

CAPÍTULO XII

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

§ 64. DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL

a. *Origen y sentido de la distinción entre los estatutos de responsabilidad contractual y extrcontractual*

774. Orígenes romanos de la distinción. En las *Institutiones* de Gayo, la distinción entre las obligaciones que nacen del contrato y del delito constituye la *summa divisio* del derecho de obligaciones.¹ La forma en que las obligaciones nacen determina, en consecuencia, la primera gran ordenación sistemática de la disciplina. En esta ordenación, sin embargo, las obligaciones contractuales ocupan el lugar prevalente y las extrcontractuales aparecen más bien como un anexo de aquéllas.² En una primera etapa, se comprenden bajo la noción de contrato todas las obligaciones que tienen su origen en diversos tipos de actos lícitos, pero ya en el período clásico aparece el consentimiento como el concepto central.³ De este modo se explica que el contrato haya sido luego distinguido de otros tipos de fuentes 'cuasicontractuales',⁴ caracterizadas por no tener por antecedente la convención, mientras el tratamiento del delito doloso (delito propiamente tal) y del delito culposo (cuasidelito) haya permanecido como una categoría relativamente homogénea.

¹ Inst. Gayo III 88; la distinción ya aparece en el desarrollo que Aristóteles hace de la justicia correctiva, que es referida a los "tratos mutuos, tanto voluntarios como involuntarios" (*Ética Nicomachea* V 4 1131b).

² Kaser 1971 I 522.

³ Ídem 523.

⁴ Así, en Digesto 44.7.1 se pasa a decir que "las obligaciones nacen sea de un contrato, sea de un maleficio, sea de cierto derecho por distintos tipos de causa". En las *Institutiones* de Justiniano, a su vez, aparece claramente la división adoptada por la civilística moderna que "distingue en cuatro especies, porque nacen de un contrato o de un cuasicontrato; o de un delito o de un cuasidelito" (Inst. Just. III 13.2).



775. Lugar central del contrato en el derecho moderno de las obligaciones. A pesar de la antigua genealogía de la gran división del derecho de obligaciones, éste ha sido desarrollado sistemáticamente a partir del derecho de los contratos. En Pothier, la idea de obligación es expuesta a la luz de las obligaciones contractuales, para luego tratar en una breve sección, denominada "de las otras causas de las obligaciones", las obligaciones cuasicontractuales, cuasidelictuales y legales. El predominio del contrato es acentuado por la codificación civil. El Código chileno, luego de enumerar las fuentes de las obligaciones (artículo 1437), establece las reglas de formación del contrato (artículos 1438 y siguientes) y luego, bajo el epígrafe "Del efecto de las obligaciones", trata en verdad de los efectos de los contratos y, en especial, de la responsabilidad contractual (artículos 1545 y siguientes), limitando la responsabilidad por delitos y cuasidelitos a un breve título hacia el final del Libro IV.⁵ No es extraño, entonces, que el derecho de la responsabilidad extracontractual contenga remisiones permanentes a normas de responsabilidad contractual.

b. *Enumeración y análisis crítico de las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual*

776. Criterios e importancia práctica de la distinción. a) La doctrina civil puso tradicionalmente un fuerte énfasis en las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual:⁶

- la responsabilidad contractual tiene por antecedente la convención voluntaria y la extracontractual el hecho ilícito, que no está antecedido de una relación jurídica obligatoria;
- la capacidad contractual está sujeta a reglas más estrictas que la extracontractual (artículos 1447 y 2319);
- la culpa presenta diferencias sustantivas (porque sólo admite graduación en materia contractual) y probatorias (porque se presume que el incumplimiento es culpable en materia contractual, mientras que el demandante debe probarla en sede extracontractual);
- el deudor debe ser constituido en mora para que haya lugar a la responsabilidad contractual (artículo 1557), mientras que en materia extracontractual basta el hecho que causa el daño;

⁵ En la materia el Código chileno sigue de cerca al francés (artículos 1101 y siguientes), que se aleja de la ordenación de Pothier, quien trató los efectos de las obligaciones luego de desarrollar las fuentes. Una estructura semejante siguen el Código español y el alemán, el más romanista de los Códigos modernos. Esa estructura ha sido alterada en algunos de los principales Códigos europeos del siglo XX; así, el Libro IV del Código italiano y el Libro VI del nuevo Código holandés, que desarrollan una parte general del derecho de obligaciones de modo más independiente del contrato.

⁶ Alessandri 1943 42 y 46.

• en materia extracontractual, la regla general es la solidaridad entre quienes han cometido el hecho ilícito (*supra* Nº 278), a diferencia de la simple conjuntividad en materia contractual (artículo 1511 I);

• en materia extracontractual se responde por el hecho de aquellos que están bajo el cuidado o dependencia en la forma de presunciones de culpa, mientras en materia contractual el deudor responde como promprios de los hechos de quienes participan en la ejecución de la obligación (artículo 1679);

• la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual es de cuatro años contados desde la perpetración del hecho (*supra* § 59 b), mientras que en materia contractual es de cinco años, que se cuentan desde que la obligación se haya hecho exigible (artículo 2515), salvo que la ley establezca plazos menores (artículos 1834, 1856, 1866 y 1866, además de los establecidos por leyes especiales); y

• sólo en el juicio de responsabilidad contractual se podría postergar para el incidente de ejecución del fallo o para un juicio distinto la determinación de la especie y monto de los perjuicios, según dispone el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil (*supra* Nº 706).

b) Proposiciones para unificar ambos tipos de responsabilidad han sido recurrentes en la tradición jurídica romano-germánica y en el *common law*. Estas ideas están inspiradas por un afán sistemático o de política jurídica. Desde un punto de vista *sistemático* se atiende a las analogías más profundas entre ambos regímenes de responsabilidad y se relativizan algunas de las diferencias tenidas por esenciales.⁷ En una dimensión de *política jurídica* se pone énfasis en la decadencia de la voluntad como elemento constitutivo del contrato en el tráfico jurídico contemporáneo, en la medida que ella se reduce usualmente a los aspectos esenciales del acto, dejando al derecho dispositivo o a condiciones generales de contratación el contenido específico (*infra* Nº 778).⁸

En la práctica, sin embargo, se debe evitar que las consideraciones puramente lógicas, que propugnan la unificación de la responsabilidad como la forma más abstracta de sistematización, escondan (consistente o inconsistentemente) un trasfondo ideológico, como es la subordinación del contrato bajo la categoría general de los deberes impuestos de modo heterónimo por el derecho (como abiertamente lo propugnan quienes sostienen la tesis de la unificación desde un punto de vista político-jurídico).⁹

⁷ Planiol/Ripert 1926 Nº 876.

⁸ En especial Atiyah 1979 716, Gilmore *passim* y, en general, el movimiento de derecho crítico de las décadas de 1970 y 1980 (por ejemplo, Kennedy 1982 614).

⁹ Se entiende aquí por ideológica la proposición que es presentada como explicativa o puramente lógica, en circunstancias que posee un trasfondo o un sentido normativo o valorativo que permanece oculto; este concepto de ideología se lo debo a Th. Geiger, *Ideologie und Wahrheit*, Stuttgart/Wien: Humboldt Verlag, 1953, 53.



c) En los párrafos que siguen se persigue analizar los aspectos más esenciales en que difieren ambos tipos de responsabilidad.¹⁰ En la explicación se intentará mostrar que la distinción mantiene sus sólidos fundamentos, pero que muchas de las diferencias, que tradicionalmente fueron planteadas como categóricas, presentan más bien luces y sombras, como consecuencia de la evolución y del más profundo grado de reflexividad alcanzado por el derecho de las obligaciones.¹¹

777. Diferente estructura de las relaciones obligatorias que nacen de un contrato y de las que nacen de un hecho extracontractual. a) A diferencia de los deberes extracontractuales de cuidado, la obligación contractual tiene siempre por antecedente la voluntad de obligarse, por sutil y elemental que esta circunstancialmente pueda ser. Allí radica la diferencia *ab initio* entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Pero más allá de la diferencia contractual en su estructura más esencial. En efecto, mientras la responsabilidad contractual da lugar a una obligación de segundo grado, que tiene por antecedente el incumplimiento de otra obligación de primer grado que nace del contrato, en materia extracontractual la relación de responsabilidad civil no tiene por antecedente un vínculo obligatorio que la anteceda.

b) Por definición, el *contrato genera obligaciones de dar, hacer o no hacer* (artículo 1438), que, ante todo, dan acciones de cumplimiento en naturaleza de acuerdo con las reglas de ejecución forzada del Código Civil y del Código de Procedimiento Civil. Sólo si esa obligación de primer grado no es debidamente cumplida, surge la *acción de responsabilidad contractual*, que tiene por objeto obtener la indemnización de los daños derivados del incumplimiento total o parcial o del retardo en el cumplimiento de esa obligación principal. Ambas acciones están sujetas a condiciones de procedencia diferentes entre sí, pues la primera tiene por objeto hacer valer directamente un derecho que nace del contrato, mientras la segunda es propiamente una acción de responsabilidad, que está sujeta a requisitos legales diferentes y más estrictos.

La doctrina general de las obligaciones no distingue sistemáticamente estos dos momentos, lo que suele generar malentendidos.¹² De hecho, en

¹⁰ En el análisis se omiten algunos contrastes entre ambos tipos de responsabilidad que ya han sido analizados, como la capacidad (*supra* § 7) o que serán posteriormente analizados, como las convenciones modificatorias de responsabilidad (*infra* § 70), así como aquellos institutos propios de la responsabilidad contractual que carecen de correlato en sede extracontractual (como la evaluación convencional de los perjuicios y los efectos de la mora del acreedor).

¹¹ Clásico en este sentido resulta H. Mazeaud 1930 *passim*.

¹² Me parece que en este punto reside la debilidad estructural de la ingeniosa tesis de P. Rodríguez sobre la naturaleza y alcance de la obligación contractual; el autor somete a iguales criterios los momentos de la *obligación contractual*, que obliga en sus propios términos, con el de la *responsabilidad contractual*, que exige un juicio de diligencia (P. Rodríguez 1999 *passim*). Lo anterior no impide que la diligencia sea tomada en cuenta respecto de

el Código Civil están mezcladas las reglas relativas al cumplimiento de la obligación contractual de primer grado (artículos 1545, 1546, 1548, 1549, 1550, 1553, 1554 y 1555) con normas de responsabilidad contractual (artículos 1547, 1556, 1557, 1558 y 1559). De ello no se sigue, sin embargo, que no se trate de cuestiones diferentes, como se muestra, si se comparan las cargas probatorias del acreedor y las excepciones que puede oponer el deudor en un juicio ejecutivo que tiene por objeto el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, por un lado, y en un juicio de responsabilidad contractual, por el otro.

c) En materia extracontractual la obligación reparatoria tiene por antecedente el incumplimiento de un *deber general de cuidado* que ha causado daño al acreedor (de acuerdo con el estatuto general de responsabilidad por negligencia) o, excepcionalmente, la mera causalidad entre el hecho del deudor y el daño (en la responsabilidad estricta). En uno y otro caso no existe una relación previa entre las partes, de modo que ningún vínculo obligacional antecede a la acción de responsabilidad.

La diferencia con la responsabilidad contractual se muestra en la acción de reparación en naturaleza. También en sede extracontractual el derecho civil reconoce a la víctima acciones de reparación con la acción de ejecución suñido, que materialmente presentan analogías con la acción de ejecución forzada de la obligación contractual. Con todo, mientras en sede contractual la acción ejecutiva no exige un incumplimiento culpable del deudor (en la medida que su objeto es cumplir lo debido), en sede extracontractual estas acciones tienen generalmente los mismos requisitos que las acciones indemnizatorias, de modo que sólo proceden si el demandado ha incurrido en culpa, según las reglas generales de la responsabilidad civil (*supra* Nº 649).

778. La voluntad de obligarse como elemento distintivo del contrato y del hecho ilícito como fuente de obligaciones. a) El contrato da forma jurídica a la autonomía privada, porque permite a las personas relacionarse recíprocamente sin otra limitación que la ley, el orden público y las buenas costumbres (artículos 1438, 1461, 1467 y 1545). Por eso, la voluntad es constitutiva del contrato; en otras palabras, sin un sustrato básico de voluntad no se puede hablar de contrato.

Mientras las obligaciones surgidas del contrato son autoimpuestas, en razón de que no hay contrato sin que medie la voluntad de obligarse, la responsabilidad extracontractual tiene su fundamento en un hecho jurídico, que no tiene por finalidad generar efecto jurídico alguno, pero al que la ley lo atribuye de forma obligatoria. De este modo, el contrato y el hecho que genera responsabilidad extracontractual tienen un *sentido* diferente de acuerdo con el derecho civil y los usos sociales. Por eso, podría decirse que el contrato es el instrumento de los intercambios voluntarios y

ciertas obligaciones para discernir si se ha cumplido la obligación contractual; la distinción entre obligaciones de medios y de resultado atende precisamente a esa peculiaridad de algunas obligaciones de hacer, como ocurre usualmente con las obligaciones profesionales (*supra* Nº 463 b).

la responsabilidad extracontractual el límite externo a la libertad de actuar por uno mismo.¹³

En verdad, buena parte de la moderna evolución del derecho de los contratos tiene por objeto *proteger* la voluntad, reafirmando sobre bases realistas el principio de autonomía privada. El objetivo es cautelar el consentimiento frente a la desinformación (*supra* N° 74), frente a condiciones generales de contratación ocultas o abusivas (*infra* N° 816), al abuso de poder de mercado que entorpece la competencia (*infra* N° 831) y a diversas formas de competencia desleal (*infra* N° 833). Esta conciencia acerca de las condiciones objetivas del consentimiento, que tienden a relativizar el modelo del agente contractual perfectamente racional e informado, tiende a hacer más reflexiva, pero en ningún caso sustituye, la institución del contrato como forma de intercambios voluntarios. La tendencia es precisamente a fortalecer el marco de discernimiento que permite a las partes adoptar decisiones libres, pues "la idea del contrato consiste en que lo contractualmente acordado vale porque cada uno de quienes lo convienen han actuado en ejercicio de su libre autodeterminación, de modo que debe ser tenido por correcto".¹⁴

b) Por otro lado, aunque no puede haber contrato sin un sustrato elemental de voluntad, la doctrina jurídica de la codificación tendió a sobreestimar ese componente volitivo. Ocurre que en la mayoría de los contratos cotidianos la voluntad se reduce a los aspectos esenciales del acto jurídico, de modo que los demás elementos de la relación quedan definidos por el derecho dispositivo, por los usos contractuales y por la buena fe.

En verdad, las partes de un contrato participan en una institución que tiene elementos normativos implícitos, que se manifiestan en las fases de negociación (deberes de información, como los referidos a vicios redhibitorios), en su interpretación (como se muestra en la regla del artículo 1563) y en su ejecución (que debe efectuarse de buena fe, no sólo de conformidad con lo expresamente pactado, sino también de conformidad con aquello que emana de la costumbre o de la naturaleza de la obligación, según dispone el artículo 1546). A ello se agregan las normas del derecho dispositivo que se entienden incorporadas al contrato sin necesidad de expresión contractual alguna (artículo 1444).

En definitiva, con diversas intensidades, dependiendo de la extensión de las negociaciones y de lo reglamentario del texto contractual, *un contrato supone participar en una cierta práctica que comprende incontables elementos implícitos que determinarían las expectativas recíprocas de las partes*.¹⁵ Del mismo

¹³ Es cierto que a veces la ley establece extensamente para una parte la obligación de contratar y regula aspectos esenciales de las prestaciones de las partes (como ocurre, en general, en mercados regulados de servicios públicos ofrecidos en condiciones de monopolio natural). En estos casos de 'contratos forzados heterodoxos', en que existe una obligación de ofrecer el servicio a quien lo solicita y en que la ley también fija las condiciones de precio y calidad de la prestación, puede ser un sentido semántico seguir hablando de 'contrato' (un análisis de la calificación en López 1998 173).

¹⁴ Flume 1992 7.

¹⁵ Fried 1981 128.

modo que cuando se participa de un juego no es necesario explicar en detalle el significado de cada movimiento, porque está dado por las reglas del juego, tampoco deben las partes hacer explícitos todos los elementos del contrato, sin que ello lo prive de su elemento voluntario.

c) Precisamente, la voluntad queda completada por esos elementos implícitos, aunque se convengan las prestaciones esenciales; de este modo, el contenido normativo de los contratos suele estar definido por el *derecho* más que por la *convención*. En ello existe una analogía cercana con la definición de los deberes de cuidado extracontractuales. Así, en ausencia de convención expresa acerca de las obligaciones que contrae el médico con el paciente, no existe diferencia entre ambos regímenes de responsabilidad al momento de apreciar su negligencia (*supra* N° 463); y si ocurre un accidente en una estación de servicio mientras se carga el estanco de gasolina, ¿hay alguna diferencia entre los deberes de cuidado si la relación es calificada de contractual o de extracontractual?

En definitiva, la diferencia entre el contrato y la responsabilidad extracontractual está dada esencialmente por el elemento voluntario de la relación contractual. Aunque la voluntad consciente y expresa suele reducirse a lo esencial, las partes asumen que están participando de una práctica social y jurídica que tiene infinidad de reglas implícitas (que constituyen derecho dispositivo o se fundan en la buena fe). Ello no priva al contrato de su carácter voluntario y convencional, sino simplemente muestra cómo las prácticas sociales dan sentido a nuestros actos. Por lo mismo, el elemento intencional del contrato es inseparable de aquello que le pertenece por 'naturaleza' (artículos 1444, 1546 y 1563). Sin embargo, en situaciones que son susceptibles de doble calificación, ello lleva a que usualmente no existan diferencias esenciales entre los deberes contractuales y extracontractuales de cuidado.

779. La culpa como condición de la responsabilidad. Grado de culpa por el que se responde. a) En materia contractual, la culpa es *condición* general de responsabilidad (artículo 1547). Excepcionalmente, no se requiere acreditar la culpa del deudor en las obligaciones de garantía (*infra* 781 b), en las obligaciones de dinero, en que se deben intereses por el hecho del retardo (artículo 1559) y en los casos en que se hayan pactado cláusulas agravantes de responsabilidad. En otras palabras, el estatus general de responsabilidad contractual es análogo al extracontractual, que también establece la culpa como requisito general de responsabilidad, sin perjuicio de los estatutos especiales de responsabilidad estricta.

b) En materia contractual, el Código chileno, siguiendo la tradición romana y apartándose del francés, establece la triple *graduación* de la culpa, de modo que se responde de culpa leve en los contratos onerosos y de culpa grave o levísima en los gratuitos, según favorezcan al acreedor o al deudor, respectivamente (artículos 1547 I y 44).

La doctrina tradicional ha visto en esta graduación de la culpa una importante diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, porque en ésta se respondería de toda culpa. Se ha visto, sin embargo,

que esta regla no es consistente con la idea general de cuidado que nos debemos en nuestras relaciones recíprocas y es contradictoria con el estándar de cuidado que los mismos autores exigen como condición de responsabilidad (*supra* N° 44). Por otra parte, la granitud es también relevante al momento de determinar nuestros deberes extracontractuales de cuidado. Por eso, si alguien disfruta unilateralmente de las ventajas de una acción riesgosa, se le puede exigir un cuidado mayor que si la actividad cede en beneficio general; y si, por el contrario, se ha actuado en rescate de un tercero y se le causa un daño en esa acción, el patrón normativo con que debe ser juzgada la conducta es más benigno (*supra* N° 61).

780. Prueba de la culpa. a) En principio, la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se plantea con toda claridad en materia de prueba de la culpa. En materia contractual, corresponde al acreedor la prueba de la existencia de la obligación (artículo 1689), pero luego es el deudor quien tiene que probar el cumplimiento, o bien excusarse de la responsabilidad probando su diligencia o un caso fortuito (artículo 1547 III). Por el contrario, en la medida que la responsabilidad extracontractual no tiene por antecedente una obligación preexistente, corresponde al demandante probar cada uno de los supuestos de hecho que le dan lugar, incluida la culpa, según la regla general del artículo 1698. Esta diferencia, que conceptualmente resulta nítida, merece importantes calificaciones en un análisis más diferenciado.

b) Las reglas probatorias de la culpa contractual operan sin dificultad respecto de obligaciones contractuales determinadas, en que el deudor se obliga a proveer al acreedor un cierto *resultado*, como ocurre con las obligaciones del vendedor de entregar la cosa o del transportista de llevar íntegra a destino la cosa encomendada, en cuyo caso del hecho del cumplimiento se infiere la responsabilidad, a menos que el deudor pruebe que ello ocurrió por caso fortuito o por una causa que no es atribuible a su negligencia (artículo 1547 III).

Distinto suele ser el caso si el deudor se ha obligado indeterminadamente a efectuar una prestación, de modo que su deber es disponer los *medios* para que el acreedor obtenga un beneficio. En estos casos, como se ha visto a propósito de los deberes profesionales de cuidado, de la sola circunstancia de que no se obtenga el beneficio aspirado por el acreedor no se sigue que haya incumplimiento. Ello plantea problemas probatorios que desafían la regla del artículo 1547 III, pues la disputa acerca de la diligencia no reside en estos casos en una excusa que justifica el incumplimiento, sino en la pregunta previa acerca de si la obligación ha sido o no cumplida (*supra* N° 463).

c) A su vez, la regla general de que la culpa debe ser probada en materia extracontractual también tiene importantes excepciones que han sido analizadas en este libro: las presunciones de culpa por el hecho propio del artículo 2329 (*supra* § 14), por el hecho ajeno de los artículos 2320 y 2322 (*supra* § 17) y por el hecho de las cosas de los artículos 2323 a 2328 (*supra* § 19). En circunstancias que estas presunciones han sido desarrolladas al

tratar de la culpa como requisito de la responsabilidad, no se volverá aquí sobre ellas.

781. Responsabilidad sin culpa. a) Por regla general, la culpa es antecedente de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, de modo que la responsabilidad sin culpa es excepcional en ambos estatutos. En ambos regímenes se conocen estatutos excepcionales: en materia extracontractual se conoce la responsabilidad estricta u objetiva; en materia contractual, la situación es más confusa, porque se cruzan diversos institutos jurídicos.

En materia extracontractual, la *responsabilidad estricta u objetiva* requiere de norma legal expresa. Su extensión es variable en los distintos ordenamientos jurídicos; en el derecho chileno tiene un ámbito de aplicación comparativamente restringido (*supra* § 37). Lo característico de la responsabilidad estricta radica en que su único antecedente es la causalidad, de modo que el demandado debe indemnizar cualesquiera perjuicios atribuibles a su hecho.¹⁶ Si bien en el derecho de los contratos existen hipótesis análogas a la responsabilidad estricta extracontractual, se debe tener cuidado en extremar las analogías, como se mostrará enseguida.

b) El derecho de los contratos contiene *obligaciones de garantía*, que son conexas a las obligaciones principales de una de las partes, y para cuya exigibilidad no se requiere culpa alguna del deudor. La más típica obligación de garantía es la obligación de saneamiento que contrae el vendedor en el contrato de compraventa: debe amparar al comprador en el dominio y posesión útil de la cosa vendida y debe responder de los vicios ocultos de la cosa vendida (artículo 1837). La obligación de saneamiento, como las demás de garantía, no da lugar, sin embargo, a una acción propiamente de responsabilidad. Ello se muestra en las prestaciones que debe hacer el vendedor en caso de que la cosa tenga vicios rethibitorios: debe soportar la rescisión del contrato o la rebaja del precio (artículo 1860), pero sólo si se le puede imputar dolo o culpa deberá indemnizar los perjuicios (artículo 1861). En otras palabras, la acción proveniente de la obligación de garantía tiene efectos puramente resitutorios, a menos que se den los requisitos generales de la responsabilidad contractual. En consecuencia, por no tratarse de acciones indemnizatorias, las obligaciones de garantía no pueden ser tenidas por excepciones a la regla de la responsabilidad por culpa o negligencia.

c) La doctrina del contrato ha tendido a que la responsabilidad por incumplimiento de *obligaciones de resultado* sea independiente de la prueba e incluso de la existencia de la culpa (*supra* N° 464). En verdad, la lógica de las obligaciones de resultado lleva a que la exoneración usualmente sólo se pueda producir probando el caso fortuito o fuerza mayor. Así, para liberarse

¹⁶ En este párrafo sólo son considerados los estatutos de responsabilidad estricta basados en la sola causalidad; no se consideran las formas más moderadas de *responsabilidad estricta calificada* (*supra* N° 302).



de responsabilidad, al transportista y al vendedor no les resulta suficiente probar que actuaron diligentemente y que por una causa desconocida no pudieron cumplir con la entrega; además tendrán que probar que por un hecho que no estaba bajo su control ello resultó imposible, lo que usualmente exigirá la prueba del caso fortuito.¹⁷ Sin embargo, siempre le será posible al deudor excusarse de la responsabilidad, sea que logre probar ese caso fortuito, o (lo que es más difícil) que el daño se produjo por un hecho ocurrido a pesar de su diligencia (artículo 1547 III).¹⁸ De ello se sigue, al fin de cuentas, que en estas hipótesis el acreedor no es indemnizado de los perjuicios sufridos, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad estricta, donde, por lo general, basta una relación causal entre el hecho del deudor y el daño para que haya lugar a la responsabilidad (*supra* N° 329).

d) En definitiva, en materia contractual sólo son precisamente homologables a los estatutos de responsabilidad estricta los casos en que el deudor se hace cargo del caso fortuito, sea en razón de una cláusula agravante de responsabilidad, en cuya virtud el deudor renuncia a toda excepción, sea por mandato legal expreso (como ocurre con la regla del artículo 1672 II, que hace recaer en el deudor constituido en mora el riesgo del caso fortuito, a menos que la cosa hubiera perecido igualmente si se hubiera encontrado en poder del acreedor).

782. Responsabilidad por el hecho de dependientes, mandatarios y subcontratistas. a) Aunque se trata de uno de los principales puntos de divergencia entre ambos tipos de responsabilidad civil,¹⁹ la doctrina civil chilena generalmente ha descuidado la sustancial diferencia existente entre ambos regímenes de responsabilidad en materia de responsabilidad por el hecho ajeno.²⁰

¹⁷ Cabanillas/Tapia 1993 28, Viney 1995 285.

