fraude** (esto es, al engaño por acción u omisión, abusando de la autoridad o de la experiencia o proporcionando a sabiendas información falsa)".

### **Campos en que incide el dolo civil**

Como es sabido, el dolo, en materia civil incide en tres campos distintos:

- En la fase de formación del consentimiento, como vicio del mismo.
- En la fase de cumplimiento de los contratos.
- En la responsabilidad extracontractual, como elemento de esa responsabilidad, alternativo de la culpa.

Ahora nos corresponde estudiar el dolo en la fase de cumplimiento de los contratos, como un elemento de la responsabilidad contractual, alternativo también de la culpa.

### **Teoría unitaria del dolo**

El dolo opera en los tres campos que hemos señalado. El concepto en todos ellos es el mismo.

Por eso se habla de un "concepto unitario del dolo". Ello se colige de los siguientes antecedentes:

- a. Está definido en el Título Preliminar, de donde se sigue que su aplicación es de alcance general.
- b. Siempre importa una intención dirigida a perjudicar a otro.
- c. El efecto del dolo en cualquier campo tiende a restablecer la situación anterior a él (nulidad; obligación de indemnizar)
- d. Las reglas que gobiernan el dolo son las mismas (1458, 2316)

### **Reglas que gobiernan el dolo**

1. El dolo **no se presume**, sino que debe probarse (1459).
2. El dolo **no se puede renunciar anticipadamente**. Así está establecido en el artículo 1465. Puede, no obstante, renunciarse el dolo pasado, siempre que se haga en forma expresa (artículo 1465).
3. El dolo **se aprecia en concreto**, no en abstracto como la culpa. Lo anterior significa que, en cada caso, deberá el tribunal resolver si la conducta del hechor

resulta o no dolosa. En cambio, veremos que la culpa se aprecia en abstracto, esto es, comparándola con un modelo ideal definido en la ley.

### **Prueba del dolo**

El dolo, dice el artículo 1459, no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás deberá probarse.

Esta norma resulta plenamente concordante con el principio de que la buena fe se presume, que si bien está establecido en materia posesoria, es unánimemente aceptado como principio de aplicación general.

El dolo se puede probar por cualquier medio de prueba, sin que rijan las limitaciones que para la prueba de testigos establecen los artículos 1708 y siguientes.

Por excepción, **hay casos en que se presume:**

- En la situación prevista por el artículo 1301, caso del albacea que lleva a efecto disposiciones del testador contrarias a las leyes.
- El artículo 2261 presume dolo en la apuesta, cuando se sabe que se va a verificar o se ha verificado el hecho de que se trata.
- En el caso del artículo 94 N°6, relativo a la muerte presunta; el haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia.
- En el caso del artículo 968 N°5.
- Caso del artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, cuando se solicita una medida precautoria en el carácter prejudicial y no se demanda en el plazo fijado por la ley, etc.

### **Efectos del dolo en el incumplimiento de las obligaciones**

El efecto del dolo en el incumplimiento de las obligaciones **es agravar la responsabilidad del deudor:**

1. De acuerdo al artículo 1558, lo normal es que el deudor responda sólo de los perjuicios directos previstos (o que pudieron preverse) al tiempo del contrato. Más, **si hay dolo, se responderá además de los perjuicios directos imprevistos.**
2. Si la especie debida se destruye en poder del deudor después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, el artículo 1680 no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo.
3. Se ha entendido también que si son varios los deudores que incumplen con dolo, su responsabilidad sería solidaria, de acuerdo a lo previsto en el artículo 2317 inciso 2°. Si bien esta norma está ubicada en la responsabilidad extracontractual, se piensa por algunos, que el inciso 2° sólo se justifica, si su alcance es general; en caso contrario sería inútil, pues no haría más que repetir lo dicho en el inciso 1°.

### **LA CULPA CONTRACTUAL**

El incumplimiento es también imputable al deudor cuando proviene de su culpa.

En términos generales, se entiende por culpa la omisión de la diligencia que se debe emplear en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho, y por culpa contractual la falta del cuidado debido en el cumplimiento de un contrato.

Se ha **discutido en doctrina si la culpa es una sola (teoría unitaria de la culpa) o si es diferente la culpa contractual de la extracontractual.**

Los que piensan que es una sola argumenta que cualquiera que sea el campo en que juegue, implica una actitud descuidada, negligente, falta de cuidado, que conduce a un mismo resultado (indemnización de perjuicios).

Es cierto dicen, que hay algunas diferencias, como que en la contractual hay una gradación de la culpa (grave, leve levísima), lo que no ocurre en materia extracontractual, en que es una sola. Pero, ello se explica porque al existir en la responsabilidad contractual un vínculo jurídico entre las partes, ello hace que el deber de cuidado pueda ser diferente atendida la naturaleza de cada contrato.

Entre nosotros, sigue esta tesis CLARO SOLAR. En cambio, ALESSANDRI está por la dualidad de culpas.

### **Diferencias entre la culpa contractual y extracontractual**

Sea que estimemos que existe una sola culpa o que estemos con los que piensan que la culpa contractual y extracontractual son diferentes, se pueden apreciar en ellas algunas diferencias importantes:

- a. La culpa contractual supone un vínculo jurídico previo entre las partes. La extracontractual actual no.
- b. La culpa en la responsabilidad contractual admite grados: grave, leve y levísima. En materia de responsabilidad extracontractual, la culpa es una sola.
- c. La culpa contractual se presume, como luego veremos. La extracontractual debe probarse.
- d. Para que la culpa contractual de origen a la indemnización de perjuicios -dice Alessandri- es menester que el deudor se haya constituido en mora. Tratándose de la culpa delictual, no es necesario constituir en mora al deudor; basta la ejecución del simple hecho ilícito para que el acreedor tenga acción por los perjuicios contra el deudor.

### **Gradación de la culpa**

BELLO, siguiendo a POTHIER, más no al Código Civil francés, estableció en el artículo 44 una clasificación tripartita de la culpa: grave, leve y levísima.

Esta clasificación, en la forma entendida en la actualidad, se debe a la Escuela de Bolonia, la que, durante el siglo XI, retoma el estudio de los textos de JUSTINIANO, realizando una sistematización del concepto de culpa. De esta forma, los glosadores boloñeses ordenan las distintas especies de culpa dispersas en el *Corpus Iuris Civilis* en tres grados: culpa *lata*, *levis* y *levissima*, que corresponden a tres tipos de diligencia. Estas clases de culpa se exigen en cada contrato según la utilidad que reporte el negocio a cada contratante. Debemos obligatoriamente agregar que este sistema no fue aceptado del todo por algunos autores del *Ius Commune*, que sólo

distinguían dos tipos de culpa: la lata y la levis. Esta distinción dual es la que luego se impone en el derecho de pandectas.

Conforme al citado artículo 44, "Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo".

"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano".

"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa".

"Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".

Como puede observarse, **la culpa contractual se aprecia en abstracto**, pues la ley compara la conducta del sujeto con un modelo ideal ("padre de familia", "personas negligentes y de poca prudencia", "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes").

### **Importancia de la clasificación de la culpa**

Tiene trascendencia para los siguientes efectos:

1. Por sus efectos, pues la culpa grave equivale al dolo.
2. Determinar la culpa de que responde el deudor, según sea el contrato de que se trate.

### **La culpa grave equivale al dolo**

Así lo dice el artículo 44 inciso 1º parte final. ¿Cuál es el alcance de esta afirmación?

Se ha fallado que la circunstancia de que el artículo 44 del Código Civil equipare el dolo a la culpa grave no significa que ésta deba probarse al igual que aquél.

SOMARRIVA comenta esta doctrina que le merece algunos reparos, por tres razones:

- a. Porque el artículo 44 no hace distinciones, sino que equipara en una forma absoluta ambos conceptos.
- b. Porque la norma viene de POTHIER, que le daba al principio un alcance amplio.
- c. Porque no le parece lógico presumir la culpa grave contractual en circunstancia que ni el dolo ni la mala fe se presumen por expresa disposición del legislador.

PABLO RODRÍGUEZ estima que si la culpa grave en materia civil se asimila al dolo, ello implica que la culpa grave debe también probarse, al igual que el dolo. Si la culpa grave se presumiera y los efectos de la misma fueran los que corresponden al dolo, ello implicaría que sería más grave y perjudicial incumplir una obligación con culpa grave que incumplirla con dolo.

**Según la mayor parte de la doctrina, la equivalencia no tiene alcances probatorios.** De consiguiente, tratándose de culpa, cualquiera que ella sea, incluso la grave, se presume siempre, por lo que corresponde al deudor probar el descargo, acreditando que ha empleado la diligencia debida; en cambio, en el dolo la prueba corresponde al acreedor.

En este entendido, BANFI DEL RÍO sostiene que la equiparación **es un recurso de política legal, creado para tutelar más eficazmente el crédito.** Ello, porque facilita la represión del dolo, por la vía de calificar una conducta como de gravemente culpable.

**¿Cuál es entonces, según la doctrina mayoritaria, el alcance de la asimilación?**

Simplemente que:

- a. Cuando el deudor incumple con culpa grave, su responsabilidad se agrava, igual que en el dolo, respondiendo de todos los perjuicios directos, previstos e imprevistos.
- b. Además, no podría renunciarse anticipadamente la culpa grave (1465).
- c. Y si hay culpa grave de varios deudores, su responsabilidad, según algunos, sería solidaria (2317 inciso 2º).

**Culpa de que responde el deudor**

**Regla general**

La primera regla que debe aplicarse es que el deudor **responde de la culpa a que se haya obligado.**

Ello, porque esta es una materia las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden alterar las reglas de responsabilidad establecidas en la ley, con algunas limitaciones que luego veremos.

Así lo señala el inciso final del artículo 1547: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes".

**Reglas supletorias**

Si **las partes nada han acordado** entra a operar lo dispuesto en el artículo 1547, según el cual, para saber de qué culpa responde el deudor **debe distinguirse según el contrato de que se trate**, siendo la responsabilidad del deudor mayor en aquellos casos en que él es el único beneficiado y menor cuando el principal beneficiado es el acreedor.

De acuerdo con esta disposición:

1. El deudor no es responsable sino de la **culpa lata** en aquellos contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor.
2. Es responsable de la **leve** en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes.

3. Y es responsable de la **levísima**, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

Así, por ejemplo, en el contrato de **depósito**, que sólo beneficia al depositante, el depositario responde únicamente de culpa grave. En cambio, en el **comodato**, el comodatario, que es el único beneficiado, responde hasta de culpa levísima. Finalmente, en los **contratos conmutativos**, en que las partes se benefician recíprocamente, se responde sólo hasta de culpa leve.

Nótese que **el que sólo responde hasta de culpa grave es el que tiene menos responsabilidad**, pues está obligado a emplear únicamente aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios: el que no emplea este cuidado mínimo tiene una conducta tan descuidada que la ley la asimila al dolo.

A la inversa, **el que responde de culpa levísima es el que tiene la mayor obligación de cuidado**, pues debe tener aquella "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes". Y es lógico que así sea, pues él es el único que se está beneficiando con el contrato.

Lo **normal es que se responda hasta de la culpa leve**. Por lo demás, conforme al artículo 44, "culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve":

- a. Así ocurre con el que administra bienes ajenos, por ejemplo:
- El padre de familia (artículo 256)
  - El tutor o curador (artículo 391)
  - El mandatario (artículo 2129)
  - El agente oficioso (artículo 2288)
  - El albacea (artículo 1299)
  - El Partidor (artículo 1329)
- b. También responde de esta culpa el que tiene una cosa sujeta a plazo o a condición. Por ejemplo:
- El propietario fiduciario (artículo 758)
  - El usufructuario (artículo 787)
  - El usuario y habitador (artículo 818)

### **Cláusulas para alterar la responsabilidad de las partes**

Ya hemos dicho que el inciso final del artículo 1547 permite a las partes alterar el grado de responsabilidad, idea que repite el artículo 1558 inciso final.

Luego, las partes pueden celebrar distintos pactos para modificar su responsabilidad:

- Pueden convenir que el deudor responda de un grado mayor o menor de culpa que el que le corresponde, en conformidad al artículo 1558.
- Puede establecerse que el deudor responda del caso fortuito.
- Puede establecerse que el deudor responda en todo caso de los perjuicios imprevistos.
- Puede limitarse el monto de la indemnización a pagar. Este pacto se asemeja a la cláusula penal, pero es diferente, porque se debe probar el perjuicio.
- Pueden limitarse los plazos de prescripción. Se estima que ello es factible, pues no sería contrario al orden público, ya que el propio código lo permite en

algunos casos particulares: el artículo 1880 (pacto comisorio) y el artículo 1885 en el pacto de retroventa.

- Pueden las partes alterar las reglas del *onus probandi*. Este punto es discutible, pues se ha estimado nulo, por objeto ilícito, un pacto que tenía este propósito. ABELIUK y SOMARRIVA defienden la validez de estas cláusulas.

### **Límites a estas cláusulas modificatorias de responsabilidad**

No pueden las partes:

- Renunciar al dolo futuro o a la culpa grave, porque ésta equivale al dolo. Así ha sido fallado.
- Contravenir el orden público o la ley, porque habría objeto ilícito. Así ocurriría, por ejemplo, si las partes ampliaran los plazos de prescripción.

### **Apreciación en abstracto de la culpa contractual**

A diferencia del dolo que se aprecia en concreto, la culpa contractual se aprecia en abstracto: **es una mera comparación entre la conducta observada y el modelo ideal descrito por el legislador** ("buen padre de familia", "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes"). Existirá culpa, en consecuencia, cuando el deudor no actúe con la diligencia exigida en el caso concreto.

