

RENÉ RAMOS PAZOS

Para Enrique Barón, colega
proprio y muy estimado colega,
con especial afecto.

(acept - 26-4-2005) *René Ramos Pazos*

**DE LAS
OBLIGACIONES**

© 2004 René Ramos Pazos

Editorial LEXIS NEXIS Chile
Miraflores 383, piso 11, Santiago, Chile.
Teléfono: 600 700 8000
www.lexisnexis.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 141.609

I.S.B.N. 956 - 238 - 500 - 0

DE LAS OBLIGACIONES

1ª edición octubre 2004

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ADVERTENCIA

La ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

PRIMERA PARTE

1.- Derechos reales y derechos personales o créditos. El Código Civil en el artículo 576 expresa que “las cosas incorporales son derechos reales o personales” y, en las disposiciones siguientes, define el derecho real como aquel “que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona” (art. 577), y el personal como el “que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...” (art. 578).

2.- Las nociones de derecho personal o crédito y obligación son correlativas. Representan las dos caras de una misma medalla. En efecto, no puede concebirse una sin la otra, de modo que, en definitiva, se hablará de derecho personal o de obligación, según la relación entre los sujetos se mire desde el punto de vista del acreedor (titular de un crédito) o del deudor (obligado en esa relación). Así lo deja en evidencia el artículo 578 al definir el derecho personal o crédito.

Lo recién dicho nos obliga a formular algunas precisiones, que iremos desarrollando en los puntos siguientes.

- c) en las obligaciones de hacer que puedan ser ejecutadas por terceros a expensas del deudor (art. 1553 del Código Civil y 530 del Código de Procedimiento Civil);
- d) 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 (art. 1555 del Código Civil y 544 del Código de Procedimiento Civil).

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. En las obligaciones de hacer y de no hacer, puede demandar directamente el pago de la indemnización de perjuicios (artículos 1553, 1555).

PÁRRAFO II

CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENCIA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

271.- Cumplimiento por equivalencia. Indemnización de perjuicios. 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, y que no implica un cumplimiento igual al que debió prestarse".²⁷⁵

La indemnización de perjuicios cumple una doble función: Es una sanción para el deudor que incumple con dolo o culpa; y, a la

²⁷⁵ T. II, N° 814, pág. 668.

vez, es un medio dado al acreedor para que pueda obtener el cumplimiento de la obligación por equivalencia.

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.

272.- La indemnización de perjuicios es un derecho subsidiario.

Ello porque, en principio, el deudor debe cumplir en la forma convenida, no pudiendo por la misma razón el acreedor "solicitar la indemnización sino subsidiariamente, demandando como petición principal el cumplimiento de la prestación estipulada"²⁷⁶. 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 (artículo 1555).

273.- ¿El acreedor tiene un derecho optativo para exigir el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios compensatoria? Hemos dicho que en las obligaciones de dar el acreedor debe demandar primeramente el cumplimiento de la obligación en la forma convenida. Sin embargo, se ha sostenido que en estas obligaciones, 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. Se argumenta que si bien los artículos 1553 y 1555 establecen esa opción únicamente para las obligaciones de hacer y

²⁷⁶ GATICA: ob. cit., N° 22, pág. 30.

no hacer, contienen un principio que es general y que, por lo mismo, se debe extender a las obligaciones de dar. Se agrega que, 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 (art. 1537).

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

- a) 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; y
- b) 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.²⁷⁷

David Stitchkin está por esta segunda tesis, por estimar que es la que mejor se ajusta al espíritu de la legislación y a la equidad. No ve por qué el hecho de que el deudor incumpla justificaría modificar el objeto de la prestación. Da algunos argumentos adicionales, como 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; y el artículo 438 N° 1, que ordena que la ejecución recaiga sobre la especie o cuerpo cierto debida, cuando existe en poder del deudor.

Concluye David Stitchkin afirmando que "no cabe duda, entonces, que tratándose de una obligación de dar el acreedor debe exigir previamente el cumplimiento de la obligación, si no opta por la

²⁷⁷ Ob. cit., pág. 65.

resolución del contrato, cuando procede, y sólo en caso de no ser posible el cumplimiento puede exigir la indemnización de perjuicios moratoria".²⁷⁸

En el mismo sentido Sergio Gatica²⁷⁹ y Fernando Fueyo²⁸⁰. Este último expresa "con todo, ha quedado de manifiesto que 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 art. 1489, que va envuelta en todo contrato bilateral; y tratándose de la cláusula penal, cuando el deudor ya está constituido en mora.

274.- Clases de indemnización. La indemnización de perjuicios puede ser:

- a) compensatoria; y
- b) moratoria.

Indemnización de perjuicios compensatoria es la cantidad de dinero a 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"²⁸¹. 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.

²⁷⁸ *Derecho Civil*, 2ª Parte, pág. 33.

²⁷⁹ Ob. cit., N° 24, pág. 31.

²⁸⁰ Ob. cit., N° 235, pág. 252.

²⁸¹ BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE: *Traité Theorique et pratique de Droit Civil. Des obligations*, T. XII, págs. 482 y 483.

Indemnización de perjuicios moratoria es aquella que tiene por objeto reparar al acreedor el perjuicio sufrido por el incumplimiento tardío de la obligación. No es otra cosa que la avaluación en dinero del interés que el acreedor tenía en que la obligación fuera ejecutada en la época en que debía serlo.²⁸²

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

275.- No se puede acumular el cumplimiento y la indemnización de perjuicios compensatoria, pero sí el cumplimiento y la indemnización moratoria. También 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 esta última sólo resarce los perjuicios provenientes del atraso. Esto está permitido expresamente en el artículo 1553, y fluye también de los artículos 1502, 1555 y 1672.

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

Y también se pueden demandar ambas indemnizaciones, compensatoria y moratoria, porque se refieren a perjuicios diferentes.

276.- Requisitos de la indemnización de perjuicios. Los requisitos de la indemnización de perjuicios, son:

- a) incumplimiento del deudor,
- b) perjuicio del acreedor;

²⁸² BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE: ob. cit., págs. 482-483.

- c) relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios;
- d) imputabilidad del deudor (dolo o culpa);
- e) que no concorra una causal de exención de responsabilidad, y
- f) mora del deudor.

Estos requisitos rigen para ambos tipos de indemnización de perjuicios.

277.- Incumplimiento del deudor. 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.

278.- Ámbito de aplicación de estas normas. Conviene aclarar que 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:

- a) 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; y
- b) 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 (arts. 1465 y 44 inc. 1º, parte final).²⁸³

Una opinión contraria encontramos en Orlando 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 Cuarto, vale decir, por las reglas de la responsabilidad extracontractual que sería, entonces, el derecho común.²⁸⁴

279.- 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.

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.²⁸⁵

²⁸³ STITCHKIN: ob. cit., Segunda Parte, N° 523, pág. 35; CLARO SOLAR: T. XI, N° 1067, pág. 521 y siguientes; ARTURO ALESSANDRI: *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, N° 28, pág. 54.

²⁸⁴ De la responsabilidad civil en general y de la delictual entre los contratantes". Memoria, Universidad de Concepción, 1941, N° 309, pág. 349. También en DUCCI CLARO: "Responsabilidad Civil". Memoria de Prueba, 1936, N° 11.

²⁸⁵ Véase FUEVO: *De las Obligaciones*, T. I, pág. 260, N° 249.

280.- 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"; y
- 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:

- a) demandar su pago, litigando inmediatamente sobre su especie y monto (es decir la descripción detallada de los mismos y su monto), o
- b) 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.²⁸⁶

Si se elige el primer camino, la sentencia no puede reservar a las partes el derecho de discutir la especie y monto de los perjuicios en

²⁸⁶ Véase sobre la materia nutrida jurisprudencia que consigna el Repertorio del Código de Procedimiento Civil, a propósito del artículo 173.

la ejecución del fallo o en otro juicio diverso; y si lo hace, la sentencia debe anularse por no contener la decisión del asunto controvertido (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 5º, sec. 1ª, pág. 225).

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 tribunal²⁸⁷. 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.²⁸⁸

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 que 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.²⁸⁹

281.- Clases de perjuicios. Los perjuicios admiten distintas clasificaciones:

- a) daño moral y daño material,
- b) directos e indirectos, pudiendo los primeros ser previstos e imprevistos;
- c) daño emergente y lucro cesante.

²⁸⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 33, sec. 1ª, pág. 161.

²⁸⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 27, sec. 1ª, pág. 265; T. 13, sec. 1ª, pág. 199, T. 13, sec. 1ª, pág. 226; *Gaceta Jurídica* 277, pág. 154.

²⁸⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 31, sec. 1ª, pág. 462, T. 31, sec. 1ª, pág. 144, T. 32 sec. 1ª pág. 538, T. 51, sec. 1ª, pág. 216. En sentido contrario, véase *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 94, sec. 2, pág. 3. *Gaceta Jurídica* 277, pág. 154.

Daño material es el menoscabo que directa o indirectamente experimenta el patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento del contrato.

Daño moral —dice un autor— es aquel que produce una perturbación injusta en el espíritu del acreedor, sin afectar su patrimonio²⁹⁰. Se ha dicho también 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 u otros sean lícitos o esencialmente internos”.²⁹¹

Fueyo constata que entre nosotros está consagrada la terminología “daño moral” que proviene de la doctrina francesa “domages morales”, pero agrega que es preferible hablar de “daños extrapatrimoniales” con el objeto de permitir que las personas jurídicas puedan demandar este tipo de perjuicios, como lo han declarado algunas sentencias extranjeras, entre otras, una española que resolvió que era dable indemnizar el daño no patrimonial causado a las personas jurídicas, pues deben repararse pecuniariamente los ataques al “crédito y prestigio” de una empresa mercantil, lo cual se equipara “al honor de los humanos”.²⁹²

Conviene precisar que hay distintas posiciones sobre lo que se debe entender por daño moral. Tradicionalmente se ha enseñado que consiste y encuentra su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que se causa a una persona en su sensibilidad física o en los sentimientos o afectos. Como observa José Luis Díez Scherter el término dolor se toma en un sentido amplio comprensivo del “miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionada

²⁹⁰ GATICA: ob. cit., N° 71, pág. 95.

