

73. Insolvencia del delegado. En consideración al artículo 1637 del C.C. *“el acreedor que ha dado por libre al deudor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia”*. De este modo, si la delegación es perfecta recaerá sobre el delegatario la insolvencia del delegado, pues su acción contra el delegante se extinguió junto con la primitiva obligación.

A. Excepciones a la regla general en torno a la insolvencia del delegado. No obstante lo anterior, la norma señalada establece las siguientes tres excepciones en las cuales la insolvencia del delegado no pesa sobre el delegatario:

a) Cuando el delegatario se reserva expresamente el derecho de entablar la acción correspondiente contra el delegante.

b) Cuando el delegado era insolvente al momento de celebrarse el contrato de novación, ya que se estima que la reserva se hizo tácitamente.

c) Cuando la insolvencia era anterior y pública y conocida del primitivo deudor.

74. Expromisión. La *expromisión* opera cuando hay novación por cambio de deudor, y no requiere la concurrencia de la voluntad del primitivo deudor. Además, la *expromisión* puede ser perfecta o imperfecta.

a) Es perfecta cuando el acreedor consiente en dar por libre al primitivo deudor; en este caso, se produce novación y se llama *“expromisión”*.

b) Es imperfecta cuando el acreedor no consiente en dar por libre al primitivo deudor, no se produce novación y se denomina *“adpromisión”*.

75. Distintas figuras que pueden producirse en torno a las voluntades que pueden concurrir con relación a la novación. En resumen, en la novación pueden producirse las siguientes situaciones con respecto a las voluntades del acreedor, del primitivo y del nuevo deudor:

A. Situaciones que se pueden producir de no concurrir la voluntad del primitivo deudor:

a) Puede ser que, concurriendo la voluntad del nuevo deudor, el acreedor deje libre al primitivo deudor. En dicho caso

opera una *“expromisión”* perfecta que es una forma de novación.

b) Puede ser que, concurriendo la voluntad del primitivo deudor, el acreedor no deja libre al primitivo deudor. En dicho caso opera una *“expromisión”* imperfecta o *“adpromisión”*.

Sin embargo, a diferencia del supuesto anterior, como consecuencia que no se deje libre al antiguo deudor y que el acreedor pueda exigir la deuda a cualquiera de los deudores, no hay novación. La diferencia de esta figura con la delegación imperfecta consiste en que en aquélla, es decir, en la *“adpromisión”*, no concurre la voluntad del primitivo deudor por lo que no hay delegación.

B. Situaciones que exigen la concurrencia de la voluntad del primitivo deudor. En caso que opere una delegación para el pago del primitivo deudor al nuevo deudor, puede acontecer lo siguiente:

a) La delegación sea perfecta, es decir, el acreedor dé por libre al primitivo deudor, en cuyo caso habrá novación.

b) La delegación sea imperfecta, es decir, el acreedor no deje libre al primitivo deudor, pudiendo exigir el cumplimiento a ambos deudores. En este caso, simplemente habrá una diputación para el pago que no constituye novación.

§ 7. La remisión como modo de extinguir las obligaciones

76. Concepto de remisión. La remisión, perdón o condonación es la *renuncia gratuita que hace el acreedor a exigir los derechos que tiene en consideración a los efectos de las obligaciones*.

77. Características de la remisión.

a) Es una convención.

La remisión es una convención, ya que para su perfeccionamiento requiere del acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, o sea, de la formación del consentimiento. De este modo, no habrá remisión si no concurre el deudor. Esto queda en evidencia si se considera que el artículo 1653

del C.C. asimila la remisión gratuita a la donación, que por ser un contrato supone la concurrencia del consentimiento, es decir, un acuerdo de voluntades.²⁷³

La remisión se caracteriza porque se extingue la obligación sin que el acreedor obtenga satisfacción de la prestación que se le adeudaba.

b) Por regla general es un acto jurídico gratuito, pero puede ser onerosa.

78. Clasificación de la remisión.

A. Remisión testamentaria y convencional.

La remisión convencional es la que proviene de un acuerdo de voluntades, ella siempre requiere la voluntad del deudor aceptando la extinción de la deuda. En cambio, la remisión testamentaria es la que proviene de un acto testamentario en el cual el testador declara la voluntad de perdonar la deuda; ello importa un legado (artículos 1128 a 1130 del C.C.).

B. Remisión gratuita y onerosa. La remisión gratuita es generalmente un acto a título gratuito que cede exclusivamente en beneficio del deudor. Ella implica una mera liberalidad del acreedor. En tal caso, la ley la considera o califica de donación y por ello se le aplican todas las reglas de ésta

²⁷³ La doctrina chilena, siguiendo al Derecho francés y al italiano, niega terminantemente la calidad de acto jurídico unilateral a la remisión. Esta posición es sostenida desde hace ya bastante tiempo por nuestra doctrina. De esta opinión son ALESSANDRI R., ABELIUK M. y RAMOS P., por citar algunos. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (redactado y puesto al día), *Curso de Derecho Civil*, tomo III: *De las obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1941, pp. 424 y 425. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, N° 963, pp. 968 y 969. Sin embargo, como destaca LACRUZ, parte de la doctrina española e italiana modernamente consideran a la condonación como un acto jurídico unilateral. Así, el argumento por el cual se sostiene que la condonación es una convención, que se sustenta en que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad, se cae, si considera que el pago puede hacerse perfectamente contra la voluntad del deudor. Entonces, ¿qué impide que el acreedor condone contra la voluntad del deudor? LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II: *Derecho de las obligaciones*, segunda edición, Dykinson, Madrid, España, 2000, p. 305.

(artículo 1653 del C.C.). Cabe señalar que en virtud del artículo 1652 del C.C. se exige que el acreedor sea capaz de disponer de la cosa objeto de la remisión para la validez de ésta. Además, el propio artículo 1653, en su parte final, requiere de insinuación en los mismos casos en que ésta se necesita para la donación entre vivos.

La remisión onerosa es aquella por la cual el acreedor consiente en la condonación a cambio de algo.²⁷⁴

En general la remisión será gratuita, pero ello no es de su esencia, y es posible que constituya un acto oneroso pactado en beneficio del deudor. Ello sucede, por ejemplo, cuando el deudor llega a un convenio con sus acreedores y éstos le remiten parcialmente sus deudas, lo cual tiene un carácter oneroso porque se pacta en beneficio de los acreedores. En este sentido, si se acuerda la renuncia del crédito a cambio de algo se estará en presencia de una dación en pago, y si se efectúa la renuncia y se libera al deudor a cambio de la obligación que contrae un tercero, se tratará de una novación por cambio de deudor.

