CURSO DE DERECHO CIVIL
Obligaciones

Hernán Corral Talciani

COLECCIÓN TRATADOS Y MANUALES

Contiene códigos QR con material adicional

THOMSON REUTERS®

Curso de Derecho Civil

Obligaciones

Hernán Corral Talciani

Primera Edición, abril de 2023

Editorial Thomson Reuters

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

DEBERES JURÍDICOS Y OBLIGACIÓN. FUENTES

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS DEBERES JURÍDICOS A LA OBLIGACIÓN

I. Deberes y deberes jurídicos

II. Origen y desarrollo histórico

III. Obligación y derechos reales y personales

IV. Tendencias actuales: La relación obligatoria

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS Y ESTRUCTURA

I. Sujetos: acreedor y deudor

II. Contenido: prestación principal y deberes accesorios

III. Vínculo

VI. Causa

CAPÍTULO TERCERO

FUENTES DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

I. Reseña histórica

II. Concepto, relevancia y análisis de las fuentes tradicionales

III. Otras fuentes

SEGUNDA PARTE

LAS CLASES DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO

SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I. Antecedentes históricos

II. La clasificación del Código Civil

III. Clasificaciones doctrinarias

IV. Nuestra clasificación

CAPÍTULO SEGUNDO

OBLIGACIONES SEGÚN LA EXIGIBILIDAD DEL VÍNCULO

I. Obligaciones civiles y naturales

II. Obligaciones puras y simple y sujetas a modalidad

CAPÍTULO TERCERO

OBLIGACIONES SEGÚN LA PRESTACIÓN

I. Obligaciones positivas y negativas y de dar, hacer y no hacer

II. Obligaciones de especie o cuerpo cierto y de género

III. Obligaciones de objeto único y de objeto múltiple

IV. Obligaciones de ejecución inmediata y de ejecución duradera

V. Obligaciones de medio o actividad y de resultado

CAPÍTULO CUARTO

OBLIGACIONES SEGÚN LA PLURALIDAD DE SUJETOS

I. La clasificación tradicional

II. La obligación mancomunada o simplemente conjunta

III. La obligación solidaria

IV. La obligación indivisible

V. Concurrencia de obligaciones (obligaciones in solidum)

TERCERA PARTE

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO

CUMPLIMIENTO O PAGO

I. Nociones generales

II. Sujetos del pago

III. Objeto y requisitos del pago

IV. Efectos del pago

V. Prueba y presunciones de pago

CAPÍTULO SEGUNDO

PAGO POR CONSIGNACIÓN

I. Fundamentos, supuestos y etapas

II. La oferta, consignación y declaración de suficiencia

III. Efectos del pago por consignación

IV. Pago por consignación en leyes especiales

CAPÍTULO TERCERO

PAGO CON SUBROGACIÓN

I. De la subrogación en general

II. El pago con subrogación legal

III. Pago con subrogación convencional

IV. Efectos del pago con subrogación

CAPÍTULO CUARTO

EL PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

CAPÍTULO QUINTO

LA DACIÓN EN PAGO COMO MODALIDAD DEL PAGO

I. Nociones generales

II. Naturaleza jurídica

III. Efectos

IV. La dación en pago en la Ley Concursal

CUARTA PARTE

EL INCUMPLIMIENTO Y LOS MEDIOS DE TUTELA DEL ACREEDOR

CAPÍTULO PRIMERO

EL INCUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

I. Concepto y clases

II. La responsabilidad patrimonial del deudor

CAPÍTULO SEGUNDO

LA EJECUCIÓN FORZADA

I. La vía ejecutiva

II. La vía ordinaria

CAPÍTULO TERCERO

LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

I. Pretensión indemnizatoria y responsabilidad civil

II. Clases de indemnización

III. Requisitos de la pretensión indemnizatoria

IV. Determinación de la indemnización y avaluación de los perjuicios

CAPÍTULO CUARTO

LESIÓN DEL CRÉDITO POR EL ACREEDOR Y POR UN TERCERO

I. Lesión del crédito por parte del acreedor

II. Lesión del crédito por parte de tercero

CAPÍTULO QUINTO

RESOLUCIÓN EN LAS OBLIGACIONES SINALAGMÁTICAS

I. La resolución contractual como medio de tutela en las obligaciones sinalagmáticas

II. Requisitos de la resolución

III. La acción resolutoria

IV. ¿Puede el deudor enervar la acción pagando durante el juicio?

V. Efectos de la resolución

VI. Pactos resolutorios

CAPÍTULO SEXTO

EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO COMO MEDIO DE TUTELA EN LAS OBLIGACIONES SINALAGMÁTICAS

I. Consideraciones generales

II. Requisitos

III. Carga de la prueba de los requisitos

IV. Efectos de la excepción

V. Excepción por incumplimiento anticipado

CAPÍTULO SÉPTIMO

MEDIOS DE TUTELA PARA PRECAVER LA INSOLVENCIA

I. Acción de medidas conservativas

II. Acción oblicua o subrogatoria

III. Acción directa

IV. Acción pauliana o revocatoria

V. Acción de beneficio de separación

CAPÍTULO OCTAVO

LIQUIDACIÓN CONCURSAL, CESIÓN DE BIENES Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS

I. Nociones generales sobre los procesos concursales

II. Cesión de bienes

III. Prelación de créditos. Cuestiones generales

IV. Clases de créditos en relación con su preferencia

V. ¿Cómo concurren los acreedores?

QUINTA PARTE

OBLIGACIONES DE GARANTÍA O CAUCIONES

CAPÍTULO PRIMERO

FUNCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE GARANTÍA

I. Caución y garantía

II. Contratos de garantía

CAPÍTULO SEGUNDO

OBLIGACIÓN DEL FIADOR Y DEL CODEUDOR SOLIDARIO NO INTERESADO

I. La obligación subsidiaria

II. Otras garantías similares a la fianza

III. La solidaridad en garantía

CAPÍTULO TERCERO

LA CLÁUSULA (CONTRATO) PENAL

I. Origen histórico y recepción en el Código Civil chileno

II. Concepto, naturaleza y funciones

III. Requisitos constitutivos

IV. Clases de cláusulas penales

V. Exigibilidad de la obligación penal

VI. Medios de tutela de la obligación penal

VII. Control judicial del contrato penal

CAPÍTULO CUARTO

LAS ARRAS EN GARANTÍA

I. Las arras. Concepto y funciones

II. Clases de arras

CAPÍTULO QUINTO

EL DERECHO DE RETENCIÓN

I. Casos en los que la ley establece este derecho

II. Requisitos de procedencia

III. Efectos

IV. ¿El derecho legal de retención es un derecho real?

V. Funciones del derecho de retención y excepción de contrato no cumplido

CAPÍTULO SEXTO

OBLIGACIONES DERIVADAS DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA

I. Los derechos reales de garantía

II. La obligación principal y la garantía real

III. Ejecución de la garantía

SEXTA PARTE

MODIFICACIONES, TRANSMISIÓN Y ASUNCIÓN DE OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO

LA NOVACIÓN

I. Origen histórico y recepción en el Código Civil

II. Concepto, naturaleza y caracteres

III. El contrato de novación

IV. Clases de novación

V. Figuras de novación por cambio de deudor: delegación, expromisión y adpromisión

VI. Efectos de la novación

VII. Reserva y renovación de prendas e hipotecas

CAPÍTULO SEGUNDO

MODIFICACIONES SUBJETIVAS NO NOVATORIAS

I. Delegación imperfecta y adpromisión

II. Cesión de créditos y de derechos

III. Pago con subrogación (remisión)

IV. Asunción de deudas

V. Cesión de derechos contractuales

CAPÍTULO TERCERO

MODIFICACIONES OBJETIVAS NO NOVATORIAS

I. Modificación de modalidades

II. Modificación de la prestación y del lugar de pago

CAPÍTULO CUARTO

TRANSMISIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I. Transmisión mortis causa

II. Transmisión de las deudas hereditarias

III. Asignación de las deudas testamentarias

IV. Transmisión de los créditos

SÉPTIMA PARTE

LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

I. Concepto y enumeración

II. Clasificación

III. Efectos

CAPÍTULO SEGUNDO

MUTUO DISENSO Y VOLUNTAD UNILATERAL

I. Mutuo disenso

II. Voluntad unilateral

CAPÍTULO TERCERO

REMISIÓN, CONFUSIÓN Y COMPENSACIÓN

I. Remisión o condonación

II. La confusión

III. La compensación

CAPÍTULO CUARTO

IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA SOBREVENIDA Y RIESGO DEL CONTRATO

I. Imposibilidad sobrevenida y pérdida de la cosa debida

II. La pérdida de la cosa debida en las obligaciones de dar

III. Imposibilidad en obligaciones de hacer y no hacer

IV. Imposibilidad parcial y temporal

V. Extinción del contrato por el riesgo

CAPÍTULO QUINTO

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O LIBERATORIA

I. Nociones generales

II. Requisitos

III. Prescripciones de largo tiempo

IV. Prescripciones de corto tiempo

V. La interrupción de la prescripción

VI. La suspensión de la prescripción

VII. Prescripción y caducidad

PRÓLOGO

Con especial satisfacción, damos a prensas este nuevo volumen de nuestro *Curso de Derecho Civil*, que está dedicado a las obligaciones.

Se analiza el concepto de obligación y relación obligacional como figura bifronte entre la obligación del deudor y el derecho personal o crédito del acreedor. Se incluye el tratamiento doctrinal más actual referido a los instrumentos de armonización del derecho de contratos. Se prosigue con el estudio de las fuentes de la obligación, especialmente el contrato y la ley, y con un análisis de las principales clases de obligaciones, que se dividen en según la exigibilidad del vínculo, la naturaleza de la prestación y la unidad o pluralidad de sujetos. La tercera parte se refiere al cumplimiento de la obligación, que toma del estudio del pago o la prestación de lo que se debe, contenido en el Código Civil entre la extinción de las obligaciones, y aquí se estudia el pago por consignación, el pago con subrogación, el pago con beneficio de competencia y la dación en pago entendida como modalidad de pago.

La cuarta parte se dedica al estudio del incumplimiento y los medios de tutela del acreedor, comenzando por el llamado derecho de prenda general o responsabilidad patrimonial universal. Se analiza la ejecución forzada, la indemnización de perjuicios, la lesión del crédito por el acreedor o un tercero, y además los medios de tutela de las obligaciones sinalagmáticas, como la resolución contractual y la excepción de contrato no cumplido. Enseguida se tratan los derechos del acreedor para prevenir la insolvencia, como las medidas conservativas, la acción oblicua, la acción directa, la denominada acción pauliana y la acción de beneficio de separación. Finalmente, se analizan los medios para afrontar la insolvencia, mediante el estudio de la cesión de bienes y de los procedimientos concursales. Aquí estudiamos el estatuto de la prelación de créditos.

Una quinta parte la dedicamos al estudio de las obligaciones de garantía o cauciones, comenzando por la obligación subsidiaria del fiador y la del codeudor solidario no interesado. Proseguimos con el análisis del contrato de cláusula penal, las arras en garantía y el derecho legal de retención. Finalizamos esta parte con un análisis de la obligación derivada de los derechos reales de garantía.

La parte sexta la dedicamos a la modificación, transferencia y transmisión de las obligaciones, que iniciamos con el estudio de la novación y luego seguimos con el estudio de modificaciones sujetivas no novativas y modificaciones objetivas no novativas. Incluimos aquí la figura de la asunción de deudas y de cesión de contrato. Terminamos analizando la transmisión *mortis causa* de las obligaciones.

La séptima y última parte está destinada al estudio de los modos de extinción de la obligación, partiendo con una referencia al pago que estudiamos el referirnos al cumplimiento, y prosiguiendo con el mutuo disenso o la voluntad unilateral, la remisión, la confusión y la compensación. Al tratar de la pérdida fortuita de la cosa debida, nos enfrentamos al problema del riesgo en los contratos. Terminamos esta parte estudiando la prescripción extintiva o liberatoria, donde aprovechamos de dar algunas nociones sobre la caducidad.

Tenemos la esperanza de que este volumen pueda ayudar a los estudiantes y a los abogados para ponerse al día en un derecho que ha tenido muchos avances en la doctrina y la jurisprudencia actual, tanto nacional como internacional, así como para el tratamiento de los temas más clásicos y tradicionales.

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Santiago, a 30 de enero de 2023

Acceda al video presentación de la obra.	

Las normas que se citan entre paréntesis van sucedidas, por regla general, de la abreviatura de la fuente normativa de la que han sido tomadas, incluido el Código Civil (CC).

Para citar los artículos entre paréntesis se sigue la práctica de la doctrina española, que nos parece más simple que la chilena; por ello, se prescinde de la expresiones o abreviaturas "inciso"/"inc.", "número"/"Nº" y "letra"/"l". El número del inciso se ubica inmediatamente después de la cifra del artículo separado por punto seguido (así, "art. 2515.2" significa "artículo 2515 inciso 2"); si este número lleva el símbolo º, quiere decir que se está citando uno de los numerales en los que está dividido el precepto (así, "art. 19.24º" debe leerse como "artículo 19 número 24"); si tras el punto se coloca simplemente una letra, se alude a una norma que está dividida en literales y que debe irse a la letra que se menciona (así, "art. 16.f" designa el "artículo 16 letra f").

Las abreviaturas más utilizadas en el texto son las siguientes:

BGB Código Civil alemán.

CAe Código Aeronáutico.

CAg Código de Aguas.

CC Código Civil.

CCom Código de Comercio.

Const. Constitución Política.

CPC Código de Procedimiento Civil.

CP Código Penal.

CPP Código Procesal Penal.

CS Código Sanitario.

CT Código del Trabajo.

CTr Código Tributario.

CM Código de Minería.

D. Digesto.

LERL Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

LGB Ley General de Bancos (texto refundido por D.F.L. Nº 3, de 1997).

LGUC Ley General de Urbanismo y Construcción (D.F.L. Nº 458, de 1976).

LMC Ley de Matrimonio Civil (ley Nº 19.947, de 2004).

LPDC Ley de Protección de los Derechos del Consumidor (ley Nº 19.496, de 1997, texto refundido por D.F.L. Nº 3, de 2021).

LRC Ley de Registro Civil (ley Nº 4.808, de 1930, texto refundido por el art. 3º del D.F.L. Nº 1, de 2000).

LTF Ley de Tribunales de Familia (ley Nº 19.968, de 2004).

RDJ Revista de Derecho y Jurisprudencia.

RCBR Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

LCI Ley de Copropiedad Inmobiliaria (ley Nº 21.442, de 2022).

LOCD Ley de Operaciones de Crédito de Dinero (ley Nº 18.010, de 1981).

LPSD Ley de Prenda sin Desplazamiento (art. 14 ley Nº 20.190, de 2017).

LRLEP Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas (ley Nº 20.720, de 2014).

LSA Ley de Sociedades Anónimas (ley Nº 18.046, de 1981).

LLCP Ley sobre Letra de Cambio y Pagaré (ley Nº 18.092, de 1982).

LPF Ley de Portabilidad Financiera (ley Nº 21.236, de 2020).

Las referencias a Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte general*, Thomson Reuters, 2ª edic., Santiago, 2022, se indican como *Curso. Parte general*; y al *Curso de Derecho Civil. Bienes*, Thomson Reuters, 2ª edic., Santiago, 2022, se indican como *Curso.Bienes.*

PRIMERA PARTE - DEBERES JURÍDICOS Y OBLIGACIÓN. FUENTES

BIBLIOGRAFÍA GENERAL: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1992, t. X, pp. 4-21; 551-604; STITCHKIN, David, *Obligaciones*, Editorial Universitaria, Santiago, 1948, t. I, pp. 1-27; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las obligaciones. De las obligaciones en general y sus diversas clases. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.,* Ediciones Jurídicas de Santiago, 3ª edic., Santiago, 2016, pp. 9-22; 31-63; 65-71; 149-156; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Thomson Reuters, 6ª edic., Santiago, 2014, t. I, pp. 13-406, MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª edic., 1997, pp. 7-24; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 13-139; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago, 2003, pp. 15-38; RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 1-20; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *De las obligaciones*, Thomson Reuters, 7ª edic., Santiago, 2011, pp. 3-22; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 1-21; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno III. De la teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 11-13; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edic., 2004, pp. 11-43.