Como afirma DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "la noción de culpa se aleja de todo examen subjetivo de la conducta y es sólo el apartamiento del sujeto de la conducta exigida, sea por el contrato en razón de la obligación impuesta, sea por las necesidades del actuar social".

### **Prueba de la culpa contractual**

La culpa contractual se presume. Este principio se desprende del artículo 1547 inciso 3°.

En efecto, según esta norma "la prueba de diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega". **Si corresponde al deudor probar que ha empleado el cuidado debido, es porque la ley está presumiendo que si incumple es porque no empleó el cuidado a que estaba obligado**, que actuó con culpa.

La doctrina común de los autores, señala que el artículo 1547 inc. 3° implica establecer una presunción general de culpa contractual: **al acreedor le basta probar la existencia de la obligación contractual para que sea el deudor quien haya de probar que empleó la diligencia a que estaba obligado**. Ello, además, porque el artículo 1698 impone el peso de la prueba del cumplimiento al que lo alega, bastando al acreedor probar la existencia de la obligación.

En el **artículo 2158 (mandato)** se encuentra una excepción a esta regla, en cuanto permite que el mandante se pueda liberar de sus obligaciones alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo, salvo que le pruebe culpa.

### **Culpa del deudor por el hecho de personas que dependen de él**

Los artículos 1679 y 1590, incisos 1° y 3°, hacen responsable al deudor por el hecho de terceros que dependen de él.

La primera de estas normas expresa que "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable"; y la segunda, reitera la misma idea.

Algunas disposiciones establecen igual regla para casos especiales, como ocurre:

- En el contrato para la construcción de edificios por un precio único prefijado (contrato de empresa), artículo 2003, regla tercera.
- En el contrato de transporte (artículo 2014), "las obligaciones que aquí se imponen al acarreador, se entienden impuestas al empresario de transportes, como responsable de la idoneidad y buena conducta de las personas que emplea".
- El artículo 1941, en el arrendamiento de cosas, hace al "arrendatario responsable no sólo de su propia culpa, sino de las de su familia, huéspedes y dependientes".

En el caso de **hechos de terceros por quienes no responde el deudor**, el **acreedor sólo podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero autor del daño** (1590 inciso final, 1677).

&&&&&&

## **5. QUE NO CONCURRA UNA CAUSAL DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Se pueden mencionar como causales de exención de responsabilidad las siguientes, no todas aceptadas, como lo iremos viendo:

- a. Fuerza mayor o caso fortuito
- b. Ausencia de culpa
- c. Estado de necesidad
- d. El hecho o culpa del acreedor (mora del acreedor)
- e. La teoría de la imprevisión cuando por hechos posteriores al contrato se ha producido una alteración grave del equilibrio patrimonial de las prestaciones.

### **A. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO**

El artículo 45 del Código Civil lo define diciendo que "se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

Se ha señalado que la definición es incompleta por faltarle el requisito de la inimputabilidad, que es indispensable si se considera que nuestro código sigue el sistema de la responsabilidad subjetiva. Pero, se agrega, que esta omisión aparece suplida por el artículo 1547, que en su inciso 2º dispone que "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que... haya sobrevenido por su culpa".

Nuestro código hace sinónimas las expresiones "fuerza mayor " y "caso fortuito". Así también lo estima la doctrina y así lo ha dicho también la jurisprudencia.

Hay autores que hacen la distinción, pero no existen criterios claros, generalmente aceptados, de diferenciación. Generalmente se afirma que en la **fuerza mayor** el hecho imprevisto, imposible de resistir, **proviene de un hecho de la naturaleza**,

como un terremoto o una inundación, en cambio, en el **caso fortuito** proviene de un **hecho del hombre**, como sería un acto de autoridad.

### **Elementos del caso fortuito**

Los elementos del caso fortuito son:

- a. Hecho inimputable
- b. Imprevisto
- c. Irresistible

#### **a. Hecho inimputable**

Quiere decir que **debe ser ajeno al deudor**; no debe provenir de su hecho o culpa o del hecho o culpa de las personas por quien él responde.

Así resulta de varias disposiciones: artículos 934, 1547 inciso 2º, 1590, 1672 inciso Y, 1679, 1925 inciso 1º, 1926 inciso 1º, 2015 inciso Y, 2016 inciso 20, 2178 Nº2, 2242, etc.

#### **b. Hecho imprevisto**

Así lo dice la definición. Es el elemento típico del caso fortuito.

Que sea imprevisto significa que, **dentro de los cálculos ordinarios de un hombre normal, no era dable esperar su ocurrencia**.

CORRAL TALCIANI señala que hecho imprevisto "significa que las partes no lo han podido proveer al momento de celebrar el contrato, ni el deudor al momento en que se presenta; vale decir, **las partes no se representaron su ocurrencia ni imaginaron su producción al momento de contratar**".

La Corte Suprema ha dicho que "el caso fortuito es imprevisto cuando **no hay ninguna razón esencial para creer en su realización**".

#### **c. Hecho irresistible**

El hecho debe ser irresistible o inevitable: **significa que impide al deudor, bajo todo respecto o circunstancia, poder cumplir**.

Por lo anterior, la doctrina mayoritaria sostiene **que la irresistibilidad debe ser absoluta**: si el deudor puede ejecutar o realizar la prestación en forma más difícil o más onerosa, no estamos frente a un caso fortuito.

La Corte Suprema ha dicho que es irresistible cuando **no es posible evitar sus consecuencias, en términos que ni el agente ni ninguna otra persona colocada en las mismas circunstancias habría podido proveerlo ni evitarlo**.

### **Efectos del caso fortuito**

El efecto propio del caso fortuito es **liberar de responsabilidad al deudor**.

Así lo dice el artículo 1547 inciso 2º: "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que..."; y lo reitera el artículo 1588 inciso 2º: "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios".

Hay **excepciones en el que el caso fortuito no libera de responsabilidad al deudor**. Hay varios casos:

- Cuando el caso fortuito **sobreviene por culpa del deudor** (1547 inc. 2º). En verdad, si el hecho proviene por culpa del deudor, resulta impropio hablar de caso fortuito, pues el hecho no le sería inimputable.
- Cuando sobreviene **durante la mora del deudor** (1547 inciso 2º, 1672 y 1590 inciso 1º)  
Esta excepción no rige si el caso fortuito igualmente hubiere sobrevenido si el acreedor hubiere tenido en su poder la cosa debida (1547 inciso 2º, 1590 inciso 1º y 1672 inciso 2º).
- Cuando se **ha convenido que el deudor responda del caso fortuito**. Ello puede establecerse en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de lo dicho en los artículos 1547 inciso final y 1558 inciso final.
- Cuando **la ley pone el caso fortuito de cargo del deudor** (1547 inciso final). Así ocurre, por ejemplo, respecto del que ha hurtado o robado una cosa (artículo 1676); en el caso es el contemplado para el colono (arrendatario de predio rústico) en el artículo 1983 inciso 1º, en cuanto "no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios, que han deteriorado o destruido la cosecha.

### **Prueba del caso fortuito**

Los artículos 1547 inciso 3º y 1674 establecen que **incumbe la prueba del caso fortuito al que lo alega**.

Estas disposiciones constituyen una aplicación de la regla general de *onus probandi* contemplada en el artículo 1698, según el cual corresponde la prueba de la extinción de una obligación al que alega esta circunstancia.

La prueba del caso fortuito, dice FUEYO, debe **comprender los siguientes aspectos**:

- Efectividad del suceso al cual se le atribuye esa calidad.
- Relación de causa a efecto entre el suceso y los resultados: nexo de causalidad.
- Concurrencia de los requisitos que caracterizan al suceso como caso fortuito.
- La diligencia o cuidado que ha debido emplear el deudor, especialmente el de especie o cuerpo cierto.

Constituye una excepción a la regla de que el caso fortuito debe probarse, el artículo 539 del Código de Comercio, en el contrato de seguro: "el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito, pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias, según la convención o la ley".

### **Teoría de los riesgos**

En relación con el caso fortuito, parece oportuno estudiar la Teoría de los Riesgos, por la íntima relación que tienen ambas materias.

Esta teoría trata de resolver quién debe soportar, en los contratos bilaterales, la pérdida de la especie o cuerpo cierto debido por fuerza mayor o caso fortuito.

La alternativa es que lo soporte:

- a) El deudor, que no puede cumplir con su obligación de entregar la especie o cuerpo cierto por haberse destruido por un caso fortuito o fuerza mayor.
- b) El acreedor, a pesar de que no se le ha efectuado la entrega de la cosa.

Se entiende que el riesgo lo soporta el deudor si no puede exigir a la contraparte que cumpla su obligación. Por el contrario, si la pérdida la soporta el acreedor, aún cuando no recibirá la cosa, deberá igualmente cumplir la obligación correlativa.

### **Requisitos de la teoría de los riesgos**

- a. Existencia de un contrato bilateral.
- b. Que la obligación del deudor sea de entregar una especie o cuerpo cierto.
- c. Que la cosa debida se pierda o destruya totalmente como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

### **Principio en materia de riesgos**

En nuestro Derecho, tratándose de obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, ante la imposibilidad de ejecución, la regla general está establecida en el artículo 1550, confirmada a propósito de la compraventa en el artículo 1820: **el riesgo es de cargo del acreedor.**

Esta regla es manifiestamente injusta, pues contradice el principio de que las cosas perecen para su dueño. En efecto, celebrado el contrato y antes de la tradición de la cosa, el deudor continúa siendo su dueño, por lo que si la cosa se destruye fortuitamente, debería ser él quien debiera soportar su pérdida, no pudiendo por ello exigir a su contraparte el cumplimiento de su propia obligación.

La explicación de esta situación tan poco equitativa radica en que Bello habría copiado esta disposición del código francés, sin reparar que como allí no se exige la dualidad título – modo, basta el sólo contrato para transferir la cosa. En Francia la regla es justa, pues el deudor, celebrado el contrato, ya ha transferido la cosa al acreedor, debiendo por ello este acreedor soportar su pérdida.

### **Ámbito de aplicación del artículo 1550**

Sin embargo, el problema no es tan grave porque su ámbito de aplicación es bastante más reducido del que a primera vista aparece. En efecto, **sólo viene a regir para las compraventas y permutas no condicionales.**

En la compraventa, el artículo 1820 prescribe que "la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa..."

Pero esta regla no rige si la venta es condicional, como se encarga de decirlo a continuación: "salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.

Respecto a la venta condicional, lo dicho por el artículo 1820 guarda perfecta armonía con lo dispuesto en el artículo 1486 inciso 1º: "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación..."

Y en cuanto a la permuta, se aplican las mismas reglas por aplicación del artículo 1900: "las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato..."

### **Excepciones a la regla general en materia de riesgos**

- a) Cuando el deudor está en mora de entregar la especie o cuerpo cierto debido (1550).
- b) Cuando se ha comprometido a entregar la cosa a dos o más personas (1550).
- c) Cuando las partes así lo estipulen (artículos 1547 inciso final y 1558 inciso final).
- d) Cuando el legislador da otra solución (1550). Por ejemplo, arrendamiento (1950 N°1), confección de obra material (1996).

### **Pérdida parcial**

El código no da reglas especiales, por lo que debe aplicarse la norma del artículo 1550, esto es que el riesgo es del acreedor (artículo 1550)

### **Teoría de los riesgos y obligaciones de hacer y no hacer**

Nuestro Código no se refirió a las obligaciones de hacer y no hacer, señalándose que habría que aplicar por analogía el artículo 1550. En contra se pronuncia LÓPEZ SANTA MARÍA, para el cual extinguida la obligación de hacer o no hacer de una de las partes por caso fortuito o fuerza mayor, se extingue igualmente la obligación correlativa del otro contratante.

## **B. AUSENCIA DE CULPA**

La segunda causal de exoneración de responsabilidad del deudor es la ausencia de culpa. Sobre este punto no existe unanimidad en la doctrina.

El problema es el siguiente **¿le basta al deudor probar que ha empleado la debida diligencia para liberarse de responsabilidad o debe probar además la existencia del caso fortuito?**

La tendencia doctrinaria y jurisprudencial sostiene que basta la ausencia de culpa para exonerar de responsabilidad al deudor:

- La Corte Suprema ha dicho que le basta al deudor acreditar que ha empleado el cuidado a que lo obligaba el contrato, sin que sea necesario probar el caso fortuito (aunque antes había estimado lo contrario).
- ABELIUK opina que es suficiente con que el deudor pruebe su ausencia de culpa. Ello, por las siguientes razones:
  - a. La redacción del artículo 1547 inciso 3°, que contrapone las dos situaciones: prueba de la diligencia o cuidado y prueba del caso fortuito. Explica que si el deudor no se libera sino ante ese último, carecería de objeto que probara su diligencia o cuidado.
  - b. El artículo 1670 establece, sin hacer distinción alguna, que si la cosa perece se extingue la obligación del deudor. Más adelante, en el artículo 1672, está la excepción, al señalar que si ello ha ocurrido por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto. Luego, si no ha habido culpa o mora, no hay excepción y se aplica la regla del artículo 1670, quedando la obligación extinguida.

- c. Si en conformidad al artículo 1678, cuando la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, sólo se lo obliga a pagar el precio sin indemnización de perjuicios, con mayor razón si hay un hecho involuntario y no culpable del deudor, éste debe quedar exento de responsabilidad.

En sentido contrario, CLARO SOLAR. También, los seguidores de la responsabilidad contractual objetiva, como veremos.

