

representa en el teatro Victoria, por ejemplo, es imposible deshacer lo hecho. En tal caso, en conformidad al inciso 1.º del artículo 1555, no hay otro remedio que pedir la indemnización de perjuicios.

B.) LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

El segundo de los derechos que la ley da al acreedor es la indemnización de perjuicios.

Ordinariamente, cuando el deudor no cumple su obligación, o la cumple imperfecta o tardíamente es lesionado en su patrimonio porque se ve privado de las ventajas que le habría reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación.

Hay otros casos, como algunos de obligaciones de hacer y de no hacer en que para el acreedor es imposible obtener la ejecución específica, el cumplimiento real y efectivo de la obligación. En todos estos casos, el acreedor sufre una lesión en su patrimonio, lesión imputable a un hecho del deudor, lesión que, por lo tanto, el acreedor no está obligado a sufrir, la reparación que el incumplimiento de la obligación le ha causado; y esa reparación la alcanza mediante la indemnización de perjuicios, que es uno de los efectos que las obligaciones engendran para el acreedor.

La indemnización de perjuicios puede definirse, según esto, como el derecho que tiene el acreedor para exigir del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que le habría procurado el cumplimiento efectivo y oportuno de la obligación.

Los fundamentos de este derecho de la indemnización de perjuicios son, en primer lugar, aquel principio de que "nadie puede ser lesionado en su patrimonio por un acto ajeno". El acreedor tenía una justa expectativa en el cumplimiento íntegro, oportuno y efectivo de la obligación; un hecho del deudor o de otra persona le ha privado de esa ventaja o beneficio a que tenía perfecto derecho por la disposición de la ley o por la voluntad de las partes. Ese daño sufrido por el acreedor en su patrimonio debe ser reparado, y a repararlo tiende la indemnización de perjuicios.

En seguida, puede encontrarse otro fundamento de este derecho, en la sanción o castigo que la ley civil quiere imponer al que contraviene una obligación, al deudor que viola o falta a su compromiso.

El objeto de la indemnización de perjuicios aparece de manifiesto en lo que acabo de decir. El acreedor contaba con obtener una ventaja con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación; pero, por un acto del deudor, su expectativa resulta fallida, y se produce en su patrimonio una lesión, una privación de esa ventaja, y esa privación de beneficio debe ser reparada.

La indemnización de perjuicios viene entonces, a reemplazar el beneficio que el acreedor habría obtenido con el cumplimiento íntegro, efectivo y oportuno de la obligación. Por eso se dice que la indemnización de perjuicios, a diferencia de la ejecución forzada, satisface al acreedor en equivalencia, viene a ser equivalente a la ventaja o beneficio que el acreedor habría reportado por el cumplimiento de la obligación.

Hay aún otra diferencia entre la indemnización de perjuicios y la ejecución forzada: aquella procede respecto de toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su fuente, tanto en las obligaciones contractuales y cuasicontractuales, como en las delictuales, cuasidelictuales y en las pro-

piamente legales; en cambio, como el C. Civil ha reglamentado especialmente la indemnización de perjuicios en materia delictual y cuasidelictual como resulta del artículo 2314 y siguientes, aplicando la regla de hermenéutica de que la ley especial prevalece sobre la general, tenemos que llegar a la conclusión que las reglas contenidas en el título De los Efectos de las Obligaciones sólo tienen aplicación en el caso de las obligaciones contractuales, cuasicontractuales y propiamente legales; las obligaciones derivadas de las otras fuentes están regidas por los artículos 2314 y siguientes del C. Civil.

Aunque la ley no lo ha dicho, los perjuicios se indemnizan en dinero. Este es un principio que no está consagrado en la ley, pero que está uniformemente aceptado por la práctica y por la jurisprudencia de todos los países; el Código alemán, sin embargo, estableció, innovando sobre este principio, la indemnización en especies, siempre que ello sea posible.

La indemnización de perjuicios con arreglo al artículo 1556 procede en tres casos: cuando el deudor no cumple su obligación, cuando el deudor la cumple imperfectamente, y cuando el deudor ha retardado el cumplimiento de la obligación, es decir, cuando no la ha cumplido oportunamente, en el tiempo debido.

De esto se desprende que la indemnización de perjuicios se divide en dos clases: compensatoria y moratoria. Es compensatoria en los dos primeros casos a que me acabo de referir; es moratoria cuando el deudor ha retardado el cumplimiento de la obligación.

Puede definirse la indemnización compensatoria como la cantidad de dinero que el acreedor tiene derecho de exigir del deudor cuando éste no cumple su obligación o sólo la cumple en parte.

Se llama compensatoria, precisamente, porque viene a compensar los perjuicios que el acreedor experimenta en su patrimonio por el incumplimiento total o parcial de la obligación. En este caso subsiste la obligación, pero ha variado su objeto; la cosa misma que fué objeto de la estipulación, aquello que el acreedor y el deudor convinieron, no va a poderse realizar, pero se va a reemplazar o substituir por la indemnización de perjuicios, que viene a ser el reemplazo, en el hecho, del objeto debido.

El artículo 1672 del C. Civil nos suministra un ejemplo de lo que acabo de decir: "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor" (inciso 1.º).

¿Puede el acreedor pedir indistintamente el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios compensatoria; puede el acreedor elegir entre exigir del deudor la prestación o abstención debida, o la indemnización de perjuicios compensatoria; o la indemnización de perjuicios compensatoria sólo procede cuando la obligación es ya imposible de cumplir? Con respecto a las obligaciones de hacer y de no hacer no hay cuestión ninguna; el acreedor puede pedir ambas; los artículos 1553 y 1555 lo autorizan para ejercitar estos derechos en forma alternativa.

La dificultad se suscita respecto de las obligaciones de dar, con relación a las cuales, la ley nada ha dicho. ¿Podrá el acreedor de una obligación de dar, cuando el deudor no la cumpla, exigirle indistintamente la indemnización de perjuicios o la cosa debida? Se ha sostenido y se sostiene por algunos que el acreedor de obligación de dar puede

solicitar indistintamente las dos cosas. En mi concepto, el acreedor de obligación de dar no podrá, ni puede exigir indistintamente las dos cosas, es decir, la obligación principal o la indemnización de perjuicios. El acreedor tiene un solo derecho, pedir el cumplimiento de la obligación; a eso se obligó el deudor, ese es el objeto de su obligación, tras ese fin fueron deudor y acreedor a contratar. De no aceptarse esta teoría, tendríamos que llegar a la conclusión de que las obligaciones son alternativas y que el acreedor puede exigir o la entrega de la cosa debida o la indemnización de perjuicios, y sabemos que la regla general en el Derecho, que el tipo normal de obligación es que ella sea pura y simple, que no haya anormalidades.

En consecuencia, el acreedor puede pedir la cosa misma, y sólo en subsidio, cuando el deudor no pueda cumplir las obligaciones a que se obligó, entonces exigir la indemnización de perjuicios.

En mi concepto, diversas disposiciones legales corroboran esta afirmación. En caso contrario, ¿cómo se explicaría que la ley haya necesitado en casos especiales estar estableciendo reglas a este respecto? Tales son el artículo 1555 que se refiere exclusivamente a las obligaciones de no hacer; en el caso del artículo 1489, o sea, en aquel en que va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado en los contratos bilaterales; en tal circunstancia puede el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Y más todavía, en el caso de la cláusula penal fué necesario que la ley consignara un texto expreso que autorizara al acreedor para exigir o la pena o la obligación principal sin el cual el acreedor no habría podido exigir ambas cosas indistintamente. ¿Qué demuestra esto? Que la ley no autoriza al acreedor de obligación de perjuicios. Dice el artículo 1537. "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal".

¿Cuál es la regla general que de este artículo se desprende? ¿Qué el acreedor pueda exigir indistintamente la obligación principal o los perjuicios? A mi modo de ver, yo entiendo que sólo la obligación principal o la pena; la excepción confirma la regla; de lo contrario no tendría aplicación el artículo 1537.

La indemnización de perjuicios moratoria es la cantidad de dinero que el acreedor puede exigir del deudor cuando éste no cumple oportunamente su obligación.

Se llama moratoria porque indemniza los perjuicios derivados de la mora, es decir, del cumplimiento inoportuno de la obligación. El deudor no sólo está obligado a cumplir la obligación en forma íntegra y efectiva, sino en el tiempo convenido; si el deudor no cumple su obligación dentro de ese tiempo, cae en mora y tiene lugar entonces la indemnización de perjuicios moratoria.

La indemnización compensatoria, representa o substituye al objeto mismo de la obligación; la indemnización moratoria representa el beneficio que le habría reportado al acreedor el cumplimiento oportuno de la obligación por parte del deudor; subsiste el objeto principal de la

obligación, el acreedor lo obtiene, pero se realiza tardíamente, y es este perjuicio que resulta, de cumplir la obligación tardíamente, el fundamento de la indemnización moratoria.

De esto se deriva la siguiente consecuencia jurídica: la indemnización compensatoria como reemplaza o substituye el objeto directo de la obligación, no puede acumularse con ella, es decir, el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación principal y la indemnización compensatoria, no podrá pedir, por ejemplo, la entrega del caballo y el valor del mismo. En cambio, la indemnización moratoria, puede acumularse con la obligación principal, porque la indemnización moratoria, no reemplaza o substituye al objeto de la obligación, sino que reemplaza o substituye el beneficio que el acreedor habría reportado de la entrega oportuna de la cosa.

Desde el momento que la indemnización compensatoria y la indemnización moratoria, provienen de causas muy diversas, desde el momento que una y otra tienen por objeto reparar daños de diversa índole, que resultan de la ejecución de hechos distintos, se explica perfectamente bien que una pueda acumularse y la otra no. El artículo 1553 dice expresamente: "Si la Obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora cualquiera de estas tres cosas a elección suya... etc.". Y el artículo 1672 dice: "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor". "Sin embargo, 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 de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora".

REQUISITOS DE LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Sea la indemnización compensatoria, o sea, moratoria, para que el acreedor pueda exigirla, porque tiene derecho a cobrar perjuicios a su deudor por el retardo en el cumplimiento de la obligación, o por incumplimiento total o parcial de la misma, es menester que concurren copulativamente cuatro requisitos: 1.º) Que haya infracción de la obligación por parte del deudor, sea que éste no cumpla la obligación, o que la cumpla en parte, o que la cumpla tardíamente; 2.º) Que esta infracción de la obligación le haya causado un perjuicio al acreedor; 3.º) Que esta infracción de la obligación sea imputable al deudor; y 4.º) Que el deudor esté constituido en mora.

Primer requisito

Que haya infracción de la obligación.

Puesto que uno de los fundamentos del derecho a la indemnización de perjuicios, es el carácter de pena o sanción que la ley le ha dado para castigar al deudor que viola sus compromisos, y aceptado que no puede haber pena sin una falta previa, se comprende que si el deudor no viola su compromiso, no tiene por qué indemnizar los perjuicios, ni

por qué sufrir ninguna clase de castigos. Por eso, es necesario que en primer término, el deudor no cumpla su obligación; y habrá infracción en los tres casos del artículo 1556 que dispone: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento". (inciso 1.º).

Segundo requisito

Se requiere, en segundo término, que la infracción origine un perjuicio al acreedor.

Puesto que otro de los fundamentos de este derecho es el daño o lesión que experimenta el patrimonio del acreedor, se comprende, también, fácilmente, que si no hay perjuicio para el acreedor, no tiene por qué haber indemnización de perjuicios.

¿Cuál es la causa de la indemnización de perjuicios? ¿Por qué se deben perjuicios? Porque el nombre lo está indicando, y como no hay efecto sin causa, donde no hay causa no hay efecto.

Se entiende por perjuicio toda disminución experimentada en el patrimonio del acreedor, sea que consista en una pérdida real y efectiva; sea que consista en la pérdida de una ventaja. Y aquí está el fundamento de aquella división a que nos referiremos más adelante, del daño emergente y del lucro cesante. Por eso, la infracción de una obligación que no reporta perjuicios al acreedor o el incumplimiento por parte del deudor que no lesiona al acreedor, no da derecho para exigir indemnización de perjuicios.

Es raro encontrar un caso de incumplimiento de una obligación de que no resulte daño al acreedor, pero, los autores de Derecho citan el siguiente, que ya es clásico: un acreedor hipotecario ordena al Notario Conservador de Bienes Raíces que proceda a la inscripción de su hipoteca; el Conservador, por negligencia o por otra causa, no inscribe la hipoteca; ha faltado a sus deberes, no ha cumplido su obligación. La propiedad es sacada a remate y el precio de la subasta no da para pagar al acreedor hipotecario. En este caso el acreedor hipotecario que no alcanzó a inscribir su hipoteca, no sufre ningún daño por culpa del notario, porque en ningún caso, inscrita o no la hipoteca, la subasta habría dado lo necesario para pagar al acreedor; y no tiene, por consiguiente, derecho para reclamar del Conservador la indemnización de perjuicios.

Los perjuicios deben ser probados por el acreedor, "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta" (artículo 1698).

El acreedor que alega que ha experimentado un daño en su patrimonio es quien debe probar la magnitud de ese daño. Sin embargo, hay dos excepciones: una en el caso de la cláusula penal a que se refiere 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".

La otra excepción es la de la regla 2.ª del artículo 1559: "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: . . . 2.ª El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo".

En cuanto al monto de los perjuicios, podrá discutirse en el mismo juicio en que se cobren o en uno posterior, de acuerdo con el artículo 196 del Código de Proc. Civil.

Tercer requisito.

La infracción debe ser imputable al deudor, es decir, debe provenir de un hecho suyo.

Tres obstáculos pueden oponerse al cumplimiento de una obligación: el caso fortuito, la culpa y el dolo.

Mientras el caso fortuito es un hecho enteramente ajeno a la voluntad del deudor, el dolo y la culpa provienen precisamente de su hecho: y es por esto, que mientras el caso fortuito exonera o exime de toda responsabilidad al deudor, por regla general, el dolo y la culpa no la exoneran sino que la agravan.

Podemos decir, según esto, que sólo es imputable la infracción de una obligación cuando proviene de la culpa o del dolo, y no del caso fortuito o de fuerza mayor. Estudiaremos por separado cada una de estas tres situaciones.

EL CASO FORTUITO

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

Los autores de Derecho discuten sobre qué diferencia hay entre el caso fortuito y la fuerza mayor; y generalmente, llaman caso fortuito a los fenómenos que son obra de la naturaleza; y llaman fuerza mayor a los hechos del hombre que imposibilitan al deudor para cumplir su obligación, como un acto de la autoridad pública, el apresamiento de enemigos, etc.

Esta distinción no tiene entre nosotros razón de ser; podemos decir, para emplear una expresión vulgar, que es pura música, y no nos interesa en absoluto porque es completamente inútil. En Chile quien habla de caso fortuito, habla de fuerza mayor y quien habla de fuerza mayor, habla de caso fortuito, ambas son expresiones sinónimas y ambas son el imprevisto a que no es posible resistir. Para demostrarlo, basta leer el artículo 45 del C. Civil que nos ahorra toda otra explicación; y se verá en todo el curso del estudio del Derecho Civil que indistintamente habla el Código de caso fortuito o de fuerza mayor.

¿Cuáles son los requisitos necesarios para que un hecho constituya caso fortuito y libere de toda responsabilidad al deudor?

Ellos son: 1.º) que provenga de una causa enteramente ajena a la voluntad del deudor, es decir, que el deudor no haya contribuido en forma alguna a su producción o realización.

Por eso, si el caso fortuito se origina en la culpa del deudor, o si sobreviene en la mora del deudor, ya le irroga responsabilidad al deudor; porque si no hubiera sido culpable o si hubiera cumplido oportunamente su obligación, el caso fortuito no se habría producido.

2.º) Que se trate de un hecho imprevisto. Lo dice el artículo 45: es el imprevisto a que no es posible resistir; es decir, que se trate de un hecho que dentro de los cálculos ordinarios y corrientes, no se haya podido

prever, que no sea de aquellos hechos que sobrevengan con demasiada frecuencia. Por eso, un Tribunal declaró en cierta ocasión que si el vendedor no pudo entregar la cosa vendida porque el arrendatario no le entregó la cosa en el tiempo convenido, no existía caso fortuito.

3.º) Finalmente, es necesario que se trate de un hecho insuperable, es decir, que el deudor, dentro de los medios de que puede disponer, no pueda evitarlo.

Si el hecho hace más difícil el cumplimiento de la obligación, si le impone más sacrificios al deudor de los que se creían, no hay caso fortuito. En consecuencia, no hay fuerza mayor en el caso del alza de la mano de obra, por ejemplo, o el aumento de los costos de producción, o el aumento de las contribuciones, etc.

Determinar si un hecho constituye o no caso fortuito, es una cuestión que queda entregada enteramente al criterio de los tribunales respectivos, porque el que en un caso puede ser fuerza mayor, en otro no puede serlo; y así se explican las diversas sentencias dictadas por los Tribunales al respecto. La guerra, por ejemplo, ¿es caso fortuito? Puede ser y no puede serlo. Será un caso fortuito para comerciantes o fabricantes que viven en los territorios invadidos por el enemigo, y no lo será para los que viven en los territorios no invadidos. Lo mismo cabe decir de las huelgas; una huelga total de los ferrocarriles puede serlo y no serlo si se probara o no que había otros medios de transporte.

Lo anterior explica algunos fallos de los Tribunales que por vía de ejemplo voy a citar: uno de la Corte de Apelaciones de Concepción que figura en la Gaceta de los Tribunales, año 1910, tomo segundo, sentencia 1066, página 764; otro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Gaceta de los Tribunales, año 1899, tomo primero, sentencia 148, página 119.

Efectos del caso fortuito.

En primer lugar, el deudor queda exento de responsabilidad. El artículo 1547 en su inciso 2.º, establece: "El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

Es un antiguo aforismo jurídico que "al imposible nadie está obligado", y por eso es que puede pedirse la tradición de todo aquello que se debe desde que no haya plazo pendiente, salvo que intervenga decreto judicial en contrario (artículo 681), porque la retención de lo que se debe, hecha por el juez, constituye un caso fortuito.

En seguida, si la obligación es de dar una especie o cuerpo cierto, ella se extingue por la pérdida que sobrevenga por un caso fortuito. Si la obligación es de hacer o de no hacer, el caso fortuito también extingue la obligación sin responsabilidad alguna para el deudor y sin que el acreedor nada deba pedir por este capítulo.

Finalmente, el deudor no es responsable en el retardo del cumplimiento de la obligación; cuando ese retardo o mora deriva de un caso fortuito o fuerza mayor. Lo dice el artículo 1558 en su inciso segundo: "La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios".

Todo esto nos permite decir entonces, que el caso fortuito es un hecho que exime de responsabilidad al deudor, y que la infracción de la obli-

gación proveniente de un caso fortuito, no es imputable al deudor, y no proviniendo de su culpa, el acreedor no puede exigirle indemnización de perjuicios.

La regla general es que el deudor no responda del caso fortuito, que el incumplimiento de una obligación por un hecho de esta naturaleza, no le imponga al deudor responsabilidad para con el acreedor, quien, por lo mismo, no podrá exigir indemnización de perjuicios.

Hay, sin embargo, casos de excepción a esta regla, en los cuales no obstante, que el incumplimiento proviene del caso fortuito, el deudor es responsable y debe indemnizar perjuicios al acreedor. Así sucede, en primer término, cuando el deudor toma a su cargo el caso fortuito, estipulándose expresamente; esta estipulación es perfectamente lícita y está en forma expresa autorizada por la ley en el inciso final del artículo 1547 y en el artículo 1673.