¹⁸ En el derecho francés, el incumplimiento de una obligación de resultado sólo es excusable alegando caso fortuito, de modo que no es suficiente la prueba de la diligencia (Mazeaud/Chabas 1998 677); este camino doctrinal y jurisprudencial está favorecido porque el artículo 1147 del Código francés no hace referencia a la excusa de diligencia, como implícitamente lo hace el artículo 1547 del Código chileno. Con todo, también en el derecho chileno no podría construirse una interpretación semejante, en la medida que en materia contractual el incumplimiento de una obligación de resultado sea tenido *per se* como una forma de culpa infraccional (Mazeaud/Chabas 1998 442), con la consecuencia de que la única excusa posible sea el caso fortuito o fuerza mayor, el título sobre la pérdida de la cosa que se debe del Código Civil (esto es, la obligación de dar un cuerpo cierto, que es la obligación de resultado por excelencia) es perfectamente consistente con esta interpretación, porque si bien hace inicialmente referencia a la culpa como antecedente de la responsabilidad (artículos 1671 y 1672), luego sólo se refiere a las excusas del caso fortuito (artículo 1674) y del hecho del deudor que ignoraba la obligación (artículo 1675). Véase también a este respecto *supra* N° 464.

¹⁹ Cabanillas/Tapia 1993 80.

²⁰ Alessandri 1943 46 y Corral 2003 27 no la analizan en absoluto; P. Rodríguez 1999 28, por el contrario, la desarrolla de un modo análogo al aquí planteado. La omisión parece tener su antecedente en el derecho francés, donde por largo tiempo se tendió a aplicar la presunción de culpa extracontractual por el hecho ajeno a la relación contractual entre el acreedor y el deudor de una obligación contractual (Viney 1995 293, Viney/Jourdain 1998 907).

En verdad, con frecuencia éste es el criterio más relevante en casos de curso de responsabilidades.

b) En materia contractual, el deudor no requiere, por general, realizar personalmente la prestación. Salvo que las destrezas del deudor hayan sido determinantes para contratar, el cumplimiento de la obligación puede ser entregado a dependientes, mandatarios o subcontratistas. En una economía basada en la división del trabajo, se asume que el deudor puede requerir la colaboración de terceros para la ejecución de lo debido. No es infrecuente que el deudor sea un intermediario, que subcontrata con terceros el cumplimiento de sus obligaciones. El proveedor de una máquina puede haber ordenado su construcción a un fabricante independiente; una empresa de transporte puede subcontratar con terceros el servicio que se ha obligado a prestar al acreedor.

Atendida esta libertad del deudor para hacer participar a terceros en el cumplimiento de la obligación, correlativamente también asume el riesgo por el hecho de esos terceros como si fuera su propio hecho.²¹ Y esa responsabilidad es independiente de la relación que el tercero tenga con el deudor, de modo que resulta indiferente que se trate de representantes legales, dependientes, mandatarios o subcontratistas. Cualquiera sea la relación que el deudor tenga con el auxiliar, el hecho o culpa de éste hace personalmente responsable al deudor. Este principio está expresado con elegante simplicidad por el artículo 1679: "En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable".²² A pesar de su ubicación en el título sobre la pérdida de la especie o cuerpo cierto debida, la generalidad de los términos de esta disposición permite concluir que el deudor responde por el hecho de sus representantes y de quienes hayan encargado la ejecución de lo debido.²³

²¹ Medicus 2002 157.

²² El principio de responsabilidad por los hechos del auxiliar en la ejecución está también recogido en el artículo 2135 I, que hace responsable al mandatario de los hechos del delegado como si fueren propios, a menos que el mandante haya autorizado expresamente delegar por que entonces se entiende que el mandante ha asumido el riesgo de la delegación, en cuyo caso el mandatario sólo responde de su propia culpa *in eligendo* (artículo 2135 II).

²³ La generalidad de la regla del artículo 1679 contrasta con la referencia específica que hace el artículo 1245 del Código francés a la pérdida de la cosa que se debe. A pesar de la confusión con la responsabilidad extracontractual que dominó por mucho tiempo en el derecho francés, la jurisprudencia más reciente ha entendido que el deudor responde por hecho o culpa de sus auxiliares de la manera que se ha expuesto en este párrafo (Viney/Jourdain 1998 915). Ésa es la regla general en el derecho comparado: en el derecho alemán existe completa claridad en la materia, porque el § 278 del BGB dispone que "el deudor responde como si se tratara de culpa personal de la culpa de su representante legal y de las personas de quienes se sirve para la ejecución de su obligación"; una norma semejante contiene el Código italiano (artículo 1228); el mismo principio es asumido por la doctrina española (Jordan 1987 561, Badosa 1987 769, Panaleón 1991 1058); y, sin restricciones, por el *common law*, donde es estricta la responsabilidad del deudor por el hecho de terceros que participan en la ejecución, como ocurre con el incumplimiento de proveedores o la culpa del banco en hacer oportunamente la transferencia de fondos (Treitel 1995 299).



c) La responsabilidad extracontractual no supone un vínculo de obligación previo entre la víctima y el tercero civilmente responsable. Por eso, el derecho civil exige como condición de responsabilidad por el hecho ajeno que quien materialmente causa el daño esté en una relación de dependencia con el demandado (artículo 2320 I). Es en razón de este vínculo de dependencia que el derecho presume la culpa del principal o, como ocurre por lo general en el derecho comparado, lo hace vicariamente responsable del hecho ajeno (*supra* N°s 109 y 119). Por lo mismo, a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, la responsabilidad aquiliana por el hecho ajeno no alcanza al hecho de subcontratistas independientes, mandatarios y representantes legales.

783. Acciones que nacen del contrato y del hecho ilícito extracontractual.

a) En razón de la diferente estructura de la relación contractual y de la que nace del hecho ilícito, el sistema de acciones es diferente. En el caso del contrato se dispone, ante todo, de la acción para obtener el cumplimiento en naturaleza de lo debido; alternativa o subsidiariamente, el acreedor dispone, además, de la acción para solicitar la indemnización compensatoria, según sea la naturaleza de la obligación. En el caso de la responsabilidad extracontractual no existe una obligación preexistente, de modo que las acciones tienen por objeto directo la reparación del daño.

b) En materia contractual, la ley reconoce al acreedor el derecho a demandar lo que se le debe distinguiendo tres situaciones:

- si la obligación es de dar, la ejecución recae sobre la especie o cuerpo cierto que está en poder del deudor, sobre el valor de esa especie o cuerpo cierto si no está en poder del deudor, o sobre la cantidad líquida de dinero o el valor del otro género determinado que se deba (Código de Procedimiento Civil, artículo 438);

- si la obligación es de hacer, el propio Código Civil establece la opción de que se apremie al deudor para su ejecución, que se faculte al acreedor para realizarla a costa del deudor, o se requiera directamente indemnización de perjuicios (artículo 1553); y

- si la obligación es de no hacer, y ha sido contravenida, el acreedor puede demandar que se deshaga lo hecho si ello es necesario para el fin que se tuvo en mira (en cuyo caso deviene en obligación de hacer), o que se le indemnice si ello no es posible, con la reserva de que el deudor puede ser oído si se allana a cumplir la obligación por otros medios (artículo 1555).

Salvo el caso excepcional del artículo 1555, en que el acreedor se puede ver obligado a aceptar en pago algo diferente a lo debido, el acreedor de una obligación contractual siempre tiene la acción para obtener ejecutivamente el pago de lo que se le debe. En el caso de la obligación de dar sólo puede reclamar la ejecución forzada (además de los perjuicios moratorios), a menos que demande la resolución del contrato (artículo 1489). En el caso de la obligación de hacer (y, extensivamente, de la obligación de no hacer), el acreedor tiene la opción de demandar directamente la indemnización de perjuicios, pero también puede ejercer la acción ejecutiva dirigida al apremio o al embargo de los bienes necesarios para finan-

ciar las obras. En otras palabras, en el derecho chileno se dispone de una acción general de cumplimiento en naturaleza de las obligaciones contractuales, cuyo único límite está dado por la imposibilidad.²⁴

c) Una diferencia muy esencial entre la responsabilidad contractual y la extracontractual reside en las *condiciones para hacer valer la acción de reparación en naturaleza*. En sede contractual la acción tiene por objeto el cumplimiento de lo debido, de modo que no está condicionada a la negligencia del deudor. En la medida que el cumplimiento es posible, la obligación de prestar lo que se debe es inexcusable. El derecho asume que la promesa que envuelve el contrato hace recaer en el deudor el riesgo del costo o dificultad de la ejecución. Sin perjuicio de las hipótesis extraordinarias en que pueda resultar admisible la revisión judicial del contrato (en virtud del principio de buena fe), sólo la imposibilidad absoluta puede liberar al deudor de su carga de cumplir lo debido.²⁵ Así, el deudor hipotecario no puede excusarse alegando que ha hecho lo posible para juntar el dinero que le permitiría impedir el remate, ni el promitente vendedor que no ha podido encontrar otra casa: el deber jurídico que nace de un contrato no se traduce en una cuestión jurídica de mérito, sino de obligación.

Por el contrario, en sede extracontractual, la acción de reparación en naturaleza es una opción que está generalmente abierta a la víctima, pero es concedida bajo el requisito general de que el daño sea atribuible al hecho culpable del demandado. A falta de culpa del autor del daño (salvo en hipótesis legales de responsabilidad estricta), nada puede exigir la víctima, precisamente porque carece de un vínculo obligatorio previo que le sirva de título para su acción (*supra* N° 649).

784. Requisito de constitución en mora para que se pueda ejercer la acción indemnizatoria. La mora es una institución típica del derecho de contratos, donde poner al deudor en la situación de incumplimiento es antecedente de la acción indemnizatoria (artículos 1551 y 1557). La mora es una técnica jurídica especialmente importante si la obligación no tiene plazo expreso o tácito, porque en tal caso se asume que mientras el acreedor no exprese al deudor su voluntad de exigir el pago de la obligación, éste no se encuentra en la situación jurídica de incumplimiento. En verdad, no parece existir una razón lo suficientemente fuerte para asumir

²⁴ En esta materia existe una diferencia fundamental entre el derecho de la codificación y el *common law*, donde, por regla general, no se reconocen al acreedor acciones de ejecución en naturaleza de las obligaciones contractuales (Zweigert/Kötz 1996 482). Las reglas de Unidroit/Principios para contratos comerciales internacionales sí la autorizan (artículo 7.2.2).

²⁵ Es interesante constatar que sólo la imposibilidad absoluta está admitida como excepción en el juicio ejecutivo por obligaciones de hacer (Código de Procedimiento Civil, artículo 534); respecto de obligaciones de dar, se admite la excepción de 'pérdida de la cosa que se debe', que es una forma de imposibilidad, remitiendo en cuanto a los efectos a lo dispuesto en el Título XIX, Libro IV del Código Civil (artículo 464 N° 15).

que las reglas sobre constitución en mora no resultan aplicables a la responsabilidad extracontractual; por el contrario, todo indica que la mora es un instituto común al derecho de obligaciones. En estas circunstancias, puede asumirse que en sede extracontractual el deudor está en mora desde que ha sido judicialmente reconvenido, según la regla del artículo 1551 N° 3 (*supra* N° 664). lo que indica que sea la fecha de la notificación de la demanda aquella desde la cual deban concederse intereses por el daño patrimonial ocasionado (*supra* N° 672 c).

785. Reparación de daños imprevisibles. a) Se ha señalado tradicionalmente que existe una radical diferencia entre los regímenes de responsabilidad en cuanto al alcance de la reparación, porque en materia contractual sólo se responde de los perjuicios previsibles, salvo que se pueda imputar dolo o culpa grave al deudor (artículo 1558), mientras que en materia extracontractual se respondería de todos los perjuicios, previsibles e imprevisibles.²⁶ En verdad, la pregunta por la extensión de la reparación se plantea en términos diferentes en ambos tipos de responsabilidad.

b) En materia *contractual*, la limitación de la responsabilidad a los perjuicios previsibles está estrechamente relacionada con el *ámbito de riesgo que define la contención*.²⁷ Por un lado, los intercambios se dificultarían si el deudor respondiera por daños que no podía razonablemente prever al celebrar el contrato; por otro, el contrato supone una relación acotada entre las partes, de modo que todo riesgo que excede el ámbito del acuerdo debe entenderse en principio excluido de la responsabilidad del deudor. En otras palabras, hay razones vinculadas a la eficacia del instituto del contrato y a la naturaleza de la promesa contractual para limitar los perjuicios indemnizables a los "daños y perjuicios que resultan para el acreedor del incumplimiento de la obligación, y en relación con la cosa que es objeto de la misma, y no aquellos que la inexecución de la obligación le ha causado a otros bienes".²⁸ Sólo a modo de sanción del dolo la reparación se extiende a los perjuicios imprevisibles.²⁹

c) La responsabilidad extracontractual no tiene un ámbito de riesgo predefinido, de modo que quien infringe un deber de cuidado asume más ampliamente los riesgos de su hecho. Por eso, el requisito de previsibilidad de los perjuicios no se presenta de la misma manera que en sede contractual. Con todo, también en la responsabilidad aquiliana la previsibilidad es un elemento que condiciona la responsabilidad. Y, en verdad, se trata de un elemento particularmente ubicuo, porque suele aparecer, bajo formas diferentes, tanto al tratar de la culpa como de la causalidad.

²⁶ Alessandri 1943 48.

²⁷ Treitel 1995 372.

²⁸ Pothier 1761 N° 160.

²⁹ Sobre la conveniencia de restringir el concepto de previsibilidad en los términos planteados en este párrafo, criticando de paso la liberalidad de la jurisprudencia española en la materia, Pantaléon 1991 1027.

Como lo ha afirmado la jurisprudencia, la *culpa* supone que el demandado no haya efectuado la deliberación prudencial que le resulta exigible, de modo que sólo se puede atribuir negligencia a quien estaba en la situación o tenía el deber de prevenir el efecto dañoso de su acción. En otras palabras, no puede haber negligencia en una conducta que previsiblemente no amenaza riesgo alguno (*supra* N° 48).

La pregunta por la previsibilidad vuelve a presentarse respecto de los daños subsecuentes a un daño inicial (como ocurre con el atropellado por un conductor imprudente, quien luego fallece porque contrae una infección en el hospital). El infractor de las reglas del tránsito podía prevenir el atropello y ello forma parte del juicio que califica su conducta de negligente. La pregunta siguiente es si los perjuicios subsecuentes a ese daño inicial también deben ser previsibles para que haya lugar a la responsabilidad. Esta es una pregunta que ha sido tratada tradicionalmente como una cuestión de causalidad; en verdad, se refiere al límite por sobre el cual las consecuencias dañosas de un ilícito civil ya no pueden ser objetivamente atribuidas al hecho inicial del demandado; porque por más que un hecho culpable sea condición necesaria de otros daños, debe interrumpirse en algún punto la secuencia de los daños mediatos por los cuales se responde.

En este libro se ha sostenido que ésta es una pregunta referida a la exigencia de que el daño sea directo, a cuyo respecto no es la previsibilidad el criterio relevante para atribuir responsabilidad por esos daños subsecuentes; todo indica que en esta sede es preferible atender a las consecuencias que objetivamente corresponden al curso ordinario de los acontecimientos posteriores al daño inicial, según el criterio de la causa adecuada (*supra* N°s 256 y 257). Por eso, aunque subjetivamente imprevisible, el conductor negligente que atropella a otro puede ser hecho responsable de los daños subsecuentes que se siguen del accidente de la ambulancia que lo lleva de urgencia al hospital e incluso de los derivados de un error médico incurrido en el tratamiento (porque éstos no son anormales, atendido el curso causal iniciado por el demandado, y porque pertenecen al ámbito de riesgo que éste creó con su negligencia).

d) Sin embargo, no conviene extremar esta diferencia. En efecto, aun que en materia de responsabilidad extracontractual la previsibilidad no es determinante al momento de establecer los perjuicios por los cuales se responde en caso de haberse actuado con culpa o con dolo, porque no resulta aplicable la norma que hace responsable al deudor doloso incluso de los perjuicios imprevisibles (artículo 1558 I), tampoco en ese tipo de responsabilidad es indiferente si el responsable ha actuado con dolo. Occurre que es un principio jurídico más general que quien actúa con dolo asume las consecuencias de su conducta de una manera más extensa que si ha obrado con mera negligencia, de modo que al momento de definir los perjuicios objetivamente atribuibles al hecho del ofensor debe entenderse que el dolo hace que la responsabilidad se extienda incluso a los perjuicios extraordinarios, que están excluidos de la reparación si el ilícito es meramente culpable (*supra* N° 261).

En suma, las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad pueden ser importantes al momento de determinar de cuáles perjuicios se responde por negligencia (en la medida que el concepto de previsibilidad es más estrecho que el de causa adecuada); pero si el responsable ha incurrido en dolo, el alcance de la reparación es sustancialmente igual en uno y otro caso.

786. Reparación del daño moral. La reparación del daño moral en sede extracontractual está asentada en el derecho chileno desde el primer tercio del siglo XX (*supra* § 24 b). En sede contractual, la evolución ha sido explícitamente más cautelosa. La lógica de la relación contractual referida en el párrafo anterior lleva a concluir que el daño moral sólo es indemnizable en esa sede si su producción pertenece al ámbito de riesgo asumido natural o convencionalmente por el deudor. En el fondo, no hay razones de texto ni conceptuales para negar lugar a la reparación del daño moral en materia contractual, pero el límite tiene que estar dado por la relación contractual: en la medida que la obligación del deudor contenga deberes de seguridad respecto del acreedor, el daño moral derivado de la infracción de esos deberes será previsible y debe ser reparado (*supra* § 24 i). En consecuencia, la diferencia entre ambos estatutos de responsabilidad no es categorial (esto es, que se indemniza el daño moral en sede extracontractual y no en materia contractual), sino está dada por las condiciones para la reparación del daño moral, que son más estrictas en el ámbito contractual.

787. Pluralidad de responsables. En materia contractual rige la regla de que la obligación contraída por varias personas es simplemente conjunta, a menos que la ley o el contrato establezcan la solidaridad (artículo 1511). Por el contrario, en materia extracontractual, hay solidaridad si el hecho culpable o dolooso que causa el daño ha sido cometido por dos o más personas (artículo 2317).

Los casos de pluralidad de responsables en sede *extracontractual* excepcionan en mucho la hipótesis legal de concurrencia de varios en la comisión de un mismo delito o cuasidelito: en la medida que diversos ilícitos sean condición necesaria del daño y que éste sea objetivamente atribuible a esos diversos hechos, cada cual que los haya cometido es responsable del total de los perjuicios (como es el caso de la víctima de un accidente del tránsito que soporta la negligencia del conductor y del médico que lo atiende luego del accidente); tanto en esta hipótesis como en la legal de solidaridad por concurrencia de varios en la comisión del mismo hecho, el problema es de contribución a la deuda, porque en los diversos casos la víctima tiene acción de responsabilidad por el total de los daños contra cualquiera de los diversos obligados (*supra* § 33).

En materia *contractual* se conocen, además de la solidaridad, las indivisibilidades de pago, constituidas por las hipótesis en que el acreedor no vería satisfecho su interés contractual si se tiene la deuda por divisible. En tales casos, la doctrina asume que la prestación no es susceptible de división intelectual o de cuota, aunque las prestaciones puedan ser material-

mente segmentadas (artículo 1524 I). Es el caso frecuente en obligaciones de hacer: por ejemplo, de la obligación de varios abogados encargados de la defensa de un asunto³⁰ o de la que surge con ocasión de servicios médicos y hospitalarios (*supra* N° 470); o la construcción de una casa, como establece el artículo 1524 II. En tales casos, la obligación reparatoria que sigue al incumplimiento de la obligación indivisible es *in solidum*, en razón de que el daño es atribuible al ilícito de cada uno de los distintos obligados.³¹ En consecuencia, en estas hipótesis de incumplimiento contractual no se muestra una diferencia esencial con la pluralidad de obligados en sede extracontractual: si el daño es atribuible al incumplimiento de obligaciones que por su naturaleza conforman una unidad indivisible se puede perseguir la responsabilidad contractual de cualquiera de los obligados, sin perjuicio de la acción *in rem verso* en contra de los demás, de conformidad con las reglas generales de las obligaciones retributorias.

788. Posibilidad de postergar la determinación de la especie y monto de los perjuicios. En este libro se ha sostenido que siempre debiera ser posible postergar la determinación de la especie y monto de los perjuicios para un incidente de ejecución del fallo o para otro juicio posterior (Código de Procedimiento Civil, artículo 173 II). En verdad, hay poderosas razones de economía procesal que justifican que la prueba de los perjuicios sólo se produzca si se da lugar a la pretensión del actor. Esas razones son las mismas en materia contractual y extracontractual. Con todo, la cuestión sigue siendo relevante, porque alguna jurisprudencia persiste en asumir que la regla sólo es aplicable en sede de responsabilidad contractual (*supra* N° 706).

789. Prescripción de la acción contractual y extracontractual. En otros ordenamientos jurídicos una significativa diferencia de los plazos de prescripción constituye uno de los aspectos de mayor importancia práctica para distinguir entre ambos estatutos de responsabilidad.³² No es el caso del derecho chileno, donde la acción de responsabilidad extracontractual prescribe en cuatro años, contados desde la perpetración del acto (artículo 2332), mientras la de responsabilidad contractual está sometida al estatuto

so B-... 9004 111 con referencia a CS.10.7.1953, RDJ, t. I, sec. 1^a, 231..

³¹ Carbonnier 2000 607.

⁵¹ Carbonsmier 2000 607.

⁵² Es el caso, por ejemplo, del derecho español, donde la acción de responsabilidad contractual prescribe en quince años y la extracontractual en un año desde que el agravado conoció el daño (Cód. esp., artículos 1968 y 1964); en el derecho alemán, la situación era semejante hasta la radical reforma al Instituto de la prescripción, introducida con ocasión de la reforma al derecho de obligaciones de 2002, que estableció un plazo general de tres años, que en materia extracontractual se cuenta desde que el actor toma conocimiento del daño y de la persona del responsable, con un límite de treinta años (BGB, §§ 195 y 852); del derecho francés, por una reforma de 1985, el plazo general de prescripción de treinta años fue reducido a diez años, contados desde la manifestación del daño o de su agravación, respecto de las acciones de responsabilidad extracontractual (Cód. fr., artículo 2270-1).

general de prescripción de las acciones personales ordinarias, de cinco años contados desde que la obligación se hizo exigible (artículo 2515 I).

A pesar de que la semejanza de los plazos resta dramatismo a la distinción, surgen diferencias relevantes entre ambos regímenes. La más importante, en la práctica, es que el plazo de prescripción de la acción contractual se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible (esto es, desde que se contrajo, si no se ha pactado plazo o condición, o desde el cumplimiento de éstos en caso contrario), mientras la norma del artículo 2332 ha sido interpretada de una manera que permite el ejercicio de la acción desde el momento en que el deudor estuvo en condiciones de hacer valer su derecho, esto es, desde que se produjo o manifestó el daño, aunque el hecho del demandado se haya agotado con anterioridad (*supra* N° 711).³⁵

§ 65. LAS FRONTERAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL

a. *Protección de terceros por medio de acciones contractuales*

790. *Acciones contractuales en beneficio de terceros que sufren daño (estipulación implícita a favor de otro).* a) En virtud del principio de privacidad del contrato, por regla general sólo quien es parte puede demandar la responsabilidad que resulta del incumplimiento de obligaciones contractuales. En consecuencia, si el daño lo sufre un tercero, la responsabilidad será extracontractual, aunque el ilícito consista en un incumplimiento contractual.³⁴ La aplicación mecánica de este principio suele llevar a resultados formalmente inobjectables: el incumplimiento de deberes de seguridad laboral da lugar a responsabilidad contractual respecto del trabajador, pero es extracontractual la acción que ejercen las víctimas de daño reflejo (*supra* N° 502); lo mismo vale para los daños que se siguen de un contrato de transporte.³⁵

b) El derecho conoce caminos para escapar al conflicto axiológico que plantea la circunstancia que la responsabilidad respecto de la víctima directa se sujeta a reglas diferentes de aquellas aplicables a la acción del cónyuge o de los hijos que sufren daño reflejo. En nuestra tradición jurídica se suele asumir una *estipulación tácita en favor de otro*, de modo que la parte acreedora de un deber de seguridad (el pasajero en un contrato de transporte, por ejemplo), al convenir en los deberes de cuidado, no sólo lo hace para sí, sino también para sus padres, hijos o cónyuge. De acuerdo con esta doctrina, el ámbito protector de las obligaciones de seguridad del contrato se extiende a las personas que están en tal cercanía con el acre-

³⁵ La doctrina suele designar, además, como una diferencia que la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual se suspende, a diferencia de lo que ocurre en materia contractual; esta tesis ha sido discutida en *supra* N° 714.

³⁴ Alessandrini 1943 61.

³⁵ Ídem.



b.

dor, qu
ma ma
person
tracua
porte
de la f
tambié
En
del be
debe e
tual su

791. P
contra
es si el
bilidad
imposi
te, el i
por éf
tenía v

36 (la expai
ros al tr
de obli
obligac
derecho
con obl
de pers
71]
sonas n
reglas g
de cont
58]
médica
este sen
sec. 2°.
93; en g
59]
con refi
40]
pide a
ocurrir
un con

s ordinarias, de cinco (artículo 2515 J). dramatismo a la distinción. La más importante la acción contractual (esto es, desde que desde el cumplimiento artículo 2332 ha sido o de la acción desde el de hacer valer su derecho, aunque el hecho *supra* N° 711).³³

CONTRACTUAL Y LA

contractuales

que sufren daño (principio de privacidad puede demandar la responsabilidad contractual. *supra* N° 502); trato de transporte.³⁵ conflicto axiológico que respecto de la víctima directables a la acción de nuestra tradición jurídica; *otro*, de modo que la ero en un contrato de s de cuidado, no sólo , cónyuge. De acuerdo iones de seguridad del cercanía con el acre-

a que la prescripción de la tencia de lo que ocurre en

dor, que deben entenderse protegidas respecto de su integridad de la misma manera que este último.³⁶ El fundamento de esta extensión del ámbito personal de protección puede encontrarse en el principio de *buena fe* contractual, pues pertenece a la naturaleza de los contratos de trabajo, transporte o médicos que las obligaciones de seguridad son debidas en cautela de la persona que es contraparte, pero no sólo en su propio interés, sino también en el de sus personas más próximas.³⁷

En circunstancias que la estipulación por otro se perfecciona respecto del beneficiario por el acto tácito o expreso de aceptación (artículo 1449), debe entenderse que el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual supone esa aceptación.³⁸

b. Responsabilidad extracontractual por participar en el incumplimiento contractual de otro

791. Principios jurídicos en juego: discusión acerca de la protección extracontractual de los créditos. a) La pregunta que se analiza en esta sección es si el incumplimiento de un contrato puede ser un daño atribuible a la responsabilidad extracontractual de un tercero, por haber realizado una acción que hace imposible el cumplimiento por parte del deudor contractual.³⁹ Usualmente, el hecho del demandado será la celebración de un contrato que tiene por efecto necesario que la contraparte, a su vez, incumpla el contrato que tenía vigente con el demandante.⁴⁰

³⁶ Chabas 2000 b N° 70, Mazeaud/Chabas 1998 394; Larenz 1987 225, con referencia a la expansión en el derecho alemán de la figura del contrato con efecto protector en terceros al transporte, al arrendamiento, a los servicios médicos; la reforma al derecho alemán de obligaciones de 2002 asumió el desarrollo jurisprudencial al establecerse: i) "La relación de obligación puede, según sea su contenido, obligar a cada parte a la consideración de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte" (BGB, § 241 II); ii) "Un contrato con obligaciones de las referidas en el artículo 241 II también puede tener lugar respecto de personas que por sí mismas no sean tenidas por parte" (BGB, § 311 III 1).