En resumen, la remisión a título oneroso no es jurídicamente independiente, y será una dación en pago o una novación.

C. Remisión total y parcial. La remisión convencional, como la testamentaria, puede ser total o parcial. La remisión es total si el acreedor renuncia a la totalidad de su crédito y sus accesorios. En cambio, la remisión es parcial cuando el acreedor renuncia sólo a parte de ella o a uno de sus accesorios, como por ejemplo los intereses.

D. Remisión expresa y tácita. La remisión expresa es aquella que efectúa el acreedor en términos formales y explícitos.

²⁷⁴ El tratamiento de la remisión en nuestro ordenamiento jurídico es un acierto. En el Derecho español y en el italiano se le considera como un acto jurídico gratuito y recién en la actualidad se está comenzando a discutir la condonación onerosa. Ella se produce cuando falta el *animus donandi* y su motivo para perdonar la deuda sea la obtención de algún beneficio. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II: *Derecho de las obligaciones*, segunda edición, Dykinson, Madrid, España, 2000, pp. 306 y 307.

La remisión tácita, en cambio, se produce cuando la intención del acreedor de perdonar la deuda, se desprende en forma clara de los actos que ejecuta. En este sentido, el artículo 1654.1º del C.C. señala que *“hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla. A su vez, el inciso 2º de la referida disposición agrega que “la remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda”*.²⁷⁵ En todo caso, como destaca ABELIUK, la entrega del título constituye una simple presunción que admite prueba en contrario.²⁷⁶

E. Remisión voluntaria y forzada. La *remisión voluntaria* es la renuncia voluntaria del acreedor a un derecho y es la regla general. En cambio, la *remisión es forzada* si el acreedor se ve obligado a remitir todo o parte de la deuda, como en los casos de convenios judiciales, regulada por la L. de Q.²⁷⁷

79. Requisitos de la remisión. A este respecto no puede establecerse una regla general, ya que la remisión puede presen-

²⁷⁵ En torno a la entrega voluntaria del título, el Derecho francés distingue entre la entrega de un título ejecutivo y el que no lo es. Esta distinción es aplicable, según MEZA BARROS, en Chile. Así, la condonación sólo se produce con relación a un título ejecutivo. Esto se debe a que de la entrega de un título ejecutivo, que deja al acreedor en la imposibilidad de demandar ejecutivamente, se desprende su *animus donandi*. MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 451. ABELIUK parece no compartir esta posición, por cuanto entiende que la palabra *título*, que utiliza el artículo 1654 del C.C., es sinónimo de documento, es decir, de cualquier instrumento, ya sea público o privado. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, N° 1.182, III, p. 971.

²⁷⁶ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, N° 1.182, III, p. 971.

²⁷⁷ LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 400.

tarse en formas y condiciones diversas; por ello los requisitos de la remisión deben ser analizados en cada caso en particular.

80. Efectos de la remisión. Los efectos de la remisión son los que corresponden a todo modo de extinguir las obligaciones, esto es, se pone término a la existencia del crédito y de sus accesorios, salvo que el acreedor limite sus efectos.

La remisión puede perfectamente referirse sólo a alguno de los accesorios de la obligación, sin que ello afecte al crédito en sí mismo (artículo 1654 del C.C.).

§ 8. La compensación modo de extinguir las obligaciones

81. La compensación.

A. Concepto de compensación. La definición de compensación se obtiene del artículo 1655 del C.C., que señala que *“cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”*. De este modo se acostumbra definir a la compensación como un modo de extinguir las obligaciones recíprocas existentes entre dos personas, hasta concurrencia de la de menor valor.

La compensación opera de la siguiente forma: suponga que “A” debe a “B” \$ 500 y éste (“B”) le debe a su vez \$ 200 a “A”. En virtud de la compensación ambas deudas se extinguirán en la medida en que sea posible que la obligación de mayor valor contenga a la menor. En el fondo se restan ambas cantidades y así la compensación operará extinguiendo por completo la deuda de “B” y subsistirá la de “A” por \$ 300.

La compensación en nuestro Derecho es un modo de extinguir las obligaciones. En el Derecho comparado se ha puesto en tela de juicio esta característica de la compensación. En verdad la compensación no extingue la relación obligatoria que une al deudor con el acreedor.²⁷⁸

²⁷⁸ Así, para DÍEZ-PICAZO la compensación opera en el campo de la subrogación en el cumplimiento,

B. Fundamento de la compensación. Para muchos autores la compensación es sólo una forma de simplificar las operaciones que se pueden producir entre acreedor y deudor. De este modo, la compensación se sustenta en la equidad o la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. Ello obedece a que la compensación evita el riesgo que el deudor pague y que, a su vez, no se le pague respecto del crédito del que tiene la calidad de acreedor.²⁷⁹

En resumen, la compensación es una forma de protección del deudor, que tiene derecho a compensar un crédito de menor monto al pago.

C. Características de la compensación:

a) La compensación opera de pleno derecho,²⁸⁰ sin perjuicio de lo cual debe

más que en los modos de extinguir las obligaciones. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II: *Las relaciones obligatorias*, Civitas, quinta edición, Madrid, España, 1996, p. 538.

²⁷⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, tomo II: *Derecho de obligaciones*, volumen primero: *La obligación y el contrato en general*, novena edición, Bosch Editor S. A., Barcelona, 1994, p. 299, y DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II: *Las Relaciones obligatorias*, Civitas, quinta edición, Madrid, España, 1996, p. 536.

²⁸⁰ La compensación se admitía en el Derecho romano clásico sólo para algunas obligaciones y de forma muy limitada. Así, la compensación legal no se aplicaba en el Derecho romano clásico de una forma general. DÍEZ-PICAZO enumera estos supuestos: obligaciones de los banqueros (GAYO, 4, 64), el deudor de un quebrado y en los contratos bilaterales de buena fe. En estos contratos el demandado será oído en torno a los créditos recíprocos nacidos del mismo contrato. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II: *Las relaciones obligatorias*, Civitas, quinta edición, Madrid, España, 1996, p. 536.