El artículo 1547 después de establecer la responsabilidad del deudor, según sea la naturaleza del contrato, y después de establecer los casos en que el deudor no responde del caso fortuito, dice en su inciso final: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes". Y el artículo 1673 agrega: "Si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado".

Hay aquí, en consecuencia, una estipulación expresa, que con arreglo al artículo 1545, es ley para los contratantes, y cuando ésta se ha pactado, el deudor queda responsable del caso fortuito, y no puede alegar éste para excusarse del cumplimiento de la obligación. Es una especie de seguro en que el deudor se convierte en asegurador de la cosa, con respecto al acreedor.

2.º) Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor. Falta en este caso, uno de los elementos constitutivos del caso fortuito, que consista en un hecho que provenga de una causa enteramente ajena del deudor. En la situación anterior, el caso fortuito es imputable al deudor debido a su falta de cuidado o diligencia, y es un aforismo jurídico, no expresado en la ley, pero objeto de múltiples disposiciones de que "nadie puede aprovecharse de su propia culpa".

El artículo 1547, inciso 2.º; el artículo 1590, inciso 1.º, y el artículo 1672, consignan la regla que acabo de señalar. En inciso 2.º del artículo 1547, dispone que, "el deudor no es responsable del caso fortuito a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".

Por su parte, el artículo 1590, inciso 1.º, establece: "Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle: a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor".

Y el artículo 1672 dispone: "Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor". Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito, que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo cierto en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber suce-

dido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora".

3.º) Cuando el caso fortuito sobreviene durante la mora del deudor, porque la mora implica la idea de la culpa; a menos que el caso fortuito hubiera sobrevenido igualmente hallándose la cosa en poder del acreedor, porque siendo así, el deudor no sería responsable del caso fortuito. Es la regla consignada en el artículo 1547, inciso 1.º, ya citado, en el inciso 1.º del artículo 1590 y en el artículo 1672 (citados).

4.º) Finalmente, el deudor responde del caso fortuito, cuando la ley pone especialmente el caso fortuito a cargo del deudor, en conformidad al inciso final del artículo 1547. Así sucede en el arrendamiento: el artículo 1983, inciso 1.º, establece que "el colono no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o renta, alegando casos fortuitos extraordinarios"; y lo mismo pasa en el caso del que ha hurtado o robado un cuerpo cierto a que se refiere el artículo 1676: "Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que hubieran producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor".

¿A quién incumbe la prueba del caso fortuito?

En conformidad al artículo 1547, inciso 3.º, "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega", que de ordinario sería el deudor, y es una regla general en materia de prueba que incumbe probar la extinción de una obligación al que la alega.

Consecuente con esta regla del artículo 1547, el artículo 1674 establece que "el deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega".

El acreedor probará la existencia de la obligación cuyo cumplimiento reclama del deudor, y el deudor se exonerará de su cumplimiento, alegando que ha sobrevenido un caso fortuito o fuerza mayor que lo ha imposibilitado para cumplir su obligación. Por esto, es el deudor que ha invocado en su beneficio el caso fortuito quien deberá probarlo, y deberá probar no solamente la realización del hecho, es decir, no solamente que se ha producido un caso fortuito, sino además, que el caso fortuito no ha sobrevenido por su culpa, y que ha empleado la debida diligencia o cuidado. Igualmente, si el deudor está constituido en mora, le corresponderá justificar que la cosa habría perecido igualmente en manos del acreedor.

Por eso dice el artículo 1674, inciso 2.º: "Si estando en mora, pretendiendo que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo".

Puede suceder que el incumplimiento de la obligación provenga de actos o hechos de un tercero, y que la ejecución de estos actos o hechos por parte de otra persona, haya colocado al deudor en la imposibilidad de cumplir su obligación. ¿Le incumbe la responsabilidad al deudor? Hay que distinguir: si el hecho emana de una persona de cuyos actos es responsable el deudor, no queda éste exonerado del cumplimiento de la obligación, y en tal caso deberá probar los perjuicios al acreedor. Por esto el artículo 1679 dispone que "en el hecho o culpa del deudor, se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable".

Si alguna persona por quien responde el deudor, un hijo de familia, o su mujer, o sus sirvientes, por ejemplo, han cometido un hecho que imposibilita al deudor para el cumplimiento de la obligación, si han des-

truido la cosa debida, supongamos por caso, el deudor es responsable de ese incumplimiento, porque en el hecho suyo se comprende el hecho de las personas por quienes responde.

Pero, si los actos o hechos del tercero que imposibilitan el cumplimiento de la obligación, provienen de una persona por quien el deudor no es responsable, no incumbe responsabilidad al deudor; aquí podría decirse que hay un verdadero caso de fuerza mayor.

Pero si bien en estos casos en que el incumplimiento proviene de los hechos o actos de una tercera persona por quien el deudor no responde, éste queda exento de responsabilidad, la ley le concede al acreedor el derecho de exigirle al deudor que le ceda las acciones que tiene o puede tener contra el tercero por cuyo hecho se hizo imposible el cumplimiento de la obligación, porque de lo contrario habría para el deudor un enriquecimiento sin causa, ya que a la vez que se exime de la obligación, tendría derecho para reclamar perjuicios de parte del tercero que le imposibilitó su cumplimiento. Por eso el artículo 1677 dispone que "aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa". Y la misma regla consigna el artículo 1590, inciso final, al decir que "si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, es válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre; pero el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño".

LA CULPA Y EL DOLO

Son también hechos que obstaculizan el cumplimiento total y oportuno de la obligación, el dolo y la culpa.

Pero mientras el caso fortuito exime la responsabilidad, por regla general, al deudor que lo sufre, la culpa y el dolo, como que son hechos voluntarios del deudor, le agravan su responsabilidad y le constituyen responsable del cumplimiento de la obligación.

La culpa y el dolo se asemejan según esto, al caso fortuito, en que estos tres obstáculos, impiden o embarazan el cumplimiento de la obligación. Pero se diferencian fundamentalmente del caso fortuito en que mientras éste, por ser un hecho ajeno a la voluntad del deudor, lo exime de responsabilidad, generalmente; la culpa y el dolo, como que provienen de su hecho, no sólo le imponen responsabilidad, sino que la aumentan o la agravan.

Podemos decir que la culpa y el dolo son los hechos que hacen imputable la infracción de la obligación.

La culpa es la falta de aquel cuidado o diligencia que debe emplearse en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho.

El dolo, según la definición del inciso final del artículo 44, es "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

Mientras en la culpa hay falta de cuidado o diligencia, hay simplemente negligencia o descuido, en el dolo hay propósito deliberado y exteriorizado en vías de hecho, de causar un daño a la persona o en los bienes de otro.

La culpa puede ser de dos clases, según sea el hecho en que incida: culpa contractual y culpa extracontractual, aquiliana o delictual.

La culpa contractual es la que incide en el cumplimiento de las obligaciones, la que proviene de un vínculo establecido con anterioridad, y consiste en realidad, en no cumplir una obligación preexistente o en cumplirla mal; consiste en violar un vínculo que impone al deudor la necesidad de cumplirlo; la falta de cuidado o diligencia que ha debido emplearse en la abstención o prestación debida, constituye la culpa contractual, porque es la falta de cuidado o diligencia que ha originado la violación de un vínculo preexistente.

En cambio, la culpa extracontractual o aquiliana, denominada así, en recuerdo a la ley Aquilia, que fué la primera que la reglamentó en Roma, es la que da origen al delito o al cuasidelito, tomando aquí la palabra culpa en su más amplia acepción. En esta culpa no hay vínculo preexistente, a menos que se pudiera encontrarlo en la obligación negativa que tiene todo el mundo de no causar daño a los demás.

En realidad, en la culpa delictual no se ha establecido un vínculo jurídico entre el deudor y acreedor, y la relación jurídica que va a imponerle al deudor la responsabilidad consiguiente, emana precisamente de la ejecución del hecho culpable; mientras el hecho culpable no se ejecute, no hay vínculo de derecho alguno entre deudor y acreedor, ni siquiera existe esta calidad; la obligación va a derivar, precisamente, del hecho culpable.

Por esto, entre la culpa contractual y la culpa extracontractual, delictual o aquiliana, existen varias diferencias que conviene anotar.

1.º) La culpa contractual supone un vínculo obligatorio establecido preexistentemente, porque consiste en violar una obligación; la culpa delictual no supone una obligación preexistente, porque es ella la que origina el vínculo jurídico, que coloca al deudor en la necesidad de indemnizar los daños causados.

2.º) La culpa delictual no admite graduaciones, porque toda culpa delictual, cualquiera que sea su gravedad, le impone al deudor la misma responsabilidad; la culpa contractual admite graduaciones y la responsabilidad del deudor será mayor o menor, según sea el grado de responsabilidad, según sea la culpa de que el deudor responde. Esta diferencia entre una y otra culpa, se explica fácilmente: en la culpa contractual las partes han podido prever las consecuencias que para ellas puede resultar del incumplimiento del contrato, y han podido por medio de pactos o convenciones, determinar las consecuencias que de ellos deriven. En la culpa delictual eso no es posible, las partes no han podido prever el perjuicio que se produce como resultado de la existencia de la propia culpa; hasta el momento que el hecho se produce no hay vínculo jurídico alguno entre acreedor y deudor, mal puede entonces preverse las consecuencias de un hecho que no estaba previsto por las partes.

3.º) La culpa delictual debe ser probada por el acreedor. Incumbe probar las obligaciones al que las alega. El acreedor que invoca un delito o un cuasidelito como fuente de una obligación, debe probar esa obligación y la fuente de donde ella nace es el hecho culpable cometido por el deudor. En cambio, tratándose de la culpa contractual como vamos a ver, el cumplimiento de la obligación se presume culpable. Cada vez que un deudor viola su obligación, la ley supone que ha habido culpa de su parte, y es por eso que el deudor, que se exceptiona de la obligación, sea quien deba probar que empleó la debida diligencia o cuidado y que no obstante eso, no pudo cumplir las obligaciones, porque la prueba de la diligencia o cuidado, dice el artículo 1547, inc. 3.º, incumbe al que ha debido

emplearlo y mientras ello no se pruebe, la ley no lo exime de responsabilidad.

4.º) Finalmente, para que la culpa contractual dé origen a la indemnización de perjuicios, es menester que el deudor haya sido 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.

Por el momento nos dedicaremos a estudiar la culpa contractual.

LA CULPA CONTRACTUAL

A ella se refiere el título XII del libro IV del C. Civil, denominado "De los efectos de las Obligaciones".

De la culpa delictual, de la que da origen al delito o a el cuasidelito, de la que es fuente de obligaciones, de la que constituye los actos ilícitos, procede ocuparse cuando estudiemos los artículos 2314 y siguientes.

El artículo 1547 del C. Civil, que se refiere a la culpa contractual, a la que incide en el cumplimiento de las obligaciones, recibe aplicación siempre que hay un vínculo establecido con anterioridad, sea que emane del contrato, del cuasicontrato o simplemente de la ley.

En materia de culpa contractual, el C. Civil chileno siguió la doctrina de Pothier.

En el D. Romano había dos especies de culpa, la culpa grave o lata que equivale al dolo, y la culpa leve que podía ser *in abstractum* o *in concreto*, según que para apreciar el grado de responsabilidad del deudor, se tomara en cuenta el cuidado o diligencia que emplea en sus negocios un tipo ideal, un tipo imaginario o abstracto, que es el buen padre de familia, o que para apreciar ese grado de responsabilidad, se tomara en cuenta el cuidado que empleara la misma persona del deudor. En el primer caso, el deudor respondía de la culpa leve *in abstractum*; en el segundo caso, de la culpa leve *in concreto*. La culpa leve *in abstractum*, según esto, era la que no cometería el buen padre de familia; la culpa leve *in concreto* era, en cambio, aquella que no cometería el propio deudor en sus negocios personales.

No conocieron los romanos la culpa levísima. Pero en la Edad Media los escolásticos y los jurisconsultos, amigos de distingos y sutilezas, creyeron encontrarla en una mala interpretación de los textos romanos. y crearon entonces la división tripartita de la culpa, en culpa lata o grave, leve y levísima; ¿para qué? Para hacer que el deudor respondiera de una distinta especie de culpa en cada una de las tres clases de contratos que pudieran presentarse desde el punto de vista de la utilidad que reportaran a las partes: contratos que reportan utilidad sólo al acreedor, contratos que reportan utilidad sólo al deudor y contratos que reportan utilidad a ambas partes. Y de esta manera se armonizaba perfectamente la teoría de la culpa con esta clasificación de los contratos, habiendo para cada especie de contrato una especie de culpa distinta.

En los contratos que sólo eran beneficiosos para el acreedor, el deudor respondía de la culpa lata; en los contratos útiles para ambas partes, el deudor respondía de la culpa leve y en los contratos que sólo reportaban utilidad al deudor, éste respondía de la culpa levísima.

Pothier, el más grande de todos los jurisconsultos franceses de todas las épocas y de todos los tiempos, acogió la teoría de la división tripartita de la culpa, y en su célebre "Tratado de las Obligaciones", que es la obra que principalmente ha servido de fuente al Código de Napoleón y a nuestro Código Civil, estudió la teoría de la culpa y la dividió en tres categorías: lata o grave, leve o levísima. El Código de Napoleón rechazó abiertamente la división tripartita, la consideró inútil y aun superficial, y por eso adoptó una fórmula mucho más simple y más sencilla: "todo deudor responde de la culpa leve en el cumplimiento de sus obligaciones, de la culpa leve que no cometería el buen padre de familia". Hay casos de excepción, pero que no alcanzan a desvirtuar el carácter de regla general con que está establecida en el Código de Napoleón.

El mismo criterio ha informado al Código alemán, que impone al deudor un grado de responsabilidad: el deudor responde de la culpa leve; pero, a diferencia del Código francés, no toma como modelo para apreciar el grado de responsabilidad del deudor, el del buen padre de familia, sino el tipo del leal comerciante, porque ordena que se gaste el cuidado que ordinariamente emplea en sus negocios el buen y leal comerciante. Impone, como se ve, el Código alemán, una mayor responsabilidad que el Código francés, porque el buen padre de familia es el hombre cuidadoso y diligente en el manejo de sus negocios, mientras que el hombre de comercio, el leal comerciante, no es sólo cuidadoso y diligente en el manejo de sus negocios propios, sino en los de sus acreedores.

Nuestro C. Civil, sin embargo, se apartó de la doctrina del Código francés, y adoptó de lleno la clasificación tripartita de la culpa estudiada por Pothier en su "Tratado de las Obligaciones". Se puede decir, que el artículo 44 del Código Civil chileno, es la traducción casi literal de los términos en que Pothier enunció la teoría de la culpa. Según este artículo, la culpa se divide en 3 clases: lata o grave, leve y levísima.

"La culpa lata o grave o negligencia grave 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".

"La culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". "El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa".

"Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado". (Artículo 44, incisos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º).

La culpa lata o grave es la que impone menos responsabilidad al deudor, es aquella que exige al deudor el minimum de cuidado, el minimum de atención; el que responde de la culpa lata, deberá solamente abstenerse de ejecutar aquellos actos que sean de tal naturaleza que puedan asimilarse a la intención positiva de inferir injuria o daño en la persona o propiedad de otro.

La culpa leve constituye en el Derecho, la regla general, es la culpa de que ordinariamente responden los deudores; ella consiste en la falta de aquel cuidado o diligencia que la gente ordinariamente emplea en el manejo de sus negocios.

La generalidad de las personas, el común de los mortales, tienen una pauta para determinar cual es el cuidado que debe emplearse en el manejo de los negocios; ese tipo lo constituye el buen padre de familia, que la ley considera como el hombre juicioso y diligente. El deudor que responde de la culpa leve, está obligado a emplear en el cumplimiento de la obligación, ese cuidado mediano de la generalidad de la gente.

La culpa o descuido levísimo es, como dice el Código, la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. El deudor que responde de la culpa levísima es el que tiene mayor grado de responsabilidad en el Derecho, porque, así como puede parecer paradójal, que el deudor que responde de la culpa lata es el que tiene menos responsabilidad, igualmente puede parecer paradójal, que el deudor que responde de la culpa levísima tenga mayor grado de responsabilidad; pero no es una paradoja, porque el deudor que responde de la culpa levísima, debe emplear, no sólo el cuidado del que responde de la culpa leve, sino que además el cuidado esmerado que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes.

Esta cuestión de la culpa y esta clasificación de la culpa, en lata o grave, leve y levísima, tiene más importancia teórica que práctica, porque en la práctica, será el juez quien aprecie el grado de responsabilidad del deudor, será el juez, quien tendrá que averiguar si el deudor ha empleado o no el cuidado que la ley le obliga, y esto variará según el criterio de los jueces. La ley no ha podido sino dar una pauta, darle consejos al juez, pero en último grado, quien deberá resolver la cuestión será éste. Y así se explica que haya fallos de los Tribunales aparentemente contradictorios, pero, en realidad, no puede haber contradicción, es algo que queda entregado al criterio de los hombres.

¿Cuál es la utilidad de esta clasificación tripartita de la culpa, hecha en el artículo 44? La que enuncia el artículo 1547; ella tiene importancia para determinar de cual grado de culpa responde el deudor en los diversos contratos, según sea la utilidad que éstos reportan a las partes. La ley, creyendo interpretar la intención o la voluntad de las partes, ha hecho responder al deudor, de cada una de estas especies de culpa, según que el contrato reporte utilidad al acreedor, o sólo al deudor, o a ambas partes. De aquí que el artículo 1547 disponga en su inciso 1.º que "el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio reciproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio".

Por ejemplo, el depósito, que es un contrato que beneficia de ordinario por su naturaleza, únicamente al acreedor, es una carga pesada para el depositario, que ni siquiera puede cobrar remuneración, porque desde el momento mismo que lo hiciera, el contrato degeneraría en otro distinto; es lógico entonces que el deudor responda de lo menos, y de aquí que sólo responda de la culpa lata o grave, sin perjuicio de que las partes "puedan estipular que el depositario, como dice el artículo 2222, responda de toda especie de culpa". "A falta de esta estipulación, agrega en su inciso 2.º, responderá solamente de la culpa lata".

Si el contrato es beneficioso para ambas partes, si reporta utilidad para ambos contratantes, el deudor responde de la culpa leve; es lo que pasa en el arrendamiento, y en general, en todo contrato en que haya utilidad para el deudor y para el acreedor.

Finalmente, si el deudor es el único que se beneficia con el contrato, como sucede en el comodato, por ejemplo, el deudor responde de la

culpa levísima, es decir, tiene el máximum de responsabilidad. El comodato es aquel contrato por el cual se entrega una cosa, para que otro use o goce de ella; viene a ser algo así, como un arrendamiento sin precio. (Artículo 2178).

Llevada una cuestión de responsabilidad a los Tribunales de Justicia, el papel del juez, entonces, está perfectamente determinado: lo primero que debe hacer es averiguar a quién reporta utilidad el contrato, si el deudor ha empleado o no la diligencia o cuidado que le corresponda según la ley; y si del estudio que haga el juez, llega a la conclusión de que el deudor no ha empleado el cuidado a que está obligado por la naturaleza del contrato, tendrá que decir que el deudor ha violado su obligación, que hay culpa, y que debe indemnizar los perjuicios.

