

LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACREEDOR

§ 1. Los efectos de las obligaciones en general

1. Introducción a los efectos de las obligaciones. Los efectos de las obligaciones son de gran aplicación práctica. Ello se debe a que cada vez que se produzca un incumplimiento de una obligación, contractual o de otra clase, estaremos frente a los efectos de las obligaciones.

2. Concepto de efectos de las obligaciones. Los efectos de las obligaciones son las consecuencias jurídicas que derivan del vínculo obligatorio, y se pueden analizar desde dos perspectivas.

La primera es desde la perspectiva del deudor, en cuyo caso los efectos de las obligaciones atienden a la necesidad en que se encuentra éste de cumplir la obligación. En este sentido se analiza el cumplimiento de la obligación, es decir, los modos de extinguir las obligaciones.

Sin embargo, desde una perspectiva más tradicional los efectos de las obligaciones atienden al acreedor, es decir, al incumplimiento de la obligación. En dicho caso, los efectos de las obligaciones son el conjunto de derechos que la ley confiere al acreedor para exigir el cumplimiento íntegro, efectivo y oportuno de la obligación.¹¹⁷

Desde otra perspectiva, los efectos del contrato son las obligaciones que éstos generan y los efectos de las obligaciones son los vínculos jurídicos que se producen entre acreedor y deudor y que derivan del incumplimiento o el cumplimiento de la

obligación. En este capítulo se estudiarán los efectos de las obligaciones sólo desde el punto de vista del acreedor.

3. Efectos de las obligaciones desde la perspectiva del acreedor. La máxima aspiración para el acreedor será que el deudor cumpla exactamente con lo que se obligó. Para obtener dicho objetivo, la ley le concede los siguientes derechos:

a) El acreedor tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación por naturaleza, en los mismos términos en que ha sido contraída. A esta facultad se la conoce como el *derecho principal del acreedor*. Este derecho se ejerce principalmente a través del denominado cumplimiento forzado de las obligaciones.

b) El acreedor tiene un derecho secundario y supletorio para exigir el cumplimiento de las obligaciones por equivalencia, para el caso que sea imposible cumplir por naturaleza. Dicho derecho se ejerce a través de la resolución del contrato más la indemnización de perjuicio compensatoria y moratoria. Este derecho del acreedor sólo procede por regla general, a falta de acuerdo, por incumplimiento de las obligaciones de un contrato bilateral. Ello se debe a que, en la generalidad de los casos, la resolución emana de la condición resolutoria tácita del artículo 1489 del C.C. A su vez, no se debe dejar de lado que sólo es posible demandar la indemnización de perjuicios como una consecuencia de la resolución.

c) El acreedor es titular de los llamados derechos auxiliares. Dichos derechos tienen por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación, resguardando el patrimonio del deudor.

¹¹⁷ LARRAÍN RÍOS, H., *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 206.

4. Derecho principal del acreedor o cumplimiento de la obligación por naturaleza. Para lograr el cumplimiento de la obligación por naturaleza el legislador otorga al acreedor los siguientes medios:

A. *El acreedor goza de la excepción de contrato no cumplido, o la denominada "exceptio non adimpleti contractus".*

1º. Algunos aspectos previos.

El Derecho romano no conoció la *exceptio non adimpleti contractus*, ésta es una excepción que se construiría por los canonistas sobre el principio de la autonomía privada. Sin embargo, como destaca PIZARRO, el Derecho romano tan sólo le otorgaba un derecho de retención al deudor a través de la excepción de dolo y de la compensación.¹¹⁸

En otras palabras, el Derecho romano sólo se refirió tangencialmente a esta excepción a raíz de la aplicación de las reglas generales del dolo. Precisamente los glosadores comienzan a utilizar esta expresión a raíz del derecho legal de retención que tiene el vendedor contra el comprador que no paga el precio.

Es evidente que esta excepción es una manifestación del principio de la fuerza obligatoria del contrato, por cuanto es precisamente la inejecución de la obligación correlativa la que permite la oposición de la excepción.

El fundamento de esta excepción no está en la teoría de la causa, como han sostenido algunos autores¹¹⁹ y alguna jurisprudencia de los tribunales (C.A. de Antofagasta, 4 de junio del 2001, const. 13º en LexisNexis), sino en la teoría de la voluntad o el consentimiento. Las obligaciones en el Derecho moderno no son independientes, sino que están interrelacionadas a través del contrato, a diferencia de lo que acontecía en el Dere-

cho romano. De este modo, las ineficacias que alcanzan al negocio jurídico en cuanto a las obligaciones pueden ser en cuanto a los elementos de la esencia particulares o a sus efectos. Dentro del primer supuesto puede ser que se estipule una compraventa sin precio o del segundo la condición resolutoria tácita o la *exceptio non adimpleti contractus*.¹²⁰ Los efectos de esta excepción no son otros que suspender la resolución del contrato y este efecto, aunque en principio es sólo temporal, puede transformarse en permanente.¹²¹

2º. Análisis de cómo opera la excepción del contrato no cumplido.

En virtud de esta excepción, ninguna de las partes está en la necesidad de cumplir su obligación, mientras la otra parte no haya cumplido la suya o no esté llana a cumplir en el lugar y tiempo debido.¹²²

En el Código Civil esta excepción no se establece en términos explícitos, sino que se desprende de los artículos 1489, 1552, 1556 y 1826 del C.C. Por ejemplo, "A" demanda una indemnización de perjuicios contra

¹²⁰ Esta solución no es aplicable a los contratos solemnes. PIZARRO WILSON, C., "La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno", VARAS BRAUN y TURNER SAEZLER (coordinadores), en *Estudio de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005, pp. 323 y 333. En este punto PIZARRO sigue al autor colombiano MANTILLA.

¹²¹ PIZARRO WILSON, C., "La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno", VARAS BRAUN y TURNER SAEZLER (coordinadores), en *Estudio de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005, pp. 340 y 341. El referido autor destaca un efecto de garantía de la *exceptio non adimpleti contractus* que estaría dado por la defensa del patrimonio del deudor, lo que naturalmente favorece a los acreedores. El efecto inverso se produce respecto de los acreedores del acreedor que solicita la resolución de la obligación.

¹²² Esta excepción opera también con relación a la acción resolutoria. En este sentido, el acreedor no podrá pedir la resolución de un contrato bilateral respecto del que no haya cumplido o esté llano a cumplir su obligación correlativa. PEÑAILILLO se refiere a este efecto, que se desprende del artículo 1552 del C.C., como inhibidor. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 414.

¹¹⁸ PIZARRO WILSON, C., "La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno", VARAS BRAUN y TURNER SAEZLER (coordinadores), en *Estudio de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005, p. 319.

¹¹⁹ PIZARRO WILSON, C., "La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno", VARAS BRAUN y TURNER SAEZLER (coordinadores), en *Estudio de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005, p. 322.

“B”, que no cumplió su obligación de pagar el precio, en un contrato de compraventa, pero “B” se exceptiona señalando que está dispuesto a pagar a “A”, pero sólo en la medida que él cumpla su obligación de entregar el automóvil que vendió.

Esta excepción además sirve de fundamento para el derecho legal de retención, que se otorga al acreedor, para compeler al deudor a cumplir con su obligación.

Algunos autores han sostenido que esta excepción puede alegarse extrajudicialmente, frente a lo cual sólo le restará al acreedor cumplir con su obligación correlativa para los efectos de poder exigir el cumplimiento forzado.¹²³ Esta conclusión no deja de ser una paradoja, ya que el acreedor, para exigir una insegura resolución, deberá cumplir con una obligación que se sabe que no será correspondida con el cumplimiento correlativo del deudor. Esta solución atenta contra el principio de la fuerza obligatoria del contrato y frente a ella cabe preguntarse si el acreedor tiene un derecho de retención sobre su propia prestación. En este sentido, la solución planteada a raíz de la compraventa en el artículo 1826.4º del C.C. debe generalizarse al derecho de las obligaciones.

3º. Ámbito de aplicación de la excepción del contrato no cumplido.

En nuestra doctrina hay un cierto acuerdo que por aplicación del principio de la fuerza obligatoria del contrato esta excepción no se puede oponer al cumplimiento forzado de la obligación; sin embargo, se discute si ella se puede oponer a la resolución. Así, para una parte importante de la doctrina esta excepción sólo opera respecto de la indemnización de perjuicios.¹²⁴

¹²³ Incluso se afirma que se produciría una suerte de resciliación tácita. PIZARRO WILSON, C., “La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno”, VARAS BRAUN y TURNER SAEZLER (coordinadores), en *Estudio de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005, p. 324.

¹²⁴ Para parte de la doctrina la mora, en virtud de los artículos 1552 y 1823.3º del C.C., es sólo un requisito de la indemnización de perjuicios y no es una condición de la resolución ni de la ejecución

B. *El acreedor goza de la acción de cumplimiento forzado de la obligación. En caso de que el deudor no se allane a cumplir su obligación buenamente, entonces el acreedor tiene derecho a exigir compulsivamente el cumplimiento.*

La ejecución forzada no siempre es posible, ya que la naturaleza de la obligación puede ser un obstáculo insalvable para el cumplimiento en naturaleza. Así sucede con las obligaciones de hacer que suponen una especial aptitud del deudor. Ello es evidente desde que la ejecución forzada no se hace efectiva en la persona del deudor, sino en su patrimonio. Por ello, en las obligaciones de hacer una obra material, el acreedor podrá pedir que se apremie al deudor para el cumplimiento con multas y arrestos (artículos 542 y 543 del C.P.C.). La responsabilidad patrimonial del deudor está establecida en el Código Civil en los artículos 2465 y 2469. Conforme con la primera de las normas citadas, toda obligación personal da derecho para perseguir los bienes muebles o inmuebles presentes o futuros del deudor con la sola excepción de los bienes no embargables. El segundo artículo consagra el derecho del acreedor de llegar, si fuera necesario, hasta a rematar los bienes del deudor, si éste no cumple con su obligación (artículo 2465 del C.C.). Dicha norma consagra el denominado derecho de garantía general del acreedor.

La acción de cumplimiento se puede entablar en un juicio ejecutivo, cuando el acreedor tenga un título de aquellos que enumera el artículo 434 del C.P.C. (título ejecutivo).

La ejecución forzada de los derechos del acreedor.

La ejecución forzada se estudiará en el juicio ejecutivo en el Derecho procesal. La ejecución forzada, en consecuencia, se rige por las reglas que regulan el juicio ejecutivo para las obligaciones de dar, hacer

forzada. PIZARRO WILSON, C., “La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno”, VARAS BRAUN y TURNER SAEZLER (coordinadores), en *Estudio de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005, p. 331. *Vid. infra* N°s 19 y 31, § 2, capítulo II, sección 1ª, tomo III.

y no hacer. Por ello, para referirse a esta materia se debe distinguir la naturaleza de la obligación sobre la que se pretende el cumplimiento forzado.

5. Requisitos para exigir el cumplimiento forzado de la obligación.

a) El título sea ejecutivo, es decir, que sea de aquellos que acreditan la obligación de un modo fehaciente. En caso de que el acreedor no posea un título ejecutivo deberá demandar en forma ordinaria. La sentencia ejecutoriada que obtenga en dicho juicio el acreedor, le servirá como título ejecutivo. También el acreedor podrá obtener un título ejecutivo a través de una gestión preparatoria de la vía ejecutiva.

b) La deuda sea líquida, o sea, la deuda debe ser determinada o determinable.

c) La obligación debe ser actualmente exigible, es decir, no debe estar sujeta a plazo o condición pendiente para su pago.

d) La obligación no debe estar prescrita (artículo 2515 del C.C.). El tiempo para prescribir es en general de tres años para la acción ejecutiva y de cinco años para la ordinaria.

Por último, la ejecución forzada puede perseguirse por el procedimiento ejecutivo ordinario, procedimientos ejecutivos especiales o el cumplimiento incidental de la sentencia ante el mismo juzgado que la dictó.

En la ejecución forzada de las obligaciones se debe distinguir si éstas son de dar, hacer o no hacer como se verá a continuación.¹²⁵

6. Ejecución forzada en las obligaciones de dar. El juicio ejecutivo para las obligaciones de dar está regulado en el Título I del Libro III del Código de Procedimiento Civil. Después de presentada la demanda ejecutiva, el juez deberá examinar si el Tí-

tulo reúne los requisitos precedentemente expuestos. De ser así, proveerá la demanda en el cuaderno ejecutivo y despachará mandamiento de ejecución y embargo en el cuaderno de apremio, con orden de requerir al deudor y embargarle bienes suficientes. El ejecutado podrá defenderse en el cuaderno ejecutivo oponiendo excepciones. Una vez rechazadas las excepciones se dictará sentencia de pago o de remate. A su vez, si el deudor ejecutado no opone excepciones hará las veces de sentencia el mandamiento de ejecución y embargo.

7. Ejecución forzada en las obligaciones de hacer. En las obligaciones de hacer el acreedor, conforme a lo señalado en el artículo 1553 del C.C., puede pedir a elección suya cualquiera de estas tres cosas:

a) Se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido.

b) Se autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

c) El deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

El acreedor podrá solicitar que se apremie con arresto al deudor hasta por quince días y se le condene a una multa proporcional. Estas medidas podrán repetirse hasta el cumplimiento de la obligación. A su vez, el acreedor no podrá solicitar la segunda de las acciones planteadas, cuando la obligación suponga alguna aptitud especial del deudor, conforme al artículo 543 del C.P.C. En el último de estos casos, el acreedor no podrá demandar ejecutivamente debido a que la demanda no es líquida.

Por último, se debe destacar que el procedimiento ejecutivo es diferente según si el hecho debido es la suscripción de un contrato o un documento, la constitución de una obligación o si se trata de la ejecución de una obra material.

En el primer supuesto se aplican las reglas del juicio ejecutivo sobre suscripción de un instrumento o constitución de una obligación de los artículos 531 y 532 del C.P.C.

En cambio, el segundo se rige por las reglas del juicio ejecutivo sobre la realización

¹²⁵ RAMOS PAZOS, además, señala que se debe distinguir si la obligación es de pagar una suma de dinero. En dicho caso, se deberá demandar una suma de dinero que se hará efectiva sobre el dinero del deudor o sobre sus otros bienes para ser ejecutados y transformados en dinero. RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 233.

de una obra material de los artículos 533, 534 y 536 del C.P.C.

8. Ejecución forzada en las obligaciones de no hacer. El artículo 1555 del C.C. reglamenta la ejecución en la obligación de no hacer. En dicha obligación la ejecución se traduce, por regla general, en la indemnización de perjuicios, pero también puede solicitarse la destrucción del hecho que contraviene dicha obligación. Sin embargo, este derecho es excepcional en las obligaciones de no hacer, por cuanto para que opere deben concurrir los siguientes requisitos:

a) La destrucción debe ser posible.
b) La destrucción debe ser necesaria, es decir, debe cumplir con el objeto que se tuvo en mira al tiempo de la celebración del contrato. Así, en caso que dicho objeto pueda obtenerse cumplidamente por otros medios, el deudor que se allane a prestarlo será oído.

c) Por último, si se cumple con todos estos requisitos el acreedor será autorizado por el juez para proceder a la destrucción de lo hecho o se le autorizará para que lo lleve a efecto a expensas del deudor.

9. El derecho secundario del acreedor: resolución del contrato, más indemnización de perjuicios compensatoria y moratoria (cumplimiento de las obligaciones por equivalencia). Este derecho es una consecuencia de la resolución. Nuestra doctrina y jurisprudencia están de acuerdo que solamente una vez demandada la resolución del contrato es posible solicitar la indemnización de perjuicios compensatoria. De esta forma, aunque la resolución y la indemnización de perjuicios se soliciten conjuntamente, no se puede dejar de lado que la indemnización de perjuicios compensatoria es una consecuencia de la resolución. Sin resolución no puede haber indemnización de perjuicios compensatoria.

§ 2. La indemnización de perjuicios

10. Concepto de indemnización de perjuicios. La indemnización de perjuicios es la cantidad de dinero que debe pagar el

deudor al acreedor y que equivale o representa lo que a éste le habría reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación.

En otras legislaciones, como por ejemplo en el *BGB*, la indemnización de perjuicios no necesariamente se traduce en una cantidad de dinero. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina en nuestro país ello no es posible debido a que la indemnización de perjuicios busca el cumplimiento de la obligación por equivalencia y el pago de dinero es la forma que más se asemeja al cumplimiento de la obligación por naturaleza.

Sin perjuicio de lo anterior, para parte de la doctrina también son formas de indemnización las siguientes:

a) La nulidad del acto o contrato es entendida para parte de la doctrina como una forma de indemnización.

b) La publicación de una sentencia condenatoria a que tiene derecho la víctima del delito de injuria a expensas del injuriante.

c) La cláusula penal, que es una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, que acarrea el incumplimiento de la obligación, puede no consistir en una suma de dinero.

11. Fuentes de la obligación de indemnizar:

a) La responsabilidad contractual, que se traduce en la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, parcial o total, o por el cumplimiento tardío por parte del deudor de las obligaciones derivadas de los contratos.

b) La responsabilidad extracontractual o delictual, que consiste en los perjuicios que debe indemnizar una persona a otra por el hecho de haber cometido un delito o cuasidelito civil.

La importancia de esta distinción radica en que las reglas aplicables a la indemnización de perjuicios en la responsabilidad contractual difieren de las reglas que la regulan en la responsabilidad extracontractual.

12. Naturaleza jurídica de la obligación de indemnización de perjuicios. Para la

doctrina clásica o tradicional del Derecho civil la indemnización de perjuicios es la misma obligación que dejó de cumplirse y que ante el incumplimiento varía de objeto. Sin embargo, este cambio de objeto no constituye novación, pues ésta supondría la extinción de la obligación anterior y su reemplazo por la indemnización de perjuicios. El fundamento de la modificación del objeto debido es la imposibilidad de cumplir la obligación en naturaleza, que obliga al cumplimiento en equivalencia. En virtud de dicha imposibilidad, operaría una verdadera subrogación real por la cual el cumplimiento por naturaleza de la obligación pasaría a ser sustituido legalmente por un cumplimiento en equivalencia. En cambio, para otros autores la obligación de indemnizar es una nueva obligación que nace del hecho ilícito del incumplimiento.

13. Clases de indemnización de perjuicios. La indemnización puede ser, como se verá a continuación, compensatoria o moratoria.

14. La indemnización de perjuicios compensatoria. La indemnización compensatoria, dada su naturaleza, viene a reemplazar el cumplimiento de la obligación. Así, conforme al artículo 1672.1º del C.C., *“si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto. El deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor”*.

En consecuencia, la indemnización compensatoria es la suma de dinero que debe el deudor al acreedor y que equivale a lo que habría obtenido el segundo en el cumplimiento efectivo e íntegro de la obligación. Por ejemplo, se debe un automóvil para el 1 de octubre próximo y el deudor lo destruye culpablemente; el precio de éste será la indemnización compensatoria.

A. La acción resolutoria en la obligación de dar. La doctrina no está de acuerdo si el acreedor puede demandar a su arbitrio la ejecución forzada o la resolución con la indemnización de perjuicios en las obligaciones de dar.

1. Posición en virtud de la cual el acreedor no tiene derecho a opción entre la ejecución forzada y la resolución en las obligaciones de dar.

Para la mayoría de la doctrina el acreedor no puede intentar la resolución sin intentar previamente el cumplimiento forzado de la obligación. Ello se debe a que el acreedor tiene derecho al cumplimiento en naturaleza y el cumplimiento en equivalencia es excepcional. Además, de aceptarse la posición contraria el incumplimiento transforma a la obligación contractual en alternativa, desde que el acreedor opta libremente entre el cumplimiento forzado o la resolución.

Para los autores que suscriben esta posición, en las obligaciones de dar el acreedor no puede optar entre el cumplimiento forzado o la resolución, en virtud de los siguientes argumentos:

a) Las obligaciones alternativas son una excepción, conforme a lo señalado en la clasificación de las obligaciones, por lo que requiere de norma expresa. Y como respecto de las obligaciones de dar el legislador no contempló tal posibilidad, ello no es posible.

b) Excepcionalmente, frente al incumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor puede optar por la resolución en lugar del cumplimiento forzoso, en virtud de lo señalado en el artículo 1553 del C.C. La norma precedente consagra el derecho del acreedor a elegir entre el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, pero sólo en las obligaciones de hacer. Asimismo, el artículo 1537 del C.C. permite este derecho a optar por la resolución excepcionalmente en las obligaciones de dar, en la cláusula penal. De este modo, en los casos en que el legislador ha otorgado este derecho a opción lo ha hecho en forma expresa.¹²⁶

c) Por último, conforme al artículo 1672.1º del C.C., el que el acreedor deba demandar *el precio* en caso de destruirse la cosa por culpa del deudor demostraría que

¹²⁶ ALESSANDRI R. y SOMARRIVA U. (VODANOVIC H. redacta y pone al día), *Curso de Derecho Civil*, tomo III: *De las obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1941, pp. 179 a 180.

siempre lo que debe pedirse es el cumplimiento forzado.¹²⁷⁻¹²⁸

La adopción de esta posición lleva aparejada, entre otras, las siguientes consecuencias:

i) De cederse un derecho personal, como la entrega de la cosa en una compraventa, la cesión no comprendería la acción resolutoria. Ello es de toda lógica, ya que el derecho del acreedor, conforme a la posición precedente, es al cumplimiento forzado y no a la resolución. Sin embargo, como destaca PEÑAILILLO, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas en este punto.¹²⁹ Por ello, para evitar contratiempos convendrá que en la cesión de crédito se pacte la cesión de la acción resolutoria de forma expresa.

ii) Para algunos autores uno de los fundamentos para que no se pueda exigir la

resolución de un contrato bilateral, en que consta la obligación en un título ejecutivo a través de un juicio ejecutivo, consiste precisamente en que el acreedor sólo puede solicitar en principio el cumplimiento forzado.

A favor de esta posición estaba la mayoría de la doctrina de hace más de diez años, como LARRAÍN RÍOS, MEZA BARROS, RAMOS PAZOS y FUEYO LANERI.¹³⁰

2. *Posición en virtud de la cual el acreedor tiene derecho a opción entre la ejecución forzada y la resolución en las obligaciones de dar.*

Sin perjuicio de la posición precedente, hace ya tiempo una parte importante de la doctrina ha rebatido esta tesis. Es más, SOMARRIVA U. ya lo hacía inclinándose por la posición contraria. Así, a favor de esta última posición se pueden señalar los siguientes argumentos:

a) El argumento en torno al artículo 1553 del C.C., es fácilmente rebatible, por cuanto dicha disposición no haría más que consagrar una regla general.

b) Nuestro Derecho, respecto del incumplimiento de una obligación de no hacer, sigue la regla inversa a la señalada como general en las obligaciones de dar. Así, conforme al artículo 1555 del C.C. la regla general es la indemnización de perjuicios, siendo excepcional el cumplimiento forzado que se traduce en la destrucción de la cosa. Por ello, no es posible señalar que, en nuestro Derecho, el cumplimiento

¹²⁷ MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 256.

¹²⁸ En torno al cumplimiento forzado es especialmente esclarecedora la opinión de LARROUMET, que a pesar de ser un autor moderno expresa con gran claridad la posición de la doctrina que niega la elección alternativa entre cumplimiento forzado y resolución. Así, para el referido autor “*la noción de cumplimiento por equivalencia no incluye, en el momento de la celebración del contrato, la posibilidad para el acreedor de escoger entre el cumplimiento forzado de la obligación misma prevista en el contrato y el cumplimiento por equivalencia. Este último sólo procede en el caso de incumplimiento, lo que no depende de la voluntad del acreedor sino del comportamiento del deudor, pues éste no ha cumplido normalmente la obligación misma. No se puede tratar de una obligación alternativa a elección del deudor (...), ya que el acreedor no ha consentido ninguna elección a favor del deudor entre las dos maneras de cumplir*”. LARROUMET, Ch. “A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente”, en Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado, tomo I: *Temas de responsabilidad civil*, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2004, p. 23.

¹²⁹ El adoptar una u otra posición es relevante. Así, al cesionario, en el ejemplo, de no entregarse la cosa por parte del vendedor, sólo le quedará el cumplimiento forzado y no podrá demandar la resolución del contrato. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 438.

¹³⁰ Por otra parte, pareciera ser que ALESSANDRI está contra la tesis general, a pesar de que en la obra conjunta con SOMARRIVA adhiere a la tesis tradicional. Sin embargo, el referido autor en otros textos aboga por la segunda posición. Ello presumiblemente se debe a que las obras conjuntas con SOMARRIVA no contienen su opinión sobre este punto. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, N° 818, pp. 671 y 672. LARRAÍN RÍOS, H., *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, pp. 83 y 84. MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, pp. 255 y 256. RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 239. FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 339.

por naturaleza es la regla general y el por equivalencia es el supletorio.

c) La regla del artículo 1489 del C.C. es general y se aplica a toda clase de obligaciones. De esta opinión es PEÑAILILLO al señalar que el artículo 1489 del C.C. tiene alcances generales y otorga el derecho a opción en las obligaciones de dar.¹³¹

d) La constitución en mora, que opera cuando se produce el incumplimiento, está íntimamente ligada a la indemnización de perjuicios compensatoria. De esta forma, no se concibe que al acreedor, que ha constituido en mora al deudor, le esté vedada dicha indemnización.

e) El artículo 1537 del C.C. permite el derecho a opción entre el cumplimiento forzado y la cláusula penal. Pero si se excluye el derecho a opción, en las obligaciones de dar respecto de la indemnización de perjuicios, igual distinción debió efectuarse en la cláusula penal. Así, en definitiva, es difícil concebir que se aplique un criterio en torno a los derechos del acreedor en la indemnización de perjuicios y otro tan radicalmente opuesto en la cláusula penal.¹³²

f) No cabe distinguir en torno al cumplimiento de las obligaciones de dar y hacer. Sin embargo, sí se debe distinguir entre el cumplimiento de estas obligaciones y las de

no hacer. El exigir más requisitos para el cumplimiento forzado respecto de las obligaciones de no hacer tiene la lógica de evitar la destrucción de lo ya creado. Pero el tratar de una forma diferente al acreedor de una obligación de dar con relación al de una obligación de hacer no tiene mayor fundamento. Tal vez a la época de promulgación del Código Civil, como la sociedad chilena era netamente agraria se justificaba un tratamiento diferente de las obligaciones de dar, que eran la regla general. Sin embargo, en la actualidad dicha distinción no tiene asidero y es difícil de justificar conforme al principio de igualdad ante la ley.

15. Inacumulabilidad de la indemnización de perjuicios compensatoria y el cumplimiento forzado. Por regla general, el acreedor no puede exigir conjuntamente la obligación principal y la indemnización de perjuicios compensatoria. Lo contrario vendría a suponer un doble pago y un enriquecimiento injusto. Si el acreedor opta por exigir el cumplimiento forzado de la obligación, no podrá demandar a la vez la indemnización de perjuicios compensatoria.

Una excepción a este principio se presenta en la cláusula penal. En ella el acreedor puede pedir en ciertos casos la obligación principal y la pena. La doctrina justifica esta posibilidad en el carácter de caución de la cláusula penal, aunque más bien debe justificarse en su carácter sancionador.

16. Casos en que procede la indemnización de perjuicios compensatoria:

a) Incumplimiento total y definitivo de la obligación.

La obligación no se cumple en manera alguna y en consecuencia la indemnización compensatoria abarca el valor íntegro de la obligación.

b) Incumplimiento parcial.

La obligación se cumple imperfectamente, como si, por ejemplo, la cosa debida es entregada con deterioros, la indemnización compensatoria representa el valor de dichos desperfectos.

17. Indemnización de perjuicios moratoria. La indemnización moratoria es la cantidad

¹³¹ Por otra parte, la mayoría de los autores señalan que esta disposición sólo se aplica a las obligaciones de dar, lo que hace aun más fuerte este argumento. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 429. La opinión de MEZA BARROS era totalmente contraria a la anterior. Así, para MEZA BARROS “todavía el artículo 1489 faculta al acreedor para pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios y pone en claro que no le es posible demandar directamente el rescatamiento”. MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 256.

¹³² ALESSANDRI R. y SOMARRIVA U. (VODANOVIC H. redacta y pone al día), *Curso de Derecho Civil*, tomo III: *De las obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1941, p. 180. Los argumentos precedentes corresponden a lo señalado por los referidos autores, salvo la opinión de ALESSANDRI que parecería ser la contraria. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, N° 818, pp. 671 y 672.

de dinero que se mira como equivalente a la ventaja o beneficio que habría reportado al acreedor el cumplimiento oportuno de la obligación. Por ello, no hay inconveniente alguno en solicitar el cumplimiento forzado o la resolución y la indemnización moratoria (artículo 1553 del C.C.).