### **C. EL ESTADO DE NECESIDAD**

Cabe preguntarse si el deudor queda liberado de responsabilidad en el caso en que pudiendo cumplir, no lo hace para evitar un mal mayor. Se diferencia del caso fortuito, en que **no hay un impedimento insuperable**.

FUEYO coloca varios ejemplos, entre ellos, el del capitán del barco que, en peligro de naufragar, lanza al mar las mercaderías que transporta ¿debe responder?

La doctrina no es unánime.

ABELIUK cree que para quedar exento de responsabilidad, tiene que configurarse una fuerza mayor.

Pero la tendencia moderna, es que el estado de necesidad legitima el hecho y lo convierte en lícito, liberando de responsabilidad al deudor.

El Código Civil, en un caso, toca el punto desechando el estado de necesidad. Es la situación del comodatario que en un accidente, puesto en la alternativa de salvar la cosa prestada o la propia, opta por esta última (2178 N°3). Hace responsable al comodatario, lo que se explica porque responde hasta de la culpa levísima.

### **D. HECHO O CULPA DEL ACREEDOR**

Nuestro código no ha reglamentado en forma orgánica la mora del acreedor (*mora accipiendi*)

Pero se refiere a ella en varias disposiciones para exonerar de responsabilidad al deudor. Así:

- En el artículo 1548, en las obligaciones de dar, libera de responsabilidad al deudor por el cuidado de la especie o cuerpo cierto debido, cuando el acreedor se ha constituido en mora de recibir.
- En el artículo 1680, repite la misma idea, haciendo responsable al deudor sólo por culpa grave o dolo.
- En el artículo 1827, en que exime al vendedor del cuidado ordinario de conservar la cosa, si el comprador se constituye en mora de recibir, responsabilizándolo sólo de la culpa grave o dolo.

### **E. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN**

En aquellos contratos en que las obligaciones de las partes se van cumpliendo durante períodos prolongados, puede ocurrir que durante la vida del contrato sobrevengan hechos imprevistos y graves, que hagan para una de ellas excesivamente oneroso el cumplimiento de sus obligaciones.

La pregunta que cabe formular es si, en tal supuesto, puede el afectado recurrir a la justicia para que se revise el contrato y se restablezca el equilibrio patrimonial. Si aceptamos esta posibilidad, estamos aceptando la "teoría de la imprevisión".

Don LORENZO DE LA MAZA define a la Teoría de la Imprevisión diciendo que "es la doctrina jurídica que sostiene que el juez puede intervenir, a petición de cualquiera de las partes, en la ejecución de la obligación con el objeto de atenuar sus efectos, cuando, a consecuencia de acontecimientos imprevisibles para las partes al momento de formarse el vínculo jurídico, ajenos a su voluntad y que producen perturbación grave con relación a toda una categoría de contratantes, la ejecución de la obligación se hace más difícil o más onerosa, y siempre que aquel llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas".

También se le conoce como revisión judicial de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente.

### **Elementos de la imprevisión**

Para que opere la teoría de la imprevisión se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Que se trate de un contrato de tracto sucesivo o por lo menos de un contrato de ejecución diferida. La Teoría de la Imprevisión tiene necesariamente que suponer obligaciones que tengan duración en el tiempo, prestaciones sucesiva o diferidas o que no estén completamente ejecutadas. De otro modo no es posible concebir que sobrevengan acontecimientos imprevisibles y esto es de la esencia de la imprevisión.
- b) Que, por circunstancias sobrevinientes, ajenas a las partes y no previstas, se produzca un desequilibrio patrimonial en las prestaciones.
- c) Que los hechos que producen la alteración, sean tan extraordinarios y graves, que si las partes los hubieran tenido a la vista al momento de contratar no habrían contratado o lo habrían hecho en condiciones diferentes.

### **Posiciones Doctrinarias**

Frente a estos graves desequilibrios en las prestaciones de cada parte, hay en doctrina dos posiciones.

- a) Para una primera, todo contrato es ley para las partes, que ninguna de ellas puede desconocer, aunque hayan variado las condiciones bajo las cuales lo celebraron. Lo acordado tiene que cumplirse en la forma convenida ("*pacta sunt servanda*") La seguridad jurídica así lo exige. Ello implica no aceptar la revisión de los contratos y, por ende, el rechazo de la teoría de la imprevisión.
- b) Para una segunda, que tuvo su origen en el Derecho Canónico y que cobró mucha fuerza después de la Primera Guerra Mundial como consecuencia de los fenómenos económicos que de ella derivaron, debe admitirse, por razones de equidad, de moralidad, la revisión de los contratos, cuando varían gravemente, y por causas imprevistas, las condiciones bajo las cuales el contrato fue acordado.

Contraponen al "*pacta sunt servanda*" el principio "*rebus sic stantibus*".

Dicen los sostenedores de esta posición que, en cada contrato, se puede considerar como subentendida una cláusula tácita "*rebus sic stantibus*", según la cual las partes no quedarán obligadas a sus prestaciones recíprocas sino en el caso de que las circunstancias generales existentes al tiempo de obligarse subsistan en el mismo estado hasta la ejecución completa de la obligación.

Lo anterior, porque cada parte, al establecer las cláusulas del acto, sólo pensó y sólo pudo pensar en los riesgos normales que podrían ocurrir y de acuerdo con esto formuló sus condiciones. Los acontecimientos anormales, imprevisibles, no han podido entrar en sus puntos de vista. Su voluntad se manifestó en relación con el medio existente y los riesgos normales.

### **Teoría de la imprevisión en Chile**

Se estima que en nuestro país no tiene cabida la Teoría de la Imprevisión. El artículo 1545 obstaría a ella.

Cabe agregar, sin embargo, que hay casos puntuales, en que la propia ley la acepta, y otros, por el contrario en que en forma expresa la rechaza.

La acepta, por ejemplo:

- a. El artículo 2003, regla 2º, en el contrato para la construcción de edificios, por un precio único prefijado (contrato de empresa). Esta disposición señala que: "2º: si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionare costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda".
- b. El artículo 1496, que admite la caducidad del plazo por causas sobrevinientes.
- c. El artículo 2180, en el comodato, en cuanto autoriza para pedir la restitución anticipada de la cosa prestada si surge para el comodante una necesidad imprevista y urgente.
- d. El artículo 2227, en el depósito, en que se acepta que el depositario pueda anticipar devolución de la cosa si ésta peligró o le causa perjuicios.
- e. El artículo 2348, que permite al acreedor exigir fianza al deudor cuya ausencia del territorio nacional se tema y que carezca de bienes suficientes para la seguridad de la obligación.

La rechaza expresamente, por ejemplo:

- a. En el mismo artículo 2003, regla 1º: "el empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales...".
- b. En el artículo 1983, en el arrendamiento de predios rústicos: "El colono no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios, que han deteriorado o destruido la cosecha" (inciso 1º)

El problema se va a presentar en aquellas situaciones en que no hay un pronunciamiento legal.

### **Argumentos en contra de la teoría de la imprevisión**

Buena parte de la doctrina la rechaza, fundada en el efecto obligatorio de los contratos (artículo 1545). Nuestro Código Civil, siguiendo las tendencias individualistas que imperaban en la época de su dictación, sólo se preocupó de asegurar la estabilidad de las relaciones económicas, dando fuerza obligatoria y haciendo intangibles los contratos una vez concluidos.

Es por ello que sostiene que la tesis de la imprevisión es una tendencia aceptable y fundada, pero que en la práctica se estrella contra la rigidez de la legislación.

### **Argumentos en favor de la teoría de la imprevisión**

No existe ninguna disposición que permita de un modo expreso y franco la aplicación de la Teoría de la Imprevisión.

Para ello se recurre a diversas interpretaciones:

- a) El artículo 1560. De acuerdo a esa disposición "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

De esta norma se sigue que, para interpretar un contrato, debe buscarse la intención con que éste se celebró. Y cabe presumir que lo querido por las partes al momento de contratar fue la mantención del contrato, en el entendido que no varíen substancialmente las condiciones existentes en ese momento.

- b) El artículo 1546 obliga a las partes a cumplir el contrato de buena fe, y sería contrario a esta buena fe que una de ellas pretenda que la otra deba cumplir en condiciones excesivamente onerosas, que rompen el equilibrio patrimonial y que fatalmente lo llevarán a la ruina.
- c) Toda persona, al contratar, contrae un determinado deber de cuidado. Si cambian las condiciones, pasaría a asumir un riesgo que va más allá del que el deudor aceptó al momento de contratar.
- d) Por regla general, el deudor responde únicamente de los perjuicios previstos. Si las condiciones en que se celebró el contrato cambian violentamente, por circunstancias que no se pudieron prever al momento de contratar, y se mantiene el contrato tal como fue convenido, viene a resultar que se estaría respondiendo de perjuicios imprevistos.

Algunos autores han postulado la tesis de que la teoría de la imprevisión no sólo es compatible con nuestro Código Civil, sino que coherente con sus disposiciones básicas en materia contractual. Sostienen que la teoría de la imprevisión, en su formulación moderna, no necesita para su aplicación en Chile el que se consagre en forma expresa en el Código Civil, porque los jueces pueden aplicarla interpretando adecuadamente sus normas.

En efecto, esta aplicación puede hacerse siguiendo cuatro órdenes distintos de argumentaciones: el primero de ellos, basado en la causa tal como está consagrada en nuestro Código Civil (si al momento de ese cumplimiento la causa de la obligación ha desaparecido por sobrevenir circunstancias extraordinarias o imprevisibles, es indudable que el contrato se ve afectado por la falta de causa.); el segundo, en la naturaleza del contrato oneroso, bilateral y conmutativo que implica equivalencia en las prestaciones recíprocas; el tercero, en el principio de la buena fe; y, por último, en la integración por la equidad.

### **Si aceptamos la teoría de la imprevisión: ¿qué solución debe darse al contrato?**

En Chile no ha habido solución al problema, planteándose la teoría de la imprevisión a nivel doctrinario, siendo las posibles soluciones los artículos 1546 y 1558. Hay, sin embargo algunos fallos, principalmente arbitrales, que acogen esta teoría.

El problema estriba en definir qué efectos importa aceptar la teoría de la imprevisión:

- a. Para algunos resolver el contrato
- b. Para otros, revisar el contrato
- c. Para otros, modificación del contrato por resolución judicial

&&&&&&

### **6. MORA DEL DEUDOR**

Estudiemos el último requisito de la indemnización de perjuicios: la mora del deudor. Es exigido por el **artículo 1557**: "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora."

Reitera esta misma idea el **artículo 1538**, en materia de cláusula penal: "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora... (recuérdese que "la pena" es una forma de regular la indemnización de perjuicios)".

Esa exigencia rige **tanto para la indemnización compensatoria como para la moratoria**. Una **opinión distinta** se puede encontrar en ALFREDO BARROS ERRÁZURIZ, quien estima que la mora sólo es requisito de la indemnización moratoria.

Se afirma que en las obligaciones de no hacer no se requiere el requisito de la mora del deudor, pues, en conformidad con el artículo 1557, en este tipo de obligaciones la indemnización se debe desde el momento de la contravención.

RAMOS PAZOS cree que también en este caso se requiere mora, con la diferencia que ésta se produce por el solo hecho de la contravención.

### **Concepto de mora**

ABELIUK define la mora del deudor (mora *solvendi*) como el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor.

En términos semejantes STITCHKIN: "retardo culpable en el cumplimiento de la obligación más allá de la interpelación del acreedor."

### **Requisitos de la mora**

- a. Que el deudor retarde el cumplimiento de la obligación
- b. Que el retardo sea le imputable (con dolo o culpa)
- c. Interpelación del acreedor
- d. Que el acreedor haya cumplido su obligación o se allane a cumplirla

### **a) Que el deudor retarde el cumplimiento de la obligación**

El retardo es el antecedente necesario de la mora, pero sólo el antecedente, no la mora misma, pues el retardo puede deberse a caso fortuito o fuerza mayor, caso en que no habrá mora.

Se debe distinguir, entonces, entre **exigibilidad, retardo y mora**:

- La obligación es exigible cuando no se halla sujeta a modalidades suspensivas.
- Se retarda el cumplimiento de la obligación cuando no se cumple en la oportunidad debida, pero el solo retardo no implica mora, que exige otros requisitos: imputabilidad e interpelación.
- Nuestro código en algunos casos habla de "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito", señalando que no da lugar a la indemnización de perjuicios. Lo que la norma quiere significar es que no hay indemnización de perjuicios, porque no hay mora. La mora supone el retardo imputable del deudor más allá de la interpelación hecha por el acreedor (1551 y 1558 inciso 1º).

El artículo 1537, en materia de cláusula penal, distingue con mucha claridad entre mora y simple retardo.

### **b) Que el retardo sea imputable del deudor**

Es decir, para que se configure la mora es necesario que el atraso en cumplir sea debido al dolo o culpa del deudor.

El artículo 1558 claramente exige el requisito de la imputabilidad, al decir que "La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios".

Ya hemos explicado que lo que quiere expresar la norma es que si hay caso fortuito o fuerza mayor, no hay indemnización de perjuicios porque no hay mora.

### **c) Interpelación del acreedor**

Se define como **el acto por el cual el acreedor hace saber al deudor que su retardo le causa perjuicios**.

Hay tres formas de interpelación, que están contenidas en el **artículo 1551**, el cual indica que el deudor está en mora:

**1º.** Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora (**interpelación contractual expresa**).

**2º.** Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla (**interpelación contractual tácita**).

**3º.** En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor (**interpelación judicial**).

Atendido lo dispuesto en esta disposición, la interpelación se produce en cualquiera de estos tres casos, **constituyendo la regla general la contemplada en el N°3**.