Las reglas anteriores, son en realidad, supletorias de la voluntad de las partes, y por eso el artículo 1547, inciso final, dispone: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes.

La ley o las partes, pueden modificar o derogar en la forma que crean más conveniente las reglas que enuncia el inciso primero del artículo 1547; la ley puede imponer al deudor una responsabilidad distinta de la que ordinariamente le corresponde en consideración a la utilidad que el contrato reporta a las partes, como sucede en el caso del depósito necesario, contrato que sólo beneficia al acreedor, y en que la responsabilidad del deudor se extiende hasta la culpa leve, como lo dispone el artículo 2239.

Se comprenden las razones de la ley: el depositante no ha podido elegir a su arbitrio la persona del depositario, sino que obligado por las circunstancias, ha tenido que depositar las cosas en manos del primero que encuentre.

Las partes pueden, también, modificar estas reglas del inciso 1.º del artículo 1547; pero para ello es menester una estipulación expresa, en que convengan la responsabilidad que al deudor incumbe. Y aun más; pueden eximir de responsabilidad al deudor; pero esta exoneración de responsabilidad tiene un límite: las partes no podrían estipular que el deudor no respondiera ni siquiera de la culpa lata, o grave; podrán eximir de la culpa leve o levísima, pero no de la culpa lata o grave, porque ésta equivale al dolo en materia civil, y el dolo no puede renunciarse anticipadamente. "La condonación del dolo futuro no vale", dice el artículo 1465.

¿A quién incumbe la prueba de la culpa?—El artículo 1547 en su inciso 3.º dispone que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo"; y el artículo 1671 agrega: "siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya".

De estas dos disposiciones podemos deducir la consecuencia de que en materia de obligaciones, la culpa contractual se presume, es decir, que cada vez que una obligación no se cumple, se presume que se ha violado, porque el deudor lo ha querido. Y se explica esta conclusión de la ley, porque toda obligación coloca al deudor en la necesidad objetiva de emplear el cuidado o diligencia necesario para poder cumplir la prestación o abstención debida; si la obligación no se cumple, si el hecho debido no se realiza, quiere decir entonces que el deudor, no ha empleado la diligencia o cuidado a que está obligado.

De esto resulta que cuando una obligación no se cumple, no es el acreedor quien debe probar que el deudor es culpable; probará sólo la

existencia de la obligación, del vínculo jurídico que le da derecho para exigir la abstención o prestación del deudor; y será éste quien se exceptuará de no haber cumplido su obligación, quien deberá probar que ha empleado dicho cuidado o dicha diligencia.

¿En qué funda entonces su alegación el deudor? La funda en el hecho de que él ha empleado la debida diligencia o cuidado, y como según el artículo 1547 "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", y como quien debe emplearlo en el cumplimiento de la obligación es el deudor, hay que llegar a la conclusión forzosa de que cuando se reclama el cumplimiento de una obligación, es el deudor quien debe probar que no ha habido culpa de su parte; caso contrario, será condenado como un deudor culpable, sin que el acreedor deba demostrar otra circunstancia que la existencia de la obligación. Y esta regla es absoluta, cualquiera que sea la culpa, lata o grave, leve y levisima.

Pero hay una excepción a esta regla, que en realidad, no es excepción a los principios generales de la prueba, sino al principio del artículo 1547, inciso 3.º, de que incumbe la prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo, o mejor dicho, de que se presume culpable el incumplimiento de las obligaciones. Es la del artículo 2158 del C. Civil, que después de establecer las obligaciones del mandante, dice en su inciso final: "No podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido éxito o que pudo desempeñarlo a menos costo; salvo que le pruebe culpa".

No hay en este artículo, sino una aplicación de la regla general del artículo 1698, porque si el mandante alega la extinción de su obligación, es él quien debe probar dicha extinción, y si el hecho en que se funda es la culpa del mandatario, lógico es que deba probarlo.

EL DOLO

Finalmente, el otro hecho que obstaculiza el cumplimiento de una obligación es el dolo, palabra que tiene en el Derecho, 3 acepciones: en primer lugar, el dolo lo toma la ley como un vicio del consentimiento. En este sentido, se define como toda maquinación fraudulenta empleada para engañar al autor de un acto jurídico. Es a este dolo, vicio del consentimiento, a que se refiere el artículo 1451 cuando dice que "los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo" y a que se refiere el artículo 1458, cuando señala los efectos que el dolo produce en el consentimiento, y es el mismo a que se refiere la ley, al tratar de los actos y contratos para señalar sus efectos en el título de la Nulidad y Rescisión.

Este dolo, vicio del consentimiento, se presenta, por su naturaleza, antes de la celebración del acto o contrato, ya que es uno de los medios de que se ha valido una persona para llevar a la otra a la celebración del contrato.

2.º) La segunda acepción que tiene la palabra dolo, es la de fuente del delito. Es el que define el artículo 44, inciso final: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". A este dolo se alude en el artículo 2284 cuando define el delito diciendo que es el hecho ilícito cometido con intención de dañar; y es a este dolo a que se refiere la ley en el título de Los Delitos y Cuasidelitos, esto es, aquel dolo que se ha cometido en el momento de ejecutarse el delito o cuasidelito.

3.º) En esta acepción se toma el dolo como hecho que agrava la responsabilidad del deudor. Es a este dolo a que se refiere el artículo 1558, cuando determina el grado de responsabilidad que afecta al deudor por el incumplimiento de las obligaciones, si ese incumplimiento proviene de su dolo. Es este el aspecto del dolo que nos interesa considerar por el momento, o sea, el dolo que incide en el cumplimiento de las obligaciones y que los autores franceses denominan fraude, y que consiste en la intención positiva por parte del deudor de causar un daño al acreedor.

Pero no basta la simple intención de dañar al acreedor, es menester que esa intención se traduzca en algo real y efectivo, porque el dolo es la intención positiva, es decir, real y manifiesta, traducida en vías de hecho.

Hay dolo o fraude, como lo llama la doctrina, en el incumplimiento de una obligación, cuando el deudor no la cumple, no ya por negligencia o descuido de su parte, sino con el propósito ostensible y deliberado de perjudicar a su acreedor.

Puede definirse por eso, el dolo, en la acepción que ahora estamos estudiando como los actos u omisiones intencionadas del deudor para eludir el cumplimiento de su obligación.

Entre el dolo que se reglamenta en el artículo 1558 y el dolo, vicio del consentimiento, existe una diferencia bastante marcada: el dolo del consentimiento es anterior al acto, es uno de los medios de que el otro contratante o un tercero se ha valido para llegar a la celebración del acto; en el dolo que incide en el cumplimiento de las obligaciones, el acto se ha celebrado exento de vicios y de toda maquinación fraudulenta y no es anterior a la celebración del acto o contrato, sino que es posterior. No tiene, pues, por objeto, arrancarle el consentimiento a la otra parte, sino perjudicar al acreedor en los resultados de un contrato que se ha celebrado con arreglo a la ley.

El dolo que incide en el cumplimiento de las obligaciones es, por esto, el hecho que agrava más la responsabilidad del deudor. Con arreglo al artículo 1558, del cual nos ocuparemos oportunamente, el deudor responsable de dolo, debe indemnizar aún los perjuicios imprevistos. El dolo no admite graduaciones a diferencia de la culpa: todo dolo impone y acarrea al deudor igual responsabilidad; el dolo no se presume, salvo en los casos especialmente señalados por la ley; el dolo además, debe probarse, y será el acreedor que esté imputando dolo al deudor en el cumplimiento de la obligación quien deberá probar el dolo; pueden señalarse como casos excepcionales en que la ley presume el dolo, el del artículo 698 N.º 5.º, el del artículo 1301 del título de los Albaceas; el artículo 1459 alude a todos estos casos cuando dice: "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse". Otro caso calificado de presunción de dolo es el del artículo 22 de la ley de Cheques y Cuentas Corrientes, según el cual se presume que hay dolo de parte del girador de un cheque cuando después de haber girado, retirase voluntariamente los fondos de la cuenta corriente, o cuando gira sobre una cuenta corriente cerrada, a sabiendas de esto, y cuando protestado el cheque el girador fuere notificado del protesto, y no consignare los fondos dentro de tercero día, en cual caso será castigado por el delito de estafa.

El dolo no puede renunciarse ni condonarse anticipadamente; no puede renunciarse de antemano, antes de haberse cometido; no puede eximirse a una persona por el dolo futuro. Si la ley hubiera aceptado la renuncia o condonación anticipada del dolo, implícitamente habría autori-

zado la ejecución de actos ilícitos. El dolo sólo puede renunciarse una vez cometido, es decir, puede renunciarse el derecho que al acreedor da la ejecución de un acto doloso por parte del deudor, siempre que esta renuncia sea expresa; hay como se ve, una doble condición: que se renuncie el derecho del acreedor y que la renuncia sea expresa, principio que consigna el artículo 1465 cuando dice: "El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale". Por ejemplo, un individuo ha dado poder a un mandatario para que ejecute ciertos actos en su nombre, y este mandatario que ha cometido dolo en un momento de su mandato, le presenta la cuenta de su administración, cuenta que el mandante aprueba, es decir, le da un finiquito. Esta aprobación de la cuenta no importa condonación del dolo que el mandatario ha cometido en el mandato, porque la disposición del artículo 1465 lo prohíbe. Para que el mandante no pudiera exigir indemnización de perjuicios al mandatario, sería menester que aquel eximiera expresamente de responsabilidad a éste por sus actos dolosos, porque sólo una renuncia expresa, con conocimiento de los actos dolosos de que se trate, exime de responsabilidad al deudor por el dolo producido.

Pero si la ley no permite la condonación del dolo futuro, y sólo autoriza la condonación del dolo ya realizado y hecha expresamente, esto no obsta para que las partes puedan modificar la responsabilidad del deudor en caso de dolo. El artículo 1558 determina cual es la responsabilidad del deudor doloso, responsabilidad que oportunamente veremos, pero en el inciso final agrega: "Las estipulaciones de las partes podrán modificar estas reglas". Por consiguiente, los contratantes pueden ampliar o restringir la responsabilidad del deudor; podría decirse, por ejemplo, que el deudor no responde en caso de dolo de los perjuicios imprevistos, porque lo único que se prohíbe, es lo que dispone el artículo 1465.

El artículo 44 del C. Civil dice que en materia civil, la culpa lata o grave equivale al dolo.

¿Qué quiere decir que la culpa grave o lata equivale al dolo? ¿Cuál es el alcance de esta equivalencia? Que la culpa lata o grave equivale al dolo no quiere decir que jurídicamente sean una misma cosa, porque eso sería hacer de dos instituciones distintas, definidas en términos distintos por la ley, una sola y única cosa. Esta interpretación no podría tener cabida en presencia del propio artículo 44 que nos ha definido de distinto modo la culpa lata o grave y el dolo.

Que la culpa grave equivalga al dolo quiere decir única y exclusivamente que sus efectos jurídicos son los mismos, que las consecuencias jurídicas que resultan de haber culpa lata o grave y dolo por parte del deudor, son las mismas; o sea, que la responsabilidad del deudor es igual en el caso de la culpa lata o en el caso del deudor que comete el dolo.

De esta premisa se desprende una consecuencia de mucha importancia práctica, y es que la regla que rige la prueba en materia de culpa no es modificada por el hecho de que la culpa grave equivalga al dolo en materia civil. Si la culpa lata y el dolo fueran la misma cosa, a quien le incumbiría la prueba sería al acreedor que alega el dolo al deudor. Pero no siendo la culpa lata o grave y el dolo una misma cosa, sino asimilándose en sus efectos o consecuencias jurídicas, no puede hacerse extensiva a la culpa lata la regla que rige el dolo. ¿Por qué? Porque el artículo 1547 del C. Civil dispone que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, sin entrar a distinguir cual es el grado de

responsabilidad del deudor. Toda exoneración de culpa, lata o grave, leve y levisima debe ser probada por el que pretende exonerarse de la culpa, y de esta regla no se exceptúa el caso en que el deudor responda de la culpa lata o grave. En consecuencia, será el deudor quien deberá probar que no ha incurrido en culpa lata o grave; pero en ningún caso, será el acreedor.

La equivalencia que establece el artículo 44 del C. Civil se refiere únicamente a decir que los efectos civiles, que las consecuencias jurídicas, que la responsabilidad del deudor, es una misma en materia de culpa lata o grave: la del artículo 1558 del C. Civil. Pero esta equivalencia no altera las reglas de la prueba, y en consecuencia, cuando el deudor responda de la culpa lata o grave, será él quien deba probar que no ha habido culpa, porque la regla que rige el dolo en materia de prueba, no es la misma que rige la culpa.

Esta es la doctrina aceptada, en una interesante sentencia, por la Corte Suprema. Un individuo tenía arrendado un fundo y se prendieron fuego las casas del fundo. El arrendador pidió la terminación del contrato de arrendamiento, fundándose en que se trataba de un caso grave que el C. Civil autoriza para terminar el arrendamiento. El arrendatario sostuvo que el incendio no había provenido por culpa suya ni de sus dependientes y que debía el arrendador probar que había dolo o culpa grave, y mientras no produjera esa prueba no había razón para terminar judicialmente el contrato. En conformidad al artículo 1547 el arrendatario es responsable hasta de la culpa leve, porque el arrendamiento es un contrato que reporta utilidad a ambos contratantes. La Corte de Apelaciones de Santiago aceptó la teoría del arrendatario y estableció que no habiendo probado el acreedor la culpa lata o grave que en materia civil equivale al dolo, y que debiendo probar el dolo el que lo alega, no había lugar a dar por terminado el contrato. La Corte Suprema restableció la verdadera doctrina legal, casó la sentencia y estableció que el dolo y la culpa lata son equivalentes en materia civil, pero que esta equivalencia no alcanza a modificar las reglas que rigen la prueba de una y otra institución; luego, no debía aplicarse la regla del dolo, sino la regla que rige la culpa en conformidad al artículo 1547. Esta sentencia, que es la única que conocemos en que se haya estudiado la equivalencia entre el dolo y la culpa, y que viene acompañada de un estudio de don Luis Claro Solar sobre la misma materia, en que se aclaran mucho más los conceptos establecidos por la Corte Suprema, figura en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XIX, segunda parte, sección primera, página 415.

DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO Y LA CULPA

Antes de concluir esta materia referente al dolo, conviene señalar las diferencias que existen entre el dolo y la culpa, y que resultan de la exposición que se ha hecho de lo que es la culpa y de lo que es el dolo.

La culpa es la falta de cuidado o diligencia; el dolo es la intención positiva de perjudicar al acreedor. La culpa admite graduaciones, el dolo no las admite. El dolo impone una responsabilidad mucho mayor que la culpa. La prueba del dolo incumbe al que lo alega; en cambio, todo incumplimiento de la obligación se presume culpable, y por eso es que el deudor debe probar que ha empleado la debida diligencia o cuidado. Y

por último, las reglas que rigen la responsabilidad en caso de culpa pueden modificarse libremente por las partes a su arbitrio; no sucede lo mismo en el caso del dolo: las partes no pueden condonar el dolo futuro, sólo puede renunciarse el dolo ya cometido, siempre que la renuncia sea expresa.

Resumiendo todas las reglas que hemos estudiado hasta este momento sobre las condiciones necesarias para exigir indemnización de perjuicios, podemos llegar a sintetizarlas en estos términos: "sólo la culpa y el dolo imponen responsabilidad al deudor en caso de incumplimiento de la obligación. El caso fortuito lo exonera de toda responsabilidad, salvo las excepciones señaladas; el caso fortuito debe ser probado por el que lo alega, que de ordinario será el deudor. El acreedor deberá probar la existencia de la obligación y la existencia de los perjuicios que cobra. Justificado esto, se presume culpable el incumplimiento de la obligación, y es, por consiguiente, el deudor quien debe probar que no hay culpa de su parte, es decir, que él ha empleado la debida diligencia o cuidado y que no obstante eso, la obligación no ha podido ser cumplida. Pero si el acreedor imputa dolo al deudor, es el acreedor quien debe probarlo.

TEORIA DE LA MORA

Cuarto requisito.

El último de los requisitos necesarios para que la indemnización de perjuicios sea exigible, es que el deudor esté constituido en mora, materia que es una de las más interesantes en todo el estudio del Derecho Civil.

Esta exigencia de la constitución en mora del deudor para que se deban los perjuicios, está expresamente formulada en el artículo 1557 del C. Civil, cuando dice que "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención". Y está corroborada por el artículo 1538 que al referirse a la cláusula penal, que no es sino una indemnización de perjuicios pactada anticipadamente por las partes, dispone que "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, si la obligación es positiva". Y en su inciso 2.º agrega: "Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

Como el artículo 1557 no distingue entre indemnización compensatoria o moratoria, sino que habla únicamente de indemnización de perjuicios, y como el artículo 1538 tampoco distingue entre las penas moratoria o compensatoria, y la indemnización de perjuicios es compensatoria y moratoria, hay que llegar a la forzosa conclusión, aplicando el adagio que "donde la ley no distingue no le es lícito al hombre distinguir", de que ambas indemnizaciones de perjuicios quedan incluidas en estas disposiciones legales, y en consecuencia, cada vez que el acreedor quiera exigir indemnización de perjuicios sea moratoria o compensatoria, necesita previamente constituir en mora al deudor.

La constitución en mora no solamente es necesaria para exigir perjuicios cuando el deudor retarda la obligación, sino aun cuando el cumplimiento de la obligación se ha hecho imposible.

En Francia hay una fuerte corriente doctrinaria en el sentido de que la constitución en mora del deudor, sólo es necesaria para exigir perjuicios moratorios, mas no compensatorios. La misma opinión sigue don Alfredo Barros E. en su Curso de Derecho Civil, opinión que es enteramente inaceptable en la legislación chilena. Puede aceptarse en Francia, donde los textos legales permiten una interpretación distinta, donde al lado del C. Civil hay otro Código formado por la Jurisprudencia de los Tribunales y la doctrina de los autores; pero en Chile, donde hay dos artículos terminantes, me parece inaceptable, y debo advertir que aun en Francia, esta opinión no se ha seguido siempre por los Tribunales, porque la Corte de Casación ha establecido en algunas sentencias lo que sustentan los artículos 1537, 1557 y 1538 del C. Civil chileno.

Si toda indemnización de perjuicios, sea compensatoria o moratoria no puede exigirse sin que previamente el deudor esté constituido en mora, esta regla no rige, sin embargo, en todas las obligaciones, como se desprende también, de los términos de las disposiciones que acabo de citar. La constitución en mora del deudor es requisito previo para exigir perjuicios compensatorios y moratorios en las obligaciones de dar y en las obligaciones de hacer; en las obligaciones de no hacer no es necesaria porque no es ella posible; la indemnización de perjuicios en estas obligaciones se debe desde el momento de la contravención; la obligación de no hacer le impone al deudor la prohibición de hacer algo: si el deudor no ejecuta lo prohibido, la obligación se está cumpliendo, y si el deudor ejecuta lo prohibido, ya no cabe hablar de mora; en el instante preciso que el deudor hace lo que no debe hacer, hay infracción de la obligación y no retardo en el cumplimiento. Como la naturaleza misma de las cosas se opone a la constitución en mora del deudor, en estas obligaciones, la ley ha tenido que reglamentar esta cuestión y de ahí la regla del artículo 1557. "Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención". Análoga disposición consigna el artículo 1538, inciso 2.º: "Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

¿Qué es la mora?

¿En qué consiste la mora? ¿Cuándo se puede decir que el deudor está constituido en mora?