Capítulo primero - De los deberes jurídicos a la obligación

I. DEBERES Y DEBERES JURÍDICOS

1. La noción de deber

01 En el lenguaje común, las expresiones "deber" y "obligación" suelen usarse en el mismo sentido. Se dice que una persona tiene el deber de cumplir las leyes o que tiene el deber de restituir lo que se le ha prestado, y también que tiene la obligación de cumplir las leyes y de restituir. Pero en el lenguaje jurídico la obligación, en un sentido técnico, es una forma específica de deber y más precisamente de un deber jurídico.

En un concepto amplio se habla de deber para designar una necesidad de comportamiento de una persona en un determinado sentido. El deber supone la libertad y por eso la posibilidad de no ser cumplido. Por ello los animales o las cosas no pueden tener deberes, aunque a veces se use la expresión de manera analógica, como cuando se dice que dadas las condiciones atmoféricas debería llover o que un perro debe lealtad a su amo.

Ahora bien, la necesidad debe ser impuesta por alguna regla o mandato. Así pueden distinguirse diversos tipos de deberes según el carácter de la norma que lo impone. Se habla de deberes morales, de deberes ético-profesionales, de deberes religiosos, de deberes sociales o de comportamiento social, etc.

Para efectos de determinar el concepto de obligación nos interesan los deberes jurídicos, es decir, aquellos que son establecidos y sancionados por reglas, principios o normas integrantes de un ordenamiento jurídico y que tiene por misión la realización de una mínima justicia en las relaciones de una sociedad.

Por ello, frente a deberes que conciernen a virtudes como la caridad, la misericordia, la fortaleza, la veracidad, etc., los deberes jurídicos tienen una dimensión mucho más reducida: ellos sólo intentan imponer el cumplimiento de la virtud de la justicia, y en general sólo de manera externa: el deudor debe pagar lo que debe, aunque lo haga sólo por temor a la sanción y no por ser justo.

Siendo deberes básicos indispensables para la buena convivencia, su incumplimiento genera sanciones que son coercibles ante una institucionalidad del Estado que juzga y hace cumplir lo mandado. Son los tribunales de justicia que integran el llamado Poder Judicial.

2. El deber jurídico y sus clases

a) Concepto

02 Puede darse una noción de deber jurídico diciendo que es la necesidad que una persona tiene de realizar una conducta por ordenarla, de manera directa o indirecta, las normas que integran un ordenamiento jurídico, las que también establecen las consecuencias de su incumplimiento.

Las normas pueden ordenar directamente la conducta, si son ellas las que consagran el deber. Es lo que sucede con las leyes penales, las que regulan el tránsito vehicular, las que ordenan el pago de impuestos, etc.

Otras veces el mandato es indirecto, y ello puede suceder de por tres vías. La primera se produce cuando las normas establecen ciertos estatutos de protección o derechos generales que imponen a las personas el deber de respetarlos o incluso promoverlos. Es lo que sucede con los derechos fundamentales o de la personalidad o los derechos reales que imponen a la generalidad de la población un deber general de respeto o no intromisión ilegítima.

La segunda vía indirecta de creación de deberes jurídicos consiste en que las normas atribuyen a ciertos hechos voluntarios el surgimiento de uno o más deberes, como ocurre, por ejemplo, con los deberes de lo que lo penalistas llaman posición de garante o las obligaciones que surgen de un cuasicontrato.

Finalmente, las normas jurídicas reconocen a las personas la facultad para crear los deberes que estimen convenientes mediante lo que llamamos acto o negocio jurídico, y principalmente a través de los actos jurídicos que se califican de

contratos. Así la autonomía privada, o de la voluntad como se le suele llamar, es una potestad que se da a los particulares para que autorregulen sus intereses y en su ejercicio de ellos pueden crear deberes que serán respaldados por las reglas jurídicas si son infringidos. Por cierto, la autonomía privada no es absoluta y tiene límites, que se reflejan en las normas sobre nulidad de los contratos y en leyes especiales como las laborales o las de protección al consumidor.

Dentro de la autonomía privada también se incluye la facultad de crear personas jurídicas, con o sin fines de lucro, las que se rigen por estatutos que contienen también diversos deberes para los miembros o socios. Incluso algunas de ellas tienen la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias mediante órganos propios (cfr. art. 553 CC).

Respecto de los deberes que llamamos obligaciones la diferencia entre la vía directa y la indirecta aparece clara en el Código Civil que, al definir los derechos personales o créditos señala que son aquellos que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, "por un hecho suyo o la sola disposición de la ley", han contraído las obligaciones correlativas. El "hecho suyo" es una vía indirecta, mientras que "la sola disposición de la ley" se refiere a la forma directa de creación de deberes.

Los deberes jurídicos pueden clasificarse según la descripción de la conducta que exigen en generales o especiales.

b) Deberes jurídicos generales

03 Los deberes jurídicos de carácter general son aquellos que no obligan a una precisa y específica conducta que esté descrita en el mandato que los establece. La conducta exigida va variando según las circunstancias y la finalidad que se tuvo al establecer el deber.

De esta naturaleza son los deberes que la Constitución impone a todo habitante de la República de respetar a Chile y sus emblemas nacionales (art. 22.1 Const.) y a los chilenos de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la seguridad nacional y los valores esenciales de la tradición chilena (art. 22.2 Const.).

En el derecho público, existen numerosos deberes generales, entre los que destaca el deber de todo titular de funciones públicas de dar cumplimiento al principio de probidad (art. 8.1 Const.). Es también un deber general de derecho público el de respetar los derechos fundamentales, lo que se determinará según la forma de ejercicio legítimo de esos derechos.

En derecho privado también existen deberes generales, como el de respetar los llamados derechos de la personalidad, el de no dañar injustamente a otro, que se deriva del principio *neminem laedere*, el de actuar de buena fe (cfr. art. 1546 CC) y el de no perturbar el ejercicio de derechos reales.

Son generales igualmente los deberes que se imponen en el derecho de familia, como los deberes conyugales de fidelidad o ayuda mutua (arts. 131 y 132 CC) o los deberes de los padres para con sus hijos o de éstos para con aquéllos (arts. 222 y ss. CC).

c) Deberes jurídicos especiales

04 Los deberes jurídicos especiales son aquellos en los que es posible precisar una conducta que satisface la exigencia del mandato.

La mayoría de ellos, como veremos, entran en la categoría de obligaciones en sentido técnico, pero existen deberes jurídicos especiales que no son propiamente obligaciones. Uno de los más frecuentes es el deber que llamamos *carga*. La carga es un deber que se caracteriza por ir en interés del mismo sujeto pasivo de la carga, de modo que si no realiza la conducta debida pierde un derecho o un beneficio.

El más importante es la carga de la prueba: es un deber de presentar prueba pero no en beneficio de la otra parte sino del mismo obligado, ya que si éste no presenta pruebas de su pretensión en juicio ella será desestimada. Pero existen muchas otras formas de cargas, como los deberes que se imponen al asegurado en el contrato de seguros: así en el seguro de daños a vehículos motorizados se suele imponer la obligación de que se constate el accidente en Carabineros y se dé aviso a la Compañía; si el asegurado no cumple con estas cargas no será demandado por el asegurador, sino que simplemente perderá su derecho a reclamar la indemnización que por el contrato le hubiere correspondido.

Otras cargas en materias civiles son la carga de mitigar el daño y la carga de colaboración contractual. Por la primera, quien sufre el daño debe adoptar medidas para reducir su entidad; y si no lo hace deberá descontarse la parte del daño que se podría haber evitado. Por la segunda, una parte en un contrato debe prestar su colaboración para que la otra parte cumpla con sus obligaciones, y que si no lo hace no podrá luego reclamar por el incumplimiento.

También existen *deberes secundarios o accesorios* que se articulan en el contexto de una obligación o contrato. Se habla en este sentido de deberes de protección, de lealtad, de comportamiento de buena fe, etc.

Otra forma de deber especial es la *faz pasiva del derecho potestativo* o de configuración jurídica. El derecho potestativo es la facultad que se otorga a una persona para modificar una determinada situación jurídica, como lo es el derecho a pedir la partición de bienes o la resolución de un contrato. Los sujetos pasivos de esta forma de derecho no tiene una obligación, en el sentido de una conducta específica debida, sino simplemente deben respetar o soportar la situación jurídica que se origina con el ejercicio del derecho potestativo: así, los comuneros deberán concurrir a la partición que ha sido provocada por uno de ellos y el contratante incumplidor deberá aceptar que el contrato se resuelva.

3. La obligación como deber jurídico especial

05 La obligación es, por cierto, el deber jurídico especial más importante. Se caracteriza por que la conducta debida está definida y descrita más concretamente, y se le suele denominar prestación.

Por otra parte, la obligación implica también un derecho a pedir su cumplimiento, y este derecho es personal en el sentido de que sólo puede exigirse del deudor, es decir, de la persona que ha contraído la obligación.

Una tercera característica de la obligación consiste en que es un deber jurídico que agota completamente la relación entre sus sujetos activo y pasivo, de modo que si se extingue no se mantiene ningún vínculo entre ellos. En cambio, en otros deberes jurídicos, como los públicos o los deberes familiares, existe una relación más amplia que excede el del deber: ser ciudadano, ser cónyuge o padre e hijo.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: STITCHKIN BRANOVER, David, "Notas relativas a la teoría general de las obligaciones", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 29- 30, 1939, pp. 2351-2416; FUEYO LANERI, Fernando, "La noción de obligación", en *RDJ,* t. 67, Derecho, pp. 195-217; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 1992.

II. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO

1. Origen: la obligatio *romana*

06 La obligación en su sentido técnico fue de alguna manera "inventada" por el Derecho romano, en el que se hablaba de *obligatio*, para designar una especie de vínculo cuasifísico por el que una persona debía responder si no cumplía un deber suyo o de otro. De hecho la palabra *obligare*, proviene de la unión de las palabras *ob* (enfrentamiento) y *ligare* (atar, amarrar, ligar), de lo que se deduce que el acreedor había amarrado al deudor y que éste sólo podía liberarse haciendo el pago, que era denominado *solutio* (como un corte de la amarra que libera al deudor).

En todo caso, los romanos en los primeros tiempos distinguían el deber de la obligación. El deber podía nacer de cualquier acuerdo pero su cumplimiento se reservaba a la moral o la religión y no era coercible, mientras que la obligación daba derecho al acreedor para someter al deudor en caso de no pago. La obligación nacía de un acto llamado *nexum*, por el cual el obligado se constituía personalmente en garantía del cumplimiento del deber. Por eso el acreedor disponía de un poder físico (*manus iniectio*) que no requería autorización de juez de apoderarse incluso del cuerpo del obligado: podía tomarlo por el cuello y arrastrarlo hasta la orilla del Tíber donde podía ser vendido como esclavo o privado de la vida.

Con el desarrollo económico de Roma, el crédito fue expandido notablemente y, ante crisis económicas, los incumplimientos dieron lugar a las luchas sociales entre la plebe y los patricios. Una forma de canalizar el conflicto fue la aprobación de la *lex Poetelia Papiria* (236 a. C), que abolió la institución del *nexum* y convirtió

el poder sobre el cuerpo de la persona del deudor en poderes sobre los bienes de éste, si bien manteniendo algunos apremios físicos como prisión por un plazo.

Así el *nexum* fue sustituido por la *sponsio*, con un intercambio de palabras rituales y aplicable sólo a los ciudadanos romanos y más adelante la *sponsio* fue reemplazada por la *stipulatio*, que aunque también solemne era aplicable a los no ciudadanos.

En todo caso, entre los romanos la conducta debida era incoercible, ya que la condena era siempre pecuniaria, es decir, una cantidad de dinero que se entendía sustituir el valor de lo debido. Sólo Justiniano ya en el período postclásico permitió la ejecución *in natura* con medidas de apremio personal.

2. Desarrollos canónicos, medievales y iusnaturalistas

07 Más adelante, con el Derecho canónico y medieval se fue identificando deber con obligación, estas dejaron de tener una fuente solemne o formal y en general se limitó la responsabilidad patrimonial a la venta forzada de bienes

Los autores iusnaturalistas del siglo XVI reforzarían la visión de que es la voluntad de las partes la que genera deberes jurídicos, con lo que la obligación ya no sería ni formal ni tampoco típica, aunque los contratos más comunes fueron regulados con reglas supletorias, tomadas de las fuentes romanas en primer lugar y luego de los Códigos Civiles que se dictaron siguiendo estos postulados.

Autores como Grocio (1583-1645) y Pufendorf (1632-1694), siguiendo la idea de establecer un sistema jurídico basado en la autonomía de la voluntad con reglas simples, generales y abstractas, prepararon el camino.

Luego juristas como Domat (1625-1696) y Pothier (1699-1772) llenarían ese modelo con reglas sacadas de las fuentes romanas, y dejarían casi listo el material para que los juristas de la codificación francesa, olvidándose de las fuentes, forjaran esas reglas en artículos de un Código.

En esta época hay que también destacar que el desarrollo del comercio permitió flexibilizar la rigidez de la obligación romana. Aparecieron los bancos, las letras de cambio y otros títulos de crédito que podían cederse y circular rápidamente. Ya no era necesario hacer una novación para hacer cambios de acreedor y de deudor, porque el crédito fue considerado una cosa que podía cederse e incluso sin mayores formalidades.

3. La obligación en la codificación

08 El *Code Napoléon*, siguiendo de cerca el *Tratado de las Obligaciones* de Pothier (1699-1772), incluyó una regulación general de las obligaciones: sus fuentes, clases, efectos y extinción, en el título III del libro III en el que se agruparon los modos de adquirir la propiedad, y que comprendía las obligaciones convencionales (contratos) y la sucesión por causa de muerte.

En el título III se dan reglas tanto para las obligaciones en abstracto como para los contratos en general y en particular.

Este esquema, si bien con algunas modificaciones, se extendería por todas las naciones que codificaron su Derecho, con lo que muchos de los conceptos y criterios se hicieron uniformes.

4. Recepción en el Código Civil chileno

09 El Código Civil chileno recibió gran parte de lo avanzado por el Código francés, pero dio una estructura diferente y dedicó un libro completo a las obligaciones y contratos. Se trata del libro IV titulado "De las obligaciones en general y de los contratos", que incluye desde el art. 1437 al 2524.

Bello, siendo romanista, siguió muchas veces los textos romanos más que los franceses e incluyó materias que no estaban en el *Code* como las fuentes de las obligaciones, la graduación de la culpa o la prelación de créditos. Se suele decir que Bello ha sido más fiel a Pothier (1699-1772), que el mismo Código Civil francés, y algunos de los artículos incluso contienen ejemplos que se encuentran en el Tratado del maestro de Orléans. También Bello utilizó la legislación vigente y sobre todo el Código de Las Siete Partidas. Aunque sigue la estructura del Código francés, se distancia de él en varios puntos como, por ejemplo, en la regulación separada de la hipoteca de los privilegios.

En estricto rigor, el libro IV de nuestro Código trata de las obligaciones en su primer artículo, el 1437, y luego en varios títulos que se refieren a clases de obligaciones: civiles y naturales, condicionales, modales y a plazo, alternativas y facultativas, de género, solidarias e indivisibles y con cláusula penal (Títulos III al XI), luego en un título regula los efectos de las obligaciones (Título XII) y en varios los diversos modos de extinción, comenzando por el pago e incluyendo la nulidad (títulos XIV a XX). Se trata también de la prueba de las obligaciones (título XXI), la prelación de créditos (título XLI) y la prescripción extintiva (título XLII, § 3 y 4).

El resto de los títulos se refieren más bien a las fuentes de las obligaciones. La mayoría se refiere a los contratos, dando ciertas reglas generales (títulos I, II y XIII) y regulando varios contratos nominados (títulos XXII a XXXIII y XXXVI a XL). Otros dos títulos se refieren a los cuasicontratos (título XXXIV) y a los delitos y cuasidelitos (título XXXV).

En el libro IV existen materias que, en principio, no pertenecen ni al Derecho de Obligaciones ni al Derecho de Contratos o Fuentes. Se incluyen los regímenes patrimoniales del matrimonio de sociedad conyugal y participación en los gananciales, comenzando por las llamadas capitulaciones matrimoniales (títulos XXII y XXII-A). La explicación de esto deriva de que la sociedad conyugal se asimilaba a un contrato, si bien con diferencias importantes. Luego la ley Nº 19.335, de 1994 creó el régimen de participación en los gananciales y mandó efectuar un texto refundido del Código, lo que se hizo por el Decreto con Fuerza de Ley Nº 2,

de 1995. Este texto refundido incorporó el articulado de la ley Nº 19.335 como título XXII-A quizás para darle una mayor visibilidad.