18. Características de la acción de indemnización de perjuicios. La indemnización de perjuicios en materia contractual presenta las siguientes características:

a) Competencia y procedimiento.

La indemnización de perjuicios contractual es siempre competencia de un juzgado civil. En cambio, son competentes para conocer de la indemnización de perjuicios extracontractual los juzgados civiles y los del crimen, si el hecho que sirve de base a la indemnización de perjuicios extracontractual proviene de un delito o cuasidelito penal (artículos 60, 61, 66 y 261.1º, letra d) del C.P.P.).¹³³

A su vez, conforme al artículo 173 del C.P.P., la especie y el monto de los perjuicios pueden ser fijados en el mismo juicio en que se establezca la obligación de indemnizarlos. Sin embargo, puede también reservarse su discusión para la ejecución del fallo o en un juicio diverso, siempre que a lo menos estén acreditadas las bases que deben servir para su liquidación. Esta disposición, conforme a la jurisprudencia reiterada de los tribunales, no se aplica respecto a la indemnización de perjuicios contractual.

b) Prescripción de la acción.

La prescripción de la acción de indemnización de perjuicios no está regulada directamente por la ley, por lo que se rige por la disposición general del artículo 2515 del C.C. Por regla general, la acción será ordinaria y prescribirá en cinco años; esto se debe a que habrá que probar el incumplimiento, el cual sólo se puede acreditar en juicio ordinario.

Sin embargo, por excepción la acción de indemnización de perjuicios moratoria será ejecutiva en las obligaciones de dinero, cuando el acreedor se limite a cobrar inte-

reses y el título sea ejecutivo. En tal caso, durará tres años como ejecutiva y subsistirá dos más como ordinaria.

19. Requisitos de la indemnización de perjuicios. Los requisitos de la indemnización de perjuicios en materia contractual son los siguientes:

a) Incumplimiento de la obligación.

b) El incumplimiento debe ser imputable al deudor, o sea, se debe producir por un hecho que acarrea su culpabilidad a título de dolo o culpa. Además, para que sea posible imputar responsabilidad al deudor no debe operar una causal que exima al deudor de la indemnización de perjuicios.

c) El deudor debe estar constituido en mora.

d) Debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios.

e) Se requiere que el incumplimiento acarree perjuicios. Ello es evidente desde que toda acción de perjuicios supone la existencia de éstos, ya que no puede repararse lo que no existe.

A continuación se analizarán algunos requisitos de la indemnización de perjuicios.

20. El incumplimiento de la obligación.

A. Introducción. El incumplimiento de una obligación, conforme a las reglas generales de la prueba, debe ser acreditada por el acreedor (artículo 1698.1º del C.C.). Uno de los temas fundamentales a analizar en torno al incumplimiento es qué incumplimiento da lugar a la resolución y a la indemnización de perjuicios. En este sentido parece que sería excesivo hacer que cualquier incumplimiento pueda dar lugar a la indemnización de perjuicios.

B. Análisis del incumplimiento parcial. Tradicionalmente, para nuestra doctrina y jurisprudencia la aplicación de cualquier incumplimiento contractual da lugar al derecho de resolución.¹³⁴

¹³³ Vid. *infra* N° 109, § 11, capítulo III, sección 1ª, tomo III.

¹³⁴ AGUAD D., y PIZARRO W., Carlos, "Obligaciones y responsabilidad civil", Comentarios de jurisprudencia, en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, edición N° 4, 2005, p. 187.

Esta tesis se sustenta en la interpretación hermenéutica de los artículos 1489 y 1552 del C.C. Sin embargo, hace algún tiempo la doctrina y alguna jurisprudencia vienen advirtiendo que estas normas deben aplicarse de forma integrada y deben interpretarse conforme al principio de la buena fe. Así las cosas, el principio de la buena fe impide la resolución del contrato frente a incumplimientos menores.

En la indemnización de perjuicios, conforme a la posición precedente, no cualquier incumplimiento parcial da lugar a la resolución, sino que el incumplimiento debe considerarse como grave. Y dicha gravedad debe evaluarse conforme al principio de la buena fe objetiva. Para nuestra jurisprudencia, la determinación de la gravedad está dada por lo que se ha denominado un “incumplimiento considerable”. A este respecto, cabe señalar que la accesoriedad de una obligación –con relación a la obligación principal sobre la que se demanda de resolución– no es un criterio suficiente para determinar el incumplimiento como “no considerable”. En este sentido cabe recordar que el propio Código Civil considera que en los casos que se extingue una obligación accesorial –sin culpa del deudor, como sucede en la fianza o incluso por caso fortuito, como acontece en la hipoteca– puede caducar legalmente el plazo al que estaba sujeta la obligación principal.¹³⁵

El incumplimiento parcial para que sea principal para la C.S., y de esta forma pueda dar lugar a la excepción del contrato no cumplido, debe ser de tal magnitud que “incida en una obligación que tenga una real trascendencia en el contrato”.¹³⁶ Por otra parte, esta excepción es perentoria,

¹³⁵ En contra de esta posición un fallo de la C.S., de fecha 31 de marzo del 2003, distingue para estos efectos entre obligaciones principales y accesorias, precisamente para estos efectos.

¹³⁶ Esta sentencia ha sido analizada por AGUAD y PIZARRO. AGUAD D. y PIZARRO W., Carlos, “Obligaciones y responsabilidad civil”, Comentarios de jurisprudencia, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fuyo Laneri*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, edición N° 4, 2005, p. 187.

es decir, debe oponerse en el escrito de contestación a la demanda.¹³⁷

C. *Discusión en torno a si los incumplimientos recíprocos de las obligaciones, que emanan de un contrato bilateral, pueden dar lugar a la resolución sin indemnización de perjuicios.* En nuestro ordenamiento jurídico se ha planteado la siguiente discusión frente al incumplimiento recíproco: sería posible frente a este incumplimiento solicitar la resolución, desechándose la indemnización de perjuicios.¹³⁸ Para AGUAD y PIZARRO de la sentencia de la C.S., de fecha 4 de diciembre del 2003, es posible inclinarse a favor de esta posibilidad.¹³⁹

Conforme a estos autores, es posible diferenciar la resolución de la indemnización de perjuicios de las propias normas del Código Civil. Su razonamiento para sostener la posición precedente es el siguiente: la mora es un elemento de la indemnización de perjuicios, de acuerdo a los artículos 1557 y 1538 del C.C., pero no es una condición para solicitar el cumplimiento forzado. Ello sería de esta forma en consideración a lo preceptuado por el artículo 1537 del C.C. Conforme a esta disposición, antes de

¹³⁷ Por otra parte, frente al incumplimiento parcial de la obligación del acreedor que solicita una indemnización de perjuicios, no procede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, sino más bien la *exceptio non rite adimpleti contractus*.

¹³⁸ En torno a este punto la doctrina y la jurisprudencia están divididas. PIZARRO, en principio, se inclina por rechazar la resolución por incumplimiento recíproco por el tenor del artículo 1552 del C.C.; sin embargo, dados los problemas prácticos que dicha solución plantea termina por admitir dicha posibilidad. PIZARRO WILSON, C., “La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno”, VARAS BRAUN y TURNER SAEZLER (Coordinadores) en *Estudio de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005*, pp. 322 y 333. El argumento decisivo para PIZARRO es que ante la imposibilidad de la resolución puede ser que una de las obligaciones prescriba, lo que llevaría al absurdo de admitirse la indemnización de perjuicios respecto de una obligación en circunstancias que la obligación correlativa ha prescrito.

¹³⁹ AGUAD D. y PIZARRO W., Carlos, “Obligaciones y responsabilidad civil”, Comentarios de jurisprudencia, en *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fuyo Laneri*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, edición N° 4, 2005, p. 189.

la constitución en mora el acreedor sólo podría demandar la obligación principal. Siguiendo con su razonamiento, AGUAD y PIZARRO señalan que si el acreedor, además, después de la constitución en mora puede demandar el cumplimiento forzado o la resolución, se debe concluir que la mora no es un requisito de la acción resolutoria. En definitiva, la excepción del contrato no cumplido no enerva la acción resolutoria, por lo que puede haber resolución, pero no la indemnización de perjuicios.¹⁴⁰

21. La imputabilidad en la indemnización de perjuicios.

Para que proceda la indemnización de perjuicios es necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es imputable al deudor cuando el incumplimiento es el resultado de su culpa, de su dolo o simplemente de un hecho suyo. Por regla general, el incumplimiento de la obligación puede producirse por caso fortuito, por culpa o negligencia y por dolo; sólo en los dos últimos casos el incumplimiento es imputable al deudor.

22. Imputabilidad por dolo. El dolo está definido en el artículo 44.5° del C.C. como “*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”. Esta definición, aunque está en el título preliminar del Código Civil y en consecuencia es de aplicación general, más bien corresponde al dolo como elemento integrante del delito civil.

El incumplimiento doloso hace al deudor responsable, en materia contractual, de los perjuicios directos previstos e imprevistos. Pero, como se estudió en el acto jurídico, el dolo tiene una aplicación amplia en el Derecho Civil extendiéndose a los contratos, Derecho de Familia, posesión, Derecho Sucesorio, etc.

Por señalar sólo algunos casos, el dolo se aplica en el campo de la responsabilidad civil, en las siguientes materias:

a) Como un elemento de la acción pauliana. El dolo en materia contractual también es un elemento integrante de la acción pauliana. Esta acción exige mala fe del deudor, pero además de ser el acto o contrato oneroso se exige que el acreedor pruebe la mala fe del tercero adquirente.

b) Como un elemento del delito civil, conjuntamente con la ilicitud del hecho y los perjuicios.

A. Definición de dolo. El dolo en el incumplimiento de las obligaciones es toda maquinación fraudulenta destinada a eludir el cumplimiento.

B. Características del dolo:

a) El dolo agrava la responsabilidad del deudor.

Los perjuicios se clasifican en directos e indirectos y aquéllos en previstos e imprevistos. El deudor en virtud del dolo responderá de los perjuicios directos previstos e imprevistos y por culpa sólo de los perjuicios directos previstos (artículo 1558.1° del C.C.).

b) El dolo no se presume.

El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos en la ley, en los demás debe probarse (artículo 1459 del C.C.). En esta materia rige una norma absolutamente inversa a la que regula la culpa contractual, ya que el incumplimiento de las obligaciones contractuales se presume culpable. En cambio en la extracontractual la culpa no se presume, ya que no existe vínculo previo entre víctima y victimario.

c) La culpa grave y el dolo se equiparan.

Esta es una característica especial del dolo en la responsabilidad contractual, que será analizada a continuación.

C. La equiparación entre el dolo y la culpa grave es sólo en cuanto a sus efectos jurídicos. El artículo 44.1° del C.C., parte final, señala que la culpa grave se equipara al dolo en materia civil. Reiteran esta equiparación de la culpa grave al dolo una serie de disposiciones, como las siguientes:

a) El artículo 257 del C.C. equipara la culpa grave o negligencia habitual al dolo, como causales de pérdida de la administración de los bienes del hijo por parte del padre o la madre, o a ambos.

¹⁴⁰ AGUAD D. y PIZARRO W., Carlos, “Obligaciones y responsabilidad civil”, Comentarios de jurisprudencia, en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, edición N° 4, 2005, pp. 189 y 190.

b) En igual sentido, el artículo 423 del C.C. equipara la culpa grave al dolo para los efectos de la cuenta que debe rendir el tutor o curador en la administración de los bienes del pupilo.¹⁴¹

c) El albacea, conforme al artículo 1300 del C.C., será removido por culpa grave o dolo a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna, y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución.

d) El deudor, de destruirse la cosa debida durante la mora del acreedor, sólo responde por su dolo o culpa grave (artículo 1680 del C.C.).¹⁴²

e) En materia de sociedad conyugal cada cónyuge deberá, asimismo, recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito o cuasidelito (artículo 1748 del C.C.).¹⁴³

Se ha discutido en torno a los alcances de la asimilación de la culpa grave al dolo. CLARO S. y la mayoría de la doctrina rechazaron la asimilación de la culpa grave al dolo en lo que se refiere a la prueba. Ello

se debe a que assimilar en todo aspecto la culpa al dolo hace estéril el definir separadamente estas figuras.¹⁴⁴ De esta forma, la asimilación no exige que se pruebe el dolo, sino la culpa grave del deudor. En este sentido, no basta la presunción de culpa para que opere la referida asimilación. Así, el acreedor debe probar que el deudor incumplió con culpa grave y una vez que pruebe ello, el incumplimiento de negligencia grave llevará aparejadas las consecuencias del dolo. A su vez, de no probarse la culpa grave entonces se producirán los efectos propios de la culpa.

Sin embargo, en algunas materias debe desecharse la asimilación de la culpa grave al dolo porque en realidad lo que se presume es la culpa. Así sucede en el juego y apuesta, en que predomina la inteligencia, en que sólo puede exigirse la repetición de lo dado o pagado por dolo (artículo 2260.3º del C.C.). Tampoco parece razonable equiparar dichas figuras en materia de prueba para los efectos del artículo 2459.2º del C.C. Esta norma establece que en el contrato de transacción el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no sería causa de rescisión, sino en cuanto hubiesen sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria. En este sentido, de acreditarse la culpa grave no procede la rescisión, es decir, para estos efectos no se asimila la culpa grave al dolo.

D. Casos en que excepcionalmente el dolo se presume. Son numerosos los casos en que el

¹⁴¹ Es extremadamente exigente el artículo 423 del C.C. respecto del tutor o curador que incurriera en negligencia grave o dolo en esta materia. En estos casos, el pupilo tiene derecho de apreciar y jurar la cuantía del perjuicio recibido, comprendiendo el lucro cesante; y se condenará al tutor o curador en la cuantía apreciada y jurada, salvo que el juez haya tenido a bien moderarla. En igual sentido resuelve el artículo 2483.2º del C.C. En virtud de esta disposición, se extiende asimismo la preferencia de cuarta clase a los derechos y acciones de la mujer contra el marido, o de los hijos bajo patria potestad y personas en tutela o curaduría, contra sus padres, tutores o curadores por culpa o dolo en la administración de los respectivos bienes, probándose los cargos de cualquier modo fehaciente.

¹⁴² También se equiparan los efectos de la culpa grave y el dolo en la compraventa (artículo 1827 del C.C.) en el censo (artículo 2035.3º del C.C.) y en el depósito necesario (artículo 2242 del C.C.).

¹⁴³ En igual sentido se puede consultar el artículo 1771 del C.C.

¹⁴⁴ CLARO S. plantea una discusión muy interesante en torno a si la culpa grave es asimilable al dolo en la responsabilidad extracontractual. De esta forma, en el Derecho romano, en la responsabilidad extracontractual una negligencia mayúscula o una falta de inteligencia inexcusable no era asimilable al dolo, aunque existían autores que minoritariamente sostenían lo contrario. En nuestro Derecho, esta discusión no tiene mayor relevancia, por cuanto en la determinación del *quantum* es indiferente la responsabilidad por delito o cuasidelito civil. Pero si se entiende que el artículo 1558.1º del C.C. se aplica a la responsabilidad extracontractual, entonces esta discusión es de trascendental importancia. CLARO S., L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, volumen V: *De las obligaciones*, tomo undécimo, *De las obligaciones*: II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, pp. 525 a 529.

dolo se presume; de ellos, los más relevantes son los siguientes:

a) El albacea no puede llevar a cabo ninguna disposición del testador que fuere contraria a la ley, so pena de nulidad y de considerársele culpable de dolo (artículo 1301 del C.C.).

b) En las medidas prejudiciales, si se ha solicitado una medida prejudicial y no se entabla demanda dentro del plazo fijado por la ley o se rechaza ésta, se considera doloso el procedimiento y el apoderado responde solidariamente con el poderdante (artículo 280 del C.P.C.).

En estos dos casos, a diferencia de los que se señalan a continuación, más que establecerse una presunción de dolo se produce una asimilación de la culpa grave al dolo.

c) Se presume el dolo por el mero hecho de detentar u ocultar un testamento (artículo 968.1º, Regla 5ª del C.C.).

d) En la apuesta se presume el dolo si una de las partes apuesta sabiendo de cierto que el hecho del cual ésta depende se ha de verificar o se ha verificado (artículo 2261 del C.C.).

e) Se presume el dolo en el caso de girar cheques sin fondos contra cuenta cerrada o inexistente y en el caso de revocación de cheque por causales no autorizadas por ley (artículo 122 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques).

E. Efectos del dolo. El dolo por incumplimiento de las obligaciones produce los siguientes efectos:

a) El dolo da lugar a la indemnización de perjuicios; como ya se ha señalado, es más bien un requisito de la indemnización de perjuicios.

b) El dolo agrava la responsabilidad del deudor en dos sentidos:

i) Hace responsable al deudor no sólo de los perjuicios directos previstos, sino también de los imprevistos (artículos 1558.1º y 1547, inciso final del C.C.). A diferencia de lo que acontece con la culpa, en que el deudor responde sólo de aquéllos.

ii) Si la cosa se destruye durante la mora de recepción del acreedor, el deudor sólo

será responsable del dolo y su equivalente, la culpa grave (artículo 1680 del C.C.).

23. Imputabilidad por culpa.

A. Definición de culpa o negligencia. La culpa es la falta de la debida diligencia o cuidado en el cumplimiento de una obligación o en la ejecución de un hecho cualquiera. Esta definición comprende tanto la culpa contractual que da origen a la responsabilidad contractual, como la culpa aquiliana que da origen a la responsabilidad extracontractual.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Como destaca LARROUMET la noción de culpa, como la conocemos en la actualidad, es deudora de PLANIOL. Para éste, el incumplimiento contractual da lugar a la culpa, pero esta noción, demasiado simplista por cierto, fue objeto de duras críticas. Entre ellas estuvo la de DEMOGUE, que distinguió entre obligaciones de medio y resultado. La utilidad de esta distinción radica en que la presunción de culpa sólo juega en las obligaciones de resultado. LARROUMET, Ch. "A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente" en Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado, tomo I: *Temas de responsabilidad civil*, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2004, p. 26. Por otra parte, PLANIOL destacaría que a partir del incumplimiento contractual se genera una obligación de reparar muy similar a la responsabilidad extracontractual. A su vez, POTHIER contribuiría decididamente a distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual a partir precisamente de la noción de culpa. Es más, como destaca PIZARRO a partir de POTHIER recién se comienza a configurar la noción de responsabilidad contractual. El acercamiento entre ambas responsabilidades, que se genera a partir de PLANIOL, se ve acrecentado en nuestros días como consecuencia de las obligaciones de medio y resultado y de seguridad. Por otra parte, la tendencia unificadora entre ambas responsabilidades está lejos de ser reciente, por cuanto ella ya estaba en los planteamientos de los hermanos MAZEAUD. Estos autores abogaron por un tratamiento conjunto de ambas responsabilidades. Pero esta posición no es pacífica en la doctrina francesa. La autonomía de la responsabilidad contractual ha sido defendida ampliamente en la doctrina por autores como VENY, HUET y LARROUMET, entre otros. Y además ésta ha sido la posición defendida constantemente por la jurisprudencia francesa. PIZARRO WILSON, C., "La influencia del Code en el Derecho de Obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual?", en *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes), N° 9, 2004, pp. 83 a 87.

B. *Paralelo entre la culpa en la responsabilidad contractual y extracontractual.* Sin embargo, ambos tipos de culpa son diferentes en los siguientes aspectos:

a) El incumplimiento de las obligaciones, en la responsabilidad contractual, se presume culpable. Así se desprende de los artículos 1547.3º y 1698 del C.C. En este sentido, el artículo 1547.3º del C.C. señala que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”. En cambio, en la responsabilidad extracontractual la culpa debe probarse, salvo los casos de presunción de culpa.¹⁴⁶

b) El incumplimiento en la responsabilidad contractual se presume culpable por regla general. En cambio, la regla general en la responsabilidad es la inversa. Así, en la responsabilidad extracontractual se debe acreditar la culpa, salvo los casos en que opere una de las presunciones de culpa.

c) La culpa contractual se gradúa en grave, leve y levísima. En cambio, la culpa extracontractual no admite graduación. Pero algunos autores, como MEZA BARROS, señalan que se puede graduar la culpa en materia extracontractual. Dichos autores fundamentan esta posición en los siguientes argumentos:

i) El artículo 44 del C.C., que clasifica y define la culpa en grave, leve y levísima, está ubicado en el Título Preliminar, párrafo 5º, denominado “*Definición de varias palabras de uso frecuente en la ley*”. En consecuencia, estas definiciones tienen una aplicación general que se extiende tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual.

ii) El Título XXXV del Libro IV del Código Civil, que regula la responsabilidad extracontractual, utiliza la terminología del artículo 44 del C.C. De esta forma, el artículo 2323 del C.C. se refiere al cuidado de un buen padre de familia, que se traduce en la culpa leve conforme al artículo 44.3º del C.C.

d) La culpa en la responsabilidad contractual se aprecia *in abstracto*, es decir, comparándola con un comportamiento ideal (el contrario a la culpa grave, leve y levísima). En cambio, la culpa en la responsabilidad extracontractual se aprecia *in concreto*.

e) La imputabilidad a título de culpa o dolo determina la extensión de los perjuicios en la responsabilidad contractual.

C. *Distintos sistemas para determinar el concepto de culpa.* Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de los ordenamientos jurídicos han desechado la clasificación de la culpa en grave, leve y levísima. Los sistemas de responsabilidad contractual pueden ser objetivos o subjetivos con relación a la culpa. A continuación se analizarán estos dos sistemas de responsabilidad.

a) En un sistema subjetivo puro la culpa se presenta como *favor debitoris*, es decir, sólo es responsable el deudor en la medida que exista culpa. El deudor, dentro de esta concepción, no responde del caso fortuito porque es imposible fácticamente imputarle negligencia; ello es evidente desde el momento que debe probarse la culpa. De esta forma, este sistema exige que se acredite la culpa del deudor para dar lugar a la responsabilidad civil. Nuestro sistema de responsabilidad contractual es subjetivo, pero no puro, ya que tiene la carga de la prueba invertida.

b) En virtud de la concepción objetiva de la culpa ésta no está integrada por ningún elemento psicológico o interno ni obedece a una violación ética, sino más bien a la “*trasgresión de un deber de conducta*” (“culpa inconstante”, como la del conductor que se queda dormido). En palabras de OSTI, “la responsabilidad del deudor no deriva de la culpa, sino del puro y simple hecho objetivo del incumplimiento y tiene como límite no la ausencia de culpa sino la imposibilidad objetiva no culposa de la prestación”. La justificación teórica de la culpa para la concepción objetiva se encuentra en la máxima a *favor creditoris*, ya que el incumplimiento debe analizarse desde la perspectiva del acreedor que ha adquirido, por decirlo de una forma impropia, un “derecho contra el deudor”.

¹⁴⁶ Sin perjuicio de lo cual en la responsabilidad extracontractual se establecen importantes presunciones de culpa. *Vid. supra* Nº 33, § 4, capítulo VII, tomo III.

Para esta doctrina, sólo en la medida que conste la imposibilidad objetiva el deudor no será responsable.

D. Graduación de la culpa en el Código Civil. Nuestro Código Civil, en su artículo 44, se apartó del Código napoleónico para graduar la culpa, siguiendo al antiguo Derecho español y a autores como POTHIER. La culpa admite, conforme a la disposición citada, la siguiente graduación:

1º. Culpa grave, negligencia grave o culpa lata.

La culpa grave consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios (artículo 44.2º del C.C.); esta clase de culpa es la que impone el menor cuidado al deudor.

Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado, y precisamente por ser una exigencia mínima es difícil diferenciarla del dolo. En cierto modo, el deudor que incumple con culpa grave lo hace con tal nivel de negligencia que supone casi un dolo preterintencional¹⁴⁷ o dicho en otras palabras, el comportamiento del deudor es tan manifiestamente negligente que sólo cabe asimilar los efectos de tal comportamiento al dolo.

2º. Culpa leve, descuido leve o descuido ligero.

La culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. El que debe administrar un negocio como buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa (artículo 44.3º del C.C.). La misma norma se refiere a la culpa leve diciendo que es la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Este tipo de culpa es la regla general y si la ley se refiere a una diligencia o cuidado ordinario o mediano, de esta clase de culpa se responde.

3º. Culpa o descuido levísimo.

La culpa levísima es aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en

la administración de sus negocios importantes (artículo 44.5º del C.C.). Esta es la culpa que impone el máximo de responsabilidad, ya que para no incurrir en ella el deudor debe emplear la mayor diligencia.

E. Importancia de esta clasificación tripartita de la culpa:

a) El comportamiento concreto e ideal del deudor en el cumplimiento de una obligación contractual será determinado conforme a la clasificación de la culpa. Precisamente para poder determinar el grado de culpa de que responde el deudor, el artículo 1547 del C.C. distingue entre estas tres clases de culpa, con relación al beneficio que el contrato reporta a las partes, distinguiendo los siguientes contratos:

i) Contrato en beneficio exclusivo del acreedor:

Es aquel que por su naturaleza es útil únicamente al acreedor; en virtud de dicho contrato, el deudor responde únicamente de la culpa grave, su responsabilidad es mínima. Ello acontece, por ejemplo, en el depósito.

ii) Contrato en beneficio de ambas partes:

Es el contrato que se celebra en beneficio recíproco; en éste, el deudor es responsable de la culpa leve. Ello acontece en los contratos de compraventa, permuta, arrendamiento, mandato y sociedad.

iii) Contrato en beneficio exclusivo del deudor:

En este contrato es el deudor el único que reporta beneficio. En virtud de dicho contrato el deudor responde de culpa levísima, como sucede en el comodato.

En resumen, el grado de culpa de que responde el deudor dependerá del grado de beneficio que obtenga del contrato el acreedor. Si el acreedor es el único que se beneficia del contrato, el deudor responde de culpa grave, o sea, del grado de culpa mínimo de que puede responder. Si el contrato beneficia tanto al deudor como al acreedor, entonces el deudor responde de culpa leve. Por último, si el único beneficiado con el contrato es el deudor, éste debe responder de culpa levísima.

¹⁴⁷ En este sentido, el deudor a lo menos se debe representar el daño que su negligencia generará al acreedor.

b) Asimilación de la culpa grave al dolo.

24. Causas que alteran o eliminan la responsabilidad del deudor. Existen hechos que hacen no imputable el incumplimiento del deudor, como el caso fortuito, que imposibilita el incumplimiento imputable; otros, en cambio, eximen de responsabilidad como la cláusula de irresponsabilidad. Estos hechos pueden eliminar, agravar o alterar la responsabilidad del deudor y de ellos.

Estos hechos son los siguientes:

25. Caso fortuito o fuerza mayor.

A. Concepto de caso fortuito o fuerza mayor. Conforme al artículo 45 del C.C., el caso fortuito es “*el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”. En doctrina, el caso fortuito es el fenómeno natural que impide el cumplimiento de la obligación. La fuerza mayor es caso fortuito sólo en la medida que emane de un acto de autoridad. Sin perjuicio de ello, en nuestro Derecho dichos términos son sinónimos.

B. Requisitos del caso fortuito o fuerza mayor:

a) Exterioridad o externalidad del hecho que lo constituye.

Es necesario que el hecho que da lugar al caso fortuito se produzca con independencia de la voluntad del deudor.

Así, el hecho debe ser ajeno a la voluntad e intención de las partes. El deudor no es responsable del caso fortuito a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida si hubiere sido entregada al acreedor o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa (artículo 1547.2º del C.C.).

b) El hecho debe ser imprevisto.

En virtud de este requisito, las partes no deben haber podido prever el caso fortuito al tiempo de celebrarse el acto o contrato. Por ejemplo, si se vende una casa ribereña y la crecida del río la destruye, no hay caso fortuito porque la crecida del río es previsible.

c) El hecho debe ser irresistible o insuperable.

El hecho, además de imprevisto, debe ser absolutamente imposible de resistir. Un hecho es irresistible cuando no es posible evitar sus consecuencias, en términos tales que ni el deudor ni cualquier otra persona, en sus mismas circunstancias, habría podido impedir el siniestro. De esta forma, lo que caracteriza al caso fortuito es que esta imposibilidad debe ser total.

C. Efectos del caso fortuito:

a) El deudor queda totalmente liberado de su responsabilidad por el incumplimiento; no puede exigirse el cumplimiento forzado, conforme a lo señalado en el artículo 1547.2º del C.C.

b) El deudor tampoco responde de los perjuicios moratorios ocasionados por fuerza mayor, conforme al artículo 1558.2º del C.C.