Si analizamos las diversas disposiciones del C. Civil y aun las del C. de Comercio, observaremos que en muchas de ellas, la ley ha señalado una época, una oportunidad en la cual el deudor debe cumplir su obligación. Así, por ejemplo, el artículo 1826 del C. Civil, dice que "el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada por él". Hay aquí una época fijada para que el deudor cumpla su obligación. Otro tanto sucede en el artículo 1872 que dice que el comprador deberá pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo de la entrega no habiendo estipulación en contrario. Cabe decir igual cosa, en el contrato de arrendamiento: el artículo 1944 señala una época para el cumplimiento de la obligación del arrendatario de pagar el precio; lo mismo sucede en el artículo 2180 que fija al comodatario una oportunidad o época para restituir la cosa prestada; y así, hay muchísimos otros artículos del C. Civil que establecen disposiciones análogas.

En el C. de Comercio pueden citarse por vía de ejemplo, como artículos que señalan la época u oportunidad en que debe cumplirse la obligación por parte del deudor, el 144, el 155 y el 378. En todos estos artículos la ley dice al deudor en qué momento debe cumplir su obligación.

Si el deudor no cumple su obligación en la oportunidad o época fijada por la ley, si deja transcurrir esa época u oportunidad sin satisfacer a su acreedor, se dice que el deudor está retardado, se dice que hay retardo en el cumplimiento de la obligación; pero no se dice que hay mora, porque para que ésta se produzca, es menester que el acreedor haga saber a su deudor que el incumplimiento le está causando un perjuicio.

Por lo que, puede definirse el retardo como el incumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley.

Mientras hay retardo, mientras hay incumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley, no hay mora, porque hasta ese momento el acreedor no ha hecho saber al deudor, no le ha significado el perjuicio que el retardo le está originando; quiere decir que ese retardo no daña al acreedor, que ese retardo no le perjudica, y puede verse en el silencio del acreedor hasta una aquiescencia tácita de su parte a que el deudor persevere en el estado de retardo.

Pero en el momento que el acreedor se queje y le haga saber a su deudor que el retardo le está perjudicando, en ese mismo momento en que el acreedor reclama, deja de haber retardo y éste pasa a convertirse en mora, porque desde ese instante el deudor sabe que el hecho suyo, que el incumplimiento de su parte, está causando un daño en el patrimonio del acreedor. Por eso se dice que hay mora cuando el hombre interpela, cuando el hombre le hace saber al deudor que lo está perjudicando con su incumplimiento.

De lo dicho se desprende que la mora puede definirse diciendo que es el retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la manifestación de voluntad del acreedor.

Las explicaciones precedentes permiten ver con toda distinción las diferencias que hay entre el retardo y la mora; el retardo es el simple atraso en el cumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley; la mora es el atraso perjudicial al acreedor, el atraso más allá de la época fijada por la voluntad del acreedor. La palabra retardo es genérica, comprende todo atraso en el cumplimiento de la obligación; la palabra mora es específica, se refiere a un determinado retardo, al que perjudica al acreedor; y por lo tanto, mientras todo retardo no es mora, toda mora es retardo, y a ella se refiere el artículo 1551.

Todas estas explicaciones se sintetizan en estas dos frases: "cuando la ley interpela, hay retardo"; cuando el hombre interpela, hay mora.

Esta distinción de la mora y el retardo, está formulada y precisada en nuestro C. Civil al hablar de la cláusula penal en los artículos 1537 y 1538. Según el primero, "antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino que sólo la obligación principal, etc." Y el artículo 1538 agrega: "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, si la obligación es positiva". Y en su inciso 2.º agrega: "Si la obligación es negativa se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse.

Luego antes de la constitución en mora del deudor, hay otro estado jurídico que no es la mora; hay un estado jurídico en que puede exigirse la obligación principal y en el cual, sin embargo, no podrían exigirse

se los perjuicios. Ese estado jurídico que corre entre la obligación y la constitución en mora del deudor, es el retardo.

Esto mismo pone en evidencia otra cosa que no es lo mismo que la constitución en mora del deudor, la exigibilidad de una obligación; una y otra son estados enteramente diversos, y para que proceda la indemnización de perjuicios, no es necesario que la obligación sea exigible, sino que es necesario que el deudor esté constituido en mora.

Es evidente entonces, que el deudor no puede exigir indemnización de perjuicios, cuando sólo hay retardo. Esto mismo pone en evidencia que no son una misma cosa en el Derecho, la exigibilidad de una obligación y la constitución en mora del deudor; que una obligación sea exigible no quiere decir que el deudor esté constituido en mora; puede haber una obligación exigible sin que el deudor esté constituido en mora, y esta distinción fluye de los artículos 1537 y 1538. Si la mora y la exigibilidad de una obligación fueran una misma cosa, ¿se concebiría que pudiera exigirse la obligación antes de constituirse el deudor en mora? Son dos instituciones que provienen de causas enteramente distintas: una obligación es exigible desde que no haya plazo ni condición suspensiva pendiente que retarde sus efectos; desde el momento que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la obligación al deudor, la obligación es exigible. En cambio, hay mora de parte del deudor, cuando no ha cumplido su obligación dentro de la época señalada por la manifestación de voluntad del acreedor.

Es cierto que hay un caso en el C. Civil, el del N.º 1.º del artículo 1551 en que coinciden y se confunden la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora del deudor; ese caso ocurre cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado. Esa obligación pasa a ser en ese mismo instante exigible. Pero este resultado, ¿es la consecuencia de ser la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora, una misma cosa? No, de ninguna manera, es la consecuencia de que un mismo hecho dé origen a dos situaciones distintas; el vencimiento del plazo origina dos situaciones diferentes, y es por eso que no puede confundirse la exigibilidad de una obligación y la constitución en mora. La prueba más evidente de que no son una misma cosa nos la suministra el artículo 1551; N.º 1.º, puesto que agrega "...salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora".

En este caso que la ley contempla en la 2.ª parte del artículo 1551, N.º 1.º, no basta el vencimiento del plazo para que el deudor esté en mora, y sin embargo, la obligación es exigible. ¿Por qué? Porque en estos casos el vencimiento del plazo, si bien tiene la virtud de hacer exigible la obligación, no tiene la virtud de constituir en mora al deudor. Un ejemplo de esto, lo tenemos en el artículo 1949 del C. Civil al hablar de la mora del arrendatario, en que es necesario, para que proceda la mora, que el arrendador requiera al arrendatario, y si requerido el arrendatario no restituye la cosa, será condenado a todos los perjuicios de la mora.

Como según el artículo 1557, la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, y como la constitución en mora no es lo mismo que la exigibilidad de una obligación, ni el hecho de que ésta sea exigible quiere decir que el deudor está constituido en mora, hay que llegar a la conclusión que no basta que una obligación sea exigible para que el acreedor pueda pedir indemnización de perjuicios, porque para ello, es requisito esencial la constitución en mora del deudor.

REQUISITOS DE LA MORA

Teniendo presente que la interpelación al deudor por el acreedor, es indispensable para constituir en mora a aquél, porque mediante este acto, el acreedor le significa o manifiesta que la inejecución le acarrea perjuicios, y tomando en cuenta la definición que en la clase anterior dimos de la mora, resulta que los elementos constitutivos de esta institución jurídica, que las circunstancias que deben concurrir para que el deudor esté constituido en mora, son las tres siguientes: 1.º) Que haya un retardo por parte del deudor en el cumplimiento de la obligación; 2.º) Que éste retardo sea culpable; y 3.º) Una interpelación del acreedor al deudor.

Primer requisito.

Es indudable que toda mora implica la idea de retardo; por esta razón es esencial, para que pueda haber mora, que el deudor se atrase en el cumplimiento de la obligación; si el deudor cumple oportunamente la obligación, si no difiere ese cumplimiento más allá de la época debida, no cabe hablar de mora.

Segundo requisito.

"Que este retardo sea culpable", es decir, que el retardo provenga de un hecho del deudor, que sea culpable, esto es, que pueda imputarse a su culpa o dolo.

Que el retardo provenga de un caso fortuito o fuerza mayor, no es razón suficiente para constituir en mora al deudor, porque es sabido que del caso fortuito nadie responde. La idea de mora supone necesariamente un retardo culpable, esto es, imputable a su culpa o a su dolo.

Hay sin embargo, quienes creen que este requisito, no es esencial para constituir en mora al deudor, que puede haber mora aunque el retardo no sea culpable, y se fundan para ello en el inciso 2.º del artículo 1558, que establece que "la mora producida por caso fortuito o fuerza mayor, no da derecho a indemnización de perjuicios". En concepto de los que tal opinión sustentan, es mora todo retardo en el cumplimiento de una obligación, seguido de una interpelación, cualquiera que sea la causa que produzca el retardo, sea imputable al deudor, sea proveniente de un caso fortuito o fuerza mayor, porque el artículo 1558, se ha referido especialmente a la mora producida por el caso fortuito; y agregan que el único efecto que produce la mora, derivada de un caso fortuito, es el de negarle al acreedor el derecho de exigir indemnización de perjuicios, pero todos los demás efectos de la mora se producen, porque la mora existe aún en esta circunstancia.

Era esta la opinión que sustentaba en sus clases el señor Bahamonde.

En mi concepto, esta opinión no tiene asidero en la ley; en mi opinión, y en opinión de la mayoría de los que han estudiado esta materia, es necesario para constituir en mora al deudor, que el retardo sea culpable, que provenga del hecho o culpa del deudor; porque si es cierto que el artículo 1558 habla de la mora producida por el caso fortuito, no hay que olvidarse que en unos cuantos artículos anteriores, el C. Civil chi-

leno nos ha dicho en el artículo 1547 que el deudor no responde del caso fortuito, y hay aquí un principio de carácter general y absoluto; pero no ha entrado la ley a distinguir si el caso fortuito exime de responsabilidad al deudor cuando no puede cumplir definitivamente la obligación, o cuando sólo la retarda. Este principio consignado en el artículo 1547 no aparece derogado en forma expresa, en una forma manifiesta por la disposición del artículo 1558, única manera en que la ley habría podido consignar una excepción, toda vez que una excepción es de derecho estricto y no se presume.

En seguida, el caso fortuito exime de toda responsabilidad al deudor, aun cuando el cumplimiento de la obligación se haya hecho imposible. Si por un caso fortuito perece la cosa, se extingue su obligación y cesa en absoluto su responsabilidad. Cabe preguntarse, ¿no sería absurdo, no sería ilógico y contrario al sentido común, que el deudor quede eximido de responsabilidad por el hecho más grave, por el incumplimiento total y definitivo de la obligación y quede, sin embargo, responsable en el caso en que la fuerza mayor produzca solamente el retardo en el cumplimiento de la obligación? Si aceptáramos la opinión que ahora se refuta, tendríamos que llegar a la conclusión de que el deudor, en lugar de responder del caso de mayor gravedad, respondería del caso menos grave. Hay una regla de hermenéutica de que las diversas disposiciones de la ley deberán interpretarse unas con otras; de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía. Pues bien, aplicando este principio de hermenéutica, tenemos que llegar a la conclusión forzosa de que hay dos expresiones en el C. Civil, dos expresiones que son incompatibles, la mora y el caso fortuito. El artículo 681 del C. Civil nos suministra una prueba; el artículo 681 contenido en el título de la tradición dice que "se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario". El decreto judicial que obsta a la entrega de una cosa, al pago de una obligación, es un caso fortuito o fuerza mayor, expresamente señalado en el artículo 45; el deudor a quien se le notifica que se abstenga de pagar al adquirente; a quien se le ha hecho saber que no debe entregar la cosa objeto de la tradición, se encontraría en mora en opinión de la doctrina que se refuta, y es claro, que en el artículo 681, el deudor no está constituido en mora. Tenemos en seguida, el artículo 1826, inciso 2.º, que dice: "si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos, con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales". Y cabe aquí preguntarse, ¿si el vendedor retarda la entrega por un caso fortuito, podría su acreedor perseverar en el contrato o desistir de él con derecho para ser indemnizado de los perjuicios? Hay que llegar a la conclusión, a contrario sensu, que el caso fortuito no es razón suficiente para constituir en mora al deudor. El artículo 1926 nos suministra otra prueba de lo que vengo diciendo: "si el arrendador por hecho o culpa suya o de sus agentes o dependientes, es constituido en mora de entregar, tendrá derecho el arrendatario a indemnización de perjuicios" (inciso 1.º). Cabe aquí la pregunta: ¿Y si el arrendador no se constituye en mora por hecho o culpa de sus agentes o dependientes, sino por caso fortuito o fuerza mayor, tendría el acreedor el derecho que el artículo le otorga? Es claro que no. Agrega el inciso 2.º: "Si por el retardo se disminuyere notablemente para el arrendatario la utilidad del contrato, sea por haberse deteriorado la cosa o por haber cesado las circunstancias que lo motivaron, podrá el

arrendatario desistir del contrato, quedándole a salvo la indemnización de perjuicios, siempre que el retardo no provenga de fuerza mayor o caso fortuito”.

Todo esto demuestra entonces, que el deudor queda descargado de responsabilidad aun en el caso de ejecución tardía de la obligación, cuando esta ejecución tardía no es imputable a su culpa o a su dolo, sino al caso fortuito.

Aun más, el artículo 1558 nos suministra todavía otra prueba de lo que vengo diciendo; el efecto principal de la mora es otorgar al acreedor el derecho de exigir indemnización de perjuicios, y si el principal efecto no se produce en el caso de la fuerza mayor, es precisamente porque en el ánimo del legislador no estuvo jamás la intención de constituir en mora al deudor por el caso fortuito; y el simple empleo de una palabra legal no basta para destruir toda una teoría. El artículo 1559 dice que los intereses moratorios, en caso de retardo, se deben sin necesidad de justificar perjuicios (N.º 2.º). ¿Podría alguien entender que la ley se ha referido aquí a algo distinto de la mora, ya que emplea la palabra retardo? Es indudable que la ley ha querido decir que los intereses se deben desde que el deudor está constituido en mora. Infinitos son los artículos del C. Civil y del C. de Comercio que hablan de resolución y rescisión indistintamente, lo que indica sólo el mal empleo de una palabra, pero no de allí puede derivarse una doctrina legal.

Finalmente, el C. de Comercio nos suministra otro argumento en apoyo de la teoría que aquí se viene sustentando. El artículo 379 del Código citado dice que “el retardo de la entrega del aporte sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso, o proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para compelerle al cumplimiento de su obligación”. Y agrega en su inciso 2.º que “en uno y otro caso, el socio moroso responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad”.

Este artículo 379 del C. de Comercio habla del retardo, sea cual fuere la causa que lo produzca, es decir, sea que el retardo provenga del hecho o culpa del deudor, o sea que provenga del caso fortuito, autoriza a los demás socios para proceder en la forma que el artículo indica. ¿Qué prueba esta disposición? Una vez más la doctrina que se está sustentando; fué necesario el texto expreso de la ley por constituir una excepción. De lo contrario habría sido una disposición redundante e innecesaria, y como la excepción confirma la regla, tenemos que llegar nuevamente a la conclusión de que sólo es mora la que proviene del hecho o culpa del deudor, y que no hay mora cuando el incumplimiento proviene del caso fortuito o fuerza mayor.

Tercer requisito.

Interpelación del acreedor al deudor.

La interpelación es el acto por el cual el acreedor manifiesta al deudor que el incumplimiento de la obligación lo perjudica.

Es el más esencial de los elementos constitutivos de la mora, porque mientras él no se produzca, el deudor está simplemente retardado; mientras el acreedor no le signifique al deudor que su actitud le perjudica o le daña, no hay motivo para creer que el incumplimiento esté irrogando un perjuicio; puesto que el acreedor guarda silencio, hay sobrados motivos para creer que el acreedor tácitamente está autorizando al deudor para

que persevere en el atraso. En todo caso, la ley supone que el daño que el acreedor está experimentando en su patrimonio, no es un daño demasiado grande. Posiblemente ese perjuicio se produzca, pero en concepto de la ley, puesto que el acreedor no se queja, no hay perjuicio.

La interpelación puede ser contractual y extracontractual según que ella se haga al contraerse la obligación o posteriormente.

Interpelación contractual es la que se hace mediante un convenio de las partes. Puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el acreedor la hace expresamente, explícitamente, cuando en el contrato manifiesta su voluntad o su deseo que la obligación se cumpla en tal o cual oportunidad. La manera usual o corriente de hacer esta interpelación, según la ley, es señalando en el contrato un plazo para que el deudor cumpla su obligación. El señalamiento de un plazo importa una interpelación expresa y anticipada y el no cumplimiento de la obligación en ese plazo va a producir un perjuicio al acreedor.

La interpelación contractual es tácita cuando se deduce de la naturaleza de la obligación, cuando sin necesidad de que las partes la estipulen expresamente, aparece del objeto mismo que las partes tienen en vista al contratar que la obligación no puede ser cumplida útilmente, sino dentro de cierto tiempo.

En ambos casos, sea la interpelación contractual expresa o tácita, el deudor queda constituido en mora por el solo vencimiento del plazo sin que en él se haya cumplido la obligación.

La interpelación extracontractual es la que proviene de un acto posterior del acreedor, por el cual manifiesta a su deudor que la inejecución le perjudica. En aquellos casos en que no ha habido una interpelación contractual, es cuando se necesita una interpelación extracontractual posterior a la obligación, porque sin declaración del acreedor que el incumplimiento le perjudica no hay mora, ya que la mora consiste en el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación más allá de la época fijada por la manifestación de voluntad del acreedor.

Estos son los principios jurídicos que rigen la mora,

Vamos a ver, ahora, cómo los aplica la legislación chilena.

El C. Civil no ha definido la mora; el art. 1551 se limita a señalar los casos en que el deudor se halla constituido en mora, aplicando estricta y fielmente los principios jurídicos que acabo de exponer acerca de lo que es la mora, y cuales son los requisitos necesarios para constituir en mora al deudor. Dice el art. 1551: "El deudor está en mora: 1.º) 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.º) 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; 3.º) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

¿Cuál es la regla general en materia de constitución en mora del deudor? La regla general en la legislación chilena, es la del N.º 3.º del artículo 1551, como se desprende de la frase: "en los demás casos"; las reglas primera y segunda son, en consecuencia, casos de excepción. Luego, la regla del N.º 3.º se aplica cada vez que no sea posible aplicar la de los N.ºs 1.º y 2.º. De esto se deduce otra consecuencia: que constituyendo los N.ºs 1.º y 2.º del artículo 1551 una excepción, como preceptos de excepción deben interpretarse restrictivamente, y no deben aplicarse sino a los casos a que especialmente se refieren esos números.

Examinemos separadamente cada uno de los tres números del artículo 1551.

N.º 1.º Del artículo 1551.

“Cuando el deudor 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”.

De este número se desprende que si en un contrato se ha señalado un plazo o término para el cumplimiento de la obligación, el deudor queda constituido en mora, sin necesidad de requerimiento judicial, por el solo vencimiento del plazo: Juan debe pagarle a Pedro cien pesos el 1.º de Mayo; basta que haya llegado el 1.º de Mayo sin que Juan pague los cien pesos a Pedro, para que quede constituido en mora, en conformidad al N.º 1.º del artículo 1551.

¿Se alteran aquí los principios de la mora? No se alteran, porque ha habido una interpelación, ¿cuándo? Cuando al convenir el contrato el acreedor le dijo al deudor: “Usted debe cumplir su obligación en tal época en que necesito el cumplimiento útil de la obligación”.