Igualmente, en el título LXII se regula también la prescripción adquisitiva que en realidad pertenece al Derecho de Bienes. Bello estimó que era conveniente hacer una regulación conjunta de ambas prescripciones dado que en ambas el paso del tiempo es esencial.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La promesa obligacional en las 'Partidas' como sede de la doctrina general de las obligaciones", en *Revista Chilena de Derecho* 34, 2007, 3, pp. 395-404; ESBORRAZ, David Fabio, "La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del subsistema jurídico latinoamericano", en *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)* 237, 2015, pp. 153-181; PIZARRO WILSON, Carlos, "La influencia del Code en el Código de Bello en Derecho de obligaciones. ¿Existe la responsabilidad contractual'?", en H. Corral e I. Henríquez (edits.) *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 9, 2004, pp. 81-93.

III. OBLIGACIÓN Y DERECHOS REALES Y PERSONALES

1. Aproximación al concepto de obligación

10 Nuestro Código Civil no ha dado un concepto de obligación, pero es posible, tomando varios artículos, construir una definición aunque sea aproximada. La principal es la definición de contrato que señala que es un acto por el cual "una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa", precisándose que cada parte puede ser una o muchas personas (art. 1438 CC).

También tenemos la prohibición de que ella dependa de la sola voluntad del deudor, ya que en tal caso sería nula (art. 1478.1 CC), la consideración del pago como "la prestación de lo que se debe" (art. 1568 CC) y que si el pago se hace por error y se prueba que no se debía procede la repetición (art. 2295 CC).

Con estos elementos, puede conceptualizarse la obligación como un vínculo por el cual una parte está constituida en el deber jurídico de realizar una prestación consistente en un dar, hacer o no hacer, en favor de otra parte.

Pero es necesario ir más allá y ver si nuestro Código es capaz de acoger también las nuevas tendencias que propician ver en la obligación una relación de mayor complejidad.

2. La dualidad derecho real/derecho personal

a) Origen histórico

11 Los romanos no distinguieron originalmente entre derechos personales o reales, pero sí entre acciones por las cuales se reclama una cosa (*actio in rem*) y acciones

por las que se exigía que alguien diera o hiciera algo a lo que se había obligado (*actio in personam*).

Posteriormente, los juristas medievales, comenzando por los glosadores, construyeron las acciones procesales como medios de defensa de un *ius* (un derecho como facultad), y entonces se concluyó que la *actio in re* provenía de un *ius in rem*, mientras que la *actio in personam* se originaba en un *ius in personam*. Con posterioridad y sobre todo en la época del iusracionalismo, se acuñó la clasificación entre derecho "real" (*ius reale*), que recae directamente sobre cosas (propiedad, usufructo, servidumbre) y aquellos que son personales, y que no pueden reclamarse directamente sobre una cosa sino que por mediación de un tercero obligado a realizar una conducta por un contrato o la ley (*ius in personam*).

Así sería recepcionada por el Código Civil francés y luego en nuestro Código Civil. De esta manera la obligación pasó a considerarse la dimensión pasiva del derecho personal.

b) La dualidad en la doctrina clásica

12 La distinción entre derecho personal (obligación) y derecho real articuló de alguna manera toda la codificación, tanto que incluso se regularon de manera separada, y dogmáticamente se ha constituido una disciplina propia para cada uno de ellos: Bienes, para los derechos reales, y Obligaciones para los derechos personales.

El derecho real es caracterizado como una relación directa entre una persona y una cosa que proporciona un poder de disfrute o de valor que, en principio, es perpetuo, absoluto y exclusivo. El derecho personal, en cambio, no establece una relación directa entre una persona y una cosa, sino entre dos o más personas, una de las cuales se obliga a dar a la otra una cosa, que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer. De esta manera, la relación entre el titular del derecho personal con la cosa objeto del derecho no es directa, sino que está mediada por el deber de conducta del deudor.

Siendo así el derecho real es oponible a cualquier persona de la comunidad, y por eso la definición que da el Código señala que es un derecho real el que tenemos sobre una cosa cosa "sin respecto a determinada persona" (art. 577.1 CC). El derecho personal, en cambio, sólo tiene efectos relativos: es exigible respecto de una persona determinada que está constreñida a realizar la prestación en la que consiste el derecho, y por ello el Código los define como aquellos derechos que sólo puede reclamarse de "ciertas personas que... han contraído las obligaciones correlativas" (art. 578 CC).

c) Diferencias

13 Son muchas las diferencias que suelen mencionarse, siguiendo la doctrina clásica, entre los derechos reales y los derechos personales.

Primero debe señalarse que existen diferencias sobre el *sujeto pasivo*: el derecho real no tiene un sujeto pasivo determinado, ya que todos los miembros de la comunidad pueden ser alcanzados por el deber de respeto de su ejercicio del derecho real. El derecho personal, por el contrario, tiene un sujeto pasivo que ya ha sido determinado por alguna de las fuentes productoras de la obligación (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley).

Si nos fijamos en la *estructura*, se señala que el derecho real es una relación entre un sujeto (persona) y una cosa, mientras que el derecho personal es una relación entre dos sujetos (personas) y la relación del titular del derecho (acreedor) con la cosa no es directa sino que está mediada por el deber del sujeto pasivo (deudor).

En lo referido al *objeto* se sostiene que el derecho real debe tener por objeto una cosa determinada en especie y género, en cambio, el objeto del derecho personal es una prestación, que consistir en un dar, un hacer o un no hacer. Si se trata de un dar, puede ser una cosa específica o genérica.

Se añade que las *facultades* que confieren al titular del derecho son diversas. El titular de un derecho real, además de las facultades de usar y gozar, tiene las facultades de persecución y, en los derechos de garantía, la de preferencia. La facultad de persecución le permite deducir acción para recuperar la cosa respecto de cualquier persona que la posea. La facultad de preferencia consiste en que el titular del derecho real (prenda, hipoteca) tiene preferencia para exigir el pago del crédito garantizado en la cosa gravada frente a otros acreedores del deudor. El titular del derecho personal, en cuanto tal, no tiene facultades ni de persecución ni de preferencia. Sólo tendrá preferencia si la ley se la atribuye atendida la naturaleza del crédito.

Otra distinción que suele hacerse tiene que ver con la modalidad de *eficacia*. Los derechos reales tienen eficacia general; son oponibles *erga omnes*, ante cualquier miembro de la sociedad; los derechos personales, en cambio, tienen eficacia relativa ya que sólo pueden exigirse de las personas que son sujetos pasivos de esa obligación.

Cuando se consideran las *fuentes*, los derechos reales nacen por la mediación de hechos o actos jurídicos a los que se denominan "modos de adquirir" (cfr. art. 588 CC), mientras que los derechos personales son creados a través de las llamadas fuentes de las obligaciones (cfr. art. 1437 CC). Pero, una vez nacidos, los créditos, en cuanto cosas incorporales, pueden cambiar su titularidad por un modo de adquirir el dominio como la tradición y la sucesión por causa de muerte, aunque se cuestiona que se les aplique el modo adquirir denominado prescripción adquisitiva (cfr. art. 2498.2 CC).

También son diferentes las *causales de extinción*. Los derechos personales se extinguen por los modos de extinción de las obligaciones (cfr. art. 1567 CC), mientras que los derechos reales tienen sus propias causales de extinción que no siempre coinciden. Por otro lado, en general, aunque hay excepciones, los derechos

reales no se extinguen por el simple no uso, es decir, no se les aplica la prescripción extintiva. En cambio, los derechos personales son por regla general prescriptibles de modo que se extinguen si no se ejercen durante un determinado plazo.

Otra distinción tiene que ver con la *taxatividad* o *tipicidad legal*. Los derechos reales están tipificados por la ley y no pueden los particulares crear nuevos derechos reales usando la autonomía privada o de la voluntad. En cambio el principio de la autonomía privada tiene su máxima expresión cuando genera o crea derechos personales aunque no estén tipificados o regulados por la ley. De allí la distinción entre contratos nominados (los que tienen un nombre y un tipo legal) y los innominados (los que se crean por la libertad de contratación aun cuando no tengan un nombre ni una regulación legal, respetando sí las reglas generales relativas a la validez de los contratos o actos jurídicos en general).

d) Crítica y planteamientos unificadores

14 La teoría tradicional que distingue radicalmente entre derechos reales y personales ha sido sometida a numerosas críticas. Se cuestiona así que el derecho real sea una relación entre una persona y una cosa, puesto que las relaciones jurídicas sólo pueden darse entre personas. Por lo que en el derecho real hay también una relación entre personas, sólo que el sujeto pasivo es indeterminado y variable, mientras que en el derecho personal es determinado y estable.

En cuanto a la supuesta diferencia de eficacia, se alega que los derechos personales también generan respecto de terceros un deber de no turbar o lesionar su ejercicio, es decir, también tienen efectos generales o *erga omnes*, por lo que si un tercero lesiona el crédito, debe responder civilmente por el daño producido. Por otro lado, los derechos reales también generan deberes que tienen eficacia relativa, como sucede con los derechos reales de usufructo (cfr. art. 797 CC) y de servidumbre (cfr. arts. 823.2 y 842 CC).

Todas estas críticas, y muchas otras que aquí se omiten, han llevado a que muchos autores formulen teorías unificadoras que pretenden desmitificar la separación entre estas dos categorías de derechos. Por un lado, hay algunas corrientes que intentan unificar tomando como base la figura del derecho personal, de manera que las diferencias no serían esenciales sino más bien de grado y basadas en la mayor o menor determinación del sujeto pasivo. El derecho real más puro sería en esta concepción un derecho personal con sujeto pasivo absolutamente indeterminado o universal. Se trata de teorías que suelen denominarse "obligacionistas", porque los derechos reales son transformados en obligaciones.

Pero, por el lado contrario, surgen teorías que suelen denominarse realistas o patrimonialistas, y que sostienen que en realidad los derechos personales son también derechos reales sólo que la cosa en la que se ejercen no está previamente determinada y se determinará a través del embargo y ejecución de bienes del deudor, al ejercerse lo que no sin razón se ha dado en llamar "derecho de prenda general".

Las teorías unificadoras tampoco han suscitado consenso amplio, considerando también que parten de presupuestos diferentes. De esta forma, se critican las teorías obligacionistas porque parece evidente que es muy diferente un simple deber general de respeto al ejercicio del derecho con el deber específico y propio de la obligación o derecho personal. Se advierte que también los créditos generan un deber de no perturbar o lesionar pero no es ese su contenido más propio, sino una prestación debida por el deudor.

Tampoco convencen las tesis realistas o patrimonialistas, ya que se les critica que reducen la obligación a una especie de carga de soportar las consecuencias del incumplimiento, y con ello desconocen el deber de cumplir o débito que forma parte sustancial del derecho personal u obligación. Estas tesis a veces llegan al extremo de despersonalizar por completo el derecho personal, y concebirlo como una relación no entre personas sino entre patrimonios.

Por último, conspira contra la aceptación de estas teorías la subsistencia en los Códigos Civiles de la distinción nítida entre derechos reales y personales, incluso en Códigos modernos, como el argentino de 2015.

e) Dualidad esencial y pluralidad de figuras intermedias

15 La dogmática civil actual tiende a considerar necesaria la subsistencia de la dualidad clásica entre derechos reales y derechos personales, siguiendo así lo previsto en las normas positivas, e incluso manteniendo la división de las partes de Bienes y Obligaciones en la enseñanza y estudio del Derecho civil.

Sin embargo, se reconoce que la dualidad no excluye la presentación de diversas figuras que presentan rasgos de uno u otro derecho, y que pueden ubicarse una especie de zona intermedia entre el derecho real y el derecho personal, ya que de alguna manera pueden considerarse figuras híbridas.

Entre estas figuras intermedias o híbridas se suelen mencionar las obligaciones *propter rem*, las cargas reales, los derechos reales *in faciendo*, los derechos reales *ad rem* y de adquisición, y los derechos personales de contratos oponibles a terceros.

Las obligaciones *propter rem*, llamadas también ambulatorias, tienen la particularidad de que el deudor o sujeto pasivo es, en principio, indeterminado y se determina sobre la base de quien tiene el dominio o la posesión de una cosa. Son obligaciones *propter rem* las obligaciones entre comuneros, las que se producen en la servidumbre de medianería, la de pagar los gastos comunes que recae en el propietario de una unidad de un condominio o la de pagar multas empadronadas que se asigna al comprador de un vehículo motorizado (art. 42 ley Nº 18.290, con texto refundido por D.F.L. Nº 1, de 2009).

Junto a las obligaciones *propter rem* encontramos la llamadas cargas reales. Se trata de un gravamen que recae sobre una cosa o bien, pero que debe cumplirlo el dueño o poseedor. El ejemplo más típico es el del impuesto territorial o contribución de bienes raíces que debe ser pagado por el dueño u ocupante del bien (art. 25 ley

Nº 17.235, texto refundido por D.F.L. Nº 1, de 1998). No es fácil distinguir entre obligaciones *propter rem* y cargas reales, ni tampoco hay consenso sobre los criterios que permitirían la distinción, aunque los principales son si la obligación puede o no ejecutarse sobre el bien gravado o si la tenencia de la cosa limita la obligación a lo devengado durante esa tenencia o incluye las deudas devengadas antes de la tenencia.

A las obligaciones *propter rem* y a las cargas reales, pueden asemejarse contratos que pueden ser oponibles a terceros adquirentes, como sucede con ciertos contratos de arriendo (art. 1962 CC) y con los contratos de adquisición de tumbas y sepulturas que tienen cierta eficacia real, ya que son oponibles a terceros y principalmente al adquirente del cementerio (cfr. D. Sup. Nº 357, de 1970)[1].

El llamado *derecho legal de retención* si bien es un derecho personal que sólo puede ejercerse contra el deudor, puede producir algunos efectos de un derecho real porque, una vez declarado judicialmente en los casos en que expresamente la ley lo concede, es equiparado para efectos de realización y preferencia a la prenda o la hipoteca, según si recae en cosas muebles o inmuebles (art. 546 CPC)[2].

En los casos anteriores se parte de una relación obligacional a la que se atribuyen algunos caracteres del derecho real. Pero existen casos en que sucede lo contrario: se parte de la categoría del derecho real y se le atribuyen características de un derecho personal

Así sucede con los derechos reales *in faciendo* que no sólo imponen la necesidad de soportar el ejercicio del derecho sino que incluyen la posibilidad de reclamar una prestación positiva similar a la de las obligaciones respecto del sujeto pasivo, como sucede con ciertas servidumbres (cfr. art. 823.2 CC) y con el derecho real de conservación (ley Nº 20.930, de 2016).

En esta situación pueden incluirse los llamados *ius ad rem*, expresión que designa un derecho real al que se aspira adquirir como resultado del cumplimiento de una obligación. Pertenecerían a esta clase de derechos el del comprador a exigir que el vendedor le haga la tradición de la cosa, o el del mandante para que el mandatario le transfiera un bien adquirido en ejecución del mandato pero a nombre propio, o el derecho que nace de un contrato de opción cuando se supone que ejercida la opción se produce la adquisición de ciertos bienes (acciones por ejemplo). La utilidad de esta calificación es que el derecho sería oponible a terceros y se evitaría su frustración por embargo de la cosa o apertura de un proceso concursal en contra del dueño. Sin embargo, nuestra ley civil no parece reconocer esta categoría de derecho, por lo que se tratará de un derecho personal a pedir la tradición de la cosa, que sólo se transformará en real una vez hecha la transferencia.

Semejantes a los anteriores son los denominados *derechos reales de adquisición* que, aunque originalmente personales, tienen eficacia real, en el sentido

[1] Véase Curso. Bienes, pp. 168 y ss.

[2] Véase Curso. Bienes, pp. 568 y ss.

de que pueden ejercerse respecto de cualquiera al que la cosa haya sido transferida. Se suelen mencionar como derechos reales de adquisición el crédito que nace del contrato de opción y los derechos de tanteo y retracto. Estos últimos designan la facultad de una persona de adquirir un bien si el dueño desea enajenarlo: si se puede ejercer antes de la enajenación se llama tanteo; si se ejercita después de la enajenación a un tercero se denomina retracto.