D. Casos en que el deudor responde del caso fortuito:

a) Cuando el deudor lo ha tomado expresamente a su cargo (artículo 1547 del C.C.). En realidad esta cláusula es una agravante de la responsabilidad del deudor (artículo 1672 del C.C.).

b) Cuando sobreviene por su culpa (artículo 1547.4º del C.C.). En realidad éste no es un caso excepcional, ya que no se cumple con el primer requisito del caso fortuito, es decir, que el imprevisto sea externo.

c) Cuando se produce durante la mora del deudor, según los artículos 1547.2º, 1590.1º y 1672.2º del C.C. Pero dicha regla tiene una contraexcepción, si el caso fortuito igualmente hubiera sobrevenido estando la cosa en poder del acreedor, el deudor no responde sino tan sólo de los perjuicios moratorios.

d) Cuando la ley expresamente hace responsable al deudor del caso fortuito. Ello sucede respecto del que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, al que no se le permite alegar el caso fortuito ni aun de aquellos que habrían producido pérdida de la cosa en poder del acreedor (artículo 1676 del C.C.).

E. Prueba del caso fortuito. Conforme a los artículos 1547.3º y 1674.1º del C.C., co-

responde probar el caso fortuito al que lo alega. Ello es lógico que así sea, debido a que la culpa en materia contractual se presume, y la extinción de las obligaciones debe ser acreditada por quien la alega, según el artículo 1698 del C.C. Por excepción se presume el caso fortuito en materia de seguros, en el cual el solo siniestro da lugar al caso fortuito, siendo el asegurado quien deberá probar lo contrario.

26. La teoría de los riesgos.

A. *Generalidades.* El estudio del caso fortuito —que opera como un modo de extinguir las obligaciones— lleva al análisis de la teoría de los riesgos. Ello se debe a que, de operar el modo de extinguir por caso fortuito respecto de una obligación que se genera en un contrato bilateral, se debe analizar qué sucede con las obligaciones correlativas, es decir, si ellas subsisten o también se extinguen. Si subsisten las obligaciones correlativas, los riesgos son del acreedor, ya que deberá cumplir con la obligación correlativa —respecto de la cual es deudor— a pesar de que la obligación respecto de la que es acreedor se ha extinguido por caso fortuito. En cambio, si no subsisten las obligaciones correlativas, entonces los riesgos son del deudor, ya que con la celebración del contrato no recibió nada a cambio y no tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación correlativa respecto de la cual es acreedor. A continuación se analizarán las condiciones que deben concurrir para aplicar esta teoría.

B. *Requisitos para que opere la teoría de los riesgos:*

a) La cosa expuesta a desaparecer debe ser objeto de una obligación pura y simple, que debe estar pendiente.

b) La cosa sobre la que recae el caso fortuito debe ser la prestación de una obligación que emane de un contrato bilateral, ya que si el contrato es unilateral la cosa la perderá la única persona que la tiene o posee, es decir, el acreedor. Ello por aplicación del aforismo romano que las cosas perecen para su dueño (*res perit domino*). Pero ello no quiere decir que en el Derecho romano los riesgos hayan sido del dueño, ni que nuestro Derecho siga dicha regla.

c) La cosa debe perecer por un caso fortuito o fuerza mayor, ya que la pérdida imputable al deudor deja subsistente la obligación que varía de objeto (artículo 1672 del C.C.).

d) El objeto de la obligación que se extingue por caso fortuito, debe ser una especie o cuerpo cierto. Así se desprende de los artículos 1510 y 1550 del C.C., que se refieren a la enajenación y la destrucción de la cosa y a los riesgos, respectivamente. En este sentido, la referida disposición establece que *“el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega”*.

C. *Cómo opera la teoría de los riesgos.* El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, conforme al artículo 1550 del C.C., es de cargo del acreedor. Esta norma está en armonía con el artículo 1820 del C.C., al señalar que la pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende pertenece al comprador desde el momento de perfeccionarse el contrato.

D. *Análisis de la crítica a la solución adoptada por el Código Civil respecto de la teoría de los riesgos.* Para el Derecho francés, el que el riesgo sea del acreedor es una consagración del aforismo romano que las cosas perecen para su dueño (*res perit domino*). Ello se debe a que en dicho Derecho el acreedor es el dueño de la cosa desde la suscripción del contrato porque de los contratos nacen derechos reales. El legislador chileno habría adoptado la misma solución del artículo 1138 del *Code Civil* sin una mayor reflexión, ya que si se aplica el mencionado aforismo romano entonces el riesgo debería ser del deudor y no del acreedor. Ello se debe a que en nuestro Derecho el deudor sigue siendo el dueño hasta que opere la tradición que transfiere el dominio o cualquier otro derecho real del deudor-tradente al acreedor-adquirente. Esta misma solución adopta el artículo 1820 del C.C. en la compraventa. Los riesgos de la pérdida fortuita

de la cosa debida recaen en el comprador, que además de no tener derecho a exigir la cosa por haber operado dicho modo de extinguir las obligaciones, deberá íntegramente el precio de la compraventa. Esta crítica generalizada hace algún tiempo ha sido afortunadamente dejada de lado por injusta e imprecisa.¹⁴⁸ Es de destacar que de la simple lectura de la obra de CLARO S. se extrae esta conclusión. BELLO no habría aplicado en los artículos 1550 y 1820 la máxima que las cosas perecen para su dueño, sino que la regla *res perit emptoris*. Además, en el Derecho romano no era efectivo que se aplicara, en el caso de la pérdida fortuita de la cosa en la compraventa, el axioma que las cosas perecen para su dueño. Ello se debía a que las obligaciones contractuales para el Derecho romano no estaban conectadas entre sí; entonces, extinguida una obligación por caso fortuito en nada afectaba la obligación correlativa, que era totalmente independiente de la obligación extinguida.¹⁴⁹ Por otra parte, ésta era la posición de POTHIER y de los autores que se basaban en el Derecho natural, como PUFFENDORFF. Igual opinión sostuvieron la mayoría de los autores clásicos franceses.¹⁵⁰

¹⁴⁸ BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Los efectos de las obligaciones desde la perspectiva del análisis económico", en Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado, tomo I: *Temas de responsabilidad civil*, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2004, pp. 163 a 165 y BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Breve análisis de la teoría de la imprevisión en el Derecho chileno", en Libro Homenaje al Prof. J. L. Aguilar, Colección de Libros Homenaje, tomo I, Nº 5, Caracas, Venezuela, 2002, pp. 195 y 196.

¹⁴⁹ ROVIRA, al respecto, se refiere al tratamiento del incumplimiento de la compraventa en el Derecho romano y señala que "en la ejecución la obligación del vendedor y la del comprador no tenían conexión entre sí, y de esta falta de conexión se deriva la regla *res perit emptoris*, de manera que cuando, antes de la entrega de la cosa, y ésta en manos del vendedor, perece la cosa por caso fortuito, el comprador tenía que pagar el precio". ROVIRA JAEN, Francisco Javier, *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1996, p. 35.

¹⁵⁰ CLARO S., L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, volumen V: *De las obligaciones*, tomo décimo, *De las obligaciones*: I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, pp. 224 a 234.

Para estos autores, si el contrato había nacido y era perfecto no podía verse afectado en su totalidad simplemente porque la obligación de una de las partes se extinguía por caso fortuito. En tal sentido, sólo es posible, conforme a esta lógica, afectar la totalidad del contrato por la nulidad o la resolución que no se aplican a este supuesto.

En resumen, como señalaba CLARO S. y lo hace en la actualidad ELORRIAGA,¹⁵¹ no es justa la crítica que se le hace a BELLO en torno a que se equivocó al trasladar la regla que las cosas perecen para su dueño del Derecho francés al chileno.

Sin perjuicio de lo anterior, ello no impide revisar la posición adoptada por el Derecho Civil chileno. En principio, dada la cantidad de excepciones a la regla *res periti creditori*, no está para nada claro si en realidad la regla general es la máxima contraria, es decir, la *res periti debitori*.¹⁵² Además, desde un punto netamente civil no es efectivo que las obligaciones no están vinculadas entre sí, como se desprende del principio la mora purga la mora, la causa, la excepción del contrato no cumplido o la propia acción resolutoria que debe ejercerla el contratante diligente, a diferencia de lo que acontecía en el Derecho romano. De esta forma, el que una obligación perezca por caso fortuito –sin mediar culpa del deudor– debe influir en la obligación correlativa, aunque sea necesario aclarar que no se esté frente a un caso de nulidad de la obligación o del contrato. Esta primera objeción simplemente pretende señalar que es posible llegar a la conclusión que los riesgos son del deudor, sin que por ello se desmorone todo el Derecho Civil. El segundo aspecto

¹⁵¹ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "Capítulo I: Documentos previos que sirvieron de base al Seminario sobre teoría de los riesgos", en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Segunda Parte, Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 33.

¹⁵² En este sentido, para autores como LARRAÍN la regla general es la inversa, ya que en la práctica "casi los únicos casos que se pueden citar, en que tenga aplicación la regla del artículo 1550, son la compraventa y la permuta". LARRAÍN RÍOS, H., *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 234.

es de fondo y tiene que ver con una objeción de la equidad. Si se considera que en el caso fortuito que extingue la obligación no hay culpa de ninguna de las partes y es absolutamente imprevisto, en lugar de imponer arbitrariamente el riesgo a una u otra parte es mucho más equitativo repararlo en partes iguales.

E. Excepciones a la regla del artículo 1550 del C.C. Como se señaló, las excepciones a la regla de los artículos 1550 y 1820 del C.C. son tantas que es dudoso que dichas disposiciones puedan considerarse como de aplicación general. Los riesgos son del deudor en los siguientes supuestos:

a) Los riesgos son de cargo del deudor desde que se encuentra constituido en mora, salvo que el caso fortuito hubiere acontecido de igual forma de encontrarse la cosa en poder del acreedor (artículos 1547, 1550 y 1551 del C.C.).

b) Los riesgos son también de cargo del deudor, conforme al artículo 1550 del C.C., cuando éste se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas.

c) En las obligaciones condicionales el riesgo del caso fortuito es del deudor (artículo 1486.2º del C.C.).

d) Tampoco se aplica la teoría del riesgo en las obligaciones de género, porque el género no perece (artículo 1510).

e) En el arrendamiento de cosa, en realidad la solución depende de si se analiza el contrato desde la perspectiva de la obligación de entregar del arrendador o de la obligación de restituir del arrendatario (artículo 1950, Nº 1 del C.C.).

Respecto de la primera obligación los riesgos son del arrendador –es decir, del deudor de la obligación de entregar–, el que no tendrá derecho al canon, si no le es exigible la obligación de entregar la cosa porque ha operado el caso fortuito. En cambio, si se analiza la obligación de restituir, los riesgos serán del acreedor –que respecto de esta obligación es el arrendador– que no tendrá derecho al canon ni a la restitución de la cosa, porque la obligación de restituir se ha extinguido por caso fortuito.

f) En la confección de obra material los riesgos de la pérdida de la cosa o materia suministrada son del deudor –conforme a los artículos 1996.2º y 2000.1º y 2º del C.C.

g) En el aporte de un bien en usufructo a la sociedad el riesgo es del deudor, es decir, del socio. De este modo, si el socio debe hacer un aporte y la cosa se destruye por caso fortuito, el riesgo es del socio, que es el deudor. Ello se desprende del claro tenor literal del artículo 2084.2º del C.C. que señala que “*si sólo se aporta el usufructo, la pérdida o deterioro de la cosa, no imputable a culpa de la sociedad, pertenecerán al socio que hace el aporte*”.

En todo caso, la mayoría de la doctrina es de la opinión opuesta y señala que el riesgo es de la sociedad, es decir, del acreedor que pierde el usufructo y también en cierto grado del deudor que se ve privado de la nuda propiedad.¹⁵³

h) Las partes pueden estipular que los riesgos son del deudor (artículos 1547.3º y 1673 del C.C.).

F. Un caso especial en torno a los riesgos: las obligaciones de hacer y no hacer. La doctrina discute si se puede aplicar la teoría de los riesgos a las obligaciones de hacer y no hacer. En este libro no es posible profundizar en este tema, pero se puede concluir que es claro que existe un vacío de ley, ya que los artículos 1550 y 1820 del C.C. sólo se aplican respecto de las obligaciones de dar sobre una especie o cuerpo cierto.¹⁵⁴

Sin perjuicio de ello, como se está frente a un vacío de ley podrían aplicarse dichas normas por analogía. Sin embargo, dicha posibilidad debe desecharse, ya que no está claro cuál es la regla general en torno

¹⁵³ Vid. *supra* Nº 101, § 2, capítulo II, tomo II.

¹⁵⁴ Este vacío, conforme a VODANOVIC, se integra mediante los artículos 534 y 464 del C.P.C. Dichas normas permiten que el ejecutado oponga la excepción de imposibilidad en un juicio ejecutivo respecto de una obligación de hacer y no hacer. ALESSANDRI R., SOMARRIVA U. y VODANOVIC H., *Tratado de las obligaciones*, tomo III: *Modificación y extinción de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 137.

a la teoría de los riesgos. Ello se debe a que son tantas las excepciones en que los riesgos recaen sobre el deudor, que podría concluirse –como lo hace una parte importante de la doctrina– que la regla general es la inversa, es decir, que los riesgos son del deudor. Frente a este planteamiento lo único que queda es recurrir al artículo 24 del C.C. y en especial a la equidad natural como criterio integrador y permitir que el juez pueda establecer una regla justa para el caso concreto. Por ello, la solución dependerá de las particularidades del caso que se presenta, y el juez podrá aplicar soluciones conforme al principio de eficiencia o de equidad, basándose en el artículo 24 del C.C. En este sentido, el juez puede específicamente aplicar, como criterio de equidad, la división del riesgo por partes iguales –obligando al deudor a cumplir con el cincuenta por ciento de su obligación correlativa– o en una proporción especial del riesgo, en la medida que los antecedentes del caso lo ameriten.

27. Imprevisto que no constituye caso fortuito ni fuerza mayor: la teoría de la imprevisión.

A. Generalidades. Estos imprevistos son analizados por la doctrina civil a través de la teoría de la imprevisión o de la revisión judicial del contrato. El juez, conforme a esta teoría, debe revisar el contrato en caso que un hecho imprevisible afecte de tal forma a la prestación de una de las partes que, sin hacerla imposible, la hace extremadamente gravosa. La teoría de la imprevisión tiene su origen en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus et aliquo de novo non emergentibus* del Derecho canónico, y cumplió una clara función moralizante.¹⁵⁵ Sin embargo, por los excesos a que dio lugar fue rechazada tanto por los pandectistas como por la dogmática francesa, principalmente por DOMAT y POTHIER que la ignoraron del todo. En todo caso, dicha cláusula es retomada en el Derecho

comparado, después de la crisis a que dio lugar la Primera Guerra Mundial y en la actualidad es generalmente aceptada en la mayoría de los países.¹⁵⁶

B. Requisitos para que opere la imprevisión:

a) El contrato no sea de ejecución instantánea, pudiendo ser de tracto sucesivo o sujeto a modalidad. En principio, esta teoría se aplicó a los contratos conmutativos, pero también procede respecto de los contratos aleatorios en la medida que el imprevisto no tenga que ver con el alea.¹⁵⁷ A su vez, esta teoría también procede respecto de los contratos gratuitos. Es más, dentro de la lógica del Derecho Civil, si esta teoría opera respecto de los actos jurídicos onerosos, con mayor razón debe aplicarse a los gratuitos.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, España, 1991, p. 315. Esta cláusula ha tenido influencia en el Derecho Internacional Público, en el que los tratados firmados por un Estado podían ser desconocidos en caso de revolución o de un cambio del sistema de gobierno, como de monarquía a democracia. También fue opuesta entre diversos Estados europeos para desconocer los tratados a raíz de las guerras napoleónicas. BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Breve análisis de la teoría de la imprevisión en el Derecho chileno”, en Libro Homenaje al Prof. J. L. Aguilar, Colección de Libros Homenaje, tomo I, N° 5, Caracas, Venezuela, 2002, p. 194.

¹⁵⁷ No en todos los ordenamientos jurídicos se acepta esta posibilidad. El artículo 1198 del C.C. argentino la admite expresamente. A favor de ella está en Francia J. GHESTIN. Vid. GHESTIN, J., *Traité de Droit Civil. Les obligations. Les effets du contract*, París, Francia, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1992, p. 291. A su vez, como destaca D. PEÑAILILLO, la teoría de la imprevisión no procede respecto de los contratos de larga duración o de ejecución duradera, que pueden ser revocados por la parte que sufre la imprevisión. Así, la víctima de la imprevisión podrá revocar dichos contratos, como sucede mediante el desahucio en los contratos de arrendamiento indefinido, de sociedad colectiva civil por tiempo ilimitado, etc. Sin perjuicio de ello, puede ser que la prestación pendiente de un socio, como la de un socio administrador, se vea alterada por excesiva onerosidad y dicho socio más que la expiración del contrato busque su revisión o renegociación. Entonces, el que el ordenamiento jurídico permita la revocación del contrato no es suficiente para desechar la teoría de la imprevisión.

¹⁵⁸ Vid. *supra* N° 18, § 3, capítulo I, tomo I.

¹⁵⁵ De los canonistas sus más importantes precursores fueron San Agustín y Santo Tomás.

Finalmente, para parte de la doctrina esta teoría también se aplica al contrato unilateral.¹⁵⁹

Conforme a este requisito, la excesiva onerosidad debe recaer sobre una obligación contractual. Así, la teoría de la imprevisión sólo se aplica a las obligaciones que emanan de un contrato y no procede respecto de las obligaciones que provienen de los cuasicontratos ni de la responsabilidad extracontractual o de la ley.¹⁶⁰

b) Imprevisto sobreviniente, es decir, no imputable a ninguna de las partes.¹⁶¹

¹⁵⁹ Una de las partes de un contrato unilateral puede verse afectada por la teoría de la imprevisión. Así, puede ser que un donante deba una suma menor en moneda extranjera al donatario y producto de una fuerte e imprevisible devaluación su obligación se transforme en excesivamente onerosa. Sin embargo, al respecto existen las más variadas posiciones. En algunos ordenamientos jurídicos esta teoría se aplica a todo contrato; en otros, en cambio, sólo a los contratos bilaterales. Y finalmente, en algunos países procede únicamente respecto de los contratos de ejecución diferida. En la primera situación están los Códigos Civiles de Portugal (artículo 437) y de Cuba (artículo 20); en la segunda el de Guatemala (artículo 154) y en la tercera los de Bolivia (artículo 581), Perú (artículo 1440) y la mayoría de los Códigos Civiles latinoamericanos. MELICH ORSINI, J., *op. cit.*, pp. 175 y 176. En todo caso, a favor de la posición precedentemente planteada está PEÑAILILLO, que va aún más lejos al entender que esta teoría procede respecto de cualquier obligación, independientemente de su fuente.

Si se admite que procede la revisión judicial de un contrato unilateral, se debe determinar con qué parámetro se debe comparar la prestación que se ha hecho exorbitante. A diferencia de lo que acontece en un contrato bilateral, el desequilibrio exorbitante no se puede apreciar comparando la prestación que se ha hecho excesiva con la inexistente prestación correlativa. Por lo que, para apreciar la desproporción, se debe comparar el cumplimiento pendiente con la obligación originariamente contraída. MELICH ORSINI, J., “La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva”, *Revista de Derecho* de la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, XX, 1999, p. 180.

¹⁶⁰ A favor de esta posición se pronuncia PARADA; en cambio, otros autores, como PEÑAILILLO, se inclinan por su aplicación general. PARADA GUZMÁN, C., *Fundamentos de la teoría de la imprevisión*, Colegio de Abogados de Chile, Santiago de Chile, 1994, p. 7. PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *op. cit.*, “La revisión...”, pp. 230 y 231.

¹⁶¹ PEÑAILILLO pone en tela de juicio este requisito, ya que el deudor por regla general estará en mora

Para algunos autores el imprevisto debe ser generalizado, pero la mayoría de la doctrina no lo entiende de esta forma.

c) El imprevisto debe hacer que el cumplimiento de la obligación sea excesivo. La teoría de la imprevisión sólo se aplica si la desproporción entre las prestaciones por hecho sobreviniente es excesiva, casi monstruosa. Este requisito hace que la teoría de la imprevisión tenga un sustento similar al de la lesión enorme, pero en aquélla la desproporción es siempre posterior a la celebración del contrato y totalmente desconocida para las partes.

La excesiva onerosidad en el cumplimiento puede ser subjetiva u objetiva. Ella será subjetiva si recae en el sujeto, como si una cantante no pueda cumplir la presentación a que se comprometió porque su hijo se está muriendo. Y, a su vez, será objetiva si recae en el objeto del contrato, como si el bien que el vendedor se comprometió a entregar ha aumentado excesivamente de valor con motivo, por ejemplo, de un bloqueo.¹⁶²

precisamente por la desproporción sobreviniente de las prestaciones. PEÑAILILLO Arévalo, D., *op. cit.*, “La revisión...”, p. 228. Pero, a lo menos, debe exigírsele al deudor que sea diligente, lo que presupone que de ser posible debe haber demandado por imprevisión antes de producirse el incumplimiento o que haya ofrecido al menos un cumplimiento parcial. La opinión de SPOTA es decidora respecto de este problema, al exigir que la constitución en mora sea “imputable”, es decir, que se produzca precisamente por haber acontecido el imprevisto. SPOTA, A., *La imprevisión contractual del Derecho y la ofensa a la moral*, La Ley N° 1985, p. 808. De esta misma opinión era FUEYO al indicar que en caso de que la excesiva onerosidad sobrevenga después del incumplimiento del deudor, éste no podría solicitar la revisión judicial del contrato. *Vid.* Fueyo Laneri, Fernando, “La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil italiano de 1942”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LI-10, Primera Parte, enero-diciembre, Santiago de Chile, 1954, p. 131. En este sentido, se estaría aplicando simplemente el principio conforme al cual no es posible aprovecharse de la propia negligencia (*nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans*).

¹⁶² BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Breve análisis de la teoría de la imprevisión en el Derecho chileno”, Libro Homenaje al Prof. J. L. Aguilar, Colección de Libros Homenaje, tomo I, N° 5, Caracas, Venezuela,

C. *El Derecho chileno y la teoría de la imprevisión*. La doctrina chilena ha rechazado esta teoría por entender que atenta contra el artículo 1545 del C.C. Como se analizó en el estudio del principio de la fuerza obligatoria del contrato, la interpretación tradicional de éste no parece ser la adecuada en la actualidad.¹⁶³ En el Derecho

2002, pp. 194 y 195 y BARCIA, R., “¿Es posible construir la teoría general del contrato desde la excepción: la revisión judicial del contrato?”, en *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, tomo I, LexisNexis, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, pp. 700, 701, y 708 a 711.

¹⁶³ En el Derecho administrativo se admite la teoría de la imprevisión en el artículo 19 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas –el texto refundido está fijado por el D. S. 900 del MOP–. La referida norma señala:

“Artículo 19:

El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez. Las controversias que se susciten entre el concesionario y el Ministerio acerca de dicha indemnización, se resolverán en conformidad a lo señalado en el artículo 36.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual el Ministerio podrá ordenar la modificación de las obras en concesión. Si las bases nada dicen a este respecto, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder el 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario, según el valor definido después de la entrega definitiva de la obra, ni podrá ser requerida en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total de la concesión, salvo los casos de expreso acuerdo por escrito de la sociedad concesionaria.

Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las contro-

comparado esta figura se ha sustentado en diferentes teorías. Algunas de ellas, para ciertos autores son plenamente aplicables a nuestro ordenamiento jurídico. Dichas teorías son las siguientes:

1ª. Teoría de la afectación de los requisitos internos del contrato.

Algunos autores creen que la imprevisión se puede aplicar como consecuencia de las normas que rigen la formación del consentimiento en el contrato, como la causa o la naturaleza onerosa conmutativa del contrato. Para los seguidores de esta posición la causa, entendida como el motivo que induce a las partes a contratar, falla de acontecer los presupuestos de la teoría de la imprevisión.

2ª. Teoría de la ejecución del contrato.

Para otros autores es posible recurrir a la buena fe para aplicar la teoría de la imprevisión.¹⁶⁴ Como los contratos no sólo deben celebrarse de buena fe, sino que también deben ejecutarse de esta forma, el acreedor que pretenda exigir una prestación que se ha transformado en “monstruosa” no actúa de buena fe.

versias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 36 de esta ley.

Las modificaciones se harán mediante decreto supremo fundado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, el que deberá llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda”.

¹⁶⁴ Esta posición fue sostenida por la jurisprudencia alemana –que recogió los planteamientos de KRÜCKMANN– y en Chile se plantea por primera vez por F. FUEYO y con posterioridad ha sido adoptada por una parte importante de la doctrina nacional. *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, España, 1991, p. 323; PENAILILLO, D., “Análisis del estado actual de la cuestión en Chile, tomando en consideración la jurisprudencia, la doctrina y el Derecho Positivo vigente”, en capítulo I, Segunda Parte, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999, p. 299. Otros autores, como J. C. DÖRR, son de la opinión que esta norma es insuficiente para aplicar la teoría de la imprevisión. DÖRR ZEGERS, J. C., “Posición personal sobre la teoría de la imprevisión en la legislación chilena”, en capítulo III, Segunda Parte, *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999, p. 229.

3ª. Teoría del deber de conducta.

Para otros autores la obligación constituye un deber de conducta en función de la ejecución de la prestación; en tal sentido, lo que exige el ordenamiento jurídico a las partes es “un comportamiento” y para determinar si se debe recurrir a la graduación de la culpa. De esta manera, si el riesgo es muy remoto se podrá exigir al deudor que responda de culpa levisísima, es decir, debe haber por parte del deudor la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplearía para prever situaciones de riesgo en sus negocios propios, como acontece con la obligación del comodatario de restituir. En cambio, si en el contrato el deudor responde de culpa leve, como en la compraventa, entonces el deudor sólo responderá en caso que el hecho imprevisible fuese posible de prever con el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.¹⁶⁵

4ª. Teoría de la equidad.

Es posible sostener que la teoría de la imprevisión no está regulada por el ordenamiento jurídico, por lo que en definitiva se produce un vacío de ley frente al cual se debe aplicar, como criterio integrador, la equidad natural, conforme a los artículos 24 del C.C. y 170, N° 5 del C.P.C. y al principio procesal de la inexcusabilidad.¹⁶⁶

En los contratos de tracto sucesivo opera la teoría de la imprevisión si el cumplimiento de un contrato, como consecuencia de hechos posteriores a su celebración, que no pudieron preverse, se hace exagerada-

mente desproporcionado y oneroso para el deudor.

D. Diferenciación entre la imprevisión y el caso fortuito:

a) La imprevisión trae consigo una imposibilidad relativa. En cambio, el caso fortuito acarrea una imposibilidad absoluta y permanente.

b) La teoría de la imprevisión puede producir como consecuencia:

i) Una indemnización de perjuicios.

ii) Abolir los efectos del contrato.

iii) Producir la revisión judicial de las estipulaciones del contrato para adaptarlas a las nuevas condiciones.

En cambio, el caso fortuito conduce a la extinción de la obligación.

c) La imprevisión es una institución netamente subjetiva; en cambio, el caso fortuito es objetiva.

En definitiva, en Chile se sostiene que la teoría de la imprevisión no tiene cabida por ser contraria a la interpretación que se le ha dado al artículo 1545 del C.C. En virtud de esta disposición, al ser el contrato una “verdadera ley” sólo puede ser modificado por el mutuo consentimiento y por una causal legal expresa. Sin embargo esta posición es más que cuestionable, por cuanto son muy pocos los fallos que se han pronunciado en base a esta teoría.¹⁶⁷

28. Casos de ausencia de culpa: ausencia de culpa propiamente tal, estado de necesidad y hecho ajeno. Estas tres causales, que atenúan o extinguen la responsabilidad del deudor, se asemejan en que en ellas la culpa no existe, como sucede con la ausencia de culpa o el hecho ajeno, o se atenúa o no existe, como en el estado de necesidad.

A. La ausencia de culpa, conforme al artículo 1547.3º, debe ser probada por la parte que debió emplear la diligencia o cuidado debidos. Ello se debe a que en materia contractual la culpa se presume. La Corte Suprema, en consideración a ello,

¹⁶⁵ Esta es la posición que parece adoptar RODRÍGUEZ G., que seguiría a la posición originaria de la doctrina italiana. En virtud de ella, el comportamiento del deudor frente a la imprevisión debe compararse con el de un “buen padre de familia”. RODRÍGUEZ GREZ P., *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pp. 289 a 292. DE LA MAZA, “La teoría de la imprevisión”, Santiago de Chile, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 30, Primera Parte, 1933, p. 137.