Para que tenga lugar lo dispuesto en el N.º 1.º del artículo 1551, es menester que se trate de un plazo convenido, estipulado por las partes, de un plazo que emane de las voluntades concordantes del deudor y del acreedor, porque eso significa la palabra estipulado, que es sinónima de convenido, contratado. De ahí que si el deudor deja pasar el plazo legal, el que la ley ha señalado, pero que no han fijado las partes, no cabría hablar de mora, y habría que ir entonces al N.º 3.º del artículo 1551.

Esta regla del N.º 1.º del artículo citado, tiene ciertas excepciones; el mismo N.º 1.º dice: “... salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora”.

Hay casos en los cuales el simple vencimiento del plazo estipulado en el contrato no basta para constituir en mora al deudor; es necesario que con posterioridad al vencimiento, el acreedor haga una nueva manifestación de voluntad. Esto sucede, como dice el N.º 1.º del artículo 1551 “en los casos en que la ley exija que se requiera al deudor para constituirle en mora”. Es lo que pasa con la disposición del artículo 1538 del C. Civil, que pudiera aparecer a primera vista, en contradicción con el artículo 1551, N.º 1.º, porque dice: “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 si la obligación es positiva” (inciso 1.º). Se dirá, ¿a qué caso se refiere este artículo? Se refiere, precisamente a aquel en que el simple vencimiento del plazo no basta para constituir en mora al deudor, al mismo caso a que se refiere la segunda parte del N.º 1.º del artículo 1551. La ley, por razones de conveniencia, dispuso que en algunos casos no basta la simple estipulación de las partes en el contrato para constituir en mora al deudor en caso de incumplimiento, y que es necesario un nuevo requerimiento de parte del deudor. Así sucede con el artículo 1949; y lo mismo pasa con el artículo 1977; e igual cosa ocurre en el caso del artículo 737 del C. de Comercio en materia de protesto de letras de cambio; el aceptante de una letra de cambio no está en mora de pagarla por el solo hecho de que a su vencimiento no la pague, sino que es menester un nuevo requerimiento, el protesto, y sólo una vez protestada la letra se deberán los intereses penales correspondientes.

El N.º 1.º del artículo 1551 del C. Civil, ¿se aplica a las obligaciones condicionales de condición suspensiva una vez que ésta ha sido cumplida? Nó, porque el N.º 1.º del artículo en estudio exige un plazo y no una condición. Así resulta de infinitos artículos del C. Civil, que ponen en evidencia la distinta naturaleza de una y otra institución, que ponen de manifiesto que no es lo mismo el vencimiento del plazo que el cumplimiento de una condición; por ejemplo, el artículo 2163 contenido en el título del mandato. Como el artículo 1551 N.º 1.º debe ser interpretado restrictivamente, no puede aplicarse fuera de los casos a que se refiere, hay que llegar a la conclusión que no siendo el término y la condición una misma cosa, la ley al hablar de término no ha querido referirse al vencimiento de una condición. En síntesis, en las obligaciones condicionales de condición suspensiva, la constitución en mora del deudor se rige, no por el N.º 1.º, sino por el N.º 3.º del artículo 1551.

Otro caso: en un testamento el testador dice: "Lego a Pedro mil pesos para que mis herederos se los paguen dos años después de mi muerte". Llegan los dos años fijados por el testador y los herederos no pagan los mil pesos a Pedro, ¿están los herederos en mora? El artículo 1551, N.º 1.º, dice: "dentro del término estipulado", de manera que no es cualquier término el que basta a su vencimiento para constituir en mora al deudor, sino que el término estipulado, y la palabra estipulado en su sentido natural y obvio, es sinónima de convenir, de pactar, de contratar. Luego, el artículo 1551, en su N.º 1.º, se refiere al plazo convenido, al plazo contratado por las partes, al que resulta del acuerdo de las partes, del deudor y del acreedor, y no al que proviene de una voluntad unilateral.

Corrobora esta interpretación la historia fidedigna del establecimiento de la ley. En el proyecto del C. Civil de 1853 esta disposición figuraba así: "El deudor está en mora: 1.º) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, si en el contrato se expresa que por la mera expiración del término quedará constituido en mora..." Esta frase, que la Comisión Revisora suprimió por considerarla inútil y redundante, está indicando precisamente, la doctrina que se viene sustentando.

Todavía hay otra razón más, ¿quién debe interpelar al deudor para constituirlo en mora? El acreedor, porque la interpelación es la manifestación que el acreedor hace al deudor de que el incumplimiento de su obligación lo perjudica; y en caso del legado, ¿ha interpelado el acreedor al deudor? No ha hecho esa interpelación, y sin ella no puede haber mora.

Llegamos entonces a la conclusión de que en las obligaciones testamentarias, aunque se señale un plazo para el cumplimiento de la obligación, el deudor no queda constituido en mora por el simple vencimiento del plazo, sino mediante la reconvención judicial del legatario. En otros términos, la mora en el caso de las obligaciones testamentarias no se rige por el N.º 1.º del artículo 1551, sino por el N.º 3.º del mismo artículo.

Esta materia fué debatida por los Tribunales de Justicia y la Corte Suprema la resolvió en una sentencia redactada por don Leopoldo Urrutia y que es una de las más brillantes que ha dictado la Corte Suprema; figura en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo II, sección primera, página 5.

N.º 2.º Del artículo 1551.

“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 dárla o ejecutarla”.

Hay aquí una interpelación contractual tácita, deducida de la naturaleza de la obligación, del objeto que las partes persiguen al contraerla. En este caso hay también, una estipulación de plazo, pero no una estipulación expresa colocada explícitamente, sino una estipulación convencional presumida por la naturaleza de la obligación. La finalidad que las partes han perseguido al contraerla está manifestando claramente que ella no puede ser cumplida útilmente y en forma beneficiosa para el acreedor, sino dentro de una determinada época, de manera que si el deudor no lo hace, irrogaría un perjuicio al acreedor. En este caso, basta entonces que el deudor haya dejado pasar la época en la cual la obligación pudo cumplirse útilmente, para que quede constituido en mora, sin necesidad de requerimiento judicial de parte del acreedor. Ejemplo: Un individuo va a un garage y solicita que se le arriende un automóvil por cuatro días para las fiestas patrias. El dueño del garage deja pasar el 18 de Septiembre, y no entrega el automóvil. En este caso, el deudor se ha constituido en mora, ya que de la naturaleza de la obligación se desprende en forma inequívoca que el automóvil debió ser entregado antes del 18, porque en esos días lo necesitaba el arrendatario.

N.º 3.º Del artículo 1551.

En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

Constituye la regla general; quedan comprendidas en este número las obligaciones puras y simples; aquellas en que no hay señalamiento de plazo; las obligaciones que tienen un plazo legal, las obligaciones condicionales, las obligaciones testamentarias, las obligaciones derivadas de un contrato bilateral cuando ninguna de las partes las ha cumplido oportunamente, porque con arreglo al 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”. Si el comprador tiene un plazo para pagar, y el vendedor otro para entregar, y ambos dejan pasar sus plazos, ninguno de los dos está en mora, porque la mora de uno purga la mora del otro, como lo veremos más adelante. Quedan incluidos también en este número los casos de excepción a que se refiere el N.º 1.º del art. 1551, y en general, toda obligación que no pueda ser incluida dentro de los números 1.º y 2.º del artículo 1551.

En todas estas obligaciones, para que el deudor quede constituido en mora, es menester que el acreedor lo reconvenga judicialmente, y esa interpelación del acreedor se hace mediante una reconvención judicial.

El N.º 3.º del artículo 1551 del C. Civil dice, como ya hemos visto, que el acreedor queda constituido en mora en los demás casos, cuando ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor. Las palabras de la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio y según el uso general y corriente de las mismas palabras. En conformidad a esta regla de hermenéutica, reconvénir significa hacer cargos a una persona, y como la reconvención, en el caso del N.º 3.º, debe ser judicial, es necesario que el acreedor formule los cargos judicialmente, es decir, exija al deudor el

cumplimiento de la obligación por vía judicial, y esto se hace por medio de una demanda interpuesta en forma, en conformidad al C. de P. Civil. Por eso, la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia ha resuelto que la demanda judicial deducida por el acreedor al deudor, en que le pide el cumplimiento de la obligación, en que le pide indemnización de perjuicios, en que le pide la resolución del contrato, son suficientes reconvencciones en concepto del N.º 3.º del artículo 1551. Hay una abundante Jurisprudencia a este respecto que puede consultarse con provecho.

Un emisario, una carta o un requerimiento verbal, no serían suficientes para constituir en mora al deudor, porque en el N.º 3.º exige la reconvencción judicial. Hay en esto diferencia con el C. francés, porque en este se admite que en ciertos casos una carta, un requerimiento verbal o un emisario son suficientes, para constituir en mora al deudor. Por la misma razón anterior, una simple notificación judicial, en que el acreedor le hiciere saber al deudor que desea constituirlo en mora, sin deducir una acción en forma, tampoco serviría para la constitución en mora, a juicio de la Corte Suprema, porque en conformidad al N.º 3.º del artículo 1551, es necesario la reconvencción judicial por medio de una demanda.

EFFECTOS DE LA MORA

En mora puede incurrir tanto el deudor como el acreedor: el deudor, al no cumplir su obligación, al no cumplir oportunamente la prestación debida; el acreedor, al no recibir en el tiempo oportuno la cosa que el deudor debe entregar.

Los efectos de la mora del deudor y los efectos de la mora del acreedor, son muy distintos. Los efectos que produce la mora del deudor son: en primer lugar, da derecho para exigir indemnización de perjuicios, con arreglo al artículo 1557, y es este el efecto fundamental y característico de la mora; 2.º) Hace responsable al deudor del caso fortuito sobrevenido durante su mora, en conformidad al artículo 1547 y 1672, salvo que el caso fortuito sea de aquellos que habrían sobrevenido igualmente si la cosa se hubiera encontrado en poder del acreedor; y 3.º) Pone a cargo del deudor los riesgos del cuerpo cierto, cuya entrega se deba, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1550 del C. Civil, que dice: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas: en cualquiera de estos casos será a cargo del deudor el riesgo de la cosa hasta su entrega".

Pasamos ahora a la mora del acreedor.

Si el deudor tiene la obligación de entregar la cosa oportunamente, incurriendo en mora en caso contrario, el acreedor tiene también por su parte, la obligación, consecuencia de aquella, de recibir en la debida oportunidad lo que el deudor le entregue, porque el acto de entregar supone el acto de parte del deudor, de tomar la cosa y darla al acreedor, y supone un acto de este último de recibir para sí lo que aquél le entrega.

Puede suceder que el acreedor no quiera recibir la cosa que el deudor debe entregarle, que no se presente a recibirla, que no comparezca al acto de la entrega, y deje al deudor en la imposibilidad de satisfacer su obligación. La situación a que da origen esta actitud del acreedor es lo que constituye la mora del acreedor, o sea la resistencia negativa del acreedor a recibir la cosa, mora a la cual se refieren especialmente los artículos 1548, 1680 y 1827 del C. Civil.

Pero surge aquí un primer problema, que por lo mismo que es complejo y difícil, los autores de Derecho le sacan el cuerpo y ninguno de ellos lo resuelve: ¿desde cuando está en mora el acreedor de recibir la cosa que el deudor le debe? ¿Cuál es el momento en que el acreedor queda constituido en mora?

El artículo 1551 nos dice cuando está el deudor en mora, pero no dice cuando lo está el acreedor. La ley ha reglamentado el pago por consignación sólo como una manera de descargar al deudor para llegar al cumplimiento de la obligación cuando el acreedor se niega a recibir lo que el deudor le debe. Hay que precisar, pues, dentro de los preceptos legales, cuando se produce esta situación jurídica denominada mora del acreedor.

A mi juicio, el acreedor queda constituido en mora de recibir, únicamente después que la cosa le ha sido ofrecida por el deudor. ¿Por qué? Porque el artículo 1680 del C. Civil que determina los efectos que produce la mora del acreedor y que dice: "La destrucción de la cosa 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", señala como punto inicial para que ese efecto se produzca, la oferta de la cosa al acreedor. Si recurrimos a los artículos 1548 y 1827, llegamos también a la misma solución; el artículo 1548 no hace sino consignar la regla del artículo 1680 en otros términos, ya que establece: "La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si esta es una especie a cuerpo cierto, contiene además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir". Y el artículo 1827 vuelve otra vez a decir lo mismo, cuando establece: "Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será responsable del dolo o de la culpa grave".

¿Y qué efectos atribuyen a la mora del acreedor los artículos 1548 y 1827? El mismo efecto que le atribuye el artículo 1680 una vez que el deudor haya ofrecido la cosa al acreedor y éste no quiera recibirla. Si los efectos en los tres artículos son iguales, es porque la causa es la misma, de donde se llega a la conclusión de que la ley entiende por mora del acreedor la que ocurre únicamente después que la cosa le ha sido ofrecida por el deudor.

Hay, aun, una razón de sentido común para estimar que no podría quedar el acreedor constituido en mora sin un acto previo de parte del deudor; es menester una intención previa del deudor de entregar la cosa, porque el acto de recibir es consecuencia del acto de entregar. Si el deudor por su parte, no hace ademán de entregar, no puede saberse que el acreedor quiera o no recibir la cosa.

Por estas razones, la única manera de constituir en mora al acreedor en la legislación chilena, es mediante el ofrecimiento que el deudor debe hacerle de la cosa al acreedor y el rechazo por parte de éste de recibir.

Algunos han sostenido que para constituir en mora al acreedor es menester la consignación; que no basta simplemente la oferta por parte del deudor, sino que es necesario que se proceda a la consignación válida de la cosa.

El pago por consignación es una manera de extinguir una obligación cuando el acreedor no comparece a recibirla o repudia la recepción.

Pero aquí no se trata de extinguir una obligación, sino que se quiere dejar constancia que el acreedor no quiere recibir la cosa, y no es posible asimilar las reglas del pago con las reglas que tratan de la mora del acreedor. El artículo 1680, por lo demás, no habla de consignación, habla de oferta. De modo que ¿desde qué instante hay para la ley retardo en recibir la cosa? Desde el momento, lo dice el artículo 1680, en que ha sido ofrecida, y desde ese momento el acreedor queda constituido en mora.

Hay todavía otras razones para sostener que basta la simple oferta del deudor, sin necesidad de consignación, para constituir en mora al acreedor. El procedimiento del pago por consignación tiene por objeto extinguir una obligación, procedimiento que la ley ha creado para los casos en que el acreedor no quiera recibir la cosa; no es lo normal y corriente en la vida del Derecho que esto suceda, pero la ley ha querido ponerse en ese caso, y ha establecido un procedimiento especial a fin de descargar al deudor de responsabilidad. Tal es el pago por consignación, pago que produce los mismos efectos, según la ley, que si se tratara de un pago efectivo, normal. Si el pago por consignación tiene por objeto presumir que el deudor ha entregado y el acreedor recibido, ¿no habría una falta de lógica manifiesta en decir que la consignación es el requisito para constituir en mora al acreedor? La mora es el retardo en el cumplimiento de una obligación, es aquella situación jurídica que se produce entre la época en que la obligación debió cumplirse y la época en que realmente se cumple; junto con entregarse la cosa, deja de haber mora; la hubo, pro desde ese momento ya no la hay; desde el momento mismo en que la obligación se ejecuta, deja de haber mora y sólo hay ejecución de la obligación. ¿Cómo puede decirse, entonces, que la consignación sea necesaria para constituir en mora de recibir, cuando al individuo que paga por consignación se le presume cumpliendo su obligación?

Finalmente, el artículo 1552 es otro argumento en favor de la doctrina que aquí se sustenta. Dice este artículo: "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 debido".

Para que en los contratos bilaterales uno de los contratantes esté constituido en mora, es menester que el otro, por su parte, cumpla o se allane a cumplir, pues la ley no exige que cumpla, basta que se allane a cumplir; de modo que para que el deudor constituya en mora al acreedor, no es necesario que le entregue la cosa, basta que se allane a entregarla, y el individuo que ofrece una cosa se allana a entregarla.

Surge aquí otra cuestión: ¿La oferta que el deudor debe hacer al acreedor para los efectos del artículo 1680, debe ser la oferta a que se refiere el artículo 1600, al tratar del pago por consignación, o debe ella hacerse en cualquiera forma eficiente o probarse por cualquiera otro medio probatorio? Cuestión también, difícil de resolver. El artículo 1680 exige únicamente que la cosa haya sido ofrecida; aquí no se trata del pago por consignación; se trata de saber si el acreedor quiere o no quiere recibir; y no sería humano que se obligara al deudor a probar en un juicio engorroso y largo, algo que puede probar por cualquier otro medio probatorio. Sin embargo, el problema es bastante discutible.

En cuanto a los efectos que produce la mora del acreedor, ellos son los siguientes: 1.º) descarga al deudor del cuidado ordinario de la cosa, por lo que el deudor no responde de los daños o deterioros que sobrevengan; 2.º) el deudor sólo es responsable del deterioro que provenga de

su culpa grave o de su dolo; 3.º) finalmente, el deudor tiene derecho a exigir del acreedor la indemnización de los perjuicios consiguientes al no cumplimiento de la obligación. Todo esto en conformidad a los artículos 1548, 1680 y 1827.

DETERMINACION O AVALUACION DE LOS PERJUICIOS

Hemos estudiado ya todos los requisitos necesarios para proceder a la indemnización de perjuicios; hemos señalado las cuatro condiciones indispensables para que el acreedor pueda exigir perjuicios. Concurriendo estos requisitos hay lugar a la indemnización, y llega entonces el momento de proceder a la determinación o avaluación de los perjuicios, es decir, a la avaluación del monto o cuantía de lo que a título de perjuicios, debe el deudor pagar al acreedor.

Esta determinación del monto de los perjuicios puede hacerla la ley, el juez o las partes, y según quien la haga, se llama respectivamente, legal, judicial y convencional.

La liquidación convencional es la que hacen las partes en el contrato, fijando ellas mismas, el monto de su cuantía. El objeto de la liquidación convencional, es evitar precisamente, los inconvenientes a que da origen la avaluación de los perjuicios por el juez. Esta liquidación convencional es la que se conoce en el Derecho con el nombre de cláusula penal, de la que nos ocuparemos en el momento oportuno.

La regla general en materia de indemnización de perjuicios es que ante todo se vea si en el contrato se ha estipulado o no algo al respecto, porque el artículo 1545, dice que "todo contrato celebrado legalmente es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Sólo en defecto de estipulación de las partes, sólo en defecto de cláusula penal se aplican las disposiciones de la ley que rigen la indemnización de perjuicios; y sólo en defecto de las disposiciones legales, entra el juez a la avaluación de los perjuicios según su criterio.

Cabe advertir que tanto en la liquidación legal, como en la liquidación convencional, el papel del juez es meramente pasivo, porque se limita a aplicar lo preceptuado por la ley o por la convención de las partes. El papel del juez es activo cuando no se ha fijado el monto de la cuantía ni por las partes ni por la ley; entonces entra él a fijarla sin más requisitos que los que le fijen su criterio y los artículos 1556 y 1558.

A.—LIQUIDACION JUDICIAL

La liquidación judicial es la que hace el juez, y es la que en la práctica tiene una mayor aplicación, casi podemos decir, que es la que ordinariamente se aplica, porque la liquidación legal sólo tiene cabida en ciertas y determinadas obligaciones, y la contractual o convencional, sólo cuando ha habido estipulación de las partes. La liquidación judicial, según esto, tiene lugar cada vez que la ley o las partes no hayan fijado el monto de la indemnización.