²⁹¹ René BANDERAS: “Indemnización de daños morales”. Memoria de Prueba, 1934, citado por Orlando TAPIA: ob. cit., pág. 17.

²⁹² “Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones”, págs. 364 y 369.

por el hecho dañoso”, agregando que entendido así el perjuicio moral no es más que el *pretium doloris*, o “dinero o precio del llanto”.²⁹³⁻²⁹⁴

Según otro criterio, el daño moral importa la lesión a un derecho extrapatrimonial de la víctima. En ese sentido se orienta un fallo de la Corte Pedro Aguirre Cerda de 26 de diciembre de 1983, redactado por Fernando Fueyo que, en su parte medular, lo define como “aquel que se causa con motivo de un hecho ilícito, siempre que afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona, en cuyo caso debe hacerse la reparación preferentemente en forma no pecuniaria, restituyéndose al damnificado al estado anterior a la lesión y, subsidiariamente, por no permitirlo de otro modo las circunstancias, mediante una cantidad de dinero que se fija discrecionalmente por el juez conforme a la equidad”.²⁹⁵

Y todavía, según una tercera posición, para que se produzca daño moral es suficiente la lesión de un interés extrapatrimonial de la víctima, esto es, “que afectan a la persona y los que tiene la persona pero que es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento del cambio”.²⁹⁶

Esta doctrina se puede encontrar en Pablo Rodríguez (Responsabilidad Extracontractual, Edit. Jurídica de Chile, 1999), quien precisa que existen intereses que, aun cuando no conformen derechos subjetivos por representar preferencias, proyectos, expectativas, deseos, etc., de la persona humana y no contradecir el sistema

²⁹³ “El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina”, Edit. Jurídica de Chile, 2002, pág. 75.

²⁹⁴ En este sentido pueden verse, entre otras, las sentencias publicadas en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*: T. 60, sec. 4ª pág. 55; T. 68, sec. 4ª, pág. 168; T. 70, sec. 4ª, pág. 65, *Gaceta Jurídica* 108, pág. 82; *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 81, sec. 4ª, pág. 140; T. 81, sec. 4ª, pág. 128, *Gaceta Jurídica* 228, pág. 71, Consid. 11, etc.

²⁹⁵ *Gaceta Jurídica* 46, pág. 93, Consid. 8º.

²⁹⁶ Diez: ob. cit., pág. 77.

jurídico positivo, pueden provocar un daño cuando son negados o conculcados por un hecho imputable a otro sujeto. El daño moral —afirma— “afecta, por lo mismo, a los derechos extrapatrimoniales, como a los intereses extrapatrimoniales que están integrados a la persona como tal y, por lo tanto, su lesión puede importar un perjuicio reparable”.²⁹⁷

Cabe destacar que no es irrelevante el concepto de daño moral que se siga. En efecto, si está constituido por el dolor de la víctima, no procedería respecto de las personas jurídicas, por ser incapaces de sufrir, como lo resolvió, p. ej. la Corte de Santiago, en sentencia de 16 de junio de 1999²⁹⁸. Siguiendo la misma lógica si la víctima es una criatura pequeña, incapaz todavía de captar el dolor, tampoco tendría derecho a demandar daño moral. Finalmente, si se estima que el daño moral se produce por la sola lesión de un derecho o de un interés extrapatrimonial, la reparación debe hacerse preferentemente en forma no pecuniaria, v. gr. mediante publicaciones de prensa, destinadas a restablecer la honra o buena fama del ofendido.

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

282.- Relación de causalidad (nexo causal) entre el incumplimiento y los perjuicios. Los perjuicios que se indemnizan son los que provienen del incumplimiento. Messineo expresa esta idea señalando que “debe existir un nexo o relación inmediata, de causa a efecto, entre el acto o hecho del hombre (acción u omisión) y el evento o daño, de manera que se pueda inferir de ese nexo que el daño no se habría verificado sin aquel acto, el cual acto, pues, debe ser premisa necesaria para verificación del daño”.²⁹⁹

²⁹⁷ Ob. cit., págs. 305-306.

²⁹⁸ *Gaceta Jurídica* 228, pág. 71, Consid. 11.

²⁹⁹ Francesco MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, 8ª Edic. Italiana, pág. 247, Editorial Ejea, Buenos Aires, 1979.

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 con dolo, 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 (art. 1558).

El requisito nexo causal no sólo se exige en la responsabilidad contractual, sino también la extracontractual. Sólo se indemniza el daño proveniente del hecho ilícito.

282 bis.- Pluralidad de causas, problema de las concausas. Precisar el nexo causal es fácil cuando el daño proviene de una sola causa, pero la realidad demuestra que no siempre las cosas ocurren de esa manera.

Para resolver los problemas que esta situación plantea se han elaborado distintas teorías, siendo las más conocidas la de la "Equivalencia de las Condiciones", la de "la Causa Próxima" y la de la "Causa Eficiente". Para la primera, que es la que ha tenido mayor acogida en las sentencias de nuestros tribunales, "todo efecto es el resultado de la conjugación de todas las condiciones, que deben ser consideradas equivalentes en lo causal y en lo jurídico, de manera que constituyen "condictio sine qua non del resultado final"³⁰⁰. En cambio, según la doctrina de la causa próxima, sólo constituyen "causa" aquellas condiciones necesarias de un resulta-

³⁰⁰ *Gaceta Jurídica* 262, pág. 81.

do que se halla temporalmente más próxima a éste; las otras son simplemente condiciones. Por último, los que sustentan la teoría de la causa eficiente afirman que todas las condiciones no tienen la misma eficacia en la producción del resultado, por lo que no son equivalentes, y debe estarse entonces a la más activa o eficaz.

283.- Imputabilidad del deudor (dolo o culpa del deudor). Para que se genere la obligación de indemnizar perjuicios, el incumplimiento debe ser imputable al deudor, es decir, provenir de su dolo o culpa.

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 esta definición 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 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 producirlo (dolo eventual). Pablo Rodríguez sostiene que se debe comprender tanto el dolo directo como el dolo eventual: "A nuestra manera de ver, por consiguiente, el dolo consiste en la representación del efecto dañoso de nuestro actuar (acción u omisión), unida a la certeza (dolo directo o mediato) o la mera probabilidad admitida (dolo eventual) de que el efecto se produzca y siempre que el daño en el patrimonio o la persona ajena se consume"³⁰¹.

Afirma Pablo Rodríguez que de entender que sólo hay dolo cuando existe una intención maliciosa, hace punto menos que

³⁰¹ "La obligación como deber de conducta típica. La Teoría de la Imprevisión en Chile", Facultad de Derecho Universidad de Chile, año 1992, págs. 45 y siguientes.

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"³⁰². En términos muy parecidos, Fueyo: "no se debe creer, pues, que hay dolo sólo porque existe un propósito deliberado de perjudicar al acreedor (*animus nocendi*), lo cual fuera de ser poco común puede ser hasta enfermizo, sino también, y en la práctica así ocurre, por la negativa consciente al cumplimiento, pensándose más que en el perjuicio a otro, en la ventaja pecuniaria que ello puede reportar"³⁰³.

284.- Campos en que incide el dolo civil. Como es sabido, el dolo, en materia civil, incide en tres campos distintos:

- a) en la fase de formación del consentimiento, como vicio del mismo (artículos 1458 y 1459);
- b) en la fase de cumplimiento de los contratos, cuando el deudor deja de cumplir una obligación contractual con la intención positiva de causar un perjuicio al acreedor; y
- c) finalmente, en la responsabilidad extracontractual, como elemento de esa responsabilidad, alternativo de la culpa (artículos 2314 y siguientes).

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.

³⁰² Ob. cit., pág. 49.

³⁰³ "El cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones", pág. 419.

285.- 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 cuando es vicio del consentimiento, obligación de indemnizar en los otros casos);
- d) las reglas que gobiernan al dolo son la mismas, v. gr. no se presume. En este sentido la doctrina.³⁰⁴

286.- 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, si bien está establecida al tratar del dolo vicio del consentimiento, es de aplicación general. Ello, por otra parte, resulta absolutamente concordante con el principio de que "la buena fe se presume", que si bien está establecido en materia posesoria, hay unanimidad para entenderlo como principio general.

El dolo se puede probar por cualquier medio probatorio, 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: arts. 1301 (albacea que lleva a efecto disposiciones del testador contrarias a las leyes); ocultación de un testamento (art. 968, regla 5ª); el art. 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 artículo 94 N° 6, en la

³⁰⁴ Pablo RODRÍGUEZ: ob. cit., pág. 35.

muerte presunta, "el haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe"; en el art. 280 del Código de Procedimiento Civil, cuando se solicita una medida precautoria en el carácter de prejudicial y no se demanda en el plazo fijado por la ley, etc.

287.- 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. Ello, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1558 del Código Civil. De acuerdo a esta disposición, lo normal es que el deudor responda sólo de los perjuicios directos previstos (o que pudieron preverse) al tiempo del contrato. Mas, si hay dolo, se responderá además de los perjuicios directos imprevistos. Además, 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, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo" (art. 1680).

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 —Orlando Tapia Suárez, obra citada— 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°.

288.- 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 (art. 1465).

289.- 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.

290.- De 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, agregan, 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 adopta esta tesis Claro Solar³⁰⁵. En cambio Alessandri, siguiendo a Capitant, está por la dualidad de culpas.³⁰⁶

291.- 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 diferen-

³⁰⁵ Ob. cit., T. XI, N° 1065, págs. 119 a 521.

³⁰⁶ *Teoría de las Obligaciones*, pág. 73.

tes, es lo cierto que se pueden apreciar en ellas algunas diferencias importantes:

- a) La culpa contractual supone un vínculo jurídico previo entre las partes. La extracontractual 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 dé origen a la indemnización de perjuicios —dice Alessandri— “es menester que el deudor se haya constituido en mora, condición previa para que el acreedor pueda exigir indemnización al deudor que viola su obligación. 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”.³⁰⁷

292.- Gradación de la culpa. Bello, siguiendo a Pothier, estableció en el artículo 44 una clasificación tripartita de la culpa: en grave, leve y levísima, definiendo cada una de ellas.