En nuestra legislación no existen, al menos con ese nombre, los derechos de tanteo o retracto, pero hay derechos que pueden asimilarse a ellos. Es lo que ocurre con el derecho que nace del pacto de retracto y que faculta al vendedor para resolver la venta si dentro de cierto plazo aparece un comprador que le ofrece un precio mayor (art. 1886 CC). No obstante, se trata de un derecho personal que no tiene en general eficacia real, de modo que si el comprador ha enajenado la cosa no podrá reclamarse al tercero adquirente, salvo que este no quede protegido por los arts. 1490 y 1491. Leyes especiales contemplan facultades de adquisición para el Estado (art. 15 ley Nº 17.288, de 1970) o la Biblioteca Nacional (art. 14 ley Nº 19.733, de 2001), pero puede discutirse si ellas son ejecutables respecto de terceros que hayan adquirido las cosas.

El derecho que nace del contrato de opción es también personal y no tiene eficacia real. Se excepcionan los contratos de promesa de venta o compra u opción de compra de una concesión minera o de acciones en sociedad minera que haya sido suscrito por escritura pública e inscrito en el Registro de Hipotecas de Minas o en el registro de accionistas según los casos, ya que el contrato es oponible a los nuevos adquirentes y se les impone la obligación de celebrar el contrato prometido en los mismos términos que el contratante original (art. 169 CM). También se ha discutido sobre las diversas cláusulas de pactos de accionistas que establecen opciones de compra o de venta, ya que se señala que tales pactos serán oponibles a terceros si se depositan en la compañía y se hace referencia a ellos en el registro de accionistas (art. 14 ley Nº 18.046, de 1981). Pero esta oponibilidad se reflejará no en que pueda hacerse valer la opción contra el tercero adquirente, sino en que podrá pedirse la indemnización de los perjuicios por interferencia en contratos ajenos.

No obstante, y salvo los llamados derecho reales *in faciendo*, no parece que el *ius ad rem* o los *derechos de adquisición* puedan ser conceptualizados como derechos reales, incluso en los casos en los que puedan ejercerse respecto de terceros. En tales casos, podrá hablarse de derechos personales con una eficacia real más o menos generalizada.

Por ser híbridas, en estas figuras deberá aplicarse una especie de doble regulación: en sus aspectos reales se aplicarán las normas de los derechos reales, mientras que en sus notas obligacionales habrá que aplicar las reglas de los créditos o derechos personales. Pero, ¿qué grupo de normas deben considerarse el estatuto de base para el funcionamiento? Nos parece que habrá que ver si lo que prima en la figura es su eficacia real u obligacional. De esta manera, las cargas reales, el derecho legal de retención y los derechos reales *in faciendo* se sujetarán primariamente al estatuto de los derechos reales; las obligaciones *propter rem*, los

derechos de adquisición y los derechos contractuales oponibles a terceros deberán regirse principalmente por el estatuto de los derechos personales. Pero reconocemos que esta asimilación bien puede variar según la forma en que se conceptualicen estas figuras polifacéticas.

f) El censo: derecho real y personal

16 En una primera mirada, se podría estar tentado a calificar de figura híbrida al censo, que es aquella institución por la cual una persona se obliga a pagar a otra una cantidad de dinero anual, sobre la base de un capital también en dinero, y gravando una finca suya con la responsabilidad de la anualidad y del capital (cfr. art. 2022 CC). Frente a ello, el Código nos dice que "el derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censuario, aunque no esté en posesión de la finca acensuada, y real en cuanto se persiga a ésta" (art. 579 CC). Pero, como vemos, aquí no hay un derecho que presente características de real y personal a la vez, sino de una institución que es fuente de dos derechos perfectamente diferenciados: uno personal para perseguir el canon anual en contra del censuario, y otro real para hacer efectiva la deuda en el inmueble gravado con el censo, cualquiera sea la persona que lo posea.

3. Derecho personal y obligación

17 El Código Civil chileno considera que los derechos personales, así como los derechos reales, son cosas incorporales (art. 576 CC) y define los derechos personales, a los que llama también "créditos", como "los [derechos] que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas..." (art. 578 CC).

Junto con definir los derechos personales, nos pone algunos ejemplos: así, son personales el derecho de prestamista contra su deudor por el dinero prestado y el del hijo contra el padre por alimentos (art. 578 CC). Los supuestos corresponden a las dos fuentes que se mencionan en la definición: "hecho suyo" (del deudor) y la "sola disposición de la ley", es decir, el contrato de mutuo y la obligación alimenticia. En el "hecho del deudor" quedarán también comprendidas las demás fuentes de las obligaciones, esto es, los cuasicontratos y los delitos y cuasidelitos civiles (cfr. art. 1437 CC).

Se señala finalmente que de los derechos personales nacen las acciones personales (art. 578), de modo que, a diferencia del sistema romano, el derecho es el que origina la acción que lo protege.

El esquema de la obligación en el Código parece ser simple ya que se trataría de un vínculo personal por el cual un deudor tiene la necesidad de dar, hacer o hacer algo a favor de un acreedor. De esta manera, la relación obligatoria sería una moneda con dos caras: por una cara es un derecho personal y por la otra una obligación. La obligación sería la faz pasiva del derecho personal, por lo que siempre que exista un derecho personal hay una obligación y viceversa.

La cuestión no parece tan sencilla si nos enfrentamos a varias complejidades que se dan en materia obligacional, y que obligan a entender el derecho personal y la obligación como una relación orgánica y estructurada por diversos vínculos, como luego veremos.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LINAZAROSO CAMPOS, Gonzalo, "Propiedad y cosas incorporales, derechos protegidos constitucionalmente a través de este derecho real", en J. Varas y S. Turner (edits.), *Estudios de Derecho Civil* [1], LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 235-258; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Algunos aspectos de la comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos", en A. Guzmán (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 215-236; TERNERA BARRIOS, Francisco, "'Realidad' y 'personalidad' de los derechos patrimoniales", en F. Mantilla y C. Pizarro (coords.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al profesor Christian Larroumet,* Fundación Fernando Fueyo, 2008, pp. 345-374; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos (segunda parte)", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 263-278; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Algunos aspectos de comunicabilidad entre los derechos reales y personales y la teoría de la tipicidad causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos (tercera parte)", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 147-164; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "La teoría causal de estatuto como creadora de derechos reales atípicos o ¿cómo es posible crear derechos atípicos en el derecho chileno?", en R. Barcia (Edit.), *Fundamentos de derechos reales en el Derecho chileno*, Thomson Reuters, 2013, pp. 149-197.

IV. TENDENCIAS ACTUALES: LA RELACIÓN OBLIGATORIA

1. El modelo de obligación de los Códigos Civiles y su cuestionamiento

18 Partiendo por el *Code* francés los codificadores regularon un modelo de obligación que seguía los trazos y caracteres que le daban los romanos. Se trata por tanto de un vínculo unidireccional, que describe la relación entre un acreedor y un deudor. Este modelo tiene su base en la principal fuente de obligaciones del sistema romano que era la *stipulatio*, por la cual una persona prometía a otra pronunciando unas palabras que daría, prestaría, haría o no haría algo en favor de quien recibía la promesa, lo cual era aceptado por ésta.

De esta manera, cuando era necesario crear obligaciones para ambas partes se recurría a estipulaciones cruzadas.

Además, dado el carácter agrario de la economía romana predominaban en ellas las obligaciones de dar cosas específicas, lo que hoy llamamos obligaciones

de especie o cuerpo cierto. Es normal entonces que el modelo de *obligatio* estuviera centrado en una obligación de dar y específicas.

Las fuentes romanas transmitieron este modelo a los Códigos que regularon en general las obligaciones como vínculos unilaterales con predominio de los que tienen por objeto cuerpos ciertos. Las demás obligaciones ya sea genéricas, o de hacer o no hacer, siempre bajo el modelo de un vínculo unidereccional entre acreedor y deudor, aparecen en la codificación como secundarias o de menor relieve.

Esto no sucedió en los sistemas de *Common Law*, ya que lo relacionado con las obligaciones fue incluido bajo el concepto de contratos, que implica vínculos recíprocos. Por ello, en Estados Unidos o en el Reino Unido la disciplina se denomina *Contract Law*.

2. Internacionalización de los contratos y obligaciones

19 Durante los siglos XIX y XX el comercio y el intercambio de bienes y servicios entre diversos países se fue haciendo cada vez más intenso y diversificado, lo que produjo la necesidad de adoptar regulaciones que pudieran aplicarse a empresas con domicilios en distintos países y legislaciones. Como en este comercio internacional han predominado las naciones que tienen sistemas jurídicos propios del *Common Law*, los contratos, relaciones obligacionales, conflictos por incumplimiento tienden a adaptarse a los usos y prácticas de dicho sistema.

Los tratados internacionales multilaterales se han centrado en temas aduaneros, de propiedad intelectual y de libre comercio. Un rol importante en esta materia ha sido el de la Organización Mundial de Comercio de las Naciones Unidas y también de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida como UNCITRAL (por su sigla en inglés). Estos organismos han propiciado la adopción de regulaciones comunes, tratados multilaterales y "leyes modelo" que se ofrecen a los distintos Estados para que incorporen esa regulación en su legislación interna. Así, la Convención sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales de 1988 o la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996.

La Unión Europea ha impulsado muchos instrumentos relativos a contratos y obligaciones, como, por ejemplo, las directivas 2000/31/CE sobre comercio electrónico; 2001/95/CE sobre seguridad de los productos; 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores; 93/12/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos, y varios Reglamentos, como Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

3. La relación obligatoria como nuevo modelo

a) Caracteres del modelo en los instrumentos de armonización

20 Partiendo por la Convenión de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la mayoría de los instrumentos de armonización tanto de *hard law* como de *soft law* se han centrado en las obligaciones que nacen de contratos, es decir, de relaciones sinalagmáticas, siguiendo en esto el modelo del *Common Law*. Es lo que sucede en los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL) o en los Principios Unidroit (PICC). Más amplia incluyendo regulación de las obligaciones en forma separada de los contratos es el *Draft of Frame Common Reference* (DFCR).

La obligación deja de ser un simple vínculo jurídico entre un deudor o un acreedor y pasa a ser una relación jurídica compleja que aúna diversas formas de deberes de conducta así como diversos medios de tutela (remedios) que el acreedor puede utilizar según su conveniencia.

La relación obligatoria no contiene únicamente el deber de llevar a cabo una prestación, sino que incluye deberes de protección, de diligencia y cargas de colaboración, de información, de mitigar el daño que pueden residir en el deudor pero también en el acreedor.

Por su parte, el acreedor frente al incumplimiento puede optar entre la ejecución forzada, la suspensión de la propia obligación, la resolución de la relación obligatoria (contrato), la reducción del precio o contraprestación o la indemnización de perjuicios.

b) Críticas y aspectos positivos

21 Este nuevo modelo no está exento de críticas básicamente por olvidar la raíces latinas de nuestra tradición jurídica, y tender a la disolución de la esencia de la obligación como deber personal de conducta. Habría un exceso de patrimonialización de la relación obligatoria, que llevaría a una restricción del medio de tutela de la ejecución forzada y su reemplazo por el de la indemnización en dinero o cumplimiento por equivalente.

Pero sí pueden rescatarse varios aspectos positivos de este nuevo modelo como el reconocimiento de la pluralidad de vínculos y deberes que tiene la obligación y la forma en que ellos se organizan para satisfacer el interés del acreedor, la protección del deudor de posible abusos del derecho del acreedor, la interdependencia entre obligaciones y deberes de ambas partes y la necesidad de colaboración entre ellas.

4. ¿Es posible aplicar el nuevo modelo a nuestro Código Civil?

22 Existen varios indicios de que en nuestro Código Civil la pretendida simplicidad entre obligación y derecho personal no es tal, y que es necesario construir dogmáticamente un concepto de mayor complejidad como es el de relación obligatoria.

Vemos que la relación obligatoria contiene una multiplicidad de vínculos, como sucede en las obligaciones solidarias (arts. 1511 y ss. CC), en las con cláusula penal

(arts. 1535 y ss.) o las obligaciones subsidiarias como las que surgen del contrato de fianza (arts. 2335 y ss.).

En ocasiones se explicita que una misma obligación contiene varios deberes. Así, por ejemplo, se dispone que la obligación de dar una cosa si es de especie o cuerpo cierto contiene el deber de conservarlo y de emplear en su custodia el cuidado debido (arts. 1548 y 1549 CC).

Además, debe señalarse que no siempre el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, ya que la obligación puede ser meramente natural (cfr. arts. 1470 y ss. CC) o no dar derecho a la ejecución en naturaleza si el deudor está impedido (art. 1572.2 CC). Igualmente, el pago no necesariamente implica una conducta del acreedor, ya que puede hacerse por consignación (arts. 1598 y ss.).

La reciprocidad o bilateralidad de la relación obligatoria se reconoce igualmente en la posibilidad de resolver un contrato por incumplimiento (art. 1489 CC) y en la suspensión del cumplimiento frente al incumplimiento de la otra parte llamada excepción de contrato no cumplido (art. 1552 CC), en la extinción de un contrato por imposibilidad fortuita de cumplir (art. 1550 *a contrario sensu*).

Puede verse, en consecuencia, que la nueva conceptualización de la obligación como relación compleja y con pluralidad de vínculos tiene recepción en las normas de nuestro Código Civil, al menos en cuanto a sus aportes o aspectos que consideramos positivos.

No obstante, pensamos que el concepto tradicional y clásico de obligación como un vínculo jurídico entre una persona que debe una prestación a otra, aunque más simplificado, puede seguir prestando utilidad para efectos pedagógicos y de análisis de la estructura y función de la obligación. Habrá que tener presente, sin embargo, que en la realidad económica ese esquema simple casi nunca aparece con esta clara sencillez.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: FUEYO LANERI, Fernando, "Proyecto de Código único de las obligaciones y de los contratos para los países de origen latino (Estudio comparativo del Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, de 1927, y los Códigos substantivos chilenos)", en *RDJ,* t. 77, Derecho, pp. 61-83; PIZARRO WILSON, Carlos, "Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho* 31, 2004, 2, pp. 225-237; LARROUMET, Christian, "La unificación del Derecho de las obligaciones en Europa", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Universidad Diego Portales) 2, 2005, pp. 211-221; PIZARRO WILSON, Carlos, "La unificación del Derecho de las Obligaciones. Contrastes de dos mundos", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Universidad Diego Portales) 2, 2005, pp. 263-270; CARVAJAL ARENAS, Lorena, "La unificación del Derecho de las obligaciones civiles y comerciales", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 27, 2006, pp. 37-53; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "La reforma del Código español en obligaciones y contratos y la reforma del Código chileno", en *Revista de*

Derecho (Universidad de Concepción) 225-226, 2009, pp. 7-44; SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, "La modernización del Derecho de Obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Universidad Diego Portales) 7, 2011, pp. 107-170; MOMBERG URIBE, Rodrigo, "La reforma al Derecho de obligaciones y contratos en Francia: un análisis preliminar", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 24, 2015, pp. 121-142.

Capítulo segundo - Elementos y estructura

I. SUJETOS: ACREEDOR Y DEUDOR

1. Personalidad y capacidad

23 La relación obligatoria posee una estructura de sujetos binaria o dual. Se trata de un vínculo que esencialmente se compone de dos sujetos diversos: el sujeto activo que puede exigir el cumplimiento de la prestación obligación, y que denominamos acreedor, y el sujeto pasivo, quien tiene del deber de cumplir y la responsabilidad por su incumplimiento, que denominamos deudor.

Tanto acreedor como deudor deben ser personas, ya sea naturales o jurídicas. Las teorías que quieren reducir la obligación a un vínculo entre dos patrimonios: el del acreedor y el deudor, han sido rechazadas porque no tienen en cuenta que esencialmente la obligación es un deber de conducta de una persona para con otra, y cosa diversa son las repecursiones que pueda tener el incumplimiento en el patrimonio del deudor.

En general, para ser sujetos de la obligación basta la capacidad jurídica o de goce y no es necesario ser capaz de ejercicio. Así un niño recién nacido puede estar obligado, por ejemplo, a pagar impuesto por una asignación hereditaria que se le defiera, o un interdicto por demencia puede ser acreedor del arrendatario que arrendó un bien del patrimonio del primero por medio del curador general. Por cierto, para ejercer los derechos ya sea como acreedor o como deudor se necesitará capacidad de ejercicio y si se trata de un incapaz deberá actuar autorizado o representado por sus representantes legales.