¿Qué comprende la indemnización de perjuicios? El artículo 1556 señala sus elementos: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse re-

tardado el cumplimiento". "Exceptuándose los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

Los elementos constitutivos de toda indemnización de perjuicios son el daño emergente y el lucro cesante. Es la regla general. Pero no hay regla sin excepción, y ésta tampoco escapa a ella, porque el mismo artículo 1556, en su inciso 2.º, nos señala aquella en que la ley limita la indemnización de perjuicios expresamente al daño emergente. En el C. Civil hay casos en que la ley limita los perjuicios al daño emergente y no autoriza la indemnización del lucro cesante: por ejemplo, el artículo 1930 y el artículo 1933, contenidos en el título del Contrato de Arrendamiento.

¿Qué es el daño emergente? ¿Qué es el lucro cesante?

El daño emergente es la pérdida efectiva experimentada por el acreedor a consecuencia del incumplimiento de la obligación, o del cumplimiento imperfecto y tardío de ella; es el empobrecimiento efectivo, la disminución real del patrimonio que el acreedor sufre a consecuencia del incumplimiento de la obligación. Por eso se llama daño emergente, porque es algo que sale o emerge del patrimonio.

El lucro cesante es la utilidad que el acreedor habría obtenido con el cumplimiento efectivo, oportuno e íntegro de la obligación; es el beneficio que al acreedor le habría reportado el cumplimiento oportuno, íntegro y efectivo de la obligación; viene a ser, en buenas cuentas, la privación de la ganancia que el acreedor habría obtenido si la obligación se hubiera cumplido.

Por ejemplo—y este ejemplo es clásico en la doctrina—un empresario teatral contrata a un artista famoso para una temporada. Hace gastos y réclame, lo anuncia en los diarios, pone avisos luminosos, lo anuncia en la radio, etc., y gasta 10 mil pesos en réclame. Llega el día en que está anunciado el estreno y el actor se niega a cumplir el contrato. Está obligado a indemnizar el daño emergente y el lucro cesante. Daño emergente: los diez mil pesos gastados en réclame, porque constituyen la pérdida efectiva experimentada por el acreedor, a consecuencia del incumplimiento de la obligación. Lucro cesante: el beneficio, las ganancias que el acreedor habría obtenido si el actor hubiera hecho las representaciones convenidas.

De estos dos elementos, sin duda alguna, el más importante es el daño emergente, y lo es, porque supone una pérdida real, efectiva y manifiesta en el patrimonio del acreedor. Por eso es que siempre se indemniza, por eso es que en ninguna indemnización de perjuicios puede faltar, porque es lo que constituye en su esencia la indemnización de perjuicios; y como se trata de una pérdida real, manifiesta, efectiva, es fácil probarlo y establecerlo.

No sucede lo mismo con el lucro cesante que es algo hipotético, que es algo que anda en el terreno de las suposiciones; y de ahí la gran dificultad que hay en la práctica para establecerlo.

Los perjuicios se dividen en directos e indirectos, y los directos en previstos e imprevistos.

Perjuicios directos son aquellos que constituyen una consecuencia natural e inmediata del incumplimiento, son aquellos que no se habrían producido si no es porque hay incumplimiento de la obligación; constituyen el efecto necesario y lógico del incumplimiento de la obligación.

Perjuicios indirectos son los perjuicios excepcionales o extraordinarios que si bien se han producido con ocasión del incumplimiento de la

obligación, no han tenido por causa directa e inmediata ese incumplimiento, sino hechos posteriores y extraños al incumplimiento.

La regla general es que se deban los perjuicios directos. Los indirectos no se abonan nunca, ni aun en el caso de dolo del deudor; salvo que las partes, expresamente lo hubieran convenido.

Un ejemplo aclarará estas ideas: y hay uno que, como el anterior, ha pasado a ser clásico en la doctrina: Un agricultor compra cien vacas que resultan enfermas; a consecuencia de ello, contagian a los demás animales del agricultor en tal forma, que se mueren las vacas y todos los demás animales del fundo. Por la falta de animales, el agricultor no puede explotar sus tierras; el descalabro económico que esto le acarrea, lo arrastra a un concurso, y es tal el efecto que esto le produce, que termina por suicidarse. ¿Qué perjuicios debe indemnizar el vendedor de las vacas enfermas? Aquí viene la distinción entre perjuicios directos e indirectos. Perjuicios directos: la muerte de las cien vacas y la muerte de los demás animales por el contagio. Por el no cultivo de las tierras, la declaración en concurso y el suicidio del agricultor, son perjuicios indirectos, porque no han sido la consecuencia necesaria y lógica de la enfermedad de las vacas, ya que si el agricultor hubiera sido más diligente, pudo haber arrendado el fundo, por ejemplo, y evitarse una pérdida mayor; y como perjuicios indirectos que son, no se indemnizan.

Determinar en la práctica si un perjuicio es directo o si es indirecto, es en realidad, una cuestión de hecho, sobre la cual no se puede sino dar reglas generales; el juez apreciará en la práctica cuando un perjuicio es directo y cuando es indirecto.

Los perjuicios directos se dividen en previstos e imprevistos. Perjuicios previstos son los que las partes previeron o pudieron prever al tiempo del contrato. Por ejemplo, un individuo está obligado a entregar cierta cantidad de mercaderías a un comerciante, y no se las entrega oportunamente. Sería un perjuicio previsto el mayor precio que el comerciante habría obtenido con la reventa de las mercaderías, porque es propio del comercio que el comerciante que compra una mercadería, no lo haga para conservarla, sino para sacar provecho de ella.

Perjuicio imprevisto es aquel que las partes no han previsto o no han podido prever al tiempo del contrato; aquellos que no entran en el cálculo de las partes, sino que provienen de algo que los contratantes no se imaginaron jamás. Por ejemplo, un individuo ha prestado dinero a otro, quien no se lo devuelve en el momento oportuno, y a consecuencia de la no devolución, su dueño pierde la oportunidad de comprar acciones, acciones que después suben considerablemente y que si éste las hubiera tenido y las hubiera vendido habría ganado una cantidad considerable de dinero.

En la obra de Ricci, autor italiano, se señala como fallado por los Tribunales italianos, un caso de aplicación de estas reglas. Un comerciante de Turín había contratado con otro la compra de una partida considerable de castañas con el objeto de venderlas en el Cairo, donde las castañas se venderían a un precio fabuloso que le permitiría ganar una gruesa suma de dinero. El vendedor no entregó oportunamente las castañas y por esto, el comprador no pudo venderlas, ni obtener la utilidad que pensaba. Promovió demanda y exigió el mayor precio que las castañas habrían tenido. Los tribunales acogieron la demanda, pero sólo condenaron al demandado a pagar el mayor precio que las castañas habrían obtenido en Turín, porque no estaba dentro de la previsión del

vendedor, suponer que el otro iba a revender las castañas a una distancia tan considerable.

Como en el caso anterior, determinar si un perjuicio es previsto o imprevisto, es una cuestión de hecho; en algunos casos será previsto, en otros imprevisto. Todo dependerá de las circunstancias.

La regla general a este respecto, es que sólo se deben los perjuicios previstos (artículo 1558, inciso 1.^o); por excepción se indemnizan los imprevistos, cuando el deudor es doloso, es decir, cuando hay dolo de su parte.

Según el artículo 1558, para determinar de qué perjuicio responde el deudor en el caso de infracción a la obligación, es menester distinguir si hay culpa o dolo de su parte; dice este artículo: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. (Inciso 1.^o).

De aquí resulta que si hay culpa leve o levísima, el deudor sólo responde de los perjuicios directos previstos. En caso de que haya dolo, el deudor responde de todos los perjuicios directos, sean previstos o imprevistos. Lo mismo en el caso de culpa lata, porque el artículo 44 dispone que la culpa lata en materia civil equivale al dolo, y ya hemos visto que esta equivalencia significa que una y otra producen los mismos efectos jurídicos.

El inciso final del artículo 1558 dispone que las estipulaciones de las partes podrán modificar las reglas anteriores; de manera que pueden las partes alterar la responsabilidad que normalmente corresponde al deudor; pueden estipular que aun en caso de culpa leve o levísima responda de los perjuicios imprevistos, que responda de los perjuicios indirectos, etc.; no tienen más limitación en este sentido que la del artículo 1465, es decir, no pueden las partes eximir de responsabilidad al deudor en caso de dolo, porque, la renuncia del dolo futuro no vale.

La procedencia y determinación de los perjuicios que se cobran se determinará en juicio ordinario, porque se trata de un derecho que invoca el acreedor, y el juicio ordinario tiene por objeto obtener la declaración de un derecho; conforme al artículo 196 del C. de P. Civil, la cuantía de los perjuicios puede determinarse en el mismo juicio, en la ejecución de la sentencia o en juicio separado.

B) LIQUIDACION LEGAL

La liquidación legal es la que hace la ley, fijando ella misma el monto de los perjuicios que el deudor debe abonar al acreedor. Es de esta naturaleza la liquidación que hace el artículo 1559.

Los fundamentos de esta disposición legal no son muy difíciles de encontrar: cuando se trata de hacer la determinación de los perjuicios por el juez, ella es sumamente dificultosa, dificultad que se acentúa aun más cuando la obligación es de pagar una cantidad de dinero, porque el deudor no sabe la inversión que el acreedor va a darle, y aun cuando lo supiera, no podría determinar el perjuicio que le ocasiona con el no cumplimiento de la obligación.

Por eso, la ley quiso evitar estos inconvenientes, y en el artículo 1559 fijó el monto de la indemnización que el deudor debe al acreedor

cuando la obligación es de pagar, una cantidad de dinero. Dice este artículo: "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de los perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1.º) Se siguen debiendo los intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales en el caso contrario; quedando sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos; 2.º) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo; 3.º) Los intereses atrasados no producen interés; 4.º) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

El artículo 1559 introduce tres derogaciones al derecho común, en materia de indemnización de perjuicios: 1.º) En cuanto a la naturaleza de la indemnización; 2.º) En cuanto a la exoneración de prueba de los perjuicios; y 3.º) En cuanto al monto de la indemnización.

Lo dicho evidencia que nos encontramos ante una disposición especial o excepcional, y por tanto, debe ser interpretada restrictivamente. Por eso, el artículo 1559 no se aplica sino a las obligaciones que consisten en pagar una cantidad de dinero, cualquiera que sea el origen o fuente de la obligación.

Pasemos a ver en particular cada una de las modificaciones que el artículo 1559 introduce a las reglas generales.

1.º) La primera modificación que el artículo 1559 nos presenta es la referente a la naturaleza de la indemnización que el deudor debe abonar al acreedor. Hemos visto que la indemnización puede ser compensatoria y moratoria. La regla del artículo 1559 sólo se refiere a la indemnización moratoria, es decir, la que tiene por objeto resarcir los perjuicios causados por la mora en el cumplimiento de la obligación: basta leer el inciso primero de este artículo para verlo; y es lógico y natural que así sea, porque es bien difícil concebir la existencia de perjuicios compensatorios cuando se trata de pagar una cantidad de dinero. Sabemos que la indemnización compensatoria es la cantidad de dinero que reemplaza al objeto de la obligación cuando ésta no se cumple; luego, en esta clase de obligación, en que el objeto de la obligación, es precisamente el pago de una cantidad de dinero, no cabe indemnización compensatoria; se conoce desde el momento del contrato cual es la cantidad que el deudor debe abonar al acreedor.

2.º) La segunda excepción al derecho común que contiene este precepto, consiste en la exoneración de la prueba de perjuicios; en conformidad a las reglas generales que rigen la prueba, es al acreedor al que incumbe probar los perjuicios; tratándose de una obligación de pagar una cantidad de dinero, se modifican estas reglas, y el acreedor no necesita probar perjuicios cuando sólo cobra intereses.

La ley presume que todo capital, que toda cantidad de dinero es productiva de interés, y que el solo hecho de que el acreedor haya recibido oportunamente lo que el deudor le debía, le ha privado de invertir útilmente su dinero, lo que le habría producido una utilidad. Por eso, el acreedor no necesita probar perjuicios, ni el deudor tampoco podría entrar a probar que el incumplimiento de su parte no ha privado al deudor de ganancias, ni podría probar que el acreedor no se ha perjudicado. Basta el hecho del retardo, dice el N.º 2.º del artículo 1559, para que el acreedor pueda exigir perjuicios; no necesita justificarlos, quedando exonerado de la prueba, por lo tanto.

La expresión retardo que aquí se emplea, es sinónima de mora, porque la ley ha querido decir, que basta el hecho de la mora para que haya lugar a la indemnización de perjuicios. Los intereses no son otra cosa que una indemnización de perjuicios en esta clase de obligaciones, y el artículo 1551 consigna el principio general respecto a la constitución de la mora del deudor. El origen, la historia fidedigna del establecimiento de la ley, corrobora lo que vengo diciendo, y finalmente, el texto mismo del artículo 1559, que comienza por decir: "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora, está sujeta a las reglas siguientes . . .", es otra prueba más. Para que el acreedor pueda exigir perjuicios, es necesario entonces, que el deudor esté constituido en mora, con arreglo al artículo 1551. Una vez en mora, el deudor debe abonar los intereses, sin necesidad de que el acreedor los justifique o los pruebe.

3.º) La tercera derogación al derecho común dice relación con el monto de la indemnización.

Tratándose de la indemnización de perjuicios judicial, vimos que el monto de los perjuicios era una cantidad variable que la determinaba el juez, según los antecedentes acumulados por las partes. Tratándose de la indemnización de perjuicios legal, el monto de los perjuicios es una cantidad fija y señalada por la ley, invariable, siempre la misma.

Si el derecho de cobrar perjuicios es independiente de la prueba de los perjuicios, la lógica conduce a la conclusión de que el monto de los perjuicios tiene que ser también independiente de la extensión del daño realmente experimentado por el acreedor. Si la ley presume los perjuicios, tiene también derecho para presumir el monto de esos perjuicios y el acreedor no necesita probarlos, y estos perjuicios están representados por el interés que el capital habría producido, y de ahí que el N.º 1.º del artículo 1559, imponga al deudor la obligación de pagar los intereses ya que dispone: "Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando sin embargo, en su fuerza, las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos".

En el artículo 1559, los perjuicios toman el nombre de intereses, y se llaman intereses los perjuicios que a título de liquidación legal debe el deudor abonar al acreedor en caso de mora de aquel.

Para determinar cuales son los intereses que el acreedor tiene derecho de exigir del deudor en caso de incumplimiento de una obligación que consiste en el pago de una cantidad de dinero, hay que distinguir tres clases de intereses: el legal, el interés corriente y el convencional. El interés legal es el señalado por la ley. Este interés mientras no se dicte una ley especial que lo fije, es el 6 por ciento, a virtud de lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 2207 del C. Civil.

Interés corriente es el que se cobra habitualmente en los negocios de una plaza determinada. Variará según las circunstancias, porque lo determina el cobro habitual en los negocios de una plaza determinada. Ordinariamente se fija en atención al interés bancario, por lo que, podemos decir que actualmente el interés corriente es el 9 o 10 por ciento.

Interés convencional es el estipulado o señalado por las partes en el contrato. Este interés no tiene más límite que los que fije una ley especial, ley que en Chile, hasta la fecha, no se ha dictado; por este motivo rige la limitación establecida por el artículo 2206 del C. Civil, que establece: "El interés convencional no tiene más límites que los que fue-

ren designados por la ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente". Es decir, el interés convencional no podrá exceder al interés corriente más del 50 por ciento de este interés. Si excede, el juez queda autorizado para reducirlo al interés corriente. Así, si el interés corriente es el 10 por ciento, el interés máximo que se podrá estipular será el 15 por ciento. Interés legal el 6 por ciento; interés corriente digamos el 10 por ciento hoy día; máximo de interés convencional, el 15 por ciento.

¿A qué interés tiene derecho el acreedor?

Si se han pactado intereses y estos son superiores al legal, se siguen debiendo los intereses convencionales. Así lo establece el N.º 1.º del artículo 1559. Si en el contrato se ha pactado un determinado interés, el acreedor tiene derecho de exigir del deudor dicho interés, ya que el contrato es ley para los contratantes.

Esta regla tiene una excepción, la del artículo 1544. Si las partes a título de interés moratorio o penal, han pactado en el contrato de mutuo un interés superior al máximo fijado por la ley en el artículo 2206, el juez queda autorizado para reducir el interés convencional al que la ley permite estipular de acuerdo con lo que se acaba de manifestar, porque en dicho caso hay una pena enorme.

Si no se han estipulado intereses en el contrato para el caso de mora del deudor, o si se han fijado intereses sin fijar su clase, o si se han fijado o estipulado intereses inferiores al legal desde el momento de la mora, se deben los intereses legales, porque el artículo 1559, N.º 1.º, dice: "en caso contrario", ¿y cuál es el caso contrario?, todo aquel que no quede contemplado en la primera regla que se formula.

Hay casos en que esta regla sufre excepciones, según resulta del propio texto del artículo 1559, N.º 1.º "... quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos". Así sucede en el caso del artículo 424 del C. Civil: "El tutor o curador pagará los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra desde el día en que su cuenta quedará cerrada o haya habido mora en exhibirla" ... Igual cosa ocurre en el caso del artículo 2156, en que el mandatario "debe al mandante los intereses corrientes de dineros de éste que haya empleado en utilidad propia" ... etc. Otra disposición análoga es la del artículo 737 del C. de Comercio que establece que una letra de cambio, una vez protestada, comienza a devengar intereses corrientes desde el día del protesto. Tampoco se aplican las reglas del N.º 1.º del artículo 1559, en aquellos casos en que leyes especiales hayan autorizado el cobro de intereses penales superiores al máximo que la ley permite estipular, porque es una regla de hermenéutica que las leyes especiales prevalecen sobre las generales. Así la ley de la Caja de Crédito Hipotecario autoriza para cobrar el 18 por ciento, interés que antes del decreto-ley que lo fijó era de un 24 por ciento; la ley de asociaciones de canalistas, fija en su artículo 12, intereses penales bastante fuertes; y así, muchas otras leyes. Todas estas leyes, por ser especiales, prevalecen sobre las reglas de carácter general del C. Civil.

El artículo 1559 nos obliga a referirnos a lo que en el Derecho se conoce con el nombre de *anatocismo*, palabra de origen griego, y que no es otra cosa que la capitalización de los intereses, definición muy corta y muy fácil de entender. Consiste en que puedan capitalizarse los intereses; en lugar que el interés pase a manos del acreedor, quedan en po-

der del deudor y se transforman en un capital productor de intereses; de modo que mediante el anatocismo se produce la conversión de los intereses en otro capital que produce intereses, de tal manera que el deudor ve aumentar su deuda enormemente, porque en lugar de pagarse intereses sobre el capital, se pagan intereses sobre éste, y sobre los intereses que el capital produce. Es esta una de las instituciones más peligrosas que hay en la práctica y por eso, el legislador la ha mirado con muy malos ojos, ya que a la larga puede conducir a la ruina del deudor por muy solvente que éste sea, porque según cálculos matemáticos puede en corto plazo duplicar el capital o convertirlo en una suma fabulosa.