Dice esta norma: “La ley distingue tres especies de culpa o descuido. 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 ordinaria-

³⁰⁷ Ob. cit., págs. 73-74.

mente 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”). Pablo Rodríguez explica esto diciendo que, como en materia contractual, el deudor tiene una cierta obligación de diligencia o cuidado, para determinar si obró con culpa, se debe comparar su actuar con el que habría tenido el arquetipo respectivo, precisando que “el juez debe ubicar al arquetipo establecido en la ley en la misma situación en que se encuentra el sujeto cuyos actos trata de juzgar”.³⁰⁸

293.- 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 inc. 2º del Código Civil, equipare el dolo a la culpa grave no significa que ésta deba probarse al igual que aquél” (T. 19, sec. 1ª, pág. 415). Somarriva comenta esta doctrina que le merece algunos reparos por tres razones:

- a) porque el art. 44 no hace distinciones, sino que equipara en una forma absoluta ambos conceptos;

³⁰⁸ Ob. cit., págs. 55-56.

- b) porque la norma viene de Pothier, que le daba al principio un alcance amplio; y
- 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" (ob. cit. sent. 55, pág. 42). En el mismo sentido Tomás Chadwick ("De la naturaleza jurídica del dolo", Revista Derecho y Jurisprudencia, T. 36, Primera Parte, páginas 98 y siguientes), y Pablo Rodríguez (ob. cit., págs. 58 y siguientes).

Este último autor estima que "si la culpa grave en materia civil se asimila (la ley dice "equivale al dolo"), ello implica que la culpa grave debe también probarse, al igual que el dolo". Y da sus razones: "si la culpa grave se presumiera (como consecuencia de que deba probarse la diligencia debida por quien está obligado a prestarla) 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".³⁰⁹

Sin embargo, 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.³¹⁰ El primero de estos autores expresa que la equivalencia entre la culpa grave y el dolo no pueden llegar a significar que sean una misma cosa, pues si así fuere el artículo 44 no habría dado dos definiciones. Y agrega que "el artículo 1547 no hace referencia al dolo, sino únicamente a la culpa

³⁰⁹ Ob. cit., págs. 55-56.

³¹⁰ CLARO SOLAR: T. II, N° 1070, pág. 525; ALESSANDRI: ob. cit., pág. 74; FUEYO: *Derecho Civil*, T. 1, N° 298, pág. 296.

y no habría razón para suponer que no se haya referido a la culpa lata al exigir al deudor la prueba del cuidado que según la naturaleza del contrato se le exige".

¿Cuál es, entonces, según la doctrina mayoritaria, el alcance de la asimilación? Simplemente que 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. Además, no podría renunciarse anticipadamente la culpa grave (1465); y si hay culpa grave de varios deudores, su responsabilidad sería solidaria (2317 inc. 2°).³¹¹

294.- De qué culpa responde el deudor. 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 en que 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". 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. Señala esta disposición: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en aquellos contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en

³¹¹ Sobre esta materia recomendamos consultar: BANFI DEL RÍO, Cristián: "La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual de Chile", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 217, N° 21.

los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio” (inciso 1º).

Así, por ejemplo, en el contrato de depósito, que sólo beneficia al depositante, el depositario responde únicamente de culpa grave (art. 2222). En cambio, en el comodato, el comodatario, que es el único beneficiado, responde hasta de culpa levísima (artículo 2178). 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 (“Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”, art. 44 inciso 1º, parte final).

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, como ocurre con el comodatario.

Lo normal es que se responda hasta de la culpa leve. Así ocurre con el que administra bienes ajenos, ej. 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). También responde de esta culpa el que tiene una cosa sujeta a plazo o a condición (artículos 758 inciso 2º, propietario fiduciario; 787, usufructuario; 818 usuario y habitador).

295.- 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:

- a) Pueden convenir que el deudor responda de un grado mayor o menor de culpa que el que le corresponde en conformidad al artículo 1558;
- b) Puede establecerse que el deudor responda del caso fortuito;
- c) Pueden acordar que el deudor responda en todo caso de los perjuicios imprevistos;
- d) 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;
- e) 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;
- f) Pueden las partes alterar las reglas del onus probandi. Este punto es discutible y, de hecho en una oportunidad la Corte Suprema estimó nulo por objeto ilícito, un pacto que tenía este propósito.³¹²

Abeliuk defiende su validez fundado en que el inciso final del artículo 1547 permite a las partes modificar lo dicho en los incisos anteriores y, justamente, en el inciso inmediatamente anterior, se consigna la regla de que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la prueba del caso fortuito al que lo alega. Somarriva también está por la validez de estas cláusulas destinadas a invertir el onus probandi.³¹³

³¹² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 8, sec. 1º, pág. 62.

³¹³ Ver ob. cit., sent. 206, pág. 160.

296.- Límites de estas cláusulas modificatorias de responsabilidad. No pueden las partes:

- a) Renunciar al dolo futuro (art. 1465) o a la culpa grave, porque ésta equivale al dolo (art. 44). Así ha sido fallado.³¹⁴
- b) Contravenir el orden público o la ley, porque habría objeto ilícito. Así ocurriría, por ejemplo, si las partes ampliaran los plazos de prescripción.

297.- La culpa contractual se presume. En la responsabilidad contractual la culpa 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.

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.

298.- 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.

³¹⁴ T. 87, sec. 2ª, pág. 23.

Algunas disposiciones establecen igual regla para casos especiales, como ocurre con 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 (art. 1590 inciso final; art. 1677).

299.- 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.

300.- 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 doctrina³¹⁵. Así lo ha dicho también la jurisprudencia³¹⁶. Hay autores que hacen la distinción, pero no existen criterios claros, generalmente aceptados, de diferenciación³¹⁷. 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.

301.- Elementos del caso fortuito. Los elementos del caso fortuito son:

- a) hecho inimputable;
- b) imprevisto;
- c) irresistible.

302.- Inimputable. Quiere decir que debe ser ajeno al deudor; no debe provenir de su hecho o culpa o del hecho o culpa de las

³¹⁵ GIORGI, DEMOLOMBE, Baudry LACANTINERIE et BARDE, DEMOGUE, DALLOZ, AUBRY y RAU y, entre nuestros autores, LUIS CLARO SOLAR, ARTURO ALESSANDRI y Manuel SOMARRIVA.

³¹⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 28, sec. 1º, pág. 329; T. 55, sec. 2º, pág. 17; T. 69, sec. 1º, pág. 117.

³¹⁷ Sobre esta materia puede verse: *El caso fortuito ante el Derecho Civil*, de Alberto COUSTASSE el C. y Fernando ITURRA A., Edit. Jurídica, 1958, N° 21, págs. 67 y siguientes.

personas por quien él responde. Así resulta de varias disposiciones: arts. 934, 1547 inc. 2º, 1590, 1672 inciso 1º, 1679, 1925 inc. 1º, 1926 inc. 1º, 2015 inc. 3º, 2016 inc. 2º, 2178 N° 2, 2242, etc.

Sobre esta materia, en Francia se ha fallado que un comerciante que vende mercaderías a plazo, que él no tiene, debe daños e intereses si una fuerza mayor le impide hacerlas venir lo suficientemente rápido como para entregarlas dentro de plazo³¹⁸. No hay caso fortuito por faltar la inimputabilidad: es culpable la conducta del deudor de ofrecer mercaderías que no tenía.

303.- 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. Lorenzo de la Maza define los acontecimientos imprevistos como aquellos poco frecuentes, que por excepción suelen sobrevenir, y que no han sido tomados en cuenta por las partes al momento de contratar³¹⁹. La Corte Suprema ha dicho que "el caso fortuito es imprevisto cuando no hay ninguna razón esencial para creer en su realización".

304.- Irresistible. Significa que impide al deudor, bajo todo respecto o circunstancia, poder cumplir. Si puede hacerlo en forma más difícil o más onerosa, no estamos frente a un caso fortuito. También este elemento está comprendido en la definición del artículo 45. 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

³¹⁸ DALLOZ: *Les Codes Annotés*, T. X N° 23, pág. 1037, citado por COUSTASSE e ITURRA: ob. cit., pág. 87.

³¹⁹ LORENZO DE LA MAZA. "La Teoría de la Imprevisión", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30, I Parte, págs. 73 y siguientes.

habría podido preverlo ni evitarlo³²⁰. Y en un antiguo fallo publicado en la Gaceta de 1910, T. 2, sent. 1066, se estableció que “el hecho de no conseguir carros de ferrocarril para entregar cierta cantidad de harina en tiempo oportuno, no constituía una imposibilidad absoluta³²¹. También se ha fallado que “la sequía no constituye en sí misma un caso fortuito, ya que ella es insuficiente para eximirse de responsabilidad si se considera que en períodos de escasez de recursos hídricos, como sucede frecuentemente en nuestro país, es posible la generación a niveles normales de energía hidroeléctrica y aun sustituir el faltante mediante la generación termoeléctrica...”.³²²

305.- Efectos del caso fortuito. El efecto propio del caso fortuito es liberar de responsabilidad al deudor. Así lo dice el artículo 1547, inc. 2º: “el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que...”, y lo reitera el art. 1588 inc. 2º: “La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”.

306.- Excepciones en el que el caso fortuito no libera de responsabilidad al deudor. Hay varios casos:

- a) cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor. Así lo señala el artículo 1547 inc. 2º, y aplican este principio los artículos 1590 inciso 1º y 1672 inciso 2º. En verdad, si el hecho proviene por culpa del deudor, resulta impropio hablar de caso fortuito, pues el hecho le sería inimputable.

³²⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 46, sec. 1ª, pág. 533; T. 60, sec. 1ª, pág. 59.

³²¹ Cit. por DE LA MAZA: ob. cit., pág. 82.

³²² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 89, Nº 3, sec. 5ª, pág. 254.

- b) cuando sobreviene durante la mora del deudor. Así lo dice el artículo 1547 inc. 2º, y lo reiteran los artículos 1672 y 1590 inciso 1º.

Esa excepción no rige si el caso fortuito igualmente hubiere sobrevenido si el acreedor hubiere tenido en su poder la cosa debida: artículos 1547 inc. 2º, 1590 inc. 1º y 1672 inciso 2º.