Las personas jurídicas tanto para constituirse en acreedoras o deudoras necesitarán la intervención de personas naturales que obren por ellas, incluso aunque no tengan poder de representación como sucede cuando la persona jurídica se ve obligada a reparar daños por un ilícito que le es imputable.

La suficiencia de la capacidad de goce para tener la calidad de acreedor o deudor en una relación obligatoria no debe confundirse con la capacidad necesaria para que surja la obligación. Esta última se determinará en conformidad con la fuente de la que emane la obligación, y así si se trata de un contrato o un cuasicontrato se necesitará la capacidad de ejercicio (arts. 1445 a 1447 CC), mientras que si se trata de delito o cuasidelito basta la capacidad para contraer obligaciones por hechos ilícitos dañosos (arts. 2318 y 2319 CC).

2. Determinabilidad

24 En general, tanto acreedor como deudor deben ser personas que estén determinadas en cuanto a su individualidad. Si se trata de personas naturales deberán identificarse con su nombre y demás características propias. Tratándose de personas jurídicas serán designadas también por su nombre o razón social. En nuestros tiempos, tanto personas naturales como jurídicas tienen un número que las identifica (el Rol Único Nacional o RUN), aunque la personas jurídicas suelen usar el mismo número pero que funciona para efectos tributarios (Rol Único Tributario o RUT).

La determinación de acreedor y deudor también dependerá de la fuente de la obligación. Si se trata de un contrato, la determinación estará contenida en él; si se trata de un cuasicontrato habrá que ver la persona que hizo el hecho voluntario: por ejemplo, el agente oficioso o quien recibe un pago indebido será el deudor, mientras que el dueño del negocio gestionado o quien pagó por error algo que no debía, será el acreedor. En los delitos o cuasidelitos civiles acreedor y deudor de la obligación de reparar el daño son determinados según las reglas específicas de esta responsabilidad. Si se trata de obligación de fuente legal, será la ley la que determine el deudor y el acreedor respectivo.

En todas estas obligaciones es posible que acreedor y deudor no estén originalmente determinados pero sí que sean determinables conforme a características objetivas que se determinan posteriormente. Es lo que sucede con el contrato por cuenta de quien corresponda o de persona por nombrar, que aunque no están reconocidos en nuestra legislación pueden celebrarse gracias al principio de la autonomía privada. También puede ser determinable el acreedor cuando se celebra una estipulación a favor de tercero (art. 1449 CC) o el deudor si se celebra una promesa de hecho ajeno (art. 1450 CC).

Otros casos suelen poner los autores de determinabilidad del acreedor, entre los cuales figuran los títulos de valor al portador y la promesa de recompensa hecha al público. En cuanto al deudor se suelen mencionar las llamadas obligaciones ambulatorias (obligaciones *propter rem* y cargas reales) cuyo deudor se determina por la dominio o posesión de una cosa.

Pero, según otras opiniones que nos parecen más convincentes, en los casos de títulos de crédito al portador no se trata de que el acreedor esté indeterminado: lo está, sólo que puede variar fácilmente mediante la entrega del documento. Es decir, estamos ante una forma de cesión del crédito, sólo que más expedita para facilitar el tráfico jurídico. Lo mismo puede señalarse, aunque ahora respecto del deudor, tratándose de las obligaciones ambulatorias: no es que esté indeterminado, lo que sucede es que es mutable.

En cuanto a la oferta o promesa de recompensa, que entre nosotros la encontramos en materia de ocupación (art. 632.2 CC), hay que determinar si se trata de una obligación que surje de una declaración unilateral de voluntad condicionada a que se realice el hecho recompensado o más bien de una oferta a

persona indeterminada que se perfecciona con la aceptación de quien pide la recompensa. En este último caso, no habría indeterminación del acreedor. Se señala que en materia de actos de consumo la oferta indeterminada sí genera obligación (art. 12 LPDC), pero lo cierto es que no parece que genere la obligación de celebrar el contrato ofrecido sino más bien la de indemnizar los perjuicios que genere la negativa a celebrar el acto jurídico por parte del proveedor. Distinto es el supuesto de lo que esa ley califica como promociones u ofertas (ofrecimientos al público en condiciones más favorables o a precios rebajados) donde sí se dispone que el consumidor que tenga derecho a ella puede pedir que el juez condene al proveedor a la ejecución forzada de la obligación (art. 35.2 LPDC). En este caso, sí parece que estamos ante una obligación que tiene un acreedor indeterminado, pero determinable conforme a los requisitos que se establezcan en la promoción u oferta.

También se suelen mencionar casos de indeterminación de acreedor o deudor cuando la obligación forma parte de un patrimonio que no tiene un titular determinado, como sucede con la herencia yacente (art. 1240 CC), aunque debe señalarse que como la aceptación del heredero opera retroactivamente la indeterminación no será tal si alguno de los llamados a suceder acepta la herencia.

3. Mutabilidad

25 La calidad de sujeto de la obligación puede variar de manera que una persona deje de ser acreedor o deudor y pase a ocupar su lugar otra persona en la misma relación obligatoria.

Por ello no hay cambio de sujeto cuando se produce una novación por cambio de deudor o por cambio de acreedor, ya que en estos casos la obligación anterior se extingue y se crea una nueva obligación (art. 1631.2º y 3º CC)

Tampoco hay real cambio de acreedor cuando se produce una subrogación personal ya sea por un pago con subrogación (arts. 1610 y 1611 CC) o por el ejercicio de una acción oblicua o subrogatoria (cfr. art. 2466 CC), ya que en estos casos no cambia el acreedor, sino que su rol es asumido por otra persona.

Sí hay mutación, en cambio, cuando el crédito es transferido por acto entre vivos o transmitido por causa de muerte. Así en el caso de cesión de créditos (art. 1901 y ss. CC) o en la transmisión de un crédito del causante ya sea formando parte de la herencia o como objeto de un legado (art. 1127 CC).

Más compleja es la mutación del deudor, ya que es controvertido si se puede ceder una deuda o si otra persona puede asumir una deuda ajena y quedar obligada para con el acreedor liberándose la persona originalmente obligada, sin que haya novación por cambio de deudor. En todo caso, tratándose de cesión de un contrato, que parece procedente conforme al principio de la autonomía privada, el cesionario asumirá el contrato con sus derechos pero también con sus obligaciones[3].

[3] Véase Nº 752-754.

4. Pluralidad (remisión)

26 Los sujetos de la obligación pueden estar constituidos por dos o más personas. Se puede aplicar a la relación obligatoria lo que el Código señala respecto del contrato, esto es, que cada parte puede ser una o muchas personas (art. 1438 CC).

Por cierto, puede haber pluralidad de acreedores y un solo deudor o pluralidad de deudores y un único acreedor, o pluralidad de acreedores y deudores.

Las obligaciones con pluralidad de sujetos tienen importancia cuando el objeto es indivisible y además cuando existe solidaridad entre acreedores o deudores.

La regla general, sin embargo, en materia de obligaciones plurales son las llamadas obligaciones mancomunadas, que en nuestro país se suelen denominar simplemente conjuntas. En tales casos la obligación se divide en tantas obligaciones como sujetos, por lo que cada acreedor sólo puede exigir su cuota en el crédito y cada deudor sólo está obligado a cumplir la cuota que tenga la deuda. Si nada se dice, se entiende que cobran o responden por cuotas iguales.

Nos remitimos en esta materia a lo que expondremos cuando revisemos la clasificación de las obligaciones en de sujeto único y de sujeto plural[4].

5. Los sujetos en las relaciones obligatorias sinalagmáticas

27 Si se trata de una sola obligación es evidente que una persona será el sujeto activo (acreedor) y otra el sujeto pasivo (deudor). Pero en el ámbito contractual lo normal es que la relación obligatoria sea sinalagmática, es decir, que haya por lo menos dos obligaciones que son recíprocas en cuanto una se entiende como contraprestación de la otra. Es lo que sucede en los llamados contratos bilaterales o sinalagmáticos, en los que "las partes contratantes se obligan reci´procamente" (art. 1439 CC).

En estos casos, entonces una misma parte puede ser sujeto activo y pasivo de una obligación. Es acreedora en la obligación que pesa sobre su contraparte en el contrato, siendo ésta deudora de ese vínculo obligacional; pero a la vez es deudora de su propia obligación que es recíproca de la primera, siendo su contraparte acreedora. Por ejemplo, en un contrato de compraventa el vendedor es acreedor de la obligación de pagar el precio mientras que el comprador es deudor de ella; pero a la vez el vendedor es deudor de entregar la cosa y el comprador acreedor de esta obligación.

[4] Véase Nº 199 y ss.

II. CONTENIDO: PRESTACIÓN PRINCIPAL Y DEBERES ACCESORIOS

1. La prestación: ¿objeto o contenido de la obligación?

28 Se denomina "prestación" a la conducta que el deudor debe desarrollar para dar cumplimiento a la obligación, y que, por tanto, constituye su objeto principal.

La prestación obligacional se diferencia del objeto de los deberes generales en que lo debido está precisado concretamente conforme con la fuente de la obligación que corresponda, mientras que en los deberes generales lo debido se precisa conforme a las circunstancias y el desarrollo de los acontecimientos. Así, por ejemplo, el deber general de respetar un derecho real puede consistir en diversos comportamientos, desde no invadir un terreno ajeno, no perturbar su goce a no impedir que el titular haga uso legítimo de dicho derecho. En cambio, la obligación contractual de no levantar una muralla que tape el sol al vecino tiene una conducta debida bien precisa: no construir la muralla que obstaculice la luz al predio vecino.

En todo caso, debe precisarse que basta que en la obligación se encuentre prevista la prestación que deberá realizar el deudor, o sea, debe tratarse de un proyecto de conducta debida. No se trata de una conducta ya realizada, si bien esto último puede servir para determinar si la obligación ha sido cumplida. Por eso, se suele decir que la prestación es más bien un proyecto de comportamiento y no un comportamiento ya efectuado.

Se ha discutido si la prestación es el objeto de la obligación o si se trata más bien de la cosa que se debe dar, hacer o no hacer, incluyendo el mero uso o tenencia, con lo que coincidiría con el objeto del acto o negocio jurídico (art. 1460 CC). Según otras opiniones, siendo la obligación un vínculo que recae sobre la persona del deudor, no cabe hablar de objeto, y cuando más podría hablarse del contenido de la obligación en cuanto a la conducta que debe desarrollar el deudor para cumplirla.

Esta última posición parece un poco extrema, ya que es indudable que contenido u objeto designan la misma cosa: la prestación entendida como conducta debida. Por eso, se suele convenir, al igual que para los contratos, que existe un contenido u objeto directo, que sería la prestación, y que esta a su vez tendría como objeto una cosa que se trata de dar, hacer o no hacer. De esta manera, mediante una elipsis puede decirse que el objeto de la obligación es esta última, pero sin olvidar que este objeto se enmarca en el concepto más amplio de prestación.

2. Requisitos de la prestación

29 La prestación debe cumplir con ciertos requisitos. Se sostiene en general que la prestación debe ser posible física y moralmente, comerciable, determinada o determinable y que no dependa de la sola voluntad del deudor.

Que sea *posible físicamente* significa que se trate de algo que tenga viabilidad de realizarse, es decir, que no sea contraria "a las leyes de la naturaleza física" (art. 1475.2 CC; cfr. art. 1461.3 CC). Se aplica el adagio *ad impossibilia nemo tenetur* (a

lo imposible nadie está obligado), de modo que la obligación con prestación imposible no es válida. Así, uno no podría obligarse a ir a la luna y volver en una hora o no comer por un año.

Si se trata de cosas la posibilidad física no se opone a que la cosa no exista aún si se espera que exista (art. 1461 CC).

Además, la prestación debe ser *posible moralmente*, en el sentido de ser lícita. Tratando de las condiciones, el Código define el concepto de imposibilidad moral: se trata de una condición "que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden pu´blico" (art. 1475.3 CC; cfr. art. 1461.3 CC). Así no sería válida la obligación por la cual una persona se compromete a no salir de su casa o a pagar intereses usurarios.

La prestación debe también estar en el comercio, es decir, debe ser *comerciable*. La obligación no puede consistir en cosas o servicios que sean considerados incomerciables. Así no se puede una persona obligar a gravar un bien nacional de uso público o a donar para una exposición el cadáver de su abuelita.

Sobre la *determinación* o *determinabilidad* de la prestación. La prestación puede estar completamente determinada, por ejemplo, si se trata de dar una cosa específica que se individualiza o si se trata de una obligación de construir una casa de acuerdo a planos e instrucciones previamente establecidas. Sin embargo, en otros casos la prestación no es determinada completamente y en ciertos aspectos queda indeterminada, aunque se dan indicaciones de cómo puede llegar a ser determinada. Se habla así de prestación determinable.

Un ejemplo de obligación de prestación determinable es la obligación de dar un género, como, por ejemplo, si alguien se obliga a vender 1.000 litros de aceite de determinada calidad. En estos casos, es necesario que se determine el género ya sea más o menos limitado, y la cantidad. Pero esta última puede ser incierta, siempre que el acto o contrato "fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla" (art. 1461.2 CC). Un caso de determinación de la prestación obligacional es la fijación del precio en la compraventa por un tercero (art. 1809 CC).

Pero en todo caso es necesario que la prestación sea determinable de algún modo. No parece, sin embargo, que pueda quedar al arbitrio unilateral del deudor o del acreedor la determinación de la prestación, ya que esto se prohíbe cuando se trata de determinación del precio en la compraventa (art. 1809 CC). Existen sin embargo las obligaciones alternativas que tienen varias posibles prestaciones y que acreedor o deudor pueden elegir entre ellas, pero en estos casos la prestación esta determinada sólo que en una alternatividad.

Por último, debe considerarse que la realización de la prestación no puede depender únicamente de que el deudor quiera o no llevarla a cabo. Si fuera así no habría propiamente obligación ni habría realmente un deudor ni un acreedor. Esto se manifiesta en el Código Civil en el repudio a la llamada condición meramente potestativa, que señala que son nulas las obligaciones contraídas bajo una

condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga (art. 1478.1 CC).

3. ¿Patrimonialidad de la prestación?

30 Uno de los requisitos de la prestación sobre los que más se ha discutido es sobre su carácter patrimonial, es decir, si debe o no ser susceptible de una valoración en dinero o económica. No hay duda de que la inmensa mayoría de las obligaciones tienen prestaciones que son patrimoniales: pagar impuestos, entregar una mercadería, arrendar un local de comercio, etc. Pero la cuestión surge cuando se plantean casos de obligaciones con prestaciones no patrimoniales, o sea, no avaluables económicamente, ya sea porque se trata de valores morales o afectivos. ¿Son éstas realmente obligaciones o más bien deberes morales o sociales propios de otras reglas diversas de las jurídicas?

Los casos que suelen plantearse son un tanto rebuscados, pero sirven para plantear la inquietud. Así, por ejemplo, si el propietario de una casa se obliga a no plantar una determinada flor en su jardín celebrando un contrato con su vecino quien le paga por esto porque esas flores le recuerdan a su mujer que acaba de morir; si alguien se obliga a no revelar un secreto de familia, si una persona se obliga a acompañar a una anciana no sólo para asistirla en sus necesidades materiales sino también para procurarle un ambiente de afecto y cariño.

La posición clásica es que la prestación debe ser patrimonial porque es un requisito esencial para que luego pueda ser ejecutada o avaluada en dinero mediante la indemnización de perjuicios. Estas prestaciones que tienen un valor moral o afectivo serían incoercibles y por tanto quedarían fuera del derecho de obligaciones, que sería esencialmente patrimonial.

No obstante, esta rígida posición negativa fue siendo flexibilizada con opiniones que más o menos ampliamente reconocían obligaciones con prestaciones no patrimoniales. En primer lugar, se señaló que si la prestación no patrimonial tenía algún reflejo de carácter económico sí podía considerarse objeto de una obligación, como por ejemplo si una señora arrendaba una pieza de su casa pero con la obligación de que el arrendatario no tocara instrumento musical alguno y por esa obligación reducía el monto de la renta. También serían obligaciones aquellos deberes de conducta meramente morales o afectivos, si se añadía una cláusula penal que tuviera contenido económico.

Más tarde los autores discurrieron la distinción entre prestación e interés del acreedor, y se dijo que la prestación debía ser patrimonial pero no así el interés del acreedor en su realización, que podría ser meramente moral, afectivo, artístico, humanitario, etc. Así, por ejemplo, alguien podría obligarse a pagar un sueldo a un astrónomo sólo por el interés científico de estudiar el espacio ultraterrestre. Esta teoría obtuvo mucha adhesión porque de alguna manera parecía una especie de compromiso razonable entre las dos teorías extremas. Llegó incluso a consagrarse expresamente en el Código Civil italiano de 1942 (art. 1174).