### **Interpelación contractual expresa (1551 N°1)**

Opera cuando las partes han establecido un plazo en el contrato para que el deudor cumpla su obligación.

Por el solo hecho de cumplirse el plazo el deudor queda constituido en mora, salvo que la ley exija que se le requiera para constituirlo en mora. Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento:

- Artículo 1.949 "para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio...".
- Artículo 1977, cuando el arrendatario se encuentra en mora de pagar la renta, es necesario dos reconvenciones, entre las cuales debe mediar a lo menos 4 días.

### **Algunos comentarios**

- Se ha entendido que si la deuda es a plazo, se necesitará requerimiento judicial si así lo hubieren convenido las partes.
- Para que nos encontremos en el caso del N°1 del artículo 1551, es preciso que se trate de un plazo convenido por las partes, pues la norma habla de no haberse cumplido la obligación "dentro del término estipulado".

Por ello, no rige, por ejemplo, en el caso en que haya sido establecido por el testador (para pagar un legado), caso éste en que será necesario requerir judicialmente al deudor para constituirlo en mora.

- Si se trata de obligaciones de cumplimiento fraccionado, la mora respecto de cada cuota, se irá produciendo al vencimiento del plazo establecido para su pago. Ello, sin perjuicio, de que pueda haberse convenido una cláusula de aceleración que pueda producir la caducidad del plazo y, por consiguiente, la mora respecto de todo el saldo insoluto.

### **Interpelación contractual tácita (1551 N°2)**

Se le llama interpelación tácita porque a pesar de que no se ha establecido en forma expresa un plazo dentro del cual debe cumplirse la obligación, ésta, por su propia naturaleza y por la forma como fue convenida, tiene un plazo tácito para cumplirse.

Por ejemplo, el traje de novia tiene que estar terminado y entregado antes del día de la boda; los disfraces antes de la fiestas de carnaval; el uniforme del colegio, antes de entrar a clases; la máquina trilladora, antes de la trilla; la construcción del stand para una feria, antes de que esta se abra, etc.

### **Interpelación judicial o extracontractual (1551 N°3)**

La interpelación judicial constituye la regla general, como se desprende de la forma como comienza el N°3 "En los demás casos...".

La regla es, entonces, que, para que el deudor quede constituido en mora, se le debe demandar.

Problema aparte es **determinar qué entiende el N°3 por reconvenir judicialmente al deudor**. Está claro que no es necesaria una gestión judicial en que específicamente se solicite que se constituya en mora al deudor:

- Se ha entendido que **cualquier gestión judicial destinada a que el acreedor haga efectivos sus derechos para el caso de que el deudor incumpla**, es suficiente requerimiento judicial. Así, satisfacen este objeto, una demanda en que se pida el cumplimiento del contrato o su resolución; o si se demandan perjuicios, etc.
- La Corte Suprema ha dicho que no es reconvención suficiente la gestión de preparación de la vía ejecutiva. ABELIUK discrepa de este fallo, pues una diligencia de este tipo supone el cese de la inactividad del acreedor y el conocimiento del deudor de que su incumplimiento está causando perjuicios.

#### **¿En qué momento queda el deudor constituido en mora?**

Entendemos que lo es cuando se le notifica válidamente la demanda. Así lo ha entendido, en general, la jurisprudencia.

Hay fallos, sin embargo, que dicen que la constitución en mora se produce desde la contestación de la demanda.

Se ha fallado que para que el deudor quede constituido en mora, el requerimiento debe hacerse ante juez competente, decisión discutible, pues aunque el tribunal sea incompetente, queda clara la intención del acreedor de hacer efectiva la obligación.

#### **d) Que el acreedor, si el contrato es bilateral, haya cumplido su propia obligación o se allane a cumplirla en la forma y tiempo debido**

Es el último requisito de la mora y lo contempla el artículo 1552: "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

#### **Efectos de la mora**

Los efectos que produce la mora son los siguientes:

- a. El acreedor puede demandar indemnización de perjuicios.
- b. El deudor se hace responsable del caso fortuito.
- c. El riesgo pasa a ser del deudor.

#### **a. El acreedor puede demandar indemnización de perjuicios**

Justamente por ello estamos estudiando la mora, como requisito de la indemnización de perjuicios. Este efecto lo establece el **artículo 1557**.

**Problema: reconvenido el deudor: ¿desde cuándo se deben pagar los perjuicios: desde la fecha de la constitución en mora o desde que se produjo el incumplimiento?**

- FUEYO afirma que, constituido el deudor en mora, debe éste pagar los perjuicios producidos desde el retardo, pues no hay ninguna norma que descarte la zona intermedia entre el simple retardo y la interpelación judicial. Se trata de sancionar un acto ilícito e injusto, agrega.
- ABELIUK, en cambio, distingue entre los perjuicios compensatorios y los moratorios:
  - Los primeros se producen por el sólo incumplimiento, como lo prueba el artículo 1672, según el cual si la cosa perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación subsiste pero varía de objeto, siendo obligado el deudor al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. El precio, agrega Abeliuk, corresponde evidentemente a la indemnización compensatoria.
  - En cambio, los perjuicios moratorios sólo se van a generar con la constitución en mora, como parece demostrarlo el artículo 1559 N°1 en las obligaciones de dinero, en cuanto dicha norma expresa que si la deuda no devengaba intereses "empiezan a deberse los legales".

#### **b. El deudor se hace responsable del caso fortuito**

Así lo dice el artículo 1547 inciso 2°.

Esta regla **tiene una excepción**, en que, a pesar de la mora el deudor, éste no responde del caso fortuito. Ello se produce si el caso fortuito hubiese sobrevenido a pesar de haberse cumplido oportunamente la obligación (1547 inciso 2°; 1672 incisos 2°, 1590).

Este último hecho deberá probarlo el deudor, conforme al artículo 1674 inciso 2°: "si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo."

#### **c. El riesgo de la especie o cuerpo cierto debida que normalmente es del acreedor, pasa al deudor**

Así lo establece el artículo 1550 inciso 1°.

#### **Mora del acreedor**

El código no ha reglamentado en forma orgánica la mora del acreedor (mora *accipiendi*), pero en varias disposiciones se refiere a ella: artículos 1548, 1552 (según FUEYO), 1680, 1827, 1559 (que habla de la repugnancia del acreedor a recibir la cosa).

#### **¿Desde cuándo está en mora el acreedor?**

No cabe aplicar el artículo 1551, porque esta disposición se refiere a la mora del deudor:

- Según algunos, desde que el deudor haya debido recurrir a pagar por consignación.
- Según otros, debe aplicarse por analogía el artículo 1551 N°3 y concluir que estará en mora desde que sea judicialmente reconvenido.

- Finalmente – y es la doctrina más aceptada – se estima que **basta cualquier ofrecimiento del deudor, incluso extrajudicial**, para constituir en mora al acreedor.

Así lo demostraría el artículo 1680, que no hace ninguna exigencia especial bastando que la especie o cuerpo cierto sea ofrecida al acreedor.

### **Efectos de la mora del acreedor**

Los efectos que se producen con la mora del acreedor son los siguientes:

- a. **Disminuye la responsabilidad del deudor**, pues sólo va a responder de la culpa grave o dolo en el cuidado de la cosa (1680 y 1827). Además queda relevado de los perjuicios moratorios.
- b. El **acreedor debe indemnizar los perjuicios que se sigan de no recibir la cosa**, como lo prueba el artículo 1827 ubicado en la compraventa pero de alcance general: "Si el comprador se constituyere en mora de recibir abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido.
- c. Si el deudor tuvo que pagar por consignación, debe **pagar las expensas de la oferta o consignación válidas** (1604).

&&&&&&

### **LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL OBJETIVA**

Esta tesis, aún minoritaria, ha sido propuesta por el profesor PEÑAILILLO. Sostiene, en lo medular, que **para reclamar la indemnización de perjuicios no se exige el requisito de la imputabilidad del deudor (dolo o culpa)**.

El citado autor señala que debe distinguirse entre cumplimiento en especie, cumplimiento por equivalencia e indemnización de perjuicios.

Producido el incumplimiento, el acreedor puede **demandar su cumplimiento en especie**, aun forzadamente. Para estos efectos, no se requiere culpa alguna. El fundamento de esta pretensión lo encontramos en el incumplimiento contractual.

Esta solución surge prístina de los artículos **1489, 1553 y 1555** para las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Debe agregarse la norma del **artículo 438 CPC**, el cual permite expresamente que el cumplimiento puede ser en especie y, en caso de no ser posible, porque el bien ya no se encuentra en poder del deudor o porque lo debido es dinero o una especie indeterminada de un género, el acreedor podrá exigir "el valor" de la misma.

Si se demanda el **cumplimiento por equivalencia**, lo que se está demandando no es otra cosa que "el valor" de la prestación. Tampoco se requiere culpa del deudor. Su fundamento es el incumplimiento contractual.

Podrá apreciarse que el régimen por el cual se rige el cumplimiento por equivalencia es el mismo del cumplimiento en especie: en ambos se trata de que el deudor pague lo que la prestación "vale". El cumplimiento en equivalencia no es "resarcimiento".

Debe **distinguirse entre el cumplimiento por equivalencia de la indemnización de perjuicios**:

- El cumplimiento por equivalencia tiene lugar cuando, estando vigente la obligación, ya no es posible (o útil) el cumplimiento específico. En esta alternativa, la obligación subsiste pero varía de objeto: el deudor es obligado a **pagar el "precio" o valor (*aestimatio rei*) de la prestación incumplida**. Esta solución la infiere por el profesor PEÑAILILLO de los artículos 1672 y 438 CPC.
- La **indemnización de perjuicios (o daños ulteriores)** ya no persigue el valor de la prestación incumplida, sino que **resarcir los perjuicios que, más allá de la cosa o prestación no ejecutada, se causaron al acreedor por el incumplimiento (*id quod interest*)**.

Esta distinción se observa claramente en el artículo 1672 inc. 1º: "si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa Y a indemnizar al acreedor".

Hay que destacar la regla del artículo 1670, en virtud del cual la obligación sólo se extingue por la pérdida o destrucción de la cosa, sin culpa del deudor.

**¿Por qué el profesor PEÑAILILLO sostiene que la imputabilidad del deudor (culpa o dolo) no es requisito de la indemnización de perjuicios contractual?**

El argumento jurídico fundamental es el siguiente: generados los perjuicios, si no fueran de cargo del deudor incumplidor, debería soportarlos el acreedor. Entonces, **si se liberara al deudor porque al incumplir no incurrió en culpa, se daría la inaceptable situación de que el único que soportaría los perjuicios sería quien ha cumplido por su parte, quedando impune el incumplidor**.

Pues bien, **ninguna de las normas básicas** que regulan la indemnización de perjuicios de carácter contractual (1556, 1557, 1558 y 1559) **mencionan a la culpa como requisito de la misma, ni tampoco señalan a la ausencia de culpa como el límite de tal responsabilidad**:

- a. El **artículo 1556** sólo precisa los supuestos que constituyen el incumplimiento (materialidad del incumplimiento: absoluto, imperfecto o tardío) y su consecuencia: indemnizarse el daño emergente y lucro cesante.

Por lo tanto, esta disposición establece como requisitos el incumplimiento y el daño causado por él. No se menciona a la culpa.

- b. El **artículo 1557** establece la exigencia de la mora del deudor (en las obligaciones positivas), prescindiendo de la culpa.
- c. Complementando a la disposición anterior, el **artículo 1558 inc. 2º** señala que la mora producida por caso fortuito no genera indemnización, dejando claro que no habrá indemnización de perjuicios no obstante haber mora en este evento.

Por lo tanto, esta disposición insiste en que lo único que exime al deudor de indemnizar es el caso fortuito. Si la culpa fuere el fundamento de la responsabilidad (liberando, por tanto, al deudor su ausencia), esta era la ocasión de declararlo, lo que no hizo el legislador.

- d. Finalmente, el **artículo 1558 inc. 1º** no hace más que definir la extensión del perjuicio indemnizable, en torno al dolo.

De este modo, la restricción del ámbito de lo indemnizable a los perjuicios previstos se produce no cuando hay culpa, sino en ausencia de dolo (lo que es claramente distinto).

En base a lo anterior, **el deudor responde por el simple hecho del incumplimiento que causa perjuicios; y, para excluir su responsabilidad, no le basta con acreditar que actuó con diligencia (sin culpa): tendría que probar caso fortuito.**

&&&&&&

## **DE LA AVALUACIÓN DE LOS PERJUICIOS**

Hay tres formas de evaluar los perjuicios:

- A. La evaluación judicial.
- B. La evaluación legal.
- C. La evaluación convencional (cláusula penal)

**Lo normal viene a ser la evaluación judicial**, pues la **legal** sólo procede respecto de las obligaciones de dinero; y la **convencional** supone un acuerdo de las partes que no siempre se da.

### **A. AVALUACIÓN JUDICIAL DE PERJUICIOS**

Es la que hace el juez. Para ello, éste debe pronunciarse sobre tres cuestiones:

- a. Primero, determinar **si procede el pago de la indemnización**, para lo cual el tribunal tendrá que ver si se cumplen los requisitos generales que hemos estudiado.
- b. Luego, **determinar los perjuicios que deben indemnizarse.**
- c. **Fijar el monto** de los perjuicios.

La primera cuestión ya ha sido estudiada por nosotros. Analicemos las otras dos.