³⁷ En materia laboral, la jurisprudencia ha tendido a entender que la acción de las personas más cercanas a la víctima no tiene fundamento en el contrato de trabajo, sino en las reglas generales de la responsabilidad extracontractual (*supra* N° 502); sobre la calificación de contractual del daño reflejo en materia de responsabilidad médica, *supra* N° 469.

³⁸ En el derecho chileno es frecuente que la jurisprudencia construya la responsabilidad médica indirectamente bajo un estruendo contractual, asumiendo una estipulación por otro; en este sentido, Corte de San Miguel, 15.4.1992, GJ 143, 75, también publicada en RDJ, t. LXXXIX, sec. 2ª, 39; Corte de Santiago, 28.4.2000, GJ 238, 79; y Corte de Concepción, 20.5.2002, GJ 268, 93, en general, para la calificación de la responsabilidad médica, *supra* § 50 c.

³⁹ En el derecho chileno, un esquema analítico del ilícito en F. González 1995 *passim*, con referencias al derecho comparado, especialmente norteamericano.

⁴⁰ En circunstancias que el daño usualmente se provoca mediante un contrato que impide a la contraparte del demandante cumplir una obligación contractual vigente (como ocurrió, por ejemplo, si una convención válida de no competencia es infringida mediante un contrato que el obligado celebra con un tercero), para facilitar la exposición, en el su-



b) El ilícito de participación en un incumplimiento contractual plantea cuestiones en extremo sutiles desde el punto de vista de la *doctrina jurídica de los derechos de crédito*. Por definición, ellos sólo se pueden exigir de ciertas personas que han adquirido las obligaciones correlativas (artículo 578). De lo anterior se sigue que los derechos de crédito son relativos, de modo que no crean derechos a exigir determinada conducta de terceros ajenos al contrato. Por otro lado, a la luz de la doctrina más específica de la relatividad del contrato, también cabe mirar con escepticismo que terceros puedan tener deberes jurídicos de protección impuestos por el derecho, respecto de posiciones contractuales ajenas.

Si bien el Código Civil establece que respecto de las cosas incorpóreas (esto es, derechos) hay una *especie* de propiedad, cabe siempre preguntarse acerca del alcance efectivo que ésta adquiere en distintas situaciones jurídicas. Por cierto que hay materias en que la titularidad de un derecho de crédito se asimila a la propiedad, como ocurre con su transferencia y cesibilidad, pero hay otras en que cesa la analogía, como se muestra en la imposibilidad de posesión de un crédito y de su adquisición por prescripción adquisitiva.

En las relaciones de las partes con terceros, el derecho reconoce la oponibilidad a éstos de ciertas acciones personales, a condición de que se cumplan los requisitos legales (como ocurre con la condición resolutoria, según los artículos 1490 y 1491). Pero, por regla general, la relatividad de la relación jurídica crediticia impide que ésta pueda generar *deberes* de terceros respecto de las partes.⁴¹

c) Por eso, *la relatividad de las relaciones obligatorias es un punto de partida particularmente restrictivo para la definición en concreto de los ilícitos de participación en un incumplimiento contractual*.⁴² De esta premisa se sigue que los derechos contractuales que una persona tiene respecto de otra no dan lugar *per se* a deberes de cuidado para terceros ajenos a esa relación contractual, al menos de una manera que signifique 'reconocer posiciones jurídicas que están protegidas en términos absolutos respecto de cualquier tercero'.⁴³

cinto desarrollo que sigue sólo se hará referencia a esa hipótesis más usual. Sin embargo conviene tener presente que también se puede interferir en un contrato ajeno mediante otras acciones que impidan al obligado a cumplir su prestación.

⁴¹ En la doctrina económica del derecho existe una corriente que propugna tratar como derechos de propiedad cualesquiera titularidades jurídicas que una persona pueda tener reconocida por el derecho; sobre esta base, los actos que afectan esas titularidades son ilícitos comparables a los que se realizan respecto de personas y cosas; un muy ilícido desarrollo de estas ideas en Epstein 1997 2114.

⁴² Medicus 1997 267.

⁴³ Así, el BGH en el caso líder de la jurisprudencia alemana (NJW 1981, 2184, referido por Medicus 1997 267). En el caso, la empresa estatal de ferrocarriles había intervenido en la venta que un propietario de tierra agrícola había celebrado con el operador de un aeropuerto, en cuya virtud éste adquiría la propiedad necesaria para la operación; la empresa de ferrocarriles se hizo cargo de las indemnizaciones contractuales que el vendedor podía

contractual planista de la doctrina se pueden exigir correlativas (artículo son relativos, conducta de tercera más específica escepticismo que impuestos por el

cosas incorporales siempre preguntarse tuaciones jurídicas. recho de crédito se y cesibilidad; pero a imposibilidad de i adquisitiva.

recho reconoce la ndición de que se dición resolutoria, l, la relatividad de generar *debers* de

un punto de partida s ilícitos de participa sigue que los dete- ra no dan lugar *per* ción contractual, al iones jurídicas que uier tercero'.⁴³

nás usual. Sin embargo ntrato ajeno mediante e propugna tratar como la persona pueda tener as titularidades son ilícit- un muy lúcido desarro-

JTW 1981, 2184, referido les había intervinido en el operador de un aereo a operación; la empresa ; que el vendedor podía

792. Argumentos pragmáticos para definir el ámbito de protección de los créditos. a) Como es usual en las situaciones límites del derecho privado, existen argumentos puramente pragmáticos a favor y en contra del reconocimiento de acciones indemnizatorias por la intervención de terceros en contratos ajenos.

b) Las principales *razones para ser reticentes en el reconocimiento de acciones* atienden a consideraciones de mercado y a la función económica del contrato. Desde el punto de vista de la competencia, los recursos deben estar disponibles en la mayor extensión que resulte posible, porque de esa manera se produce su asignación óptima de acuerdo con la lógica del mercado que se materializa en contratos; que un tercero esté dispuesto a pagar más por la prestación es indicativo de que el intercambio que resulta frustrado agrega menor valor de bienestar que el nuevo contrato. A su vez, la relación contractual puede ser regulada por las partes, tanto en su extensión como en las garantías ofrecidas por el deudor, de modo que, por lo general, es exorbitante imponer a terceros el deber de cautelar un interés que pudo ser protegido por el propio contratante que pretende hacer valer la responsabilidad extrcontractual del tercero.⁴⁴ Finalmente, bajo el supuesto de que el acreedor de la obligación contractual queda protegido mediante acciones indemnizatorias o incluso de ejecución en equivalencia (artículo 1551), puede resultar socialmente más eficiente que el deudor se obligue con quien está dispuesto a pagar más por la misma prestación.⁴⁵

c) Sin embargo, aun de acuerdo con sus propios términos, resultan discutibles los fundamentos de la doctrina anterior, porque hay fuertes

deber a su contraparte en razón del incumplimiento del contrato; aunque la Corte negó que hubiera un deber general de protección de los créditos ajenos, estimó que la operación atentaba contra las buenas costumbres, porque había sido iniciada por la empresa de ferrocarriles y mostraba una completa desconsideración respecto del afectado, siendo expresiva de una inaceptable falta de lealtad en el tráfico económico, de modo que la invocación por el demandado de la relatividad de la relación contractual expresaba una abusiva tensión del orden jurídico a favor de los propios intereses. En un fallo posterior, el mismo tribunal estimó que la acción de perjuicios contra el tercero sólo podía ser concedida si a la luz del 'cuadro de conjunto de la operación' se podían tener por contravenidas 'percepciones fundamentales (*Grundsatzungen*) del tráfico leal entre personas que conviven bajo el mismo derecho' (BGH, NJW 1988, 902).

⁴⁴ Weir 2002 180.

⁴⁵ Este criterio puede ser también determinante al momento de discernir legislativamente acerca de las acciones que se deben reconocer al acreedor bajo el derecho de contratos; bajo la influencia del análisis económico del derecho se ha propuesto que el acreedor sólo tenga acción indemnizatoria, porque puede ocurrir que al deudor le convenga más indemnizar que cumplir y, si la indemnización está correctamente determinada, también al acreedor le resulta indiferente ser indemnizado que recibir el pago en naturaleza; una discusión general de la materia desde el punto de vista contractual en Posner 1992 161; especialmente diferenciado, incluyendo en el análisis el valor de proteger la confianza, Shavell 2004 312 y 375.



razones para asumir que el incumplimiento contractual es generalmente ineficiente desde el punto de vista del bienestar general.⁴⁶ Ante todo, si se acepta que el contrato es una manera convencional de movilizar recursos desde un destino hacia otro, resulta contrario a esa premisa que esa asignación luego se haga unilateralmente, de una manera diferente a la convenida y sin consideración del interés del contratante afectado por el contrato con un tercero. Además, se justifica, al menos bajo ciertas circunstancias, proteger extracontractualmente los derechos del contratante, en términos que desincentiven a terceros a participar en el incumplimiento. Esta acción contra el tercero puede ser importante en la medida que las acciones contractuales no satisfagan el interés del acreedor: los juicios indemnizatorios son costosos y suponen siempre algún aspecto aleatorio; la contraparte puede resultar insolvente para hacer valer la responsabilidad; la prueba de los perjuicios supone a menudo la publicidad de información que el demandante quisiera que permanezca bajo protección de privacidad; el incumplimiento puede producir daños en las relaciones con terceros, que suelen no estar cubiertos por la acción indemnizatoria (como ocurre en el caso del incumplimiento de un proveedor). A lo anterior se agrega, finalmente, el costo de inseguridad que afecta la eficacia del contrato como instrumento jurídico que permite razonablemente predecir el futuro (costos de confianza).⁴⁷

793. La mera negligencia no es suficiente para dar por establecida la responsabilidad por participar en un incumplimiento contractual. La negligencia se puede definir negativamente como la ausencia de diligencia. La primera pregunta que cabe plantearse a efectos de construir cualquier ilícito de intervención en el incumplimiento de un contrato ajeno se refiere a si es exigible por parte del tercero que contrata una actitud positiva a efectos de conocer si la contraparte está ligada por contrato.

La respuesta general del derecho comparado a esta pregunta ha sido negativa.⁴⁸ La autonomía privada y la eficacia del sistema de contratos se verían severamente afectadas si hubiere una acción de responsabilidad por mera negligencia, esto es, por no haberse informado de los eventuales vínculos contractuales que pudieren afectar a acreedores de la persona con quien se contrata. De lo anterior se sigue que el supuesto más elemen-

⁴⁶ La discusión de la idea de un incumplimiento eficiente ha sido muy importante en la doctrina económica del contrato; específicamente respecto del ilícito de intervención en contrato ajeno, Epstein 1999 580, con referencias bibliográficas; una crítica normativa al análisis económico del incumplimiento contractual eficiente en Fried 1981 161.

⁴⁷ Un análisis distanciado de la materia en Shavell 2004 312 y 375; con énfasis en el valor económico de la confianza en las relaciones contractuales, Posner 1992 416, Coote/Ullen 1997 249; en el texto se siguen los argumentos de Epstein 1999 581 y Epstein 1987 *passim*.

⁴⁸ Viney 1995 382, para el derecho francés; Larenz/Canaris 1994 452, para el alemán; Markesinis/Deakin *et al.* 2003 510, para el inglés; Prosser/Keeton *et al.* 1984 982, para el norteamericano.



actual es generalmente neral.⁴⁶ Ante todo, si se l de movilizar recursos a premisa que esa asigna era diferente a la contratante afectado por el nenos bajo ciertas circos del contratante, ar en el incumplimiente en la medida que el acreedor: los juicios gún aspecto aleatorio; r valer la responsabilidad publicidad de información bajo protección de s en las relaciones con indemnizatoria (como dor). A lo anterior se cta la eficacia del contratoablemente predecir el

por establecida la rescontractual. La negligencia de diligencia. La le construir cualquier contrato ajeno se refiere una actitud positiva a contrato.

esta pregunta ha sido stema de contratos se le responsabilidad por ido de los eventuales edores de la persona supuesto más elemen-

ta sido muy importante en l ilícito de intervención en s; una crítica normativa al Fried 1981 161.

2 y 375; con énfasis en el Posner 1992 416, Cooter/ a 1999 581 y Epstein 1987

1994 452, para el alemán; n *et al.* 1984 982, para el

del ilícito es el conocimiento por parte del tercero del vínculo contractual que su contraparte contraviene al contratar. Por eso, la intervención en contrato ajeno supone *mala fe* por parte del demandado.⁴⁹

794. ¿Interferencia en contrato ajeno o inducción al incumplimiento contractual? a) Descartada la mera negligencia, entendida como omisión en obtener información, como fundamento suficiente para dar lugar a la responsabilidad, se plantea la pregunta jurídica relativa al umbral que el derecho exige para atribuirla. El análisis jurídico y económico muestra que el interés del demandante en que su contrato no sea interferido por un tercero está en evidente colisión con la relatividad de la relación obligatoria y con la estructura competitiva de los mercados, que supone, por definición, un grado importante de desafiabilidad de las relaciones contractuales (como se muestra en el cuidadoso desarrollo que ha tenido el reconocimiento de validez de las cláusulas de no competencia).

b) Por eso, una de las materias más discutidas en el derecho contemporáneo es la referida a las condiciones para dar por establecido el ilícito. En verdad, pueden idearse dos caminos que conducen a resultados sustantivamente diferentes. Una primera opción consiste en asumir que el derecho a obtener la prestación del deudor contractual está protegido genéricamente respecto de terceros, de modo que éstos incurren en un ilícito si contratan con el deudor con *conocimiento* de que de ello se seguirá un incumplimiento de esa obligación contractual. Pero el mero conocimiento puede ser tenido por un umbral demasiado elemental de protección del crédito contractual frente a terceros extraños, de modo que se entienda que no basta la actitud pasiva del demandado para que haya lugar al ilícito civil, sino que éste haya *inducido* al deudor a contratar con conocimiento de que ello suponía un incumplimiento del contrato.

La definición más amplia del ilícito (basada en el mero conocimiento, como en la mala fe posesoria) lleva a que pueda ser responsable quien no haya hecho acto positivo alguno para promover el incumplimiento de la obligación contractual; es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un tercero adquiere un inmueble con conocimiento de que le afectaba una prohibición de enajenar.⁵⁰ Por el contrario, el concepto más estricto exige una ac-

⁴⁹ Como marco de referencia es interesante tener en consideración lo expuesto a propósito de las exigentes condiciones que el derecho privado tiende a establecer para la indemnización de los daños puramente económicos (*supra* N°s 188 y 189).

⁵⁰ En el derecho francés se exige mala fe, entendida como conocimiento efectivo del contrato cuya violación se provoca por el acto del tercero (Vinay 1995 382); sin embargo, la jurisprudencia parece ser más diferenciada, atendiendo a los distintos tipos de relaciones afectadas; así, por ejemplo, se ha estimado que no es *per se* ilícito comercializar productos o servicios amparados por un contrato válido de distribución exclusiva (Vinay 1995 378), lo que muestra la necesidad de juzgar el ilícito de conformidad a los bienes en juego (en contratos que limitan la competencia, por válidos que sean entre las partes, sólo dan lugar a responsabilidad cuando los medios empleados por el tercero son ilícitos).



ción positiva de inducción al incumplimiento contractual, esto es, dirigida a obtener, como efecto perseguido o aceptado, que el deudor no cumpla lo pactado con el demandante. La disputa acerca del alcance de la protección de derechos contractuales por vía extracontractual se expresa en las diversas propuestas de denominación del ilícito: el concepto de *interferencia en contrato ajeno* alude al mero conocimiento como constitutivo de la culpa que genera responsabilidad; por el contrario, la idea de *inducción a un incumplimiento contractual* hace referencia a la acción positiva del demandado, esto es, al uso de medios ilícitos en prosecución de sus propios fines.

c) Ya en los primeros casos del derecho comparado en que se reconoció una acción indemnizatoria por participar en un incumplimiento contractual, se asumió que la *inducción* a contratar en violación a una obligación contractual conocida era elemento constitutivo del ilícito.⁵¹ La inducción al incumplimiento contractual exige conocimiento del contrato ajeno, persuasión mediante una oferta incompatible con el contrato vigente a favor del demandante, e interés en obtener un beneficio económico de la operación.⁵² Bajo estas circunstancias, es generalmente aceptado en los derechos europeo y norteamericano contemporáneos que la inducción al incumplimiento es un ilícito extracontractual que otorga acción en contra del tercero.⁵³ Por el contrario, por las razones antes señaladas (*supra* Nos 791 y 792), existen severas dudas en la doctrina comparada acerca de la procedencia de una acción general de responsabilidad por *mera interferencia*, aunque se obre en conocimiento de que el contrato que se celebra supone un incumplimiento contractual.⁵⁴

⁵¹ Los comparativistas suelen radicar los orígenes de la doctrina de la responsabilidad por participar en un incumplimiento contractual en el caso inglés *Lumley v. Gye*, 118 ER 749, 1853 (Von Bar 1996 I 319): el arrendatario y administrador de un teatro en Londres había celebrado un contrato en exclusividad con una cantante alemana, quien además era sobrina de R. Wagner; el operador de un teatro rival, en conocimiento del contrato, indujo a la cantante a que se obligara a no actuar en el teatro del demandante y que, en cambio, lo hiciera en el propio; se falló que "quien maliciosamente procura el daño puede ser hecho precisamente responsable más allá de la responsabilidad del contratante" (citado por Markesinis/Deakin *et al.* 2003 510); se comprueba que el caso es típicamente uno de inducción a incumplir un contrato.

⁵² L. BeVier, *Reconsidering Unducement*, en *Virginia Law Review* 76 (1990), 885, citado por Epstein 1999 578.

⁵³ Von Bar 1996 I 319, sobre el derecho europeo; Prosser/Keeton *et al.* 1984 982, para el norteamericano; aun en esta forma restringida, que es aceptada por la jurisprudencia, el ilícito sigue siendo objeto de juicios críticos por parte de la doctrina, principalmente desde la perspectiva económica de que los incumplimientos contractuales pueden ser socialmente eficientes (Abraham 2002 274); el punto de vista inverso adopta la doctrina económica que privilegia la expansión de los derechos de propiedad (Epstein 1999 581) y que valora la contribución de la institución del contrato al bienestar general (lo que es incompatible con aceptar oportunamente incumplimientos contractuales 'eficientes').

⁵⁴ Es el caso del derecho alemán, donde la inducción al incumplimiento contractual es construida a partir del ilícito general de actuación contraria a las buenas costumbres del § 826 del BGB, de modo que el mero conocimiento de que la contraparte está ligada a un

sto es, dirigida a
or no cumpla lo
de la protección
ia en las diversas
ferencia en contra-
culpa que gene-
in incumplimiento
jado, esto es, al

l que se recono-
mplimiento con-
a una obligación
.⁵¹ La inducción
trato ajeno, per-
o vigente a favor
imico de la ope-
ado en los dere-
la inducción al
acción en contra
las (*supra* N°s 791
erca de la proce-
interferencia, aun-
lebra supone un

le la responsabilidad
umley v. Gye, 118 ER
in teatro en Londres
ia, quien además era
del contrato, indio-
ite y que, en cambio,
l daño puede ser he-
tratante" (citado por
icamente uno de ir-
990), 885, citado por

1 *et al.* 1984 982, para
r la jurisprudencia, el
principalmente desde
ueden ser socialmen-
i doctrina económica
399 581) y que valora
, que es incompatible
tes).

plimiento contractual
uenas costumbres del
parte está ligada a un

d) Una actitud más prudente lleva a limitar, en principio, la responsabilidad a los casos de inducción al incumplimiento contractual. Esta doctrina es la que mejor se aviene con la relatividad del contrato y de los derechos de crédito y con la lógica económica de la competencia. Con todo, asumido el principio de que sólo se responde por actuaciones de mala fe en perjuicio de pretensiones contractuales ajenas, corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina más especializada efectuar las distinciones más sutiles que permitan calificar la licitud de la actuación del demandado.⁵⁵ Estas distinciones resultan inevitables en una materia donde coactúan principios jurídicos y económicos muy disímiles. Así, por ejemplo, todo indica que los pactos lícitos que limitan la competencia están sujetos a responsabilidad contractual y sólo muy excepcionalmente pueden ser invocados para hacer valer la responsabilidad de quien simplemente los interfiere contratando a sabiendas de su existencia; sin embargo, el caso puede ser distinto si el pacto tiene por fundamento la enajenación de derechos de propiedad industrial y el propósito del competidor que lo interfiere es precisamente aprovecharse de conocimientos por cuya exclusividad el demandante ha pagado una suma significativa de dinero.

795. El contrato cuyo cumplimiento se interfiere debe ser vinculante hacia el futuro. Para que haya intervención ilícita en contrato ajeno es necesario que este último sea efectivamente vinculante para las partes, de modo que estén imposibilitadas de desahuciarlo o ponerle término unilateralmente. Así, en la medida que el Código del Trabajo establece un breve plazo de 30 días para que el trabajador avise el término de la rela-

contrato no da lugar a responsabilidad (Larenz/Canaris 1994 452); del derecho inglés, tanto respecto del ilícito de inducción al incumplimiento contractual como de otros ilícitos intencionales fronterizos, como la interferencia dolosa en el cumplimiento de una obligación contractual o la inducción al incumplimiento de obligaciones legales en perjuicio del tercero beneficiario (Markesinis/Deakin *et al.* 2003 510, 514); y, esencialmente, del derecho norteamericano, donde la interferencia negligente no da lugar a responsabilidad, sino que se exige que el demandado haya realizado actos inductivos al incumplimiento, aunque en algunos casos se da lugar a la responsabilidad respecto de quien interfiere de mala fe el contrato ajeno, aunque no haya certeza acerca de que fue él quien inició la negociación (Epstein 1999 586).

⁵⁵ Es muy ilustrativo a este respecto el Restatement/Torts II, que contiene como norma de clausura del título dedicado a la interferencia en contrato ajeno distintos factores que el juez debe considerar para determinar si el demandado ha actuado de manera ilícita (*improper*) al interferir en un contrato ajeno: a) la naturaleza de la conducta del demandado, b) los motivos del demandado, c) el interés del demandante que es afectado por la conducta del demandado, d) el interés perseguido por el demandado, e) el interés social en proteger la libertad de acción del demandado y los intereses contractuales del demandante, f) la cercanía o lejanía de la conducta del demandado con la interferencia, g) las relaciones entre las partes (§ 767, cuyos comentarios precisan el alcance de estos criterios).



ción laboral (artículo 159 N° 2), no son imaginables hipótesis de interferencia en derechos contractuales del empleador si un tercero negocia con el trabajador la incorporación a su empresa.

796. Efectos del ilícito en el contrato celebrado por el demandado. El ilícito cometido en la celebración del segundo contrato puede ser de gravedad suficiente para dar lugar a una acción de nulidad absoluta, por resultar este segundo contrato contrario a las buenas costumbres comerciales (artículos 1461 y 1467). En tal caso, la acción de nulidad tiene por objeto impedir que el segundo contrato haga imposible el cumplimiento del primero, de modo que su finalidad práctica es precisamente obtener una satisfacción en naturaleza del interés del demandante. En casos de urgencia, el demandante podrá solicitar las medidas cautelares dirigidas a ese objetivo.⁵⁶

797. Cúmulo de acciones. Los ilícitos de interferencia en contrato ajeno dan lugar a una concurrencia cumulativa de responsabilidades (*infra* N° 838), porque existe acción contra el contratante incumplidor, con fundamento en el derecho de contratos, y contra el tercero que ha intervenido ilícitamente en ese incumplimiento, con fundamento en la responsabilidad extracontractual. Como es obvio, no se trata de obligaciones simplemente conjuntas, sino de acciones que tienen causas diferentes (un incumplimiento contractual y un ilícito extracontractual), de modo que se puede demandar el total al contratante incumplidor y al tercero que intervino ilícitamente en la relación contractual. En circunstancias, que intervino únicamente en la relación contractual. En circunstancias, sin embargo, que no se pueden acumular las pretensiones indemnizatorias que cubren el mismo daño, el pago efectuado por uno de los deudores extingue la obligación. Es un caso típico de obligaciones *in solidum*, que presentan analogías con las solidarias (*supra* N° 278 b). A su vez, el daño reclamado es de carácter puramente patrimonial, porque no afecta un bien corporal en particular, sino el interés patrimonial que representa el contrato (*supra* § 23 g).

§ 66. RESPONSABILIDAD POR ILÍCITOS PRECONTRACTUALES

a. Introducción

798. Ámbito de la responsabilidad precontractual: deberes de cuidado y buena fe en la negociación contractual. a) La doctrina tradicional del contrato pone atención en el consentimiento, porque asume que las partes son responsables de decisiones que adoptan dentro de su ámbito de autonomía privada. Por eso, lo que ocurre en el período precontractual es relevante principalmente desde la perspectiva de los vicios del consentimiento.

⁵⁶ Sobre el efecto invalidante del segundo contrato de la inducción al incumplimiento contractual, Medicus 1997 267, Viney 1995 384, Epstein 1999 582 y 589.



miento, que da
existe genuina
Con funda
en el siglo XII

partes de una
de las tratativa
ción de la seg
y entre expert
tópicos que c
consentimient

Estos debe
vas preliminar

• *Deberes a*
la propiedad
accidentes qu

• *Deberes d*
fe, esto es, co
bien suponen
ha creado en

• *Deberes*
(por ejemplo
terminación
cio del públic

• *Deberes f*
ble a dolo o n

b) El *debe*
estratégico, c
los límites de
contratante l
precisión, po
aplicado ater
de vista lógic
eso, su conc
partes a part
consecuenci

⁵⁷ Por ejer
⁵⁸ Von Jher

⁵⁹ En los p
sobre los sup
además de las
de prueba de F
sende 1979).