La compensación no se acogió de forma general, en toda obligación líquida y vencida, sino hasta Justiniano. Pero que la compensación operara de pleno derecho fue resistido por la jurisprudencia y doctrina, exigiéndose declaración del juez. Esta fue la interpretación general y la acogida en las Siete Partidas. Pero, a partir del Renacimiento se comienza a adoptar la opinión disidente de MARTINO, que finalmente –por influjos de DOMAT y POTHIER– es acogida por el *Code Civil*. En cambio, los Códigos suizo y BGB se mantuvieron fieles a la posición tradicional. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho*

ser alegada. De este modo, en el momento en que ambas obligaciones coexisten se produce la compensación.

b) La compensación es un pago abreviado y en principio parcial de extinguir una deuda. Como destaca LACRUZ no se extingue la obligación, sino solamente la deuda.²⁸¹ Además, la compensación será por regla general parcial. Sin embargo, excepcionalmente será total en la medida que ambos créditos sean de igual magnitud.

c) La compensación es un pago imaginario, doble y recíproco. El crédito de cada deudor sirve para solventar su deuda, hasta concurrencia de lo debido.

82. Clases de compensación:

A. Compensación legal. La compensación legal opera de pleno derecho, por el solo ministerio de la ley, desde que las obligaciones recíprocas reúnen las condiciones previstas en ella, aun sin conocimiento de las partes.

B. Compensación voluntaria. Esta compensación opera por voluntad de las partes en cuyo interés la ley pone un obstáculo para que se produzca la compensación legal.

C. Compensación judicial. La compensación judicial se produce mediante una sentencia judicial, como consecuencia de la demanda reconventional del demandado, cuyo crédito no reúne las condiciones para que tenga lugar la compensación legal.

83. Compensación legal.

84. Requisitos de la compensación legal. A continuación ordenaré los requisitos de la compensación, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, en objetivos y subjetivos. Las condiciones objetivas atienden a la obligación y las subjetivas al acreedor y deudor recíprocos.²⁸²

Civil, tomo II: *Derecho de las obligaciones*, Dykinson, segunda edición, Madrid, España, 2000, p. 298.

²⁸¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II: *Derecho de las obligaciones*, Dykinson, segunda edición, Madrid, España, 2000, p. 294.

²⁸² DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II: *Las relaciones obligatorias*, Civitas, quinta edición, Madrid, España, 1996, p. 539.



A. *Condiciones subjetivas.* La compensación legal exige la concurrencia de los siguientes requisitos en torno a los sujetos de la obligación:

1º. Las partes deben ser personal y recíprocamente acreedoras y deudoras.

El artículo 1657.1º establece que “*para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras*”. Pero no basta que las partes tengan ambas calidades de deudor y acreedor, sino que es necesario que lo sean personalmente, esto es, por sí mismas. De esta exigencia se desprenden las siguientes consecuencias:

a) El deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación lo que éste debe a su fiador (1657.2º del C.C.).

b) El deudor de un pupilo, requerido por el tutor o curador, no puede oponer al guardador la compensación por lo que éste le adeude a él (1657.3º del C.C.).

c) Un deudor solidario no puede compensar su deuda con los créditos que sus codeudores tengan contra el mismo acreedor, salvo que éstos le hayan cedido sus créditos (artículos 1657 y 1520.2º del C.C.).

En el Derecho histórico se presenta el problema de determinar si cuando el deudor ofrece compensar la deuda, que su acreedor tiene con un tercero, opera la compensación. En este supuesto es básico el consentimiento del tercero, que es acreedor del acreedor del deudor que pretende alegar la compensación legal. En nuestro ordenamiento jurídico claramente puede operar una subrogación convencional, en caso que el deudor le pague al acreedor del acreedor y aquél se subroge en sus derechos. En dicha situación no cabe duda de que, de operar los demás requisitos de la compensación legal, el pago dará lugar a la compensación legal. Pero además puede producirse una cesión de créditos entre el deudor del acreedor y su respectivo acreedor (el acreedor del acreedor del deudor). En dicho caso también habrá compensación legal, de concurrir las demás condiciones de la compensación.

2º. Casos excepcionales en que no tiene lugar la compensación legal a pesar de cumplirse con el requisito precedente.

Hay casos de excepción en que la compensación puede tener lugar, no obstante que las partes no sean personal y recíprocamente acreedoras y deudoras. Ellos son los que contemplan los artículos 1658 y 1659 del C.C., esto es:

a) El caso del mandatario demandado por el acreedor de su mandante, quien puede oponer, en compensación, tanto sus propios créditos contra el acreedor, como los que tenga su mandante en contra de éste, pero prestando en este segundo caso caución de que su mandante ratificará lo obrado.

b) El mandatario demandado por un acreedor personal suyo puede oponer, en compensación, un crédito que tenga su mandante en contra del mismo acreedor, siempre que esté debidamente autorizado por aquél.

c) Mención especial requiere la situación de la cesión de créditos contemplada en el artículo 1659 del C.C. Dicha norma distingue, al respecto, si la cesión de créditos se perfeccionó por aceptación o notificación del deudor, en los siguientes términos:

i) Si la cesión de créditos se perfeccionó por *aceptación del deudor*, como éste ha manifestado su voluntad respecto de un acto que en principio le era inoponible, no puede oponer en compensación los créditos que haya tenido contra el cedente a la época de la cesión, salvo que haya hecho reserva de su derecho. ii) Si la cesión se ha perfeccionado por la *notificación al deudor*, éste no ha manifestado su voluntad y por ello podrá hacer valer contra el cesionario todos los créditos que haya tenido contra el cedente con anterioridad a la notificación, aun cuando ellos hayan llegado a ser exigibles después de la notificación.

3º. La compensación no debe perjudicar a tercero.

El artículo 1661 del C.C. establece que “*la compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero*”.

No será válido el pago cuando se ha embargado la deuda o mandado retener el pago, o se verifica al deudor insolvente en fraude de los acreedores, porque ello lesiona los derechos de terceros. Consecuencias de ello:

a) Conforme al artículo 1661.2º del C.C., “*así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo*”.

La ley prohíbe la compensación del crédito embargado con los que el deudor adquiera después del embargo, por lo que el deudor podrá, a pesar del embargo, compensar los créditos adquiridos con anterioridad.

b) La declaración de quiebra impide toda compensación que no se hubiere operado antes, por el ministerio de la ley, entre obligaciones recíprocas del fallido y los acreedores.

4º. La compensación debe ser alegada.

A pesar que la compensación se produzca de pleno derecho, y aun sin conocimiento de los deudores, es necesario que ésta sea alegada. Esta es la única forma que tiene el juez de saber que el demandado es titular de créditos en contra del demandante que autoriza la compensación. En este sentido, el artículo 1660 del C.C. preceptúa que “*sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo, las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad*”.

B. Condiciones objetivas. La compensación legal exige la concurrencia de los siguientes requisitos en torno a la prestación:

1º. Las prestaciones de las obligaciones deben ser homogéneas.