### **Perjuicios que deben indemnizarse**

Para los efectos de este estudio, recordemos los distintos tipos de perjuicios:

- 1. Compensatorios y moratorios
- 2. Ciertos y eventuales (sólo se indemnizan los ciertos)
- 3. Directos e indirectos (sólo se indemnizan los directos)
- 4. Daños materiales y morales
- 5. Daño emergente y lucro cesante
- 6. Previstos e imprevistos (solo se indemnizan los previstos, salvo que exista dolo o culpa grave)

#### **1. Daño cierto**

El daño, para ser indemnizable, debe ser cierto. El requisito de certidumbre hace referencia **a la materialidad del daño, a su realidad.**

El requisito de la certidumbre no presenta problemas tratándose de un **daño actual**, ya producido.

Los problemas pueden presentarse con el daño futuro. El hecho de que un daño sea futuro no significa que sea incierto. **El daño futuro es indemnizable, a condición de que exista una probabilidad suficiente de que el daño se vaya a producir.**

## **2. Daño moral**

Durante muchos años se aceptó como dogma que el daño moral no se indemnizaba en materia contractual. Sin embargo, se aceptaba su indemnización en la responsabilidad extracontractual, en virtud de existir la regla del artículo 2329, según la cual "por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...".

Faltaba, se decía, para la responsabilidad contractual una norma como la del artículo 2329.

Esta solución resultaba manifiestamente injusta pues no se ve por qué razón, por ejemplo, si una persona que va dentro un bus que choca y sufre lesiones (responsabilidad contractual), no tiene derecho a que se le indemnice por los padecimientos que le produce este accidente; en cambio, sí lo tiene si estando en la calle, esperando el bus, es arrollada por éste y sufre el mismo tipo de lesiones (responsabilidad extracontractual).

Desde hace varios años, la doctrina viene señalando que hay en este trato discriminatorio, una grave inconsecuencia. Por ende, en la actualidad, ya nadie discute que debe indemnizarse el daño moral en sede contractual.

### **¿Qué razones se han dado para no indemnizar el daño moral?**

- Que faltaba una norma como la del 2329 aplicable a la responsabilidad extracontractual.
- Que el artículo 1556 establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, conceptos éstos de claro contenido patrimonial.
- Que es difícil su prueba y evaluación.

En realidad ninguno de los argumentos es categórico.

En efecto, si falta la norma, nos encontramos frente a una laguna legal, que el juez en conformidad al artículo 24 del Código Civil, debe llenar recurriendo a los principios generales del derecho y a la equidad natural.

En cuanto a que el artículo 1556 no lo contempla, es cierto, pero tampoco lo prohíbe.

Finalmente, no es serio sostener que no debe indemnizarse por ser difícil de probar y de evaluar, desde que en materia extracontractual el problema es el mismo y se pagan.

En todo caso, cabe señalar que el artículo 1556 se tomó del Código de Napoleón y en especial de POTHIER, que sólo autorizaban la indemnización por daños patrimoniales. Sin embargo, en Francia, con una disposición semejante a nuestro artículo 1556, se viene aceptando desde hace mucho tiempo la indemnización del daño moral en materia contractual.

En Chile, frente al texto constitucional – artículo 19 números 1 inciso 1º y 4, que asegura a todas las personas tanto el derecho a la integridad física y psíquica, (Nº1) como el respeto a la intimidad y vida privada, y el honor –, no parece sostenible seguir negando la indemnización del daño moral. En estas disposiciones constitucionales y no en el artículo 1556 deben fundarse las demandas por daño moral.

El profesor RAMOS PAZOS nos enseña que, para que se indemnice el daño moral, **debe exigirse una prueba clara y concluyente de su existencia**. Para lograr tal objetivo, propone que el tribunal tenga **amplias facultades para regularlo**, semejantes a las que la jurisprudencia ha reconocido para la responsabilidad extracontractual.

Finalmente, en materia contractual, **el daño moral no se configura por cualquier molestia que resulte del incumplimiento**: no debe confundirse con las inquietudes propias del mundo de los negocios o las que normalmente resultan de los pleitos. Para que ello ocurra es menester que se haya turbado seriamente la moral, el honor, la libertad o los afectos del acreedor, o su integridad física, o que tal incumplimiento le haya producido una lesión en sus sentimientos a causa del sufrimiento o dolor que se le ha provocado.

### **3. Daño emergente y lucro cesante**

El artículo 1556 dice que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

#### **Daño emergente**

**Daño emergente** es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del deudor.

Conceptualmente, **su determinación no presenta dificultades**: se trata de disminuciones patrimoniales por gastos o por el menor valor de las cosas.

#### **Lucro cesante**

**Lucro cesante** es la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación.

Dice el artículo 1556 que **no se indemniza el lucro cesante en aquellos casos en que la ley limita la indemnización expresamente al daño emergente**. Así ocurre, por ejemplo, en los artículos 1930 inciso final; 1932, 1933 del Código Civil y 209 y 210 del Código de Comercio (contrato de transporte).

**No es fácil la prueba del lucro cesante**. Por la misma razón, se debe apreciar la prueba con mayor liberalidad. Así lo entienden algunos autores y así ha sido reconocido también por la Corte de Concepción.

La **determinación del lucro cesante es más compleja**, ya que supone preguntarse los límites entre la ganancia probable y el daño puramente eventual. Para estos efectos, en el **derecho comparado** existe una tendencia generalizada a considerar **la probabilidad** como factor de medición del daño indemnizable.

Como señala el profesor BARROS BOURIE, a diferencia de algunos ordenamientos que tratan del lucro cesante a propósito de la causalidad (extensión de los perjuicios

reparables), **nuestra doctrina y la práctica jurisprudencial tienden a tratar el lucro cesante a la luz del criterio de certidumbre del daño**, entendiendo que la pregunta es alternativa: **si hay suficiente certeza, es reparable por completo; si no la hay, el daño se tiene por eventual y no da lugar a reparación.**

#### **4. Perjuicios directos e indirectos**

Como señala ALESSANDRI, **perjuicios directos** son aquellos que constituyen el efecto necesario y lógico del incumplimiento de la obligación: no se habrían producido si no hubiere existido incumplimiento.

Los **indirectos** son los que no tienen como causa directa o inmediata el incumplimiento, sino hechos independientes, extraños a la inejecución o retardo.

**Sólo se indemnizan los perjuicios directos.** Esta conclusión se obtiene de la referencia que hace el artículo 1558 a los que son "una consecuencia inmediata o directa" del incumplimiento.

Se ha dicho **que la causalidad entre el incumplimiento y el daño es el que da a los perjuicios directos su nota distintiva; la falta de dicha causalidad califica a los indirectos.**

Por lo mismo, VINEY y JOURDAN, en Francia, señalan que el **daño es directo en el sentido de que la causa pueda explicar el surgimiento del daño.**

#### **5. Perjuicios previstos e imprevistos**

**Perjuicios previstos** son los que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato (**1558 inciso 1º**). Los que no cumplen con que estos requisitos son **imprevistos**.

RODRÍGUEZ GREZ nos da una definición más clara respecto de los **perjuicios previstos**: "son aquellos que resultan verosímiles o probables al tiempo de la celebración del contrato, en atención a la relación causal que los determina".

**Se indemnizan sólo los previstos, salvo en los casos de dolo o culpa grave (1558).**

#### **Quantum respondeatur**

**Esta es la segunda función de la causalidad. Determina la extensión de los daños que deben ser indemnizados** por el causante del hecho dañoso. Es decir, **esta función selecciona, entre los daños ocasionados por el incumplimiento, cuáles serán resarcibles y cuando no.**

Y es en la distinción entre **perjuicios directos e indirectos** como de los **previstos e imprevistos**, en que se nos presenta con claridad esta función.

La norma clave es la del **artículo 1558 inciso 1º**: "si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". Pasaremos a analizar tal disposición a continuación.

### **Breve análisis del artículo 1558**

El problema de la extensión del daño indemnizable ha existido desde siempre. El emperador JUSTINIANO ya lo anunciaba, al afirmar que las diversas interpretaciones sobre el punto eran *dubitationes antiquae in infinitum*. Este conflicto subsiste en la actualidad.

El **artículo 1558 es una norma limitativa de responsabilidad**: el **deudor no doloso** sólo va a indemnizar a su acreedor de las pérdidas que puedan calificarse **de previsibles** a la hora de celebrar el contrato.

Pues bien, debemos distinguir los **siguientes elementos en esta disposición**:

- a. La **clase de deudores que contempla**: el deudor simplemente incumplidor y el deudor doloso.
- b. Los **criterios de determinación de la extensión del daño contractual**: la consecuencia inmediata y directa; y la previsibilidad.

El profesor RODRIGO FUENTES GUÍÑEZ, en su tesis doctoral, nos da ciertas pautas para entender esta problemática:

- Al **deudor no doloso (simplemente incumplidor)** se le **aplican ambos criterios de determinación** del *quantum* contractual: previsibilidad y consecuencia inmediata y directa. **Aquí se aprecia la limitación de responsabilidad**, ya que el legislador indica que el deudor no doloso sólo responde de los perjuicios a condición de que sean previsibles **“y”** constituyan una consecuencia necesaria y directa del incumplimiento. Son exigencias copulativas.
- En cambio, al **deudor doloso, sólo se les aplica el criterio de la consecuencia inmediata y directa**. Es decir, no se requiere que, además, el daño sea previsible. Se trata de una menor exigencia para dar por establecidos los perjuicios.

### **Criterio de la consecuencia inmediata y directa**

CORRAL TALCIANI advierte que BELLO se apartó sutilmente del artículo 1151 del *Code*, que se refiere a la consecuencia inmediata **“y”** directa. El artículo 1558 hace alusión a la consecuencia inmediata **“o”** directa.

Sostiene que dicho cambio revelaría la intención de nuestro codificador de no asimilar ambas determinantes en una sola, sino que **distinguir dos subcriterios**: “hay responsabilidad si la relación causal del daño consecuencia es inmediata al cumplimiento; hay responsabilidad si se acredita que es una consecuencia directa del incumplimiento, aunque sea mediata”.

La **consecuencia es inmediata** cuando **se sigue a continuación del incumplimiento, sin que exista algún hecho que se agregue entre el ilícito y el daño**. Por ejemplo, el deudor incumple el pago de su obligación y el acreedor, por dicha falta de recursos, incurre en mora en sus propias obligaciones. Se aprecia que dicho incumplimiento origina inmediatamente el daño en cuestión.

La **consecuencia es directa (pero mediata)** cuando el **daño es producido por el incumplimiento, pero unido a otro hecho que, no obstante, no tiene la significación o fuerza para transformarse en la causa única del daño ni para disminuir la calidad de causa fundamental y principal atribuida al**

**incumplimiento.** La doctrina argentina la caracteriza indicando que hay una circunstancia que media entre el incumplimiento y el daño.

El profesor FUENTES GUÍÑEZ nos indica que **este criterio alude a dos reglas:**

- **El deber de mitigar el daño**, que excluye la indemnización de los perjuicios materiales causados por el incumplimiento respecto de los cuales el acreedor pudo, con mediana diligencia, adoptar las medidas idóneas para evitarlos o aminorarlos; y,
- **La normalidad del perjuicio**, por la cual no se indemnizan aquellos perjuicios anormales.

### **Criterio de la previsibilidad**

Como ha indicado nuestra jurisprudencia, son previsibles **los perjuicios que se derivan de la obligación misma y que tienen relación íntima con ella, ocasionando una pérdida efectiva.**

El criterio de la previsibilidad **limita o restringe el deber de reparar:** se trata de que el deudor indemnice al acreedor únicamente por las **pérdidas que puedan calificarse de previsibles a la hora de celebración del contrato.**

La **previsibilidad tiene un doble sentido**, según el último autor citado:

- **El daño previsto**, por el cual se declaran indemnizables todos los perjuicios sufridos por el acreedor por la imposibilidad de realizar el proyecto a que estaba destinada la prestación incumplida.
- **El daño previsible**, que está destinado a morigerar el monto de aquellos perjuicios que fueron declarados resarcibles aplicando todos los criterios anteriores, moderándolo a la suma que el deudor hubiera podido estimar que ascenderían éstos en caso de incumplimiento.

### **Las partes pueden alterar las reglas sobre los perjuicios a indemnizar**

Así lo consigna el **inciso final del artículo 1558:** "Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".

## **B. AVALUACIÓN LEGAL DE PERJUICIOS.**

La avaluación legal de los perjuicios está establecida en el **artículo 1559**, que la limita **exclusivamente a la indemnización moratoria que se genera por el incumplimiento de una obligación de dinero:** "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes...".

### **¿Por qué sólo contempla la indemnización de perjuicios moratoria y no la compensatoria?**

La explicación es simple: en la indemnización compensatoria se paga una suma de dinero, que equivale al cumplimiento íntegro la obligación. Pero si la deuda es de dinero, la suma que se paga "no equivale" al cumplimiento íntegro, sino que "es" el cumplimiento íntegro.

Cabe señalar que aun cuando el punto se ha discutido, no se ve una buena razón para estimar que respecto de esta indemnización, no se requiera constituir en mora al deudor.

Pensamos que sí es necesario constituirlo, por aplicación de las reglas generales. En el mismo sentido, ABELIUK.

### **Características de la evaluación legal**

- a) El artículo 1559 es una disposición supletoria y excepcional.

Supletoria porque rige sólo a falta de pacto entre las partes.

Excepcional, doblemente excepcional podríamos agregar, porque se refiere sólo al incumplimiento de las obligaciones de dinero y únicamente a la indemnización moratoria.

- b) Cuando sólo se cobran intereses, los perjuicios se presumen, situación absolutamente excepcional, ya que la regla es que deben probarse.