Pero tampoco este esfuerzo de compromiso ha obtenido pleno resultado, y actualmente predomina la posición de que no sólo el interés del acreedor puede ser extrapatrimonial sino la misma prestación. Esta teoría ha sido sostenida en Chile desde antiguo por Luis Claro Solar (1857-1945) quien aduce que nuestro Código en ningún momento exige que la prestación obligacional sea susceptible de valoración económica. Aunque ha habido opiniones discordantes, como la de David Stitchkin (1912-1997), en general la doctrina actual se inclina por la idea de que no es necesario que la prestación tenga carácter patrimonial. El gran argumento de la doctrina contraria de que que no es posible ejecutar forzadamente ni tampoco avaluar los perjuicios de su incumplimiento, ha quedado ampliamente superado. Primero, porque se sabe que no todas las obligaciones pueden cumplirse en naturaleza, y segundo porque, como lo demuestra la aceptación del daño moral en materia de incumplimiento contractual, la indemnización no siempre debe ser reparadora de todo el daño, sino que puede ser meramente compensatoria, y por ello corresponderá al juez determinar qué cantidad de dinero puede compensar o atenuar de alguna manera el daño causado, aunque no alcance para repararlo completamente.

4. Modalidades especiales de prestación

a) Prestación que incluye el resultado

31 En las llamadas obligaciones de resultado la prestación no sólo se satisface con una conducta del deudor sino que además con el resultado material o jurídico que se espera de ella. De esta manera, si el cambio en la realidad física o jurídica no se produce la prestación deberá considerarse incumplida.

Si un médico o un abogado contraen la obligación de tratar a un paciente o dirigir la estrategia judicial de un pleito, la prestación se reduce a un comportamiento que deberá ser diligente según el grado de culpa que sea aplicable. De esta forma, la prestación no incluye que se dé el resultado de recuperar la salud o ganar el juicio.

Por el contrario, si un fabricante se obliga a entregar una cantidad de un determinado producto, la prestación incluye el resultado y no sólo la conducta. Si el producto no es entregado, aunque el fabricante haya puesto todos los medios para hacerlo, la prestación estará incompleta.

La distinción es adecuada para saber cuándo hay incumplimiento, pero no necesariamente determina de qué responde el deudor que no logra el resultado esperado.

b) Prestación de garantía

32 En algunas obligaciones en las que la prestación incluye un resultado, este resultado consiste en que la cosa o servicio no presente vicios o defectos, de manera que si, incluso sin culpa del deudor, esos vicios o defectos aparecen el deudor debe responder por ellos, es decir, la prestación garantiza la idoneidad de la cosa entregada o el servicio realizado.

Esta prestación de garantía puede ser convencional si las partes así lo acuerdan, lo que por cierto se reflejará en el precio. Pero también puede ser incluida por la ley, como sucede con la obligación del vendedor de responder por la evicción de la cosa vendida o por los vicios redhibitorios (arts. 1837 y 1857 CC). Existe también una prestación de garantía legal en los contratos de consumo, ya sea de productos (arts. 20 y ss. LPDC) o de servicios (art. 41 LPDC).

Entre las prestaciones de garantía pueden situarse aquellas declaraciones que hace una de las partes en un contrato sobre un estado de la realidad, como por ejemplo si afirma que en la empresa que se vende no existen deudas pendientes con los trabajadores o que la cosa se vende sin gravámenes. Es lo que en el ámbito del derecho anglosajón se conoce como *representations and warranties*, y que se ha traducido como "declaraciones y garantías". En estos casos, el sentido que tiene la declaración es garantizar que ese estado de cosas es real y que, en caso de demostrarse falso, el declarante deberá responder por incumplimiento de la prestación, mediante lo que se establezca en el contrato o a través de los medios de tutela de la responsabilidad contractual.

También podrían incluirse aquí las llamadas "cartas de patrocinio" o *comfort letters* que son documentos por los cuales el suscriptor (patrocinante) da fe de la solvencia de un deudor (patrocinado) al cual un tercero le concede financiamiento o crédito (el destinatario). Se reconoce, al menos en estas cartas, que son vinculantes, que se trata de actos jurídicos de garantía ya que el riesgo de incumplimiento es asumido en todo o en parte por el patrocinante.

c) Prestación duradera o fraccionada en el tiempo

33 En muchas obligaciones la prestación es de realización instantánea o próxima en el tiempo, como sucede en los contratos de venta de un periódico en un kiosko o de tomates en una feria o en una permuta de objetos de anticuarios.

En ocasiones, sin embargo la prestación se despliega en el tiempo, como sucede por ejemplo con la obligación del comprador de pagar el precio no inmediatamente sino dentro de un plazo de un año o si el comodatario se obliga a restituir la cosa dada en préstamo de uso después de un determinado servicio para que el que se prestó la cosa.

La prestación puede ser fraccionada en el tiempo, como sucede por ejemplo con un contrato de construcción de una casa o de pintar un cuadro. Es la misma prestación pero que se va realizando por partes o fracciones hasta conseguir lo previsto por la obligación.

Finalmente, se puede distinguir la prestación periódica; en este caso, la prestación se divide en partes que son homogéneas y que se deben ir ejecutando en espacios de tiempo regulares. Es lo que sucede con la obligación del arrendatario de pagar la renta cada mes; el del deudor de un mutuo hipotecario que se obliga a pagar cuotas mensuales por doce años o un proveedor en un contrato de suministro

que se obliga a enviar mercaderías cada semana a una empresa que prepara alimentos.

En estos casos de prestaciones periódicas, se discute si estamos ante una única prestación aunque dividida o ante múltiples prestaciones que se suceden en el tiempo y en que cada una es considerada de manera aislada de las otras. Como son conductas homogéneas y regulares pareciera que lo más sensato es considerarlas una sola prestación aunque dividida en porciones o fracciones, aunque para ciertos efectos como por ejemplo el pago, la resolución o la prescripción extintiva se cuente cada fracción como una prestación aislada, salvo estipulación expresa al contrario como cuando se pacta que el no pago de una cuota hará exigible el total (cláusula de aceleración).

5. Prestaciones accesorias y deberes secundarios

34 Son prestaciones accesorias aquellas que consisten en conductas que no son estrictamente necesarias para satisfacer el interés del acreedor pero que completan o aseguran mejor esa satisfacción. Así en la obligación del vendedor de entregar un inmueble, la prestación principal es la entrega del bien y una prestación accesoria podría ser la entrega de los accesorios del inmueble, como serían las llaves o los títulos (cfr. arts. 905 y 1830 CC).

También pueden denominarse prestaciones accesorias las que permiten la ejecución de la prestación principal. El Código Civil se refiere a este tipo de prestaciones cuando dispone que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa y si esta es una especie o cuerpo cierto contiene la de conservarla y custodiarla con el debido cuidado hasta la entrega (cfr. arts. 1548 y 1549 CC). En este sentido, puede señalarse que el pago de intereses como frutos del capital es una prestación accesoria.

Las prestaciones accesorias deben distinguirse de lo que son deberes secundarios que son exigibles al deudor como conductas que tienden a ampliar el contenido de una prestación. En este sentido, pueden encontrarse deberes de información, por ejemplo, si se vende un producto peligroso, o deberes de protección o seguridad de un electricista que entra a una casa a reparar un artefacto y causa un incendio que produce cuantiosos daños. Los posibles deberes secundarios son de muy diversa clase y dependerán de la intención de las partes, del propósito práctico del contrato y de los usos del tráfico, teniendo en cuenta además la función integradora de la buena fe (art. 1546 CC).

Muchos de estos deberes secundarios se encuentran también en las normas que regulan los contratos como el deber de conservar la cosa y de usarla según los términos y espíritu del contrato en el arrendamiento (arts. 1938 y 1939 CC), el deber de comunicar la renuncia de un socio a los otros (art. 2109 CC), el de no usar indebidamente la cosa en el comodato (art. 2177 CC), el de respetar los sellos y cerraduras del bulto que contiene la cosa dada en depósito (art. 2223 CC) o el informar si la cosa tiene vicios ocultos en la compraventa o comodato (arts. 1858.3º

y 2192.2ª CC). La infracción de estos deberes puede dar lugar a la indemnización de los perjucios causados o incluso a la resolución del contrato.

6. El acreedor ante la prestación

35 El acreedor no puede asumir una conducta meramente pasiva frente a la ejecución de la prestación por parte del deudor. Siendo la obligación una relación compleja el acreedor también tiene deberes de conducta y cargas. Por de pronto, debe recibir el pago de la prestación en el lugar donde corresponda, ya que en caso contrario el deudor deberá pagar por consignación pero deberán abonarse los gastos de custodia de las cosas y demás perjuicios y la responsabilidad se reduce al dolo y a la culpa grave (art. 1827 CC).

Además, tiene que cooperar con el deudor para que éste pueda ejecutar la prestación. Así, por ejemplo, si se trata de una obligación de construir una casa o un edificio el acreedor debe facilitar el terreno para que se lleve a cabo la obra.

Se discute si estos deberes del acreedor pueden ser considerados cargas, ya que van en beneficio propio y si no se cumplen no puede exigir a su vez la prestación del deudor. Nos parece que el estudio de cada uno de ellos puede llevar a una conclusión sobre si son deberes o cargas.

III. VÍNCULO

1. Naturaleza del vínculo

36 La relación obligatoria exige la presencia de un vínculo entre acreedor y deudor mediado por la prestación. Recordemos que obligación proviene de *ob ligare*, es decir, de una ligazón por la cual el deudor puede ser constreñido a realizar una prestación en interés del acreedor.

El vínculo es de naturaleza jurídica. No se trata, por tanto, de un vínculo afectivo, meramente ético o moral, o de carácter social. Por ello en general el vínculo es exigible y su incumplimiento puede traer consecuencias que se hacen operativas a través de los tribunales de justicia y la legítima fuerza de sus sentencias.

Se trata igualmente de un vínculo bipolar, ya que concierne a dos partes que desempeñan roles antagónicos: el acreedor es titular de un derecho personal o de crédito contra el deudor, mientras éste es sujeto pasivo de la obligación que le es correlativa.

La doctrina alemana ha impuesto un análisis del vínculo obligacional que se desarrolla en dos dimensiones: el deber de comportamiento y la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento.

2. Doble dimensión del vínculo: débito y responsabilidad

a) Origen y desarrollo de la teoría del débito y responsabilidad

37 Como ya vimos, en el Derecho romano se distinguía lo que era el deber de comportamiento de una persona, que no era exigible ni coercible con la *obligatio* que consistía en el poder del acreedor de actuar primero contra el cuerpo del obligado y sus bienes, y más tarde sólo sobre los bienes. Se trataba, así, de dos vínculos diferentes y que no siempre recaían sobre la misma persona. Además, se constituían de diversa manera ya que el *debitum* podía surgir de una simple promesa, mientras que para la *obligatio* se requería un acto formal primero denominado *nexum* y más adelante *sponsio*.

En el desarrollo posterior ambos vínculos se unieron para recaer en la misma persona, de manera que el deudor era sujeto pasivo tanto del débito como de la *obligatio*, y ambos comenzaron a tener la misma fuente: la *stipulatio* y más adelante los pactos o contratos.

En la pandectística alemana que tuvo que actualizar el Derecho romano para su aplicación en el siglo XIX, reapareció esta distinción, ahora con terminología germana. Al parecer el primero en plantear la teoría fue el jurista alemán Karl von Amira (1848-1930) que acuñó las expresiones alemanas de "*Schuld*" y "*Haftung*", para designar el deber y la responsabilidad respectivamente.

Así se señala que en la obligación existe un "*Schuld*" es decir un deber de comportamiento que atañe a la persona del deudor, pero su incumplimiento generaría un "*Haftung*", que consiste en el poder de coacción que se otorga al acreedor sobre el patrimonio del deudor, y a la sujeción de éste a los efectos que pueda tener el ejercicio de ese poder.

No parece haber problemas en admitir que en toda obligación existen estos dos componentes o elementos, el débito o deber de conducta y la responsabilidad que consiente al acreedor ejercer un poder de coerción sobre los bienes del deudor. La cuestión es si ellos son realmente dos vínculos distintos y que, por tanto, no necesariamente se presentan de manera conjunta, por lo que podría haber sólo débito y no responsabilidad, o a la inversa sólo responsabilidad y no débito.

b) Obligaciones sin débito y obligaciones sin responsabilidad

38 Los partidarios de la teoría de que se trata de dos relaciones sostienen que puede haber obligaciones en las que no haya débito o deuda y otras obligaciones en las que, habiendo débito, no existe responsabilidad.

Entre las primeras: obligaciones sólo con responsabilidad y sin débito, se suelen mencionar las obligaciones del fiador y la de los terceros que han constituido una prenda o hipoteca para garantizar una obligación ajena o la del tercer poseedor que adquiere la cosa gravada con prenda o hipoteca. Se aduce así que el fiador, el constituyente de garantía por deuda ajena o el tercer poseedor de la cosa gravada con una garantía real, hay responsabilidad, puesto que puede ejecutarse ya sea

todo el patrimonio o al menos la cosa gravada, pero no habría deuda ya que ni el fiador ni estas personas tendrían un deber de cumplir la obligación, sino sólo soportar las consecuencias del incumplimiento del verdadero deudor. Igualmente se sostiene que sólo habría responsabilidad y no deuda cuando se celebra una fianza, prenda o hipoteca por obligaciones futuras.

Como principal ejemplo de las segundas: obligaciones con débito pero sin responsabilidad, se menciona a las obligaciones naturales, ya que en ellas si bien hay una deuda no dan derecho al acreedor para ejecutarlas en el patrimonio del deudor.

Otra forma de funcionamiento separado de los dos elementos se produce cuando el débito y la responsabilidad tienen diversos alcances y se añaden los casos en que existe una deuda pero la responsabilidad es limitada, como sucede con la obligación de pagar los gastos de la medianería de la cual puede liberarse el deudor renunciando a su derecho (art. 858.2 CC) o si se limita la hipoteca a una suma determinada (art. 2432 CC). Lo mismo podría decirse del deudor solidario que, si bien responde por el total, en realidad sólo es propiamente deudor de su cuota en la deuda.

c) Refutación de casos anteriores

39 No obstante, todos los casos que se dan de funcionamiento autónomo ya sea del débito o de la responsabilidad pueden ser cuestionados.

Veamos, en primer lugar, los casos en los que se aduce que no hay débito pero sí responsabilidad. Respecto del fiador y del deudor solidario no es correcto decir que no sean deudores o no deudores por el total; es evidente que tanto el fiador como el codeudor solidario son deudores y por ello no extraña que sean a la vez responsables. Por eso el fiador es llamado deudor subsidiario y en la obligación solidaria se habla de codeudores solidarios.

Lo mismo sucede con el tercero que grava un bien propio en garantía de una deuda ajena o con el tercer adquirente de un bien gravado con prenda o hipoteca, son también deudores sólo que con una responsabilidad limitada al valor del bien gravado, de modo que también la deuda alcanzará a ese monto. Además se puede señalar que lo que hace el tercero es pagar una deuda ajena, y esa deuda es la que justificaría la responsabilidad.

Para las garantías de obligaciones futuras, hay que convenir en que efectivamente no existe una deuda actual pero a la vez tampoco existe auténtica responsabilidad, porque el acreedor no podría ejecutar las garantías antes de que la obligación garantizada llegue a existir.

El caso más complejo, pero ahora de deuda sin responsabilidad, es el de las obligaciones naturales. Nuestro Código Civil las caracteriza como "las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas" (art. 1470.3 CC). Se aduce,

en consecuencia, de que si bien hay un débito, como el acreedor no puede exigir su cumplimiento no habría responsabilidad.

Una opción para refutar esta separación, y que adopta cierto sector de la doctrina, es negar que en la obligación natural haya un débito, es decir, una conducta que sea debida, al menos jurídicamente. Podría haber un deber moral no exigible coactivamente. Por ello no habría ni deuda ni responsabilidad. Claro que una posición como esta tiene que reconocer entonces que las obligaciones naturales no son propiamente obligaciones, y se elaboran construcciones alternativas como la de que habría aquí sería una causa legítima (*solvendi causa*) para una atribución patrimonial que realizada no podría ser revocada. Para otros, las obligaciones naturales sería obligaciones, pero imperfectas ya sea porque carecen de acción o porque no hay un derecho de crédito que puede cumplirse forzadamente.