Las obligaciones, conforme al artículo 1656.1º, Nº 1 del C.C., deben ser de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas del mismo género y calidad. La compensación operará normalmente entre obligaciones de dinero. Por ello, la compensación no tiene lugar en las obligaciones de especie o cuerpo cierto, en las de hacer o en las de no hacer.²⁸³

Para que opere la compensación las cosas debidas en género deben ser de la misma clase y calidad. Como las cosas ge-

néricas, objeto de una obligación, deben ser de una calidad a lo menos mediana, si las partes no señalan nada en ambas deudas, como si se deben una cantidad determinada de caballos, operará la compensación. Pero si las partes acuerdan una calidad que no sea la mediana, entonces dicha calidad debe ser común para ambas obligaciones; de lo contrario, no operará la compensación.

Finalmente, la compensación opera respecto de las cosas fungibles, como si acreedor y deudor se deben recíprocamente trigo, semillas de la misma clase y calidad, etc.

2º. Las obligaciones deben ser líquidas (artículo 1656.2º, Nº 2 del C.C.).

Una obligación es líquida cuando es cierta en cuanto a su existencia y su cuantía. Como la compensación extingue obligaciones hasta concurrencia de la menor, es esencial conocer sus respectivos valores para que pueda establecerse hasta qué punto se extinguen o subsisten.

Hay que tener presente que la deuda se considera como líquida cuando puede ejecutarse o liquidarse mediante simples operaciones aritméticas, que el mismo título suministra (artículo 438.1º, Nº 3.2º del C.P.C.).

3º. Las obligaciones deben ser actualmente exigibles.

Las obligaciones, conforme al artículo 1656.2º, Nº 3 del C.C., deben ser actualmente exigibles, y no debe existir plazo ni condición que suspenda su nacimiento o exigibilidad. Así, las siguientes obligaciones no son compensables por no ser exigibles:

a) Las *obligaciones naturales*.

b) La obligación que penda de una *condición suspensiva pendiente*.

c) La obligación cuya exigibilidad esté sujeta a un plazo suspensivo no vencido. Respecto del plazo, el artículo 1656.2º dispone que “*las esperas concedidas al deudor impiden la compensación, pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor*”.

4º. Los créditos deben ser embargables y no estar sujetos a medida precautoria o retención.

²⁸³ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 599.

En este sentido cada acreedor debe estar en situación de embargar lo que se le debe. Los créditos inembargables no están comprendidos en el derecho de garantía general de los acreedores y al acreedor le está prohibido perseguir el pago en tales bienes. Además del embargo el crédito no debe estar sujeto a ninguna medida precautoria o de retención, como si se declara una prohibición de enajenar o gravar (artículos 1464.1º, Nº 4 del C.C. y 296 del C.P.C.).

5º. Las obligaciones deben ser pagaderas en el mismo lugar.

Según el artículo 1664 del C.C., *“cuando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, a menos que una y otra deuda sean de dinero, y que el que opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa”*.

La regla anterior tiene una excepción en las obligaciones de dinero pagaderas en lugares distintos. Dichas obligaciones se compensan unas a otras, siempre que quien opone la compensación tome en cuenta los gastos de la remesa.

85. Casos en que no procede la compensación legal. En principio, todas las obligaciones son compensables, cualquiera sea su origen. La obligación de restituir una suma de dinero recibida en mutuo puede compensarse con las rentas de un contrato de arrendamiento.

Sin embargo, excepcionalmente una obligación no puede ser compensada no obstante cumplirse todos los requisitos exigidos para que proceda la compensación legal, por establecerlo así la ley. Esta prohibición legal, en torno a la compensación legal, se rige por el artículo 1662 del C.C., que señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 1662. No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato, aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero.

Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables”.

De este modo, no procede la compensación en las siguientes situaciones:

a) Frente a la demanda de restitución de una cosa de la que su dueño ha sido despojado injustamente.

Si la cosa de la que su dueño ha sido despojado injustamente es un cuerpo cierto, no hay compensación porque necesita que la obligación sea genérica.

b) Contra la demanda de restitución de un depósito o comodato.²⁸⁴

El depositario y comodatario, a quienes se demanda la restitución, no pueden excusarse oponiendo una compensación por lo que les deba el depositante o comodante.

La obligación del comodatario es de especie. Ello es de toda lógica desde que, también en el depósito, se confía una cosa corporal a una persona que debe restituirla en especie.

Si la cosa entregada en comodato o depósito perece, no podrá haber obligación de restituir, naciendo la obligación de pagar su valor. Según el artículo 1662 del C.C., el depositario y comodatario no pueden oponer la compensación *“aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero”*.

En el caso del depósito irregular, el depositario se obliga a restituir *“otro tanto de la misma moneda”*.²⁸⁵ Así, el depositario es deudor de una suma de dinero, por lo que podría invocar la compensación, pero el artículo 1662 se lo impide.

c) Contra una demanda de indemnización por actos de violencia o fraude.

La ley supone que la obligación de indemnizar perjuicios ha sido determinada judicialmente, ya que de lo contrario sería ilíquida e imposible la compensación, según las reglas generales. El demandado de indemnización de perjuicios debe pagar y luego cobrar, en forma separada, lo que el demandante le adeude por otros conceptos.

d) Frente a una demanda de alimentos no embargables.

²⁸⁴ Ver artículos 2182 respecto al comodato y 2234 en relación al depósito.

²⁸⁵ Ver artículo 2221 respecto al depósito irregular.

Las pensiones alimenticias son inembargables, según lo disponen los artículos 1618.1º, Nº 1 del C.C. y 445.1º, Nº 3 del C.P.C. Por otra parte, las pensiones atrasadas pueden renunciarse y compensarse (artículo 336 del C.C.).

86. Efectos de la compensación legal. Los efectos de la compensación son producir la *extinción de las obligaciones recíprocas hasta concurrencia de la menor*. Conjuntamente con la obligación principal se extinguen las accesorias, como las cauciones y los privilegios que gozan los créditos.

El artículo 1663 del C.C. se refiere a la situación en que existan varias deudas compensables entre las partes al señalar que *“cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago”*.

87. Cómo opera la compensación:

A. La compensación legal opera de pleno derecho, no obstante lo cual debe ser alegada. La compensación opera de pleno derecho, según lo dispone el artículo 1656.1º del C.C., e incluso se produce la compensación en el desconocimiento o ignorancia de los deudores recíprocos.