¹⁶⁶ Los tribunales, en virtud de este principio, no se pueden excusar de solucionar los conflictos que se les presentan porque no existe una norma aplicable al caso concreto (artículos 73.2º de la C.P.E. y 10 del C.O.T.).

¹⁶⁷ Por otra parte, la interpretación que ha sostenido la mayoría de la doctrina chilena en torno al artículo 1545 del C.C. es bastante discutible. *Vid. supra* N° 30, § 3, capítulo I, tomo II.

ha resuelto que el deudor podrá liberarse de su responsabilidad acreditando que ha empleado el debido cuidado o diligencia, sin que sea necesario probar el caso fortuito. A pesar de que la jurisprudencia es clara en este punto, la doctrina está dividida al respecto.

B. El estado de necesidad. El estado de necesidad consiste en que el deudor deja de cumplir la obligación para evitar un mal mayor, y ello implica una imposibilidad relativa de cumplir una obligación. En consecuencia, no se puede asimilar ni al caso fortuito ni a la culpa. Dicha institución para algunos autores se acepta en la responsabilidad extracontractual; en la responsabilidad contractual la única disposición que se refiere al estado de necesidad es el N° 3 del artículo 2178.4° del C.C. respecto del comodato.

C. El hecho ajeno. Por regla general, la intervención de un tercero que provoca el incumplimiento de una obligación, para el deudor es un caso fortuito, que lo exonera de responsabilidad y puede generar responsabilidad civil extracontractual para el tercero. Pero éste puede ser una persona de la cual el deudor es civilmente responsable, en cuyo caso no operará la eximente de responsabilidad. Así se desprende del artículo 1679 del C.C., que señala textualmente que “*en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable*”.

29. Convenciones que alteran o modifican la responsabilidad normal del deudor. Las estipulaciones de los contratantes tendientes a agravar, atenuar o a eximir la responsabilidad del deudor se pueden clasificar de la siguiente forma:

A. Cláusulas que agravan la responsabilidad del deudor. Estas cláusulas son siempre válidas y como ejemplo se pueden señalar los siguientes casos:

a) Las cláusulas que hacen responsable al deudor de un grado mayor de culpa que el establecido en la ley.

b) También puede hacerse responsable al deudor de los perjuicios de los que

normalmente no responde o no se indemnizan.

Sin perjuicio de ello, no pueden ampliarse los plazos de la prescripción extintiva en perjuicio del acreedor.

B. Cláusulas limitativas o atenuantes de la responsabilidad del deudor. Estas cláusulas por regla general son válidas y en virtud de ellas se pueden celebrar los siguientes acuerdos entre las partes:

a) Se puede disminuir el grado de culpa de que responde el deudor.

b) Se puede limitar la indemnización de que responde el deudor a una suma determinada, como sucede en el contrato de transporte. Estas cláusulas son muy comunes en contratos de adhesión, y no son nulas en la medida que no sean calificadas de abusivas por la L.P.C.¹⁶⁸ En cuanto a la prescripción extintiva, la mayoría de la doctrina civil ha rechazado las cláusulas por las que se reduce el plazo de prescripción extintiva en perjuicio del acreedor. Ello se debe a que se considera que dicho pacto es una suerte de renuncia anticipada de la prescripción, prohibida por el artículo 2494.1° del C.C.

C. Convenciones de irresponsabilidad o cláusulas eximentes de responsabilidad. Por estas convenciones se libera al deudor de toda responsabilidad por el incumplimiento de su obligación. La mayoría de la doctrina señala que estas cláusulas serían válidas, de conformidad al artículo 1547 del C.C., que permite alterar las reglas normales de responsabilidad. En todo caso, no serían válidas estas convenciones en los siguientes supuestos:

a) Cuando la ley las excluye expresamente.

b) En cuanto al daño de las personas.

Estas cláusulas no son válidas cuando excluyen la responsabilidad respecto del

¹⁶⁸ El ámbito de aplicación de esta ley es bastante limitado y sólo se extiende a los contratos de adhesión que reúnen las siguientes condiciones: i) Debe tratarse de un contrato entre proveedor y consumidor, pero no opera entre proveedores; ii) La prestación del proveedor debe ser habitual; iii) El contrato debe ser mixto, civil para el consumidor y comercial para el proveedor.

daño en las personas, aceptándose sólo respecto de las cosas.¹⁶⁹ Ello es evidente desde que las personas están fuera del comercio humano.

Sin perjuicio de lo anterior, en el Código Aeronáutico se limita la responsabilidad del operador aéreo por accidentes de los pasajeros.

c) La cláusula de responsabilidad no elimina la responsabilidad que proviene del dolo, porque conforme al artículo 1465 del C.C. la condonación del dolo futuro no vale.

30. Constitución en mora. La constitución en mora como requisito de la indemnización de perjuicios, está establecida en el artículo 1557 del C.C. Así, en virtud de dicha norma “*se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención*”.

Los perjuicios se deben indemnizar desde que se constituye en mora al acreedor o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención. Del artículo 1557 del C.C. se desprenden las siguientes consecuencias:

a) La constitución en mora es un requisito de toda indemnización, ya sea moratoria o compensatoria.

¹⁶⁹ El transporte es quizá el contrato en que más importantes han sido los límites a la responsabilidad contractual. Ello se debe a que este contrato en principio era aleatorio, sobre todo el marítimo. En cambio, en la actualidad el establecimiento de límites para la responsabilidad del porteador se justifica en los enormes costes –transferibles a los consumidores– que la falta de límites de responsabilidad podría acarrear para los porteadores. En el transporte multimodal los límites pueden ser fijados por las partes, aunque normalmente los fijará el operador de transporte multimodal, es decir, será fijado mediante un contrato de adhesión. Los límites son determinados directamente por la ley en los transportes marítimo (artículo 895 del C. de C.) y aéreo (por artículos 22 a 25 de la Convención de Varsovia, y 149 y 150 del C.Ae.). En el transporte terrestre los billetes impresos que entregan los empresarios con cláusulas limitativas de su responsabilidad a una determinada cantidad, no los eximen de indemnizar a los pasajeros y cargadores, con arreglo a las reglas que establece el Código de Comercio (artículo 229 del C. de C.).

b) La constitución en mora se exige siempre tratándose de obligaciones positivas, pero respecto de las negativas será suficiente la contravención.

La mora no sólo juega respecto del deudor en la indemnización de perjuicios, sino también puede producirse una mora de recibir por parte del acreedor. Estas dos clases de constitución en mora se abordarán a continuación.

31. Mora del deudor. La mora del deudor (*mora solvendi o mora debitoris*) es el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación que persiste después de la interpelación o unido al requerimiento de parte del acreedor.¹⁷⁰

Para parte de la doctrina la mora es sólo un requisito de la indemnización de perjuicios, por tanto, la *exceptio non adimpleti contractus* no es un requisito ni de la resolución ni de la ejecución forzada. Así, en caso de incumplimiento recíproco, el acreedor podría solicitar el cumplimiento forzado de la obligación a pesar de que no haya cumplido o no esté llano a cumplir con su obligación correlativa.¹⁷¹

A. Diferencia entre la mora, el retardo, el incumplimiento y la exigibilidad de la obligación. La distinción entre retardo y mora la consagra el artículo 1537 del C.C. al señalar que “*antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor*

¹⁷⁰ Para YÁÑEZ GONZÁLEZ es el deudor el que se constituye en mora y no el acreedor el que lo constituye en mora. El referido autor fundamenta esta posición en la expresión “*el deudor se ha constituido en mora*” utilizada en los artículos 1547.2º, 1550, 1557 y 1590 del C.C. De esta forma, para YÁÑEZ la constitución en mora no requiere de la intervención del acreedor, bastando el retardo del deudor. La interpelación sería una forma en que se deja constancia fehaciente de la constitución en mora. YÁÑEZ GONZÁLEZ, A., *La culpa y la mora*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, 1992, pp. 55 a 58.

¹⁷¹ PIZARRO WILSON, C., “La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno”, VARAS BRAUN y TURNER SÆLZER (coordinadores), en *Estudio de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005, p. 331.

en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena...”.

El retardo se encuentra unido a la exigibilidad en el sentido que sólo hay retardo desde que la obligación se hace exigible. De esta manera, si el deudor no cumple con la obligación después que la obligación se hace exigible hay retardo, pero no mora. Para que exista mora deben concurrir otros requisitos además del retardo.

Por otra parte, puede haber retardo sin que haya incumplimiento, como sucede cuando el cumplimiento de la obligación es imposible por caso fortuito. De esta forma, el retardo por sí solo no es suficiente para que haya mora, ni siquiera lo es para que se produzca un incumplimiento, ya que para que éste opere debe ser imputable al deudor.

32. Requisitos de la constitución en mora. Para que opere la mora deben concurrir las siguientes condiciones:

A. Retardo imputable en el cumplimiento de la obligación. Previo a la constitución en mora se producen las siguientes etapas:

- a) Exigibilidad de la obligación.
- b) Incumplimiento imputable.
- c) Retardo en el cumplimiento.
- d) Constitución en mora.

La obligación es exigible desde que se celebra el acto o contrato si es pura y simple o desde que el plazo o condición se han cumplido. Sin embargo, tan sólo si no se ha cumplido con la obligación en dicha época, hay retardo. Para que haya mora se requiere además que el incumplimiento sea imputable al deudor y que se le interpele.

B. Interpelación o intimación del acreedor.

C. El acreedor haya cumplido o esté llano a cumplir con su obligación correlativa. De tener la obligación como fuente un contrato bilateral para poder constituir al deudor en mora se requiere que el acreedor haya cumplido o esté llano a cumplir con su obligación correlativa (artículos 1552 y 1826 del C.C.). Ello por aplicación del principio de *la mora purga la mora*.

D. La obligación debe ser cierta, vencida y líquida. A continuación se analizará uno de

los requisitos fundamentales de la constitución en mora, la interpelación.

33. Interpelación o intimación del acreedor.

A. Concepto de interpelación o intimación del acreedor. La interpelación es el acto por el cual el acreedor hace saber a su deudor que considera que el retardo en el cumplimiento le está ocasionando perjuicios.¹⁷² No hay inconveniente alguno que por estipulación previa de las partes se elimine este requerimiento y se convenga en que la mora se produce por el solo retardo.

B. Clases de interpelación. El artículo 1551 del C.C. establece las siguientes tres clases de interpelación del acreedor:

1º. La interpelación judicial o reconvencción judicial.

Esta forma de interpelación constituye la regla general, conforme a la primera parte del artículo 1551.1º, N° 3 del C.C., que señala expresamente que “*el deudor está en mora: 3º. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor*”.

La reconvencción judicial es la única forma de constituir en mora al deudor, a menos de estipularse otra cosa, y el requerimiento notarial por receptor, por correo o de cualquier otra forma no produce ningún efecto. El legislador no definió al requerimiento judicial, pero se ha establecido que éste consiste en cualquier gestión que indique la intención de reclamar el retardo ante los tribunales. Sin embargo, la C.S. no considera la gestión preparatoria de la vía ejecutiva como un requerimiento judicial suficiente.

¹⁷² Para VON TUHR la intimación es el requerimiento hecho por el acreedor al deudor para que efectúe la prestación vencida. VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, tomo II, Editorial Reus, S. A., Madrid, España, 1999, p. 113. Para M. ALBALADEJO la mora es el retraso jurídicamente relevante en el cumplimiento de la obligación (que ni impide ni hace inútil el cumplimiento tardío) del que es responsable aquél. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, tomo II: *Derecho de Obligaciones*, volumen primero: *La obligación y el contrato en general*, Bosch Editor, S. A., novena edición, Barcelona, España, 1994, p. 174.

2º. La interpelación convencional expresa.

A. *Regulación de la interpelación convencional expresa.* Dicha interpelación la consagra el Nº 1º del artículo 1551.1º en virtud del cual “*el deudor está en mora, Nº 1 cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora*”.

Se llama interpelación contractual por cuanto en el contrato las partes han fijado el momento del cumplimiento, con lo cual se considera que el acreedor ha manifestado a su deudor que hasta esa fecha puede esperarlo, y después que se vence el plazo, el incumplimiento le provoca perjuicios. De esta manera, vencido el plazo al mismo tiempo se produce la exigibilidad de la obligación, el retardo en el cumplimiento y se constituye al deudor en mora.

B. *Ámbito de aplicación del Nº 1º del artículo 1551.1º del C.C.* El Nº 1º del artículo 1551.1º del C.C. utiliza la expresión “*término estipulado*”, lo que ha llevado a entender que la interpelación expresa sólo se aplica al plazo convencional –es decir, al que es consecuencia de un mutuo acuerdo–. En consideración a ello, esta clase de interpelación no se produce respecto de los siguientes plazos:

a) Al plazo fijado por el testador, ya que éste es unilateral y no convencional.

b) Al plazo en las obligaciones condicionales, debido a que la disposición no se refiere a la condición cumplida, sino al término estipulado, o sea al plazo.

c) Esta disposición no se aplica a los plazos en que la ley exige expresamente que se requiera al deudor para constituirlo en mora. De este modo, se exige requerimiento aun en caso que se estipule un plazo para el cumplimiento de la obligación, si la ley lo ordena. Así sucede en el arrendamiento de predios urbanos, que se rige por los artículos 3º de la Ley Nº 18.101 y 1949 del C.C., que exige requerimiento judicial.¹⁷³

¹⁷³ El artículo 3.1º de la Ley Nº 18.101, modificado por el artículo 1.2º de la Ley Nº 19.866, de 11 de abril del 2003, exige para los contratos de

Esta excepción no se aplica respecto de la cláusula penal a pesar de que la redacción del artículo 1538.1º del C.C. pareciera llevar a dicha conclusión. La referida norma señala que “*háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva*”. Para la mayoría de la doctrina la redacción de la norma precedente no puede llevar a concluir que en la cláusula penal, aun en caso de haberse estipulado la denominada interpelación expresa o contractual, se requiera de interpelación judicial para constituir en mora al deudor. Por tanto, a la cláusula penal, para la mayoría de la doctrina, se le aplica el Nº 1º del artículo 1551 del C.C.¹⁷⁴

3º. Interpelación convencional tácita.

Esta interpelación está establecida en el Nº 2º del artículo 1551 del C.C., que señala que “*el deudor está en mora, Nº 2º. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla*”.

Esta es una interpelación convencional tácita, ya que existe un verdadero plazo tácito o no expresado. Dicho plazo se desprende de la forma en que las partes han convenido el cumplimiento. De esta manera, si

arriendo mes a mes y en los de duración indefinida que el desahucio sea judicial o mediante notificación personal efectuada por un notario.

¹⁷⁴ Ello se debe, según ABELIUK, a que la C.R.C.C. desechó tal posibilidad contemplada en los Proyectos de BELLO de 1842 y 1847. Dichos proyectos seguían al *Code Civil*, para el cual el vencimiento del plazo no era suficiente para constituir al deudor en mora, ya que se requería de estipulación expresa de constitución en mora. De esta forma, para el Derecho francés se debía acordar que el vencimiento del plazo constituía en mora al deudor. Sin embargo, la C.R.C.C. a pesar de que modificó el artículo 1551 no hizo lo mismo con los artículos 1537 y 1538. Ello para ABELIUK y la mayoría de la doctrina fue un simple error. En contra, CLARO señalaba que la reforma de la C.R.C.C. al artículo 1551, que lo adaptó al *Code Civil*, no era de fondo, sino simplemente trataba de evitar una reiteración inútil. CLARO S., L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, volumen V: *De las obligaciones*, tomo undécimo, *De las obligaciones*: II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, pp. 741 a 745.

el cumplimiento del plazo es útil para el acreedor en determinada oportunidad y no en otra, se está frente al plazo tácito del artículo 1494 del C.C.

34. Efectos de la mora del deudor. Los principales efectos de la constitución en mora son los siguientes:

a) La constitución en mora da al acreedor el derecho a reclamar la indemnización de perjuicios, conforme al artículo 1557. Los perjuicios se deben en la indemnización compensatoria desde el incumplimiento, conforme al artículo 1672 del C.C., y en la indemnización moratoria desde la constitución en mora (artículo 1559.1º, Regla 1ª del C.C.).

b) En conformidad a los artículos 1547 y 1672 del C.C., la constitución en mora hace al deudor responsable del caso fortuito, salvo que éste hubiere sobrevenido igualmente si la cosa hubiere estado en poder del acreedor, en cuyo caso de todas formas deberá la indemnización moratoria. De este modo, la constitución en mora altera los efectos normales de la teoría de los riesgos, pasando los riesgos del cuerpo cierto cuya entrega se debe del acreedor al deudor, conforme al artículo 1550 del C.C.

c) La constitución en mora impide que el deudor pueda exigir el cumplimiento de la obligación correlativa en los contratos bilaterales. Ello se debe a que está claro que el deudor constituido en mora no ha cumplido ni está llano a cumplir con su obligación, por lo que no podrá exigir su derecho correlativo (artículos 1552 y 1826 del C.C.).

35. Momento preciso en que se produce la constitución en mora. Se discute si, en el supuesto del Nº 3º del artículo 1551 del C.C., la constitución en mora se produce al momento de la contestación de la demanda o al momento de su notificación. En los otros supuestos del artículo 1551 el problema no se plantea, ya que la constitución en mora se produce al vencer el plazo. En la interpelación judicial, la mayoría de los autores señala que dicho momento se fija al notificarse la demanda, porque sólo en

éste el deudor toma conocimiento que su retardo le causa perjuicio al acreedor. Sin embargo, esta discusión es infructuosa si se considera –como lo hace la mayoría de la doctrina– que la indemnización de perjuicios moratorios comprende los perjuicios debidamente acreditados que van desde el retardo a la constitución en mora.

Finalmente, el entender que la constitución en mora se produce en un momento o en otro tampoco afecta a la prescripción extintiva, ya que ésta se rige por las reglas de la interrupción de la prescripción.

36. Posibilidad del acreedor de interpelar de una forma diferente a las enumeradas en el artículo 1551 del C.C. En esta materia la doctrina está dividida, levantándose las siguientes posiciones:

A. Conforme a la tesis tradicional la enumeración del artículo 1551 del C.C. es taxativa o numerus clausus. Esta posición se sustenta en la expresión “en los demás casos”, utilizada en el artículo 1551.1º Nº 3º, en virtud de la cual la interpelación judicial es la regla general y se aplica a todos los casos no contemplados en los numerales anteriores. La mayoría de los autores, como ABELIUK o MEZA BARROS, sostienen esta posición.

B. Una segunda posición sostiene que existen en el ordenamiento jurídico otros casos de constitución en mora, diferentes a los indicados en el artículo 1551 del C.C. Dichos casos ponen en evidencia que existen otras formas de constitución en mora.¹⁷⁵ Conforme a esta posición, el autor o las partes de un acto jurídico pueden libremente crear formas de constitución en mora. Así, el artículo 16 de la LOCD asimila la mora al retardo al señalar: “el deudor de una operación de crédito de dinero que retarda el cumplimiento de su obligación, debe intereses corrientes desde la fecha del retardo y a las tasas que rijan durante ese retardo, salvo estipulación en contrario o que se haya pactado legalmente un interés superior”. Sin perjuicio de ello, en estas obligaciones por regla general

¹⁷⁵ De esta opinión era BARROS ERRÁZURIZ, para el cual los artículos 424 y 2330 del C.C. establecían formas de interpelación distintas a las señaladas en el artículo 1551 del C.C.

operará la interpelación convencional de los numerales 1º ó 2º del artículo 1551 del C.C., al contemplar un plazo expreso o tácito. Por otra parte, para los seguidores de la teoría tradicional, es decir, la tesis que la enumeración del artículo 1551 es *numerus clausus*, la palabra *retardo* del artículo 16 de la LOCD está mal utilizada, ya que debió usarse la expresión “mora”. En todo caso, el artículo 13 de la referida ley agrega que “*en las operaciones de crédito de dinero sin plazo sólo podrá exigirse el pago después de diez días contados desde la entrega. Esta regla no es aplicable a los documentos u obligaciones a la vista o que de cualquiera otra manera expresan ser pagaderos a su presentación*”. En consecuencia, la norma precedente establece un plazo legal. Lo mismo acontece con la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, que asimila la exigibilidad a la mora (artículos 26, 27, 39, 79 de la Convención).

37. Relación de la mora con la determinación de los perjuicios. Un problema interesante de estudiar es si el acreedor tiene derecho a demandar los perjuicios intermedios entre que la obligación se hizo exigible y la constitución en mora. FUEYO, resistiéndose a la tesis mayoritaria, es partidario de que el acreedor pueda demandar estos perjuicios. La objeción que se ha planteado a esta posición —que parece ser la más adecuada— es el tenor literal del artículo 1557 del C.C. Dicha disposición señala textualmente que “*se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención*”.

De este modo, la redacción de esta norma da la idea que la indemnización cubre los perjuicios sólo *desde* la constitución en mora, excluyendo los perjuicios que le preceden.

Sin embargo, el argumento precedente no es definitivo. Y a favor del rechazo de esta posición se pueden señalar los siguientes argumentos:

a) No es posible presumir el abandono o renuncia del acreedor a la indemnización

por estos perjuicios, por la simple demora en la constitución en mora.

b) La expresión “*desde que el deudor se ha constituido en mora*” utilizada por el artículo 1557 del C.C., equivale a señalar “se debe una vez que” y no hace referencia a un tiempo específico, sino solamente exige la constitución en mora como un requisito de la indemnización de perjuicios.

c) La constitución en mora no puede considerarse como un criterio para determinar los perjuicios, simplemente ella es la forma en que el acreedor da a conocer al deudor que la demora le provoca perjuicios. La posición contraria debería ir aparejada con la revisión de lo que jurídicamente se entiende por mora. El retraso en la constitución en mora no puede significar una “renuncia tácita de derechos personales”, y dicha posición se hace más difícil de aceptar en los casos de interpelación judicial en que la demora, en la constitución en mora del deudor, puede ser incluso involuntaria para el acreedor.¹⁷⁶

d) El artículo 1559, Regla 2ª señala que “*si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 2ª. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo*”. De esta manera, dicha norma utiliza la palabra *retardo*. La mayoría de la doctrina entiende que la palabra *retardo*, utilizada en la norma precedente, está mal empleada, y se debió usar la expresión *mora*. Sin embargo, ello no es de esta forma, ya que si bien para cobrar los intereses el deudor debe estar constituido en mora, los intereses deben contarse, conforme a lo sostenido, desde el retardo.

38. Mora del acreedor. La mora del acreedor —denominada también *mora accipiendi*— no está normada en el Código Civil de forma sistemática o general como la mora del deudor. La regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico

¹⁷⁶ Esta posición fue sostenida por FUEYO. FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, pp. 430 y 431.

está contemplada en disposiciones aisladas, como los artículos 1548, 1552, 1680, 1827 del C.C. de forma general y en los artículos 1598 y 1599, respecto del pago por consignación y la negativa frente al pago del acreedor por no comparecencia o repugnancia.

A. *Concepto de mora del acreedor.* La mora del acreedor es la negativa o no comparecencia del acreedor a recibir la prestación del deudor. FUEYO define la mora del acreedor como el retraso del cumplimiento motivado por la falta de cooperación indispensable del acreedor, o bien su negativa a la aceptación de la prestación que le ofrece el deudor.¹⁷⁷

Las disposiciones fundamentales del Código Civil que regulan esta figura señalan lo siguiente:

“Artículo 1548. *La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la*

entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

Artículo 1680. *La destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo.*

Artículo 1827. *Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave”.*

Conforme a estas normas, existiendo mora de recibir se altera la responsabilidad del deudor.

Por otra parte, la mora del acreedor se asimila al retardo en la recepción de la cosa, de acuerdo al artículo 1680 del C.C., es decir, no se requiere de interpelación. Sin embargo, para la mayoría de los autores, la referida disposición confundiría la mora con el retardo. Así, la oferta de pago del deudor sería la forma de interpelación.

39. Requisitos para la constitución en mora del acreedor:

a) Que al deudor le sea lícito ejecutar la prestación, es decir, que la prestación no sea imposible de cumplir.

b) Que el cumplimiento ofrecido sea efectivo, completo y conforme a la obligación. Este requisito se analizará en los modos de extinguir las obligaciones, específicamente en el pago.

c) Falta de la aceptación o recepción de la cosa por parte del acreedor o la omisión de su cooperación indispensable para consumir el cumplimiento.

40. Efectos de la mora del acreedor. Los principales efectos de la constitución en mora del acreedor son los siguientes:

a) Descarga al deudor del cuidado ordinario de la cosa y le hace responsable sólo del dolo o la culpa grave. A esta materia se refieren los artículos 1548, 1680 y 1827 del C.C., que regulan la destrucción de la cosa o su deterioro.

b) El acreedor negligente debe reparar los perjuicios a favor del deudor diligente,

¹⁷⁷ FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992, p. 441. Para BUSTAMANTE, ésta se desprendería claramente de los artículos 1486, 1502, 1521 y 1672 del C.C. y ella sería fundamental para acreditar los perjuicios. De este modo, la *aestimatio rei*, aunque siempre es necesaria una estimación del daño, equivaldría a la prestación y por ello no es necesario probarla, es decir, en principio se presume. En otras palabras, el daño se presume del incumplimiento, independientemente de la determinación del *quantum*. En cambio, en la *id quod interest* se hace indispensable acreditar el daño y la relación de causalidad entre incumplimiento y daño. En este sentido, la *aestimatio rei* se presentaría como autónoma con relación a los otros daños. Por otra parte, desde la perspectiva de la doctrina tradicional chilena en caso de imposibilidad absoluta de la ejecución imputable al deudor, la *aestimatio rei* se transforma en la *id quod interest*. Conforme a la posición sostenida tradicionalmente en esta materia, no extingue la obligación, la que simplemente modificaría su objeto. Esta distinción, sin embargo, es desconocida por nuestro Derecho, salvo por algunos autores como BARAONA G. Esta distinción, destaca BUSTAMANTE, es propia sólo de la responsabilidad contractual en la que hay una obligación previa. BUSTAMANTE SALAZAR, L., “Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños y perjuicios”, VARAS BRAUN y TURNER SAEZLER (coordinadores), en *Estudio de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LexisNexis, Valdivia, Chile, 2005, pp. 107 y 108.

puesto que el acreedor está en mora. Así, el acreedor deberá restituir al deudor los gastos incurridos en la conservación de la cosa, conforme al artículo 1827 del C.C. Si el deudor sufre un perjuicio pecuniario producto de la mora del acreedor, éste debe indemnizar los perjuicios que ha ocasionado al deudor.

c) La constitución en mora del acreedor no libera o exonera al deudor del cumplimiento de la obligación (artículos 1598 y 1599 del C.C.).

41. Efectos de la cesación de la mora. La cesación de la mora no está regulada directamente por el Código Civil, pero la doctrina está de acuerdo en señalar las siguientes causales de término de la mora:

a) Por el cumplimiento integral de la obligación. Al respecto, se debe distinguir si los efectos anteriores al cumplimiento persisten o no. Así, la indemnización moratoria nacida con anterioridad al cumplimiento de la obligación persiste. Además, el cumplimiento deberá efectuarse mediante pago por consignación, de estar constituido el acreedor en mora de recibir, si no se produce lo que en doctrina se conoce como la perpetuación de la obligación por mora.

b) Por renuncia del derecho del acreedor, conforme a las reglas generales (artículo 12 del C.C.).

42. Perjuicios. Los daños o perjuicios pueden definirse como el deterioro que sufre una persona en su patrimonio, sea real o efectivo (daño emergente), sea que se lo prive de una ganancia futura (lucro cesante).