- c) 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.

- d) cuando la ley pone el caso fortuito de cargo del deudor (art. 1547 inciso final). Así ocurre, por ejemplo, respecto del que ha hurtado o robado una cosa (artículo 1676). Otro caso es el contemplado para el colono (arrendatario de predio rústico) en el artículo 1893 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”.

307.- 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:

- “a) efectividad del suceso al cual se le atribuye esa calidad;
- b) relación de causa a efecto entre el suceso y los resultados: nexo de causalidad;
- c) concurrencia de los requisitos que caracterizan al suceso como caso fortuito,

ch) la diligencia o cuidado que ha debido emplear el deudor, especialmente el de especie o cuerpo cierto".³²³

Un antiguo fallo ha señalado que "para eximirse de responsabilidad por caso fortuito no basta probar de un modo vago y general que se empleó toda diligencia y cuidado en la conducción; es necesario justificar el caso de exención de responsabilidad de una manera precisa y con relación al hecho en que se funda, de suerte que no quede duda acerca del caso fortuito alegado".³²⁴

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".

308.- 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, en los contratos bilaterales, soportar la pérdida de la especie o cuerpo cierto debido, si el deudor no puede cumplir con su obligación de entregar esta cosa, por haberse destruido por un caso fortuito o fuerza mayor, entendiéndose que el riesgo lo soporta el deudor si, en este supuesto, no puede exigir a la contraparte que cumpla su propia obligación; y, por el contrario, lo soporta el acreedor, si éste, aunque no va a lograr la entrega de la cosa, debe, de todas formas, cumplir su propia obligación. Ej. Si en un contrato de compraventa el vendedor no puede cumplir con su obligación de entregar la especie vendida,

³²³ Ob. cit., T. I, N° 264, pág. 274.

³²⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 3, sec. 1°, pág. 36.

porque ésta, después de celebrado el contrato, se destruyó fortuitamente, el comprador debe cumplir con la suya y, a pesar de todo, pagar su precio.

309.- Requisitos para que opere la teoría de los riesgos. Para que entre a operar la teoría de los riesgos deben cumplirse los siguientes requisitos:

- 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.

310.- Principio contenido en el código en materia de riesgos. La regla en esta materia está establecida en el artículo 1550 del Código Civil: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a 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, bastando el solo contrato para transferir la propiedad, la regla era justa pues el deudor, celebrado el contrato, ya había transferido la cosa al acreedor, debiendo por ello este acreedor soportar su pérdida.

311.- Ámbito de aplicación de la norma. El artículo 1550 no es entonces equitativo. 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 mandato 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...".

312.- Casos de excepción en que el riesgo de la especie o cuerpo cierto debido es del deudor:

- a) cuando el deudor se constituye en mora de entregar la especie o cuerpo cierto debido. Así lo dice el mismo artículo 1550;
- b) cuando el deudor se ha comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas (art. 1550, parte final);

- c) cuando las partes convienen que el riesgo sea del deudor, cláusula lícita, en virtud de lo establecido en los artículos 1547 inciso final y 1558 inciso final;
- d) cuando la ley lo establece. Así ocurre:

- 1.- En el artículo 1950 N° 1, que establece que el contrato se extingue por la destrucción total de la cosa arrendada. Extinguiéndose el contrato se extinguen las obligaciones de ambas partes;
- 2.- En el caso de la obligación condicional (artículo 1486);
- 3.- En las compraventas condicionales (artículo 1820), y
- 4.- En el contrato para la confección de una obra material cuando los materiales los pone el artífice: "el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra, sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no" (inciso 2º). Esto es lógico porque se trata de una venta condicional, que sólo se perfecciona con la aprobación del que encargó la obra y, por lo mismo, por ser una venta sujeta a una condición suspensiva, se llegaría a la misma conclusión aplicando la regla del artículo 1486 o, más específicamente, la establecida en el artículo 1820 (art. 1996).

313.- Pérdida parcial. ¿Qué pasa cuando la pérdida de la cosa es 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 (art. 1550).

314-b).- Ausencia de culpa. La segunda causal de exoneración de responsabilidad del deudor sería —empleamos el condicional, pues no todos la aceptan— la ausencia de culpa.

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 doctrina no es uniforme. 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 fortuito³²⁵. Antes había estimado lo contrario.³²⁶

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".³²⁷
- 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 inculpa-blemente 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 responsabilidad³²⁸. En sentido con-

³²⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 46 sec. 1ª, pág. 533.

³²⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 3, sec. 1ª, pág. 36.

³²⁷⁻³²⁸ Ob. cit., T. II, N° 849, págs. 694-695.

trario, Claro Solar: "la imputabilidad cesa cuando la inejecución de la obligación o la demora en su ejecución es el resultado de una causa extraña al deudor, o sea de fuerza mayor o caso fortuito".³²⁹

315.- 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. Veamos uno de 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. Chironi, por ejemplo (citado por Fueyo), cree que para quedar exento de responsabilidad tiene que configurarse una fuerza mayor. En la doctrina nacional, Abeliuk está en esa posición³³⁰. Estima que si no se configura un caso fortuito debe cumplir. 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 (art. 2178 N° 3). Hace responsable al comodatario, lo que se explica porque responde hasta de la culpa levísima.

316.- 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 obliga-

³²⁹ Ob. cit., T. II, N° 1224, pág. 730.

³³⁰ T. I, N° 850, págs. 696-697.

ciones 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.

317.- 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.

Lorenzo de la Maza define la Teoría de la Imprevisión diciendo que es la doctrina jurídica (conjunto de principios de derecho debidamente fundados) 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 aquél llegue a formarse la convicción de que siendo previsibles estas perturbaciones, las partes no se habrían obligado en las condiciones fijadas.³³¹

³³¹ "La Teoría de la Imprevisión", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30, I parte, pág. 93.

318.- 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 sucesivas 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"³³³
- 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.

319.- Posiciones doctrinarias. Frente a estos graves desequilibrios en las prestaciones de cada parte, hay en doctrina dos posiciones. 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. Para una segunda, que tuvo su origen en el Derecho Canónico, y que cobró mucha fuerza después de la Primera Guerra Mundial

³³² DE LA MAZA, art. cit., pág. 122.

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 esa 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"³³³. 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"³³⁴.

Aceptan la Teoría de la Imprevisión autores tan importantes como Ripert, Bonnecase, René Demogue. Las razones de cada uno son muy diferentes. Así, Ripert se funda en razones morales; Demogue, en la función económica y social del contrato; Bonnecase, en la idea de justicia, etc.

Otros, en cambio, la rechazan enérgicamente (Baudry-Lacantinerie et Barde, Henri Capitant).

320.- Teoría de la Imprevisión en Chile. Se estima que en nuestro país no tiene cabida la Teoría de la Imprevisión. El artículo 1545 obsta a ella. Un fallo publicado en la Gaceta del año 1925, 1º semestre, página 23, estableció que "los tribunales carecen de

³³³ ZAKI, cit. por DE LA MAZA: ob. cit., pág. 108.

³³⁴ DE LA MAZA: art. cit. pág. 111.

facultades para derogar o dejar sin cumplimiento la ley del contrato, ya sea por razón de equidad, o bien de costumbres o reglamentos administrativos".

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, en el artículo 2003, regla 2ª, 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 rehusa, 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".

Otros ejemplos de disposiciones que acogerían la Teoría de la Imprevisión serían: el artículo 1469 que admite la caducidad del plazo por causas sobrevinientes; 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; 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; en 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.

En otros casos, se rechaza expresamente. Así ocurre en el mismo artículo 2003, regla 1ª: "el empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales...". Y lo mismo pasa 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. La generalidad de la doctrina la rechaza fundada en el efecto obligatorio de los contratos (artículo 1545).

321.- Argumentos en favor de la Teoría de la Imprevisión. Como dice De la Maza, 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 interpretaciones poco aceptables³³⁵. Veamos algunas:

- 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 sustancialmente las condiciones existentes en ese momento. Por ello, si por causas que no se pudieron prever se produce durante la vida del contrato un cambio significativo de esas condiciones, debe procederse a la revisión del contrato;
- b) El artículo 1546 obliga a las partes a cumplir el contrato de buena fe. 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—se agrega—al contratar contrae un determinado deber de cuidado. Si cambian las condiciones, pasaría a

³³⁵ Ob. cit., pág. 148.

asumir un riesgo que va más allá del que el deudor aceptó al momento de contratar; y

- d) Por regla general, el deudor responde únicamente de los perjuicios previstos (artículo 1558 inc. 1°). 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.

322.- 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 moratoria³³⁶. 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 contravención³³⁷. Por nuestra parte, creemos que

³³⁶ CLARO SOLAR: T. II, N° 122, pág. 731; ALESSANDRI: ob. cit., pág. 79; FUEYO: ob. cit., T. 1, N° 305, pág. 300; ABELIUK: ob. cit., T. 2, N° 868, pág. 711.

³³⁷ STITCHKIN: ob. cit., Segunda Parte, N° 583, pág. 82; ABELIUK: ob. cit., T. 2, N° 868, pág. 711.

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

323.- 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"³³⁸. En términos semejantes Stitckin: "retardo culpable en el cumplimiento de la obligación más allá de la interpelación del acreedor"³³⁹.

324.- Requisitos de la mora.

- 1.- Que el deudor retarde el cumplimiento de la obligación;
- 2.- Que el retardo le sea imputable (con dolo o culpa);
- 3.- Interpelación del acreedor; y
- 4.- Que el acreedor haya cumplido su obligación o se allane a cumplirla.

325.-. 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:

- a) La obligación es exigible cuando no se halla sujeta a modalidades suspensivas;
- b) 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

³³⁸ Ob. cit., T. II, N° 868, pág. 711.

³³⁹ Ob. cit., Segunda Parte, N° 584, pág. 83.

interpelación). Nuestro código en algunos casos habla de "la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito". (Véase el artículo 1558, inciso 2°), 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;

- c) La mora supone el retardo imputable del deudor más allá de la interpelación hecha por el acreedor (arts. 1551 y 1558 inc. 1°).

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

326.- 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 en el inciso 1°: "si no se puede imputar dolo al deudor...", para agregar en el inciso siguiente: "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.