Por ello, la capacidad no juega papel alguno en la compensación legal. Entonces, la compensación se produce también entre incapaces. Ello se debe a que la sentencia que acoge la compensación es meramente *declarativa*.²⁸⁶ En este sentido se debe aclarar que la compensación ya ha operado y que el juez tan sólo se limita a “constatar la compensación”. La compensación también puede alegarse u oponerse extrajudicialmente, como cuando el acreedor-deudor manifiesta su voluntad de compensar. Pero aun en este caso deberá ser alegada en juicio. De este modo, no obstante que opera de pleno derecho, la compensación debe ser *alegada*.

La manera de alegar la compensación será oponiéndola como excepción a la acción del acreedor, situación en que el juez se deberá

²⁸⁶ LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 415.

limitar a establecer si se han cumplido o no los requisitos de ella.²⁸⁷ Se aplica a este respecto el principio general en materia civil, de que el juez no puede actuar de oficio. La compensación debe ser alegada por cuanto el juez no tiene conocimiento de la existencia de los créditos compensables. Así, quien alega la compensación debe probar la concurrencia de sus requisitos.

B. Consecuencias de que la compensación opere de pleno derecho:

a) La compensación tiene lugar sin necesidad de una manifestación de voluntad de las partes e incluso la incapacidad de las partes no impide la compensación.

b) La extinción de las obligaciones se produce en el momento en que se reúnen las calidades que las hacen compensables (artículo 1656.1º del C.C.). La compensación declarada judicialmente produce sus efectos en forma retroactiva, al momento en que concurren los requisitos legales.

88. Renuncia a la compensación. A pesar de que, como se ha señalado, la compensación opera de pleno derecho, ella es perfectamente *renunciabile* por el demandado, conforme se desprende de los artículos 12 y 1660 del C.C.

El artículo 1660 del C.C. dispone que *“sin embargo de efectuarse la compensación por el solo ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad”*.

Si el deudor demandado no invoca la compensación, a sabiendas que puede hacerlo, se estima que está renunciando tácitamente a ella. Sin embargo, como la renuncia produce efectos relativos y la compensación se produce de pleno derecho, las cauciones constituidas por terceros se *extinguen*.

89. Compensación voluntaria o convencional. Puede suceder que por faltar algunos de los requisitos que la ley exige no opere la

²⁸⁷ LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 416.



compensación de pleno derecho.²⁸⁸ En dicho caso, las partes, por aplicación del principio de la autonomía privada, pueden acordar una compensación convencional. En la compensación convencional las partes son libres para regular sus efectos. La compensación voluntaria, a falta de estipulación, producirá los mismos efectos que la legal.

La compensación convencional requerirá la voluntad de una de las partes o el consentimiento de ambas, según que el requisito que impide la compensación legal esté establecido en beneficio común o de una sola de las partes. Sin embargo, como destaca ABELIUK, lo usual será que se requiera de la voluntad del acreedor contra el que se alega la compensación.²⁸⁹

Las causas que impiden la compensación legal pueden ser el objeto de la obligación, el origen del crédito o las modalidades que afectan la exigibilidad de la obligación.

90. Compensación judicial. La compensación judicial tiene lugar cuando en un litigio en que ha habido reconvencción, el juez acoge la demanda y la reconvencción, compensándolas y dejando una sola cantidad debida. El juez en este caso puede o no, según lo estime conveniente, declarar la compensación.

Al igual que en la compensación voluntaria, la compensación judicial procede de cumplirse con todos los requisitos para que opere la compensación legal, por cuanto, de lo contrario, el juez sólo se limitaría a declarar la compensación legal que ya se ha producido.²⁹⁰

La compensación judicial o reconvenccional produce sus efectos a partir del fallo judicial que la declara.

²⁸⁸ En el Derecho español se le denomina como compensación facultativa a la que opera por la simple voluntad de las partes. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, tomo II: *Derecho de las obligaciones*, Dykinson, segunda edición, Madrid, España, 2000, p. 301.

²⁸⁹ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 594 y 595.

²⁹⁰ LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 419.

§ 9. La confusión como modo de extinguir las obligaciones

91. Concepto y regulación de la confusión. La confusión está reglada en el Título XVIII del Libro IV, en los artículos 1665 a 1669.

La primera de estas disposiciones señala que “*cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago*”.

Conforme a dichas normas es posible definir la confusión como un modo de extinguir obligaciones que tiene lugar cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. Como señala el autor español ALBALADEJO, es posible definir la confusión como el modo de extinguir en el cual la titularidad activa y pasiva se reúnen en un mismo sujeto.²⁹¹

La confusión se funda en que toda obligación supone un vínculo jurídico entre personas cuyos patrimonios quedan enfrentados el uno al otro. Si se confunden las calidades de acreedor y deudor en una sola persona, los respectivos patrimonios van a correr la misma suerte. Así, de producirse una imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento de la prestación de la obligación desaparecerá el vínculo, el interés y la acción.

La confusión es un modo de extinguir que no sólo se aplica al campo de las obligaciones, sino también a los *derechos reales*, como sucede por ejemplo en la propiedad fiduciaria (artículo 763.1º, Nº 6 del C.C.); el usufructo (artículo 806 del C.C.); las servidumbres (artículo 885.1º, Nº 3 del C.C.), y el derecho de prenda (artículo 2406 del C.C.).

92. Clases de confusión. La confusión puede clasificarse conforme a los siguientes criterios:

A. La confusión, según su fuente, puede ser de las siguientes clases: por acto entre vivos y por causa de muerte.

²⁹¹ 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, 1994, p. 296.

a) La confusión por acto entre vivos.

Lo normal es que la confusión se produzca por causa de muerte y no por acto entre vivos. Para que pueda operar la confusión por causa de muerte es necesario que el heredero acepte pura y simplemente la herencia. De este modo se desprende de lo dispuesto en el artículo 1669 del C.C., que señala textualmente que *“los créditos y deudas del heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios”*. En consecuencia, no se produce respecto de aquel heredero que acepta con beneficio de inventario (artículo 1259 del C.C.).

b) La confusión por causa de muerte o *mortis causa* puede presentarse en tres formas:

i) El deudor es heredero del acreedor o éste le lega el crédito.

ii) El acreedor es heredero del deudor.

iii) Un tercero es a la vez heredero del acreedor y del deudor, o sea, ambas calidades se reúnen en una persona ajena a la obligación.

La confusión por acto entre vivos puede producirse cuando el deudor adquiere por cesión el crédito de su acreedor.