Algunos autores, como BUSTAMANTE, inspirados en cierta doctrina del Derecho comparado diferencian en ciertos perjuicios, que se exigirían mediante el cumplimiento forzado, y otros que se deben demandar mediante una indemnización de perjuicios propiamente tal. Así, para BUSTAMANTE se hace necesario separar la *aestimatio rei* o equivalente pecuniario de la *id quod interest* o indemnización de perjuicios propiamente tal. El primer criterio se determina conforme al valor de la prestación –criterio independiente de la indemnización de perjuicios–;

en cambio, el segundo determina el *quantum* de la indemnización de perjuicios por un eventual y frustrado interés subjetivo insatisfecho.¹⁷⁸

Las consecuencias prácticas de la distinción precedentes son claras e importantes. La más relevante es que no toda obligación incumplida da lugar a una indemnización de perjuicios y el campo de aplicación del cumplimiento forzado se extiende a los casos en que se aplica la *aestimatio rei*, es decir, en la medida que los perjuicios se subrogan a la prestación.¹⁷⁹ Por otra parte, también se afecta la regla en virtud de la cual en las obligaciones de dar sólo es posible exigir el cumplimiento forzado y sólo subsidiariamente la resolución con indemnización de perjuicios.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Esta posición también está adquiriendo fuerza en el Derecho francés, en el cual algunos autores han visto la necesidad de reemplazar el cumplimiento forzado por la *aestimatio rei*. Así, la sanción al incumplimiento de una obligación contractual sería el cumplimiento por equivalencia, más que el cumplimiento forzado. Como señala BUSTAMANTE, para parte de la doctrina estaríamos frente a un incumplimiento relativo de las obligaciones.

¹⁷⁹ Así, tenemos que de demandar el vendedor, a través del cumplimiento forzado, el valor de la cosa ante la imposibilidad de obtener la restitución, no se deben acreditar los perjuicios, como sí acontece si se demanda la resolución con indemnización de perjuicios compensatoria.

¹⁸⁰ La adopción de esta posición, para algunos autores franceses, como señala LARROUMET, llevaría al término de la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Incluso LARROUMET llega a entender que, en realidad, la única consecuencia del incumplimiento en la responsabilidad contractual es el cumplimiento por equivalencia. LARROUMET, Christian, “A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente”, en Cuadernos de Análisis Jurídicos. Colección de Derecho Privado, tomo I: *Temas de responsabilidad civil*, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2004, p. 18. En realidad, el reto que esta posición plantea es la determinación del límite entre el cumplimiento por equivalencia y el resarcimiento del daño. AGUAD D., y PIZARRO W., Carlos, “Obligaciones y responsabilidad civil”, Comentarios de jurisprudencia, en *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, edición N° 4, 2005, pp. 185 a 211.

No obstante que las consencuencias prácticas de esta distinción no son menores, no se puede dejar de lado que nuestra doctrina no hace la distinción precedente.

43. Clases de perjuicios. Los perjuicios admiten las siguientes clasificaciones:

A. Perjuicios compensatorios y moratorios, que corresponden a la clasificación de la indemnización de perjuicios.

B. Perjuicios ciertos y eventuales. Solamente son indemnizables los perjuicios ciertos por la relación de causa-efecto entre el incumplimiento y el daño imputable.

C. Perjuicios directos e indirectos.

a) Los perjuicios directos son aquellos que constituyen una consecuencia inmediata y/o directa del incumplimiento de la obligación. Se clasifican en perjuicios previstos e imprevistos. Los perjuicios previstos, según el artículo 1558 del C.C., son los que se previenen o pudieron preverse al tiempo del contrato; los imprevistos serán los que no están en dicha situación.

b) Los perjuicios indirectos son aquellos en que el incumplimiento es sólo una causa remota y el perjuicio proviene directamente de otras causas extrañas.

Por último, en esta materia se debe tener presente que los perjuicios que la ley señala como indemnizables pueden ser modificados por las partes.

D. Daño material y moral. En esta materia me remito a lo ya señalado.¹⁸¹

E. Daño emergente y lucro cesante.

44. Daño emergente y lucro cesante. Esta distinción la contempla expresamente el artículo 1556 del C.C. en los siguientes términos:

“Artículo 1566. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptuándose los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.

En consecuencia, se debe indemnizar tanto el lucro cesante como el daño emergente. En el Código Civil no se definió lo que se entiende por daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*), sin perjuicio de ello existe consenso en la doctrina respecto de las definiciones de estos términos. De esta forma, el daño emergente es el empobrecimiento real o efectivo que sufre el patrimonio del acreedor. Se le llama emergente porque emerge del incumplimiento. Por otra parte, el lucro cesante es la utilidad que el acreedor dejó de percibir por el incumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación. El lucro cesante puede ser excluido de la indemnización por la propia ley, como ocurre, por ejemplo, en los artículos 1930.5º y 1933.2º del C.C. respecto del arrendatario y el arrendador, respectivamente, o la voluntad de las partes.

Finalmente, en torno a la clasificación de los perjuicios debe estarse a lo señalado al tratar el daño en la responsabilidad extracontractual.¹⁸²

45. Prueba de los perjuicios. Conforme a la regla general del artículo 1698.1º del C.C. corresponde probar la obligación a quien la alega. En consecuencia, al acreedor le corresponderá acreditar los perjuicios, salvo que se presuman. No es necesario acreditar los perjuicios en los siguientes supuestos:

a) En la cláusula penal no es necesaria la prueba de los perjuicios y el deudor no podrá eximirse de responsabilidad acreditando la falta de ellos.

b) En las obligaciones de dinero, si el acreedor sólo cobra intereses no está obligado a probar los perjuicios.

46. Juicio indemnizatorio y evaluación de perjuicios. Para fijar las reglas procesales en torno a la indemnización de perjuicios se debe hacer la siguiente distinción:

a) El derecho a la indemnización.

b) Especie y monto de dicha indemnización.

¹⁸¹ Vid. *supra* Nº 29, § 3, capítulo VII, tomo II.

¹⁸² Vid. *supra* Nº 27, § 3, capítulo VII, tomo II.

Pero, además, es necesario referirse a las formas de evaluación y determinación de los perjuicios. La evaluación de los perjuicios puede ser de tres clases:

A. *Avaluación judicial. Es aquella que se efectúa por los tribunales, con los elementos probatorios que se le proporcionan.*

B. *Avaluación legal. Es la que hace la ley directamente en las obligaciones de dinero.*

C. *Avaluación convencional anticipada. Es la que las partes efectúan antes del incumplimiento por medio de una cláusula penal. A continuación se analizarán estas formas de evaluación de los perjuicios.*

47. Avaluación judicial de los perjuicios. Esta evaluación es practicada por los tribunales de justicia con posterioridad al incumplimiento de la obligación. Dicha evaluación se efectúa en las siguientes etapas:

a) Se debe decidir si procede la indemnización. Esta etapa existe en cualquier evaluación de perjuicios y siempre es judicial, en ella debe acreditarse si ha habido incumplimiento imputable y mora del deudor.

b) Se debe determinar qué perjuicios son indemnizables dentro de las varias categorías.

c) Se debe determinar el monto de cada uno de los perjuicios, operación prudencial que se sujeta a la prueba rendida.

Estas dos últimas etapas existen sólo en la evaluación judicial. En la cláusula penal se encuentran determinados de antemano la existencia, naturaleza y monto de los perjuicios. En la cláusula penal el juez se limitará a aplicar lo acordado por las partes. En todo caso, se debe tener presente que la regla general es la evaluación judicial.

48. Avaluación legal de los perjuicios.

A. *Regulación de la evaluación legal de los perjuicios.* A la evaluación legal de los perjuicios se refiere el artículo 1559 del C.C., señalando que “si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1ª. *Se siguen debiendo los intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su*

fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

2ª. *El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo.*

3ª. *Los intereses atrasados no producen interés.*

4ª. *La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.*

B. *Ámbito de aplicación del artículo 1559 del C.C.*

En consecuencia, la evaluación legal se limita a las obligaciones de dinero. Esta regulación exclusiva a las obligaciones de dinero se debe a que éstas presentan las siguientes características con relación a los perjuicios:

a) En las obligaciones de dinero, el perjuicio por el incumplimiento es evidente, dados los múltiples usos que el dinero tiene —a lo menos, el dinero es generador de intereses—, por ello, es lógico presumir a los intereses como perjuicios.

b) En las obligaciones de dinero no existe indemnización compensatoria, por la razón que ésta es precisamente la suma de dinero que equivale al cumplimiento íntegro de la obligación. Si una persona debe dinero y no paga, el acreedor lo ejecutará embargando bienes suyos suficientes, sacándolos a remate y pagándose en definitiva con una suma de dinero. En consecuencia, la indemnización compensatoria se confunde con la obligación principal.

Antes de analizar el artículo 1559 del C.C., es necesario tratar algunos aspectos relacionados con los intereses.

49. Concepto de intereses. Los intereses son la renta que produce un capital tratándose de operaciones de crédito de dinero. Los intereses se rigen por la LOCD y se presume que el capital devenga intereses corrientes que se calculan sobre el capital reajustado o no reajustado.¹⁸³

¹⁸³ Como se analizó al abordar el contrato de mutuo, tanto el mutuo del Código Civil como el de las operaciones de crédito de dinero tienen como elemento o cosa de su naturaleza el no ser reajustables; sólo en virtud del derogado D.L. N° 455 las operaciones de mediano y largo plazo eran reajustables.

50. Clasificación de los intereses. Son múltiples las clasificaciones de los intereses, pero los intereses más relevantes son los siguientes:

A. *El interés legal o corriente.* En la actualidad, conforme al artículo 19 de la LOCD, el interés legal es el interés corriente y éste es la regla general.

El interés corriente es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidos en Chile para las operaciones que realicen en el país. Dicho interés lo fija mensualmente la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, respecto de las operaciones reajustables y no reajustables. Así lo establece el artículo 6.1º de la LOCD al señalar que *“interés corriente es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país, con exclusión de las comprendidas en el artículo 5º. Corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras determinar las tasas de interés corriente, pudiendo distinguir entre operaciones en moneda nacional, reajustables o no reajustables, en una o más monedas extranjeras o expresadas en dichas monedas o reajustables según el valor de ellas, como asimismo, por el monto de los créditos, no pudiendo establecerse más de dos límites para este efecto, o según los plazos a que se hayan pactado tales operaciones”*.

B. *Máximo interés reconventional.* Es el máximo interés que puede estipularse y no puede ser superior al cincuenta por ciento del interés corriente; en caso de contravención, dicho interés se rebaja al interés corriente (artículo 6.3º de la LOCD).

51. Análisis del artículo 1559 del C.C. Las reglas de evaluación contenidas en el artículo 1559 del C.C. se pueden sintetizar de la siguiente forma:

A. *La indemnización de perjuicios se traduce en el pago de intereses.* Los intereses convencionales, conforme a la Regla 1ª del artículo 1559.1º del C.C., se siguen debiendo si se ha pactado un interés superior al legal o empiezan a deberse los intereses legales en caso contrario. En consecuencia, la in-

demnización de perjuicios moratoria se traduce en el pago de intereses.

Algunos aspectos a destacar respecto de los intereses:

a) Los intereses se deben desde la constitución en mora.

b) El deudor debe pagar los intereses de acuerdo a las siguientes reglas:

i) Si las partes han estipulado intereses para la obligación no cumplida y son superiores al interés corriente, se continúan devengando los intereses convenidos.

ii) Si no hay intereses convenidos o los estipulados son inferiores a los legales o corrientes comenzarán a deberse estos últimos.

B. *Si el acreedor cobra únicamente intereses no requiere probar los perjuicios.* Para la mayoría de la doctrina, a pesar de la redacción de la Regla 2ª del artículo 1559.1º del C.C., que se refiere al retardo en lugar de la mora, por aplicación de la Regla 1ª se entiende que se deben los intereses desde la constitución en mora. Pero conforme a lo sostenido por FUEYO, es posible argumentar lo contrario.

C. *El anatocismo no se presume.* La palabra anatocismo proviene del griego *ana* y *tokos* que significan “repetición de cosa producida o generada”. El anatocismo consiste en que los intereses devengados por el crédito y no pagados por el acreedor se capitalizan y devengan a su vez nuevos intereses. En definitiva, el anatocismo es el interés sobre el interés.

El anatocismo, después de la derogación del artículo 2201 del C.C. por la LOCD, que lo prohibía en el mutuo, estaría permitido de acuerdo al principio de libertad contractual.

En las operaciones de crédito de dinero, de acuerdo al artículo 9.2º de la LOCD, se presume el anatocismo, salvo de establecerse expresamente lo contrario. Sin embargo, para los demás casos de intereses, que no provengan de intereses de operaciones de crédito en dinero, rige el artículo 1559.1º, Regla 3ª del C.C., en virtud del cual los intereses atrasados no producen interés.

Esta limitación sólo alcanza a la evaluación legal, debido a que sólo se refiere a

los intereses penales y no a la avaluación judicial ni a la convencional; entonces, las partes pueden pactar libremente el anatocismo.

En resumen, el anatocismo sería un elemento de la naturaleza de las operaciones de crédito de dinero y accidental, de las operaciones que no se rijan por la referida ley.

D. Las rentas, cánones y pensiones periódicas no devengan intereses. Las reglas anteriores, conforme a la Regla 4ª del artículo 1559.1º del C.C., se aplican a toda especie de renta, cánones y pensiones periódicas.

E. Estipulación de las partes. Las partes podrán modificar las reglas del artículo 1559 del C.C., fijando intereses por mora o simple retardo mediante una cláusula penal que no tiene otro límite máximo que el señalado en la ley para los intereses. También podría estipularse que se indemnizen toda clase de perjuicios.

52. Avaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal. El artículo 1535 del C.C. define la cláusula penal como *“...aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”*.

53. Generalidades en torno a la avaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal. El nombre cláusula penal puede inducir al equívoco de creer que ella sólo puede estipularse en el contrato cuyas obligaciones está garantizando. Ello será lo usual, pero nada impide que se pacte la cláusula penal en un documento separado o incluso con posterioridad a la celebración del contrato principal. En este último caso, se debe tener presente lo señalado en el artículo 1647 del C.C.: *“si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde*

que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal”.

A pesar de que de la definición del artículo 1535 del C.C. pareciera entenderse que sólo el deudor puede sujetarse a la pena, no hay inconveniente que a ella se sujete un tercero extraño. Ello se debe a que el artículo 1535 del C.C. se refiere a una persona, sin precisar su calidad. La misma conclusión se desprende del artículo 1472 del C.C., referido a las obligaciones naturales, que señala que *“las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán”*.

54. Ámbito de aplicación de la cláusula penal; obligaciones que pueden garantizarse con cláusula penal. Cualquier obligación es susceptible de garantizarse con la estipulación de una pena, sea de dar, hacer o no hacer, emane de un contrato o cuasicontrato, de un delito o cuasidelito o de la ley, sea pura y simple o sujeta a modalidad, determinada o indeterminada, líquida o ilíquida, civil o natural, etc. Ello sin perjuicio que el artículo 1535 del C.C. no se refiere a las obligaciones de no hacer; pero conforme a la mayoría de la doctrina, no existe inconveniente en pactar la cláusula penal como garantía de una obligación negativa.

Tratándose de obligaciones naturales, se deben hacer las siguientes distinciones:

a) Si se ha sujetado a la pena el propio deudor.

En dicho caso, si se trata de una cláusula penal que accede a una obligación civil, que después degenera o se desvirtúa en natural, también será considerada como natural. Para SOMARRIVA, la pena también adquiere dicho carácter por aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

b) Si se sujeta a la pena un tercero.

Para que la obligación tenga carácter de obligación civil, es necesario que el tercero se obligue cuando la obligación principal ya

es natural. Así se desprende del artículo 1472 del C.C.¹⁸⁴

55. Características de la cláusula penal. Las principales características de la cláusula penal son las siguientes:

a) Es una garantía o caución personal. Así se desprende de los artículos 1537, 1542 y 1543 del C.C.

En virtud del artículo 1537 del C.C. se permite al acreedor en ciertos casos exigir el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena. El artículo 1542 autoriza a exigirla, aunque no haya perjuicios, y el artículo 1543 permite solicitar la indemnización judicial de perjuicios, al mismo tiempo que la pena. Todas estas disposiciones sólo se explican considerando a la pena como una garantía personal. Como destacaba SOMARRIVA, si se estima a la cláusula penal como una simple indemnización de perjuicios, los efectos a los que se refieren los artículos 1537, 1542 y 1543 del C.C. serían un absurdo.

Sin perjuicio de ello, para poder exigir la pena deben concurrir los requisitos de la indemnización ordinaria. Al ser la pena una garantía personal, si un objeto o si una especie o cuerpo cierto sale del patrimonio del deudor, el acreedor no tendrá derecho de persecución.

b) La cláusula penal puede ser, como señala el artículo 1535, moratoria o compensatoria.

c) Es accesoria.

Ello es una consecuencia de ser la cláusula penal una caución, pero además de ser accesoria es condicional, ya que depende de un hecho futuro e incierto, como lo es el incumplimiento. Así se desprende del artículo 1535 del C.C.

Consecuencia de que sea accesoria es que extinguida la obligación principal se extingue la cláusula penal. De esta forma, la acción para exigir el pago de la pena, conforme al artículo 2516, prescribirá conjuntamente con la obligación principal. Ello no quiere decir que la pena no pueda extinguirse independientemente de la obligación principal. A su vez, de acuerdo

al artículo 1536 del C.C., la nulidad de la obligación principal trae aparejada la de la pena.

d) Es una evaluación anticipada y convencional de los perjuicios.

En consecuencia, el acreedor, conforme al artículo 1542 del C.C., no está obligado a probar los perjuicios en virtud de la cláusula penal.

e) Su nacimiento no está sujeto a solemnidad, su carácter consensual se desprende del hecho que la ley no haya establecido solemnidad alguna para su estipulación. En todo caso, en materia probatoria rigen las limitaciones a la prueba, establecidas en los artículos 1708 y siguientes del C.C.

56. La cláusula penal en la estipulación a favor de otro y en la promesa de hecho ajeno. La característica de la accesoriedad de la cláusula penal está vinculada a la estipulación a favor de otro y a la promesa de hecho ajeno. El artículo 1536.2º y 3º del C.C., refiriéndose a estas figuras, consagra dos reglas que por su redacción parecen ser excepcionales. Así, los referidos incisos parecieran indicar que no obstante ser nula la obligación principal, la cláusula penal tendrá valor. Ello no es exacto ni en la estipulación a favor de otro ni en la promesa de hecho ajeno. A continuación se analizarán las razones de ello:

A. La cláusula penal y la estipulación a favor de otro. A esta figura se refiere el artículo 1449 del C.C. y a su relación con la cláusula penal, el artículo 1536.3º del C.C. La última de dichas normas señala expresamente que “*lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido*”.

Esta disposición establecería una excepción aparente a la accesoriedad de la cláusula penal, ya que de la redacción del artículo 1449 del C.C. se desprende que sólo el tercero beneficiario puede reclamar al promitente lo estipulado, no así el estipulante.¹⁸⁵ De ello se desprende la ventaja de

¹⁸⁴ Vid. *supra* Nº 52, § 5, capítulo I, tomo III.

¹⁸⁵ Vid. *supra* Nº 41, § 3, capítulo I, tomo II.

pactar una cláusula penal en la estipulación a favor de otro, por cuanto en virtud de ella el estipulante podrá compeler al promitente a cumplir lo estipulado. Señalado de otro modo, el estipulante puede demandar la pena al promitente que no cumple con el beneficiario al igual que la promesa de hecho ajeno. De esta forma no hay una nulidad de obligación principal, sino que sencillamente el promitente contrae dos obligaciones:

a) Con respecto al beneficiario, se obliga a cumplir con lo estipulado.

b) Con respecto al estipulante, se obliga a pagar la pena en caso de incumplimiento.

B. La promesa de hecho ajeno y la cláusula penal. A aquella figura se refiere el artículo 1450 del C.C. y su relación con la cláusula penal se rige por el artículo 1536.2º del C.C. La última de dichas normas señala expresamente que *“con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta del consentimiento de dicha persona”*.

De la redacción de los artículos precedentes no se puede concluir que sería válida la cláusula penal que cauciona una obligación principal nula.¹⁸⁶ En la promesa de hecho ajeno, como el contratante promitente no obtuvo la ratificación del tercero, el acreedor puede exigirle al promitente la indemnización de perjuicios. De este modo, no se puede entender que la cláusula penal sea válida. En realidad, la cláusula penal reemplaza a la indemnización de perjuicios; ello se debe a que tanto la cláusula penal como la indemnización acceden a la promesa de hecho ajeno, pero no al acto prometido.

57. La cláusula penal en los esponsales. Los esponsales están regulados en el artículo 99 del C.C. SOMARRIVA señala que la

¹⁸⁶ Vid. *supra* Nº 47, § 3, capítulo I, tomo II. Este es uno de los innumerables casos en que el Código Civil califica erradamente una ineficacia al utilizar la palabra *valdrá*, que es propia de un vicio de nulidad. Vid. *infra* Nº 5, § 2, capítulo III, sección 1ª, tomo III y *supra* Nº 123, § 6, capítulo I, sección 1ª, tomo III.

multa en los esponsales puede considerarse como una excepción al principio según el cual no produciendo efecto la obligación principal, tampoco lo genera la cláusula penal. Ello se debe a que los esponsales, según el artículo 98 del C.C., no producen obligación alguna ante la ley. En consideración a ello debería poder exigirse la repetición de lo dado o pagado en virtud de la multa, ya que los esponsales no generan obligación alguna, pero la solución contraria es la acogida por una clara razón de equidad. Por ello, la equidad justificaría la alteración de la regla de la accesoriedad en cuanto a la retención de la multa en los esponsales.

58. Diferencia entre la cláusula penal y la fianza. Si es un tercero el que se sujeta a la pena, la cláusula penal se asemeja a la fianza; sin embargo, es posible destacar entre ambas cauciones las siguientes diferencias:

a) La pena puede consistir en un dar, hacer o no hacer. En cambio, la fianza consistirá siempre en una obligación de pagar una suma de dinero, conforme al artículo 2343 del C.C.

b) El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el deudor principal, según el artículo 2344 del C.C., mientras que la pena puede exceder hasta no más del duplo de la obligación principal, conforme al artículo 1544 del C.C.

59. Efectos de la cláusula penal. Para que la cláusula penal pueda exigirse, conforme al artículo 1537 del C.C., el deudor debe estar constituido en mora. Además, el incumplimiento debe ser culpable, ya que si hubo caso fortuito la obligación principal se extingue y con ella la pena, dado su carácter accesorio. A su vez, conforme la norma precedente, el acreedor puede demandar la obligación principal o la pena, pero no ambas a la vez. Así, el artículo 1537 del C.C. dispone que *“antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su*

arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal”.

A. *El acreedor puede optar libremente entre el cumplimiento forzado o la resolución, y la indemnización de perjuicios compensatoria o la pena.* El acreedor podrá optar entre el cumplimiento forzado de la obligación, por una parte, o entre la resolución y la indemnización de perjuicios o la pena, por la otra.¹⁸⁷

La elección en cualquiera de los dos casos precedentes es del acreedor y no del deudor, éste por tanto no podrá pretender liberarse de la obligación, por ejemplo, ofreciendo pagar la pena. El hecho de pactar una cláusula penal no es óbice para que, en caso de incumplimiento, el acreedor, haciendo uso de la acción resolutoria, no demande la pena sino la indemnización de perjuicios u opte por el cumplimiento forzado de la obligación. En consecuencia el acreedor, en virtud de la cláusula penal, pasa a tener un derecho adicional.

1º. Algunos aspectos a analizar respecto de la elección del acreedor entre la obligación principal y la pena.

La cláusula penal es una disposición excepcional y especialmente eficiente en las obligaciones de dar, ya que por regla general el acreedor no tiene el derecho alternativo a solicitar el cumplimiento forzado de la obligación o resolución con indemnización de perjuicios compensatoria. Así, en las obligaciones de dar, el acreedor solamente podrá demandar la resolución con indemnización de perjuicios compensatoria cuando el cumplimiento de la obligación principal fuera imposible.¹⁸⁸ Así, una de las principales utilidades de la cláusula penal para el acreedor consiste en que, en las obligaciones de dar, puede demandar el cumplimiento forzado o la pena.

¹⁸⁷ El *Code Civil* establece una solución diferente a la del Código Civil chileno, ya que pactada una pena el acreedor se ve en la necesidad de exigirla, no pudiendo demandar la indemnización de perjuicios.

¹⁸⁸ *Vid. supra* N° 14, § 2, capítulo II, sección 1ª, tomo III.

Es más, excepcionalmente se puede demandar la obligación principal y la pena, conforme al artículo 1537 del C.C. Estas excepciones son las siguientes:

a) De estipularse la pena por el simple retardo puede demandarse además la obligación principal.

En realidad este supuesto no es excepcional, ya que la pena no reemplaza a la indemnización compensatoria, sino a la moratoria. De esta forma, lo que no podrá demandarse, en este caso, si el acreedor opta por la cláusula penal, es la indemnización de perjuicios moratoria.

b) Aun cuando la pena sea compensatoria puede exigirse conjuntamente con la obligación principal, si se ha estipulado que con su pago no se entiende extinguida la obligación principal.

El legislador, a diferencia del supuesto anterior, exige pacto expreso. Dicha exigencia se basa en que la responsabilidad del deudor se agrava sensiblemente al poder demandar el acreedor la obligación principal y la pena compensatoria. En realidad, en esta situación se puede distinguir el carácter de garantía de la cláusula penal, ya que el deudor se cuidará de cumplir con la obligación principal para no verse además obligado a la pena, o sea, a un pago doble.

c) En la transacción, conforme al artículo 2463 del C.C., si se ha estipulado alguna pena contra el que deja de ejecutar la transacción habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes. En otras palabras, en la transacción el acreedor puede solicitar el cumplimiento forzado de la obligación y la pena.

2º. Algunos aspectos a analizar respecto de la elección del acreedor entre la indemnización de perjuicios o la pena.

El acreedor, salvo pacto expreso, no puede solicitar conjuntamente la pena y la indemnización de perjuicios, sino cualquiera de las dos a su arbitrio. Si los perjuicios realmente sufridos son mayores que la pena, el acreedor tiene el derecho a demandar la indemnización ordinaria, para lo cual él deberá optar conforme a lo que más le convenga. En el análisis que haga el acree-

dor deberá considerar que, si bien la pena puede ser menor que el daño real, en la cláusula penal no es necesario acreditar perjuicios. En cambio, la acreditación de perjuicios será un requisito indispensable para el éxito de la acción de indemnización de perjuicios. Sin embargo, para exigir la cláusula penal deben cumplirse los otros requisitos de la indemnización de perjuicios, como la constitución en mora. La posibilidad de acumular la pena y la indemnización de perjuicios, aunque excepcional, confirma el carácter de garantía que tiene la cláusula penal.

B. Análisis si puede demandarse adicionalmente a la pena una indemnización complementaria por los perjuicios no cubiertos por la pena. La doctrina y jurisprudencia han discutido si es posible demandar la cláusula penal y los perjuicios no comprendidos en la pena conjuntamente. La jurisprudencia ha negado esta posibilidad y de solicitarse la cláusula penal y la indemnización de perjuicios sólo se acoge la primera pretensión, ya que es incompatible solicitar ambas. El legislador rechaza el que pueda solicitarse al mismo tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, porque se produciría un doble pago. Sin embargo, excepcionalmente se admite dicha posibilidad si las partes lo hubiesen pactado expresamente, según el artículo 1543 del C.C.

C. Cumplimiento parcial de la obligación y la pena. Si la obligación principal se cumple parcialmente, la pena se rebaja de manera proporcional. Así se desprende de la frase del artículo 1539 del C.C. que señala que “...el acreedor acepta esa parte...”. El fundamento de esta disposición está en el principio de la integridad del pago, conforme al cual el acreedor no está obligado a aceptar el pago por parcialidades (artículo 1591 del C.C.). La solución adoptada por el artículo 1539 del C.C. chileno es más equitativa que la establecida en el Código napoleónico. En el *Code* la rebaja queda entregada al criterio del tribunal.¹⁸⁹ Pero puede suceder que la

cláusula penal sea indivisible –como si se estipula a modo de cláusula penal la entrega de una obra o un cuadro–; en dicho caso no se aplica el artículo 1539 del C.C., ya que la cláusula penal no puede rebajarse proporcionalmente. En este supuesto, la solución adoptada por el Código napoleónico parece ser mejor. Sin perjuicio de ello, el juez chileno ante un vacío de ley deberá recurrir al espíritu general de la legislación y la equidad natural.

D. Pluralidad de deudores y cláusula penal. La pluralidad de deudores se puede producir en los siguientes casos:

1º. Obligaciones simplemente conjuntas e indivisibles.

De existir varios deudores, de producirse incumplimiento de la obligación, se debe determinar a qué deudor puede exigírsele la pena. El artículo 1540 del C.C. soluciona este problema refiriéndose al caso que existan varios herederos del deudor. CLARO S. extendía la aplicación de este artículo a la concurrencia de una pluralidad de deudores. De esta forma, en caso de existir pluralidad de deudores, conforme al artículo 1540 del C.C., se debe distinguir si la obligación caucionada es divisible o indivisible en los siguientes términos:

a) La obligación caucionada con cláusula penal es divisible.