Lo anterior, se explica porque los intereses representan el perjuicio que el acreedor experimenta si no se le paga con oportunidad el dinero que se le debe, pues cabe suponer que obtenida esa suma podría haber ganado intereses con el simple expediente de depositarlos en una cuenta de ahorro bancaria.

- c) El acreedor, aparte de los intereses, puede cobrar otros perjuicios, pero para ello deberá probarlos, de acuerdo a las reglas generales.

### **Reglas del artículo 1559**

#### **Regla del artículo 1559 n°1**

"Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pagado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos (1559 N°1)".

Luego, en conformidad a esta regla, habrá de distinguirse varias situaciones:

- **Que las partes hayan pactado intereses convencionales y que estos sean superiores al interés legal.**  
Aquí, se siguen debiendo los intereses convencionales.
- **Que las partes no hayan pactado intereses o que pactándolos han sido inferiores al legal.**  
Aquí, se empiezan a generar los intereses legales.
- **Si se está frente a una disposición que autorice el cobro de intereses corrientes en ciertos casos.**  
Estas reglas no rigen en los casos en que la ley autoriza cobrar intereses corrientes.

Para entender estas reglas es indispensable recordar los distintos tipos de interés: legal, corriente, convencional.

### **Regla del artículo 1559 N°2**

El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

Esta regla ya se ha explicado. Sólo resta agregar que se pueden cobrar otros perjuicios, siempre que se acrediten.

### **Regla del artículo 1559 N°3**

Los intereses atrasados no producen interés. Lo que la norma está señalando es que no acepta el anatocismo.

### **Regla del artículo 1559 N°4**

La regla anterior – que los intereses atrasados no producen interés – se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

Por esta razón, si las partes no han convenido otra cosa, las rentas de arrendamiento atrasadas no devengan interés. Lo que no significa que se deban pagar en valor nominal, pues la ley 18.101 establece la reajustabilidad (artículo 21).

## **C. AVALUACIÓN CONVENCIONAL (CLÁUSULA PENAL)**

Esta es la denominada cláusula penal. La estudiaremos a continuación.

### **LA CLÁUSULA PENAL**

Hay dos formas diferentes de tratar la cláusula penal:

- Como una clase especial de obligaciones, que es lo que hace el Código Civil en el Título XI del Libro IV, "De las Obligaciones con cláusula Penal" y que es la forma como la tratan la mayoría de los códigos modernos.
- Como una de las maneras de avaluar los perjuicios, que corresponde al enfoque que nosotros seguiremos.

Como advierte ABELIUK, ambas posiciones admiten defensa, porque si bien en la cláusula penal hay una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, su ámbito de aplicación es bastante más extenso. La verdad es que la cláusula penal cumple funciones diversas que la transforman en una institución autónoma.

### **Definición**

Esta definida en el **artículo 1535**: "La cláusula penal es aquella en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso no ejecutar o de retardar la obligación principal".

Esta definición presenta algunas incorrecciones:

- Su propia denominación "cláusula penal", pues ello será así únicamente si se pacta conjuntamente con el contrato principal. Mas, deja ser cierto si se establece con posterioridad, pues en tal caso deja de ser una cláusula que se

inserta en un contrato principal. Por ello hay quienes piensan que resulta más propio hablar de "estipulación penal".

- También resulta inadecuado decir que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, desde que por sí sola nada garantiza. Produce algunas ventajas para el acreedor en caso de incumplimiento, pero no hace más eficaz la obligación.
- Algunos han criticado finalmente, que la definición hable de "pena", que daría a la institución una connotación ajena al Derecho Civil, crítica que no es posible compartir, desde que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, pueden convenir penas privadas. Lo que no se puede es establecer que para el caso que el deudor incumpla se le considere autor de un delito penal.
- Finalmente cabe observar que al establecer que la pena "consiste en dar o hacer algo", ha omitido las obligaciones de no hacer, situación perfectamente admisible.

### **Funciones de la cláusula penal**

La cláusula penal cumple tres funciones:

1. Es una forma de avaluar convencional y anticipadamente los perjuicios.
2. Constituye una caución.
3. Importa una pena civil.

#### **1. La cláusula penal constituye una forma de avaluar perjuicios**

Justamente por tener esta función la estamos estudiando ahora.

No hay disposiciones especiales que le confieran este carácter, pero ello fluye con claridad de diversos artículos. Así, por ejemplo:

- De los artículos 1537 y 1538, que exigen la constitución en mora del deudor.
- Del artículo 1539, que establece la rebaja de la pena estipulada en el caso de cumplimiento parcial (evitando con ello acumular cumplimiento con indemnización).
- Del artículo 1540, que permite dividir la pena entre los distintos herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias.

### **Características que presenta como forma de avaluar perjuicios**

- a. Es **convencional**, porque proviene del acuerdo de las partes.

Ello significa que si la pena se establece unilateralmente, por ejemplo la fija el testador para el heredero que no pague un legado, no estamos frente a una cláusula penal, a menos que fallecido el causante, este heredero acepte la situación, con lo que pasa a ser convencional. Por la misma razón tampoco puede establecerla la ley o el juez.

La cláusula penal no es la única forma de avaluar convencional y anticipadamente los perjuicios, pues el mismo carácter tienen las arras confirmatorias que también constituyen una liquidación anticipada de los perjuicios derivados de un incumplimiento contractual.

- b. Es **anticipada**, porque el monto de los perjuicios quedan irrevocablemente fijados antes del incumplimiento.

Tanto es así que, producido éste, el deudor no puede discutir ni la existencia ni el monto de estos perjuicios (1542).

### **La cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria**

Así se desprende de la propia definición legal: "en caso de no ejecutar" (compensatoria) o de "retardar la obligación principal" (moratoria) Así lo ha dicho la jurisprudencia.

### **Diferencias con la indemnización de perjuicios ordinaria.**

Como indemnización de perjuicios la cláusula penal, presenta algunas particularidades que la diferencian de la indemnización de perjuicios ordinaria:

- Desde luego, difiere de la indemnización de perjuicios ordinaria, en cuanto a la oportunidad en que se fija, pues estamos frente a una indemnización establecida antes del incumplimiento.
- Los perjuicios no se reparan necesariamente en dinero, como ocurre con la evaluación legal o judicial, pues, en este caso, la pena puede consistir en un dar o en un hacer (como lo indica el artículo 1535) o en un no hacer (como lo señala la doctrina).
- No es necesario probar los perjuicios, como lo indica el artículo 1542. Recordemos que éste caso y el de la evaluación legal son las excepciones a la regla de que los perjuicios deben probarse.

## **2. Constituye una caución**

Como la cláusula penal tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal (artículo 1535), no puede discutirse su condición de caución, atendido que el código define la voz caución como "cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de una obligación propia o ajena" (46) Por lo demás, es mencionada como tal por el artículo 1472, al lado de la fianza, hipoteca y prenda.

Demuestra su condición de caución:

- a. El que se pueda acumular el cumplimiento de la obligación principal y la pena (1537)
- b. El que se pueda acumular la indemnización ordinaria y la penal (1543)
- c. El que pueda exigirse la pena aunque no se hubieren producido perjuicios (1542)

Sin embargo, debe considerarse que la cláusula penal por si sola no asegura el cumplimiento de la obligación principal. Sólo sirve de estímulo para que el deudor cumpla.

Su condición de caución se robustece cuando se constituye para garantizar una obligación ajena, pues, en ese supuesto, hay dos patrimonios que van a estar respondiendo del cumplimiento de la obligación.

Como caución es personal, porque no afecta bienes determinados al cumplimiento de la obligación que puedan perseguirse en poder de terceros, como ocurre con la prenda o la hipoteca.

### **3. La cláusula penal constituye una pena civil**

Así está dicho en la propia definición legal.

Puede agregarse que la cláusula penal nació en el Derecho Romano con una finalidad estrictamente sancionadora, carácter que aun conserva.

#### **Paralelo de la Cláusula Penal con Otras Instituciones**

##### **Con la fianza**

Se diferencia en que:

- a. El fiador sólo se obliga a pagar una suma de dinero (2343 inciso final), en tanto que la cláusula penal puede consistir en dar, hacer o no hacer algo.
- b. Tampoco el fiador puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal (artículo 2344), limitación que no existe en la cláusula penal.

##### **Con las arras**

En éstas se da una cosa con el fin de constituir una seguridad de la celebración o ejecución de un contrato, o como parte del precio o señal de quedar convenidos (artículos 1803 a 1805).

Se pueden apreciar algunas diferencias importantes:

- a. Las arras garantizan la celebración de un contrato y no el cumplimiento de una obligación.
- b. En las arras hay una entrega actual de dinero u otra cosa, lo que no ocurre en la cláusula penal en que la entrega (suponiendo que la cláusula penal establezca la entrega de algo) sólo se va a producir cuando se produzca el incumplimiento.

#### **Características de la cláusula penal**

1. Es consensual
2. Es condicional
3. Es accesorio
4. Puede garantizar una obligación civil o natural

##### **1. La cláusula penal es consensual**

Pues la ley no ha sometido su establecimiento a ninguna formalidad especial.

Aun más, la voluntad de las partes puede manifestarse en forma expresa o en forma tácita.

De manera que existe cláusula penal no sólo cuando se la instituye literalmente, sino también en todos aquellos casos en que se consigna el pago de una pena, de una multa, de una suma de dinero a título de indemnización o de cualquiera otra cosa que se trate de dar, hacer o no hacer para el caso de no cumplirse o retardarse el pago de la obligación principal.

Sin embargo, dice SOMARRIVA, habrá casos en que indirectamente la cláusula penal debe sujetarse a solemnidades. Por ejemplo, cuando la pena consiste en la entrega de un bien raíz: debe constar por escritura pública. No lo dice el legislador, pero se

llega a esa conclusión aplicando el artículo 57 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

## **2. La cláusula penal es condicional**

Tiene ese carácter porque el derecho del acreedor a cobrar la cláusula penal está sujeto al hecho futuro e incierto que se produzca el incumplimiento del deudor y que éste se encuentre en mora.

## **3. La cláusula penal es accesoria**

Esta característica proviene del hecho de ser una caución. De ello surgen varias consecuencias importantes:

- a. Extinguida la obligación principal, por cualquier medio, se extingue la cláusula penal.
- b. La acción para exigir el pago de la pena prescribe conjuntamente con la obligación principal.
- c. La nulidad de la obligación principal trae consigo la nulidad de la pena.

El artículo 1701 hace una clara aplicación de este principio al establecer que "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de un cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá valor alguno".

En relación con esta característica es necesario estudiar dos situaciones vinculadas directamente con la nulidad de la obligación principal:

- El caso en que se establece una cláusula penal en la promesa de hecho ajeno
- El caso en que se establece en la estipulación en favor de otro.

### **Cláusula penal en la promesa de hecho ajeno**

La promesa de hecho ajeno está contemplada en el artículo 1450: "Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa".

Ahora bien, el artículo 1536, después de dejar consignado en su inciso 1º que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, establece en su inciso siguiente lo que parece una excepción: "Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona".

La verdad es que no hay ninguna excepción a la regla del inciso 1º, pues lo que está garantizando la cláusula penal es la obligación que asumió el promitente de que el tercero acepte la obligación que se contrajo para él, o, dicho de otra manera, que ratifique lo obrado por el promitente.

Y justamente, este es un caso en que la cláusula penal tiene clara utilidad.

### **Cláusula penal en la estipulación en favor de otro**

La estipulación en favor de otro está establecida en el artículo 1449: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla, pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él" (inciso 1º)

El inciso final del artículo 1536 señala que "lo mismo sucederá (valdrá la pena) - cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido".

Tampoco constituye una excepción a la regla del inciso 1º. Este es un caso en que la cláusula penal presenta evidente utilidad, porque como en conformidad al artículo 1449, el estipulante no puede exigir al promitente el cumplimiento de lo acordado (cumplimiento que sólo puede demandar el beneficiario), estipula esta cláusula para poder compeler al promitente a que cumpla.

Como dice SOMARRIVA, "tampoco hay aquí nulidad de la obligación principal, sino que sencillamente el promitente contrae dos obligaciones: con respecto al beneficiario, cumplir con lo estipulado, y, con respecto al estipulante, pagar la pena en caso de incumplimiento".

### **4. La cláusula penal puede garantizar una obligación civil o natural.**

El artículo 1472 reconoce en forma expresa que pueda caucionar una obligación natural. Dice "Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de estas obligaciones (naturales) valdrán".

Cuando la cláusula penal está destinada a garantizar una obligación ajena y ésta obligación principal se transforma en natural, algunos entienden que la obligación del tercero tiene este mismo carácter.

Esta opinión no es compartida por todos, porque la caución accede no a la obligación civil sino a la que ya es natural, y, porque de otro modo, ella no tendría sentido ni el artículo 1470 del Código Civil le habría reconocido validez.

### **Extinción de la cláusula penal**

La cláusula penal puede extinguirse:

1. Por vía principal
2. Por vía accesoria

**Por vía principal**, cuando se extingue no obstante mantenerse vigente la obligación principal. Por ejemplo, la cláusula penal es nula y la obligación principal es válida.

**Por vía accesoria**, cuando desaparece como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal, en razón de su carácter accesorio.

### **Efectos de la cláusula penal**

El efecto propio de la cláusula penal es dar al acreedor el derecho de cobrarla cuando no se cumple la obligación principal.

### **Requisitos para que el acreedor cobre la pena**

Para que el acreedor pueda cobrar la pena deben cumplirse las condiciones ya estudiadas para la indemnización de perjuicios, con la salvedad que no es necesario probar la existencia de los perjuicios.