327.- 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, que a la letra señala "El deudor está en mora, 1° 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; 2° 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; 3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

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

La doctrina llama a la interpelación del N° 1 contractual expresa; a la del N° 2, contractual tácita; y a la del N° 3, judicial. Veamos cada una de ellas, en el mismo orden del artículo 1551.

328.- Interpelación contractual expresa (art. 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 arriendo: artículo 1949 “para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio...”; en el artículo 1977, cuando el arrendatario se encuentra en mora de pagar la renta, es necesario dos reconven- ciones, entre las cuales deben mediar a lo menos 4 días.

Se ha entendido que si la deuda es a plazo, se necesitará requerimiento judicial si así lo hubieren convenido las partes.³⁴⁰ 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 para constituir en mora al deudor requerirlo judicialmente.

³⁴⁰ ABELIUK: ob. cit., T. II, N° 873, pág. 717.

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.

329.- Interpelación contractual tácita (art. 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. Ej. el traje de novia tiene que estar terminado y entregado antes del día de la boda; los disfraces antes de la fiestas de carnaval; la máquina trilladora, antes de la trilla; la construcción del stand para una feria, antes de que ésta se abra, etc.

330.- Interpelación judicial (o extracontractual) (art. 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.³⁴¹ La Corte Suprema ha dicho que no es

³⁴¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 28, sec. 1ª, pág. 717.

reconvencción suficiente la gestión de preparación de la vía ejecutiva³⁴². 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 jurisprudencia³⁴³. Hay fallos, sin embargo, que dicen que la constitución en mora se produce desde la contestación de la demanda³⁴⁴. Sobre la materia puede verse el Repertorio del Código Civil, artículo 1551, T. V, págs. 269-270.

Se ha fallado que para que el deudor quede constituido en mora, el requerimiento debe hacerse ante juez competente³⁴⁵, decisión discutible, pues aunque el tribunal sea incompetente, queda clara la intención del acreedor de hacer efectiva la obligación.³⁴⁶

331.- Si el contrato es bilateral, que el acreedor 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".

332.- Efectos de la mora. Los efectos que produce la mora son los siguientes:

³⁴² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 9, sec. 1ª, pág. 79.

³⁴³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 30, sec. 1ª, pág. 561; T. 36, sec. 1ª, pág. 402, etc.

³⁴⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 23, sec. 1ª, pág. 522; T. 23, sec. 1ª, pág. 354; T. 21, sec. 1ª, pág. 490.

³⁴⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 9, sec. 1ª, pág. 358.

³⁴⁶ ABELIUK: ob. cit., T. II, N° 872, págs. 714-715.

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

- 1.- 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 del Código Civil.

Aclarado que sin constituir al deudor mora, no hay indemnización de perjuicios, cabe resolver otro problema. Reconvenido el deudor ¿desde cuándo se debe 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 Abeliuk³⁴⁷, en cambio, distingue entre los perjuicios compensatorios y los moratorios. Los primeros se producen por el solo incumplimiento, como lo prueba el art. 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

³⁴⁷ *Derecho Civil*, T. IV, *De las Obligaciones*, Vol. I, N° 311, pág. 303.

de dinero, en cuanto dicha norma expresa que si la deuda no devengaba intereses "empiezan a deberse los legales".³⁴⁸

- 2.- 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 inc. 2°; 1672 inc. 2°, 1590). Este último hecho debería probarlo el deudor (1674 inciso 2° "si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo").
- 3.- 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°.

333.- 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: arts. 1548, 1552 (según Fueyo), 1599 (que habla de la repugnancia del acreedor a recibir la cosa), 1680, 1827.

334.- ¿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 art. 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

³⁴⁸ ABELIUK: ob. cit., N° 877, págs. 718-719.

demonstraría el artículo 1680, que no hace ninguna exigencia especial bastando que la especie o cuerpo cierto sea ofrecida al acreedor.³⁴⁹

335.- Efectos de la mora del acreedor: Los efectos que se producen con la mora del acreedor son los siguientes:

- 1.- 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;
- 2.- 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 que tiene un 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...";
- 3.- Si el deudor tuvo que pagar por consignación, debe pagar las expensas de la oferta o consignación válidas (art. 1604).

PÁRRAFO III

DE LA AVALUACIÓN DE PERJUICIOS

336.- De la evaluación de los perjuicios. Hay tres formas de evaluar los perjuicios:

- a) la evaluación judicial;
- b) la evaluación legal; y
- c) la evaluación convencional (Cláusula Penal).

³⁴⁹ CLARO SOLAR: ob. cit., N° 1242, pág. 750.

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.

337.- Evaluación judicial. 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) determinar los perjuicios que deben indemnizarse; y
- c) fijar el monto de los perjuicios.

La primera cuestión ya ha sido estudiada por nosotros. Pasemos a ver las otras dos.

338.- 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.- perjuicios directos e indirectos (sólo se indemnizan los directos);
- 4.- daños materiales y morales;
- 5.- daño emergente y lucro cesante, y
- 6.- perjuicios previstos e imprevistos (sólo se indemnizan los previstos, salvo que exista dolo o culpa grave).

339.- Daño moral (extrapatrimonial). Durante muchos años se consideró 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 que el artículo 2329 contempla para la responsabilidad extracontractual.

ii Esta solución resulta manifiestamente injusta pues no se ve por qué razón, por ejemplo, si una persona que va dentro de un bus que choca por culpa o dolo del conductor 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).

iii Desde hace varios años, la doctrina venía señalando que hay en este trato discriminatorio una grave inconsecuencia. Así, en la Memoria de don Orlando Tapia del año 1941, ya el autor sustenta la idea de que también en materia contractual el daño moral debía ser indemnizado. La tendencia actual de la doctrina es aceptar la indemnización del daño moral en la responsabilidad contractual³⁵⁰. Por la tesis contraria.³⁵¹

La jurisprudencia durante muchos años rechazó la indemnización del daño moral, por el incumplimiento de obligaciones con-

³⁵⁰ Puede verse: FERNANDO FUEYO: "El Daño Extrapatrimonial y su indemnización especialmente en materia contractual". Separata de la *Revista de Derecho Privado*, Año 1 N° 1, enero-marzo 1966, y en su libro *Instituciones de Derecho Moderno*, Edit. Jurídica de Chile, 1990, pág. 71; LESLIE TOMASELLO HART: *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Edit. Jurídica de Chile, 1969, págs. 165-166; CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO: *El daño moral*, Edit. Jurídica de Chile, T. I, pág. 350.

³⁵¹ LORENZO DE LA MAZA, quien estima que el contrato no es un instrumento de satisfacción de orden moral o espiritual, sino de creación, circulación y distribución de bienes y servicios. "La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica", *Rev. Chilena de Derecho*, Vol. 15, N° 1, págs. 29 y siguientes; y a JOSÉ PABLO VERGARA BEZANILLA: "La mercantilización del daño moral", *Revista de Derecho* del Consejo de Defensa del Estado, año 1, N° 1 (julio de 2000), pág. 70.

tractuales. El primer fallo en que ello se aceptó es del año 1951. Se trataba del caso de un pasajero que sufrió un accidente que le significó la amputación de parte de una pierna. La sentencia señaló que "no es contradictorio, que siendo indemnizable el daño material ocasionado por el accidente señalado, también lo es el daño moral, dentro del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, producto de culpa del deudor, ya que la ley positiva no hace ninguna distinción, toda vez que ambos daños arrancan de una misma causa, aunque con efectos diferentes...". Sin embargo, la sentencia incurre en una confusión cuando a renglón seguido señala que "el moral, se traduce en la depresión, el complejo y la angustia permanente, que también repercute en la capacidad laboral y, por ende, en la capacidad económica del sujeto afectado". Como se puede observar hizo indemnizable el daño moral sólo porque podía producir consecuencias patrimoniales, con lo que desvirtúa.³⁵²

Pero, en general, la jurisprudencia sostenía que no procedía indemnizar el daño moral en la responsabilidad contractual. Sólo recién en la década del 80 empieza a cambiar, y ya nos encontramos con varios fallos que lo aceptan.³⁵³

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

- 1.- En primer lugar, la ya explicada, que faltaba una norma como la del 2329 aplicable a la responsabilidad extracontractual;

³⁵² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 48, sec. 1ª, pág. 252. En una nota puesta al pie de la sentencia, se dice que es el primer fallo que acepta el daño moral en materia contractual.

³⁵³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 91, sec. 1ª, pág. 100; T. 98, sec. 1ª, pág. 234; *Gaceta Jurídica* 257, pág. 39; *Fallos del Mes* 431, sent. 1, pág. 657. Véase un comentario de esta última sentencia de la Excm. Corte Suprema de 20 de octubre de 1994, en *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción N° 196, pág. 155, que hace el profesor Ramón DOMÍNGUEZ A.

- 2.- En seguida, que el artículo 1556 establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, conceptos éstos de claro contenido patrimonial y no menciona el daño moral; y
- 3.- 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 art. 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 tenemos que señalar que el artículo 1556 no es un buen argumento para acoger el daño moral, pues esa disposición se tomó del Código de Napoleón y en especial de Pothier (*Obligations*, I Cap. 2, art. 3) que sólo autorizaban la indemnización por daños patrimoniales. La reparación del daño moral no fue siquiera planteada por Pothier, quien, por lo demás, entendía "por daños y perjuicios la pérdida que uno ha sufrido y las ganancias que ha dejado de hacer"³⁵⁴. Sin embargo, en Francia con una disposición semejante a nuestro artículo 1556 (art. 1149), se viene aceptando desde hace mucho tiempo la indemnización del daño moral en materia contractual, entendiéndose agotado el debate.

En Chile, hoy día, frente al texto constitucional—art. 19 números 1 inc. 1° y 4— que asegura a todas las personas tanto el derecho a la integridad física y psíquica (N° 1) como el respeto a la intimidad y

³⁵⁴ Véase sobre este punto, extenso y documentado comentario a la sentencia citada, hecho por Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA. *Revista de Derecho* Universidad de Concepción, N° 196, pág. 155 a fs. 160.

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.