En dicho caso también lo será la cláusula penal (artículo 1540.1º del C.C.). De esta manera, si tres deudores se obligan a entregar 300 kilos de trigo bajo la pena de \$ 100.000 y uno de ellos no cumple, el acreedor sólo podrá cobrarle la pena de \$ 33.333 a dicho deudor incumplidor y nada a los otros.

b) La obligación caucionada con cláusula penal es indivisible.

En dicho caso, la cláusula penal se ha estipulado con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago. De esta forma, si uno de los deudores o herederos del deudor ha impedido el pago total, puede exigirse a éste el total de la

¹⁸⁹ Igual solución adopta el artículo 1154 del C.C. español, que señala que “el juez modificará equita-

tivamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”.

pena o a cada uno de los otros sus respectivas cuotas, quedándoles a salvo su recurso contra el infractor (artículo 1540.2º y 3º del C.C.). En este supuesto el acreedor dispone de dos acciones, una contra el infractor por el total y otra contra los otros por sus cuotas. Ello conforme al artículo 1533.2º del C.C., según el cual si por un hecho o culpa de uno de los deudores de una obligación indivisible se ha hecho imposible su cumplimiento, éste será sólo responsable de los perjuicios. Se justifica que ello sea así porque dado el carácter de la obligación, la infracción de uno sólo de los deudores hace que el acreedor no sea satisfecho ni en la más mínima parte de la obligación. De esta manera, si por ejemplo tres dueños de un fundo que se comprometen a dejar pasar por él ciertos animales y uno de ellos lo impide, la infracción basta para que la obligación se entienda violada en su integridad. En este supuesto, si son varios los deudores o herederos que infringen la obligación podría demandarse el total de la pena a cada uno de ellos, aun cuando el artículo 1540 del C.C. no contempla esta situación. BAUDRY - LACANTINERIE y BARDE señalan que el que pueda demandarse en este caso el total de la pena a cada uno de los infractores, no quiere decir que haya solidaridad.

El artículo 1540 del C.C. discurre sobre la base de que la pena sea divisible debido a que la mayoría de las veces la pena consistirá en una suma de dinero, pero tampoco existe inconveniente en que la pena en sí misma sea indivisible. Si ello acontece se podrá reclamar el total a cualquiera de los deudores, sean o no culpables. En este sentido, si la pena consiste en la entrega de un caballo y éste se encuentra en poder de uno de los deudores inocentes, éste no podrá excusarse de entregarlo alegando su inocencia en el cumplimiento de la obligación principal, pues la pena daría lugar a una indivisibilidad de pago (artículo 1526.2º del C.C.).

2º. *Obligaciones solidarias.*

Si la pérdida de la cosa debida es fortuita se extingue la obligación respecto de la totalidad de los deudores. Sin embargo, si

aquella se produce por culpa o durante la mora de uno de éstos, entonces, conforme al artículo 1521 del C.C., todos los deudores quedan obligados solidariamente al precio, salvo la acción contra el culpable moroso, pero la acción de perjuicios sólo se puede intentar contra este último. De esta forma se distinguirá entre el precio de la cosa y la indemnización de perjuicios, conservándose la solidaridad con relación al precio y no en cuanto a los perjuicios. Dicha distinción es ilógica para SOMARRIVA, ya que si se estimó que la culpa o mora de uno de los deudores afectaba a los otros, para ser consecuente con ello debió haberse declarado solidaria la responsabilidad no sólo para el pago del precio, sino también para la indemnización de perjuicios. R. CELIS no sigue esta opinión. El artículo 1672 del C.C. no le daría la razón a SOMARRIVA, porque la obligación principal no habría perdido su condición de solidaria. Así, al aceptarse que en caso de culpa o mora de uno de los deudores pueda reclamarse el precio al deudor inocente se hace una excepción a la regla general, ya que el acto de un tercero constituye un verdadero caso fortuito o de fuerza mayor para el deudor inocente. Como el artículo 1672 del C.C. se refiere a la solidaridad –y se justificaría en la teoría del mandato tácito y recíproco–, a diferencia de lo que acontece con el precio, entonces los perjuicios sólo se pueden demandar contra el deudor culpable o moroso y no contra los otros, salvo que se hubiese estipulado expresamente lo contrario.

El problema de los perjuicios, en las obligaciones solidarias, puede presentarse no tan sólo a consecuencia de la pérdida de la cosa debida, sino también por incumplimiento de la obligación. Sin embargo, ambos casos deben regirse por las mismas reglas. Ahora bien, el legislador no soluciona expresamente la cuestión de saber a quién puede demandarse la cláusula penal, estipulada por todos los deudores, cuando hay incumplimiento de la obligación. Sin embargo, desde los tiempos de POTHIER se estima que deben seguirse respecto del incumplimiento las reglas de la pérdida

culpable de la cosa. Entonces el acreedor podrá pedir la totalidad a cualquiera de los deudores, quedando a salvo naturalmente la acción de repetición contra el culpable o moroso.

60. Caso en que el pago de la pena se garantiza con una hipoteca. Existiendo varios deudores o herederos del primitivo deudor puede haberse constituido una hipoteca para garantizar la pena. Entonces podrá perseguirse en el inmueble hipotecado la totalidad de la deuda, independientemente de que el poseedor del inmueble sea culpable o no del incumplimiento de la obligación. Así se desprende del artículo 1541 del C.C., que no hace más que consagrar el principio de la indivisibilidad de la acción hipotecaria de los artículos 1526.1º, Nº 1 y 2408 del C.C. Si el poseedor del inmueble es al mismo tiempo el infractor de la obligación, nada puede reclamar por el pago de la pena, pues en definitiva a él le corresponde pagar la pena. En cambio, si no lo fuere el artículo 1541 del C.C. deja a salvo su acción contra el deudor culpable para ser indemnizado.

61. Cláusula penal enorme. Conforme a FUEYO la cláusula penal enorme es aquella que impone una pena desproporcionada con relación al importe de la obligación principal, exceso que se rebaja directamente por mandato de la ley o por el juez de modo discrecional.¹⁹⁰ Esta cláusula está regulada en el artículo 1544 del C.C., en los siguientes términos:

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

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

¹⁹⁰ FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 480.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

La cláusula penal enorme regula la situación por la cual las partes han llegado a estipular una cláusula penal que exige al deudor un sacrificio desmesurado. Los criterios de solución de las distintas legislaciones para regular la lesión enorme varían. Para algunos ordenamientos jurídicos ni siquiera dicho conflicto es posible, como sucede en el Derecho francés.

Sin embargo, la mayoría de los Códigos aceptan la lesión en la cláusula penal, pero su apreciación es diferente. Mientras en algunos ordenamientos jurídicos para su determinación se toman como punto de referencia los perjuicios realmente sufridos por el acreedor, otros la comparan con la obligación principal. Nuestro Código Civil acepta en parte el criterio de determinar la pena conforme a la obligación principal; ello ocurre así en los primeros casos reglamentados en el artículo 1544.1º del C.C. En cambio, en las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado se atiende a los perjuicios.¹⁹¹

El artículo 1544 del C.C. es doblemente excepcional, tanto porque va contra el principio de la intangibilidad del contrato, como porque deroga la regla de nuestro Derecho en virtud de la cual no se acepta la aplicación general de la lesión enorme.

62. Determinación del máximo permitido por la ley como pena. Al respecto, se debe distinguir entre los siguientes actos y contratos:

A. *En los contratos conmutativos.* A estos contratos se refiere el artículo 1544.1º del

¹⁹¹ En este último caso, el artículo 1544.2º del C.C. deja la determinación de la pena al juez, sin indicar un criterio rector sino sólo refiriéndose a la “atención de las circunstancias que la hicieran enorme”. Por ello, podría interpretarse que el juez puede mirar tanto a la obligación principal, como a los perjuicios. Sin embargo, como precisamente estas obligaciones son de “valor inapreciable” se debe recurrir a los perjuicios.

C.C. al señalar que “*cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada (...)*”. Esta disposición exige que el contrato conmutativo tenga como objeto una obligación de dar –se excluirían las obligaciones de hacer y no hacer– y que la pena sea una cantidad determinada. De este modo se excluye la posibilidad de calificar una pena como “enorme”, si se cauciona una obligación de hacer, no hacer o dar que no sea el pago de una cantidad determinada.

La segunda parte del artículo 1544.1º del C.C. señala cuál es el máximo legal permitido como pena al indicar que “*...podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él*”. Se ha criticado la redacción de esta parte de la norma, que ha dado lugar a dos interpretaciones. Así, para algunos autores el máximo legal será el triple de lo adeudado en la obligación principal. En cambio, para otros el máximo es sólo el doble de lo adeudado. Ésta ha sido la posición generalmente aceptada por la doctrina, debido a que en el Proyecto de 1853 e Inédito (ex-artículo 1722) se señalaba que “el deudor tendrá derecho a que se modere la pena, si comparado su valor con la cantidad que se debería por indemnización de perjuicios la excediere en más de la mitad de la misma”. De este modo, como no existe ningún antecedente que lleve a concluir que el criterio adoptado por BELLO varió en torno a fijar como máximo el doble de la obligación principal, predomina la posición que considera que la C.R.C.C. le dio una muy poco feliz nueva redacción al artículo 1544.1º del C.C.

Finalmente, la cláusula penal enorme no es nula, sino que sólo da un derecho al deudor a exigir que “*se rebaje*” la pena en lo que exceda al duplo de la obligación principal.

B. En el mutuo. La pena podrá rebajarse en lo que exceda al máximo interés convencional (artículo 1544.3º del C.C.).

Para algunos autores habría una suerte de contradicción entre el artículo 8.1º de la LOCD y la norma en estudio, en torno a la sanción a la trasgresión al interés máximo convencional. Así, en virtud del artículo 8.1º de la referida ley, los intereses excesivos se rebajan al corriente; en cambio los intereses, conforme al artículo 1544.3º del C.C., se reducen al máximo del interés convencional. Para salvar esta contradicción se ha señalado que el ámbito de aplicación de las disposiciones precedentes es distinto.¹⁹²

C. En las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. La rebaja de la pena se dejará a la prudencia del juez cuando, atendidas las circunstancias, pareciere enorme.

63. Relación de causalidad entre el incumplimiento imputable y los perjuicios. Entre el incumplimiento y el daño debe existir una relación de causa-efecto; por ello, no se indemnizan los perjuicios indirectos salvo acuerdo en contrario. El artículo 1556 del C.C. señala que los daños deben provenir de cumplirse imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento de la obligación. A su vez, el artículo 1558 del C.C. establece claramente el principio precedentemente señalado que, aun de producirse un incumplimiento imputable a dolo, la indemnización de perjuicios se limita a los que fueron una consecuencia “inmediata o directa” de no haberse cumplido la obligación o haberse demorado su cumplimiento.

La clasificación de los perjuicios en directos e indirectos está íntimamente relacionada con la causalidad. Los perjuicios directos son los que guardan una relación causa-efecto entre el hecho del incumplimiento y el daño causado, y se subdividen en previstos e imprevistos. Los primeros son aquellos por los que se responde por culpa; y los imprevistos, los que se responde por dolo.

La previsibilidad o imprevisibilidad de los perjuicios se toma en cuenta al momento de celebrarse el acto o contrato y no al del

¹⁹² Vid. *supra* Nº 37, § 5, capítulo III, tomo II.

incumplimiento. En cambio, los perjuicios indirectos son aquellos que no son causa directa del incumplimiento y por regla general no se indemnizan, salvo convención en contrario. Las teorías que se aplican al nexo causal ya fueron analizadas en la responsabilidad extracontractual.

§ 3. Los derechos auxiliares del acreedor

64. Concepto de los derechos auxiliares del acreedor. Estos derechos tienen por objeto dejar afecto el patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación y asegurarlo, manteniendo su integridad. En otras palabras, los derechos auxiliares tienen como objeto conservar la habilidad del patrimonio del deudor para responder por las deudas contraídas.

65. Enumeración de los derechos auxiliares del acreedor. En nuestro ordenamiento jurídico no existe un tratamiento orgánico de estas medidas, sino solamente se establecen medidas específicas de protección, las que se regulan de forma separada. Dichas medidas de protección son las siguientes:

A. Medidas de mera precaución, mera conservación o medidas conservativas. El objetivo de éstas es impedir la salida de bienes determinados del patrimonio del deudor.

B. La acción pauliana o revocatoria. Dicha acción tiene por objeto recuperar bienes que han salido fraudulentamente del patrimonio del deudor.

C. La acción oblicua subrogatoria o indirecta. Esta acción tiene por objeto hacer ingresar al patrimonio del deudor bienes o derechos que la mera negligencia de éste ha impedido que pasen a él.

D. El beneficio de separación cuya finalidad es impedir que los bienes del causante se confundan con los del heredero.

66. Medidas conservativas.

A. Concepto y clases de medidas conservativas. Las medidas conservativas son el conjunto de actos que tienen por objeto asegurar

el ejercicio futuro de un derecho, sin que constituyan el ejercicio del mismo. El Código Civil no se ocupa en un título específico de ellas, pero existen distintos preceptos que se refieren a estas medidas, como los siguientes:

a) En el fideicomiso. El fideicomisario no tiene derecho alguno pendiente la condición. Sin embargo, el fideicomisario podrá impetrar las providencias conservativas que le convengan si la propiedad fiduciaria pareciera peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario (artículo 761.1º y 2º del C.C.).

b) Las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva (artículo 1078 del C.C.). Estos asignatarios carecen de todo derecho pendiente la condición, a excepción del derecho de impetrar las medidas conservativas necesarias.

c) El acreedor condicional tiene derecho, en el intervalo que media entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, a impetrar las medidas conservativas necesarias (artículo 1492 del C.C.).

d) El artículo 156 del C.C. establece dichas medidas en los juicios de divorcio y nulidad y en la separación de bienes, respectivamente.¹⁹³

B. Requisitos para impetrar una medida conservativa:

a) El acreedor debe solicitar las medidas conservativas, aunque sea condicional.

b) No es necesario que el deudor esté en insolvencia, basta que de cualquier modo se amenace el ejercicio de su futuro derecho.

C. Algunas medidas conservativas. Las medidas conservativas serán resueltas por el juez que fallará, conforme a los hechos del caso concreto. Dentro de estas medidas conservativas, a adoptar por el juez, están las siguientes:

a) Medidas precautorias.

El acreedor podrá solicitar el secuestro de la cosa objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y la

¹⁹³ El artículo 755.2º del C.P.C., que también se refería a esta materia, fue derogado por la L.M.C.

prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados.

b) Guarda y aposición de sellos.

Esta medida se rige por los artículos 1222 del C.C. y 872 a 876 del C.P.C.

c) Confección de inventario solemne.

Son numerosos los casos en que el legislador exige dicho inventario como medida de seguridad. Así sucede, por ejemplo, en los artículos 1255 y 1766 del C.C.

67. Acción oblicua o subrogatoria. La acción subrogatoria nace del derecho de sustitución, que faculta a los acreedores para ejercer los derechos e interponer las acciones que competen al deudor. La mayoría de la doctrina sostiene que el ejercicio de esta acción requiere de norma expresa de ley. Sin embargo, para CLARO S., en virtud de lo señalado en los artículos 2465 y 2466 del C.C., esta acción se desprende del Derecho de garantía y, por tanto, se puede entablar de forma general.¹⁹⁴

A. Naturaleza jurídica de la acción subrogatoria. FUEYO señala que la mayoría de la doctrina atribuye a la acción oblicua la naturaleza de una verdadera representación legal. En cambio, para otros autores se trataría simplemente de una institución procesal.

B. Características de la acción subrogatoria. La acción oblicua tiene las siguientes características:

a) Es divisible, ya que no requiere la anuencia de otros acreedores para ser entablada.

b) Es facultativa, debido a que no es un deber entablarla.

c) Esta acción sólo opera mediante texto expreso de ley. La mayoría de la doctrina es de esta opinión, aunque para algunos, como se analizó, es de aplicación general.

C. Requisitos para intentar la acción subrogatoria:

a) El actor debe tener interés en intentar la acción. Se entiende que lo tiene en las siguientes situaciones:

i) Cuando es acreedor.

ii) Cuando el deudor está en insolvencia. Este requisito no lo establece directamente la ley, sino que se desprende de la naturaleza de la acción subrogatoria. Así, esta exigencia se sustenta en que por la acción oblicua se pretende hacer ingresar bienes al patrimonio del deudor, con el objeto de restablecer el equilibrio entre su activo y su pasivo (artículos 2466.1º y 1968.1º del C.C.).

b) Es necesario, a diferencia de lo que ocurre con las providencias conservativas, que el acreedor sea puro y simple y además la obligación que la origina debe ser exigible. Sin embargo, no se debe olvidar que el plazo caduca por la notoria insolvencia del deudor, haciendo la obligación exigible.

c) El deudor debe ser negligente en el ejercicio de los derechos y acciones en que se subroga el acreedor. Por ello, incumbe probar dicha negligencia a este último.

Sin embargo, no es necesario que la negligencia del deudor sea posterior a la constitución del crédito por el que el acreedor acciona de subrogación, y tampoco se requiere que el deudor esté constituido en mora.

Por regla general no es necesario que el acreedor se haga autorizar por el juez para ejercer los derechos y acciones de que se trata, salvo ciertos casos como los señalados en los artículos 1238 y 1394 del C.C.

d) Según la mayoría de los autores, se requiere un texto expreso de ley que faculte el ejercicio de esta acción por parte del acreedor.

D. Casos en que opera la acción oblicua. Nuestro ordenamiento jurídico establece los siguientes casos de acción subrogatoria:

1º. En los derechos de retención, usufructo y prenda.

Así se desprende del artículo 2466 del C.C., que señala lo siguiente:

“Artículo 2466. *Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor; como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan*

¹⁹⁴ CLARO S., L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, volumen V: *De las obligaciones*, tomo undécimo, *De las obligaciones*: II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, p. 580.

las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

Podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1965 y 1968.

Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer; ni el del padre o madre sobre los bienes del hijo sujeto a patria potestad, ni los derechos reales de uso o de habitación”.

Un análisis superficial del precepto precedente parece darles la razón a los autores que señalan que esta acción es de aplicación general –como CLARO S.– máxime si el legislador ocupó la palabra “subrogarse”. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina dicho artículo continúa reglamentando el derecho de ejecución, que fluye de los artículos 2465 y 2469 del C.C. Sin perjuicio de ello, no es posible embargar ni entablar la acción de subrogación sobre los derechos de uso y habitación y los usufructos legales o derechos legales de uso.

2º. En los derechos que corresponden al deudor como arrendador o arrendatario.

Respecto de estos derechos el artículo 2466.2º del C.C. se remite a los artículos 1965 y 1968 del C.C. que disponen lo siguiente:

“Artículo 1965. *Si por el acreedor o acreedores del arrendador se trabare ejecución y embargo en la cosa arrendada, subsistirá el arriendo, y se substituirán el acreedor o acreedores en los derechos y obligaciones del arrendador.*

Si se adjudicare la cosa al acreedor o acreedores, tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 1962.

Artículo 1968. *La insolvencia declarada del arrendatario no pone necesariamente fin al arriendo.*

El acreedor o acreedores podrán substituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador.

No siendo así, el arrendador tendrá derecho para dar por concluido el arrendamiento; y le competará acción de perjuicios contra el arrendatario según las reglas generales”.

3º. El acreedor tiene una acción subrogatoria por la destrucción de la cosa adeudada que estuviere en poder del deudor.

A pesar de que por haber perecido la especie o cuerpo cierto se extinga la obli-

gación del deudor, podrá el acreedor exigir que le cedan los derechos o acciones que tenga aquél contra aquellos por cuyo hecho o culpa ha perecido la cosa (artículo 1677 del C.C.).

4º. El acreedor puede subrogarse en su deudor respecto de los derechos sucesorios que se le hubieren diferido.

Esta subrogación busca evitar el repudio por donaciones, herencias o legados en perjuicio de los acreedores. Cuando a una persona se le defiere una herencia o legado, tiene derecho a aceptarla o repudiarla libremente. Sin perjuicio de ello, en materia de legados el artículo 1238 faculta a los acreedores del que repudia, en perjuicio de sus derechos, para hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino a favor de los acreedores hasta concurrencia de sus créditos y en el sobrante subsiste. En este sentido, el artículo 1238 del C.C. señala que “*los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino a favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste*”.

Por otra parte, el artículo 1394 del C.C. se refiere al repudio de una herencia, legado o donación, o al que deja de cumplir una condición a que está subordinado un derecho eventual, otorgando a los acreedores el derecho a ser autorizados por el juez para sustituirse al deudor hasta concurrencia de sus créditos y del sobrante si lo hubiere se aprovechará el tercero. De este modo, el artículo 1394 del C.C. consagra este derecho de los acreedores en los siguientes términos:

“Artículo 1394. *No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.*

Los acreedores, con todo, podrán ser autorizados por el juez para substituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos; y del sobrante, si lo hubiere, se aprovechará el tercero”.

MEZA BARROS señala que los artículos 1238 y 1394 del C.C. establecen una acción obliqua. Pero SOMARRIVA era de la opinión que estos artículos más bien consagran una acción pauliana, ya que los bienes no entran definitivamente al patrimonio del deudor, sino hasta la concurrencia del crédito del acreedor demandante.

E. Forma en que opera la subrogación. La subrogación, para una parte importante de la doctrina, es un tipo de representación legal. Esta posición permite justificar las siguientes formas en que opera la subrogación:

a) El que ha sido demandado por el acreedor, que intenta una acción que le compete al deudor, puede oponerle a aquél las mismas excepciones que podría oponer al deudor subrogado.

b) El fallo que se dicte en el juicio, seguido entre el acreedor subrogante y el tercero, produce efectos respecto de todos los acreedores. Ello se debe a que la acción se ejerce a nombre del deudor y no a título personal.

c) El producto obtenido del ejercicio de la acción subrogatoria entra en el patrimonio del deudor, cae bajo el derecho de garantía general y beneficia a todos los acreedores y no solamente al que entabla la acción.

F. Efectos de la acción subrogatoria. Esta acción permite que ingresen al patrimonio del deudor bienes que están fuera de él y que no hubiesen ingresado sino en virtud de la sustitución y en razón de la negligencia del deudor. En consecuencia, benefician a todos los acreedores.

68. Acción pauliana o revocatoria.

A. Concepto y regulación de la acción pauliana. Esta acción corresponde a los acreedores para solicitar la revocación de los actos ejecutados por el deudor en fraude de sus derechos.

La acción pauliana está regulada en el artículo 2468 del C.C., en los siguientes términos:

“Artículo 2468. *En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura*

del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1ª. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2ª. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3ª. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato”.

B. Fundamento de la acción pauliana. La acción pauliana tiene por fundamento el derecho de prenda general. En razón de ello resguarda el patrimonio del deudor, en contra de los actos ejecutados por éste, en fraude del acreedor que entabla la acción revocatoria.

C. Naturaleza jurídica de la acción pauliana. Para algunos autores esta acción es de nulidad, ya que el artículo 2468, Regla 1ª del C.C., utiliza la expresión “rescinda” que es sinónimo de nulidad relativa. Para otros autores se trataría de una acción indemnizatoria.

Sin embargo, para la mayoría de la doctrina se trataría de una acción de inoponibilidad de fondo por fraude a los acreedores. Dicha solución pareciera ser la más acertada debido a que el acto o contrato es válido entre el adquirente y el deudor, pero no afecta al acreedor perjudicado.

D. Requisitos de la acción pauliana:

1º. El acto debe producir un perjuicio al acreedor que entabla la acción.

El acto produce perjuicio a los acreedores cuando ha ocasionado la insolvencia del deudor o ha aumentado una insolvencia preexistente.¹⁹⁵ Pero además es preciso que el acreedor, que ejerce la acción, lo sea con anterioridad al acto fraudulento.

¹⁹⁵ Es importante destacar que para la sentencia de la C.S., de fecha 23 de enero de 2000, la acción pauliana exige que el deudor caiga en insolvencia por medio del acto fraudulento.

2º. El acto que se pretende revocar debe ser además fraudulento. Así lo exige el artículo 2468.1º, Regla 1ª del C.C. El Código Civil no emplea la expresión *fraude* sino *mala fe*, pero la doctrina suele referirse a este requisito como “fraude pauliano”. El fraude pauliano consiste en el conocimiento del mal estado de los negocios por parte del deudor o del tercero adquirente. Para entrar a analizar dicho fraude debe recurrirse a las distinciones que hace el artículo 2468 en torno a los terceros beneficiados con el acto fraudulento.

3º. Requisitos que deben concurrir en cuanto a los terceros beneficiados con el acto fraudulento.

En torno a este requisito el artículo 2468 del C.C. efectúa las siguientes distinciones:

a) Respecto del adquirente pueden acontecer los siguientes supuestos:

i) El tercero adquiere del deudor un bien a título gratuito, en cuyo caso bastará la mala fe del deudor para que proceda en contra del tercero la acción pauliana.

ii) El tercero adquiere del deudor un bien a título oneroso, en cuyo caso la acción pauliana tendrá lugar contra el tercero adquirente si éste y el deudor estuvieren de mala fe.

b) Respecto de los subadquirentes.

La opinión tradicional en esta materia es distinguir si la acción pauliana procede respecto del adquirente. Si ello es de esta forma, los efectos de la revocación alcanzarán al subadquirente, esté de buena o mala fe. Además, para parte de la doctrina, al ser la acción pauliana una acción de rescisión no admite la distinción, según si se entabla la acción respecto de un tercero subadquirente de buena o mala fe. A la inversa, si la acción no procede respecto del adquirente, la acción jamás podrá alcanzar al subadquirente.

Sin embargo, existe otra vertiente de autores para los cuales, en virtud del aforismo que señala “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”, al subadquirente se le deben aplicar las mismas reglas que al adquirente. En consecuencia, se deberá determinar si la acción procede

contra el adquirente para aplicar los mismos criterios respecto del subadquirente. Así, una vez más habrá que distinguir según si el acto es gratuito u oneroso para determinar si el acreedor deberá acreditar también la mala fe del subadquirente.

Por último, la mayoría de la doctrina es de opinión que la declaración de quiebra no es una condición de procedencia de la acción pauliana.

E. Características de la acción pauliana:

a) Es una acción individual. Lo es porque se ejerce por cada acreedor por sí, y beneficia exclusivamente al acreedor que la entabla y hasta el monto del perjuicio que le irroga el acto fraudulento del deudor.

b) Es una acción personal, ya que ella nacería de un verdadero delito civil.

c) Es una acción patrimonial, es decir, no se aplica en el ámbito del Derecho de familia.

d) Es una acción prescriptible, conforme al artículo 2468.1º, Nº 3 del C.C. El plazo de prescripción es de un año contado desde la fecha del acto o contrato. Esta acción no se suspende.

F. Efectos de la acción pauliana:

a) La acción pauliana beneficia solamente al acreedor que haya entablado la acción.

b) La acción puede ser enervada por el tercero adquirente mediante el pago del crédito al acreedor.

c) No obstante el ejercicio de la acción pauliana, el acto jurídico celebrado entre el deudor y el adquirente subsiste y sólo quedará sin efecto hasta el monto del perjuicio que tal acto ocasionare al acreedor.

69. Paralelo entre las acciones subrogatoria y pauliana:

a) Por la acción subrogatoria se hacen ingresar bienes al patrimonio del deudor que de otra forma no habrían ingresado. En cambio, por la acción pauliana el acto jurídico fraudulento subsiste y se deja sin efecto solo por el monto del perjuicio.

b) Mediante la acción pauliana sólo se beneficia al acreedor que entabla dicha acción. En cambio, la acción oblicua beneficia a todos los acreedores.

c) La acción pauliana prescribe en el plazo de un año contado desde la celebración del acto o contrato fraudulento. En cambio, la acción subrogatoria prescribe de acuerdo a las reglas generales (artículo 2515 del C.C.).

d) El sujeto activo de la acción subrogatoria sólo puede ser el acreedor puro y simple, salvo si la deuda es a plazo, en cuyo caso podrá entablar la acción el acreedor, si éste caducare. En cambio, el sujeto activo en la acción pauliana puede ser un acreedor a plazo e incluso condicional, pero siempre su acreencia debe ser anterior al acto fraudulento.

e) La acción pauliana está expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico. En cambio, la acción oblicua se contempla en disposiciones aisladas, salvo para parte de la doctrina que propugna su aplicación general.

f) La acción oblicua corresponde al deudor, pero es ejercida por el acreedor. La acción pauliana es ejercida por el acreedor.

g) La acción oblicua implica inercia del deudor para ejercer sus derechos. En cambio, la acción pauliana requiere de una acción fraudulenta del deudor.

h) En virtud de la acción oblicua ingresan al patrimonio del deudor bienes que de otra forma no se habrían incorporado en él. La acción pauliana, en cambio, persigue el hacer volver al patrimonio del deudor bienes que salieron de él mediante acto fraudulento hasta el pago total del crédito.

i) El fundamento de la acción oblicua es el derecho de prenda general y opera como una especie de representación legal. En cambio, el fundamento de la acción pauliana es el fraude pauliano.