Luego, se requiere de:

- a. Incumplimiento de la obligación principal
- b. Que este incumplimiento sea imputable al deudor
- c. Mora del deudor

### **La pena y el caso fortuito**

¿Se debe la pena aun cuando el incumplimiento se deba a caso fortuito?

Así se ha pretendido, fundándose para ello en que el artículo 1542 expresa que "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado..."

Esta posición es equivocada, porque si hay caso fortuito la obligación principal se extingue por el modo de extinguir pérdida de la cosa debida o imposibilidad de la ejecución, según sea la naturaleza de la obligación, y extinguida la obligación principal, se extingue, por vía de consecuencia, la cláusula penal por su carácter accesorio.

### **La pena y la interpelación voluntaria**

Está claro que para que se pueda hacer efectiva la cláusula penal, el deudor tiene que estar constituido en mora, pues así lo dice en forma expresa el artículo 1538.

En relación con este requisito se ha planteado que, existiendo cláusula penal, no operaría respecto de la obligación principal la interpelación voluntaria expresa del N°1 del artículo 1551, en razón de la frase con que comienza el artículo 1558: "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal...", por lo que siempre se necesitaría de interpelación judicial.

La doctrina no participa de esa idea, entendiendo que el deudor puede quedar constituido en mora por cualquiera de las formas de interpelación contempladas en el artículo 1551.

Por ello, cuando la obligación principal es a plazo, el deudor queda en mora por el sólo vencimiento del plazo y, como el acreedor tiene la opción de pedir el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la pena (artículo 1537), si opta por la pena, deberá demandar su pago.

En otros términos, dice CLARO SOLAR, la constitución del deudor en mora para cumplir la obligación principal no es suficiente constitución en mora de la cláusula penal.

### **Efectos de la cláusula penal cuando el incumplimiento es parcial**

Si el acreedor acepta del deudor un pago parcial, el deudor tiene derecho a que "se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación (artículo 1539)".

### **Cobro de la obligación principal, de la indemnización ordinaria y de la pena**

El código establece, en los artículos 1537 y 1543, algunas reglas sobre lo que puede cobrar el acreedor cuando se incumple una obligación caucionada con cláusula penal.

Estas reglas son las siguientes:

- a. Antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor sólo puede demandar la obligación principal. Ello concuerda con el artículo 1558 que exige la mora para que se pueda cobrar la pena.
- b. Constituido el deudor en mora, la ley da al acreedor la opción para pedir: el cumplimiento de la obligación principal o la pena; pero no las dos cosas a la vez.
- c. No rige la regla anterior, esto es, se pueden acumular el cumplimiento y la pena, cuando aparezca haberse convenido la pena por el simple retardo; o cuando se hubiere estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal.
- d. Podría también, en conformidad al artículo 1543, optarse por la pena o la indemnización de perjuicios ordinaria en conformidad a las reglas generales, pero no demandarse ambas, a menos que se hubiere convenido expresamente.

### **Cobro de la cláusula penal cuando la obligación principal es divisible**

El artículo 1540 establece que cuando la obligación principal es de cosa divisible, la pena debe dividirse también entre los herederos del deudor, pero sólo respecto de los que contravinieron la obligación, a prorrata de sus cuotas hereditarias.

### **Cobro de la cláusula penal cuando la obligación principal es indivisible**

O cuando se ha puesto la cláusula penal con la intención expresa de que el pago no pueda fraccionarse.

En estos casos, puede el acreedor cobrar al culpable el total de la pena o a cada uno de los deudores, incluidos los inocentes, su cuota en la pena, quedando a salvo el recurso de éstos contra el infractor (1540 incisos 2º y 3º).

### **Caso en que la pena es indivisible**

Si la pena es indivisible, se podrá reclamar a cualquiera de los deudores, sin importar quien sea el infractor. Ello, porque estamos frente a una obligación indivisible y ese es precisamente el efecto de la indivisibilidad.

### **Caso en que la obligación principal es solidaria**

La ley no da solución al problema.

Cabe entender que la pena también se puede cobrar solidariamente, por el carácter accesorio que tiene. Así SOMARRIVA, CLARO SOLAR.

ABELIUK estima que esta solución es discutible, porque la indemnización de perjuicios es conjunta aun entre los deudores solidarios.

RAMOS PAZOS también considera discutible tal solución, porque la solidaridad requiere de texto expreso.

### **Cláusula penal garantizada con hipoteca**

Trata de esta situación el artículo 1541: "Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar".

Esta solución es consecuencia del carácter indivisible de la hipoteca.

### **Cobro de la cláusula penal cuando hay pluralidad de acreedores**

No está resuelta esta situación en la ley.

De acuerdo a las reglas generales, cada acreedor sólo podrá demandar su cuota en pena, salvo que la pena fuere de cosa indivisible o hubiere solidaridad activa.

### **Cláusula penal enorme**

Esta materia está regulada en el artículo 1544, que distingue varias situaciones:

1. Cláusula penal en los contrato conmutativos
2. Cláusula penal en el mutuo
3. Cláusula penal en obligaciones de valor inapreciable o indeterminado

#### **1. Cláusula penal en los contratos conmutativos**

Se aplica la regla del artículo 1544: "cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera incluyéndose ésta en él".

La norma es confusa, pues no está claro lo que significa la frase "incluyéndose ésta en él". Hay dos interpretaciones:

- El alcance es que la pena no puede exceder del doble de la obligación principal. Por ejemplo si la obligación alcanza a 100; la pena no puede ser de más de 200.
- El sentido de la frase es que si la obligación principal es de 100, la pena pueda llegar hasta 300, pues alcanza al doble de la obligación principal más la obligación principal.

La doctrina nacional está por la primera tesis.

#### **2. Cláusula penal en el mutuo**

Dice el artículo 1544 inciso 3º que en el caso del mutuo, "se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular".

Sin embargo, cuando se pactan intereses por la mora – lo que implica una cláusula penal – y éstos exceden al máximo que es permitido estipular, la sanción es que los intereses se rebajan al interés corriente (artículo 8º de la ley 18.010), no al máximo permitido estipular, como lo señala el artículo 1544.

Por ello, se sostiene que este artículo 8° dejaría sin aplicación el artículo 1544 del Código Civil, en el caso que el mutuo sea de dinero. Luego, el artículo 1544 inciso 3°, se mantendría vigente únicamente para los mutuos que no fueren de dinero.

### **3. Cláusula penal enorme en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado**

Respecto de estas obligaciones, dice el artículo 1544 inciso final, que el juez la moderará prudencialmente, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

&&&&&&

### **DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR**

Como en virtud del derecho de prenda general es el patrimonio del deudor el que está respondiendo del cumplimiento de sus obligaciones, la ley otorga al acreedor ciertas acciones o medios destinados a mantener la integridad de ese patrimonio. Estas acciones o medios son denominados "derechos auxiliares del acreedor".

No hay uniformidad sobre cuales serían esos derechos. Pero hay un cierto consenso en atribuirle este carácter a los siguientes:

- A. Las medidas conservativas, destinadas a evitar que determinados bienes salgan del patrimonio del deudor.
- B. El derecho legal de retención.
- C. La acción oblicua, indirecta o subrogatoria, destinada a obtener que ingresen ciertos bienes al patrimonio del deudor que éste negligentemente pretende dejar fuera.
- D. La acción pauliana o revocatoria, cuyo objeto es reintegrar al patrimonio del deudor bienes que han salido de él en perjuicio de sus acreedores.
- E. El beneficio de separación, destinado a impedir que los bienes del causante se confundan con los del heredero, en perjuicio de los acreedores hereditarios o testamentarios.

#### **A. MEDIDAS CONSERVATIVAS**

El Código en diversas disposiciones hace referencia a las medidas conservativas, pero no las define.

Se les define como **"aquellas que tienen por objeto mantener intacto el patrimonio del deudor, evitando que salgan de su poder los bienes que lo forman, a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación"**.

CLARO SOLAR, por su parte, expresa que "tienen el carácter de conservativas todas las medidas destinadas a asegurar el ejercicio futuro de un derecho, sin constituir su ejercicio actual"

Entre las medidas conservativas se pueden mencionar:

- 1. Las medidas precautorias, reglamentadas en los artículos 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.
- 2. La guarda y aposición de sellos, de que tratan los artículos 1222 y siguientes del Código Civil.
- 3. La confección de inventario solemne, que exigen muchas disposiciones del Código Civil (1766).

4. Artículos 761, 1078, 1492, etc.

## **B. EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN**

Hay varias disposiciones que facultan a quien está obligado a entregar una cosa para retenerla, con el fin de asegurarle un derecho que según la ley le corresponde.

Es el caso, por ejemplo:

1. Del arrendatario, que puede retener la cosa arrendada hasta que se le pague o asegure por el arrendador el importe de las indemnizaciones que este último le adeuda (1937).
2. Del mandatario, que puede retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte (2162).
3. Del comodatario, para retener la cosa prestada mientras no se le paguen las indemnizaciones contempladas los artículos 2191 y 2192 (2193).
4. Del depositario, que puede retener la cosa depositada en razón de las expensas y perjuicios que le adeude el depositante (2234), etc.

Constituye el derecho legal de retención **una verdadera medida precautoria, que debe ser declarada judicialmente** (artículo 545 CPC).

"Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. El decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas" (artículo 546 CPC).

## **C. ACCIÓN OBLICUA O SUBROGATORIA**

La ley, en determinados casos, otorga a los acreedores el derecho a actuar en nombre del deudor respecto de ciertas acciones o derechos que, correspondiendo a éste, negligentemente o con el propósito de perjudicar a sus acreedores, no ejercita.

Ello, con el objeto de que estas acciones o derechos ingresen al patrimonio del deudor, mejorando de esa forma el derecho de prenda general.

Estas acciones se denominan **acciones indirectas, oblicuas o subrogatorias**.

ABELIUK las define como **el ejercicio de los derechos y acciones del deudor por parte de sus acreedores, cuando el primero es negligente en hacerlo**.

Es el caso, por ejemplo, del deudor que repudia una herencia, que renuncia a una donación, que no cobra las rentas a que tiene derecho. El acreedor, en esos supuestos, podría actuar en nombre del deudor y aceptar la herencia o la donación, cobrar las rentas, etc.

Estas acciones **subrogatorias no son acciones directas que emanen del contrato, sino que las otorga la ley**.

Sus diferentes denominaciones se explican:

- a. **Subrogatoria**, porque los acreedores pasan a ocupar el lugar del deudor para ejercitar sus derechos y acciones, haciéndolo por cuenta y a nombre él.
- b. **Indirecta u oblicua**, porque la acción o derecho se incorpora al patrimonio del deudor, para que después el acreedor pueda hacer efectivo su crédito en ese patrimonio.

En Chile, no existe una disposición que en forma general la conceda. RAMOS PAZOS indica que en Francia es diferente, pues el artículo 1166 permite que "los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que estén unidos exclusivamente a su persona".

### **Requisitos de la acción oblicua**

Estos requisitos pueden estudiarse en relación con:

- 1. La persona del acreedor.
- 2. Con el crédito del acreedor.
- 3. Con la persona del deudor.
- 4. Con los derechos y acciones respecto de los cuales opera.

#### **1. Requisitos de la acción oblicua en relación con el acreedor**

Respecto a los requisitos que debe cumplir el acreedor, se estima que sólo debe tener interés, lo que va a ocurrir cuando la negligencia del deudor en ejercitar el derecho o acción, comprometa su solvencia.

Por ello, falta este requisito si el deudor tiene bienes suficientes para cumplir sus obligaciones. Ello explica que el artículo 2466 hable del "deudor insolvente".

#### **2. Requisitos de la acción oblicua en relación con el crédito**

En cuanto a los requisitos que tiene que tener el crédito del acreedor para poder accionar, tendrá que ser:

- a) Cierto.
- b) Actualmente exigible, es decir, no podrá estar sujeto a plazos o a condiciones suspensivas.

#### **3. Requisitos de la acción oblicua en relación con el deudor**

El deudor debe ser negligente en el ejercicio de sus derechos y acciones. Corresponde al acreedor probar esta circunstancia.

ABELIUK señala sobre este punto, que la negligencia deberá probarla el acreedor, pero no es necesario que constituya previamente en mora al deudor, y en buena doctrina habría que concluir que ni siquiera es necesario oír a éste. Sin embargo, resulta de toda conveniencia emplazar al deudor para evitar discusiones posteriores sobre el efecto de la acción a su respecto.

#### **4. Requisitos de la acción oblicua en relación con los derechos y acciones**

Finalmente, respecto a los derechos y acciones que pueden ejercerse por el acreedor en nombre del deudor, tienen que:

- a. Ser patrimoniales

- b. Referirse a bienes embargables
- c. En ningún caso opera la subrogación respecto de los derechos o acciones personalísimos, como sería, por ejemplo, la acción de reclamación del estado de hijo.

### **Efectos de la subrogación**

Todos los **efectos que se siguen son consecuencia del principio de que el acreedor va a actuar por cuenta y a nombre del deudor.**

Se parece a la representación, pero es diferente, porque en la representación el representante interviene en interés del representado. **Acá, en cambio, lo mueve su propio interés.**

Los efectos son:

1. El tercero demandado puede oponer al acreedor las mismas excepciones que podía oponer a su acreedor (el deudor).
2. La sentencia que se pronuncie en este juicio produce cosa juzgada respecto del deudor. ABELIUK encuentra esto discutible y por ello recomienda que se le emplace siempre.
3. No se requiere de una resolución previa que autorice la subrogación. Esta calificación se hará en el mismo juicio en que se hace efectiva la acción.
4. Los bienes ingresan al patrimonio del deudor, beneficiándose con ella no sólo el subrogante sino todos los acreedores.