El artículo 1559 se ha referido al anatocismo y dice en el N.º 3.º que "los intereses atrasados no producen interés", y que esta misma regla "se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas", de acuerdo con el N.º 4.º El que debe intereses atrasados no está obligado a pagar intereses sobre esos intereses, sino que únicamente sigue debiendo los que produce el capital, y como la misma regla se aplica a las rentas, cánones y pensiones periódicas, resulta que el individuo que debe estas pensiones, cánones o rentas, no está tampoco obligado a pagar interés sobre esos precios, rentas, cánones o pensiones periódicas que deba.

¿Quiere decir esto que no puedan pactarse intereses de intereses? ¿Prohíbe el artículo 1559 del C. Civil chileno el anatocismo? ¿Niega en absoluto a las partes el derecho de cobrar intereses de intereses?

En mi concepto, en Chile, se podría estipular intereses de intereses; lo que se prohíbe es que los intereses atrasados produzcan interés; pero se ha dejado a las partes en libertad de pactar dichos intereses, ya que el N.º 3.º quiere decir que los intereses atrasados no devengan intereses a falta de estipulación de las partes, porque el artículo 1559 no es prohibitivo.

Algunos se fundan en el artículo 2210 que dice: "se prohíbe estipular intereses de intereses", para decir que no se puede estipular el anatocismo. El artículo 2210 está contenido en el título del mutuo; es una disposición de carácter prohibitivo, como tal, de aplicación restrictiva; no puede entonces, aplicarse a los casos que no reglamenta, que no contempla, y como sólo rige en el mutuo no puede hacerse extensiva al artículo 1559. De no ser así, la ley no habría necesitado prohibir en el mutuo, lo que ya habría prohibido en términos generales en el artículo 1559.

Así como la ley en el caso del artículo 2210 prohíbe estipular intereses de intereses en el mutuo, regla que no se aplica sino al caso a que expresamente se refiere, hay otras disposiciones que autorizan el anatocismo, como es una contenida en el contrato de cuenta corriente que reglamenta el C. de Comercio; este mismo Código en su artículo 804, autoriza también la capitalización de intereses en el mutuo comercial. La ley de la Caja de Crédito Hipotecario autoriza también la capitalización de los intereses, porque es sabido que el deudor que no paga un dividendo en que hay intereses, debe pagar el 18 por ciento sobre el dividendo más sus respectivos intereses.

No es pues, la institución del anatocismo, algo que rechaza el C. Civil chileno en absoluto; sólo la repudia en el mutuo, pero la permite en otros contratos, y cada vez que las partes la hayan estipulado.

¿Puede el acreedor exigir otros perjuicios del deudor, aparte de los intereses por la mora, en las obligaciones que consisten en el pago de una cantidad de dinero? Parece que el artículo 1559 no rechaza la solu-

ción de que el acreedor pueda cobrar otros perjuicios además del interés; el N.º 2 del artículo 1559 parece hacer llegar a esta conclusión, dada la redacción que tiene: "el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo". De modo que cuando el acreedor limita su acción al cobro de intereses, no necesita justificar perjuicios; de donde parece que la ley ha querido decir que el acreedor puede cobrar varios perjuicios, pero sólo cuando los reduzca al cobro de intereses no necesita probarlos; algo quiere decir esta expresión "sólo", y como la indemnización compensatoria puede asimilarse a la moratoria, única a que se refiere el artículo 1559, no se ve por qué el acreedor no pueda cobrar otros perjuicios. Esta es la solución unánimemente aceptada por la doctrina francesa y fueron estos precedentes los que el señor Bello tuvo en vista al redactar el artículo en cuestión. Y así, tomando un ejemplo fallado por los Tribunales franceses, si un deudor de una cantidad de dinero incurre en dolo en el cumplimiento de su obligación, está, no sólo obligado a indemnizar los perjuicios previstos, sino aún los imprevistos. Si el acreedor, con el dinero que el deudor debió pagarle, pensaba comprar acciones y no lo pudo hacer por la mora del deudor, estaría, el deudor obligado a indemnizar los perjuicios sufridos por la no compra de las acciones. Más todavía, si a consecuencia del incumplimiento el acreedor fuera declarado en quiebra, tendría el deudor que indemnizar los perjuicios producidos por esa declaración en quiebra.

C.—LA LIQUIDACION CONVENCIONAL O CLAUSULA PENAL

La liquidación convencional es la que hacen las partes mismas en el contrato. Ordinariamente la determinación de los perjuicios, en el hecho presenta ciertas dificultades: en primer lugar, es casi imposible que la determinación de los perjuicios por el juez, pueda corresponder exactamente, ni aún siquiera aproximadamente al daño que el acreedor ha experimentado; y en seguida, si hay algo difícil en los Tribunales de Justicia, si hay algo que cueste establecer por los medios que la ley franquea, son los perjuicios que se cobran.

Todos estos inconvenientes se subsanan si las partes en el mismo contrato, determinan anticipadamente en monto de lo que el deudor debe abonar al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación. El pacto en que las partes fijan el monto de los perjuicios es lo que en el Derecho se conoce con el nombre de cláusula penal. De manera que la liquidación convencional o contractual se denomina cláusula penal, y puede definirse como la avaluación anticipada que las partes hacen en el contrato de los perjuicios que puede experimentar el acreedor con el incumplimiento de la obligación, o con el cumplimiento imperfecto o tardío. Ejemplo típico de cláusula penal, los intereses penales que se estipulan para el caso de mora del deudor. Es frecuente que cuando un deudor contrae la obligación de no hacer, se establezca una pena o una multa para el caso de contravención. Muchas veces las casas comerciales contratan empleados en el extranjero y se les prohíbe prestar sus servicios en otras casas; caso contrario, pagarán una cantidad de dinero.

El artículo 1535 define la cláusula penal, diciendo que "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".

La definición del artículo 1535 coincide en el fondo con la que se acaba de dar de la cláusula penal, sólo agrega una idea nueva, que la cláusula penal tiene también por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación, y efectivamente, como vamos a verlo, la cláusula penal tiene entre otros objetivos, servir de garantía al cumplimiento de una obligación.

Como se vé, la liquidación convencional o cláusula penal, emana de la voluntad de las partes, quienes en el ejercicio de la libertad de contratar que el C. Civil reconoce a los individuos, fijan en el contrato el monto de los perjuicios que el acreedor ha de experimentar con el incumplimiento de la obligación. Nadie mejor que ellos, que tienen interés evidente en el cumplimiento de la obligación, están capacitados para determinar cuales deben ser las consecuencias que para las partes pueden resultar del incumplimiento de la obligación. Se trata aquí de una estipulación emanada de la voluntad de las partes, que con arreglo al artículo 1545, es ley para los contratantes; y de ahí que la liquidación convencional deba prevalecer sobre toda otra liquidación.

La ley no ha dicho en que momento puede pactarse la cláusula penal. Podemos decir, por eso, que la cláusula penal puede convenirse al tiempo de hacer el contrato, cuya obligación se quiere asegurar, o con posterioridad a la celebración del contrato. Pero en todo caso, parece razonable que la cláusula penal deba estipularse antes que la obligación se viole o se cumpla imperfecta o tardíamente, ya que tiende a asegurar su cumplimiento.

La cláusula penal tiene cuatro objetivos perfectamente bien diseñados que constituyen al mismo tiempo las ventajas o utilidades que en el derecho ofrece esta institución y que constituyen al mismo tiempo otras tantas utilidades para el acreedor. Ellos son: 1.º) En primer lugar, evita la determinación de los perjuicios por el juez; 2.º) En seguida, exonera del peso de la prueba de los perjuicios al acreedor; 3.º) Sirve de caución o garantía del cumplimiento de una obligación; 4.º) Finalmente, le da al acreedor acciones en ciertas obligaciones que sin ella no las tendría.

Primer objetivo.

Evita la determinación de los perjuicios por el juez, determinación esta última como se ha dicho y repetido, no corresponde en la mayoría de los casos a la realidad, sino que dista mucho de los verdaderos perjuicios experimentados por el acreedor. Este inconveniente unido a las dificultades prácticas que la prueba de la indemnización de perjuicios tiene en la vida diaria, hacen que los juicios de indemnizaciones de perjuicios sean los más difíciles, más complicados y de resultados más inciertos. Todas estas dificultades se subsanan con la cláusula penal: no hay que producir prueba, no hay que convencer al juez, y ni siquiera va a tener éste atribuciones para señalar el monto de los perjuicios, salvo los casos de excepción del artículo 1544, de reducir la pena.

Segundo objetivo.

El acreedor queda exonerado del peso de la prueba de los perjuicios por él experimentados. Otra enorme ventaja de la cláusula penal. El acreedor que cobra perjuicios debe probarlos, debe justificar por los me-

dios probatorios cuáles son los perjuicios experimentados, el monto de esos perjuicios. La cláusula penal ahorra todo esto; las partes convinieron en el monto de los perjuicios, y acreditada por el acreedor la existencia de la obligación, acreditado que el deudor no la ha cumplido, el juez deberá condenar al deudor al pago de los perjuicios estipulados, sin que pueda alegar que la inejecución de la obligación no le ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio, (artículo 1542). Se comprende esta disposición del artículo 1542, porque de no ser así, el acreedor tendría que haber probado los perjuicios, lo que, como hemos visto, habría dado campo al deudor para burlarse de la cláusula penal.

Algunos sostienen que hay en esto una manifiesta injusticia; los que esto creen pierden un poco de vista, cuál es una de las principales finalidades de la cláusula penal; olvidan que es servir de garantía al cumplimiento de la obligación, con lo cual el deudor, temeroso de incurrir en la pena o sanción que el contrato señala, tendrá buen cuidado de cumplirlo oportunamente. De otro modo, la cláusula penal habría sido una garantía que nada habría garantizado.

Tercer objetivo.

La cláusula penal sirve de caución o garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación. Es una de las especies de caución a que se refiere la ley, porque mediante ella se arbitran los medios necesarios para hacer efectivo el cumplimiento del vínculo jurídico. Por eso se llama cláusula penal, porque es una pena o castigo con que se amenaza al deudor para el caso de que no cumpla la obligación; de aquí que el artículo 1535 diga que la cláusula penal sirve "para asegurar el cumplimiento de una obligación". En cierto modo, la cláusula penal se asimila a la fianza, a la prenda y a la hipoteca, porque como ellas, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación si bien difiere esencialmente en la constitución jurídica de estas instituciones.

Cuarto objetivo.

Por último, la cláusula penal le da al acreedor en ciertas obligaciones una acción que sin la cláusula penal el acreedor no la tendría. Sabemos que el acreedor de obligación natural no puede exigir compulsivamente el pago de dicha obligación; pero si cauciona el cumplimiento de la obligación natural mediante una cláusula penal constituida por terceros con arreglo al artículo 1472, esa cláusula penal vale, y ese acreedor que no pudo exigir el cumplimiento de la obligación por estar exento de acción, puede, sin embargo, exigir la ejecución de la cláusula penal por expresa disposición del artículo 1472.

CARACTERES DE LA CLAUSULA PENAL

La cláusula penal presenta los siguientes caracteres en el Derecho: es una obligación accesoria, es una obligación condicional y constituye una liquidación contractual o convencional y anticipada de los perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación.

Estudiaremos por separado cada una de estas tres características que presenta la cláusula penal.

A).—Es una obligación accesoria porque tiene por objeto asegurar el cumplimiento de otra obligación, y es esta circunstancia precisamente, la que caracteriza la obligación accesoria, en virtud de la definición del artículo 1442 del C. Civil que dice: "... accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". Si es así, no puede ella existir sin una obligación principal, a la cual acceda.

Del hecho de ser la cláusula penal, una obligación accesoria derivan estas dos circunstancias: 1.º) La nulidad de la obligación principal, acarrea la de la cláusula penal; y 2.º) La pena será divisible o indivisible, según lo sea la obligación principal.

1.º) La primera consecuencia está expresamente consignada en el inciso 1.º del artículo 1536, que establece: "La nulidad de la obligación principal, acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal". No hay aquí, sino una aplicación de aquel principio tan conocido, de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Es razonable que el legislador haya establecido la nulidad de la cláusula penal, cuando sea nula la obligación a que accede, porque de haber dispuesto lo contrario, implícitamente, la ley habría autorizado su violación, ya que se habría obtenido el cumplimiento o ejecución de actos o contratos prohibidos por la ley o no reconocidos por ella.

Aplicación de estos principios son entre otros, el artículo 99 del C. Civil, que establece que "tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido", porque como el contrato de esponsales no está reconocido por la ley, no tiene valor alguno, la cláusula penal tampoco la tiene. Lo mismo sucede en el caso del artículo 1701 que dispone 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 cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno" (inciso 1.º). La ley no admite que un acto solemne que se perfecciona por instrumento público, pueda convenirse o pactarse en una forma completamente distinta a la estipulada por ella, y no le reconoce ningún valor, y junto con desconocer valor al acto o contrato, niega todo efecto a la cláusula penal que en ellos se haya estipulado, lo que no es sino una aplicación de la regla contenida en el inciso primero del artículo 1536.

A la inversa, la nulidad de la cláusula penal, no acarrea la de la obligación principal.

Los incisos 2.º y 3.º del artículo 1536, podrían hacer creer a primera vista, que ellos importan una excepción a la regla consignada en el inciso 1.º, porque podría creerse, dado el empleo que hace de la expresión "con todo", sinónima de "sin embargo", que hay cláusulas penales en las cuales, a pesar de ser la obligación principal ineficaz o nula, ellas no lo son, esto es, tienen valor. No es así, sin embargo; los incisos 2.º y 3.º, no consignan estas excepciones, porque en ambos casos, se están refiriendo a las situaciones jurídicas contempladas por los artículos 1449 y 1450, que tratan de obligaciones perfectamente válidas entre las personas que las contrajeron. El inciso 2.º del artículo 1536, se refiere al caso que contempla el artículo 1450, y el inciso 3.º, al caso contemplado por el artículo 1449. Lo que dicen estos incisos, combinados con los dos artículos que acabó de señalar, es algo perfectamente claro: el artícu-

lo 1450, se coloca en el caso de que por una persona se haya prometido el hecho ajeno; como si yo me comprometo para con Pedro a que Juan le pinte un cuadro; la obligación se ha contratado; la obligación se ha contratado entre Pedro y yo; Juan no ha contraído hasta este momento ninguna obligación ni tiene ninguna responsabilidad, porque para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es menester que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no esté viciado, y en consecuencia, nada puede conseguirse de Juan, mientras éste no se adhiera expresamente a lo pactado por mí. Por eso dice el artículo 1450: "Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, ha de darse, hacerse o no hacerse una cosa, esta tercera persona no contraerá obligación, sino en virtud de su ratificación, y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa". Si comprometido yo a obtener de Juan que pinte el cuadro a Pedro y no obtengo que Juan realice este hecho, yo he violado la obligación que contraí, porque no he realizado la prestación a que me obligué; no cumpliendo la obligación, mi acreedor tiene derecho a exigirme indemnización de perjuicios. ¿Qué dice entonces el art. 1536, inciso 2.º? "Con todo, cuando uno prometió 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". Hay evidentemente una impropiedad de lenguaje en la redacción del artículo 1536. Si yo, obligado a obtener de Juan la pintura del cuadro para Pedro, estipulando además, que si Juan no pinta el cuadro, me obligo a pagar una multa o pena de cien pesos, y Juan no pinta el cuadro, mi acreedor tiene derecho a exigirme la pena, la indemnización que a manera de cláusula penal se ha estipulado; y el hecho de que la tercera persona no haya ratificado la obligación, no haya prestado su consentimiento, no deja sin valor el vínculo contraído entre mi acreedor y yo, porque el consentimiento de Juan, en este caso, no es necesario para el perfeccionamiento de la obligación contraída, sino para que esta obligación pueda darle una acción a Pedro, al acreedor, en contra de Juan, para que Juan tenga también una obligación con respecto a Pedro y pueda éste exigirle su cumplimiento. Luego, en el caso del inciso 2.º del artículo 1536, hay una obligación perfectamente válida, asegurada por una cláusula penal. ¿Cuál es esa obligación? La que contraí yo con Pedro. No podría entonces decirse que en este caso se está reconociendo eficacia a una cláusula penal destinada a asegurar una obligación nula o ineficaz.

El caso del inciso 3.º del artículo 1536, es el del artículo 1449 que autoriza a cualquier individuo para "estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él". "Constituyen aceptación tácita, agrega el artículo 1449, los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato". Yo le compro a Pedro una casa para Juan; yo estoy estipulando con Pedro a favor de Juan, es decir, a favor de un tercero. Entre Pedro y yo se ha celebrado un contrato de compra-venta, y por eso dice el artículo 1449: "...sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado...", porque el derecho que este contrato ha creado, cede en beneficio del tercero, se ha incorporado a su patrimonio, sólo él puede ejercerlo. Pero mientras no intervenga su aceptación expresa

o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él, esto es, en el ejemplo propuesto, por Pedro y yo. Ejemplo típico del artículo 1449 es el seguro de vida. Cuando yo voy a una Compañía de Seguros y me aseguro la vida en favor de mi mujer o de mis hijos, yo he celebrado una obligación destinada a crear un derecho en beneficio de una tercera persona. Mientras esta tercera persona, el beneficiario del seguro no haya aceptado el contrato, éste puede dejarse sin efecto por la sola voluntad de la Compañía y del asegurado, que son los únicos que han intervenido en su celebración. Pero la única persona que puede exigir el cumplimiento de la obligación a la Compañía de Seguros es el beneficiario. ¿Qué dice entonces, en presencia de esta situación, el inciso 3.º del artículo 1536? "Lo mismo sucederá 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". Cuando en el caso del seguro de vida se estipula una pena para el caso que la Compañía aseguradora no cumpla su compromiso, el asegurado podrá exigir la ejecución de la pena; y en esto está la importancia de la cláusula penal, porque en virtud del artículo 1449, la única persona que puede demandar lo estipulado, es la tercera persona en cuyo favor se ha celebrado el contrato por otra. No cabe hablar tampoco, aquí, de una obligación inexistente, nula o ineficaz, porque hay un vínculo jurídico obligatorio que obliga al deudor a cumplir lo estipulado en favor del tercero. El beneficio que la cláusula penal reporta en este caso, es que si ella no se estipula, el único que puede demandar la obligación es la tercera persona; pero habiendo una cláusula penal, puede el que contrata, el que contrajo la obligación para el tercero, exigir el cumplimiento de la pena, el cumplimiento de la cláusula penal, y en esto si que tiene interés la persona que ha estipulado en favor de otra persona.

2.º) La segunda consecuencia que deriva del hecho de ser la cláusula penal una obligación accesoria, es la que dice relación con la divisibilidad o indivisibilidad de la pena, materia a la cual se refiere el artículo 1540. La regla a este respecto es muy sencilla: la pena será divisible o indivisible, según lo sea la obligación principal. Si la obligación principal es de cosa divisible, la pena es divisible entre todos los deudores o entre todos los herederos del deudor, según que la conjunción de personas sea originaria o derivativa; de modo que si uno de los deudores infringe el compromiso, debe indemnizar o pagar la parte que le corresponde, y el acreedor no tiene el derecho, sino a exigir su cuota. Por ejemplo: yo debo 30 sacos de trigo y he estipulado que si no entrego oportunamente los treinta sacos de trigo, incurriré en una multa de 300 pesos. Yo muero dejando tres hijos. En conformidad a las reglas que rigen la sucesión, mis tres hijos están obligados a cumplir el contrato de entrega de los treinta sacos de trigo. Como la obligación es divisible cada uno de ellos está obligado a entregar la parte que le corresponde en su cuota de herencia y cada uno de ellos será responsable de 10 sacos de trigo. Pero si uno de ellos no cumple la obligación, si no entrega los diez sacos que debe, incurre entonces en la pena, porque como la obligación principal es divisible, y la pena sigue la suerte de aquella, y como la pena es de trescientos pesos, el acreedor sólo tiene derecho a exigir del deudor moroso los cien pesos que le corresponden en la fijación de la cláusula penal, porque el inciso 1.º del artículo 1540 dispone que "cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos

del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias". "El heredero que contraviene a la obligación, incurre, pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación".