B. La confusión, según su intensidad, puede ser de las siguientes clases: confusión total y parcial.

a) La confusión es *total* si el deudor adquiere la calidad de acreedor de la totalidad de él, o si el acreedor asume completamente la deuda.

b) La confusión es *parcial* cuando las calidades de acreedor y deudor concurren solamente respecto de una cuota, caso en el cual la obligación se extingue hasta concurrencia de ésta.

El Código Civil acepta la confusión parcial en el artículo 1667, que establece que *“si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda, sino en esa parte”*.

93. Efectos de la confusión. La confusión opera de pleno derecho de acuerdo al artículo 1665 del C.C., es decir, por el solo

hecho de reunirse en una sola persona las calidades de deudor y acreedor de una misma obligación. En este sentido, no se requiere de una declaración de voluntad de las partes o de la intervención judicial. La confusión produce la extinción de la obligación y todos sus accesorios. Este efecto es consustancial a la confusión y se produciría aun a falta de ley, ya que no es posible demandarse a sí mismo. La confusión se produce apenas el crédito o débito ingresen al patrimonio del deudor o acreedor, respectivamente.

El legislador se refiere a los efectos de la confusión en la fianza y en la solidaridad (artículos 1666 y 1668 del C.C.). Al respecto, la primera de dichas normas señala que *“la confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal”*.²⁹²

94. Extinción de la confusión. Como destaca ABELIUK, nuestro Derecho no señaló las formas en que cesa la confusión, sin perjuicio de lo cual los efectos de ella dependerán de si se extingue de forma retroactiva o no. De este modo, si la confusión se extingue por ejemplo porque una de las obligaciones que se compensa es declarada nula, entonces al tener la nulidad efecto retroactivo dejará sin efectos consecuencialmente a la propia confusión (en el evento que esta haya operado). En cambio, si la forma de extinción no tiene efecto retroactivo, como la compensación opera de pleno derecho el crédito no renacerá.²⁹³

§ 10. La imposibilidad sobrevenida en la ejecución como modo de extinguir las obligaciones

95. Ámbito de aplicación de la imposibilidad sobrevenida en la ejecución.

²⁹² Este artículo tiene relación con el artículo 2383, que señala: “Se extingue la fianza por la confusión de las calidades de acreedor y fiador, o de deudor y fiador, pero en este segundo caso la obligación del subfiador subsistirá”.

²⁹³ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, N° 963, pp. 795 a 797.

A este modo de extinguir las obligaciones el Código Civil lo denomina pérdida de la cosa debida y se aplica a las obligaciones de dar. Así, el Título XIX del Libro IV se denomina “*De la pérdida de la cosa*”. Sin embargo, este modo de extinguir opera respecto de todas las obligaciones. Por ello es preferible denominarlo como “imposibilidad sobrevenida”²⁹⁴ o “imposibilidad en la ejecución”.²⁹⁵

96. Concepto de la imposibilidad sobrevenida en la ejecución. Si la prestación que constituye el objeto de la obligación se torna física o legalmente imposible, la obligación se extingue.

Este principio es de carácter general, aplicable a toda clase de obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer. Así, se extingue la obligación del pintor de hacer un cuadro, si le sobreviene un accidente que lo haga perder la vista y la obligación que una persona contrae de no levantar un muro en su predio, si éste le es expropiado por causa de utilidad pública.

Sin embargo, lo que se señala respecto de este modo de extinguir las obligaciones no influye para nada en lo que sucede respecto de la obligación correlativa que opera en virtud de un contrato bilateral. Dicha situación se soluciona conforme a la teoría de los riesgos ya analizada.

A continuación me referiré a algunos casos en que no puede operar este modo de extinguir las obligaciones:

A. La imposibilidad de la ejecución sólo opera en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto. La imposibilidad en la ejecución es un modo de extinción propio de las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto y,

²⁹⁴ 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, 1994, p. 285.

²⁹⁵ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (redactado y puesto al día), *Curso de Derecho Civil*, tomo III: *De las obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1941, p. 430. En realidad, el término correcto es imposibilidad sobrevenida en la prestación, ya que “imposibilidad en la ejecución” es una expresión que alude principalmente a las obligaciones de dar y hacer.

por este motivo, la ley lo ha reglamentado exclusivamente a propósito de esta clase de obligaciones, con el nombre de *pérdida de la cosa debida*.

La pérdida de la cosa debida es un caso particular de imposibilidad en la ejecución. La pérdida de la especie o cuerpo cierto debida hace imposible el cumplimiento de la obligación, que el deudor sólo puede satisfacer dando precisamente el objeto singularizado que debe.

B. Pérdida de la cosa debida en las obligaciones de género. La extinción fundada en la imposibilidad de cumplir la prestación prometida no sólo puede producirse en las obligaciones de especie o cuerpo cierto, ya que excepcionalmente puede operar en las obligaciones de género. El deudor de la obligación de género satisface a su acreedor entregando *cualquier individuo del género*, con tal que sea de *calidad mediana* y, por lo tanto, para que la obligación pueda tornarse imposible de cumplir es menester que *perezcan todos los individuos del género*. Así, el artículo 1510 del C.C. previene que la pérdida de “*algunas cosas del género no extingue la obligación*”.

Para que opere este modo de extinguir, respecto de las obligaciones de género, debe tratarse de un *género limitado*, como, por ejemplo, de la obligación de entregar un ejemplar de cierta materia que se dejó de fabricar. Entonces, el aforismo de que el género no perece, no es una verdad absoluta.

97. Requisitos de la imposibilidad sobrevenida en la ejecución. Las condiciones para que opere este modo de extinguir dependen de si se trata de una obligación de dar por una parte o de hacer y no hacer por la otra.

A. Respecto de las obligaciones de dar. En realidad el Título XIX del Libro IV sólo se refiere al modo de extinguir: “pérdida de la cosa que se debe”.

Para que opere este modo de extinguir respecto de estas obligaciones es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º. Debe perecer una especie o cuerpo cierto. Conforme al artículo 1670 del C.C.,

el cuerpo cierto parece “o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe”. De esta forma, según la referida disposición, se entiende que la especie o cuerpo cierto perece en las siguientes circunstancias:

a) La destrucción material de la cosa debida importa, como es obvio, su pérdida. Pero para que se entienda perdida la cosa no es esencial su destrucción material, ya que según el artículo 1486.2º del C.C., “*todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa*”.