⁶⁰ Cohen e
⁶¹ Sobre la
Whitaker 2000
no, López 1996

En circunstancias que la urgencia en obtener protección frente al acto abusivo usualmente es determinante en el éxito de la acción,¹⁸⁴ debe tenerse presente que el derecho procesal civil chileno sólo abre la posibilidad de solicitar medidas precautorias inominadas, de conformidad con el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. Entre ellas deben entenderse comprendidas las destinadas a la cesación del acto que presenta caracteres de competencia desleal (*supra* N° 653).

b) La acción indemnizatoria es la más general de las pretensiones que se pueden seguir del ilícito de competencia desleal, porque usualmente se puede acumular a las acciones de reparación en naturaleza, a condición de que éstas no obtengan una reparación completa del daño. Los perjuicios son típicamente representativos de un daño puramente patrimonial (*supra* N° 188) y podrán ser medidos como daño emergente, equivalente a la pérdida de valor del establecimiento de comercio a consecuencias del ilícito, o como lucro cesante, que se mide como la pérdida de utilidades que se sigue de la competencia desleal (a consecuencias de la disminución de operaciones, por ejemplo). En todo caso, se debe evitar que la acumulación de conceptos indemnizatorios conduzca a que el mismo daño sea reparado dos veces; así ocurriría si es reconocido un lucro cesante por menores ingresos pasados y futuros y se pretendiere, además, la reparación del daño emergente que se expresa en el menor valor que tiene una marca o un establecimiento de comercio, en circunstancias que este último efecto se produce precisamente a consecuencias de que las utilidades esperadas son menores.

Si se ha obtenido alguna reparación en naturaleza, el efecto reparador de esta última debe ser considerado al momento de fijar los perjuicios indemnizables, según las reglas generales (*supra* N° 659 b).

§ 68. CONCURSO DE RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

a. Aspectos sustantivos de la concurrencia de responsabilidades

838. Delimitaciones conceptuales. a) Los mismos hechos (o hechos que parcialmente se superponen) pueden satisfacer los supuestos de aplicación de distintas normas. En general, existen tres hipótesis alternativas para resolver las preguntas de concurrencia que se plantean en esos casos: i) puede existir un *conflicto de normas*, que debe ser resuelto mediante exclusión de uno de los ordenamientos en concurrencia, de conformidad con el principio de especialidad; ii) puede darse por establecida una *concurrencia cumulativa*, en cuya virtud las pretensiones se acumulan; o

¹⁸⁴ Emmertich 2004 515 con referencia a que la ley alemana en la materia abre la posibilidad de que se dicte una resolución provisoria (*einstweilige Verfügung*) para ordenar la suspensión de la turbación competitiva, presumiéndose legalmente la urgencia (artículo 12 II).



iii) se puede aceptar que las pretensiones coexisten, en la forma de una *concurrentia alternativa*, que concede al actor una opción de acciones.¹⁸⁵

La regla general debe ser que las acciones se pueden acumular si existe un mero *concurso impropio de acciones*, esto es, si las pretensiones son diversas y no excluyentes entre sí. Por el contrario, la concurrentia da lugar a una opción de acciones si existe un *concurso propio de acciones*, caracterizado porque una misma pretensión se puede sostener en dos normas diferentes.¹⁸⁶ Distinta es la situación si se entiende que existe un *conflicto de normas*, que dan lugar a una misma pretensión, en cuyo caso debe determinarse cuál de los ordenamientos en pugna debe aplicarse excluyentemente a la relación jurídica entre las partes.

b) El llamado concurso de responsabilidades contractual y extracontractual no se refiere a una eventual acumulación de pretensiones indemnizatorias que tienen dos fuentes diferentes, porque ello conduciría a la doble reparación de un mismo daño y al enriquecimiento sin causa correlativo. La pregunta pertinente se refiere a si el actor tiene la *opción* entre uno u otro régimen de responsabilidad, bajo el supuesto de que el hecho pueda ser calificado tanto de incumplimiento contractual como de ilícito extracontractual. Por eso, para evitar equívocos acerca del significado de la pregunta, es preferible hablar de *concurso* y no de *cúmulo* de responsabilidades, como suele hacerlo la doctrina.¹⁸⁷

En consecuencia, el concurso de responsabilidades se refiere a dos cuestiones bien precisas. La primera tiene que ver con la calificación jurídica del hecho que da lugar a la responsabilidad: ¿es posible que un mismo hecho sea constitutivo, a la vez, de un incumplimiento de contrato y de un ilícito extracontractual? La segunda supone que la anterior haya sido contestada positivamente y se interroga: ¿puede el actor, en tal caso, optar por la acción que más le conviene, o debe entenderse, por el contrario, que existe un conflicto de normas que debe resolverse excluyendo la aplicabilidad de uno de los ordenamientos?

¹⁸⁵ Larenz/Wolf 1997 352.

¹⁸⁶ Cabanillas/Tapia 1993 187 (esta excelente obra ha sido la más importante fuente doctrinaria para el análisis que sigue). La doctrina, bajo influencia de A. Georgiades (*Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München: Beck, 1968), distingue el concurso de pretensiones y de normas que conceden acciones. En el caso de la responsabilidad civil, las pretensiones son idénticas, se ejerce la acción con fundamento contractual o extracontractual, de modo que existiría un concurso de normas y no de acciones; aunque esta doctrina puede contribuir a tratar conjuntamente los aspectos procesales y sustantivos del concurso, tiende a oscurecer la cuestión desde un punto de vista civil, porque lo relevante no es que en ambos casos se plantee una pretensión indemnizatoria, sino el alcance material de la responsabilidad (como, por ejemplo, respecto de los daños por los que se responde y de la prescripción), que puede ser diferente según sea la acción enabladá (así, Medicus 2002 174); esta posición se adopta en los párrafos que siguen.

¹⁸⁷ Alessandrì 1943 80, siguiendo una denominación de la doctrina francesa que se prolonga hasta hoy (Viney 1995 403).

839. P
tual y.
cho pi
extrac
ser cal
extrac
dad ar
Si
habrá
está vi
cia da
ocurri
establ
much
precis
trato,
trato,
En tal
juntos
concu

840. I
si la v
ligada
éste le
mostr
dad c
difiere
daño
que p
con fi
ser in
mism
gener
ría cc
puedi
espec
tajas
e incl
tenía

841.]
la rei
consi

839. Posibilidad de que concurren supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual. Son numerosas las hipótesis en que un mismo hecho puede ser calificado como incumplimiento contractual y como ilícito extracontractual. Para que exista concurso basta que un hecho que pueda ser calificado de incumplimiento de un contrato, también sea un ilícito extracontractual, en tanto el hecho daría igualmente lugar a responsabilidad aunque no hubiese contrato.

Si un médico incurre en negligencia en la atención de un paciente, habrá en su contra una acción de responsabilidad civil extracontractual; si está vinculado por un contrato, como es la regla general, la misma negligencia da lugar a una acción de responsabilidad contractual; lo mismo puede ocurrir con el transporte de personas, con los accidentes ocurridos en un establecimiento hotelero o deportivo, con las relaciones de vecindad y en muchos otros tipos de relaciones. Hay un concurso de responsabilidades precisamente cuando un hecho constitutivo de un incumplimiento de contrato, también es un ilícito extracontractual, porque, prescindiendo del contrato, el hecho constituye una infracción a los deberes generales de cuidado. En tales casos, la pretensión indemnizatoria tiene por fundamento dos conjuntos de normas diferentes, de modo que, técnicamente, se trata de un concurso de normas que son fundamento de la responsabilidad.¹⁸⁸

840. Interés de la opción. La doble calificación del ilícito lleva a preguntarse si la víctima del daño debe seguir el camino del contrato, por el cual está ligada, o si puede elegir la acción de responsabilidad extracontractual, si éste le resulta ser el régimen indemnizatorio más conveniente. Como se ha mostrado (*supra* § 64), existen notables acercamientos entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, en la medida que algunas antiguas diferencias se han ido moderando (plazos de prescripción, reparación del daño moral, régimen probatorio). Sin embargo, aún restan peculiaridades que pueden justificar la preferencia del actor por hacer valer su pretensión con fundamento extracontractual. Así, la reparación de daños morales suele ser más amplia en materia extracontractual, porque no está sujeta, en la misma forma que en sede contractual, al requisito de previsibilidad; y, en general, el requisito de previsibilidad opera de modo más estricto en materia contractual. Por el contrario, para terceros que son víctimas del daño, puede ser de interés que se extienda en su favor el manto del contrato, especialmente en la forma de una *estipulación por otro*, en atención a las ventajas en materias probatorias, de responsabilidad por el hecho de auxiliares e incluso por razones de procedimiento y jurisdicción (como ocurre en materia de responsabilidad por accidentes del trabajo).

841. Principio de primacía del contrato. a) La primacía del contrato sobre la responsabilidad extracontractual se muestra con toda evidencia si se considera que *contractualmente se pueden regular conductas que de lo contrario*

¹⁸⁸ Larenz/Canaris 1994 597.



estarían sujetas a un estatuto legal de responsabilidad. Por contrato se puede dispensar de responsabilidad por ciertos hechos, ampliar o restringir los deberes de cuidado y definir los perjuicios por los que se habrá de responder. En definitiva, dentro de los límites generales de licitud del objeto y de la causa, mediante convenciones modificatorias de responsabilidad se pueden alterar las condiciones o los efectos de la responsabilidad extracontractual (*infra* § 70).

El derecho general de los contratos establece resguardos y límites a la autonomía privada (prohibición de condonar el dolo futuro, restricciones a la disponibilidad de derechos por razones de orden público y de buenas costumbres); sin embargo, deja un amplio ámbito para que el contrato regule eficazmente materias que, a falta de convención, están cubiertas por el estatuto de la responsabilidad extracontractual (como puede ocurrir, por ejemplo, con la regulación de los deberes de cuidado entre vecinos).

b) Bajo el supuesto anotado de que la convención sea válida, el principio de primacía del contrato resulta determinante al momento de definir la procedencia de la opción de acciones. En efecto, el contrato es un instrumento para que las partes ordenen sus relaciones recíprocas, dejando sin efecto el derecho dispositivo vigente. Por eso, cuando un hecho puede ser calificado, a la vez, de incumplimiento contractual y de ilícito extracontractual, se debe asumir que las disposiciones contractuales expresadas prevalecen sobre el derecho general de la responsabilidad civil.

c) Sin embargo, esta primacía está sujeta en la mayor parte del derecho comparado a importantes calificaciones. Salvo en el derecho francés, donde la jurisprudencia ha establecido que la existencia de un contrato excluye categóricamente la aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual, en la mayoría de los sistemas jurídicos las respuestas son más diferentes y, bajo ciertas circunstancias, se acepta la opción. Para facilitar un discernimiento más preciso de esta cuestión conviene partir distinguiendo las diversas formas que puede revestir el consentimiento contractual.

842. Distinción entre convención contractual expresa e implícita respecto del estatuto legal aplicable. a) Ante todo, es conveniente tener en consideración la situación en que las partes han definido expresamente los términos de la responsabilidad (por ejemplo, señalando que sólo se responderá de culpa grave o estableciendo un criterio de evaluación de los eventuales perjuicios). Si esta convención es válida (*infra* N^{os} 873 y 874), no existe razón para invocar las reglas de derecho común que establecen las condiciones y efectos de la responsabilidad civil. Donde las partes han *convenido expresamente una regla especial* no cabe la opción, por simple aplicación del principio de autonomía privada reconocido por el artículo 1545.¹⁸⁹

b) Distinto es el caso si no existe una voluntad inequívoca de las partes en orden a someter su relación a reglas convencionales que difieran del

¹⁸⁹ Mazeaud/Cnabas 1998 408.

derecho general de la responsabilidad extracontractual. En efecto, es usual que la convención entre las partes se concentre en lo esencial, dejando que el derecho dispositivo lo complete con los elementos de la naturaleza que emanan de la ley o de la naturaleza de la convención (artículos 1444, 1546 y 1563 I). Es lo que generalmente ocurre en un contrato médico o de transporte. Entonces, surge la pregunta de si en tales circunstancias debe también entenderse que las partes han querido someter su relación a un estatuto contractual *excluyente* de la opción por la responsabilidad extracontractual. En la lectura de esta *voluntad implícita* difiere sustantivamente la doctrina jurídica comparada.

c) Una parte de la doctrina sostiene que quien celebra un contrato acepta la aplicación de todas las normas legales de derecho dispositivo referentes al derecho de contratos, tanto de las reglas generales como de las que corresponden al tipo de contrato en particular. En consecuencia, la *voluntad implícita de quienes convienen en un contrato sería excluir la aplicación del ordenamiento de la responsabilidad aquiliana*, que sólo regiría los daños provocados fuera de toda relación contractual. El principio, en consecuencia, expresaría que el derecho de contratos es *especial* respecto del estatuto de la responsabilidad extracontractual, precisamente porque el contrato tiene el efecto de modificar la regla general, en cuya virtud rige el estatuto de responsabilidad extracontractual que resulta aplicable a falta de otro ordenamiento.

Esta es, en esencia, la doctrina asumida por la jurisprudencia francesa.¹⁹⁰ La doctrina chilena más influyente, siguiendo a la doctrina francesa, aceptó tradicionalmente que el contrato excluye al estatuto extracontractual, aceptando como excepciones sólo los casos en que el incumplimiento contractual constituye también un ilícito penal o cuando así lo han convenido las partes (en cuyo caso no hay propiamente una excepción).¹⁹¹

d) Esa doctrina no sólo asume el predominio del contrato, sino, además, que la especialidad de este último supondría la voluntad implícita de excluir la aplicación del estatuto de responsabilidad aquiliana. Este segundo supuesto resulta discutible, a diferencia del primero. En efecto, se puede también asumir, desde un punto de vista lógico, que si las partes no han pactado expresamente sobre ciertas materias, aceptan tácitamente las consecuencias que el derecho dispositivo *en general* establece para la conducta negligente del autor del daño, lo que incluye tanto las normas supletorias del derecho de contratos como los deberes generales de cuidado que nos debemos en nuestro tráfico recíproco.

¹⁹⁰ Hoy parece haberse unificado la jurisprudencia francesa en que la opción debe ser denegada, prevaleciendo, en caso de que haya convención, las reglas de la responsabilidad contractual (Mazeaud/Chabas 1998 405). Las excepciones al principio de que no procede el cúmulo u opción están acotadas a los casos de dolo del deudor, de ilícitos que también constituyen delito penal, a las víctimas por rebote de daños corporales causados con ocasión de un contrato de transporte y de las acciones del dueño de la obra contra el constructor (Viney 1995 407).

¹⁹¹ Alessandri 1943 84 y 91.



Siguiendo esa línea de pensamiento, la doctrina dominante en el derecho comparado señala que no hay razón lógica para excluir la aplicación del estatuto de responsabilidad extracontractual.¹⁹² El argumento determinante radica en que los deberes generales de cuidado que se tienen respecto de la persona y la propiedad de los demás pueden ser definidos por el contrato (y, en tal sentido, el contrato predomina); por el contrario, a falta de esa determinación convencional, no se puede entender que haya intención implícita de excluir la aplicación de norma alguna del derecho común. Por eso, a falta de regla contractual que excluya la aplicación de algún ordenamiento, debe entenderse que *el actor puede optar por el estatuto legal que le resuelve más conveniente, a menos que haya alguna razón específica para que prevalezca el estatuto contractual* (como ocurre, por ejemplo, con el predominio de la regla del artículo 1547, sobre el cuidado que debe aplicar el deudor en contratos gratuitos). Esta es esencialmente la doctrina asumida en los derechos español, alemán e italiano, que, por regla general y con reservas como las anotadas, reconocen al actor el derecho a optar por el fundamento jurídico que resulte más conveniente a su pretensión.¹⁹³

843. Discusión de la procedencia de la opción: ¿criterio abstracto o *ratio iuris*? a) En pocas áreas del derecho de obligaciones se muestra con más nitidez que en la opción de acciones, la tendencia a razonar de una manera puramente mecánica y conceptual, que desatiende la finalidad de los institutos en juego.¹⁹⁴ Desde un punto de vista estrictamente conceptual es sencillo concluir que no procede la opción, porque en casos de conflicto de normas debe prevalecer el contrato en virtud del *principio de especialidad*, pero esa conclusión no es irrefutable, ni siquiera de acuerdo con sus propios supuestos. En efecto, una argumentación lógico-formal puede también llegar a la conclusión inversa, porque cuando una situación de hecho es calificable bajo distintos conjuntos de normas, puede entenderse que *no existe un conflicto de normas* que se excluyen recíprocamente, sino una *concurrentia alternativa* (*supra* N° 838), de modo que al actor corresponde optar por la acción que le resulta más favorable.¹⁹⁵ En consecuencia, los esfuerzos por resolver el problema desde un punto de vista puramente lógico no conducen a un resultado concluyente.¹⁹⁶

¹⁹² Cabanillas/Tapia 1993 66.

¹⁹³ Larenz/Canaris 1994 596, Medicus 2002 175; sobre esta doctrina en los derechos italiano y español, Cabanillas/Tapia 1993 72 y 136. Para una revisión de la jurisprudencia chilena, Donoso 2006 526.

¹⁹⁴ Cabanillas/Tapia 1993 134.

¹⁹⁵ Se asume aquí un concepto civil de acción, equivalente a la pretensión que el actor tiene derecho a hacer valer en juicio y cuyo fundamento es la norma de derecho sustantivo; la cuestión se presenta en un sentido diferente desde el punto de vista del concepto procesal de acción, donde los bienes en juego atienden al debido proceso, especialmente a la exigencia de que ninguna de las partes quede en situación de indefensión (*infra* N° 848).

¹⁹⁶ Sobre la infertilidad práctica de la discusión puramente conceptual en la materia, MünchKomm/Mertens § 852 38.

b) La cuestión puede aclararse con ayuda de criterios auxiliares que atiendan a la *ratio iuris*. Se ha visto que si el contrato contiene reglas individualizadas que regulan la específica relación entre las partes, debe entenderse que esta regulación consentida excluye al estatuto extrcontractual. Es lo que ocurre, ante todo, cuando las partes han convenido expresamente una cierta materia. Pero también *puede* concluirse lo mismo respecto de las normas legales supletorias del derecho de contratos, en la medida que se entienda que efectivamente forman parte implícita del acuerdo contractual (como podrá ocurrir, por ejemplo, con la culpa por la cual se responde en un contrato gratuito, con la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares o con la limitación de la responsabilidad a los perjuicios previsibles, porque la relación contractual entre las partes supone que éstas asumen un ámbito acotado de riesgos).

c) Para enfrentar esta tarea de delimitación conviene tener algunas directivas. Ante todo, una severa restricción radica en que por exigencias de *coherencia* no es posible solicitar la aplicación selectiva y parcial de uno y otro ordenamiento (*infra* N° 847). A su vez, en la medida que la responsabilidad extracontractual es el régimen más general de responsabilidad, por lo que no requiere de convención alguna, la pregunta relevante resulta ser bajo qué circunstancias la existencia de un contrato la excluye como ordenamiento alternativamente aplicable, a opción del demandante.

Por eso, aunque desde un punto de vista lógico se acepte la opción, como se sostiene en esta sección, ello exige la tarea hermenéutica de determinar los casos en que ella *excepcionalmente* no resulta admisible, porque la *ratio legis* de los ordenamientos en juego hace que sólo el estatuto de la responsabilidad contractual deba tenerse por aplicable. Pareciera que el criterio más eficaz a este respecto es que *no se puede pretender una norma contractual que carezca de sentido si la opción fuere admisible*.¹⁹⁷ Si la opción permite a la víctima evitar la aplicación de una norma contractual que establece limitaciones a sus pretensiones, el fracaso de la acción contractual, todo indica que la opción debe ser rechazada.¹⁹⁸ Así se explica que el

¹⁹⁷ Cabanillas/Tapia 1993 76, con referencia a P.G. Monateri, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extraccontractuale*, Padova, 1989, 44.

¹⁹⁸ La tendencia del derecho comparado es concesiva en materia de opción de acciones en relaciones provenientes de servicios médicos, de transporte y de compraventa por daños causados por la cosa vendida (Cabanillas/Tapia 1993 70). Un caso ilustrativo de la jurisprudencia alemana se refiere a la pérdida de una partida de vino embotellado por defecto de los corchos; en circunstancias que la acción contractual por vicios redbito-nos estaba prescrita por el transcurso del breve plazo legal que la ley reconoce en esta materia (Código de comercio alemán, § 377), se interpuso extorsivamente la pretensión indemnizatoria con fundamento extracontractual; el Tribunal Supremo alemán entendió que la finalidad de la norma contractual es limitar el espacio de tiempo en que los defectos pueden ser alegados, pero que ésta finalidad no se ve frustrada si se acoge la acción de fundamento delictual, porque ésta se limita a los daños sufridos por el propietario y excluye cualquier pretensión de naturaleza contractual, como, por ejemplo, la rescisión del contrato o la indemnización del lucro cesante, que no es indemnizable en Alemania bajo

nto
nás
ne-
los
l es
cto
ia-
sus
un-
ho
que
una
de
los
nte

hos
ncia

ctor
anti-
epto
ite a
148).
eria,

acreedor contractual, a falta de convención en contrario, no pueda pretender, invocando las normas de la responsabilidad extracontractual, la indemnización de daños imprevisibles, que escapan al ámbito de riesgo del contrato (artículo 1558); ni tampoco podrá invocar culpa leve, con fundamento en la responsabilidad extracontractual, si de acuerdo con el contrato el deudor responde de culpa grave (artículo 1547).¹⁹⁹

d) En otros ordenamientos jurídicos, donde existe una diferencia sustancial en los plazos de *prescripción* de la acción emanada del incumplimiento contractual y de la proveniente del ilícito extracontractual, tiene gran importancia práctica la opción, porque es usual que el plazo para interponer la acción con este último fundamento sea mayor que en materia contractual. Aun así, también en el derecho chileno existen diferencias que pueden justificar el interés del demandante por ejercer la acción de responsabilidad extracontractual. En particular, la opción es relevante si el daño se manifiesta cuando la acción contractual está prescrita (*supra* N° 710). Todo indica que la diferencia de estatutos de prescripción, que se explica por razones más bien históricas que sistemáticas, no constituye una diferencia que excluya la opción en atención a la *ratio legis* de la norma del artículo 2515 I. Por eso, si se opta por interponer la acción de responsabilidad extracontractual, debiera entenderse que la prescripción se cuenta de conformidad con el artículo 2382, del modo como ha sido interpretado por la jurisprudencia (*supra* N° 711); en tal caso, como es obvio, la materia de la litis sólo podrá ser la reparación indemnizatoria, y no las pretensiones que tengan por antecedente el contrato.

844. Jurisprudencia chilena en materia de opción. Cada vez que la jurisprudencia chilena ha definido en abstracto el concurso de acciones, ha tendido a formular una regla general que excluye la opción de responsabilidades y se inclina por la preeminencia de la responsabilidad contractual.²⁰⁰ En la práctica, sin embargo, se han seguido líneas divergentes. Especialmente en casos de responsabilidad médica, se ha aplicado el estatuto de responsabilidad extracontractual, a pesar de que la responsabilidad podía ser calificada de contractual; en algunos casos se ha señalado expresamente que una relación contractual entre la clínica y el actor no obsta que se apliquen las normas de los artículos 2314 y siguientes; o simplemente se han aplicado estas normas a pesar de que los hechos mostraban la existencia de un con-

el estatuto extracontractual en un caso como el referido (BGH, 16.9.1987, citado por Ca-
bañillas/Tapia 1993 72).

¹⁹⁹ Medicus 2002 175.

²⁰⁰ Así, por ejemplo, CS, 18.4.1950, RDJ, t. XLVII, sec. 1°, 127; CS, 30.7.1991, RDJ, t. LXXXVIII, sec. 1°, 40; Corte de Santiago, 8.9.1992, RDJ, t. LXXXIX, sec. 2°, 129; Corte de Santiago, 4.11.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2°, 100; Corte de Rancagua, 2.8.2004, rol N° 21.088; y Corte de Santiago, 22.7.2005, GJ 301, 138.



trato
denc:
de re
ment
el tra
sufrió
opción
las ví
E
sección
tiene
los ir
princip
extra
las re
los r
reser
estím.

845.
pons
debe
ción
rio, l
acción
sección
nas l
acción
Aten
que

846.
extra

20
talaría
extrac
aunqu
Conce
el mis
5.1.20
20
sec. 1°
20
estudi

trato (*supra* § 50 c).²⁰¹ La misma actitud tomó tempranamente la jurisprudencia respecto del contrato de transporte.²⁰² Por el contrario, en materia de responsabilidad civil por accidentes del trabajo se ha estimado exclusivamente aplicable el estatuto contractual para la relación entre el empleador y el trabajador y el extracontractual para la acción de quienes alegan haber sufrido daño reflejo o por rebote; pero ello no en razón de un rechazo de la opción, sino porque se ha negado la calificación contractual a la acción de las víctimas de daño reflejo (*supra* N° 502).

Estas indefiniciones son explicables de acuerdo con lo señalado en esta sección: la adopción de una regla estricta que rechace o acepte la opción tiene la ventaja de la simplicidad, pero no necesariamente da cuenta de los institutos en juego. Por eso, resulta preferible una regla que acepte, en principio, la opción de la víctima de entablar la acción de responsabilidad extracontractual, con la reserva de que esa opción encuentra su límite en las reglas contractuales que perderían sentido si se aceptaren sin reservas los requisitos y efectos de la responsabilidad extracontractual. Con esta reserva, como se ha visto en esta sección, la doctrina comparada tiende a estimar aceptable la opción.

b. Aspectos procesales de la concurrencia de responsabilidades

845. Planteamiento. La calificación de los hechos bajo un estatuto de responsabilidad contractual o extracontractual es una cuestión sustantiva, que debe ser resuelta de acuerdo con el derecho civil. También es una cuestión civil si el actor puede optar entre una u otra acción o si, por el contrario, los daños sólo pueden dar lugar, excluyente y alternativamente, a una acción de responsabilidad contractual o extracontractual. Asumida en la sección anterior una posición a ese respecto, cabe ahora plantearse algunas preguntas procesales conexas, que se refieren a la concurrencia de acciones y pretensiones con fundamento contractual y extracontractual. Atendido el objeto de este libro, se evitará entrar en la discusión aún abierta que se suscita en el ámbito del derecho procesal.²⁰³

846. Ejercicio conjunto de las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual. La primera cuestión se refiere al ejercicio conjunto de

²⁰¹ De este modo, se ha fallado que en circunstancias que la negligencia médica y hospitalaria puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual y extracontractual "es preferible otorgar a la víctima la opción de elegir la vía extracontractual, aunque el demandado pruebe que existía un vínculo contractual previo al daño" (Corte de Concepción, 10.8.2000, confirmada por CS [cas. forma y fondo], 24.1.2002, GJ 259, 38); en el mismo sentido, Corte de Santiago, 28.1.1993, GJ 151, 54, y 17° Juzg. Civ. de Santiago, 5.1.2005, rol N° 174-2003, con com. de C. Pizarro en Rev. Fureyo 6, 2006, 149.