### **Procedencia de la acción oblicua en Chile**

Hay distintas opiniones sobre este punto:

- a. Para algunos sólo cabe para los casos en que la ley expresamente lo autoriza.
- b. Para otros, en cambio, la acción oblicua opera en forma general, la que emanaría de los artículos 2465 y 2466.

### **Situaciones en que se autorizaría expresamente la acción oblicua**

#### **1. Caso de los derechos de prenda, usufructo, retención (2466 inc. 1º).**

"Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le conceden las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores".

A primera vista, la frase final de este inciso, estaría otorgando a los acreedores la facultad de subrogarse.

ABELIUK piensa que ello no es así y que pareciere más bien que el legislador continuara reglamentando el derecho de ejecución que fluye de la garantía general establecida en los artículos 2465 y 2469.

2. **Caso de los derechos que corresponden al deudor derivados del contrato de arriendo (2466 inc. 2º)**

El artículo 2466 inciso 2º establece que "podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1965 y 1968".

El segundo de estos casos parece claro: es la situación del arrendatario insolvente. Para evitar que por ello se ponga fin al contrato, lo que puede perjudicar a sus acreedores (pues el contrato de arriendo representa un activo importante), permite que éstos puedan substituir al arrendatario prestando fianza a satisfacción del arrendador.

3. **Caso del deudor que no puede cumplir la obligación de entregar una especie o cuerpo cierto por culpa de un tercero (1677)**

Cuando el deudor no puede cumplir con la obligación de entregar la especie o cuerpo cierto debida porque se perdió por culpa de un tercero, el acreedor puede exigir al deudor que le ceda las acciones contra el tercero.

Es un caso claro de subrogación.

4. **Caso del deudor que repudia una herencia o legado (1238).**

Si el deudor repudia una herencia o legado: "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor...".

No parece que sea una acción subrogatoria, porque la norma agrega que "en este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

El artículo 1394 repite la misma idea en el inciso 2º: "Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para substituirse a un deudor que así lo hace – repudia una herencia, legado o donación – hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero."

**Conclusión**

La conclusión a que arriba ABELIUK es que no está establecida en el Código Civil con el carácter general la acción oblicua, por lo que sólo cabe en los casos especiales en que la ley la contempla.

**D. ACCIÓN PAULIANA**

Esta acción tiene su origen en Roma. Allí los actos realizados por un deudor en fraude de sus acreedores, constituían un delito privado, "el *fraus creditorum*", sancionado mediante una acción especial llamada por los comentadores "acción pauliana".

MARTY afirma que "el origen de este apelativo es mal conocido. Algunos autores pretenden que se deriva del nombre del pretor que estableció la acción, el cual se llamaría PAULUS. Es más verosímil – agrega – que ese nombre derive del gran jurisconsulto PAULO, que trata de la acción en un fragmento del Digesto.

Se le llama también acción revocatoria, porque tiene por objeto revocar o dejar sin efecto los actos fraudulentos del deudor realizados en perjuicio de sus acreedores.

Está tratada en el artículo 2468.

ABELIUK la define como **"la que la ley otorga a los acreedores para dejar sin efecto los actos del deudor ejecutados fraudulentamente y en perjuicio de sus derechos y siempre que concurren los demás requisitos legales"**.

### **Requisitos de la Acción Pauliana**

Estos pueden estudiarse:

1. En relación con el acto.
2. En relación con el deudor.
3. En relación con el acreedor.
4. En relación con el adquirente del deudor.

#### **1. Requisitos de la Acción Pauliana en relación con el acto**

La Acción Pauliana puede intentarse para dejar sin efecto cualquier acto o contrato voluntario del deudor (pero no los forzados, pues en tal caso no se divisa el fraude).

Los términos del **artículo 2468** son bastante amplios: pueden ser actos o contratos de distinto tipo: unilaterales, bilaterales, gratuitos, onerosos, pueden ser actos de renuncia, etc.

Sin embargo, la Corte Suprema en una oportunidad estimó que no procedía la acción pauliana para dejar sin efecto un pacto de separación de bienes. SOMARRIVA comparte esta sentencia, en razón de ser el pacto de separación total de bienes uno de esos derechos absolutos, que escapa al control de los acreedores. Lo cual, agregamos nosotros, no significa que los acreedores de los cónyuges queden desamparados, como estudiaremos cuando analicemos el Derecho de Familia.

No obstante que procede tanto respecto de los actos gratuitos como de los onerosos, los requisitos en uno y otro caso son diferentes:

- a. **Si el acto o contrato que produce la insolvencia del deudor es oneroso**, para revocarlo será necesario probar la mala fe del deudor y la mala fe del adquirente, esto es, acreditar que ambos conocían el mal estado de los negocios del deudor.
- b. **Si el acto o contrato es gratuito**, basta que el acreedor pruebe la mala fe del deudor.

#### **2. Requisitos de la Acción Pauliana en relación con el deudor**

En Roma, tanto la Acción Pauliana como la oblicua se ejercitaban en el procedimiento colectivo de ejecución sobre los bienes. Era ejercida por el *"curator bonorum"* a nombre de todos los acreedores.

En Chile, la situación es diferente, pues **no es necesario para la procedencia de la Acción Pauliana que el deudor esté en quiebra**, como podría desprenderse de la redacción del artículo 2468 que habla de "los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso".

De exigirse la declaratoria de quiebra, quedarían sin poder ser atacados por esta vía -por faltar la declaratoria de quiebra- muchos actos fraudulentos y claramente lesivos para los acreedores.

**Si se produce la declaratoria de quiebra, esta materia queda regida por los artículos 74 y 75 de la Ley de Quiebras**, que establecen lo siguiente:

**Artículo 74:** "Son inoponibles a la masa los actos o contratos a título gratuito que hubiere ejecutado o celebrado el deudor desde los 10 días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta el día de la declaración de quiebra.

Si el acto o contrato fuere a favor de un descendiente, ascendiente o colateral dentro del cuarto grado, aunque se proceda por interposición de un tercero, los 10 días señalados en el inciso 1º se extenderán hasta los 120 días anteriores a la fecha de la cesación de pagos".

**Artículo 75:** "Con respecto a los demás actos o contratos (entiéndase onerosos) ejecutados o celebrados por el deudor en cualquier tiempo, con anterioridad a la fecha de la declaración de quiebra, se observará lo prevenido en el artículo 2468 del Código Civil.

Se presume que el deudor conocía el mal estado de sus negocios desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos"

Volviendo al Código Civil, **en definitiva, respecto del deudor lo que exige el artículo 2468 es que esté de mala fe**. Es una mala fe específica, **denominada mala fe pauliana**, que consiste en que realice el acto conociendo el mal estado de sus negocios.

### **3. Requisitos de la Acción Pauliana en relación con el acreedor**

El acreedor que entabla la acción debe **tener interés** y sólo va a tenerlo cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- a. Que el acreedor sufra perjuicio, o sea, que el acto objeto de la acción pauliana deje al deudor en la imposibilidad de pagarle, sea provocando o aumentando su insolvencia.
- b. Que la insolvencia exista tanto al momento de otorgarse el acto impugnado como al momento de intentarse la acción pauliana.
- c. Que su crédito sea anterior al acto que produce la insolvencia.
- d. Que el crédito del acreedor sea puro y simple. Esta es la tesis generalmente aceptada, aún cuando se pueda discutir con sobrados argumentos respecto del acreedor bajo condición suspensiva, por ejemplo, por estar en la eventualidad de no poder cobrar su crédito en el futuro.

### **4. Requisitos de la Acción Pauliana en relación con el tercero adquirente**

- a. **Si el acto es gratuito**, no se requiere ningún requisito especial en el tercero adquirente; basta la mala fe del deudor y el perjuicio (2468 N°2).
- b. **Si el acto es oneroso**, el tercero adquirente debe estar de mala fe, es decir, haber celebrado el acto sabiendo el mal estado de los negocios del deudor (2468 N°1)

### **Situación del subadquirente**

**CLARO SOLAR** estima que a los subadquirentes se les debe aplicar las mismas reglas que a los adquirentes.

**ALESSANDRI**, partiendo de la base que la acción pauliana es una acción de nulidad relativa – el artículo 2468 emplea la expresión "rescindan", "rescindibles" – estima que basta con probar la mala fe del deudor y del tercero adquirente, no siendo necesario probar la mala fe del tercero subadquirente. Ello, porque la nulidad judicialmente declarada produce efectos respecto de terceros independientemente de su buena o mala fe.

**SOMARRIVA**, hace algunas distinciones:

- Si no hay mala fe ni en el deudor ni el adquirente, no cabe la revocación aunque el subadquirente esté de mala fe.
- Si los tres están de mala fe, cabe la revocación.
- Si el deudor y el adquirente son fraudulentos y el subadquirente está de buena fe, no resulta lógico exigir a éste más requisitos que al adquirente, por lo que debe distinguirse respecto de éste entre contratos gratuitos (que se revocan) y onerosos, que sólo se revocan si está de mala fe.

### **Características de la Acción Pauliana**

1. Es una acción directa del acreedor, que ejerce a su propio nombre y no por cuenta del deudor.
2. Es una acción personal, porque deriva de un hecho ilícito. Luego se debe demandar al deudor y al tercero.
3. Es una acción patrimonial, de donde se sigue que es:
  - a. Renunciable
  - b. Transferible
  - c. Transmisible
  - d. Prescriptible

El plazo de prescripción es de un año, contado desde la fecha del acto o contrato (2468 N°4)

El artículo 80 de la Ley de Quiebras establece un plazo de 2 años, contados desde la celebración del acto o contrato, para la revocación de los actos que en dicha disposición se señalan.

### **Efectos de la Acción Pauliana**

El efecto propio de la acción pauliana **es dejar sin efecto el acto o contrato impugnado, hasta el monto del crédito del acreedor o acreedores que intenten la acción.**

Consecuencia de ello es:

1. Que el adquirente puede enervar la acción pagando al acreedor.

2. Por aplicación del efecto relativo de la sentencia judicial, la revocación sólo beneficia al o los acreedores que intentaron la acción pauliana, pero no a los demás.
3. Los efectos de la revocación variarán según el acto de que se trate; así, si se trata de una enajenación, quedará sin efecto y el adquirente perderá la cosa de que se trata; si se dirige contra una hipoteca, se cancelará ésta; si ataca una remisión, renace el crédito, etc.
4. Vuelven al patrimonio del deudor los bienes que habían salido de él y, en consecuencia, podrán en ellos ejecutar sus derechos los acreedores, embargándolos y sacándolos a remate.
5. Cuando tiene por objeto la recuperación de una cosa enajenada, nace para el adquirente la obligación de restituir. El Código no reglamentó esta parte, pero, a juicio de ABELIUK, deben aplicarse las reglas generales de las prestaciones mutuas (904 y siguientes).

### **Naturaleza jurídica de la Acción Pauliana**

Hay diferentes opiniones sobre la naturaleza de la Acción Pauliana:

1. **ALESSANDRI**, tomando pie de la expresión "rescindibles" que emplea el 2468, entiende que es una **acción de nulidad relativa**.

Tiene importancia esa conclusión para los efectos de saber si a los terceros subadquirentes se les va o no exigir mala fe: ALESSANDRI, fundado en el artículo 1689, piensa que no tiene importancia que los terceros subadquirentes estén de buena o mala fe.

Sin duda y aunque el artículo 2468 emplee la forma verbal "rescindan" (propia de la nulidad relativa), la acción pauliana no es una acción de nulidad, pues el acto que se pretende dejar sin efecto, es un acto válido, pues en su formación no hubo vicios. Recuérdese que para que haya nulidad tiene que existir un vicio originario.

2. **SOMARRIVA**, piensa que se está frente a una **típica acción de inoponibilidad por fraude**. Ello implica que al acreedor no le afecta el acto y por ello puede pedir su revocación.

El hecho de que el acto se revoque hasta el monto del crédito del acreedor es un buen argumento en favor de esta posición. Esta tesis la sigue también ABELIUK.

3. Para otros (**PLANIOL**), se trata de una **acción indemnizatoria por un hecho ilícito**. La reparación adopta una forma especial que es, precisamente, dejar sin efecto el acto ilícito.

### **E. BENEFICIO DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS**

Está consagrado en el artículo **1378**.

En virtud de los principios sobre sucesión por causa de muerte, fallecido una persona, su patrimonio (activo y pasivo) se transmite a sus herederos, confundiéndose con el patrimonio de estos.

Al producirse lo anterior, va a ocurrir que si el heredero estaba cargado de deudas, sus acreedores personales van a mejorar su situación, pues tendrán ahora un patrimonio más rico sobre el cual hacer efectivas sus acreencias.

Pero ello, en perjuicio de los acreedores que el difunto tenía en vida (acreedores hereditarios) y de aquellos cuyos créditos han sido adquiridos en virtud del testamento (acreedores testamentarios, legatarios), los que verán peligrar sus acreencias al tener que concurrir con los acreedores personales del heredero.

Por este motivo, se establece el beneficio de separación de patrimonios, que tiene por objeto evitar que se confundan los bienes del causante con los del heredero, para que, de esa forma, puedan pagarse en los primeros los acreedores hereditarios y testamentarios, con preferencia a los acreedores propios del heredero.

Al estudiar la sucesión por causa de muerte se analizará en detalle esta importante institución, que el código regula en los artículos 1378 al 1385 (Título XII del Libro III).