Pero este principio cambia radicalmente cuando la obligación principal es de cosa indivisible, o cuando la cláusula penal se ha puesto con la intención expresa de que no pueda efectuarse parcialmente el pago, casos ambos que están regidos por una misma regla, la del inciso 2.º y 3.º del artículo 1540, que dice: "Exceptuase el caso en que habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total: podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor". "Lo mismo se observará, dice el inciso 3.º, cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible".

Como resulta de estas disposiciones, es menester que la cláusula penal se haya pactado expresamente, con la intención de que no puede ejecutarse el pago parcialmente. La situación, como digo, se modifica radicalmente; así, por ejemplo, si yo debo mil pesos a Pedro y estipulo en el contrato que en ningún caso se podrá pagar por parcialidades los mil pesos, aunque yo fallezca, mis herederos tienen la obligación de pagar la totalidad de la deuda de una sola vez. Si alguno de los herederos contraviene la obligación, el acreedor tiene dos derechos: o exige la totalidad de la pena al deudor infractor, o exige de cada uno de los deudores la cuota que a cada uno de ellos corresponde, sin perjuicio, naturalmente, del derecho de éstos para repetir contra el infractor por la cuota que cada uno ha pagado. En realidad, el único que debe la pena, en este caso, es el deudor infractor de la obligación; los demás no son codeudores de la pena, y de ahí que éstos puedan obtener el reembolso de lo que por aquél han pagado. Pero, se dirá, ¿por qué razón la ley da derecho al acreedor para exigir a cada heredero su respectiva cuota? Porque la ley cree que todos los deudores han debido tomar las precauciones necesarias para evitar que uno de ellos deje la obligación incumplida, y es esta responsabilidad que afecta a cada uno, en presencia del acreedor, la que la ley quiere sancionar, autorizando a éste para exigir de cada uno de ellos la cuota que en la pena le corresponde.

Si la cláusula penal ha sido garantizada con una hipoteca, rige lo dispuesto en 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". La acción hipotecaria es indivisible; toda la finca hipotecada y cada una de sus partes, por pequeñas que sean, quedan totalmente afectas al pago de la obligación que la hipoteca garantiza. Así como según el dogma católico en la hostia consagrada y en cualquiera parte de ella, cualquiera que ella sea, se encuentra el cuerpo de Cristo, así en la fianza hipotecaria todo inmueble y cada una de sus partes queda afecto al cumplimiento de la obligación; y por eso, dividido el predio en cien secciones, por ejemplo, cada una de estas secciones responde a la obligación asegurada por la hipoteca; pero como el poseedor del inmueble hipotecado y dividido entre varios poseedores, no está obligado a pagar el valor total de la obligación, tiene derecho a pedir a cada uno de los propietarios de la finca, el reembolso de lo que ha pagado por ellos.

B).—Otra característica que presenta la cláusula penal, es la de ser una obligación condicional, porque la pena sólo se debe en caso de no

cumplirse o retardarse el cumplimiento de la obligación principal, es decir, en caso de que se produzca un acontecimiento futuro e incierto, que es precisamente lo que caracteriza a la condición. El cumplimiento o incumplimiento de la obligación por parte del deudor, esto que hace exigible la cláusula penal, es un hecho futuro e incierto del cual depende el derecho del acreedor de exigir la pena, y la obligación cuya exigibilidad depende de la realización de un hecho futuro e incierto es una obligación condicional (artículo 1535):

C).—Por último, la cláusula penal constituye una liquidación convencional, o contractual y anticipada de los perjuicios. Constituye una liquidación convencional, porque aquí, el monto de los perjuicios, está fijado por voluntad de las partes, quienes lo han determinado según su conciencia. Siendo convencional, emanando de las partes, la cláusula penal importa, en realidad, la celebración de un verdadero contrato, y por lo mismo, deben reunirse en su celebración todos los requisitos que la ley señala para el perfeccionamiento de los contratos. Es una liquidación anticipada, porque las partes avalúan el daño antes de que se haya producido.

Pero, el hecho de ser la cláusula penal una liquidación anticipada y convencional de los perjuicios, no le quita su carácter de ser una indemnización de perjuicios sui generis, una indemnización de perjuicios que en vez de estar fijada por la ley o por el juez, está fijada y avaluada de antemano por las partes, en el ejercicio de su libertad de contratar que la ley reconoce; y esta característica de la cláusula penal tiene una enorme importancia jurídica, porque el hecho de ser la cláusula penal una verdadera indemnización de perjuicios, se derivan las cuatro consecuencias siguientes:

1.^a) Cuando hay cláusula penal, no puede exigirse conjuntamente la pena con la indemnización de perjuicios ordinaria, salvo el caso de excepción del artículo 1543, a que más adelante nos referiremos, porque de otra manera los perjuicios se indemnizarían dos veces, por la pena y por la indemnización de perjuicios ordinaria.

2.^a) La exigibilidad de la pena queda sometida a las mismas reglas que rigen la exigibilidad de toda indemnización de perjuicios. En consecuencia, los requisitos que señalamos para que un acreedor pueda exigir perjuicios de su deudor, deben también concurrir cuando se ha estipulado una pena para que el acreedor pueda exigirla del deudor. Rigen a este respecto las reglas contenidas en el título XII del libro IV del C. Civil en todo aquello que no aparezcan modificadas por las del título XI. Por esto, para que el acreedor pueda exigir la pena, es menester que el deudor infrinja la obligación, no cumpliéndola, o cumpliéndola imperfecta o tardíamente; es menester que el incumplimiento de la obligación provenga de la culpa o dolo del deudor, que le sea imputable; y es menester, por último, que el deudor esté constituido en mora si la obligación es positiva, o la haya contravenido ejecutando el hecho prohibido, si la obligación es negativa. Las exigencias 1.^a y 3.^a que acabo de señalar, están expresamente indicadas en el artículo 1535 que señala la exigencia de la infracción de la obligación y que define la cláusula penal, y en el artículo 1538 que dispone: "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 si la obligación es positiva". "Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse", artículo que contempla la exigencia de la mora. Los artículos que acabo

de citar no hacen sino repetir las reglas consignadas en el título XII del libro IV del C. Civil, ya estudiados.

El único de los requisitos necesario para que la indemnización de perjuicios sea exigible, que no es menester que concorra tratándose de la cláusula penal, es la necesidad del acreedor de probar los perjuicios que le ha acarreado el incumplimiento, porque con arreglo al 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".

3.ª) La tercera consecuencia, no es sino el corolario de lo anteriormente dicho: para que el acreedor pueda exigir la cláusula penal y para que el deudor responda de la pena, es menester que el incumplimiento de la obligación provenga de su culpa o de su dolo. Si el incumplimiento proviene de un caso fortuito, no hay lugar al pago de la pena.

Hay, sin embargo, algunos que creen que la pena se debe a pesar de que el incumplimiento provenga de un caso fortuito, y se fundan para ello en el artículo 1542 que establece que habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado. En la expresión "en todos los casos", creen ver algunos la inclusión del caso fortuito. En mi concepto esta interpretación pugna con la ley, y con el art. 1542, artículo que nos manifiesta que lo que la ley ha perseguido con él no ha sido incluir el caso fortuito, sino que contempla únicamente la situación en que se hallan las partes con respecto a la necesidad que tienen de probar los hechos en que fundan su obligación; el artículo 1542 dice, en otras palabras, que el deudor no puede excusarse del pago de la pena a pretexto de que el incumplimiento no es perjudicial al acreedor.

La cláusula penal al igual que la indemnización de perjuicios, es compensatoria o es moratoria. Es compensatoria cuando tiene por objeto reparar el daño causado por el incumplimiento de la obligación. Es moratoria, o retardatoria como la llaman algunos, cuando tiene por objeto indemnizar el daño que resulta de la mora. No hay en lo anterior, sino una aplicación de las reglas de la mora. Por regla general, la pena es compensatoria, según resulta del artículo 1537, porque este artículo indica que la pena reemplaza al objeto mismo de la obligación ya que no puede el acreedor exigir al mismo tiempo y de una sola vez, el cumplimiento de la obligación y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio, pero no las dos conjuntamente.

4.ª) Finalmente, de ser la cláusula penal una verdadera indemnización de perjuicios, resulta que no puede acumularse la obligación principal y la pena, no puede exigirse las dos cosas, porque de ser así, la obligación se indemnizaría dos veces. Sólo por excepción puede acumularse la pena con la obligación principal, y estas excepciones son las del artículo 1537, esto es, cuando la pena es moratoria, o cuando la pena, siendo compensatoria, se ha estipulado así expresamente, casos a los cuales nos referiremos en un momento más.

DIFERENCIAS ENTRE LA CLAUSULA PENAL Y LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS ORDINARIA

Sin embargo de todo lo dicho, hay entre la cláusula penal y la indemnización de perjuicios ordinaria, diferencias que conviene señalar; es a saber:

1.º) Mientras en la indemnización de perjuicios ordinaria su monto o avaluación lo hace el juez o la ley, en ciertos casos, en la cláusula penal el monto de los perjuicios lo fijan las partes en el contrato;

2.º) Los perjuicios se indemnizan en dinero. La cláusula penal constituye una excepción a ese principio, porque la pena puede también consistir en otra cosa, y aun más, en la ejecución de un hecho por parte del deudor, como expresamente lo dice el artículo 1535;

3.º) En la indemnización de perjuicios judicial, el acreedor necesita probar los perjuicios que alega, so pena de que su acción sea rechazada; en cambio, en la cláusula penal, al igual que en la indemnización de perjuicios legal, el acreedor no necesita de tal prueba, y el deudor no puede exonerarse del pago de la pena alegando que su incumplimiento ha beneficiado al acreedor o no le ha reportado perjuicios, porque la pena se debe en uno y otro caso;

4.º) Y finalmente, en la liquidación de perjuicios judicial, los perjuicios se fijan o avalúan después que se producen, esto es, a posteriori; en la cláusula penal, en cambio, la avaluación de los perjuicios se hace anticipadamente, antes que se ejecute el hecho que los va a causar, y antes que se conozca su monto efectivo.

EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL

¿Desde cuándo se debe la pena? ¿Desde qué momento la cláusula penal es exigible?

Para ello tenemos que distinguir, según resulta de los artículos 1537 y 1538, entre el retardo y la mora, materia que ya hemos estudiado y por lo cual bastan pocas explicaciones.

Si el deudor está retardado en el cumplimiento de la obligación, si la obligación es exigible únicamente, pero el deudor no se ha constituido en mora, todavía el acreedor no puede exigir sino la obligación principal. "Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino la obligación principal"... (artículo 1537, primera parte). ¿Por qué? Porque la cláusula penal es una indemnización de perjuicios, y toda indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor está constituido en mora, concepto que repiten varios artículos, como ya lo hemos visto. Por eso, si la obligación es simplemente exigible, si estamos en presencia de una obligación pura y simple, o si estamos en presencia de una obligación condicional de condición suspensiva, o si estamos en presencia de una obligación de plazo vencido, en aquellos casos que sólo el vencimiento del plazo no constituye al deudor en mora, el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación principal; y a este caso se refiere el artículo 1535; ejemplo, el artículo 1949 que ya hemos citado.

Pero constituido el deudor en mora, la obligación cambia; una vez que el deudor ha sido constituido en mora con arreglo al artículo 1551,

entonces si que se hace exigible la pena; si la obligación es positiva, la pena se debe desde el momento en que el deudor incurre en mora; si la obligación es negativa, desde el momento en que el deudor contravenga la obligación, porque tratándose de esta clase de obligaciones no hay mora. El artículo 1538 no es sino la repetición del principio del artículo 1537 que dice a este respecto: "...ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio";... (segunda parte). Este es el hecho, entonces, que hace exigible la pena, y de ahí que si la pena es líquida y consta de un título ejecutivo, podrá ella exigirse por la vía ejecutiva, porque concurren todos los requisitos necesarios para el mandamiento de embargo.

Los principios expuestos nos permiten afirmar lo siguiente: 1.º) que la estipulación de una cláusula penal en un contrato, no priva al acreedor del derecho de exigir la ejecución forzada de la obligación; por el contrario, la ley lo reconoce expresamente en este artículo 1537, cuando dispone que el acreedor tiene el derecho de exigir a su arbitrio la pena o la obligación principal, y quien puede exigir la obligación principal, con mayor razón podrá exigir la pena; 2.º) el deudor podría exonerarse de la obligación principal ofreciendo esta o la pena; 3.º el acreedor puede demandar a su arbitrio la pena o la obligación principal, sin necesidad que forzosamente tenga que demandar primero la obligación principal y sólo en seguida la pena, porque la ley le da un derecho alternativo de pedir la una o la otra; 4.º) por último, el acreedor no puede pedir a la vez la pena y la obligación principal, sino una de las dos cosas a su arbitrio, salvo los casos de excepción que veremos a continuación, casos de excepción que admiten la acumulación de la pena con la obligación principal; y para señalarlos, es preciso distinguir entre la pena compensatoria y la pena moratoria, porque no son unas mismas las reglas que rigen al respecto.

Si la pena es compensatoria, por regla general no procede su acumulación con la obligación principal; así se desprende del artículo 1537 que dice que constituido el deudor en mora no puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio. Esta regla que en el Derecho francés no tiene excepciones, sufre sin embargo, en el Derecho chileno, dos excepciones, a saber: 1.º) Cuando la ley expresamente autoriza la acumulación de la pena con el cumplimiento de la obligación principal, como sucede en el caso del artículo 2463 contenido en el título de la Transacción y que establece que "si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes"; 2.º) Y la segunda excepción tiene lugar cuando se ha estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal, caso contemplado en la parte final del artículo 1537 que dice: "a menos que aparezca haberse estipulado la pena por simple retardo, o a menos que se halla estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal". Procede aquí la acumulación de la pena y de la obligación principal, porque no hay que perder de vista, que si la pena es una indemnización de perjuicios, es también una especie de castigo o sanción impuesto al deudor por el incumplimiento de la obligación; la pena tiene además por objeto caucionar o asegurar el cumplimiento de la obligación principal, y de ahí que la ley permita la acumulación de la pena

y de la obligación principal. Pero, para que en este caso tenga lugar la acumulación, es menester que expresamente se haya estipulado esta acumulación, porque dice el artículo 1537 que ella procede, siempre que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal. Una voluntad presunta, deducida de meras conjeturas o de antecedentes, por muy verdaderos y ciertos que fueran, no autorizarían la acumulación, porque la ley exige que haya un pacto en este sentido. Fuera de los dos casos de excepción que acabo de indicar, no hay otro en que esta acumulación proceda, y recupera aplicación la regla general, de que no procede acumulación de la pena compensatoria con la obligación principal.

Tratándose de la pena moratoria, la situación es distinta, y ella se acumula con la obligación principal; así lo establece el artículo 1537, que señala como uno de los casos en que es posible exigir esta acumulación aquel en que aparezca estipulada la pena por el simple retardo. Nada hay de particular con esto, porque la pena no representa aquí el objeto mismo de la obligación, sino que tiene por objeto indemnizar el retardo; cúmplase o no cúmplase la obligación oportunamente, es lo cierto que los perjuicios se han producido desde el instante en que el deudor queda constituido en mora. En este caso no es necesario una estipulación expresa de las partes para que proceda la acumulación de la pena moratoria con la obligación principal; basta que del contrato aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, y esta estipulación puede aparecer tanto expresa o formalmente, como cuando se deduce de las diversas cláusulas del contrato; por ejemplo, en el caso en que la pena fuera infinitamente inferior a la obligación principal, podría presumirse que la pena se ha estipulado por el simple retardo y no para indemnizar toda la obligación. Basta comprender la redacción del artículo 1537 en su parte final, en cuanto se refiere a la pena compensatoria y moratoria, para poner de manifiesto que es exacta la conclusión a que se ha llegado, por que dice este artículo: "...a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo", o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal".

Cuando se refiere a la pena compensatoria, la ley exige que "se haya estipulado"; cuando se refiere a la moratoria, la ley exige que "aparezca haberse estipulado". En el primer caso exige una estipulación expresa, formal, que no deje lugar a dudas; en el segundo caso la ley no exige una estipulación expresa, basta que aparezca haberse estipulado la pena, y puede aparecer; sea de los términos o formas del contrato, sea de los diversos antecedentes que hagan presumir la voluntad de las partes.

La regla general en el Derecho, es que la pena sea compensatoria, de modo que en los casos de duda acerca del carácter de la pena, o si las partes nada han dicho, el juez debe inclinarse a la pena compensatoria, y en consecuencia no ordenará su acumulación con la obligación principal. Pero no hay ningún inconveniente para que puedan acumularse la pena compensatoria con la moratoria, siguiendo las reglas que hemos estudiado.

Siendo la pena, por regla general, compensatoria, no pudiendo acumularse con la obligación principal, ha sido lógico el artículo 1539 al establecer que "si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal, y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal. Que se rebaje proporcionalmente la

pena, quiere decir que se rebaje en la proporción que corresponde a la parte cumplida de la obligación.

Este derecho del deudor para pedir que se rebaje proporcionalmente la pena, tiene lugar cuando el acreedor haya aceptado el pago parcial, porque la regla general en el Derecho, que estudiaremos en el momento oportuno, es que el acreedor no está obligado a recibir el pago parcial de la obligación, ni compete al deudor el derecho de pagar por parcialidades. La ley ha necesitado consignar el precepto del artículo 1539, para evitar que se pueda acumular la pena con la obligación principal, porque, como dije, la pena es generalmente compensatoria, y es por esto que, en mi concepto, la disposición del artículo 1539 no se refiere al caso de la pena moratoria. Si el deudor retarda el cumplimiento de la obligación, o retarda en parte ese cumplimiento, no tiene derecho a la rebaja de la pena, porque el artículo 1539 se refiere al caso de haberse estipulado la pena por falta de cumplimiento de la obligación principal, no se refiere al retardo; luego la rebaja de la pena procede cuando es compensatoria y no cuando es moratoria.

Desde el momento que la pena constituye una indemnización de perjuicios que no puede acumularse por regla general, el artículo 1543 dispone que "no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". Queda entonces al arbitrio del acreedor exigir la pena o la indemnización de perjuicios, aunque sea la pena en realidad, inferior a los perjuicios causados. Esta facultad sólo la otorga la ley al acreedor; el deudor no podrá ofrecer la una o la otra, porque esta facultad no se la reconoce la ley. Pero aunque se haya estipulado, en conformidad al artículo 1537, que el acreedor tenga derecho a exigir conjuntamente la pena y la indemnización de perjuicios ordinaria, siempre queda a su arbitrio exigir la una o la otra, porque el artículo 1543 lo establece así empleando la expresión "siempre" que significa "en todo caso", en toda circunstancia, en todo momento".

En resumen, el acreedor en todo caso, háyase o no estipulado sobre la materia, puede pedir la pena o la indemnización de perjuicios, y sólo podrá pedir ambas cosas a la vez, cuando así se haya estipulado expresamente, (artículo 1543).