²⁰² Así, CS, 13.12.1920, G. de los T., 1920, 2° sem., N° 67, 357; CS, 21.9.1923, RDJ, t. XXII, sec. 1°, 481.

²⁰³ Al respecto, como en todas las materias tratadas en esta sección, véase el excelente estudio de I. Tapia en Cabanillas/Tapia 1993 170.



acciones por ambos tipos de responsabilidad en un mismo juicio. En circunstancias que las pretensiones indemnizatorias o de reparación en naturaleza sean idénticas y tengan por fundamento el mismo daño (en un caso de responsabilidad médica, por ejemplo), es inequívoco que *ambas pretensiones no puedan acumularse*, porque ello daría lugar a un enriquecimiento sin causa. Sin embargo, nada impide que se demande la responsabilidad por incumplimiento contractual y *subsidiariamente* por ilícitos extracontractuales, o viceversa, según la regla del artículo 17 II del Código de Procedimiento Civil. A falta de texto expreso, podrían presentarse preguntas respecto de la interposición *alternativa* de ambas acciones: sin embargo, es difícil encontrar una razón para impedir al actor demandar la indemnización, o incluso la reparación en naturaleza, con fundamento contractual o extracontractual, según estime procedente el tribunal.

847. La confusión de regímenes de responsabilidad es inadmisibles. a) Bajo la hipótesis de que se acepte la opción entre acciones de fundamento contractual y extracontractual, cabe preguntarse si debe exigirse la integridad de la acción entablada, esto es, si resulta aceptable que la acción se funde parcialmente en uno y otro estatus de responsabilidad. Ése sería el caso si el demandante, por un lado, invoca el contrato como antecedente de la responsabilidad por el hecho de terceros (que lo favorece, porque en materia contractual el demandado responde de los hechos de los agentes como si fueran propios), y, por otro, alega el ilícito extracontractual a efectos de la determinación de los perjuicios reparables (que también le favorece porque esa responsabilidad no está limitada por la previsibilidad del daño). La respuesta es inequívoca en el sentido de que el derecho es *indivisible*, con la consecuencia de que el régimen aplicable es la responsabilidad contractual o extracontractual, pero no una mezcla de ambas,²⁰⁴ pues de lo contrario elementos de la responsabilidad que están interconectados orgánicamente entre sí podrían ser aleatoriamente utilizados fuera de su contexto normativo.²⁰⁵ En consecuencia, el actor podrá optar entre ambos estatutos (o pedir que el demandado sea condenado de acuerdo con un estatuto y en subsidio por el otro), pero no puede pedir que la responsabilidad por el hecho ajenos se rija por el derecho de contratos (que le favorece) y la acción se dirija solidariamente contra los varios obligados de acuerdo con las reglas de la responsabilidad extracontractual (que también le favorece). Lo mismo vale en materia probatoria, de prescripción, de previsibilidad del daño indemnizable y en las demás materias en que un régimen de responsabilidad puede resultar puntualmente más ventajoso.

b) A la inversa, sí puede ocurrir, en razón de la *ratio legis* del ordenamiento contractual preterido, que la opción del actor por la responsabilidad extracontractual deba ceder en algún punto crucial.²⁰⁶ Así, si el acreedor de un

²⁰⁴ Larenz/Canaris 1994 597.

²⁰⁵ Medicus 2002 175.

²⁰⁶ La limitación se explica en razón del principio de primacía del contrato, que es moderada pero no excluida por la opción de pretensiones.



contrato de prestaciones métricas opta por la acción de responsabilidad extracontractual, la indemnización no se puede extender a los perjuicios imprevisibles, ni el demandado puede verse sujeto a un grado de diligencia superior a la que corresponda al tipo de contrato celebrado. Ésta es una consecuencia de la regla hermenéutica fundamental, en cuya virtud debe entenderse aplicable la norma dispositiva o de orden público del derecho de contratos, que perdería sentido si a su respecto fuese aceptada la opción (*supra* N° 843 b). En estos casos, no existe confusión de regímenes aplicables; simplemente se trata de los límites a que está sujeta la pretensión indemnizatoria del demandante, si opta por el estatuto de responsabilidad extracontractual.

848. Efectos de la errónea calificación jurídica del fundamento de la pretensión indemnizatoria. a) Mayor dificultad plantea la pregunta acerca de la errónea calificación jurídica que el actor pueda haber hecho de su acción en la demanda, como ocurriría si se ha demandado responsabilidad extracontractual y, sobre la base de los hechos probados en la causa, el tribunal estima que la responsabilidad es contractual. En ese caso entran en juego dos criterios normativos que apuntan en direcciones diferentes: por un lado, el principio de que una vez establecidos los hechos el juez es soberano para determinar el derecho aplicable (que se expresa en el aforismo *iura novit curia*); por otro, el principio de congruencia entre lo pedido y lo fallado, en cuya virtud el juzgador debe pronunciarse sobre la acción entablada, lo que limita su facultad para decidir más allá de lo que ha sido objeto de la litis.²⁰⁷

b) Desde un punto de vista civil, la pretensión es el fin concreto que el demandante persigue obtener del demandado por medio de la acción judicial (por ejemplo, restitución de una cosa, indemnización de perjuicios, reparación en naturaleza de un daño, entrega de lo debido). La pretensión es el puente entre el derecho sustantivo y el procesal, porque tiene su fundamento en la norma de derecho privado y se materializa mediante los instrumentos jurisdiccionales.²⁰⁸ Las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual suelen contener la misma pretensión: que se indemnice al demandante los perjuicios sufridos.

Sin embargo, porque son diferentes las normas que se invocan como justificatorias de la acción, pueden ser también diferentes las condiciones de admisibilidad de una y otra pretensión. En el caso de un accidente pro-

²⁰⁷ Cebanillas/Tapia 1993 205; en el derecho chileno se ha fallado que resuelve una acción distinta de la planteada y se extiende a un punto no sometido a su decisión, el tribunal que razona acerca de la responsabilidad en que incurre quien se retracta de celebrar un contrato solemne, asumiendo los sentenciadores que la pretensión de rescate del actor corresponde a una acción para hacer efectiva la responsabilidad precontractual del demandado, en circunstancia que del libelo se desprende que se ha ejercido una acción fundada en un supuesto incumplimiento contractual (CS, 22.11.2001, GJ 257, 56); asimismo, se ha fallado que incurre en el vicio formal de *ultra petita* la sentencia que establece el carácter contractual de la relación entre actor y demandado, en circunstancias que aquél accionó para obtener la declaración de responsabilidad extracontractual (CS, 31.7.2006, rol N° 2.983-2004).

²⁰⁸ Larrenz/Canaris 1994 597.

vocado negligentemente por un transportista no suele haber diferencias en la pretensión indemnizatoria, sea que se funde en el estatuto contractual o en el extracontractual. No obstante, las exigencias probatorias suelen ser distintas, pues la regla general será que el contrato de transporte dé lugar a obligaciones de resultado (que imponen al demandado la carga de la prueba), mientras que en materia extracontractual la infracción de los deberes de cuidado, por lo general, debe ser probada; y aunque se pudiere construir una presunción de culpa por el hecho propio del transportista, no hay claridad acerca de si son idénticas las excusas que le serán admisibles para descargarse de responsabilidad en uno y otro caso. En otras palabras, los hechos relevantes y la carga argumental suelen ser diferentes.

Estas diferencias probatorias y de fundamentación jurídica que suelen aparecer en el desarrollo de un juicio de responsabilidad contractual y extracontractual obligan a discernir con cuidado la aplicación del principio *iura novit curia* en los juicios de responsabilidad civil. Son particularmente difíciles los casos en que difieren los supuestos de hecho que establece la norma atributiva de la responsabilidad. Si la pretensión que ha hecho valer el demandante es de responsabilidad extracontractual y el juez acoge la demanda sobre la base del estatuto de la responsabilidad contractual, se corre el riesgo de que el demandado no haya tenido un debido proceso, quedando en la indefensión, porque la discusión jurídica y la prueba han residido en materias diferentes a las que resultan relevantes al momento de la sentencia.

c) Como es usual cuando dos directivas generales están en colisión, deben ser sopesadas en sus efectos prácticos. Y en ese respecto todo indica que el principio *iura novit curia* debe ser aplicado *cuando no produce indefensión para el demandado*. Ése es el caso cuando éste pudo disponer de los mismos medios de defensa que si el actor hubiese ejercido la acción que en derecho procedía.

En definitiva, el principio *iura novit curia* debiera autorizar al juez para cambiar la calificación jurídica invocada sólo si los hechos que ésta supone son los mismos que los alegados y procesados por las partes, de modo que no se prive al demandado de una argumentación jurídica que podría haber invocado bajo la calificación que el juez estima correcta.³⁰⁸ Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la amplia facultad del juez para calificar el derecho aplicable, si éste le lleva a desestimar la demanda.

849. Efecto de cosa juzgada. En circunstancias que la causa jurídica de pedir es diferente en las responsabilidades contractual y extracontractual, el rechazo de una acción no da lugar a la excepción de cosa juzgada si luego se interpone otra acción fundada en un estatuto de responsabilidad civil diferente. Por el contrario, si se ha dado lugar a la acción de responsabilidad contractual o extracontractual, el demandante exitoso no podrá

ejercer
misma.

850. Al
derech
nen re
un del
tuye el
b)

re a la
tractu
incum
lícitos
tales
tenece
alimer
gundo
resadc
negoc
en tal
norma
va, la
trata d
del co

851. P
dad, a
común
es el t
las obl
go Civ
rencia
obliga

310
juicio é
que si l
el ejerc
ya que
acogere
4.11.19
311
relativ
gación

³⁰⁸ En el derecho francés, la Corte de Casación estima que el juez no puede cambiar de calificación (Mazeaud/Chabas 1998 712, críticos respecto de esta jurisprudencia en exceso formalista); en el sentido aquí planteado, Alonso 2006 367.

ejercer la acción de fundamento diferente, porque la pretensión, que es la misma, ya ha sido reconocida.²¹⁰

c. Régimen de derecho común

§50. Alcance de la pregunta por el régimen legal de derecho común. a) El derecho chileno regula dos grandes estatutos de responsabilidad, que tienen respectivamente por antecedente el incumplimiento de un contrato y un delito o cuasidelito civil, pero no establece explícitamente cuál constituye el régimen de derecho común.

b) La pregunta por el régimen común de responsabilidad civil se refiere a las hipótesis de daño que no tienen por antecedente relaciones contractuales ni la infracción de deberes extracontractuales, sino el incumplimiento de *obligaciones legales* o de *obligaciones que emanan de hechos ilícitos diferentes al contrato* (como ocurre con las obligaciones cuasicontractuales y con muy diversas obligaciones res Tutorías). Al primer grupo pertenece típicamente la acción que tiene el alimentario en contra del alimentante que ha incumplido su obligación legal (artículo 321); al segundo pertenece, por ejemplo, la acción del agente oficioso contra el intestado para que le reembolse las expensas útiles o necesarias cuando el negocio ha sido bien administrado (artículo 2290). La cuestión se reduce, en tales casos, a determinar si la acción indemnizatoria se rige por las normas de la responsabilidad contractual o extracontractual. En definitiva, la pregunta es por el estatuto de responsabilidad aplicable cuando se trata de incumplimientos en ámbitos del derecho de obligaciones distintos del contractual y extracontractual.

851. Propuestas doctrinarias respecto del régimen común de responsabilidad. a) Por regla general, la doctrina chilena ha estimado que el estatuto común y supletorio es el de responsabilidad contractual. Ante todo, porque es el único que está regulado genéricamente a propósito de los efectos de las obligaciones; en efecto, las normas del Título XII del Libro IV del Código Civil se refieren genéricamente a los efectos de las obligaciones, a diferencia del título equivalente del Código francés, que se refiere sólo a las obligaciones contractuales.²¹¹ Se ha señalado, además, que diversas disposi-

²¹⁰ Cabanillas/Tapia 1993 292; un detallado análisis de los efectos que tiene en el segundo juicio el establecimiento de ciertos hechos en el primero, en Alonso 2006 382. Se ha fallado que si la responsabilidad contractual ha sido objeto de un contrato de transacción no procede el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual fundada en los mismos hechos, ya que ello supondría una doble indemnización que es improcedente en derecho, debiendo acogerse la excepción de cosa juzgada fundada en la transacción opuesta (Corte de Santiago, 4.11.1999, RDJ, t. XCVI, sec. 2ª, 100); véase también CS, 28.1.2001, RDJ, t. XCVIII, sec. 1ª, 50.

²¹¹ El argumento es muy formalista y atende a que en el Código francés el capítulo relativo al efecto de las obligaciones está trazado en el título relativo a los contratos u obligaciones convencionales en general (Libro III, Título III, Capítulo III); de hecho, sin em-

ciones referidas a obligaciones legales y cuasicontractuales establecen una responsabilidad por culpa leve (por ejemplo, artículos 256, en materia de patria potestad; 391, respecto de la responsabilidad del tutor o curador que administra bienes del pupilo; 2308, relativo a la responsabilidad del conuerno), mientras que otras, según las circunstancias, restringen la responsabilidad a la culpa grave o la extienden incluso hasta la culpa levisima (artículo 2288). La gradación de la culpa, por completo ajena a los delitos o cuasidelitos, sería sintomática de que el estatuto de responsabilidad contractual constituye el régimen de derecho común.²¹²

b) Los argumentos anteriores no resultan en absoluto convincentes. En su extremo formalismo, inferen una consecuencia general en una materia que no pertenece al sentido de las disposiciones en que se apoyan.²¹³ Por otra parte, en este libro ha sido discutida la tesis de que en materia extracontractual se responde de toda culpa, y no sólo por culpa leve, según la regla general del artículo 44; así, se ha mostrado la inconsistencia de adoptar, por un lado, el modelo de la persona prudente y, por el otro, fijar el estándar de cuidado en la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes (*supra* N° 44). De lo anterior se sigue que en materia extracontractual se responde de culpa leve y que las normas que establecen la culpa leve como antecedente de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales y cuasicontractuales sólo reiteran un principio general de responsabilidad civil: el derecho civil espera de las personas que actúen como lo haría un hombre prudente, un buen padre o madre de familia, colocado en las mismas circunstancias.

c) Descartados los argumentos que pretenden inferir inductivamente el régimen de derecho común a partir de disposiciones aisladas del Código Civil, puede argumentarse, en un sentido inverso a la doctrina reseñada, que la responsabilidad contractual es especial porque tiene por antecedente el contrato, de modo que, a falta de convención, *rige como estatuto común el régimen de responsabilidad extracontractual*, que resulta aplicable a los daños que recíprocamente no causamos en nuestros encuentros cotidianos.²¹⁴

En el fondo, sólo excepcionalmente las relaciones de derecho privado se encuentran reguladas por un acuerdo previo del cual emanan obligaciones contractuales que dan lugar a un vínculo obligatorio preexistente. Lo usual es que las personas no se encuentren vinculadas por contrato alguno, y que sus contactos recíprocos se encuentren regulados por deberes extracontractuales, que tienen su fuente en el derecho y no en la convención. En consecuencia, el Código chileno sigue en la materia una estructura muy similar al francés (y, en consecuencia, a Pothier), porque los efectos de las obligaciones son tratados en el contexto de la doctrina jurídica del contrato (*supra* N° 777).

²¹² Alessandri 1943 54, Claro 1937 522, Abelink 1993 761.

²¹³ En el mismo sentido, Corral 2003 41.

²¹⁴ Ducci 1936 8, Corral 2003 41.



vencción. Existen impedimentos insuperables para que la suma y variedad incommensurable de los daños que podemos causarnos en nuestra interacción cotidiana sea objeto de acuerdos contractuales *ad hoc*. Dicho de otro modo, el contrato y la obligación contractual son excepcionales; por el contrario, los deberes de cuidado extracontractuales que supone la vida en comunidad son generales y comunes.

d) A pesar de que, en principio, debe tenerse a la responsabilidad extracontractual como el régimen general y supletorio de responsabilidad, conviene asumir una doctrina que sea suficientemente diferenciada, a efectos de buscar en cada grupo de casos la regla de remisión más correcta.

La manera más fértil de buscar el estatuto aplicable a un cierto tipo de responsabilidad es atendiendo a las analogías que justifican la asimilación a uno u otro estatuto legal. Lo más importante a este respecto es si la responsabilidad resulta del incumplimiento de una obligación preexistente o si tiene por antecedente un deber general de cuidado respecto de otra persona, como se intentará mostrar en los párrafos siguientes. Así, conviene tener presente la diferencia de grado que existe entre la obligación indemnizatoria que nace del contrato y la que nace del ilícito extracontractual. El contrato da lugar a una obligación principal (de primer grado) cuyo incumplimiento puede dar lugar a una obligación indemnizatoria (de segundo grado), de modo que el fundamento de la obligación indemnizatoria es precisamente el incumplimiento de la obligación principal que tiene su fuente en la *convención*. En materia extracontractual, por el contrario, la relación obligatoria es originaria y nace por la infracción de un deber de cuidado impuesto por el *derecho* que causa daño a otro.

e) En la medida que las obligaciones legales y diversas acciones reparatorias suponen una relación obligatoria preexistente, y la responsabilidad sólo tiene lugar si se incurre en incumplimiento de esa obligación principal, la analogía más fuerte es con la obligación contractual. Por el contrario, desde el punto de vista del importante requisito de la culpa o *ilicitud*, la cercanía de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales y de muchas obligaciones reparatorias es mayor con la responsabilidad extracontractual que con la contractual, porque en todas ellas la responsabilidad depende de que se haya infringido una regla de conducta que tiene su origen en el derecho y no en la convención. En circunstancias que las condiciones de la responsabilidad no han sido acordadas, pertenecen al ámbito de aplicación de las reglas generales de cuidado, como es típico en la culpa extracontractual.

De lo anterior se sigue que resulta forzado establecer un régimen supletorio común, que resulte aplicable en bloque al incumplimiento de obligaciones diferentes a las que nacen del contrato o del ilícito civil. Desde el punto de vista de la estructura, estas obligaciones presentan analogías contractuales. Pero en la dimensión del ilícito son más cercanas a la responsabilidad extracontractual, porque tienen su fuente en el derecho y no en la convención. Ello se muestra con particular claridad en el caso de las obligaciones legales, como se verá en el párrafo siguiente.

852. Daños por incumplimiento de obligaciones legales. a) Las obligaciones legales presentan una doble estructura, que es típica de las obligaciones contractuales, porque la responsabilidad tiene por antecedente el incumplimiento de una obligación preexistente. Por eso, *la obligación legal puede ser hecha valer en naturaleza mediante la ejecución forzada*, de conformidad con el juicio ejecutivo que corresponda; se entiende que esta pretensión es sin perjuicio de la indemnizatoria que corresponda por el retardo. Así ocurre típicamente con la obligación de pagar alimentos o con la obligación tributaria. En consecuencia, desde el punto de vista de las acciones de que dispone el titular del derecho, la analogía estructural más fuerte es con las obligaciones contractuales.

Por lo mismo, puede estimarse que en materia de constitución en mora y de prescripción domina la circunstancia de que la responsabilidad tiene por antecedente una obligación preexistente, de modo que resultan aplicables las reglas generales de la prescripción extintiva. Ello es consecuencia de la analogía estructural con la obligación contractual, lo que lleva a que la obligación legal sólo se tenga por incumplida si el deudor está constituido en mora y a que la obligación (de primer grado) se extinga en el plazo general de cinco años de prescripción extintiva de las obligaciones contractuales (artículos 2514 y 2515).

b) Con todo, la obligación legal no tiene su fuente en la convención, ni su contenido puede estar determinado por las partes, de modo que no le resultan aplicables las reglas de los contratos, que tienen por preciso supuesto que la obligación emana de un acuerdo voluntario. Ése es particularmente el caso respecto de la limitación de la responsabilidad a los perjuicios previsibles. Eso lleva a suponer que las condiciones y efectos de la responsabilidad son las de la responsabilidad extracontractual.

De eso también se sigue que la *responsabilidad* por incumplimiento de obligaciones legales debe ser construida con criterios típicos de la responsabilidad extracontractual. La analogía con el contrato se agota en la fase de la obligación principal de primer grado (a diferencia del ámbito extracontractual, en que estamos sujetos a deberes generales de conducta que carecen de naturaleza obligatoria); por el contrario, en materias propiamente de responsabilidad por daños que se siguen del incumplimiento de la obligación, son más fuertes las analogías con la responsabilidad impuesta por el derecho y no por el contrato.

853. Cuasicontratos y situaciones de analogía contractual. Las relaciones obligatorias calificadas de cuasicontratuales suelen presentar analogías con algunos tipos contractuales: la comunidad con la sociedad; la agencia oficiosa con el mandato; la restitución de lo no debido con las obligaciones contractuales restitutorias. Algo semejante ocurre entre las hipótesis de representación legal y voluntaria respecto del mandato. Desde un punto de vista histórico, esta analogía resultó determinante en el derecho romano para que estas obligaciones fueran llamadas 'cuasicontratuales' (*supra* N° 4).

Po
deber
Para c
oficio
que h
mente
mora
homo
La
de la
un de
exten
minai

854. (tractu
torio
vincu
neo y
ponse
en lo
que c
las ca
respo
tos d
ponsi
espec
trach

Por eso, desde el punto de vista interno, estas relaciones dan lugar a deberes de cuidado que se entrecruzan con las figuras contractuales afines. Para definir, por ejemplo, el cuidado del representante legal o del agente oficioso es necesario mirar hacia las obligaciones fiduciarias del mandatario, que han sido objeto de un desarrollo jurídico más refinado; y así sucesivamente. El mismo criterio resultará aplicable en materia de constitución en mora y de prescripción, precisamente porque los deberes de cuidado son homologables, en el sentido indicado, a una relación contractual.²¹⁵

La pregunta más relevante se plantea respecto de los demás aspectos de la responsabilidad civil, una vez que se da por acreditada la infracción a un deber de cuidado. Pareciera que la mejor solución en estos casos es extender la analogía contractual, precisamente porque ésta resulta determinante al momento de dar por establecido el ilícito.²¹⁶

854. Carácter general y supletorio del estatuto de responsabilidad extracontractual. La responsabilidad extracontractual es el estatuto general y supletorio precisamente porque comprende todas las hipótesis en que no hay vínculo obligatorio previo y en que el encuentro entre las partes es espontáneo y no se encuentra predeterminado. La obligación contractual y la responsabilidad correlativa son excepcionales. Sin embargo, como se ha visto en los párrafos precedentes, en el caso de las obligaciones legales y de las que derivan de relaciones de semejanza contractual, es necesario atender a las características particulares de unas y de otras para definir el alcance de la responsabilidad, según sean las analogías que resulten más relevantes a efectos de resolver las diversas preguntas que plantea el juicio jurídico de responsabilidad. Lo cierto es que la subsumición en abstracto de estos estatutos especiales de responsabilidad bajo el ordenamiento contractual o extracontractual es un esfuerzo sistemático que puede tenerse por frustrado.

²¹⁵ Es en este sentido, de modo especialmente claro, que el artículo 2287 establece que "las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario".

²¹⁶ En el mismo sentido, tentativamente como aquí, Corral 2003 41.



Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual

Disorderly law is no more than an alibi for illegitimate power

Peter Birks

I. Enriquecimiento injusto como fuente general de obligaciones¹

1. *El enriquecimiento sin causa, el contrato y el ilícito extracontractual.* En contraste con el contrato y el delito civil, las dos fuentes generales de obligaciones reconocidas en las Institutas de Gayo, las obligaciones que nacen como en el contrato (*cuasi ex contractu*), que son distinguidas como un grupo separado en las Institutas de Justiniano (3.14, 3.27) no presentan homogeneidad conceptual, sino responden a diversas figuras típicas que son desarrolladas en los códigos civiles y que han conservado una muy perfecta individualidad. A los tipos cuasicontractuales de los códigos de influencia francesa, se agregan muy diversas acciones restitutorias, que tienen por antecedente la nulidad, la resolución, la reivindicación exitosa que tiene efectos obligatorios en materias de frutos, deterioros y mejoras, y muchas otras que tienen su filiación en las condiciones romanas, o que pueden ser explicadas por analogía con ellas².

¹ Me han sido especialmente valiosas en el planteamiento de esta ponencia las orientaciones que hace ya dos décadas dio L. Díez-Picazo en su discurso de incorporación a la Academia Española de Jurisprudencia, La doctrina del enriquecimiento injustificado, en M. De la Cámara y L. Díez Picazo, Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa, Madrid: Civitas, 1988, así como el capítulo inicial de X. Bosozabal, Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, Madrid: Civitas, 1998.

² Parte importante de estas condiciones han sido incorporadas en el derecho civil de influencia francesa dentro de la doctrina del contrato, gracias a la doctrina de la causa; lo contrario ocurre en el derecho alemán y del *common law*, donde han mantenido su tipificación como condiciones. En este trabajo se usa la palabra española *condición* en el sentido de la *condictio* romana.

En los principales sistemas jurídicos, bajo distintas formas, estas condiciones y cuasicontratos han pasado a ser interpretadas a la luz del principio unificador de enriquecimiento injustificado o sin causa, que es concebido como razón justificadora común para todas ellas. Una importante generalización moderna en la materia, atribuible a la escolástica española y a H. Grocio, ha sido reunir las diversas hipótesis de obligaciones restitutorias bajo ese concepto normativo e indeterminado³.

Es expresivo de la importancia que tiene el mapa general de las fuentes de las obligaciones los cambios sistemáticos que recientemente han sido propuestos por autores ingleses a la ordenación de las diversas materias. En el *common law*, el derecho de obligaciones ha sido tradicionalmente dividido en contratos, ilícitos y restitución. Sin embargo, la doctrina más lúcida ha reparado que esta última categoría no está en el mismo nivel analítico que las dos primeras, porque mientras el contrato y el ilícito son reconocidas como fuentes de las obligaciones, la restitución es un remedio que tiene por antecedente un hecho jurídico, de entidad funcional semejante al contrato y al ilícito, como es el enriquecimiento sin causa⁴. Así, se propone, con razón, que las obligaciones sean clasificadas de acuerdo a su fuente en derivadas de contrato, de hecho ilícito, de enriquecimiento injustificado y de otras fuentes. A la inversa, en la propia tradición del derecho civil ha faltado una mirada de conjunto de las diversas obligaciones restitutorias, lo que ha impedido verlas como concreciones típicas y diferenciadas, pero que responden a un principio común de enriquecimiento injustificado.

El mayor interés que tiene esa ordenación a efectos de esta ponencia es intentar hacer claridad acerca de la concurrencia de hipótesis cubiertas por el derecho de contratos y de la responsabilidad extracontractual con acciones restitutorias que tengan por antecedente el enriquecimiento injustificado.