Por lo tanto, si “A” debe a “B” un caballo de carrera, se entenderá que el caballo perece tanto si muere, como si sufre una lesión que le imposibilita seguir corriendo en competiciones de alto nivel.

b) La ley asimila la destrucción material de la cosa a que deje de estar en el comercio. En otras palabras, la imposibilidad puede ser material o jurídica. Lo usual será que sea material, pero nada impide que sea jurídica, como cuando lo prometido se hace jurídicamente imposible; por ejemplo, si el inmueble debido es expropiado y se incorpora al dominio público.

c) Por último, el *extravío de la cosa* cuya existencia se ignora, constituye un obstáculo material para el cumplimiento de la obligación, de idénticas consecuencias.

2º. La pérdida de la cosa debe ser *fortuita, total y derivada*.

En este sentido este requisito se cumple si se dan los siguientes supuestos:

a) La pérdida de la cosa debida extingue la obligación cuando no es imputable al deudor; lo que ocurrirá cuando provenga de un *caso fortuito*. El caso fortuito exime de responsabilidad al deudor (artículo 1547 del C.C.) como regla general, y la pérdida debe soportarla el acreedor.

La pérdida fortuita no extingue siempre la obligación, porque el deudor puede ser responsable del caso fortuito. Así ocurre cuando el deudor, por un convenio expreso, se hace responsable del caso fortuito, cuando sobreviene durante su mora o cuando la ley lo hace responsable. Tampoco se extinguirá la obligación si la imposibilidad es

transitoria, la destrucción de la cosa debe ser definitiva y permanente.

b) La pérdida debe ser de carácter *total*. De otro modo, el acreedor habrá de recibir la cosa en el estado en que se encuentre (artículo 1590 del C.C.). La obligación subsiste y el acreedor deberá soportar los deterioros.

c) La pérdida o imposibilidad debe ser sobreviniente. La pérdida no puede ser original porque entonces la obligación carecería de prestación y el acto jurídico de objeto. En otras palabras, el acto jurídico será nulo por imposibilidad física o material.

B. Respecto de las obligaciones de hacer y no hacer. Este modo de extinguir está regulado a propósito de las obligaciones de dar. Pero también se aplica respecto de las obligaciones de hacer y no hacer. Con relación a las primeras, la pérdida de la cosa debida se denomina como “imposibilidad de ejecución”. A su vez, como este modo exige la imposibilidad absoluta en la ejecución material sólo se aplica respecto de las obligaciones de hacer en que se exige una especial aptitud del deudor y éste no puede ejecutar la obra por una imposibilidad física sobreviniente.

Por otra parte, respecto de las obligaciones de no hacer su ocurrencia es casi de laboratorio; sin embargo, como destacan algunos autores, ello es perfectamente factible.²⁹⁶

98. Consecuencias de la pérdida de la cosa que se debe. La pérdida de la cosa que se debe produce una *imposibilidad de cumplir la obligación*. La obligación no podrá ejecutarse en la forma convenida. Sin embargo,

²⁹⁶ En este sentido, ABELIUK señala como ejemplo el que el deudor se haya obligado a no demoler una construcción. Sin perjuicio de lo cual la autoridad ordena la demolición, por lo que ya no se puede cumplir con la obligación de no demoler. ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 979. Es importante destacar que para que opere este modo de extinguir las obligaciones, el deudor no debe colocarse por un hecho o culpa suya en dicha situación, como si ha omitido las necesarias reparaciones. En dicho caso, la obligación no se extingue, sino que da lugar a una indemnización de perjuicios.

la pérdida de la cosa que se debe extingue la obligación sólo en el caso de no ser imputable al deudor. Por ello, al respecto se pueden dar dos supuestos:

a) Si la pérdida no es *imputable al deudor*, la obligación se *extingue* y queda el deudor totalmente *liberado*, sin ulterior responsabilidad.

b) Si la pérdida de la cosa es *imputable al deudor*, aunque sea imposible entregar la cosa misma la obligación *subsiste* y el deudor *debe el valor de la cosa y los perjuicios* que se hayan ocasionado al acreedor.

En torno a la pérdida de la cosa se pueden dar los siguientes supuestos:

A. *Pérdida de la cosa imputable al deudor.* La pérdida es imputable al deudor cuando proviene de su hecho o culpa.

Si el hecho o la culpa del deudor son causantes de la pérdida de la cosa, la obligación no se extingue y el deudor no queda liberado. La obligación subsiste y, como su cumplimiento es imposible en los términos pactados, *varía de objeto*.

En este sentido el artículo 1672 del C.C. señala que “*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*”.

B. *Pérdida por hecho del deudor.* El hecho del deudor puede no ser culpable. El deudor puede ejecutar un acto empleando la diligencia o cuidado que de acuerdo con la naturaleza del contrato corresponde y, no obstante, causar la pérdida de la cosa. La obligación se hace imposible de cumplir con el daño consiguiente para el acreedor; pero *la ausencia de culpa reduce la responsabilidad del deudor*. En este sentido, el artículo 1678 del C.C. señala literalmente que “*si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios*”.

Esta disposición no sólo exige que el deudor haya actuado sin culpa, sino que haya ignorado la obligación. Como destaca LARRAÍN, en este supuesto no opera el caso fortuito, ya que exige un hecho

voluntario del deudor, ni la responsabilidad por cuanto no hay culpa del deudor. Así sucedería si un heredero destruye una cosa en la ignorancia que era debida por el causante.²⁹⁷

C. *El hecho o culpa del deudor comprende el de las personas por quienes responde.* El deudor es responsable no sólo de su propio hecho o culpa, ya que según el artículo 1679 del C.C. “*en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable*”.

Así, el hecho o culpa del pupilo o de los discípulos, se equipara al hecho o culpa del guardador o los jefes de colegios y escuelas (artículo 2320.4º del C.C.).²⁹⁸

D. *Casos en que no procede la pérdida de la cosa debida como modo de extinguir las obligaciones.*

Los casos en virtud de los cuales la pérdida de la cosa debida no extingue la obligación son los siguientes:

1º. Hecho o culpa de un tercero por quien no responde el deudor.

La pérdida de la cosa debida por hecho o culpa de un tercero, extraño al deudor, de cuyos actos no es responsable, extingue la obligación. El legislador asimila la pérdida proveniente del hecho de un extraño a la que procede de un caso fortuito. Pero el deudor, que por el hecho de un tercero se libera, está obligado a ceder a su acreedor las acciones que le competan contra el tercero para la indemnización del daño causado.

El acreedor no puede accionar directamente contra el tercero. El deudor, dueño de la cosa, es el único que puede hacerlo. El artículo 1677 del C.C. señala que “*aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa*”.

2º. Pérdida durante la mora del deudor.

²⁹⁷ LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 429.

²⁹⁸ Vid. Nº 35, § 4, capítulo VII, tomo II.