Por nuestra parte, pensamos que las obligaciones naturales, al menos en el Código Civil chileno son obligaciones, por lo que concurren en ellas tanto el débito como la responsabilidad. Sin duda hay deuda, ya que se pueden pagar y este pago no es pago de lo indebido y por tanto puede retenerse y además pueden ser novadas (art. 1630 CC). Pero también hay responsabilidad, de partida porque las obligaciones naturales admiten garantías de terceros y en tal caso el acreedor podrá ejecutar esas cauciones (art. 1472 CC), pero además porque si se pagan no puede repetirse lo pagado, de modo que el acreedor sí tiene alguna facultad aunque mínima, para que la obligación natural se ejecute en los bienes del deudor, y esto no puede ser sino una modalidad, si bien atenuada, de responsabilidad.

Los casos en los que la deuda y la responsabilidad pueden tener distintos alcances, también llamados obligaciones con responsabilidad limitada, deben considerarse obligaciones porque sí concurren débito y responsabilidad, si bien esta última no siempre coincide exactamente con el valor de lo debido.

d) Débito y responsabilidad como elementos constitutivos del vínculo obligacional

40 Siendo así no cabe más que concluir que deuda y responsabilidad son dos dimensiones inescindibles del vínculo obligacional, y que contribuyen, al menos conceptualmente, a explicar su desarrollo o funcionamiento.

Ayudan a explicar por qué la obligación es un vínculo personal pero con repercusión patrimonial. Se trata de un vínculo entre personas ya que primariamente el acreedor tiene derecho a que la persona del deudor realice la conducta en que consiste la prestación obligacional y si el deudor no la realiza incurrirá en responsabilidad, que se reflejará en el poder de agresión a su patrimonio o al de terceros que hayan garantizado una deuda ajena, para ejecutar los bienes y pagarse con el valor de su venta judicial.

De esta manera, el derecho personal o crédito que es la contracara de la obligación en sentido estricto, otorga facultades al acreedor tanto para exigir que se

lleve a cabo el débito como para hacer responder patrimonialmente al deudor por su incumplimiento.

3. Excepcionalidad y temporalidad

41 El vínculo de la relación obligatoria es limitado en el sentido de que sólo tiene vigor para una determinada prestación que agota toda la relación entre acreedor y deudor. En esto se distingue de otros deberes que cumplidos no agotan la relación existente entre acreedor y deudor como las potestades o deberes que surgen del estado civil, de las relaciones de familia o de la nacionalidad y ciudadanía.

Por ello se trata de un vínculo esencialmente transitorio o temporal. Lo normal es que la personas no estén vinculadas por una obligación, de modo que en sí misma la obligación es un vínculo de carácter excepcional, y no podría admitirse que una persona fuera deudor por tiempo indefinido o perpetuamente.

Por esto se explica que para los contratos de tracto sucesivo o de larga duración, como un contrato de sociedad, de arrendamiento, de trabajo, aunque se acepte que puedan ser de carácter indefinido si ese es el caso se acepta que puedan dejarse sin efecto por voluntad unilateral de las partes (renuncia, desahucio, despido justificado, etc.). También en esta circunstancia, más el principio de autonomía privada, se justifica que en estos contratos las partes estipulen cláusulas de terminación anticipada ya sea por incumplimiento o simplemente porque una de las partes desea terminar con el contrato. En ocasiones, se pone un valor al ejercicio de este derecho, y se habla de "cláusulas de salida".

Lo anterior no se opone a que existan obligaciones que duran toda la vida de una persona, como el deber de dar alimentos (art. 332.1 CC) o el de pagar una renta vitalicia (art. 2264 CC) o el canon de un censo vitalicio (art. 2279 CC), ya que el plazo máximo de la obligación es la vida de una persona natural. Nótese que en estos casos el derecho a exigir la obligación no depende de la existencia de una persona jurídica sino de la vida, que sólo se aplica a las personas naturales.

En materia de usufructo que también puede ser vitalicio, la ley se encarga de limitarlo a 30 años cuando el usufructuario es una persona jurídica (art. 770.3 CC), lo que se aplica también para las asignaciones testamentarias hasta día cierto si se hacen a favor de una corporación o fundación (art. 1087.3 CC).

4. Exigibilidad

42 El que se trate de un vínculo con respaldo jurídico determina que no pueda ser voluntario para el deudor realizar o no la prestación, sino que debe hacerla, y el acreedor puede exigir que se realice con el auxilio de la fuerza legítima del ordenamiento jurídico si es necesario.

Por ello, la prestación no puede quedar condicionada a la mera voluntad del deudor. En tal caso, estaríamos frente a una "obligación no obligatoria", porque su cumplimiento quedaría sujeto a que el deudor quiera o no quiera quedar obligado. Esto explica que el Código Civil disponga que es nula la obligación contraída bajo

una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga (art. 1478.1 CC). Se trata, por cierto, de una condición suspensiva y no resolutoria.

También en este criterio se funda la idea de que si el negocio interesa únicamente al mandatario se le considera un mero consejo que no produce obligación alguna (art. 2119 CC) y que si el gravamen modal de una asignación es en beneficio exclusivo del asignatario tampoco impone obligación, salvo que lleve cláusula resolutoria (art. 1092 CC).

Por carecer de esta exigibilidad hay autores que piensan que las obligaciones naturales no son verdaderas obligaciones, sino más bien deberes morales que justifican retener lo que se da en razón de ellos, lo que no nos parece correcto al menos en nuestro sistema.

VI. CAUSA

1. Diversas acepciones de la causa

43 Entre los romanos la causa de las obligaciones se identificaba con la causa eficiente, es decir, los hechos que eran idóneos para producir obligaciones civiles, lo que hoy conocemos más bien como fuentes de las relaciones obligatorias.

Más adelante se habló de causa final, que sería el propósito objetivo para el cual se crea y subsiste una obligación, de modo que si no existía este fin o era falsa la obligación no podía tener efectos vinculantes.

También se hablaba de causa ocasional o impulsiva que designaba el motivo subjetivo de una persona para obligarse a dar, hacer o no hacer algo. Por ejemplo, sería causa de la obligación de restituir lo prestado en mutuo no el fin objetivo: disponer del dinero entregado bajo ese contrato, sino el financiar con ello la compra de una casa.

Luego el problema de la causa pasa de la obligación al contrato y luego al acto o negocio jurídico. Remitimos, por tanto, a su estudio en esa sede[5]. Sin embargo, debemos señalar que hay posturas doctrinales que siguen haciendo una diferencia entre la causa de la obligación y la causa del contrato.

2. Causa de la obligación y causa del contrato

44 Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia francesa, Vial del Río propone que debe distinguirse entre la causa del acto o contrato y la causa de la obligación. Se basa en la distinción que establece el mismo Código Civil al tratar de la causa ya que por una parte señala que "para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:... que tenga una causa lícita" (art. 1445.4º CC) y que "no puede haber obligación sin una causa real y lícita..." (art. 1467.1 CC), con lo que pone el énfasis en la necesidad de que la obligación tenga una causa,

[5] Véase Curso. Parte general, pp. 509 y ss.

pero por otro lado define la causa como "el motivo que induce al acto o contrato" (art. 1467.2 CC) y pone como ejemplo de falta de causa la de una "promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe" (art. 1467.3 CC), que claramente es un acto jurídico.

Esta doble exigencia de causa conlleva una diversa concepción de cada una. De esta manera sostiene que como la causa del acto jurídico está definida como el motivo que induce al acto o contrato, debe sostenerse que la causa se identifica con la razón individual, psicológica o subjetiva que determina la voluntad de una de las partes para la realización del acto o la celebración del contrato. En cambio, la causa de la obligación debe ser determinada, conforme a la tesis clásica, como el fin objetivo e idéntico para cada tipo de contrato, de manera que la obligación del vendedor tiene por causa, no el motivo subjetivo que lo lleva a vender una cosa, sino el obtener el precio por parte del comprador, es decir, la causa de una obligación, en los contratos bilaterales, sería la obligación de la contraparte[6].

3. Obligaciones incausadas

45 Se ha sostenido igualmente que existen obligaciones que no requieren causa que las justifique, como serían aquellas que se derivan de actos jurídicos abstractos tales como títulos valores o de crédito que deben cumplirse por el deudor sin poder alegar que se trata de una obligación sin causa.

No debe confundirse esto con la falta de expresión de la causa, ya que el Código Civil permite que se cree una obligación por un acto o contrato sin que sea necesario expresar la causa y de hecho es lo más frecuente (cfr. art. 1467.1 CC). Pero que no aparezca expresada la causa no impide que una parte alegue y pruebe que en realidad el acto y la obligación carecen de causa real.

Se trata más bien de un pagaré o letra de cambio que una parte de un contrato se obliga a pagar en un determinado plazo como contraprestación. Lo interesante de este tipo de negocios jurídicos es que el titular original puede obtener un precio al cederlo a un tercero, y éste a otro y así sucesivamente, así cuando se venza el plazo el nuevo titular podrá cobrar el pagaré o la letra sin que el deudor pueda alegar que la otra parte no cumplió el contrato y por tanto no hay causa real. Deberá pagarlo a quien se presente como su legítimo titular, sin perjuicio de que después pida el reembolso de lo que pagó a la otra parte.

4. Nuestra opinión

46 No compartimos la dualidad de causas, una para la obligación y otra para el contrato. Lo cierto es que originalmente la causa servía para dar razonabilidad a una obligación unilateral derivada de los llamados pactos desnudos (sin acción) y por eso se habla de que no puede haber obligación sin causa real, pero en la medida en que los pactos se convirtieron en contratos que eran reconocidos sobre la base

[6] Vial del Río, Víctor, Teoría general del acto jurídico, Edit. Jurídica de Chile, 5ª edic., Santiago, 2003, pp. 204-205.

de la voluntad de las partes, entonces la causa devino en un requisito del contrato y posteriormente, con la pandectística, del negocio o acto jurídico.

Por ello la definición del art. 1467 del Código Civil de causa debe aplicarse a la causa del acto o contrato, que será también la causa de las obligaciones que ese acto o contrato produce o genera. Pero cuando la definición habla de "motivo" no debe entenderse que se trata del motivo psicológico o subjetivo, sino del motivo jurídico, que debe identificarse con el fin objetivo y típico del contrato.

De esta manera, sostenemos pues que la causa de la obligación es la causa del acto jurídico o contrato que la crea[7].

Respecto de la posibilidad de obligaciones incausadas o derivadas de actos jurídicos abstractos debe señalarse que no se trata de que la obligación haya carecido de causa, porque si quien cobra el pagaré o la letra de cambio es la contraparte del contrato, bien podrá el deudor alegar que el contrato que sirvió de fundamento a la obligación contenida en el pagaré o letra carece de causa al no haberse cumplido la contraprestación; y al quedar sin efecto el contrato por nulidad o resolución, también pierde su eficacia el pagaré o la letra que se dio para documentar una de sus obligaciones.

En el fondo, el acto y la obligación debe tener una causa real, pero para facilitar su traspaso o cesión la ley considera que la falta de causa es inoponible a los terceros que adquieran el título de crédito[8].

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: MORALES ÁLVAREZ, Jorge Rubén, "En defensa del concepto de causa. Contribución al estudio de la teoría de la causa en el Derecho Comparado de las Obligaciones", en *RDJ*, t. 34, Derecho, pp. 18-36; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Consideraciones en torno a los negocios jurídicos con causa abstracta", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 170, 1981, pp. 93-107; NIÑO TEJEDA, Eduardo, "Estudio sobre la causa", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 15, 1993, pp. 165-190; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El concurso de causas", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 19, 1998, pp. 383-389; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Hacia una reformulación del concepto de 'causa' y su proyección en el Código Civil", en H. Fábrega (Edit.) *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 161-193; LYON PUELMA, Alberto, "La voluntad virtual derivada de la 'naturaleza' del contrato determinada por su causa", en H. Corral y M.S. Rodríguez (edits.), *Estudios de Derecho Civil II*, LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 753-791; ALCALDE SILVA, Jaime, "La causa de la relación obligatoria", en A. Guzmán (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 339-394; FERNÁNDEZ, Leonardo, "La causa — fin en las garantías personales", en

[7] Véase Curso. Parte general, pp. 610 y ss.

[8] Véase Curso. Parte general, pp. 622 y ss.

AA. VV., *Estudios sobre Garantías Reales y Personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 69-101; SUBERCASEAUX SOUSA, Germán, "La descripción típica de la obligación, las conductas exigibles y las circunstancias anómalas en el cumplimiento de los contratos", en E. Alcalde y H. Fábrega (coords*.) Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 243-261; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Causa y 'consideration' en los contratos", en *RDJ*, t. 78, Derecho, pp. 71-81; RIVERA RESTREPO, José, "Una mirada a la doctrina de la causa y sus distintas versiones en el Código Civil chileno", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 18, 2011, pp. 305-346; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "La doctrina de la causa y su eficacia práctica", en *Revista Chilena de Derecho* 39, 2012, 2, pp. 523- 527; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Tipo, función y causa en la negocialidad", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 41, 2013, pp. 39-67; RÍOS LABBÉ, Sebastián, "Nulidad por objeto o causa ilícita y restituciones. Otra vez sobre el art. 1468 del Código Civil", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 787-801.

Capítulo tercero - Fuentes de la relación obligatoria

I. RESEÑA HISTÓRICA

1. Fuentes de las obligaciones en el Derecho romano

a) Derecho romano clásico

47 Los juristas romanos más prácticos que teóricos no sistematizaron los hechos o actos de los cuales nacían obligaciones, de modo que se carece de una teoría de las fuentes. Ellos ponían atención en las acciones procesales por las cuales se podía exigir algo más que en los hechos o actos en los cuales se fundaban las acciones. Así había acciones civiles unilaterales (*condictio certi*, *actio certi ex testamento*, *actio ex stipulatu* y *actio incerti ex testamento*) y bilaterales o *ex bonae fidei*. A ellas se sumaban algunas pretorianas similares a la *condictio* como la *actio commodati* y la *actio pigneraticia*. A estas acciones se unen las acciones civiles y edictales que imponen la obligación de pagar algo como reparación y a la vez como sanción de ilícitos (*actio poenale*).

Cuando los juristas romanos quieren referirse a los hechos de los que surgen las obligaciones hablan más de bien de causas. Los romanistas han, sin embargo, tratado de ordenar estas causas como fuentes.

Se habla así del *contractus* y del *pactum*. Con la palabra *contractus* no se designaba el acuerdo de voluntades sino las obligaciones bilaterales ya sea necesarias (como en la compraventa) o eventuales (como en el depósito). Se trataba de "lo contraído", es decir, de la relación obligatoria entre dos partes. Por ello, la tutela y la gestión de negocios ajenos podían ser considerados *contractus.* En cambio, *pactum* designaba un acuerdo de dos o más

personas y después de que el pretor incluyó en el edicto una excepción en su favor, el *pactum* podía generar obligaciones.

Como figura intermedia, aparecen ciertos *contractus* que pueden generar obligaciones y acciones recíprocas y que nacen del consenso entre las partes, como la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. Pero fuera de estos casos, para que el acuerdo produzca una obligación es necesario un acto real (de una *datio* o entrega de una cosa) o solemne: con solemnidad verbal (*stipulatio*) o escrita, que esté protegido por una acción civil o pretoriana[9].

b) Obligaciones ex contractu*,* ex delicto *y* ex variis causarum figuris

48 El panorama de fuentes del Derecho romano clásico fue modificado por Gayo (c. 120- c.178) que vivió y escribió varias obras en el siglo II d. C. En sus *Institutas* las obligaciones son separadas de las acciones procesales y son incluidas en la parte denominada "*res*" o cosas, y sus fuentes pasan a ser los hechos que las producen, comenzando por una gran división entre obligaciones que nacen de un contrato (*ex contractu*) y obligaciones que surgen de un delito (*ex delicto*). Las contractuales se contraen por *res*, *verbis*, *litteris* y *consensu*. Ya en esta concepción el contrato implica un acuerdo de las partes y no sólo la generación de una relación obligatoria recíproca.