2. *Dificultad de reconocer el enriquecimiento sin causa como una fuente de obligaciones de generalidad equivalente al contrato y a la responsabilidad por daños extracontractuales.* Desde la perspectiva de las obligaciones que dan lugar para el deudor, el derecho civil reconoce remedios de reparación en naturaleza, indemnizatorios y de restitución de beneficios. La reparación en naturaleza se puede obtener mediante acciones personales derivadas del incumplimiento contractual y del ilícito extracontractual, además de la acción real orientada a recuperar la posesión perdida. Los remedios indemnizatorios también pueden tener su antecedente en el incumplimiento del contrato o en los hechos que causan daño. En otras

³ Sobre los orígenes de la doctrina del enriquecimiento sin causa en la *escolástica española* y en Grocio y sus antecedentes en el derecho romano y común, R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town: Juta, 1990, 885.

⁴ P. Birks, *Definition and Division: A Meditation on Institutes* 3.13 y E. Weir, *Legal Juridical Classifications of Obligations*, ambos en P. Birks, editor, *The Classification of Obligations*, Oxford: Clarendon, 1997, 1 (20) y 37 (47), respectivamente.

palabras, el sistema de remedios y acciones en nuestra tradición jurídica tiende a relativizar la clásica distinción del análisis económico del derecho entre protección de derechos de propiedad, en que el titular puede recuperar su derecho respecto de cualquier tercero que lo discuta, y reglas de responsabilidad, en que el titular se debe conformar con una reparación en dinero⁵. Es claro, en todo caso, que el derecho sólo puede otorgar una acción indemnizatoria cuando se ve afectado el derecho, con el efecto de que en tal caso el remedio se aleja del modelo de la propiedad⁶.

Conviene tener presente, sin embargo, que no todos los hechos jurídicos relevantes tienen la misma generalidad. En particular, del mismo modo como es mayor en la doctrina moral la relevancia del daño causado a un tercero que la de los beneficios que concedemos a otros, también en el derecho las acciones que persiguen la reparación del daño son más generales que las restitutorias de beneficios⁷.

Por eso, aunque el principio de enriquecimiento injustificado se encuentre en un nivel funcional equivalente al contrato y al ilícito civil, ha demorado mucho en adquirir la configuración dogmática general, pero a la vez compleja y diferenciada, que caracteriza al contrato y al ilícito civil como fuentes de obligaciones. Lo cierto es que mientras se puede decir con generalidad que los contratos y los ilícitos que causan daño dan lugar a obligaciones, la respuesta es claramente más oscura tratándose del principio de que el enriquecimiento injustificado.

3. *¿Por qué no se puede asumir una regla general de reparación de todo beneficio que se reciba de tercero sin justificación en la ley o el contrato?* La vida en común supone que unos obtenemos provecho de los otros de las maneras más disímiles, sin que sea razonable llevar una cuenta corriente de esos beneficios. Las razones son muchas y aquí sólo se puede hacer una relación esquemática de algunas : la vida en sociedad supone vínculos básicos e immanentes de cooperación, que se expresan en principios de justicia política a un nivel más general que el derecho privado; llevar una cuenta corriente de beneficios recíprocos se encuentra con dificultades insuperables de incommensurabilidad, pues los beneficios que nos proveemos son de índoles muy diversas; y aunque se estableciere un método de medición, los costos de transacción que ello envolvería serían inabordables; en la gran mayoría de los casos, el interés

⁵ G. Calabresi y A. D. Melamed, Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral, en *Estudios Públicos* 63, 1996 (1972), 347. Sobre la superposición de remedios en la responsabilidad contractual, F. Pandeleón, Las bases de la responsabilidad contractual, en *Anuario de Derecho Civil* 46 (1993), 1719, A. M. Morales, La modernización del derecho de obligaciones: Madrid: Civitas, 2006, 29, 55; en materia extracontractual, E. Barros, Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica, 2006, 869.

⁶ Un análisis de los derechos a la luz de los remedios en R. Epstein, Principles of a Free Society. Reconciling Individual Liberty and the Common Good, Reading (Mass.): Perseus, 1998, 215.

⁷ P. Cane, The Anatomy of Tort Law, Oxford : Hart, 1997, 113

propio es una razón suficiente para la acción, sin que el actor atienda (y ni siquiera sea consciente) de las externalidades beneficiosas que puede provocar en terceros⁸; a la inversa, la mayoría de los beneficios que se siguen de nuestra interacción espontánea son obtenidos sin que el beneficiado tenga siquiera conocimiento, de modo que no se puede imponer una carga que no tiene por antecedente el consentimiento del obligado (por eso, los efectos de la agencia oficiosa se diferencian de los del contrato).

En suma, hay muchas razones para que no resulte aceptable una regla general que nos obligue a restituir los beneficios que obtenemos de los demás sin justificación legal o contractual⁹. Es inimaginable un ordenamiento que estableciera una regla general que obligue a restituir todos los beneficios obtenidos de un tercero y que carezcan de esos fundamentos. Tal vez por eso la de enriquecimiento ha sido denominada la más romántica de las acciones¹⁰. En definitiva, el enriquecimiento sin causa es un principio normativo mucho más impreciso que el contrato o el ilícito dañoso, de modo que las obligaciones restitutorias conexas no responden a un criterio de la misma generalidad que las indemnizatorias.

4. *Principio general de enriquecimiento vs. condiciones típicas.* La disputa dogmática más general en materia de enriquecimiento injustificado se refiere a si las acciones son reconocidas a partir de un solo principio general o si se asume la necesidad de separar supuestos de hecho diferentes¹¹. Las hipótesis concretas de enriquecimiento injusto difícilmente son subsumibles en un conjunto abstracto de supuestos, como ha tendido a ocurrir en el derecho francés y en otros ordenamientos que históricamente le han sido cercanos. La experiencia comparada muestra la dificultad de elaborar en la materia una doctrina razonable, por refinada que sea, a partir de un concepto de excesiva generalidad¹².

⁸ J. E. Penner, *Basic Obligations*, en P. Birks editor, *Classification of Obligations*, Oxford: Clarendon, 1997, 91 (107).

⁹ Una reseña en L. Diez Picazo, la doctrina del enriquecimiento injustificado, [nota 1], 35.

¹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, T. II, Paris: Quadrige Puf, 2004, § 1226, citando a Ricca Barberis.

¹¹ D. Medicus, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, München: Beck, 11ª edición, 2003, 302.

¹² Es sintomático que la doctrina francesa del enriquecimiento injusto, que luego influyó en los sistemas jurídicos español e iberoamericano, haya sido construida bajo temprana influencia de la doctrina alemana, en una época cuando aun se perseguía construir una teoría unitaria en la materia, pretensión que luego ha sido desechada hasta llegar a una situación doctrinaria por completo pacífica en el sentido inverso de una ordenación tipológica de las hipótesis de enriquecimiento injustificado; una relación de esta circunstancia histórica, así como de la evolución posterior de la doctrina alemana, en X. Basozabal, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, [nota 1], 22, 35 (con referencia especialmente a las obras más influyentes en la materia: W. Wilburg, *Die Lehre der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht* (1934) y E. von Caemmerer, *Bereicherung und unerlaubte Handlung* (1954), muy ilustrativo del contexto es T. Krebs, *The Fallacy of 'Restitution for*

El trabajo dogmático y jurisprudencial está mejor orientado al análisis de tipos de casos que presentan ciertas analogías básicas y a cuyo respecto existen razones comunes para dar lugar a restituciones, en vez de partir de un principio filosófico-jurídico que es muy disputado.¹³ Aunque a falta de una ordenación legal extensiva, la jurisprudencia deba recurrir a un principio general por el camino de una *analogia iuris*, ocurre que ese principio, cualquiera sea la manera en que sea formulado, no puede precisar diferenciadamente sus propias condiciones de aplicación. Por eso, todo indica que es necesario darle forma dogmática para evitar que la carencia de forma derive en un vulgarismo desatado.¹⁴ En definitiva, la tradición que ordena la materia bajo ciertos supuestos acotados, como en las antiguas condiciones, es más virtuosa que una doctrina abstracta.

5. *El enriquecimiento por intrusión como relevante a efectos de este trabajo.* Si se acepta de manera simplificada la clasificación incorporada por la doctrina alemana de enriquecimiento por Wrongs', en A. Burrows y Lord R. of Eversherry editores, Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks, 2006, 379 (382).

¹³ En la filosofía del derecho privado hay dudas acerca de las razones de justicia para hacer restitución de lo recibido injustificadamente. J. Coleman piensa que sólo en el caso de la responsabilidad reparadora que tiene por antecedentes el ilícito existen razones de justicia correctiva para indemnizar a la víctima; por el contrario existen hipótesis en que el enriquecimiento injustificado carece de contraparte, como ocurre precisamente con el actuar negligente que amenaza daño que no se materializa, que por definición supone un ahorro de costos de cuidado a costa de los demás con el resultado que se aumenta la probabilidad de ser víctimas de un accidente; en su opinión, el deber de entregar las ganancias que se siguen injustificadamente de una actividad sigue una lógica de justicia propiamente restitutoria (J. Coleman, Risks and Wrongs, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, 369). E. Weirrib, el filósofo del derecho contemporáneo que más intensamente ha desarrollado la idea aristotélica de justicia correctiva como fundamento normativo del derecho privado, estima que la rectificación exigida por la justicia correctiva se refiere tanto al daño como al enriquecimiento injustificado (Ernst Weirrib, Juridical Classifications of Obligations, en Peter Birks ed., The Classification of Obligations, [nota x], 37, 46); sin embargo, el propio Weirrib estima que no hay razones de justicia correctiva que justifiquen que el incumplimiento de un contrato de lugar a acciones restitutorias, además de las reparatoras (infra nota x).

¹⁴ Todo indica que la doctrina alemana es la que mejor ha encarado esta tarea dogmática; incluso ordenamientos de gran complejidad, como el inglés, tienden a mirar en la materia hacia ese desarrollo doctrinal como el más fértil (T. Krebs, The Fallacy of 'Restitution for Wrongs', [nota x] 379, en la perspectiva del derecho inglés; sobre esas ventajas en la dimensión del derecho español y de la tradición romano germánica, en general, L. Díez Picazo, La doctrina del enriquecimiento injustificado, [nota 1], 116. X. Basozabal, Enriquecimiento injustificado por intrusión en derecho ajeno [nota 1], 35, 53. Es interesante seguir la evolución doctrinaria y jurisprudencial del derecho holandés, que optó por una regla general en la materia, sin otra calificación que la restitución por el enriquecimiento injustificado sea *razonable* (nuevo Código Holandés de 1992, § 6:212); sobre los orígenes de esta norma, R. Feenstra, Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Hinsicht, conferencia Ankara, abril 1968, AUHF-1972-29-01-02-Feenstra. [entrada Google por nombre del trabajo y autor], 303).

prestación y por intromisión¹⁵, se muestra que las hipótesis de enriquecimiento relevantes responden a grupos de supuestos por completo diferentes entre sí, que no pueden ser subsumidos en un criterio general comprensivo de todas las hipótesis relevantes¹⁵. Asimismo se muestra que los grupos de acciones de restitución tienen su origen tanto en relaciones personales como de propiedad (u otras de titularidad exclusiva asimilables a la propiedad).

Entre las que tienen su origen en relaciones personales, figuran especialmente las restituciones que tienen su antecedente en el error de asumir una relación obligatoria que en verdad no lo vincula. Pero el mismo principio rige las obligaciones restitutorias que tienen por antecedente prestaciones que han perdido su justificación en razón de nulidad, condición resolutoria, terminación o retracto contractual.

En las asociadas a la propiedad, la restitución de beneficios se sigue de la intromisión en derechos ajenos que garantizan al titular un derecho de exclusividad, con la consecuencia de que hay lugar a la restitución de beneficios obtenidos sin causa jurídica aunque no haya sufrido daño el titular¹⁷.

En circunstancias que la materia central de esta ponencia es la concurrencia de acciones de enriquecimiento (por un lado) con acciones indemnizatoria y de ejecución en naturaleza (por el otro), resulta relevante este enriquecimiento por intromisión. La pregunta se refiere a si un hecho que genera responsabilidad por daños extracontractuales o el incumplimiento de una obligación contractual puede también dar lugar a una acción de enriquecimiento. Lo cual puede

¹⁵ Se asume aquí una simplificación, que se explica por el propósito de la ponencia, que excluye las hipótesis de enriquecimiento sin prestación previa distintas a la intromisión en derecho ajeno, que corresponden a la *restitution de mejoras* que ha efectuado quien debe restituir la cosa (*Aufwendungskondition*) y a la *extinción onerosa de una deuda* que correspondía a un tercero, como ocurre con la obligación restitutoria de contribución a la deuda que tiene el tercero que es solidariamente responsable de la deuda pagada por el acreedor (*Rückgriffs-kondition*); una descripción sintética de estas condiciones no ligadas a una prestación recibida por el deudor en *D. Medicus, Schuldrecht II. Besonderer Teil*, [nota x], 341.

¹⁶ Así lo ha intentado, infructuosamente, la doctrina francesa al establecer ciertos requisitos generales de procedencia de la acción que resultan a la vez demasiado restrictivos (como ocurre con la exigencia de que haya un desplazamiento patrimonial desde del acreedor al deudor de la obligación de restitución) y demasiado expansivos (porque carece de instrumentos analíticos para distinguir las razones para acceder en ciertos grupos de casos a la acción restitutoria y no en otros); es sintomático que en uno de los manuales franceses justamente más renombrados le sea dedicada una docena de páginas al principio general de enriquecimiento sin causa, a pesar de que en opinión de los autores 'está llamado a constituir al lado de la voluntad individual y de la culpa que causa daño una fuente general de obligaciones en derecho positivo' (*F. Terré, Ph. Simpler e Y. Lequette*, Droit civil. Les obligations, París: Dalloz, 8ª edición, 2002, 998).

¹⁷ *J. Coleman, Risks and Wrongs*, [nota x], 183

ocurrir cuando ese hecho constituya una intromisión en derechos del acreedor o de la víctima cuyo goce legítimo sólo puede ser reconocido por medio de un contrato¹⁸.

El enriquecimiento por intromisión es típico de derechos absolutos que son oponibles a cualquiera que pretenda intervenir en ellos, como ocurre con la propiedad sobre cosas corporales y con derechos de exclusividad que se rigen por las reglas de la propiedad (propiedad intelectual e industrial) o tienen una estructura análoga a la propiedad (goce injustificado por terceros de derechos de la personalidad). Pero también puede favorecer a quienes gocen de esos bienes a título de derecho personal (arrendatario, titular de un derecho de licencia). La pregunta que se analiza en la sección III se refiere a si, además, la acción de enriquecimiento puede ser planteada por el acreedor, alternativamente a la indemnización de perjuicio, contra el deudor incumplidor que se ha beneficiado de su incumplimiento.

En circunstancias que el alcance típico de la condición por intromisión tiene una extensión que se superpone con las acciones que el derecho civil reconoce en protección de derechos de propiedad (entendidos en sentido amplio)¹⁹, su procedencia es independiente de las razones por las cuales se lleva a cabo la intromisión.

A diferencia de la reivindicación, que como acción real se dirige contra la cosa, la acción restitutoria de los beneficios obtenidos por intromisión es personal y se dirige contra quien haya hecho uso, goce o disposición sin autorización contractual del bien que es objeto de un derecho exclusividad. Pero una y otra presentan la analogía de que tienen por antecedente que un tercero actúe sobre un bien ajeno afectando el derecho de exclusividad de su titular²⁰. La acción restitutoria de enriquecimiento por intromisión es muy principalmente una forma de proteger derechos de propiedad, entendidos en sentido analógico, mediante obligaciones restitutorias de beneficios injustamente obtenidos²¹.

¹⁸ G. Calabresi y A. D. Melamed, Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral, [nota x], 351.

¹⁹ R. Epstein, Principles of a Free Society. Reconciling Individual Liberty and the Common Good, [nota x], 108, 222.

²⁰ La acción restitutoria de beneficios puede técnicamente cumplir una función sustitutiva de la reivindicación en casos que esta acción ya no esté disponible o sea de difícil ejecución (K. Lorenz y C. W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil, T. II, 13^a edición, 1994, 170); la relación entre ambas acciones se muestra en el Código chileno, que otorga la acción reivindicatoria en la forma de una acción restitutoria sobre el precio, contra el que enajenó la cosa, siempre que por haber la enajenado se haya hecho imposible o difícil la persecución (artículo 898) y por el valor de la cosa en contra del poseedor de mala fe que haya dejado de poseer (artículo 900).

²¹ P. Birk's, Definition and Division: A Meditation on *Institutes* 3.13, [nota x], 10.

II. Supuestos de la restitución por enriquecimiento injustificado y de la responsabilidad por daños

6. *Diferencias entre los supuestos de enriquecimiento por intromisión y de responsabilidad en sentido estricto.* La pregunta que ocupa a esta ponencia es si el incumplimiento del contrato y el ilícito extracontractual pueden dar lugar a acciones restitutorias de los beneficios que se siguen para quien ha incurrido en ellos. Atendidas las exigencias menores que tienen las acciones restitutorias respecto de las indemnizatorias, la intuición lleva a contestar la pregunta de manera erróneamente positiva.

Ante todo, lo comúnmente determinante en las acciones de enriquecimiento ha pasado a ser el mero beneficio del deudor y no el desplazamiento patrimonial, esto es, el empobrecimiento correlativo del acreedor (como suele ocurrir en las condiciones que tienen por antecedente una prestación)²². La lógica de la acción por enriquecimiento es la justicia restitutoria y no la correctiva, precisamente porque el empobrecimiento patrimonial no es (necesariamente) un requisito de procedencia²³. Aceptado este punto, la medida de la restitución es la ganancia injustificada y no el perjuicio, de modo que éste carece de relevancia en la determinación del *quantum* indemnizatorio²⁴.

En segundo lugar, el enriquecimiento no supone un juicio de antijuridicidad. En verdad, la naturaleza *cuius ex contractus* de las acciones restitutorias de enriquecimiento injustificado deriva de dos factores negativos: su función no es indemnizatoria, ni su antecedente es un hecho ilícito (Código chileno, artículos 1437 y 2284). Como en el caso de la obligación que nace del contrato, la obligación restitutoria es primaria, esto es, no deriva del incumplimiento de una

²² *Münchener Kommentar*, 2ª edición, Tomo 5, München: Beck, 1986 (*M. Lieb*), § 812 15, 305; *K. Lorenz y C. W. Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, T. II [nota x], 127; con especial referencia a las particularidades del enriquecimiento en el caso de intromisión en derechos de la personalidad, *A. Büchler*, *Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zu Dialektik von Ich und Mein*, en *Archiv für civilistische Praxis* 206 (2006), 300 (332); *X. Basozabal*, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, [nota 1], 100; por el contrario en el derecho francés la exigencia de que el enriquecimiento corresponda a un empobrecimiento correlativo ha sido un requisito para limitar la procedencia de la acción (*F. Terré, Ph. Simpler e Y. Lequette*, *Droit civil. Les obligations*, [nota x], 1002).

²³ *J. Coleman*, *Risks and Wrongs*, [nota x], 371; *J. Gordley*, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, en *D. Owen* editor, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon, 130 (138).

²⁴ Lo inverso ocurre en la construcción francesa, en que la medida de restitución es el valor menor entre el beneficio y el empobrecimiento (*Dalloz*, *Megacode Civil*, 2003, artículo 1371, 123).

obligación, ni de un deber general de conducta²⁵. Por eso, aún la intromisión inocente da lugar a acción restitutoria²⁶.

En tercer lugar, la acción de intromisión se refiere a las cosas, materiales o inmateriales, sobre las cuales tenemos derechos de exclusividad y sólo muy excepcionalmente a los servicios que prestamos a terceros. La propiedad se tiene sobre cosas que están fuera de nosotros y que nos pueden ser tomadas y restituidas. Por el contrario, los servicios no son restituibles en especie: si hago algo que beneficia a un tercero, en principio éste nada me debe. Sólo excepcionalmente le puedo exigir restitución o reparación, cuando ha creado la confianza de que me remunerará. Pero no se puede exigir al beneficiario que acepte o valore el servicio que se le presta sin su consentimiento. Por eso, no siempre que alguien obtiene un beneficio sin contrato hay enriquecimiento relevante a efectos restitutorios²⁷.

7. *Concurrencia de acciones de enriquecimiento por intromisión e indemnizatorias*. En atención a sus diferentes supuestos, las hipótesis de enriquecimiento que dan lugar a acciones restitutorias de beneficios son independientes del incumplimiento de un contrato y de los ilícitos extracontractuales; también se diferencian de las acciones indemnizatorias provenientes de esos ilícitos en que su medida es el beneficio y no el daño.

²⁵ P. Birks, Definition and Division: A Meditation on *Institutes* 3.13, [nota x]. 25. Los primeros fallos que reconocieron una acción por enriquecimiento por intromisión en el derecho alemán pusieron énfasis en la ilicitud de la conducta del deudor, como fue el caso de un industrial que tenía contratada una conexión ferroviaria con su establecimiento y que instaló un segundo terminal en la misma línea; el *Reichsgericht* estimó que la conducta antijurídica, no autorizada y codiciosa del demandado daba lugar a la pretensión restitutoria del actor (RG 20.12.1919. RGZ 97, 312); la doctrina y jurisprudencia alemanas, influidas por el desarrollo dogmático de W. Wilburg, han preferido abandonar la exigencia de antijuridicidad para el enriquecimiento por intromisión (o la han desfigurado), haciendo suficiente la perturbación

(*Beeinträchtigung*) patrimonial de los intereses del acreedor (*Münchener Kommentar*, 2ª edición, Tomo 5, [nota x], (*M. Lieb*), § 812, 207; *D. Medicus*, *Schuldrecht II*, [nota x], 338); la idea ya aparece en los autores de la tardía escolástica española y fue recepcionada por medio de H. Grocio, quien reproduce un ejemplo típico de intromisión, como es alimentarse con comida ajena (*R. Feenstra*, *Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Hinsicht*, [nota x], 303).

²⁶ Sobre la intencionalidad como fuente de obligaciones restitutoria y como agravante, *infra* párrafo 20.

²⁷ J. E. Penner, Basic Obligations, [nota x], 192; esta diferencia explica que el reconocimiento de una acción restitutoria por intromisión sólo se refiera a derechos de goce exclusivo de una cosa material o moral; la cuestión es discutible en el derecho inglés (positivamente afirmando la indiferencia, A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, London 1.a: Butterworth, 1994, 287); el enfoque opuesto había sostenido, como uno de los fundamentos críticos de la doctrina del contrato como promesa, P. Atiyah, Contracts, Promises, and the Law of Obligations, en *Essays on Contracts*, Oxford: Clarendon, 1986, 10, (21).

Sin embargo, nada obsta para que un mismo hecho de lugar a acciones restitutorias e indemnizatorias. El supuesto de esta hipótesis de concurso es que el hecho de lugar a daño patrimonial a una persona (reparación indemnizatoria) y a enriquecimiento correlativo de otra (restitución de beneficios); es el caso de la nulidad que se produce a consecuencias de la conducta dolosa de una de las partes, que da lugar, por un lado, a reinvinciación y a obligaciones restitutorias entre las partes (Código chileno, artículos 1689 y 904 ss.) y, por otro, a la responsabilidad por daños que tiene por antecedente una declaración contractual falsa.

En consecuencia, atendidos sus diferentes supuestos, el enriquecimiento injusto puede concurrir con hipótesis de responsabilidad por daños que se siguen de un ilícito contractual o extracontractual y, como se verá, puede resultar ventajoso el remedio restitutorio respecto del indemnizatorio. Sin embargo, de ello no necesariamente se sigue (i) que exista efectivamente un cúmulo alternativo de pretensiones (limitación que, como se verá, se plantea especialmente en materia contractual) y (ii) que en ciertas hipótesis sólo haya lugar a la restitución si el demandado ha cometido ilícito (cuestión que se plantea especialmente en sede extracontractual).

En las próximas secciones se tratarán sucesivamente la hipótesis de superposición de enriquecimiento injustificado que da lugar a obligaciones restitutorias con supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual.

III. Enriquecimiento a consecuencias de un incumplimiento contractual

8. *Dificultades conceptuales para conciliar los remedios contractuales y de restitución de beneficios.* El contrato y el enriquecimiento injustificado son fuentes de obligaciones que responden a criterios normativos muy diferentes. La relación entre contrato y enriquecimiento es más bien excluyente, porque el contrato válido es causa justificante del enriquecimiento. La doctrina moderna entiende al contrato como un instrumento de distribución jurídica de riesgos²⁸, creando de este modo los incentivos económicos conexos a hacerse cargo de los resultados²⁹. De este modo, las ganancias que haga una parte en razón de un contrato ventajoso son legítimas, aunque tengan por contrapartida pérdidas para la contraparte. Por lo mismo, la parte económicamente empobrecida en razón de un contrato que le ha resultado desventajoso

²⁸ El sistema de remedios contractuales como un sistema de distribución de riesgos recorre desde temprano la obra de A. M. Morales, la modernización del derecho de obligaciones, Madrid: Civitas, 2006, 324 (337).

²⁹ Una reseña en H. Unberath, Die Vertragsverletzung, [nota x], 130.

carece de fundamento para invocar el enriquecimiento de la contraparte, aunque éste supere lo que se podía esperar al momento de contratar³⁰.

A lo anterior se agrega la dificultad de aplicar en materia contractual la lógica de la propiedad. Según la particular lógica de los derechos personales, el incumplimiento contractual no afecta derechos de propiedad sobre el crédito: que el contrato no se cumpla no significa, en principio, irrupción alguna en el ámbito de exclusividad del acreedor en el goce de su derecho contractual. Sólo excepcionalmente hay contratos que garantizan al acreedor respecto del deudor un espacio de exclusividad, que puede entenderse cubierto por una pretensión restitutoria por efecto de intromisión (infra párrafo X).

9. *Remedios restitutorios en el derecho de contratos.* El derecho de contratos reconoce desde antiguo remedios restitutorios contractuales respecto de prestaciones efectuadas a la contraparte y que han dado lugar a enriquecimiento injusto a consecuencias de rescisión, resolución, retracto o terminación del contrato que las justificaba. Las obligaciones restitutorias son en todos estos casos efectos derivados de los remedios principales de la resolución, la nulidad o los demás que acarrear obligaciones restitutorias.

En todos estos casos, estas pretensiones restitutorias son independientes de las indemnizatorias, tanto en lo referente a las condiciones de procedencia como al objetivo protector del remedio. En el primer sentido, los requisitos de la acción indemnizatoria suelen ser más exigentes que las de los remedios que dan lugar a restitución. En el segundo, la medida de la obligación restitutoria es la prestación efectuada por el acreedor, mientras en la indemnizatoria es el daño sufrido por el acreedor. La única superposición está dada por la circunstancia de que la restitución puede ser tenida por el piso de la indemnización, en otras palabras, si el derecho define un piso mínimo al quantum indemnizatorio que no pueda ser inferior al valor de la prestación efectuada por el acreedor de la reparación³¹.