La pérdida de la cosa durante la mora del deudor, procedente de un caso fortuito, produce diversos efectos, según que la cosa hubiera o no perecido igualmente en poder del acreedor. De este modo, es dable hacer en esta materia las siguientes distinciones:

a) En efecto, conforme al artículo 1672.2º primera parte del C.C., “...*si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora*”.

En realidad esta no es una excepción a la regla general, ya que el deudor al estar constituido en mora se hace responsable por su propia falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación. Así, la obligación subsiste, varía de objeto y, como en el caso de la pérdida de la cosa debida por culpa del deudor, éste queda obligado a pagar el valor de la cosa y a indemnizar al acreedor.

b) Conforme al artículo 1672.2º, segunda parte del C.C., “...*si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora*”.

En este supuesto, la mora y la culpa consiguiente del deudor no han sido la causa de la pérdida de la cosa debida. Ésta ha perecido por el caso fortuito que la habría hecho perecer igualmente en poder del acreedor, por lo que la obligación se extingue. Además, la obligación no varía de objeto, el deudor no debe ni la cosa ni su valor, sino únicamente la indemnización de los perjuicios por la mora.

c) *Pérdida de la cosa cuando el deudor toma a su cargo el caso fortuito.*

Pese a que la cosa perezca por caso fortuito, el deudor es responsable cuando así se ha estipulado de modo expreso. Conforme al artículo 1673 del C.C. “*si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito, o de alguno en particular, se observará lo pactado*”.

De este modo, la obligación subsistirá en la forma y condiciones que hayan estipulado las partes.

La estipulación por la que el deudor toma a su cargo el riesgo del cuerpo cierto

puede referirse al caso fortuito en general o a algún caso particular de fuerza mayor.

d) Caso del que hurta o roba la especie o cuerpo cierto.

El robo o hurto de una especie o cuerpo cierto da lugar a una obligación de devolver. A su vez, esta obligación de restituir la cosa robada o hurtada no se extingue por la pérdida de la misma.

Así se desprende del artículo 1676 del C.C., que señala textualmente que “*al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aun de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor*”.

Da lo mismo que el caso fortuito sea tal que la cosa hubiera igualmente perecido en poder del dueño. El hurto o robo constituye un disvalor que justifica el rigor de la disposición.

e) *Pérdida de la cosa durante la mora del acreedor.*

La mora del acreedor en recibir la especie o cuerpo cierto no exime al deudor de responsabilidad, pero la *atenúa considerablemente*.

El deudor no es responsable de la pérdida de la cosa debida, a menos que provenga de su dolo o culpa lata. De este modo, la pérdida de la cosa causada por su hecho o culpa leve o levisima, extingue la obligación a su respecto.

En este sentido, el artículo 1680 del C.C. establece que “*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*”.

3º. La imposibilidad sobreviniente no es equiparable a la dificultad extraordinaria en el cumplimiento.

Como hemos analizado, la imposibilidad debe ser total y definitiva. La dificultad excesiva o excesiva onerosidad en el cumplimiento está relacionada con la aceptación de la teoría de la imprevisión.

99. Reparación de la cosa perdida. Se reputa perdido el cuerpo cierto cuando *desaparece y se ignora si existe*. Pero la cosa

extraviada puede aparecer y cesando la imposibilidad derivada de su desaparecimiento, es justo que el deudor deba entregarla para dar cumplimiento a la obligación. A esta situación se le denomina “*imposibilidad temporal*”. En virtud de ella, la obligación se extingue mientras la cosa permanece perdida y a condición de que no reaparezca, si el extravío ha sido fortuito. Habida la cosa, el deudor debe entregarla al acreedor.

Si el extravío de la cosa se ha debido al hecho o culpa del deudor o ha tenido lugar durante su mora, el deudor debe indemnizar al acreedor. Pero en caso de reaparecer la cosa, es equitativo que el acreedor deba restituir el precio o lo recibido por tal concepto (pérdida temporal imputable al deudor), si el acreedor pretende que se le entregue la cosa recobrada. Así lo dispone el artículo 1675 del C.C., al señalar que “*si reaparece la cosa perdida cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio*”.

100. Reglas de carácter probatorio. El deudor de un cuerpo cierto tiene la obligación de conservar la cosa hasta el momento de la entrega y de emplear en su conservación el cuidado debido.

El deudor debe acreditar que ha sido diligente, como se desprende de la aplicación de las reglas generales y, a menos de producirse esta prueba, la pérdida de la cosa debe reputarse imputable al deudor. En este sentido, el artículo 1547.3º del C.C. dice que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*”. En el mismo sentido, el artículo 1671 agrega que “*siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya*”.

Para eximirse de responsabilidad, el deudor pretenderá que la cosa pereció por caso fortuito y, si éste sobrevino durante su estado de mora, aducirá que la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor. Éste debe acreditar ambas circunstancias. El artículo 1674 del C.C. establece que “*el deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega. Si estando en mora pretende que el cuerpo*

cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo”. Dicha norma es una reiteración del artículo 1547.3º del C.C. y constituye una aplicación de las reglas generales de la prueba.

§ 11. La prescripción extintiva como modo de extinguir las obligaciones

101. Concepto de prescripción extintiva. El legislador reglamenta conjuntamente las prescripciones adquisitiva y extintiva en el Título XLII del Libro IV del Código Civil.

En el artículo 2492.1º del C.C. se definen conjuntamente ambas formas de prescripción. Conforme a la referida disposición es posible definir la prescripción extintiva como “*el modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberlos ejercido durante cierto lapso, concurriendo los demás requisitos legales*”.

Cabe destacar que el artículo 2492.1º del C.C. no se refiere a la prescripción extintiva como un modo de extinguir las obligaciones, sino como un modo de extinguir “*los derechos y las acciones...*”. La razón de esto se encuentra en el artículo 1470, que señala que es obligación natural aquella extinguida por la prescripción. De este modo, la prescripción no extingue la obligación, sino que la obligación civil, esto es, la acción para exigir el cumplimiento, pero la obligación queda subsistente como natural.

102. Fundamentos de la prescripción extintiva. Los fundamentos de la prescripción extintiva son principalmente los siguientes:

a) Ella produce la estabilidad en las relaciones jurídicas, ya que si no existiera esta institución las obligaciones se mantendrían por tiempo indefinido.

b) Es de presumir que transcurrido cierto tiempo prudencial, si el acreedor no exige el pago es porque la deuda ha sido cancelada o se ha extinguido por alguno de los medios que establece la ley.

103. Reglas comunes a toda prescripción. Estas reglas están contempladas en