70. Beneficio de separación de patrimonios.

A. Regulación y fundamento del beneficio de separación. Este derecho auxiliar les corresponde a los acreedores hereditarios o testamentarios y su finalidad es impedir que se confundan los patrimonios del causante y del heredero para pagarse preferentemente con el primero. Este beneficio lo contempla el artículo 1378 del C.C., que

señala que “los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero; y en virtud de este beneficio de separación tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero”.

El establecimiento de esta institución ha sido un acierto del legislador y mediante ella se evitan los efectos normales del Derecho sucesorio en desmedro de los acreedores del causante. Así, acorde a las reglas generales del Derecho sucesorio, de ser el heredero insolvente y de confundirse su patrimonio con el del causante se beneficiaría al derecho de garantía general que le corresponde a sus acreedores propios, en perjuicio de los acreedores del causante. Este efecto es precisamente el que se impide mediante este beneficio.

El beneficio de separación no es necesario demandarlo de forma conjunta por los acreedores (artículo 1380.1º del C.C.). Así, puede pedir este beneficio cualquier acreedor hereditario o testamentario. Sin embargo, una vez concedido aprovechará a los demás (artículo 1382.1º del C.C.).

B. Efectos del beneficio de separación:

a) Los acreedores hereditarios y testamentarios tienden a satisfacer íntegramente sus acreencias en el patrimonio del difunto.

b) El sobrante de los bienes del difunto se agrega al patrimonio del heredero (artículo 1382 del C.C.).

c) Los acreedores hereditarios y testamentarios, agotados los bienes del difunto podrán perseguir sus acreencias en los bienes del heredero. Sin perjuicio de lo cual los acreedores del heredero podrán oponerse, exigiendo que se satisfagan preferentemente sus acreencias (artículo 1383 del C.C.).

§ 4. Derecho de garantía general y la prelación de créditos

71. Derecho de garantía general.

A. Introducción al derecho de garantía general. Este derecho de garantía prenda lo

tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor para exigir el cumplimiento de la obligación.

El artículo 2465 del C.C. consagra este derecho al que se le ha denominado como derecho de prenda general o principio de responsabilidad patrimonial universal. Pero la utilización de la palabra “*prenda*”, para referirse a este derecho, ha sido objeto de fuertes críticas, ya que dicha palabra no tiene la significación técnica que le otorga el Derecho Civil. El uso de la palabra prenda es inexacto, ya que existen innumerables diferencias entre la prenda general y la prenda, como la entiende nuestro Código Civil. Entre otras diferencias se pueden destacar las siguientes:

a) La prenda recae sobre un bien mueble; en cambio, la prenda general recae sobre una universalidad jurídica, el patrimonio.

b) El derecho real de prenda da un crédito privilegiado al acreedor, es decir, éste goza de un privilegio para el pago. En cambio, el derecho de prenda general por sí solo no da ninguna preferencia al acreedor, sino más bien todo lo contrario, todos los acreedores concurren a prorrata de su crédito.

c) El derecho real de prenda puede perseguirse en manos de quien se encuentre la cosa entregada en prenda. En virtud de la prenda el acreedor goza del derecho de persecución. En cambio, en el derecho de prenda general una vez que los bienes salen del patrimonio del deudor dejan de estar afectos a este derecho y el acreedor no puede perseguirlos en manos de tercero.

Por todas estas razones es preferible hablar de derecho de garantía general en lugar de derecho de prenda general.

B. Concepto de derecho de garantía general. A pesar de que el derecho de garantía general no ha sido definido por nuestro legislador, se puede definir como la facultad que tiene el acreedor de perseguir la ejecución en todos los bienes del deudor, presentes o futuros, hasta la concurrencia de su crédito.

72. Análisis del artículo 2465 del C.C. La referida norma que consagra este derecho, expresamente señala que “*toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su*

ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618”.

Esta disposición, por su importancia, debe analizarse en cada una de sus partes. El artículo 2465 del C.C. comienza señalando “*toda obligación*”, es decir, se refiere a cualquier fuente de las obligaciones.

Por otra parte, la expresión “*obligación personal*” es utilizada para diferenciar dichas obligaciones de las garantías reales, como la prenda y la hipoteca.

A su vez, por medio de la frase “*da al acreedor el derecho de perseguir la ejecución*” se confiere al acreedor un derecho legal de ejecución sobre el patrimonio del deudor. Además, la referida norma preceptúa que los acreedores concurren en igualdad de condiciones entre ellos.

La parte más importante de esta disposición es la que señala que este derecho recae “*sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor*”. De este modo, se destaca el carácter universal de la garantía general.

La referida norma termina por excluir ciertos bienes del derecho de garantía general.

Por último, el artículo 2469 del C.C. complementa la norma precedente, agregando que “*los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue*”.

C. Características del derecho de garantía general:

1^a. Es universal, ya que recae sobre todo el patrimonio del deudor y no sobre bienes determinados.

Sin perjuicio de lo cual el deudor puede enajenar los bienes que conforman su patrimonio, por cuanto los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos sobre los nuevos bienes adquiridos por el deudor. Respecto de los nuevos bienes adquiridos por el

deudor opera una verdadera subrogación real. Sin perjuicio de lo cual, para evitar fraudes a los acreedores la ley les otorga la acción pauliana, por medio de la cual éstos lograrán revocar los actos ejecutados por el deudor de mala fe. El derecho de garantía general se ve limitado en las siguientes situaciones:

a) Los bienes inembargables.

El derecho de garantía general no opera respecto de los bienes que la ley declara inembargables, como los indicados en los artículos 1618 del C.C., 445 del C.P.C. y 57 del C.Tr.

Los bienes son declarados inembargables por protección de un interés público o privado, pero en este último caso los derechos son entendidos por el ordenamiento jurídico como fundamentales.

La principal de las normas que regula la inembargabilidad es el artículo 445 del C.P.C., que señala textualmente lo siguiente:

“Artículo 445 (467) del C.P.C. No son embargables:

1°. Los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades.

Sin embargo, tratándose de deudas que provengan de pensiones alimenticias decretadas judicialmente, podrá embargarse hasta el cincuenta por ciento de las prestaciones que reciba el alimentante en conformidad al inciso anterior;

2°. Las remuneraciones de los empleados y obreros en la forma que determinan los artículos 40 y 153 del Código del Trabajo;

3°. Las pensiones alimenticias forzosas;

4°. Las rentas periódicas que el deudor cobre de una fundación o que deba a la liberalidad de un tercero, en la parte que estas rentas sean absolutamente necesarias para sustentar la vida del deudor, de su cónyuge y de los hijos que viven con él y a sus expensas;

5°. Los fondos que gocen de este beneficio, en conformidad a la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile y en las condiciones que ella determine;

6°. Las pólizas de seguro sobre la vida y las sumas que, en cumplimiento de lo convenido en ellas, pague el asegurador. Pero, en este último caso, será embargable el valor de las primas pagadas por el que tomó la póliza;

7°. Las sumas que se paguen a los empresarios de obras públicas durante la ejecución de los trabajos. Esta disposición no tendrá efecto respecto de lo que se adeude a los artífices u obreros por sus salarios insolutos y de los créditos de los proveedores en razón de los materiales u otros artículos suministrados para la construcción de dichas obras;

8°. El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o que se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones, a que se refiere el artículo 5° del decreto ley N° 2.552, de 1979; los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge y los hijos que viven a sus expensas.

La inembargabilidad establecida en el inciso precedente no regirá para los bienes raíces respecto de los juicios en que sean parte el Fisco, las Cajas de Previsión y demás organismos regidos por la ley del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo;

9°. Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;

10°. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;

11°. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;

12°. Los objetos indispensables al ejercicio personal del arte u oficio de los artistas, artesanos y obreros de fábrica; y los aperos, animales de labor y material de cultivo necesarios al labrador o trabajador de campo para la explotación agrícola, hasta la suma de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor;

13°. Los utensilios caseros y de cocina, y los artículos de alimento y combustibles que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia durante un mes;

14°. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;

15°. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación;

16°. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; pero

podrán embargarse por el valor adicional que después adquieran;

17°. *Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades, etc.; pero podrá embargarse la renta líquida que produzcan, observándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior; y*

18°. *Los demás bienes que leyes especiales prohiban embargar. Son nulos y de ningún valor los contratos que tengan por objeto la cesión, donación o transferencia en cualquier forma, ya sea a título gratuito u oneroso, de las rentas expresadas en el número 1° de este artículo o de alguna parte de ellas”.*

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de las remuneraciones es preciso hacer las siguientes disquisiciones establecidas en el artículo 57 del C.Tr. Las remuneraciones y las cotizaciones de seguridad social de los trabajadores, en principio, son inembargables (artículo 57.1° del C.Tr., primera parte).

Sin embargo, se podrán embargar las remuneraciones excepcionalmente en los siguientes supuestos:

i) Pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente.

ii) Defraudación, hurto o robo cometidos por el trabajador en contra del empleador en ejercicio de su cargo.

iii) Remuneraciones adeudadas por el trabajador a las personas que hayan estado a su servicio en calidad de trabajador (artículo 57.2°, primera parte del C.Tr.).

En todos los casos precedentes la parte embargada no puede exceder el cincuenta por ciento de las remuneraciones (artículo 57.2°, parte final del C.Tr.). Pero la inembargabilidad tiene un límite legal. Así, podrán ser embargadas las remuneraciones en la parte que excedan de cincuenta y seis unidades de fomento (artículo 57.1°, parte final del C.Tr.).

b) El beneficio de inventario.

Este beneficio limita la responsabilidad de los herederos, que en principio responden más allá de los bienes que reciben por sucesión por causa de muerte. De esta forma, el heredero que acepta habiéndose realizado inventario solemne, goza del beneficio de

inventario, y sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda el valor de los bienes que hereda (artículo 1245 del C.C.).

c) La responsabilidad de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, se circunscribe a sus aportes o la suma establecida en sus estatutos.

2°. Los acreedores se rigen por regla general por el principio de la igualdad de la garantía general.

Comúnmente y conforme a los artículos 2465 y 2469 del C.C., todos los acreedores tienen derecho a sacar a remate los bienes embargados del deudor; la excepción son las causas de preferencia y privilegios.

3°. Este derecho se traduce en una serie de facultades que se otorgan al acreedor, que comprende desde la ejecución de los bienes del deudor para el pago de la obligación o su equivalente, hasta los derechos auxiliares del acreedor.

73. La prelación de créditos.

74. Concepto de prelación de créditos. La prelación de créditos es el conjunto de reglas que determinan las causales de preferencia de ciertos créditos con relación a otros y la concurrencia de dichos créditos entre sí, en caso que los bienes del deudor no sean suficientes para hacer pago de todas las deudas. Las normas de la prelación sólo adquirirán importancia en virtud de la quiebra o de concurrir un conjunto de acreedores sin que existan bienes suficientes del deudor para hacer frente a las deudas.¹⁹⁶ El Código Civil reglamenta esta materia en el Título XLI del Libro IV.

75. Características de la prelación de créditos:

¹⁹⁶ ALESSANDRI explicaba cómo opera la prelación de créditos, señalando que “si hay ocho acreedores de un mismo deudor, surge la cuestión de saber cómo y en qué orden deben ser pagados. ¿Han de serlo todos conjuntamente? ¿Uno primero y los otros después? ¿En qué forma se distribuye entre los diversos acreedores el producto de la subasta de los bienes del deudor?”. ALESSANDRI, *La prelación de créditos*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, p. 8.

a) La prelación de créditos es un conjunto de reglas o disposiciones legales.

Estas reglas de carácter legal determinan cierta primacía o ventaja, conforme a la cual deben concurrir y ser pagados algunos créditos, pero sólo en caso que los bienes del deudor sean insuficientes para cumplir con todas las obligaciones.

b) Deben existir varios, dos o más acreedores de un mismo deudor, que pretendan hacerse pago de sus créditos en los mismos bienes del deudor.

c) La prelación recae sobre todos los bienes presentes o futuros del deudor, es decir, sobre su patrimonio.

Este derecho no recae sobre bienes determinados; por ello el deudor puede enajenar libremente sus bienes. De lo anterior se desprende que el derecho de garantía general es netamente “patrimonial”.

d) En virtud de la regla de la *par conditio creditorum*¹⁹⁷ todos los acreedores están en igualdad de condiciones para exigir su crédito y sacar a remate los bienes del deudor. Sin perjuicio de lo cual este principio se rompe de operar alguna causal de preferencia y privilegio.¹⁹⁸

e) Constituye un derecho personalísimo.

Este derecho no puede transferirse ni transmitirse independientemente del crédito.

76. Las preferencias.

A. *Introducción.* Las preferencias se vinculan a la situación de los acreedores frente al patrimonio del deudor. En principio, los acreedores están en una situación de igualdad siempre que, conforme al artículo 2469 del C.C., “no haya causas especiales para preferir ciertos créditos”. Este precepto señala que excepcionalmente ciertos acreedores no están obligados a someterse a la regla de igualdad. Estos créditos, que otorgan una

¹⁹⁷ La igualdad que se pretende entre los créditos valistas se acostumbra denominar *par conditio*.

¹⁹⁸ Este principio se relaciona con el principio de la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19.1º, N° 2 de la C.P.E. Sin perjuicio de lo anterior, se acepta al establecer causales de preferencia que se consideran como una discriminación no arbitraria.

mayor seguridad para ser cubiertos con los bienes del deudor, son los privilegiados o preferentes, es decir, aquellos en los cuales militan en su favor condiciones especiales para que, en lo posible, nunca dejen de ser pagados. Las preferencias vienen a derogar, en alguna medida, el principio de la *par conditio creditorum*, puesto que frente a una colisión de intereses de múltiples acreedores se atribuye a uno de ellos prioridad sobre los demás. Al entrar al estudio de las preferencias, es necesario determinar las causas que las motivan.

B. *Concepto de preferencia.* La doctrina define la preferencia como el derecho que tienen ciertos créditos de ser pagados antes con el producto de alguno o de todos los bienes. En la actualidad, normalmente dicha prioridad se concede en función de la naturaleza del crédito, sin atender a la persona que lo posee.

La noción de preferencia está consagrada en nuestra legislación en el artículo 2470.1º del C.C. al señalar que “las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca”. El artículo 2471 del C.C. agrega que “gozan de privilegio los créditos de primera, segunda y cuarta clase”. Los créditos de la tercera clase son preferentes, pero no privilegiados, y corresponden principalmente a los créditos hipotecarios, según se desprende del artículo 2477.1º del C.C.

Por último, la quinta clase de créditos corresponde a los valistas, que no gozan de preferencia alguna conforme al artículo 2489.1º del C.C.

C. Características de las preferencias:

a) Las preferencias constituyen una garantía para los acreedores;¹⁹⁹ ello es así toda vez que las preferencias significan un refuerzo especial para los créditos, de manera que ellos resultan más eficaces.

b) Las preferencias tienen un carácter excepcional.

Esto se debe a que la regla general es que los acreedores sean pagados en igual-

¹⁹⁹ Los privilegios constituyen garantía en un sentido amplio de la palabra, pero no son una caución en los términos señalados en el artículo 46.

dad de condiciones sobre el patrimonio del deudor.

c) Las preferencias tienen un origen estrictamente legal. Sólo el legislador puede crear preferencias para el pago, como se desprende del artículo 2488 del C.C.

d) Las preferencias son renunciables por parte de los acreedores. Ello es así toda vez que ellas miran a su solo interés y no está prohibida su renuncia (artículo 12 del C.C.).

e) Las normas que conceden preferencia son de Derecho estricto y no admiten una aplicación por analogía.

f) Las preferencias se extienden al capital e intereses, y en ciertos casos afectan a las multas y los reajustes.

g) Las preferencias tienen un carácter accesorio al derecho del crédito. Esto se explica porque ellas no constituyen un derecho subjetivo autónomo, sino una cualidad del crédito. De este carácter accesorio surgen dos importantes consecuencias:

i) La preferencia supone necesariamente un crédito. Para la generalidad de las preferencias dicho crédito debe ser actual. La discusión se plantea respecto de la prenda y la hipoteca, en las que el crédito podría ser futuro.

ii) La preferencia sigue al crédito, puesto que es una cualidad inherente al mismo, es decir, se transfiere al detentador del título (artículo 2470.2º del C.C.). De esto resulta que no puede cederse la preferencia en forma independiente del crédito, y por otra parte la cesión del crédito importa la cesión de la preferencia.

Así se desprende, por lo demás, de lo señalado en los artículos 1906 y 1612 del C.C., relativos a la cesión de créditos y al pago con subrogación respectivamente. Ha existido bastante discusión en torno al traspaso de derechos concedidos en razón de la persona del acreedor. El asunto se ha planteado con relación a los créditos de la cuarta clase, cuya preferencia deriva en gran medida en razones de orden personal. La doctrina mayoritariamente ha estimado que incluso esta preferencia es inherente al crédito y se traspasaría a quienes lo adquieran por subrogación, cesión u otra causa. A su

vez, en razón de lo dicho anteriormente, referente a la titularidad activa, se presenta el problema de la transmisión de la preferencia a los herederos. La regla en principio se mantiene, salvo la distinción en general o especial de las preferencias.

D. Clasificación de las preferencias. El término preferencia es comprensivo de los privilegios y de la hipoteca. La hipoteca no es otra cosa que un derecho de preferencia que se gradúa por su fecha; en cambio, el privilegio es un derecho de preferencia que se gradúa por su calidad. Así, en la hipoteca la ley común a los acreedores es la del tiempo, ya que el primero que la obtiene es preferido a los demás. En cambio, en los privilegios impera la ley especial que le otorga un puesto a cada uno de dichos privilegios. Hace excepción a esta regla el privilegio de la cuarta clase, que por haber sido antiguamente verdaderas hipotecas legales, se gradúa conforme a las reglas de dicha figura.

Las preferencias han sido clasificadas doctrinariamente de la siguiente manera:

1º. En atención al grado de preferencia.

El legislador ha dividido las preferencias en cinco clases; las cuatro primeras son créditos preferentes y la quinta son créditos comunes o valistas. A su vez, dentro de los créditos preferentes son privilegiados los de la primera, segunda y cuarta clase; mientras que los de la tercera clase son preferentes, pero no privilegiados. A éstos se les conoce como créditos hipotecarios.

2º. En atención a los bienes sobre los cuales recae, la preferencia puede ser especial o general.

a) Preferencia general. Es aquella que se hace efectiva en todos los bienes del deudor, cualesquiera que estos sean. Esta preferencia no tiene por objeto ningún bien en particular, sino que todos los bienes que se encuentren en el patrimonio del deudor al momento de la ejecución forzosa. En nuestra legislación son preferencias generales las de primera y cuarta clase.

b) Preferencia especial. Es aquella que afecta a determinados bienes del deudor. Son preferencias especiales las de segunda

y tercera clase. A diferencia de las preferencias generales, el acreedor sabe antes de la ejecución cuál es el bien que dará satisfacción al crédito; incluso en la prenda y en la hipoteca el acreedor goza del derecho de persecución propio de las garantías reales. Con todo, si los bienes son insuficientes para satisfacer el crédito, el saldo insoluto carece de preferencia, como lo señala el artículo 2490 del C.C.

E. Extensión de las preferencias. En torno a la extensión de las preferencias se deben de aplicar los siguientes criterios:

a) La preferencia se hace extensiva a los intereses que genere el crédito, lo que es consecuencia del principio de accesoriedad. De esta manera, el artículo 2491 del C.C., señala que *“los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales”*. Es importante agregar que esta regla, aplicable a los intereses, no procede respecto de las costas judiciales causadas por el cobro de un crédito preferente.

b) La preferencia se puede hacer efectiva sobre lo subrogado a los bienes originarios.

En el fondo las preferencias se harán efectivas siempre sobre el precio de la cosa, obtenido mediante la ejecución forzada. Si antes de llegar a la ejecución los bienes sujetos a preferencia han desaparecido del patrimonio del deudor, resultaran vinculados los bienes que los hayan subrogado en forma real.

F. Extinción de las preferencias. Las causas de extinción de las preferencias pueden ser directas o indirectas en los siguientes términos:

1º. Son causas indirectas las que extinguen el crédito y consecuencialmente la preferencia, ya que éstas no son sino una calidad del mismo.

2º. Son causas directas las que atacan a la preferencia misma, extinguiéndola con independencia del crédito al que acceden, el que pasa a ser valista. De estas causales, dos son especialmente relevantes:

a) La renuncia a la preferencia por parte del acreedor. Esta renuncia no está revestida

de formalidad alguna. Esta facultad debe entenderse sin perjuicio del derecho que asiste a los acreedores del renunciante para revocar la renuncia, si se dan los presupuestos de la acción pauliana.

b) La absorción del valor de la cosa especialmente afecta a la preferencia por otros créditos preferentes de mayor rango. Así, puede darse el caso que el precio de la cosa que afecta a la preferencia especial sea absorbido por un crédito de mayor graduación.

77. Las preferencias en particular. En la prelación de créditos existe coincidencia de varios acreedores sobre el patrimonio del deudor común, que por ser insuficiente para satisfacerlos a todos origina una colisión que se soluciona mediante las reglas de la coordinación o subordinación.

La coordinación de los distintos derechos de crédito se basa en la igualdad de rango de los créditos en conflicto, de suerte que hay una satisfacción proporcional de todos, que resultarán igualmente perjudicados. La subordinación, en cambio, está basada en la desigualdad de rango de los diferentes créditos, lo que da lugar a un orden de cobro sobre el patrimonio del deudor.

En definitiva, la prelación de créditos viene a ser el conjunto de normas que regulan la forma y el orden en que deben concurrir los acreedores a pagarse en el patrimonio del deudor.

78. Las preferencias en nuestra legislación. Nuestro Código Civil distingue cinco clases de créditos. Las cuatro primeras son preferentes, artículos 2472, 2474, 2477 y 2481 del C.C. A su vez, las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca (artículo 2470.1º del C.C.). La última clase corresponde a los denominados créditos valistas o comunes (artículo 2489 del C.C.).

79. Los créditos y las causas de preferencia. A continuación se analizarán los créditos preferentes y los comunes.

80. Los créditos de primera clase. Los créditos de primera clase nacen de alguna de las causas que enumera el artículo 2472

del C.C. Su texto actual se debe a las modificaciones introducidas por el artículo 261 de la Ley N° 18.175.

Son créditos de primera clase los siguientes:

A. *Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores.* Estos créditos son los establecidos en el artículo 2472.1º, N° 1 del C.C. y respecto de ellos es necesario abordar las siguientes cuestiones:

a) El fundamento de la preferencia pareciera ser el enriquecimiento injusto. Ello porque no resulta equitativo que los gastos ocasionados, en interés general de los acreedores, no sean soportados por todos ellos. Pero dicho fundamento no sirve para explicar la preferencia de que goza el propio acreedor que hizo el gasto, puesto que opera impulsado por un interés propio. La solución más acertada a este problema parece indicar que el legislador ha procedido con un criterio de justicia, protegiendo a aquellos que han actuado en beneficio común de los acreedores. En efecto, estas gestiones realizadas por uno de los acreedores o por un tercero para obtener la realización de los bienes del deudor o cualquiera otra de la misma naturaleza y que van a ser útiles a todos los demás acreedores, merecen una protección de parte de la ley para que este acreedor o este tercero se resarza de todo lo que haya gastado en ellas de forma efectiva.

b) Para determinar la extensión de esta preferencia se debe recurrir al artículo 139 del C.P.C. De esta forma, se puede definir a las costas como los gastos que se originan durante la tramitación judicial y que son una consecuencia directa de ella. A su vez, estas pueden ser personales o procesales. La doctrina y jurisprudencia han entendido que el N° 1 del artículo 2472.1º del C.C., al no delimitar su alcance se hace extensiva a ambas.

c) Las costas judiciales gozarán de preferencia sólo en la medida que ellas hayan sido causadas en el interés general de los acreedores. Así, por ejemplo, se ha sostenido que no cumplen con esta exigencia las costas ocasionadas por el acreedor que

intenta la acción pauliana, puesto que ella sólo aprovecha en sus resultados al actor que la intentó.

B. *Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.* Este privilegio está consagrado en el artículo 2472.1º, N° 2 del C.C.

Los gastos que comprenden estos privilegios son los estipendios que rodean a la muerte de una persona, es decir, las expensas del nicho, los avisos de la defunción, como el costo de las exequias religiosas según la religión del difunto.

Las limitaciones a este privilegio son las siguientes:

a) En primer lugar las expensas funerales deben ser las necesarias, lo que queda sujeto al criterio del juez, el cual también debe recurrir a la posición social del difunto para ponderar la necesidad de tales gastos.

b) Una segunda limitación la constituye el hecho que los gastos deben haber sido causados por el deudor difunto, con lo que se excluye a los demás miembros de la familia del deudor, los que no gozan de preferencia alguna.

C. *Los gastos de enfermedad del deudor.* Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, el juez fijará, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extiende el privilegio, según lo establecido en el artículo 2472.1º, N° 3 del C.C. En este sentido, es importante destacar que para parte de la doctrina estos gastos deben ser “de enfermedad necesarios”. Sin embargo, el referido precepto se refiere a “gastos de enfermedad del deudor”. La referencia a los gastos “de enfermedad necesarios” resulta engañosa, puesto que no es sensato suponer que los gastos por asistencia médica puedan ser realizados con ánimo de lujo u ostentación.

D. *Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, la realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados.*

Este privilegio está consagrado en el artículo 2472.1º, N° 4 del C.C. Este privilegio es una novedad de la actual redacción del artículo. El legislador hizo bien en sepa-

rar estos gastos de la quiebra de las costas judiciales, tratadas en el N° 1 del citado artículo. Ello se debe a que si bien en ambas situaciones hay créditos emanados de gastos incurridos en un juicio y en interés de los acreedores, la preferencia del N° 1 comprende un gasto que es objeto de acción de reembolso para repetir contra otros. En cambio, el N° 4 constituye un simple gasto que no es materia de reembolso. Ello se debe a que estas costas las pagan directamente los acreedores que han solicitado las diligencias y que el síndico realiza en su nombre y representación.

Los gastos efectuados para poner a disposición de la masa los bienes del fallido son los que emanan de la diligencia de incautación y facción de inventario de los bienes, honorarios del ministro de fe que participa en estas diligencias, notificaciones en el D.O., etc.

E. Las remuneraciones a los trabajadores y las asignaciones familiares. Este privilegio está establecido en el artículo 2472.1º, N° 5 del C.C.

Para estos efectos, la remuneración comprende las compensaciones en dinero por feriado anual o descanso no otorgados (artículo 41 del C.Tr.).²⁰⁰

F. Las cotizaciones adeudadas a organismos de seguridad social o que se recauden por su intermedio para ser destinadas a este fin. Este privilegio comprende los créditos del Fisco en contra de las AFP por los aportes que aquél hubiese efectuado de acuerdo al artículo 42.3º del D.L. 3.500 de 1980 (artículos 2472.1º, N° 6 y 61.1º, N° 1 del C.Tr.). Esta es una preferencia que se enmarca claramente dentro del campo del Derecho de la seguridad social, vale decir, de aquel conjunto de normas y principios que regulan las relaciones jurídicas entre los trabajadores y entre el gestor de la seguridad social.

G. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses. Este privilegio está

consagrado en el artículo 2472.1º, N° 7 del C.C.

Los artículos de subsistencia, a que se refiere la norma precedente, son todos aquellos que resultan indispensables para mantener la vida del deudor y su familia y que comprenden su alimentación, vestuario y habitación. El plazo de tres meses debe contarse desde la fecha de declaración de quiebra del deudor y no desde la cesación de pago. En el caso de liquidación se contará este plazo desde la fecha misma en que se proceda a la liquidación de los bienes del deudor.

H. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen legal que les correspondan a los trabajadores que estén devengadas a la fecha y que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas.

Este privilegio está consagrado en los artículos 2472.1º, N° 8 del C.C. y 61.1º, N° 1 del C.Tr.