En estos casos, la extinción o modificación de la relación contractual por rescisión, resolución u otra razón da lugar a acciones restitutorias que tienen por antecedente el enriquecimiento injusto de la contraparte porque la prestación efectuada ha perdido su justificación contractual. En principio, al acreedor le será más interesante demandar perjuicios, salvo que la cosa dada en pago valga más ahora que en el momento del contrato (caso en el cual el deudor tendrá un

³⁰ Corte Casación francesa (Commercial), 18.1.1994 (*Dalloz*, Megacode Civil, 2003, artículo 1371, 4).

³¹ El Código chileno establece que pérdida la cosa que se debe se entiende que ha sido por hecho imputable al deudor y en tal caso éste está obligado a pagar el precio de la cosa y la indemnización (artículo 1672); la norma asume que el cálculo de la indemnización a que da lugar el incumplimiento de un contrato tiene por piso el valor en dinero de la cosa debida. La regla no hace referencia, sin embargo, a una restitución de lo dado por el acreedor, sino al valor que la cosa tenga al momento de su avalúo, de modo que su función es favorecer la valoración del perjuicio, manteniendo su naturaleza indemnizatoria.

incentivo natural a cumplir con su obligación)³². A su vez, reclamar a título de resolución la restitución de lo dado, entregado o hecho al deudor suele ser una opción razonable para el acreedor que no tiene que someterse a las exigencias probatorias, ni a los requisitos de imputabilidad, previsibilidad y causalidad del daño (especialmente respecto del lucro cesante). Si han cambiado los precios de mercado, incluso puede ocurrir que al acreedor resulte más conveniente perseguir la restitución de lo pagado que obtener una indemnización. Cualquiera sea la situación, lo característico es que ningún ilícito de incumplimiento imputable al deudor es necesario como requisito de la pretensión restitutoria³³.

La neutralidad axiológica de las obligaciones restitutorias muestra en el caso de la resolución por incumplimiento, en que incluso el deudor incumplidor tiene pretensiones que persiguen evitar el enriquecimiento sin causa del acreedor. Mientras en materia indemnizatoria, el deudor incumplidor sólo puede esperar medidas de mitigación que de buena fe resulten exigibles respecto del acreedor para disminuir los perjuicios, en materia restitutoria ocurre que la parte que haya incumplido su obligación, y que con ello haya dado lugar a la resolución, tenga una pretensión restitutoria por lo que haya dado en razón del contrato. Así, por ejemplo, si el deudor ha realizado parte importante de su encargo antes de caer en incumplimientos que dan lugar a la resolución del contrato de servicios, tiene derecho a que quien ha declarado o solicitado la resolución le restituya el valor de lo que hasta entonces haya prestado en su beneficio.

10. *Relevancia indemnizatoria de los beneficios del acreedor a consecuencias del incumplimiento.* A su vez, también los beneficios que se sigan para el acreedor a causa del incumplimiento pueden ser relevantes en el cálculo de los perjuicios que se siguen de ese mismo incumplimiento. En este caso, la compensación de esas ventajas o beneficios responde a la lógica de la reparación del daño efectivamente sufrido, lo que exige la *compensatio lucri et damni*, bajo la condición de que esos beneficios que se sigan para el acreedor sean consecuencias objetivamente atribuibles al hecho del incumplimiento³⁴. Sin embargo, en este caso, los beneficios sólo son relevantes a efectos de calcular el daño efectivamente sufrido por el acreedor a consecuencias del incumplimiento. Por eso, su consideración responde a una lógica indemnizatoria.

³² A.E. Farnsworth, *Contracts*, New York: Aspen, 4^a edición, 2004, 821.

³³ M. A. Morales, *La modernización del derecho de obligaciones*, [nota x], 44.

³⁴ En verdad, la compensación de beneficios que se siguen para el acreedor a consecuencias del incumplimiento plantea dificultades análogas, pero más serias, que en materia extracontractual (E. Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, [nota x], 901); un desarrollo dogmático muy completo de la compensación de beneficios del acreedor en materia contractual en MünchKommB, Tomo 2, 5^a edición, 2007, (H. Oetiker) § 249, 222. La jurisprudencia norteamericana parece haber cambiado de giro, en este mismo sentido (A. Farnsworth, *Contracts*, [nota x], 556).

11. *Interés del acreedor de accionar contra los beneficios obtenidos por el deudor incumplidor.* Una pregunta distinta es si al acreedor contractual se le deben reconocer acciones para lograr que el deudor le desembolse las ganancias provenientes de su incumplimiento. A diferencia de las restituciones que analógicamente responden a la idea de obligaciones *cuasi ex contractu*, en este caso el enriquecimiento alegado no tiene por antecedente la restitución de lo prestado en razón de un contrato que ha devenido ineficaz, ni es invocada por el deudor en compensación del daño efectivo sufrido por el acreedor, sino se dirige contra los beneficios que el deudor haya obtenido a consecuencias de su incumplimiento contractual.

Puede ocurrir que el acreedor prefiera la mera restitución por razones muy diversas. Ante todo, el daño que se sigue del incumplimiento puede ser inferior al beneficio obtenido por el acreedor; la situación es especialmente seria si del incumplimiento no se sigue daño o los perjuicios son puramente nominales, mientras el deudor ha obtenido un importante beneficio a la siga del incumplimiento de su obligación.

Además, en circunstancias que la reparación indemnizatoria puede estar amenazada por riesgos probatorios (especialmente respecto del lucro cesante), el acreedor puede enfrentarse a una posición estratégica de desventaja en el juicio de responsabilidad contractual, aunque el daño efectivamente se haya producido. De hecho, el cálculo del lucro cesante puede hacerse reflejamente, a partir del enriquecimiento que significa para el deudor no haber negociado con el acreedor una liberación de su obligación. Pero este fin se puede lograr de manera más directa si el acreedor tiene disponible una acción para actuar directamente contra el enriquecimiento del deudor.

También puede ocurrir que el deudor alegue una causal convencional o legal de exoneración de responsabilidad, en cuyo caso el acreedor carece de remedio indemnizatorio, a pesar de que el incumplimiento haya reportado beneficio al deudor.

En suma, el deudor puede preferir la restitución de los beneficios obtenidos por el acreedor a consecuencias de su incumplimiento contractual. La intuición, dirigida por la idea de enriquecimiento injustificado, lleva a preguntarse por las razones para que el deudor pueda verse privado de esa acción, en circunstancias que las acciones restitutorias no requieren un juicio de ilicitud (como es el incumplimiento contractual que es condición necesaria del enriquecimiento).

Las limitaciones del razonamiento excesivamente abstracto en materia de enriquecimiento injustificado se muestran cuando se pone a prueba interna y externa esta inferencia. La cuestión ha adquirido cierta importancia en la discusión acerca de los remedios para el incumplimiento contractual en el derecho del *common law*, como se reseñará; en el derecho alemán, la respuesta está determinada por el contenido atributivo del derecho personal respectivo, que determina la procedencia de la acción de enriquecimiento por intromisión; de acuerdo a la doctrina unitaria del enriquecimiento injusto construida por los tribunales franceses se debe

entender que queda excluida la aplicación del remedio restitutorio de beneficios a los incumplimientos contractuales, en razón del criterio restrictivo de subsidiaridad, pues ante el incumplimiento contractual el acreedor ya está protegido por las pretensiones de ejecución en naturaleza y de reparación de los daños.

12. *Escepticismo doctrinario a los remedios restitutorios de beneficios en materia contractual.* La doctrina es más bien escéptica respecto de la admisibilidad de los remedios restitutorios de ganancias que se siguen del incumplimiento de un contrato. Ante todo, hay razones de justicia contractual en sentido estricto: el contrato establece una relación entre las partes en cuya virtud el deudor tiene una obligación de cumplir lo prometido, de modo que el ilícito contractual en sentido amplio consiste en no haber satisfecho el interés que el contrato protege al acreedor. La tarea del derecho es corregir el injusto que se sigue del incumplimiento atendiendo precisamente a ese interés que tiene el acreedor³⁵, para lo cual son apropiados los remedios de ejecución en naturaleza, resolución, indemnización y los otros desarrollados por el derecho de contratos. A diferencia de lo que ocurre con el acreedor, las vicisitudes patrimoniales del deudor a consecuencias de su conducta se ubican fuera del ámbito contractual. Por eso, la restitución de ganancias que el acreedor haya obtenido a consecuencias de su incumplimiento carecerá normalmente de relevancia en el ámbito contractual³⁶. Al carecer de fundamento de justicia contractual, el remedio deviene en un instrumento punitivo, cuya función es prevenir el incumplimiento, adolecido así del mismo defecto instrumentalista que afecta a la doctrina del incumplimiento eficiente.

Por otra parte, aunque se rechace el argumento económico que procura un ordenamiento del sistema de remedios que haga posible el incumplimiento eficiente, conviene atender a que la acción restitutoria de beneficios opera como incentivo en la dirección precisamente inversa a esa doctrina económica de los remedios contractuales. De acuerdo con esta doctrina, el derecho debiere negar la acción de cumplimiento forzado de la obligación porque ello permitiría una mejor asignación de valor entre el deudor y el acreedor: el acreedor ve satisfecho el beneficio que el contrato le protege mediante una indemnización comprensiva tanto de su interés negativo, por los gastos y demás desembolsos que haya debido realizar, como de su interés positivo, representado por la ganancia esperada; el deudor que incumple, por su parte, aun pagando la indemnización puede obtener un beneficio mayor que el representado por la prestación del acreedor. Desde un punto de vista económico, una acción restitutoria de los beneficios es un incentivo formidable a la observancia del contrato, en oposición a la idea de incumplimiento eficiente, en cuya virtud el acreedor puede apropiarse de los beneficios

³⁵ *Ernst Weinrib, Juridical Classifications of Obligations*, en *Peter Birks* ed., *The Classification of Obligations*, Oxford: Clarendon, 1997, 37 (50).

³⁶ Un desarrollo de esta idea en *Hannes Unberath, Die Vertragsverletzung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, 290, con referencia a *Ernst Weinrib, Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, en *Chicago-Kent Law Review*, 2003, 55 (73).

marginales que se siguen de su incumplimiento, una vez pagados los perjuicios que logre probar el deudor³⁷.

A las dificultades conceptuales y de justificación referidas se agregan problemas prácticos de causalidad. Según los principios generales de imputación objetiva de las consecuencias a un hecho determinado, el beneficio sólo puede dar lugar a una obligación restitutoria en la medida que sea consecuencia necesaria del incumplimiento y, además, le pueda ser normativamente atribuido. Lo cierto, sin embargo, es que el beneficio está usualmente dado por circunstancias muy diversas, incluyendo a propia habilidad del deudor. Por eso, surge el problema probatorio del beneficio y de su relación con el incumplimiento. Aunque se aceptara que la regla de distribución debiere ser una prorrata entre el beneficio atribuible al incumplimiento y el que lo es a otras causas, los problemas probatorios tienden a ser mucho más agudos que respecto del daño del acreedor³⁸.

Si se invierte el énfasis, y se atiende al derecho del acreedor, en vez del ilícito contractual, resulta irrelevante el enriquecimiento que haya obtenido el deudor a consecuencias de su propio incumplimiento, porque ello no afecta el interés económico que el contrato reconoce al acreedor³⁹. Sólo en los casos en que este interés económico exclusivo que el contrato garantiza es afectado por el incumplimiento, como ocurre, por ejemplo, si se infringe una cláusula válida de no competencia, obteniéndose un beneficio que el contrato aseguraba privativamente al acreedor⁴⁰. Pero en este caso, de ser aceptada la acción de enriquecimiento, la función de la obligación del deudor de no es restitutoria ni indemnizatoria, sino simplemente punitiva.

En consecuencia, existen buenas razones dogmáticas, de justicia contractual y económicas para mirar con escepticismo una acción que tenga por objeto obligar al acreedor a desembolsar las ganancias que se siguen de su ilícito contractual. Sin embargo, tanto en el *common law* como en

³⁷ La hipótesis de incumplimiento eficiente opera en sistemas jurídicos que son reticentes a conceder la acción de ejecución en naturaleza (como es la regla en el derecho anglosajón). En sistemas jurídicos donde la ejecución forzada de la obligación es una acción generalmente reconocida al acreedor, la hipótesis de incumplimiento eficiente está relativizada desde el punto de vista axiológico y funcional, porque su supuesto técnico-jurídico es precisamente que el deudor pueda liberarse de su obligación contractual indemnizando al acreedor. Por lo mismo, en estos ordenamientos hay una razón adicional de carácter sistemático para desear que el incumplimiento contractual autorice al deudor una acción de restitución de beneficios obtenidos del incumplimiento. El remedio sólo pasa a ser un instrumento preventivo esencial del incumplimiento si la ejecución en naturaleza resulta imposible o carece de utilidad práctica para el acreedor.

³⁸ A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 288.

³⁹ J. Edelman, Gain-Based Damages and Compensation, en A. Burrows y Lord R. of Eversferry editores, Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks, [nota x], 153.

⁴⁰ T. Krebs, The Fallacy of 'Restitution for Wrongs' [nota x], 398.

el derecho alemán, esto es, en los dos sistemas jurídicos que se han tomado como referencia comparada en esta ponencia, ese derecho es reconocido en ciertas situaciones

13. *Restituciones de beneficios derivados del incumplimiento en el derecho anglosajón.* En el derecho inglés, las obras sobre restituciones suelen tener un capítulo referido a las acciones reparatorias que provienen de ilícitos (*wrongs*), entre los que se encuentra el incumplimiento contractual. El inobjetable principio vigente es que no hay acción reparatoria dirigida a las ganancias del deudor⁴¹. El reconocimiento de acciones de restitución de beneficios que resultan del incumplimiento contractual es por completo excepcional y más bien reciente en las jurisdicciones del *common law* (además de bastante caótica). La doctrina y la jurisprudencia entienden, por lo general, que se trata de un remedio inapropiado para los incumplimientos contractuales. En consecuencia, las alternativas doctrinarias son el rechazo a todo evento del remedio⁴², o bien intentar una descripción de las situaciones típicas y excepcionales en que procede, que es el camino muy generalmente seguido por la doctrina.

Las excepciones al principio de que no hay lugar a restitución de beneficios que se sigan del incumplimiento contractual parecen haberse depurado y diferenciado con el tiempo, pero aún son objeto de intensa discusión en la doctrina británica⁴³. Suelen distinguirse tres grupos de

⁴¹ A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota xl], 308., con referencia a un antiguo caso escocés, *Teacher v Calder*, en que la corte negó lugar al acreedor a su pretensión de restitución de beneficios, y sólo dio lugar a la indemnización de los propios perjuicios, en juicio seguido contra un financista que infringió una obligación contractual de invertir en £ 15.000 en el negocio forestal del acreedor y lo hizo, en cambio, en un negocio más rentable de destilerías ([1899] 1 F 39); también se ha fallado que si el incumplimiento ha significado que el deudor ahorre los costos de ejecución, porque lo relevante son los perjuicios del acreedor, que en el caso eran puramente nominales (*Tito v Waddell*, [1977] Ch 106, 332, citado por A. Burrows, *op. cit.* 309).

⁴² D. Harris, D. Campbell y R. Halson, Remedies in Contract & Tort, 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2005,

⁴³ P. Birks fue hasta su muerte temprana el gran impulsor de la idea de que era necesario dar nueva forma al derecho sobre restituciones, invirtiendo el enfoque desde el remedio reparatorio hacia el fundamento en el enriquecimiento sin causa (The Classification of Obligations, [nota xl]. P. Birks (An Introduction to the Law of Restitution, Oxford: Clarendon, 1ª edición, 1985, 334; Unjust Enrichment, Oxford: Oxford University Press, 2ª edición, 2005), A Burrows (Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota xl], 307), así como la mayoría de la doctrina referida por ellos, han sostenido el principio de que el incumplimiento contractual no da lugar a acciones reparatorias de beneficios, de modo que la tarea es más bien descubrir las razones por las que excepcionalmente procedería. La materia es objeto de amplia discusión en una obra colectiva editada en memoria de P. Birks, donde parte importante de la discusión se refiere precisamente a las obligaciones reparatorias provenientes de ilícitos (*wrongs*)

extracontractuales o del incumplimiento contractual (trabajos de R. Stevens, G. Virgo, J. Edelman, G. McMeel, T. Krebs en A. Burrows y Lord R. of Eversferry editores, Mapping the Law. Essays in Memory of

casos: los incumplimientos cínicos o inescrupulosos; los casos en que los jueces niegan lugar a la acción de ejecución en naturaleza, en ejercicio de su potestad valorativa de acuerdo con la *equity*, de modo que la acción sobre los beneficios es reconocida en el lugar de esa ejecución en naturaleza; y, en tercer lugar, en algunos casos en que el acreedor sufre perjuicios puramente nominales y se estima de equidad darle una satisfacción con cargo a los beneficios que el acreedor ha obtenido de su incumplimiento⁴⁴.

(c) Suele citarse el caso norteamericano *City of New Orleans v Fireman's Charitable Association* como expresivo del principio de que el incumplimiento de contrato no da lugar a restitución, en el cual los demandados, que estaban obligados por contrato a mantener una cierta capacidad de combate del fuego, no cumplieron con su obligación a lo largo de la vigencia del contrato; sin embargo, durante ese tiempo no se materializó el riesgo de incendios graves, de modo que la provisión del servicio bajo el estándar convenido no se tradujo en daño para el acreedor. Se falló que el acreedor sólo tenía en este caso una acción de perjuicios, en el evento que éstos llegaran a producirse, pero que carecía de acción para que le fueran restituidos los beneficios equivalentes a los costos ahorrados⁴⁵.

(b) En *Wrotham Estate Homes Ltd. v Parkside Homes Ltd.*, una empresa inmobiliaria construyó casas incumpliendo una promesa contractual que la obligaba a realizar las edificaciones de acuerdo a ciertas reglas establecidas en el contrato; la Corte no dio lugar a la ejecución en naturaleza (que suponía destruir lo construido), y que bajo el derecho de la *equity* es facultativo para el tribunal; en cambio, otorgó al acreedor, que no había sufrido daños acreditables, el derecho a ser indemnizado en una suma que se tuvo por equivalente a lo que habría debido

Peter Birks, [nota xl]. Una posición radicalmente adversa a la acción restitutiva de beneficios en materia contractual en *D. Harris, D. Campbell y R. Halson*, [nota xl], capítulo 17 (por *D. Campbell*).

⁴⁴ *D. Harris, D. Campbell y R. Halson*, Remedies in Contract & Tort, [nota xl], 255. A estos casos suelen agregarse los incumplimientos a obligaciones fiduciarias (*J. Edelman*, Gain Damages and Compensation, [nota xl], 149).

⁴⁵ 9 So. 486 (1891), citado por *P. Birks*, An Introduction to the Law of Restitution, [nota xl], 334; *A. Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, también hace referencia a un antiguo caso escocés, *Teacher v Calder*, en que la corte negó lugar al acreedor a la pretensión de restitución de beneficios, y sólo dio lugar a la indemnización de los propios perjuicios, en juicio seguido contra un financista que infringió una obligación contractual de invertir en £ 15.000 en el negocio forestal del acreedor y lo hizo, en cambio, en un negocio más rentable de destilerías ([1899] 1 F 39); del mismo modo se ha fallado si el incumplimiento ha significado que el deudor ahorre los costos de ejecución, porque lo relevante son los perjuicios del acreedor representados por el valor de su derecho y no por las ganancias del deudor (*Tito v Waddell*, [1971] Ch 106, 332, citado por *A. Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota xl], 309 y referido por *J. Edelman*, Gain-Based Damages and Compensation, [nota xl], 153, como ejemplo de que el valor del derecho infringido suele ser en estos casos la correcta medida de reparación).

pagar el deudor para ser relevado de la restricción contractual⁴⁶. El elemento distintivo de este caso se refiere a una *restitución de beneficios que fue reconocida luego de rechazarse la acción en naturaleza* y en circunstancias que los daños efectivamente sufridos por el acreedor eran patrimonialmente nominales. Ante la posibilidad de que el deudor quedara impune, la corte decretó una medida compensatoria que se mide por el valor de mercado que habría tenido la autorización. De hecho, la corte reconoció los perjuicios sufridos (*damages*) y los valoró de una manera que es más cercana a la idea de lucro cesante que a la restitución de beneficios, pues no supone un desembolso de ganado por el deudor, sino una suma que se tiene por equivalente al valor del derecho contractual del acreedor.

Es interesante que el fundamento de la obligación restitutoria podría ser construido como un caso de intromisión en el contenido atributivo de un derecho personal: sólo el acreedor podía autorizar una modificación de la ordenación urbanística convenida y fue perturbado en ese derecho personal de exclusividad, obteniendo el deudor provecho de esa intromisión. A pesar de que limita con el lucro cesante, en atención a la base de cálculo, la obligación es tenida por los juristas ingleses por estrictamente restitutoria, porque se dirige contra el beneficio injustificado que el deudor obtiene de la intromisión; a pesar de el derecho del acreedor cuyo goce es intervenido por el incumplimiento es personal, su contenido atributivo se tiene por colindante con la propiedad⁴⁷.

(c) En *Attorney General v. Blake* se ordena la restitución de beneficios que el deudor obtiene por un incumplimiento cínico y doloso. La situación es muy extrema, pero permite delinear un criterio normativo fundado en lo injusto que resulta que el deudor obtenga utilidad a consecuencias de una conducta contractual particularmente impropia. Durante más de 15 años, el señor Blake trabajó para los servicios británicos de seguridad. Su contrato le impedía divulgar la información que recogiera en ejercicio de sus tareas. Luego de ser apresado por espionaje en 1961, escapó de la cárcel y se asentó en el país en cuyo favor había actuado como espía. En

⁴⁶ 1 WLR 798 (1974), citado por D. Harris, D. Campbell y R. Halson, Remedies in Contract & Tort, 2ª edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, 255.

⁴⁷ A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota xx], 313. En el derecho chileno existe un régimen de remedios especial para el incumplimiento de las obligaciones de no hacer: si lo hecho puede deshacerse, la obligación deviene en una obligación de hacer; sin embargo, ésta está sujeta a dos limitaciones: deshacer lo hecho debe ser necesario para los fines que se tuvieron en vista al momento de contratar y el deudor puede ser oído a prestar ese objeto por otros medios (Código chileno, artículo 1555). El valor de la prohibición es por cierto un método para lograr una reparación sustitutoria de la ejecución en naturaleza. Esa suma que podría haberse convenido para obtener la autorización tiene en este caso un carácter típicamente indemnizatorio, aunque el resultado es similar al que siguieron los jueces en *Wrotham Estate Homes Ltd. v Parkside Homes Ltd.* Cabe preguntarse en qué medida la calificación como restitución o reparación indemnizatoria en estos casos límites no está más determinada por tradiciones que por cuestiones conceptuales o funcionales.

1989 convino la publicación de sus memorias con una empresa editorial inglesa y se acordó un anticipo de £ 150.000. El procurador general no pretendió impedir la publicación (lo que probablemente no habría logrado de la corte), sino exitosamente prevenir que el señor Blake recibiera el saldo aun impago del anticipo⁴⁸.

La doctrina ha entendido este caso como excepcional por dos razones: porque envuelve un incumplimiento cínico y dolo de un contrato y porque hay un legítimo interés en prevenir que el deudor se aproveche de su propio ilícito. En otras palabras, los elementos determinantes del éxito de la acción restitutoria de beneficios que se siguen del incumplimiento contractual son el dolo manifiesto del deudor y una particular justificación en concreto del remedio restitutorio, lo que le confiere un carácter intimidante y excepcional⁴⁹. Se volverá sobre el dolo como fundamento y agravante de obligaciones restitutorias al tratar de las acciones restitutorias de beneficios obtenidos a consecuencias de ilícitos extracontractuales.

En verdad, las alternativas en la discusión doctrinaria son dos: que nunca sea reconocido un derecho del acreedor una acción de enriquecimiento por los beneficios capturados por el deudor en razón de su propio incumplimiento, o bien, que por razones especiales excepcionalmente y en ciertos grupos de casos, se reconozca ese remedio⁵⁰. Enseguida, tomando como referencia algunos aspectos centrales del derecho anglosajón, se hará referencia a las hipótesis de enriquecimiento por intromisión del deudor en el derecho contractual del acreedor y de incumplimientos particularmente deshonestos o cínicos.

14. *¿Intromisión mediante el incumplimiento en el contenido atributivo del derecho del acreedor?* En los casos de intromisión en un derecho contractual ajeno es más probable que se produzca un efecto de enriquecimiento del deudor sin que el acreedor sufra un daño relevante (o al menos equivalente) que de lugar a indemnización. La pregunta crítica se refiere a si una relación contractual puede garantizar un ámbito de exclusividad del acreedor cuyo aprovechamiento por el deudor pueda dar lugar a restitución. Por cierto que esa exclusividad estaría limitada por el derecho personal que el contrato le confiere, de modo que tiene un alcance relativo al deudor⁵¹.

⁴⁸ 1 AC 268 [2001], citado por D. Harris, D. Campbell y R. Halson, op. cit. [nota x], 256.

⁴⁹ J. Edelman, Gain-Based Damages and Compensation, [nota x], 141 (149).

⁵⁰ En el derecho norteamericano, por regla general, no se sigue este principio, pero con una importante limitación: si bien los tribunales aceptan que el principio de que nadie puede lucrar de su propio ilícito se extiende a materia contractual (por el solo hecho del incumplimiento), la restitución sólo se limita a los beneficios que se entiende que fluyen (*flow*) desde el acreedor y no se extiende a todos los beneficios que el acreedor haya podido percibir; el resultado de este conjunto de reglas es que hay hipótesis en que un incumplimiento eficiente resulta posible (A. Farnsworth, Contracts, [nota x], 824)

⁵¹ Conviene aclarar que las situaciones a las que aquí se hace referencia son diferentes a las que plantean intromisiones de un tercero en el derecho de goce de un arrendatario; en este caso, la pregunta es si el

Los casos más claros son aquellos en que el derecho contractual tiene un contenido atributivo que sólo se satisface si el deudor no interviene mediante intrusión. Por eso, es típica de obligaciones de no hacer. En las prohibiciones convencionales de competencia, por ejemplo, el sentido preciso de la prohibición es garantizar al deudor un ámbito empresarial que excluya al deudor; aunque personal, la relación no se materializa en una conducta positiva sino en una obligación de no hacer, lo que muestra su carácter análogo a la propiedad. Algo semejante ocurre en las prohibiciones de realizar obras materiales, como era el caso en *Wrotham Estate Homes Ltd. v Parkside Homes Ltd.* (supra párrafo x b); al acreedor se le reconocía un derecho de típico contenido propietario, aunque sólo estuviera garantizado por contrato, a autorizar la construcción de una manera diferente a la convenida.