Estamos porque se indemnice el daño moral, pero también creemos que se debe exigir una prueba clara y concluyente de su existencia. Y pensamos que para su regulación el tribunal debe tener facultades amplias, semejantes a las que la jurisprudencia ha reconocido para la responsabilidad extracontractual³⁵⁵. Pero debe quedar claro también que el incumplimiento de cualquier contrato no puede ser fuente de daño moral. Así, por ejemplo, si la obligación incumplida es la no entrega de 100 sacos de porotos, no parece razonable pensar que ello pueda producir un daño moral al acreedor. En cambio, si una persona lleva a achicar el anillo de compromiso de sus padres, y el joyero lo pierde, sí que se ve como factible la indemnización. Lo mismo si se lleva a enmarcar la fotografía única de un antepasado lejano, y el establecimiento la extravía, etc. En el caso acogido por la jurisprudencia –Fallos del Mes N° 431, sentencia 1– se trataba de un Banco que en forma descuidada entregó a un tercero talonarios de la cuenta corriente de un cuentacorrentista. El tercero aprovechando estos talonarios giró cheques que fueron protestados, lo que ocasionó un daño moral al cuentacorrentista al lesionarse su crédito, su honor, su prestigio y buen nombre.

Estamos de acuerdo con los dichos de un autor en orden a que “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

³⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 3 de mayo de 2001, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 98, sec. 5°, pág. 87.

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”³⁵⁶. En el mismo sentido ha sido entendido por algunos fallos norteamericanos, según explica Domínguez Águila “de allí ha derivado el principio de que si bien los daños no económicos no son reparables necesariamente en materia contractual, ello es posible cuando se trata de contratos que, por su naturaleza, son aptos para causar daños emocionales u otros no patrimoniales, en caso de incumplimiento y que por lo mismo se acostumbra a calificar de “personal contracts” como opuestos a los contratos calificados de “commercial” que, por no envolver en la previsibilidad de las partes intereses afectivos, de comodidad u otros, no originan daños morales. Así –agrega– dan lugar a dicha reparación la infracción de contratos de seguro de vida, los relativos a acontecimientos importantes de la vida personal, como el matrimonio, el nacimiento o los funerales, las vacaciones, el alojamiento y otros de parecido contenido”³⁵⁷.

En otros países, como Argentina, por ejemplo, hay un texto expreso que establece la indemnización del daño moral, es el art. 522 del Código Civil: “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del daño moral que hubiere causado, de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias”. Un autor español Gregorio Ortiz Ricol, que recoge la opinión dominante del pensar de ese país al afirmar que “cuando el daño moral existe objetivamente, su sanción debe seguirle como consecuencia necesaria, cualquiera que sea su procedencia y naturaleza”³⁵⁸. En el

³⁵⁶ Citado por FUEYO: ob. cit., pág. 73.

³⁵⁷ Ramón DOMÍNGUEZ A.: Comentario cit. *Revista de Derecho* Universidad de Concepción N° 196, págs. 159-160.

³⁵⁸ Cit. por FUEYO: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Edit. Jurídica, 1990, pág. 71.

mismo sentido Jaime Santos Briz, quien, acogiendo la opinión de Castán (ob. cit., págs. 235-236) afirma que “admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales” y más adelante agrega que “de todos modos parece indudable que la reparación de los daños morales que no se traducen en quebranto material inmediato ha de ser sometida a un régimen jurídico distinto al de aquel que gobierna los daños propiamente patrimoniales: los requisitos que afectan al nexo causal y a la prueba de los daños morales han de ser tratados con menos severidad que cuando se trata de daños materiales, y a de ser concedido a los Tribunales un amplio arbitrio para su apreciación”.³⁵⁹

340.- 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”.

La ley no define estos conceptos. Se estima que el daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio del deudor; y el lucro cesante la utilidad que deja de percibir el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación³⁶⁰. Ej: se contrata a Pavaroti para que venga a dar un concierto; se gasta en propaganda, viajes, etc., pero en definitiva el artista no viene. El daño emergente está representado por lo que se gastó en propaganda, viajes, etc. El lucro cesante está determina-

³⁵⁹ Jaime SANTOS BRIZ: *Derecho de Daños*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 124.

³⁶⁰ CLARO SOLAR: ob. cit., N° 1242, pág. 750.

do por la utilidad que el empresario pudo haber logrado con ese concierto. Se ha fallado que “resuelto por incumplimiento de una parte un contrato bilateral con plazo fijo, el lucro cesante que debe indemnizarse a la otra es sólo la legítima ganancia que pudo obtener si el contrato se hubiese cumplido íntegramente, esto es, la prestación que se le debería pagar menos los gastos y costos que debía soportar para cumplir su obligación”.³⁶¹

Dice el art. 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 inc. final, 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, la prueba que se rinda se debe apreciar con mayor liberalidad. Así lo entiende Sergio Gatica “el lucro cesante, a diferencia del daño emergente, es difícil de establecer, por su carácter esencialmente eventual, que lo transforma en un principio jurídico lleno de vaguedades e incertidumbres”. Y agrega que por la misma razón el legislador ha prescindido de dictar normas al respecto, dejando entregada a la prudencia del tribunal la sana aplicación de los hechos de la causa³⁶². Así ha sido reconocido también por la Corte de Concepción, en el juicio “Cadi con Municipalidad de Concepción” en esta sentencia de 19 de diciembre de 1994, en que se establece que “en todo caso, para dar lugar al pago a la indemnización por lucro cesante, debe el tribunal adquirir la convicción de que había una probabilidad cierta del negocio en que se obtendría la ganancia así como de las utilidades que de él provendrían” (Considerando 27).

³⁶¹ *Fallos del Mes* N° 450, sent. 16, pág. 950.

³⁶² Sergio GATICA: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Editorial Jurídica de Chile, 1959, pág. 108.

341.- Perjuicios previstos e imprevistos. Perjuicios previstos son los que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato (art. 1558 inc. 1º). Los que no cumplen con que estos requisitos son imprevistos. Se indemnizan sólo los previstos, salvo en los casos de dolo o culpa grave (artículo 1558).

En relación con esta materia, la Corte de Apelaciones de Concepción ha precisado que cuando el artículo 1558 define como "tiempo del contrato..." esta última expresión, no significa "fecha del contrato", pues en el caso del arrendamiento (y lo mismo cabe para cualquier contrato de tracto sucesivo) tiempo del contrato "es el período durante el cual se desarrolla el contrato, desde su nacimiento hasta el momento en que se haya producido la restitución del inmueble arrendado".³⁶³

342.- Las partes pueden alterar las reglas sobre los perjuicios a indemnizar. Así lo consigna el inciso final del art. 1558: "Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".

343.- Avaluación legal de perjuicios. La avaluación legal de los perjuicios está establecida en el art. 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 de 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.

³⁶³ Sentencia de 19 de diciembre de 1994, dictada en la causa "Cadi con Municipalidad de Concepción", considerando N° 16. Sentencia no publicada.

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 ello es necesario, por aplicación de las reglas generales. En el mismo sentido Abeliuk.³⁶⁴

344.- Características de la liquidación legal.

- 1.- 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.
- 2.- Cuando sólo se cobran intereses, los perjuicios se presumen, situación absolutamente excepcional, ya que la regla es que deben probarse.
- 3.- 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.
- 4.- El acreedor, aparte de los intereses, puede cobrar otros perjuicios, pero para ello deberá probarlos, de acuerdo a las reglas generales.

345.- Reglas del art. 1559.

Regla primera del artículo 1559. "Se siguen debiendo los intereses convencionales si se ha pagado un interés superior al legal,

³⁶⁴ Ob. cit., N° 899, pág. 728.

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: a) que las partes hayan pactado intereses convencionales y que éstos sean superiores al interés legal; b) que las partes no hayan pactado intereses o que pactándolos hayan sido inferiores al legal; y c) si se está frente a una disposición que autorice el cobro de intereses corrientes en ciertos casos.

En la primera situación, se siguen debiendo los intereses convencionales; en la segunda, se empiezan a generar los intereses legales. Y, finalmente, 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 y convencional, materia tratada en los párrafos 58 y siguientes de este trabajo.

346.- Regla segunda del artículo 1559. Ya la hemos explicado. Sólo nos resta agregar que se pueden cobrar otros perjuicios, siempre que se acrediten.

347.- Regla tercera del artículo 1559. Los intereses atrasados no producen interés. Lo que la norma está señalando es que no acepta el anatocismo, que así se llama la capitalización de intereses. Sobre esta materia véase Párrafo 66 de esta obra.

348.- Regla cuarta del artículo 1559. 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 la partes no han convenido otra cosa, las rentas de arrendamiento atrasadas de bienes raíces urbanos no devengan

interés. Lo que no significa que se deban pagar en valor nominal, pues la ley N° 18.101 establece la reajustabilidad (artículo 21). Aplicando la regla cuarta del artículo 1559, se ha fallado que las pensiones de jubilación pagadas con retardo no generan intereses.³⁶⁵

349.- Evaluación Convencional (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; o bien, como una de las maneras de evaluar los perjuicios, que corresponde al enfoque que nosotros seguiremos. Esta última forma proviene de Zacharie y ha sido adoptada por un gran sector de la doctrina.

Como advierte Abeliuk, ambas posiciones son defendibles porque si bien en la cláusula penal hay una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, su ámbito de aplicación es bastante más extenso³⁶⁶. La verdad es que la cláusula penal cumple funciones diversas que la transforman en una institución autónoma.

350.- Concepto. Está 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 de no ejecutar o de retardar la obligación principal”.

Esta definición presenta algunas incorrecciones. La primera es su propia denominación “Cláusula Penal”, pues ello será así únicamente si se pacta conjuntamente con el contrato principal. Mas, deja de 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

³⁶⁵ Fallos del Mes N° 455, sent. 10, pág. 2036.

³⁶⁶ Ob. cit., T. II, N° 904, pág. 742.

hay quienes piensan que resulta más propio hablar de "estipulación penal".³⁶⁷

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.

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.

Algunos han criticado, finalmente, que la definición hable de "pena", que daría a la institución una connotación ajena al Derecho Civil³⁶⁸, 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, pues como lo dice un viejo fallo "no es lícito estipular que se impongan penas por actos que la ley no ha penado".³⁶⁹

351.- Terminología aplicable a la institución. Históricamente, el nombre primero que tuvo esta institución en Roma fue de "stipulatio poenae". Posteriormente los jurisconsultos comenzaron a usar la expresión "Clausula poenae".