La preferencia en cuestión se vincula al fenómeno de la terminación del contrato de trabajo.

I. Los créditos del Fisco por los impuestos de retención y recargo.

Este privilegio está consagrado en los artículos 2472.1º, N° 9 del C.C. y 61.1º, N° 1 del C.Tr.

Por otra parte, cabe destacar que los tribunales apreciarán en conciencia la prueba que se rinda respecto de los créditos privilegiados a que se refiere el artículo 61, inciso final del C.Tr.

81. Características de los créditos de primera clase:

a) Constituyen un privilegio general, ya que recae sobre todos los bienes del deudor. Así se desprende del artículo 2473 del C.C.

b) Los créditos de primera clase, en caso de quiebra, se pagan tan pronto como haya fondos para ello.

Así, conforme al artículo 148 de la L. de Q., “el síndico hará pago de los créditos privilegiados de la primera clase que no hubieren

²⁰⁰ ROJAS M., I., *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 164.

sido objetados en el orden de preferencia que les corresponden, tan pronto como haya fondos para ello; reservará lo necesario para el pago de los créditos de la misma clase, cuyo monto o privilegio esté en litigio, y para la atención de los gastos subsiguientes de la quiebra”.

c) Constituyen un privilegio personal, es decir, no afecta a tercero.

En virtud de esta característica los bienes del deudor quedan afectos a la preferencia mientras permanezcan en el patrimonio del deudor, como lo indica el artículo 2473.2º del C.C.

d) Los créditos de primera clase se prefieren entre sí en el orden que están enumerados en el artículo 2472 del C.C.

Esta característica reviste real importancia en el caso que no hubiere suficientes bienes para pagar a todos los acreedores de primera clase. Para estos efectos no importa la fecha del respectivo crédito, ya que, como señala el artículo 2473.1º, segunda parte del C.C., “no habiendo lo necesario para cubrirlo íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata”. En el déficit, conforme a la última parte de la norma precedente, los créditos correspondientes a una misma categoría, dentro de la primera clase, concurren a prorrata.

e) Los créditos de primera clase se prefieren a todos los demás. La cuestión reviste particular interés tratándose de los créditos especiales de la segunda y tercera clase, puesto que la regla en verdad significa que los créditos de primera clase sólo se prefieren a ellos, si los restantes bienes son insuficientes, es decir, si no se alcanzan a pagar los créditos de primera clase. Dicho de otra manera, los acreedores prendarios y demás de su clase y los acreedores hipotecarios y los demás de la suya, tienen derecho a pagarse con preferencia en los bienes especialmente afectos, aun respecto de créditos de primera clase, sólo si el deudor tiene bienes suficientes para pagar dichos créditos. Así se desprende del artículo 2476 para los créditos de segunda clase, y del 2478.1º del C.C. para los créditos de tercera clase.

82. Conflictos con relación a los créditos de primera clase. El orden de prelación entre los créditos de primera y segunda clase está regulado en el artículo 2476 del C.C., que señala que “afectando a una misma especie créditos de la primera clase y créditos de la segunda, excluirán éstos a aquéllos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán éstos la preferencia en cuanto al déficit y concurrirán en dicha especie en el orden y forma que se expresan en el inciso 1º del artículo 2472”.

Por otra parte, el artículo 2478 del C.C. consagra la preferencia de los de la primera por sobre los de la tercera clase, señalando lo siguiente:

“Artículo 2478. *Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas sino en el caso de no poder cubrirse en su totalidad con los otros bienes del deudor.*

El déficit se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas a proporción de los valores de éstas, y lo que a cada una quepa se cubrirá con ella en el orden y forma que se expresan en el artículo 2472”.

Sin embargo, para comprender a cabalidad las normas precedentemente mencionadas, se deben responder las siguientes preguntas:

A. *¿Qué sucede si no se alcanzan a pagar los créditos de primera clase y existen créditos de segunda y tercera? ¿en qué orden se prefieren entre ellos?* Al respecto BAHAMÓNDEZ PRIETO señala que, como este supuesto no está regulado, se han planteado dos soluciones. En virtud de la primera de ellas, la numeración dada por el legislador a los créditos indica en sí misma la prioridad de unos sobre otros. El déficit de los créditos de la primera clase se pagará en los bienes hipotecados, que por ser de tercera clase tienen menor prioridad que los de la segunda clase, y sólo en caso de insuficiencia de ellos se pagarán en los bienes afectos a un crédito de segunda clase.²⁰¹ En virtud de la segunda posición –a la que se adscribe BAHAMÓNDEZ– el déficit de los créditos

²⁰¹ ALESSANDRI, *La prelación de créditos*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, pp. 32 y 33.

de la primera clase se prorratea entre todas las preferencias especiales de acuerdo a sus respectivos valores. De esta forma, si el déficit se hiciera valer solamente sobre uno de los bienes afectados a un crédito de la segunda clase, y no a prorrata sobre todos ellos, se estaría estableciendo una nueva preferencia y vulnerando el carácter estrictamente legal de las mismas, consagrado en el artículo 2488 del C.C. Esta postura radica en que, conforme a la lógica y equidad, para cubrir el déficit de los créditos de la primera clase se debe recurrir a la regla de la proporcionalidad que, conforme al artículo 2469 del C.C., constituye el principio general en materia de prelación.²⁰² Por lo demás, el propio legislador señaló esta solución para los créditos de la tercera clase, como se desprende del artículo 2478.2º del C.C.

B. ¿Quién debe soportar el peso de la prueba, si los bienes generales del deudor son insuficientes para pagar los créditos de la primera clase y debe recurrirse a los de segunda o tercera clase, si los hubiese? En una primera época, la jurisprudencia se inclinó por sostener que este peso lo soportaba el acreedor con preferencia especial. SOMARRIVA avalaba esta postura, indicando que el acreedor de primera clase tendría dificultades en producir esta prueba, pues debería acreditar un hecho negativo: que el deudor carece de bienes.

Por otra parte, la pretensión del acreedor de primera clase se puede hacer valer a través de una tercería de prelación; entonces el acreedor con preferencia especial se puede excepcionar, alegando que el deudor tiene otros bienes en los cuales el tercerista puede hacer valer sus derechos, y el que opone una excepción debe probar los hechos en que se funda.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que en la actualidad la jurisprudencia se inclina por la solución opuesta, es decir, el *onus probandi* recae sobre el acreedor de primera clase, ya que se ha estimado que la no existencia de otros bienes es un requisito

constitutivo de la acción del acreedor de primera clase.²⁰³

83. Los créditos de segunda clase. A esta clase de créditos pertenecen los de las personas enumeradas en el artículo 2474 del C.C., al que se agregarán los créditos de ciertos acreedores en las llamadas prendas especiales y el crédito del acreedor retencionario sobre bienes muebles y cuyo derecho ha sido declarado judicialmente. Conforme a las nociones generales sobre prelación de acreedores, los créditos de segunda clase son créditos privilegiados especiales; o sea, aquellos que están garantizados por una especie mueble determinadamente afecta al cumplimiento de la obligación.

Son créditos de segunda clase en particular:

A. Los créditos del posadero. Este privilegio está establecido en el artículo 2474.1º, Nº 1 del C.C. Con relación al privilegio del posadero se deben destacar los siguientes aspectos:

1º. Los bienes sobre los que recae el privilegio.

Este privilegio recae sobre todos los objetos que el deudor introduzca en la posada, como el equipaje, mercaderías e incluso animales. Las cosas ingresadas después de la llegada, también quedan comprendidas en el privilegio, puesto que el legislador no distingue al respecto. La ley presume que son de propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada, como lo indica el inciso final del Nº 2 del artículo

²⁰³ Al respecto, LECAROS aclara que, conforme a RIOSECO, el tercerista debe probar si el deudor no posee bienes, o que los bienes que posee son insuficientes para cubrir los créditos de primera clase. RIOSECO, Emilio, *La prueba ante la jurisprudencia*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, Nº 62, p. 58, y LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *Las cauciones reales. Prenda e hipoteca*, Metropolitana Ediciones, Santiago de Chile, 2001, p. 378. En este sentido, al acreedor de un crédito de primera clase le bastaría con acreditar que ha seguido un juicio contra el deudor y no existen bienes en los cuales hacerse el pago. Sin embargo, como LECAROS indica, también hay fallos que señalan que la carga de la prueba recae en los acreedores hipotecarios. LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *op. cit.*, pp. 377 y 379.

²⁰² BAHAMÓNDEZ, en este punto, sigue a GÓMEZ BALMACEA. PRIETO, Felipe, *La prelación de créditos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 47 a 49.

lo 2474.1º del C.C. Esta es una presunción simplemente legal que se desvanece si se rinde prueba en contrario.

2º. Limitaciones a este privilegio.

En primer lugar el crédito debe provenir de gastos de hospedaje, pero no de un alojamiento anterior puesto que la preferencia dura mientras permanezcan los efectos en la posada. Igualmente, si el posadero ha efectuado préstamos en dinero al viajero, dicho crédito es ajeno a la preferencia. Una segunda limitación la constituye el hecho que sólo el posadero, o sea aquel que se dedique al hospedaje, puede invocar la preferencia, con lo cual se excluye a los restaurantes o establecimientos que sólo venden bebidas.

B. El crédito del acarreador o empresario de transporte. Este privilegio está establecido en el artículo 2474.1º, Nº 2 del C.C. En torno a él se deben destacar los siguientes aspectos:

1º. Ámbito de aplicación de la preferencia.

La preferencia recae sobre todos los efectos acarreados con tal que éstos sean de propiedad del deudor. El Nº 2 del artículo 2474.1º del C.C. contempla una presunción simplemente legal respecto de la propiedad de los efectos transportados, en el sentido que se presume que son de propiedad del deudor los efectos acarreados por su cuenta. Esta presunción no procede si el deudor le hace saber al acreedor su calidad de mero tenedor de las mismas o dicha circunstancia llega a conocimiento suyo por cualquier vía, como esta prueba al efecto.

2º. Limitaciones de esta preferencia.

Esta preferencia sólo favorece al acarreador o empresario de transporte y el crédito debe provenir necesariamente de deudas de transporte. En el Código Civil ocurre que el privilegio se extingue luego de entregada la carga al consignatario y no puede invocarse sino sólo hasta ese momento. Ello quiere decir que la existencia y subsistencia del privilegio va unida a la tenencia de los bienes transportados.

C. El crédito del acreedor prendario. El artículo 2474.1º, Nº 3 del C.C. consagra este

crédito de segunda clase a favor del crédito del acreedor prendario.

Esta preferencia cuenta con las siguientes limitaciones:

a) El acreedor prendario, para aprovechar la preferencia debe ejercitar precisamente la acción prendaria y no la personal emanada de la obligación a la cual la prenda cauciona. De este modo, si ejerciendo su acción personal embarga otros bienes del deudor, carece de preferencia en el pago.

b) El saldo insoluto carece de preferencia. De este modo, si parte del crédito queda sin pagarse con el producto de la realización de la prenda, el saldo insoluto es un crédito valista conforme al artículo 2490 del C.C. Esta limitación es una consecuencia de tener la preferencia del acreedor prendario un carácter especial.

c) El acreedor prendario debe tener la cosa objeto de la prenda bajo su poder. Si bien el acreedor prendario es dueño y poseedor del derecho real de prenda, es a la vez mero tenedor de la cosa pignorada.

El artículo 2474.1º, Nº 3 del C.C. no señala nada acerca de si el acreedor prendario debe detentar la cosa prendada para efectos de ejercer la preferencia.

Por una parte es posible sostener, interpretando los artículos 2393 y 2397 del C.C., que este privilegio exige que la cosa permanezca en poder del acreedor. La primera de las referidas normas confiere al acreedor prendario el derecho de venta sobre la cosa empeñada, la que debe estar en poder del acreedor. Por su parte, el artículo 2393 del C.C. otorga una acción reivindicatoria al acreedor prendario para recuperar la cosa, de perder su tenencia.

Sin embargo, parece ser más razonable entender que de perder el acreedor prendario la detentación de la cosa pueda ejercer una acción de persecución contra cualquier persona que la tenga en su poder, en los términos del artículo 2393.1º del C.C. para posteriormente poder ejecutarla.²⁰⁴

²⁰⁴ Esta es la posición adoptada por ALESSANDRI. ALESSANDRI, *La prelación de créditos*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, p. 40.

D. *Crédito de los acreedores prendarios en las llamadas prendas especiales.* Además de la prenda regida por el Código Civil, existen otras prendas a las que se acostumbra llamar especiales, en oposición a la civil, que es de derecho común. La importancia de estas prendas especiales es creciente, sobre todo porque en ellas normalmente el deudor conserva la tenencia de la cosa, eliminando así el mayor inconveniente de la prueba civil. Estas prendas especiales conceden también una preferencia al acreedor.

A continuación se analizará brevemente la prenda mercantil:

1º. Crédito del acreedor prendario en la prenda mercantil.

El contrato de prenda mercantil es de naturaleza real en atención a que se perfecciona entre las partes por la entrega de la cosa. Sin embargo, no es necesario que la cosa pase a manos del acreedor, pues podría quedar en poder de un tercero en calidad de depositario, pero la cosa debe estar materialmente en poder de una persona distinta al constituyente, conforme al artículo 817 del C. de C. Asimismo, para gozar de la preferencia antes indicada no basta con la entrega de la cosa, sino que además se requiere que la entrega “conste”, según la mención a que hace referencia el artículo 815 del C. de C. Así, a diferencia de la prenda civil, que se perfecciona por la simple entrega de la cosa, en la prenda mercantil para invocar la preferencia ante tercero debe estar determinado tanto el crédito que se asegura como la prenda misma mediante escritura pública o documento privado protocolizado. Esta misma solución se adopta en las siguientes prendas especiales:

a) Crédito del acreedor prendario en la prenda agraria (Ley Nº 4.097).

b) Crédito del acreedor prendario en la prenda industrial (Ley Nº 5.687).

c) Crédito del acreedor prendario en la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos (Ley Nº 4.287).

d) Crédito del acreedor prendario en la prenda de las cosas muebles que se venden a plazo (Ley Nº 4.702).

e) Crédito del acreedor prendario en la prenda sin desplazamiento (Ley Nº 18.112).

f) Crédito del acreedor prendario en la prenda minera (artículo 220 del Código de Minería).

g) Crédito del acreedor prendario en la prenda de la letra de cambio, pagaré o cualesquiera otros títulos de crédito de dinero emitidos a la orden (Leyes Nºs 18.092 y 18.552).

h) Crédito del acreedor prendario en la prenda del *warrant* (Ley Nº 18.690).

i) Créditos del acreedor que goza de derecho legal de retención declarado judicialmente sobre bienes muebles (artículo 546 C.P.C.). El llamado derecho legal de retención es la facultad que tiene el deudor de una obligación de restituir una cosa, para negarse a cumplir mientras no se le pague o asegure el pago de lo que se le debe en razón de esta misma cosa. Conforme a este concepto, se debe diferenciar entre el derecho de retención y la preferencia. Entonces el derecho de retención opera como un medio para asegurar el cumplimiento, pero no como un crédito sobre el bien retenido.

84. Características de los créditos de segunda clase:

a) Constituyen una preferencia especial. Ello es así toda vez que recaen necesariamente sobre determinados bienes muebles del deudor.

b) Si los bienes particulares afectos a este privilegio no son suficientes para satisfacer el crédito, el saldo insoluto pasa a ser un crédito valista.

c) Los créditos de segunda clase son pagados con preferencia a los demás créditos, a excepción de los créditos de primera clase.

d) Por regla general no hay concurrencia entre acreedores de segunda clase, ya que la cosa queda en poder del acreedor respectivo. Por ello, no puede producirse un conflicto de preferencia de los créditos de segunda clase entre sí.

e) Los créditos de la segunda clase se pagan sin esperar las resultas de la quiebra (artículo 149.1º de la L. de Q.).

85. Créditos de tercera clase o hipotecarios. A esta clase de créditos pertenecen los créditos de los acreedores hipotecarios, señalados en el artículo 2477.1º del C.C.; el crédito del acreedor censualista respecto del censo debidamente inscrito, conforme al artículo 2480; el derecho legal de retención sobre inmuebles declarado judicialmente e inscritos en el R.H.G., según el artículo 546 del C.P.C.; y el crédito del aviador en el contrato de avío minero, que trata el Código de Minería en los artículos 206 y siguientes. Son créditos de tercera clase los siguientes:

A. *Créditos del acreedor hipotecario.* Esta preferencia está establecida en el artículo 2477 del C.C.

Estos créditos han generado los siguientes problemas:

a) La preferencia recae sobre el precio de la subasta del bien hipotecado. La hipoteca determina no sólo un derecho de persecución, sino que también un derecho de preferencia. En este sentido el artículo 2470 del C.C. expresamente se refiere a la hipoteca como una causa de preferencia.

b) El acreedor hipotecario puede hacer valer la acción hipotecaria en las siguientes instancias procesales. Puede hacer valer su derecho en el juicio ejecutivo. Incluso podrá hacer valer su acción en juicio ejecutivo sin necesidad de sentencia previa que la declare, a través de la tercería de la prelación contra un acreedor hipotecario de peor derecho. Pero además puede ejercer la acción de hipoteca en concurso particular de acreedores hipotecarios, conforme al artículo 2477 del C.C., y puede también ser alegada en la quiebra del deudor hipotecario.

c) Excepcionalmente la prenda y la hipoteca pueden recaer sobre un mismo bien. Así, en las prendas sin desplazamiento puede suceder que el bien prendado sea a su vez un bien inmueble por destinación. En este supuesto, como el bien se verá afecto a la hipoteca –por aplicación de los artículos 570 y 2420 del C.C.–, se debe analizar, ¿cómo se pagan los acreedores hipotecarios y prendarios de un deudor insolvente cuyo derecho recae sobre un mismo bien? En

este caso, LECAROS señala que deben aplicarse por analogía los artículos 4º de la Ley Nº 4.097 y 8º de la Ley Nº 4.702, debiendo concurrir los acreedores a prorrata.²⁰⁵

B. *Los créditos del censualista.* Esta preferencia está establecida en el artículo 2480 del C.C. El censo en virtud del artículo 2022 del C.C. “*se constituye[...] cuando una persona contrae la obligación de pagar un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente, y gravando una finca suya con la responsabilidad del rédito y del capital*”. A su vez, conforme al artículo 2023 del C.C., el censo puede constituirse por testamento, por donación, venta, o de cualquier otro modo equivalente a éstos. Sin embargo, cualquiera sea su origen, el censo debe constar por escritura pública, inscrita en el correspondiente Registro del C.B.R., de conformidad con el artículo 2027 del C.C.

C. *Crédito del acreedor que goza del derecho legal de retención sobre inmueble declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, e inscrito en el Registro de Hipotecas.*

D. *Crédito del aviador en el contrato de avío minero.*

86. Características de los créditos de tercera clase:

a) Constituyen una preferencia especial.

Los créditos de tercera clase recaen sólo sobre los bienes objeto de los derechos que la constituyen; o sea, sobre la finca hipotecada, retenida, acensuada, etc.

²⁰⁵ También es importante destacar la opinión de LARRAÍN, para el cual en la realización de las prendas se aplican las normas de la purga de la hipoteca a favor del acreedor prendario no citado, conforme al artículo 27 de la Ley sobre Prenda sin Desplazamiento. LARRAÍN RÍOS, H., *Tratado de la prelación de créditos*, tomo I, Distribuidora Forense Ltda., Santiago, Chile, 1998, p. 298. BAHAMÓNDEZ trata la colisión entre la hipoteca y la prenda agraria, prenda industrial, objetos muebles que se venden a plazo, y entre una hipoteca y prenda de concesión minera en detalle. BAHAMÓNDEZ PRIETO, Felipe, *La prelación de créditos*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 115 a 117. Sin embargo, el mismo autor se inclina por el criterio contrario respecto de una situación similar. En todo caso esta es la situación antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Prenda sin Desplazamiento. *Vid. supra* Nº 38, § 4, capítulo V, tomo II.

b) Los créditos de tercera clase son pagaderos con preferencia de los demás créditos; salvo los de primera clase cuando no pueden cubrirse en su totalidad con el resto de los bienes del deudor.

c) Los créditos de esta clase prefieren entre sí por el orden de la fecha de inscripción (*prior tempore, potior iure*).

Los acreedores hipotecarios podrán solicitar un concurso particular hipotecario, conforme al artículo 2477.2º del C.C. Ello a diferencia de la prenda, en la cual por regla general no se puede producir conflicto de preferencias.

87. Créditos de cuarta clase. A esta clase de créditos pertenecen todos los enumerados en el artículo 2481 C.C. Los créditos de cuarta clase son los que se tienen contra ciertos administradores de bienes ajenos. Entre éstos están los siguientes:

A. Los del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales. Este privilegio está establecido en el artículo 2481.1º, Nº 1 del C.C. Este privilegio lo puede ejercer el Fisco contra cualquier individuo que haya administrado fondos públicos, en la medida que concurren dos circunstancias:

a) Se trate de funcionarios públicos.

b) Que dichos funcionarios hayan recaudado contribuciones para el Fisco por cualquier concepto.

B. Los créditos de los establecimientos nacionales de caridad o de educación, y los de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos.

Este privilegio está establecido en el artículo 2481.1º, Nº 2 del C.C. Esta norma es restrictiva y no se aplica respecto de cualquier ente moral. Así, sólo las personas jurídicas que establece esta disposición tienen un privilegio de cuarta clase contra sus recaudadores y administradores. En este sentido, este privilegio se aplica sólo a las siguientes personas jurídicas:

a) Los establecimientos nacionales de caridad.

b) Los establecimientos nacionales de educación.

c) Las municipalidades.

d) Las iglesias y comunidades religiosas.

C. Los créditos de las mujeres casadas por los bienes de su propiedad que administre el marido, sobre los bienes de éste; o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales. Este privilegio está establecido en el artículo 2481.1º, Nº 3 del C.C.²⁰⁶

Para que opere este privilegio deben concurrir los siguientes requisitos:

a) Este privilegio se aplica respecto de los créditos que tengan su origen en la administración del marido en el matrimonio.

Este privilegio, conforme a lo señalado en el artículo 2484 del C.C., se aplica también respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero que produzcan efectos en Chile.²⁰⁷

b) Este privilegio sólo se aplica respecto de los créditos que tuviere la mujer por sus bienes.²⁰⁸

Para BAHAMONDEZ se excluyen de este privilegio los bienes que administre el marido fuera de la sociedad conyugal, como si se le otorga un poder de administración por parte de la cónyuge.²⁰⁹

c) Este privilegio sólo se puede ejercer una vez disuelta la sociedad conyugal.²¹⁰

²⁰⁶ Como destacaba ALESSANDRI, este privilegio vino a reemplazar la hipoteca legal, propia de la legislación española anterior a la independencia. Dicha hipoteca protegía a los bienes de la mujer que administraba el marido. ALESSANDRI, *La prelación de créditos*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, p. 52.

²⁰⁷ ALESSANDRI, *La prelación de créditos*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, pp. 52 y 53.

²⁰⁸ ALESSANDRI se refirió al alcance de la expresión “por los bienes de su propiedad que administra el marido”. Al respecto, es posible sostener una interpretación amplia o restringida que no es del caso tratar acá. ALESSANDRI, *La prelación de créditos*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, pp. 54 a 57.

Sin perjuicio de ello, se ha resuelto que esta norma se aplica respecto de los bienes comunes de los cónyuges. BAHAMONDEZ PRIETO, Felipe, *La prelación de créditos*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 137.

²⁰⁹ BAHAMONDEZ PRIETO, Felipe, *La prelación de créditos*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 135.

²¹⁰ Esta solución en realidad no es pacífica en jurisprudencia. Se han presentado fallos que han aplicado este privilegio en caso de quiebra del marido. Sin

D. Los créditos de los hijos sujetos a patria potestad, por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o la madre, sobre los bienes de éstos.

Este privilegio está establecido en el artículo 2481.1º, N° 4 del C.C.

Este privilegio comprende los créditos que tuviere el hijo contra su padre o madre, que ejerza la patria potestad, precisamente en consideración a dicha administración y sobre el patrimonio del titular de la patria potestad.

E. Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores. Este privilegio está regulado en el artículo 2481.1º, N° 5 del C.C. Una vez que ha cesado la guarda, que tiene su origen en una tutela o curatela sobre los bienes del pupilo, el guardador está obligado a restituir los bienes que administra. El pupilo gozará de este privilegio en la restitución de dichos créditos.

La doctrina y jurisprudencia han sido extremadamente restrictivos al interpretar la norma precedente. Así, se ha excluido del ámbito de aplicación de la norma la curaduría de bienes del ausente, de la herencia yacente, del *nasciturus* y de las que se ejerzan exclusivamente sobre los bienes del pupilo, sin consideración a su persona, como la del artículo 345 del C.C.²¹¹

En resumen, este privilegio sólo se aplicaría respecto de guardadores de bienes que a su vez lo sean de la persona del pupilo.

embargo, las opiniones de ALESSANDRI y BAHAMONDEZ en contra parecen ser las correctas. Para ALESSANDRI ello se debe a que, conforme al artículo 1749.1º del C.C., mientras no esté disuelta la sociedad conyugal el marido es el jefe de ella. ALESSANDRI, *La prelación de créditos*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, pp. 57 y 58. En cambio, para BAHAMONDEZ ello se debe a que, conforme al artículo 2466.3º del C.C., la inembargabilidad del usufructo del marido sobre los bienes de la mujer lo impide. BAHAMONDEZ PRIETO, Felipe, *La prelación de créditos*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 135 a 137.

²¹¹ ALESSANDRI, *La prelación de créditos*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1940, pp. 68 y 69. BAHAMONDEZ PRIETO, Felipe, *La prelación de créditos*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 145 y 146.

F. Los créditos contra el propietario de un piso o departamento en razón de expensas comunes. (A estos créditos se refieren los artículos 4.4º de la L.C.I. y 48 del Decreto N° 880 del MOP). Esta causal se refiere a las deudas que el propietario de un piso o departamento sujetos a la Ley de Pisos debe por el uso del bien común. La causal en estudio presenta las siguientes particularidades que la diferencian de los otros créditos de cuarta clase:

a) Estos créditos prefieren a los anteriores, independientemente de las fechas de sus causas. En este sentido es una excepción al artículo 2482 del C.C., conforme al cual los créditos prefieren según las fechas de sus causas.

b) No afecta a todos los bienes del deudor, sino solamente al piso o departamento en virtud del cual se adeudan las expensas comunes.

c) A diferencia de los demás créditos de cuarta clase, da derecho para su cobro contra terceros poseedores.

88. Características de los créditos de cuarta clase:

a) Los créditos de cuarta clases constituyen un privilegio general (artículos 2471 y 2486 primera parte del C.C.). Estos créditos recaen por regla general sobre la totalidad de los bienes del deudor, en conformidad al artículo 2483 modificado por la Ley N° 19.595.

b) Estos créditos prefieren entre sí de acuerdo a la fecha de sus causas (artículo 2482 del C.C.). Las causas pueden ser, en el caso de la mujer casada, la fecha del matrimonio; en el caso de los administradores, la de su nombramiento, etc.

c) Son personales, por lo que no dan acción contra terceros poseedores, salvo el que se refiere a las expensas comunes de una unidad que forma parte de un condominio.

d) Los créditos de cuarta clase son pagaderos con posterioridad a los créditos de primera clase. Asimismo, en los bienes específicos, que componen los créditos de segunda y tercera clase, los acreedores de

cuarta clase sólo tendrán derecho al residuo. Pero en el déficit los créditos de segunda y tercera clase son valistas, o sea, se pagan con posterioridad a los créditos de cuarta clase.

e) Los créditos de cuarta clase sólo corresponden a ciertas personas que tienen la titularidad activa de la acción.

89. Créditos de quinta clase. Estos créditos reciben el nombre de quirografarios, comunes o valistas. Conforme al artículo 2489.2º del C.C. estos créditos “*se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha*”. Estos créditos, por tanto, no gozan ni de privilegio ni de preferencia alguna.

90. Característica de los créditos de quinta clase:

a) Constituyen la regla general.

Así se desprende de lo señalado en los artículos 2488 y 2489.1º del C.C. Los acreedores se pagan en igualdad de condiciones (*par conditio*). Además, como las preferencias son la excepción, de no acreditarse que concurren, se presume que el crédito es valista.

La parte del crédito no cubierta por las preferencias de segunda y tercera clase pasa a ser valista.

b) Se pagan a prorrata y con el sobrante de la masa concursal sin consideración a sus fechas, conforme al artículo 2489.2º del C.C.