El problema técnico que plantea el reconocimiento de una acción por irrupción en derecho ajeno en estos casos radica en la dificultad para definir el ámbito de atribución exclusiva del derecho del acreedor en relación con su deudor. Los derechos personales son objeto de una especie de propiedad (Código chileno, artículo 583). Sin embargo, la titularidad de un derecho de crédito no debe ser confundida con su satisfacción por el deudor, como se muestra en la diversidad de remedios contractuales. Por lo mismo, ninguna explicación resulta convincente respecto del ‘contenido atributivo’ de un derecho de crédito, en la relación entre acreedor y deudor. De ello se sigue que también son grandes las dificultades para determinar si el incumplimiento de un contrato de lugar a un acto de intromisión. Mientras razones de seguridad en el tráfico hacen necesario que el deudor conozca con alguna certeza su ámbito de riesgo, la acción de enriquecimiento difícilmente puede cumplir esa prueba.

Y aunque fuere técnicamente posible precisar en qué casos el contrato garantiza al acreedor un ámbito de exclusividad respecto de su deudor, luego se plantea la pregunta si es razonable conceder una acción restitutoria en estos casos. A falta de disposición en contrario, no es fácil asumir que las partes hayan estado dispuestas a aceptar una regla implícita que obliga al deudor a restituir en ciertos casos el beneficio que se sigue de su incumplimiento. Por eso, parece preferible entregar la materia a la técnica contractual. La idea de predominio del acuerdo de las partes lleva a pensar en que debe quedar radicada en ellas la previsión de los casos en que el incumplimiento contractual no genera daño y sí beneficios al deudor incumplidor. Si el derecho privado quiere mantenerse razonablemente fiel a la idea de que las partes son libres para ordenar su relación contractual, es preferible no crear interferencias entre los remedios

contrato es suficiente antecedente para la acción de enriquecimiento por intromisión. Nada debiere obstar para que se reconociera esta acción personal de enriquecimiento por irrupción en tales casos; lo mismo puede ocurrir en casos muy diversos, como es el del empresario que tiene derechos sobre la obra o la imagen de otra persona (X. Basozabal, Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, [nota 1], 178).

propriadamente contractuales de protección del crédito y las provenientes del enriquecimiento sin causa, que responden a otros órdenes de intereses⁵².

15. *La restitución de beneficios como sanción del dolo del acreedor*. Como se muestra en *Attorney General v. Blake* (supra párrafo 13 c), la conducta particularmente cínica del deudor parece plantear una cuestión más general, referida a los casos en que alguien pretenda aprovecharse de su propio dolo. Con fundamento en el artículo 1186 del Código español, *F. Pantaleón* ha afirmado que si el deudor enajena la cosa debida a un tercero, el acreedor puede optar entre una acción indemnizatoria y una que tenga por objeto el valor del crédito⁵³. En el Código chileno, los artículos 1458 y 2316 otorgan acción contra quien se ha aprovechado del dolo ajeno, hasta por el monto del provecho; aunque esta acción puede ser entendida como un híbrido de pretensión indemnizatoria (en cuanto al objeto) y restitutoria (en cuanto al límite de la obligación del tercero), bien puede ser interpretada extensivamente en el sentido que los beneficios procedentes del dolo deben ser desembolsados por el deudor doloso; al menos con las calificaciones que suele hacer la doctrina inglesa, en orden a que se trate de una conducta deshonesta o cínica (como parece ser la venta a un tercero de la cosa ya vendida al demandante).

Pero aun dentro de estos límites, el remedio de enriquecimiento injustificado para incumplimientos contractuales dolosos debe ser mirado con cautela. Como se ha señalado, la pretensión del acreedor en estos casos es meramente punitiva, porque no se relaciona con su derecho contractual, sino lo transforma en receptor de un desembolso de beneficios injustificados a que es sancionado el deudor en razón de su conducta despreciable. El acreedor carece en tales casos de justificación contractual para recibir ese beneficio: el entuerto es corregido punitivamente, privando al autor de sus beneficios y redistribuyéndolos al acreedor⁵⁴.

16. *Evaluación*. Con todas las reservas de los párrafos anteriores, debe aceptarse que estos caminos discutibles al menos atienden a valores y bienes en juego y son susceptibles de cierta delimitación dogmática. Estas son claras ventajas respecto a respuestas jurisprudenciales carentes de toda forma, como es el reconocimiento de indemnizaciones por daño moral por incumplimiento contractuales en negocios estrictamente patrimoniales, cuando al juez le parece que la reparación indemnizatoria es insuficiente o estima que la conducta del deudor debe ser objeto de un especial reproche punitivo. Como es frecuente en el derecho privado, la apertura de caminos bien definidos es preferible a una doctrina rígida y una práctica laxa.

⁵² G. McMeel, Unjust Enrichment, Discharge for Breach and the Primacy of Contract, en A. Burrows y Lord R. of Eversferry editores, Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks, [nota], 223 (244).

⁵³ F. Pantaleón, El sistema de responsabilidad contractual, en Anuario de Derecho Civil 48 (1991), 1019 (1022).

⁵⁴ D. Harris, D. Campbell y R. Halson, [nota x], 266.

IV. Enriquecimiento a consecuencias de un ilícito extracontractual

16. *El daño de la víctima y no el beneficio del autor son determinantes en materia de responsabilidad civil.* El supuesto más general de responsabilidad extracontractual está dado por el daño sufrido por negligencia del deudor. Ese hecho es condicionante de las acciones indemnizatorias y de reparación en naturaleza. La responsabilidad extracontractual tiene una lógica bien definida: alguien toma o afecta con su acción culpable un interés ajeno y luego tiene que indemnizar o repararlo en naturaleza. El enriquecimiento del deudor es irrelevante, porque el objeto de la acción sólo está definido desde la posición de la víctima que pretende ser restaurada patrimonialmente al estado anterior al daño.

De hecho, como se ha referido, la negligencia lleva siempre implícita una cierta ganancia. Si alguien conduciendo negligentemente provoca un accidente, la ganancia del autor del daño está dada por lo que ahorró en esfuerzo o cuidado (según el principio de que el beneficio puede consistir en un valor positivo o en el ahorro de un valor negativo). Pero lo determinante es que esa ganancia injusta sólo produce efectos civiles desde el momento del daño. Antes puede haber un ilícito infraccional, incluso penal, pero no es civilmente relevante, porque la ganancia que supone la negligencia no se obtiene a costa de una víctima efectiva (cuya particular situación es haber sufrido un daño que debe ser reparado), sino de todos los candidatos a víctimas de un eventual accidente⁵⁵. El derecho civil reconoce a lo sumo en tales casos acciones públicas preventivas⁵⁶.

El daño de la víctima y el beneficio del responsable se pueden corresponder como positivo y negativo. En tal caso, carece de sentido una acción que se dirija contra los beneficios obtenidos por el autor del daño, porque su interés se cubre con el de la acción indemnizatoria. Pero también puede ocurrir, como en materia contractual, que el beneficio sea superior al daño, en cuyo caso para la víctima puede resultar de mayor interés dirigirse contra los beneficios obtenidos por quien cometió el ilícito.

Ante esta situación, surgen dos cuestiones principales: (α) cómo se resuelve el cúmulo de acciones restitutorias e indemnizatorias, y (β) si hay casos en que la comisión de un ilícito es

⁵⁵ J. Coleman, *Risks and Wrongs*, [nota X], 370.

⁵⁶ Así, el Código chileno otorga una acción popular preventiva 'en todos los casos de daño contingente que imprudencia o negligencia de alguien amenazare a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare a solamente algunas personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción' (artículo 2333). Una acción análoga se ofrece si alguna cosa amenaza caída desde la parte superior de un edificio (artículo 2328).

condición para que haya lugar a una acción de restitución de beneficios. Ambas preguntas serán analizadas someramente en los párrafos siguientes.

17. *Independencia de las hipótesis que den lugar a responsabilidad y a enriquecimiento sin causa.* En el derecho inglés se suele distinguir entre restituciones autónomas y por efecto de ilícito, que puede ser un incumplimiento contractual o un ilícito extracontractual⁵⁷. Influido por esta apreciación, proveniente de un sistema jurídico donde el derecho de restituciones tiene un desarrollo comparativamente muy superior, asumí en mi estudio sistemático de la responsabilidad extracontractual que pueden haber acciones reparatorias que tengan por antecedente genérico el ilícito civil⁵⁸. Lo cierto es que esta ponencia me ha dado la oportunidad de cambiar de opinión.

La lógica de la restitución de beneficios siempre es el enriquecimiento injusto, que frecuentemente tiene estrecha relación con las acciones de propiedad (o con derechos que le son análogos) y no la de la responsabilidad civil que atiende a los daños causados a la víctima y que deben ser reparados por razones de justicia correctiva. A su vez, las obligaciones reparatorias tienen por antecedente común la carencia de base jurídica de la apropiación o beneficio recibido de tercero⁵⁹. Por cierto que las hipótesis de hecho que dan lugar a enriquecimiento injusto pueden concurrir con las de ilícitos extracontractuales, en la medida que el caso satisfaga los supuestos de hecho de ambas acciones. La obligación reparatoria no es desencadenada por el ilícito, sino por un hecho, que con prescindencia del juicio de ilicitud, también da lugar un enriquecimiento injustificado, según las reglas que rigen las restituciones en aplicación de este principio⁶⁰.

⁵⁷ P. Birks, An Introduction to the Law of Restitution, [nota x], 314.

⁵⁸ E. Barros, Tratado de responsabilidad extracontractual, [nota x], 929.

⁵⁹ Así lo reconoció ese distinguido jurista que fue P. Birks hacia el final de su vida (Unjust Enrichment, [nota x], xii).

⁶⁰ Sobre las diferentes razones de justicia que subyacen a la reparación indemnizatoria y al enriquecimiento injustificado, E. Weinrib, Juridical Classifications of Obligations, 46. La superposición de estas categorías puede ser muy sutil, especialmente en casos de estado de necesidad, como se muestra en *Vincent v Lake Erie* (124 NW 221 – Minn. SC, 1910, citado por Weinrib, 48): durante una tormenta el barco de la demandada buscó refugio en el muelle de la demandante, con el resultado de que el barco fue salvado, pero el muelle sufrió daños. Atendidas las circunstancias, la demandada no cometió ilícito alguno, de manera que no puede ser perseguida su responsabilidad extracontractual, sin embargo, obtuvo un beneficio por intromisión en la propiedad ajena, como tal, no requiere de juicio de valor acerca de la conducta. La condición para que proceda restitución es la intromisión inocente; pero el beneficio no está dado por el valor del barco, sino se estimó que lo estaba por los perjuicios sufridos por el demandante, lo que muestra que no existe una identidad entre ilícito y daño y entre enriquecimiento y beneficio.

En el enriquecimiento injusto por irrupción se asume que el enriquecido actúa de buena fe, esto es, con error excusable. Las reglas que obligan a la restitución cuasicontractual y posesoria están construidas protegiendo la confianza del obligado de que se encontraba en su derecho, o en su desconocimiento del hecho. Por otra parte, el reconocimiento de acciones restitutorias por intromisión en derecho ajeno, con independencia del empobrecimiento sufrido por el acreedor, pone de manifiesto el fundamento propietario de estas acciones, que se conceden precisamente para proteger la exclusividad en el goce del derecho del titular⁵¹.

Por eso, la concurrencia de hipótesis de responsabilidad y de enriquecimiento supone que el hecho, además de cumplir con los requisitos de las acciones restitutorias de beneficios, haya sido cometido con negligencia. Pero, por regla general al menos, esta infracción a deberes de cuidado no es constitutiva del enriquecimiento injustificado.

De lo señalado se sigue que puede haber concurrencia alternativa de pretensiones indemnizatorias y restitutorias, pero que cada una se rige por los preceptos respectivos. Hablar en tales casos de una indemnización restitutoria es desde luego una herejía, porque la restitución sólo atiende a los presupuestos propios de acciones de enriquecimiento y su objeto no son los daños del demandante, sino los beneficios obtenidos injustificadamente por el deudor⁵².

Por el contrario, como se ha referido, hay experiencias comparadas en que el ilícito extracontractual es antecedente de la obligación restitutoria⁵³; esta idea es aquí rechazada, con las calificaciones que se harán al final, porque por regla general no hay relación suficiente entre el ilícito y el beneficio que justifique que la víctima actúe sobre esos beneficios. La víctima carece de un interés personal en el enriquecimiento, que le justifique actuar sobre los beneficios obtenidos del ilícito en vez de procurar la indemnización de sus propios perjuicios, que son la causa de acción que le resulta personalmente relevante en su relación con el demandado.

⁵¹ G. Calabresi y A. D. Melamed, Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral, [nota x], J. Coleman, Risks and Wrongs, [nota x], 77, 336

⁵² A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 293.

⁵³ Es el caso del llamado *waiver of tort* del derecho inglés, en que el ilícito, esto es, la inobservancia de un deber de conducta, es condición de la obligación restitutoria; con todo, ese remedio restitutorio en ese sistema no es general, sino está circunscrito a ciertos tipo de eventos y difíciles otras cuestiones determinan en concreto su procedencia (una reseña en P. Birks, An Introduction to the Law of Restitution, [nota xx], 313. Es interesante, en todo caso, que si se descartan los casos en que la obligación restitutoria está determinada por la conducta gravemente abusiva del demandado o por infracción a deberes de confianza, las hipótesis inglesas enriquecimiento por ilícitos (*torts*) son muy cercanas a las de enriquecimiento por intromisión: interferencia con cosas, uso de la tierra (*trespass of land*), *nuisance* (A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 290).

En principio, el concurso de acciones indemnizatorias y restitutoria es alternativo, esto es, se puede ejercer una y otra, pero no pueden ser acumuladas, porque actuar sobre los beneficios supone, en cierto sentido, condonar el ilícito. Además ambas acciones se refieren a intereses patrimoniales que son el anverso y el reverso patrimoniales de un mismo hecho, de modo que carece de justificación recibir a la vez la restitución del beneficio obtenido por el demandado y la indemnización del daño patrimonial por lucro cesante sufrida por el demandante. Distinta es la situación cuando un mismo acto tiene distintas calificaciones, porque afecta bienes jurídicos distintos, como ocurre con la afectación concurrente de bienes de contenido patrimonial y puramente moral (párrafo siguiente).

En consecuencia, la intromisión como hecho que determina un enriquecimiento sin causa se rige por las reglas generales, aunque el hecho sea también un ilícito civil. Y, por regla general, el ilícito de intromisión se construye con independencia del ilícito, de acuerdo con las reglas generales de esta acción restitutoria.

18. *Protección de los derechos de la responsabilidad como caso ejemplar.* Las formas de protección de los derechos de la personalidad han suscitado interminables discusiones doctrinarias. Sin embargo, ya parecen dibujarse ciertos desarrollos comunes. En circunstancias que estos derechos atribuyen al titular derechos absolutos de goce y que pueden ser apropiados o ser objeto de intromisión por terceros, todo indica que el principio debe ser que estén garantizados de una manera equivalente a la propiedad sobre cosas. Este enfoque hace que sean las diferencias específicas las que deben ser mostradas, en vez de partir de discusiones que exceden el horizonte del derecho civil respecto a su entidad ontológica.

De este modo, en la dimensión del derecho de obligaciones, la intromisión culpable en estos derechos por un tercero abre al titular dos caminos alternativos: la acción de responsabilidad civil y la fundada en el enriquecimiento sin causa. La acción indemnizatoria se dirigirá, alternativamente, si el bien es objeto de comercialización, a la reparación del lucro cesante, determinado por el valor de mercado que tiene la autorización del goce; si no ha sido comercializado, la reparación deberá ser equitativa, de acuerdo con la valoración patrimonial que un tercero podría haber dado al bien en cuestión. La acción de enriquecimiento tiene por objeto que el demandado desembolse las ganancias que efectivamente haya obtenido en razón de la intromisión⁶⁴. En atención a que la acción es personal y protege los derechos de uso y

⁶⁴ K. Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts. T. I, Parte General, 14ª edición, München: Beck, 1987, 514. Se trata en el caso de la valoración indemnizatoria de dos caminos para determinar el valor de los perjuicios y no de dos pretensiones distintas, como afirmaba Lorenz, *Münchener Kommentar*, Tomo 2, 5ª edición, 2007, (H. Oetiker) § 252, 56.

goce, debe entenderse que favorece no sólo a los titulares originarios de estos derechos sino también a quienes tienen derechos contractuales de goce⁶⁵.

La pretensión que se dirige contra los beneficios puede tener gran importancia práctica en estos casos, atendida la dificultad usual de valoración del daño si se actúa en sede de responsabilidad civil. Sin embargo, también en esta perspectiva estos derechos presentan ciertas particularidades al momento de determinar la patrimonialidad del derecho o de precisar su valor patrimonial.

La primera dificultad ocurre especialmente cuando son afectados bienes que están fuera del comercio, porque su disposición sería contraria a las buenas costumbres o al orden público (disposición patrimonial de la honra o del cuerpo, por ejemplo); o si simplemente el titular no ha tenido interés alguno en comercializarlos, o incluso ha desechado expresamente hacerlo. En tales casos se ha puesto en duda si procede reconocer acciones de enriquecimiento por intromisión, con fundamento en que resulta discutible que se trate de un bien de contenido patrimonial. Sin embargo, todo indica que el enriquecimiento es un hecho que puede ser probado en concreto y que lo relevante a su respecto es la ventaja patrimonial que haya obtenido el demandado, de modo que es posible obtenerlo incluso a resultas de la intrusión en bienes esencialmente inmercables, como la honra (como ocurriría con el lucro que se sigue de la difamación). En estos ejemplos se muestra que la acción de enriquecimiento mira al derecho del titular a efectos de calificar la procedencia de la acción, pero atiende a los efectos patrimoniales en el deudor a efectos de determinar si ha habido enriquecimiento⁶⁶. Por consiguiente, procede la acción de enriquecimiento incluso respecto de estos bienes inmercables, a condición de que el deudor haya obtenido beneficio patrimonial.

En el caso de bienes que son comerciables (como la imagen, la historia de la vida privada), el problema radica en la determinación de su valor (bajo el supuesto frecuente de que resulte de gran dificultad para la víctima probar el beneficio efectivo del demandado). En estos casos no queda más alternativa que una apreciación equitativa del valor que del cambio habría tenido ese bien si hubiese sido cedido. Aunque existe el riesgo de que la condición devengue en punitiva, más vale asumir ese costo que poner a la víctima en una situación de indefensión. Por la misma razón, sin embargo, las fronteras entre la restitución de beneficios, la indemnización de perjuicios y la simple retribución compensatoria son muy tenues, por lo que más bien parece exigible el requisito de culpa que caracteriza a la responsabilidad civil.

⁶⁵ A. Büchler, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein, [nota x], 335; véase también nota [Conviene aclarar que las situaciones...].

⁶⁶ A. Büchler, *op. cit.*, [nota x], 335; en contra X. Basozabal, Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, [nota 1], 172.

Finalmente, conviene atender a que en el caso de intrusión culpable en derechos de la personalidad pueden concurrir copulativamente la pretensión restitutoria del enriquecimiento y la pretensión indemnizatoria del daño moral. En general, cuando un mismo acto tiene distintas calificaciones, porque afecta bienes jurídicos distintos, como ocurre con la afectación concurrente de bienes de contenido patrimonial y puramente moral, debe entenderse que las acciones indemnizatorias son acumulativas. Algo semejante ocurre con la acción indemnizatoria y la restitutoria. Es el caso, por ejemplo, de la intromisión en el derecho a la vida privada, que da lugar alternativamente a una pretensión indemnizatoria del daño patrimonial o a una acción de enriquecimiento sin causa, por el beneficio económico obtenido por el demandado, y eventualmente, a una acción indemnizatoria por el daño moral que se sigue del ilícito con independencia del patrimonial⁶⁷.

19. *Derechos de propiedad intelectual e industrial.* La concurrencia de acciones de enriquecimiento e indemnizatorias en materias de bienes inmateriales (derechos de autor, patentes, marcas) presenta fuertes analogías con los derechos de la personalidad; en materia de derecho de autor pueden incluso concurrir, como en estos últimos, intereses patrimoniales con otros de naturaleza estrictamente moral. Sobre las patentes, marcas y creaciones del espíritu recaen derechos de propiedad de fundamento legal explícito en los distintos ordenamientos. Los mismos efectos se pueden extrapolar hacia situaciones de exclusividad en el goce de derechos que no están sujetas a un estatuto especial de propiedad, como son los secretos industriales.

A falta de norma legal limitante, respecto de estos derechos rigen, en consecuencia, las reglas sobre valoración del daño y del enriquecimiento a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior⁶⁸. Lo mismo vale para los demás derechos que garantizan a su titular un goce exclusivo⁶⁹. Mai que mal las acciones restitutorias por intromisión tienen la función de prevenir y compensar interferencias con la propiedad.

⁶⁷ X. Basozabal, Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno [nota 1], 174; A. Büchler, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern. Zur Dialektik von Ich und Mein, [nota x], 335. Me queda planteada la pregunta si la acumulación no supone valorar de dos maneras distintas el mismo bien. Precisamente porque la vida no está en el comercio, tiene para el titular un valor estrictamente moral; desde el momento en que ese bien es invadido y se recogen los beneficios patrimoniales que provocó esa intrusión, puede entenderse que la acción ha sido tolerada y carecería de sentido reclamar además daño moral. La compatibilidad se muestra más clara si se atiende a que la acción de enriquecimiento tiene su fundamento en un derecho patrimonial que garantiza exclusividad, en el sentido de la propiedad, y que la especificidad del derecho protegido se muestra en que también tiene un ámbito de exclusividad estrictamente moral (a diferencia de lo que ocurre con los derechos de contenido atributivo puramente patrimonial).

⁶⁸ *Münchener Kommentar*, Tomo 2, 5ª edición, 2007, (H. Oetiker) § 252, 56.

⁶⁹ K. Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts. T. 1, Parte General, [nota x], 514; el derecho inglés es muy diferenciado en la materia: si ha habido intromisión de buena fe sólo se reconoce acción para obtener

20. *Efectos del dolo*. También en sede extracontractual cabe preguntarse por los efectos particulares del dolo. Las preguntas son si el dolo puede ser un supuesto independiente de obligaciones restitutorias y si puede ser concebido como agravante. La tendencia inequívoca del derecho es a contestar positivamente ambas cuestiones en virtud del principio general, que tiene efectos reflejos en materia de enriquecimiento sin causa, de que nadie puede aprovecharse de su propio ilícito.

Desde antiguo se reconocen en materia posesoria obligaciones restitutorias diferentes respecto del poseedor de buena y de mala fe (Código chileno, artículos 904 ss.). El conocimiento real o presunto del ilícito (esto es, la forma más leve de intencionalidad) tienen efecto agravante de las obligaciones restitutorias en las normas sobre prestaciones mutuas un efecto. En general, se puede hablar de una obligación restitutoria leve, que se basa en la presunción de buena fe y que alcanza idealmente una retribución sólo por el valor de goce de la cosa, y una responsabilidad agravada que tiene por antecedente la mala fe, que se materializa en el deber de desembolsar todos los beneficios que el deudor haya obtenido (o haya debido obtener) de la cosa.

La cuestión se plantea particularmente respecto de actos que producen efectos puramente patrimoniales o ilícitos negociales en que el dolo suele ser elemento constitutivo del ilícito y no un mero agravante (abuso de información privilegiada, interferencia en contrato ajeno, por ejemplo)⁷⁰. En estos casos, sin embargo, es difícil encontrar afectados derechos que tengan un contenido atributivo de goce exclusivo, porque estos ilícitos generalmente se relacionan con los supuestos competitivos y con los límites de la libertad de contratación. En la medida que no existe un ámbito garantido de exclusividad, como exige la acción de enriquecimiento por interrupción en derecho ajeno, es improbable que a las acciones indemnizatorias se agreguen otras que se dirijan contra el enriquecimiento injustificado.

Esta regla que excluye la acción de enriquecimiento en amplios ámbitos de negocios tiene su límite en formas calificadas de dolo. Es la tendencia de los dos sistemas jurídicos que he observado como criterio comparado en esta ponencia. En el derecho alemán no existe una regla en materia de enriquecimiento sin causa que ordene la restitución de lo obtenido por un delito civil; sin embargo, los civilistas apoyan que se modifique el § 251 BGB, en orden a que se otorgue acción dirigida contra el enriquecimiento obtenido mediante delitos voluntarios que tengan por fin el lucro⁷¹. En el derecho inglés, la conciencia del ilícito, que califica la conducta de

una equitativa retribución (que funcionalmente es *quasi ex contractu*) y sólo en caso de haberse actuado de mala fe se reconoce una acción de desembolso (*disgorgement*) de todos los beneficios (A. Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 302)

⁷⁰ E. Barros, Tratado de responsabilidad extracontractual, [nota x], 284, y §§ 65 ss.

⁷¹ Actas del 66° Encuentro de Juristas (2006), T. I, 94 (citado en *Münchener Kommentar*, Tomo 2, 5ª edición, 2007, [H. Detcker] § 249, 507); en ese sentido ya K. Larenz y C. W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*, T. II [nota x], 173.

clínica o deshonestas, da lugar a la restitución de todas las ganancias que se hayan obtenido, mientras que el enriquecimiento de buena fe da lugar a una obligación que está limitada a una deuda de valor⁷². Pareciera que la lógica estricta de las condiciones, que sólo en ciertas circunstancias da lugar a pretensiones reparatorias por enriquecimiento, con total independencia de la ilicitud de la conducta, cede en este caso extremo. La restitución tiene un carácter punitivo (porque no tiene por antecedente la relación entre el autor y la víctima del daño); sin embargo, tiene una base objetiva, pues su antecedente es el enriquecimiento del demandado y no tiene por antecedente una potestad puramente prudencial del juez.

⁷² *P. Birks*, An Introduction to the Law of Restitution, [nota x], 326; *A. Burrows*, Remedies for Torts and Breach of Contract, [nota x], 301; *P. Cane*, The Anatomy of Tort Law, [nota x], 114; *G. Virgo*, The Role of Fault in the Law of Restitution, en *A. Burrows y Lord R. of Eversley* editores, Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks, [nota x], 83 (96); la misma actitud adoptó el *American Law Institute* en el Restatement of the Law of Restitutions, al asumir que si el demandado cometió conscientemente el ilícito (*consciously tortious*) al adquirir el beneficio, será también privado de cualquier beneficio subsecuente que obtenga por su medio (Capítulo 8, Nota introductoria, citado por *J. Edelman*, Gain Damages and Compensation, [nota x], 147).