El Código de Napoleón usó la expresión Cláusula Penal, y de allí pasó con el mismo nombre a los códigos que en él se inspiraron, como ocurre con el Código Civil chileno.

En doctrina, ha recibido diferentes nombres. Así Massin emplea el término "pena civil". Lo mismo Gény. Huguene y habla de "pena

³⁶⁷ Sergio GATICA: ob. cit., N° 226, pág. 304.

³⁶⁸ Guillermo DÍAZ: "La inmutabilidad de la Cláusula Penal", citado por Sergio GATICA: ob. cit., N° 226, pág. 305.

³⁶⁹ *Gaceta de los Tribunales*, año 1884, N° 2112, pág. 1311.

privada". Von Tuhr emplea la expresión "cláusula penal" o "pena convencional".³⁷⁰

352.- Funciones que cumple la cláusula penal. La cláusula penal cumple tres funciones:

- a) Es una forma de avaluar convencional y anticipadamente los perjuicios;
- b) Constituye una caución; y
- c) Importa una pena civil.

353-a.- 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 art. 1540, que permite dividir la pena entre los distintos herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias.

Como forma de avaluar perjuicios, presenta dos características:

- a) es convencional y
- b) anticipada.

- a) Convencional: porque proviene del acuerdo de las partes. Ello significa que si la pena se establece unilateralmente, p. ej. la fija el testador para el heredero que no pague un legado,

³⁷⁰ José PEIRANO FACIO: *La cláusula penal*, Editorial Temis, Colombia, 1982, N° 10, pág. 15.

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) Anticipada. La cláusula penal constituye una evaluación 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 (art. 1542).

354.- La cláusula penal puede ser compensatoria o moratoria.

Como la cláusula penal es una forma de indemnizar perjuicios, puede ser tanto compensatoria como 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.³⁷¹

355.- Diferencias de la cláusula penal con la indemnización de perjuicios ordinaria. Como indemnización de perjuicios, la cláusula penal presenta algunas particularidades:

- a) desde luego, difiere de la indemnización de perjuicios ordinaria, en cuanto a la oportunidad en que se fija pues,

³⁷¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 55, sec. 2ª, pág. 123; *Gaceta Jurídica* 269, pág. 51. Otro fallo ha señalado que "la regla general es que la cláusula penal sea compensatoria; así se deduce del texto del artículo 1537" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 61, sec. 1ª, pág. 121). Véase también *Gaceta Jurídica* 269, pág. 51.

como ya lo hemos dicho, estamos frente a una indemnización establecida antes del incumplimiento;

- b) 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);
- c) no es necesario probar los perjuicios, como lo indica el artículo 1542. Recordemos que este caso y el de la evaluación legal, son las excepciones a la regla de que los perjuicios deben probarse. La Corte Suprema, en fallo de 8 de abril de 1993, resolvió que "la cláusula penal no requiere declaración judicial previa acerca de indemnizar perjuicios, exime al acreedor de la carga de probar la existencia de éstos e impide al deudor alegar la inexistencia de los mismos". En el caso en cuestión, se demandó ejecutivamente el pago de una pena, y la ejecutada opuso la excepción del artículo 434 N° 7 (falta de fuerza ejecutiva del título por no existir una declaración judicial previa de certeza acerca de la obligación de indemnizar). La Corte de Santiago acogió la excepción y la Corte Suprema casó el fallo.³⁷²

356.- Constituye una caución. Como la cláusula penal tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 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" (art. 46). Por lo demás, es mencionada como tal por el artículo 1472, al lado de la fianza, hipoteca y prenda.

³⁷² *Fallos del Mes* N° 450, sent. 5, pág. 902. Ver Consid. 3°.

Demuestra su condición de caución el que se pueda acumular el cumplimiento de la obligación principal y la pena (1537), la indemnización ordinaria y la pena (1543) y que pueda exigirse la pena aunque no se hubieren producido perjuicios (1542). Sin embargo, debe considerarse que la cláusula penal por sí sola no asegura el cumplimiento de la obligación principal. Sólo sirve de estímulo para que el deudor cumpla. Como dice un autor "la eficacia de la cláusula penal como caución reside fundamentalmente en la coacción psicológica que la pena ejerce sobre el ánimo del deudor, la cual naturalmente está en relación directa con la cuantía de la misma"³⁷³. 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.

357.- 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 aún conserva.

358.- Paralelo de la cláusula penal con otras instituciones. Se asemeja a la fianza pero se diferencia de ésta en que 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. Tampoco el fiador puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal (art. 2344), limitación que no existe en la cláusula penal.

³⁷³ GATICA: ob. cit., N° 287, pág. 378.

Se semeja también a 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 (arts. 1803 a 1805). Se pueden apreciar algunas diferencias importantes: las arras garantizan la celebración de un contrato y no el cumplimiento de una obligación. Además 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 manifieste el incumplimiento.

359.- Características.

- 1.- Es consensual;
- 2.- Es condicional;
- 3.- Es accesoria;
- 4.- Puede garantizar una obligación civil o natural.

360.- Consensual. Pues la ley no ha sometido su establecimiento a ninguna formalidad especial. Aún 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"³⁷⁴.

"Sin embargo—dice Manuel Somarriva— habrá casos en que indirectamente la cláusula penal debe sujetarse a solemnidades. Por

³⁷⁴ GATICA: N° 252, pág. 339.

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...”.³⁷⁵

361.- 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 (artículo 1537). En este sentido.³⁷⁶

362.- Accesoría. 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 (art. 2516);
- c) la nulidad de la obligación principal trae consigo la nulidad de la pena (art. 1536 inciso 1º). 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

³⁷⁵ *Tratado de las Cauciones* N° 20, pág. 22.

³⁷⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 32, sec. 1ª, pág. 188.

principal. Me refiero al caso en que se establezca una cláusula penal en la promesa de hecho ajeno y en la estipulación en favor de otro, situaciones tratadas en los incisos 2º y 3º del artículo 1537, respectivamente.

363.- 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 presenta clara utilidad.

364.- 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 acepta-

ción expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él” (inc. 1°).

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 1°. Este es un caso en que la cláusula penal presenta evidente utilidad, porque como en conformidad al art. 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”.³⁷⁷

365.- 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 esta obligación principal se transforma en natural, algunos entienden que la obligación del tercero tiene este mismo carácter³⁷⁸. Esta opinión no es compartida por Gatica “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”.³⁷⁹

³⁷⁷ *Tratado de las Cauciones* N° 17, págs. 19-20.

³⁷⁸ MEZA BARROS: *Obligaciones* N° 77, pág. 50.

³⁷⁹ GATICA: ob. cit., N° 280, pág. 366.

366.- Extinción de la cláusula penal. La Cláusula Penal puede extinguirse por vía principal y 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, artículo 1536 inc. 1°); y por vía accesoria, cuando desaparece como consecuencia de haberse extinguido la obligación principal, en razón de su carácter accesorio.

367.- 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.

368.- Requisitos para que el acreedor pueda cobrar 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 (artículo 1535);
- b) que este incumplimiento sea imputable al deudor;
- c) mora del deudor, requisito este último exigido expresamente en el artículo 1538³⁸⁰, y
- d) cuando incide en un contrato bilateral, es accesoria a la petición de cumplimiento o de resolución por tratarse de una forma de indemnización de perjuicios.³⁸¹

369.- 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

³⁸⁰ Así, *Gaceta Jurídica* 269, pág. 51, consid. 15.

³⁸¹ Corte de Santiago, 16 de abril de 2002, Consid. 13, *Gaceta Jurídica* 269, pág. 51.

estipulado...” Esta posición es equivocada, porque si hay caso fortuito la obligación principal se extingue por el modo 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.

370.- 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, entendiéndose que el deudor puede quedar constituido en mora por cualquiera de las formas de interpelación contempladas en el artículo 1551³⁸². Por ello, cuando la obligación principal es a plazo, el deudor queda en mora por el solo vencimiento del plazo, y como el acreedor tiene la opción de pedir el cumplimiento de la obligación principal o el pago de la pena (art. 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...”³⁸³

371.- Efectos de la cláusula penal cuando el incumplimiento es parcial. Si el acreedor acepta del deudor un pago parcial, el deudor

³⁸² Gatica: ob. cit., N° 316, págs. 416-417; ABELIUK: ob. cit., N° 913, pág. 750.

³⁸³ Ob. cit., T. II, N° 1237, págs. 746-747.

tiene derecho a que “se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación” (art. 1539).

372.- 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. La Corte de Santiago el 16 de abril de 2002 ha fallado que “el acreedor está obligado primeramente a demandar la ejecución forzada y en caso de fracaso la indemnización de perjuicios. Si así no fuera, las obligaciones pasarían a ser siempre alternativas, porque podría solicitarse una u otra cosa y la obligación alternativa es, como se ha señalado precedentemente, una excepción en nuestro derecho”³⁸⁴
- 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.³⁸⁵
- 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.

³⁸⁴ Corte de Santiago, 16-abril-2002, *Gaceta Jurídica* 269, pág. 51, Consid. 11.

³⁸⁵ Sentencia anterior, Consid. 13.

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.

373.- Cobro de la cláusula penal cuando la obligación principal es de cosa divisible y hay pluralidad de acreedores o de deudores. 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.

374.- Cobro de la cláusula penal cuando la obligación principal es de cosa 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, cada uno de los deudores incluidos los inocentes, su cuota en la pena, quedando a salvo el recurso de éstos contra el infractor (1540, incs. 2º y 3º).

375.- Situación en el caso que la pena sea indivisible. Si la pena es indivisible, se podrá reclamar a cualquiera de los deudores, sin importar quién sea el infractor. Ello porque estamos frente a una obligación indivisible, y ser ese precisamente el efecto de la indivisibilidad.

376.- Situación en el caso que la obligación principal sea solidaria. La ley no da solución al problema. Cabe entender que la pena también se puede cobrar solidariamente, por el carácter accesorio que tiene³⁸⁶. Abeliuk estima que esta solución es discu-

³⁸⁶ Así, SOMARRIVA: *Tratado de las cauciones* N° 63; CLARO SOLAR: T. I, N° 597, pág. 536; GATICA: ob. cit., N° 351, pág. 460.

tible, porque la indemnización de perjuicios es conjunta aun entre los deudores solidarios. “Por otro lado, agrega, pesa el argumento de que todos los codeudores han consentido en someterse a la pena”³⁸⁷. A nosotros también nos parece discutible la solución porque la solidaridad requiere de texto expreso.

377.- 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.

378.- 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.

379.- Cláusula penal enorme. Esta materia está regulada en el artículo 1544, que distingue varias situaciones:

a) Cláusula penal en los contratos conmutativos. Cuando la cláusula penal garantice el cumplimiento de la obligación de pagar cantidades determinadas como equivalente a lo que debe pagar la otra parte y la pena consista asimismo en el pago de cantidades determinadas 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,

³⁸⁷ Ob. cit., T. II, pág. 755.

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:

- 1) una mayoritaria que estima que el alcance es que la pena no puede exceder del doble de la obligación principal. Ej. si la obligación alcanza a 100; la pena no puede ser de más de 200; y
- 2) para otros, 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:³⁸⁸

- b) Cláusula penal en el mutuo. Dice el artículo 1544 inciso 3° que en el caso del mutuo “se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo 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 (art. 8° de la ley N° 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.³⁸⁹

³⁸⁸ ALESSANDRI: ob. cit., pág. 117; SOMARRIVA: ob. cit., N° 33, pág. 35; GATICA: ob. cit., N° 379, pág. 486; CLARO SOLAR: ob. cit., T. X N° 590, pág. 530; FUEYO: ob. cit., T. I, pág. 360; ABELIUK: ob. cit., T. II. N° 923, pág. 757.

³⁸⁹ LESLIE TOMASELLO: ob. cit., pág. 89.

- c) Cláusula penal enorme en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. Respecto de estas obligaciones, dice el art. 1544 inciso final, que el juez la moderará prudencialmente, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme. Un viejo fallo resolvió que “la obligación de entregar la cosa arrendada dentro del término convenido, a la cual accede la cláusula penal, es por la naturaleza de valor indeterminado: el tribunal puede moderar prudencialmente la pena si en su concepto fuera enorme”.³⁹⁰

PÁRRAFO IV

DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

380.- Concepto. Como en virtud del Derecho de Prenda General (artículo 2465 del Código Civil) 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”.

381.- Enumeración. No hay uniformidad sobre cuáles 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;

³⁹⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 5, sec. 1°, página 238. En el mismo sentido, véase *Fallos del Mes* N° 385, sent. 11, pág. 757.

586.- Situación especial en el caso de existir solidaridad. El artículo 1668 prescribe: "Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente le corresponda en la deuda" (inc. 1º) y agrega "Si por el contrario, hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito" (inc. 2º).

Como puede observarse, el artículo 1668 da por supuesto que entre el acreedor y uno de los codeudores se produjo la confusión, y sólo se limita a resolver el problema de las relaciones internas.

587.- Efectos de la confusión. El efecto propio de la confusión es extinguir la obligación. Dice el artículo 1665 que la confusión "extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago". Consecuencia de lo anterior es que si la obligación principal estaba garantizada con fianza, ésta se extingue (artículo 1666). Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Pero como este principio no juega a la inversa, la norma agrega: "pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal".

PÁRRAFO XI

IMPOSIBILIDAD DE LA EJECUCIÓN Y PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

588.- Ideas generales. El artículo 1567 N° 7º contempla "la pérdida de la cosa que se debe" como una de las formas de extinción de las obligaciones. Posteriormente regla esta materia en los artículos 1670 y siguientes.

589.- Definición. Fueyo lo define diciendo que "es un modo de extinguir las obligaciones provocado por una causa no imputable al

deudor, que sucede con posterioridad al nacimiento de la obligación y que hace imposible la prestación".⁴⁹⁸

El fundamento de este modo de extinguir se encuentra en la regla de derecho formulada por Celsus "Impossibilium nulla, obligatio est"; no hay obligación alguna de cosas imposibles. No obstante que este principio es general tanto para las obligaciones de dar, hacer o no hacer, en los artículos 1670 y siguientes, sólo se trata de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, seguramente, por ser la situación más frecuente.

El artículo 1670 prescribe que "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes". Una situación análoga puede presentarse en las obligaciones de hacer: que el deudor se encuentre en la imposibilidad absoluta y perpetua de ejecutar el hecho debido. Si no se cumplen estos requisitos no hay imposibilidad, sólo podría haber una demora en la ejecución.

590.- Requisitos de este modo de extinguir tratándose de las obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto. Los requisitos son los siguientes:

- a) imposibilidad absoluta y definitiva de poder cumplir la obligación;
- b) que la imposibilidad sea fortuita; y
- c) que la imposibilidad sea posterior al nacimiento de la obligación.

591. Imposibilidad absoluta. El deudor debe estar absoluta y definitivamente imposibilitado de cumplir. Tratándose de las obli-

⁴⁹⁸ Ob. y tomo cit. N° 608, pág. 190.

gaciones de dar o entregar, ello sólo puede ocurrir cuando lo debido es una especie o cuerpo cierto, pues el género no perece. El artículo 1510 consigna este principio: "La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe".

592.- Imposibilidad fortuita. La pérdida debe ser fortuita, pues si es culpable o si la cosa perece por culpa del deudor, la obligación subsiste, pero varía de objeto, quedando el deudor obligado al pago del precio de la cosa más indemnización de perjuicios (1672).

Si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios por la mora (1672 inc. 2º).

El código presume que la pérdida de la cosa es culpable: "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya" (artículo 1671). Esa disposición es concordante con el artículo 1674, en cuanto esta norma obliga al deudor a probar el caso fortuito que alega, y para el caso que alegue que el caso fortuito habría sobrevenido del mismo modo aunque no estuviere en mora, será también obligado a probarlo.

En todo caso, no se aplican estas reglas "si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular...", caso en que se observará lo pactado (artículo 1673). Esta regla es una reiteración de lo dicho en el artículo 1547 inciso final.

El código no acepta que quien ha hurtado o robado un cuerpo cierto, alegue que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor (art. 1676).

593. La imposibilidad tiene que sobrevenir a la generación de la obligación. Si es anterior, tal obligación carecería de objeto o tendría un objeto imposible (artículo 1461).

594.- Cesión de acciones del deudor al acreedor. El artículo 1677 establece que "Aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir al acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa".

595.- En el hecho o culpa del deudor se comprende el de las personas por quienes fuere responsable. Así está dicho en el artículo 1679. Fueyo, entiende que debe entenderse que el deudor es responsable de las personas que están a su cuidado, principio contenido en el artículo 2320 inciso 1º.⁴⁹⁹

596.- Responsabilidad del deudor después que ha ofrecido la cosa al acreedor. Si la cosa se destruye en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo (art. 1680).

597.- Requisitos de este modo de extinguir en las obligaciones de hacer. Ya hemos explicado que el Código Civil no trató el tema. Esta omisión está reparada en el Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 534, expresa: "A más de las excepciones expresadas en el artículo 464, que sean aplicables al procedimiento de que trata este Título, podrá oponer el deudor la de imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida".

⁴⁹⁹ Ob. y T. cit. N° 619, pág. 206.

598.- Requisitos de este modo de extinguir en las obligaciones de no hacer. En una obligación de no hacer, el deudor la incumple cuando realiza aquello sobre lo que debía abstenerse. El acreedor tiene derecho a que se exija al deudor que deshaga lo hecho, siempre que en conformidad al artículo 1555 del Código Civil sea posible deshacer lo hecho y que la destrucción sea necesaria para el objeto que se tuvo en vista al contratar. En tal caso, el deudor puede oponer la excepción del artículo 534 del Código de Procedimiento civil: imposibilidad absoluta de deshacer lo hecho.

*PÁRRAFO XII
DE LA PRESCRIPCIÓN*

599.- Ideas generales. El artículo 1567 N° 10 señala a la prescripción como un modo de extinguir las obligaciones. El inciso final de este artículo señala que la prescripción será tratada al fin de este Libro (Libro IV). Y efectivamente, el código trata de la prescripción en el Título XLII del Libro IV, artículos 2492 y siguientes hasta el artículo 2524.

600.- Clases de prescripción. Como es sabido, la prescripción puede ser de dos clases: prescripción adquisitiva o usucapión, que es un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales (arts. 588 y 2498 al 2513 del Código Civil); y prescripción extintiva o liberatoria, que es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos. Trata de ella el párrafo 3° del Título XLII, artículos 2514 y siguientes hasta el 2524.

601.- Definición. El código en el artículo 2492 define en forma conjunta a la prescripción adquisitiva y extintiva, señalando que "La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las

cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales" (inc. 1°). "Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción" (inc. 2°).

De esta definición global extraemos lo referente a la prescripción adquisitiva, resultándonos de ese modo que la prescripción extintiva es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

602.- La prescripción sólo extingue la acción, no el derecho ni la obligación correlativa. Si bien, como hemos dicho, el artículo 1567 enumera a la prescripción como un modo de extinguir obligaciones, ello no es así, pues lo que se extingue con la prescripción es la acción para reclamar el derecho, no el derecho mismo (ni la correlativa obligación), pues en conformidad al artículo 1470 N° 2, las obligaciones civiles extinguidas por prescripción pasan a transformarse en naturales.

En el mismo error incurre el artículo 2520 "la prescripción que extingue las obligaciones se suspende...". En cambio, el nombre del párrafo es adecuado "De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales". Lo mismo los artículos 2515, 2516, 2517, 2518, 2521, 2522, 2524, que también hablan de "acciones".

603.- Paralelo entre prescripción adquisitiva y extintiva. Si bien ambas tienen elementos comunes, son claramente dos instituciones diversas. La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales; en cambio, la extintiva, es un modo de extinguir las acciones de los derechos ajenos.

Por consiguiente, por prescripción adquisitiva se puede adquirir el dominio o cualquier otro derecho, con algunas excepciones respecto de cierto tipo de servidumbres (2512 en relación con el