En una obra posterior, denominada *Res cottidianae sive aureorum* Gayo completa la clasificación anterior añadiendo una tercera categoría que menciona como "*ex variis causarum figuris*", es decir, de varias figuras de causas, y entre ellas distinguió sólo como una manera de describirlas aquellas obligaciones que se contraen *quasi ex contractu* y las que surgen *quasi ex delicto*. Entre las primeras ubicaba la gestión de negocios, la tutela, la obligación del heredero de entregar un legado y el pago de lo no debido. Entre las segundas colocaba supuestos de responsabilidad sin culpa como cuando se obliga a reparar el daño causado a alguien por un objeto que cae desde una ventana; en estos casos decía Gayo no hay propiamente delito, ya que no hay dolo o culpa, pero siendo parecido al delito puede señalarse que son obligaciones que nacen "*quasi ex delicto*".

c) La cuatripartición justinianea

49 Justiniano (482-565) en sus *Institutiones* adopta gran parte de la sistemática de Gayo, y ahora señala que las fuentes, aunque él habla de modos por los cuales se contraen las obligaciones, pueden clasificarse en cuatro categorías: las obligaciones que nacen de un contrato, las que nacen de manera similar al contrato, las que surgen de delitos, y las que nacen de manera similar a los delitos: "*aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi maleficio*" (Inst. 3, 13, 2). Al hablar aquí de *maleficium*, repite a Gayo, pero luego abandona esta terminología y adopta la de *ex delicto* y *ex quasi delicto.*

[9] Guzmán Brito, Alejandro, Derecho privado romano, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 802-803.

En las obligaciones surgidas *quasi ex contractu* se ubican las surgidas por la gestión de negocios ajenos, el pago de lo no debido, la tutela y el legado; pero añade las obligaciones nacidas entre comuneros en la copropiedad.

Para las obligaciones *quasi ex delicto* mantiene los ejemplos que daba Gayo en sus *Res cotidianae.*

2. La teoría clásica

a) Las cuatro fuentes: Derecho canónico, común y iusracionalismo

50 Aunque en las *Instituciones* de Justiniano (482-565) no se habla de cuasicontratos y cuasidelitos, los glosadores y comentaristas medievales sustantivaron esas fuentes dándoles esa denominación, aunque su contenido es todavía incierto. Al parecer provino de un cambio de expresiones ya que comienza a hablarse de obligaciones que nacen *ex quasi contractu* y ex *quasi delicto*.

Los juristas medievales ampliaron la eficacia del consentimiento en los contratos como fuente de obligaciones, pero siguieron requiriendo que se hicieran estipulaciones o documentos para que tuvieran una "*vestimenta*" jurídica. De lo contrario, serían pactos nudos (desnudos) que no generaban acción, aunque sí podían dar una excepción para retener.

Los canonistas medievales, en cambio, usando el principio *pacta sunt servanda* y el deber de cumplir con la palabra empeñada sustituyeron las formalidades por el concepto de causa, entendida como razonabilidad del compromiso contractual.

Los autores iusracionalistas, influidos por la Ilustración, pusieron su atención en si la voluntad era seria y vinculante. Grocio (1583-1645), por ejemplo, habla de que si una *promissio* es aceptada por la persona a la que va dirigida genera una obligación.

b) Otras fuentes y contenido de los cuasicontratos o cuasidelitos

51 Durante esta trayectoria se fueron proponiendo otras fuentes como la *equitas* (equidad), el enriquecimiento sin causa o la sola disposición de la ley. En este sentido, el clásico tratado de las obligaciones de Pothier (1699-1772) afirmaba que si bien todas las obligaciones provienen de la ley natural, hay obligaciones que tienen a la ley como una única causa inmediata y daba como ejemplo la obligación de los hijos de socorrer a los padres que están en la indigencia. Aunque ya antes Grocio había propuesto una clasificación en tres categorías: contrato, delito y ley.

A veces como justificación de las obligaciones cuasicontractuales para descartar la teoría que veía en ellas un *consensus praesumptus* similar al contrato; se habla de que se trata de hechos voluntarios a los que la ley atribuye la posibilidad de generar obligaciones.

En este período se discute arduamente sobre cuál es el contenido de las fuentes nominadas como cuasicontratos y cuasidelitos. La línea demarcatoria se pone en la licitud del hecho: si el hecho del que surge la obligación es un "*facto non turpi*" (lícito) y no puede ser atribuida a un contrato se hablará de cuasicontrato. Si el hecho del que surge la obligación es ilícito aunque no propiamente un delito sino algo que se le aproxima, se hablará de cuasidelito.

Entre los cuasicontratos, siguiendo los ejemplos que daba Justiniano (482-565) en sus *Instituciones* (Inst. J. 3.28); se coloca la gestión de negocios, el pago de lo no debido y las obligaciones derivadas de la comunidad. En cambio, las obligaciones de la tutela y del heredero de pagar legados no se mencionan con la misma frecuencia. Esta última aparece justificada por la llamada *aditio hereditatis*.

Más complicaciones tuvo el determinar qué figuras entraban en la categoría de cuasidelito. Nuevamente se parte de la mención que se encuentra en las *Instituciones* de Justiniano (482-565) y que se refería a un juez que hubiera hecho suyo un litigio, o los daños causados por cosas que caen o se arrojan de un edificio o que alguien tiene suspendidas sobre un camino, así como los daños causados por hurtos que los dependientes del patrón de una nave o dueño de una posada o establo (Inst. J. 4.5). De allí los autores comenzaron a tratar de darle un contenido más preciso y se hablaba de que eran ilícitos cometidos sin dolo ni culpa sino por una culpa presunta (responsabilidad objetiva). Otros sencillamente distinguieron si el ilícito era doloso, caso en el que constituye delito, o sólo culposo, lo que constituiría un cuasidelito. Esta fue la tesis que predominó en los autores franceses de los siglos XVII y XVIII, con Pothier a la cabeza, ya que en el tiempo las sanciones penales requerían haber cometido un ilícito intencionalmente, es decir, con dolo.

Con Domat (1625-1696) y Pothier (1699-1772), la dogmática civilista había preparado los materiales con los cuales se procedería en el proceso de codificación del siglo XIX, liderado por el *Code Civil* de 1804.

c) La recepción de la teoría clásica en la codificación

52 La teoría de las ahora cinco fuentes (se agrega la ley) es recibida por el Código Civil francés, aunque en principio pareciera hacer una distinción binaria entre obligaciones que nacen convencionalmente y obligaciones que surgen sin convención. Así el título III del libro III trata de los Contratos y las obligaciones en general, partiendo con el art. 1001, que define el contrato como una convención obligacional, y luego el título IV del mismo libro se dedica a los "*engagements*" que se forman sin convención, y que son descritos en el art. 1370, en que se señala que pueden resultar de la ley o de un hecho voluntario del obligado, y los que se producen de un hecho voluntario son los cuasicontratos y los delitos o cuasidelitos. Como cuasicontratos regula la gestión de negocios ajenos y el pago indebido. Al regular los delitos y cuasidelitos señala que todo hecho de un hombre que causa un daño a otro por su culpa lo obliga a reparar (art. 1382) y precisa que la culpa puede provenir de un hecho (dolo) o de negligencia (culpa) (art. 1383).

Los códigos que siguieron al francés adoptaron más o menos la misma clasificación. Así el Código Civil italiano de 1865 (art. 1097), el Código Civil peruano de 1852 (art. 1219) el Código Civil chileno de 1855 (art. 1437), el Código Civil colombiano, adaptación del chileno, adoptado en 1887 (art. 1494), el Código Civil español de 1889 (art. 1089), mencionaban como fuentes de las obligaciones la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito.

3. La crítica a la teoría clásica

53 A fines del siglo XIX y comienzos del XX surgieron diversas críticas a la clasificación de las fuentes que se centraron sobre todo en la figura del cuasicontrato, y aunque con menos intensidad en la del cuasidelito.

Se estimó que los romanos nunca acuñaron estas categorías como fuentes de las obligaciones, y además se las considera artificiosas y poco rigurosas. Por ejemplo, se sostiene el pago de lo no debido es un hecho ilícito (no devolver lo que se ha pagado) y sin embargo es considerado cuasicontrato. También se cuestiona que el cuasicontrato surja del hecho de la persona que se obliga: en la agencia oficiosa el que resulta obligado es el titular de negocio gestionado, mientras que en el pago indebido el que se obliga no es el que paga sino quien recibe. Los cuasidelitos, por su parte, se critican porque no se diferencian en nada de los delitos y pueden agruparse en obligaciones que nacen de actos ilícitos que producen daño.

Más adelante las críticas se vuelven más profundas y se sostiene que en realidad las fuentes de las obligación sólo son dos: el contrato y la ley. Las obligaciones cuasicontractuales, delictuales o cuasidelictuales surgen no por convención o voluntad sino porque la ley les atribuye a determinados hechos el poder de generar obligaciones.

De esta manera autores franceses como Planiol (1853-1931) y Demogue (1872-1938), alemanes como Larenz (1903-1993) e italianos como Betti (1890-1968) coinciden en que las fuentes sólo son dos: el contrato y la ley. Pero ya no hay tanta coincidencia en cómo ordenar las obligaciones que nacen de la ley. Algunos sostienen que las declaraciones unilaterales como el testamento o la promesa de recompensa deben asemejarse a los contratos que se amplía ahora a la categoría de negocio jurídico, o situaciones denominadas de "conductas sociales típicas" pueden ser incluidas dentro de las obligaciones legales.

Los Códigos modernos contienen también esta dispersión de opiniones. Así el *BGB* (1900) regula las obligaciones nacidas de contrato, donde incluye la gestión de negocios ajenos sin mandato, y coloca como fuentes paralelas al contrato el enriquecimiento sin causa (en el que incluye el pago de lo no debido) y los actos ilícitos que causan daños, sin mencionar como fuente de obligaciones a la ley; el Código suizo de las Obligaciones (1911) adopta un esquema similar: las obligaciones pueden nacer de contratos, de actos ilícitos y de enriquecimiento injustificado que incluye el pago de lo no debido. Un tanto diferente es la opción del Código Civil italiano (1942) que dispone que las obligaciones derivan del contrato,

del hecho ilícito y "de todo otro acto o hecho idóneo para producirlas en conformidad al ordenamiento jurídico" (art. 1173).

La reforma del Código Civil francés de 2016 estableció que "las obligaciones nacen de los actos jurídicos, de los hechos jurídicos o de la sola autoridad de la ley" (art. 1100). No obstante, en los hechos jurídicos sigue hablándose de delitos y de cuasicontratos, entre los cuales se regula la gestión de negocios, el pago de lo no debido y el enriquecimiento injustificado (arts. 1330-1303-4); no así respecto de los delitos o cuasidelitos en que el título se cambió por "responsabilidad extracontractual" (arts. 1240 y ss.).

4. Fracaso de la crítica a la teoría clásica

54 Como puede verse la crítica a las teoría clásica de las fuentes no ha producido una nueva clasificación que sea relativamente uniforme, y esto se entiende por varias razones.

En primer lugar, porque no parece lógico reducir todas las fuentes al contrato y a la ley, ya que el contrato también es fuente obligaciones por la autonomía privada que ella reconoce y respalda, y además porque en ocasiones es la ley la que determina el contenido esencial de un contrato (contratos dirigidos), obliga a celebrarlo o lo tiene por celebrado (contratos forzosos).

Además, se hace ver que el contrato no agota las posibilidades de la autonomía privada para crear obligaciones las que nacen también de actos unilaterales como el testamento o en las declaraciones unilaterales de voluntad de obligarse, al menos en los casos en los que la ley las acepta.

También existe una gran dificultad para sistematizar o subclasificar los hechos que pueden originar obligaciones en virtud de la ley. Así algunos los clasifican en actos ilícitos y hechos jurídicos puros; otros piensan que puede dividirse en hechos legalmente regulados (donde se ubicarían los ilícitos que generan daños, el pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa) y actos de la soberanía estatal, como serían los contratos forzosos. Finalmente, hay autores que proponen sistematizar la fuente ley en tres: el enriquecimiento injusto, el hecho ilícito que causa daño y un estado de hechos o de cosas a los que la ley atribuye el surgimiento de obligaciones, como por ejemplo las guardas y los alimentos legales.

De esta manera, pareciera que la teoría clásica sigue manteniendo vigencia, aunque sea para efectos pedagógicos y como síntesis general, si bien es posible añadir algunas fuentes que no parecen estar contenidas en ella.

5. Las fuentes de las obligaciones en el Código Civil chileno

55 El Código Civil chileno recepcionó completamente la teoría clásica de las fuentes sobre todo porque Bello siguió en esta materia muy de cerca no sólo al Código francés, sino también la enseñanza de Pothier (1699-1772).

En vez de comenzar, como hace el Código francés, con una definición del contrato, el libro IV del Código Civil chileno comienza con un precepto dedicado a las fuentes de las obligaciones. Se trata del art. 1437 que literalmente dispone: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad". Originalmente, el Código hablaba de obligaciones "entre los padres y los hijos de familia", pero la frase se sustituyó por la actual por la ley de reforma a la filiación (ley Nº 19.585, de 1998).

Como vemos el precepto contiene la división en cinco fuentes: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley.

Más adelante, el mismo Código distingue entre obligaciones que se contraen con convención y las que se contraen sin convención, y señala que "Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes" (art. 2284.1 CC). Se añade que "si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato" (art. 2284.2 CC), si es ilícito se distingue entre si hubo intención o sólo negligencia: "Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito" (art. 2284. 3 y 4 CC).

El mismo artículo destaca que las obligaciones que nacen de la ley "se expresan en ella" (art. 2284.1 CC), de manera de destacar que la obligación legal no puede ser presumida por una intención tácita o implícita del legislador, sino que deben estar expresamente consagrada en ella.

Finalmente, estas cinco fuentes se reducen a dos en la definición que se da de los derechos personales o de crédito: "Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas" (art. 578 CC). Como vemos, aquí las fuentes contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito quedan incluidas en "un hecho suyo [del deudor]" por lo que bastaba agregar la sola disposición de la ley. Es interesante observar que el Código no descarta la intervención de la ley respecto de las otras fuentes, y por ello dice que las obligaciones legales son aquellas que surgen de la "sola disposición de la ley".

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: PLANIOL, Marcel, "Clasificación de las fuentes de las obligaciones", en *RDJ*, t. 2, Derecho, pp. 73-82; CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Ignacio, "Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. 'Contrato' y 'convención' como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones", en *Revista Chilena de Derecho* 34, 2007, 2, pp. 289-302.

II. Concepto, relevancia y análisis de las fuentes tradicionales

1. ¿Qué son las fuentes de las obligaciones?

56 Como en otras materias, como cuando se habla de fuentes del derecho o fuentes de una determinada disciplina, la palabra "fuente" se usa de manera metafórica ya que originalmente designa un manantial de agua que brota de la tierra.

De esta manera, entonces, cuando se habla de fuentes de las obligaciones aludimos a realidades jurídicas de las cuales surgen o brotan las obligaciones cual agua que sale de una fuente.

Más técnicamente se las puede definir como aquellos hechos o actos jurídicos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la creación de relaciones obligatorias. Hay que señalar que entre los romanos la expresión fuentes fue desconocida y ellos más bien hablaban de causas de una obligación para determinar su forma de origen.

Debe precisarse que se habla de fuentes de las obligaciones para designar los hechos o actos que crean una obligación y no a los modos por los cuales una misma obligación pasa a otro sujeto ya sea activo o pasivo. No es fuente de obligaciones la sucesión por causa de muerte respecto de los créditos y las deudas contenidas en la herencia. Tampoco lo es la cesión de créditos o de un contrato ni en el pago con subrogación, ya sea legal o convencional.

En cambio, sí hay fuente de obligación cuando se produce una novación por cambio de sujetos u objeto, y aquí la fuente es el contrato de novación (cfr. art. 1630 CC).

2. Relevancia didáctica, dogmática y práctica

57 En doctrina existen autores que ante tantas discusiones se muestran escépticos sobre la importancia de determinar cuáles son las fuentes de las obligaciones y cómo ellas se clasifican o categorizan. Señalan que ello no tienen mayor relevancia y que lo que realmente interesa es la obligación ya nacida y no el hecho del cual ella haya sido generada.

Pero al final siempre se termina haciendo una categorización de las fuentes de las obligaciones, por lo que, por de pronto, ella tiene una utilidad didáctica ya que ayuda a entender el derecho de obligaciones a los que están iniciándose en los estudios jurídicos.

Más aún, pensamos que también tiene importancia dogmática porque permite elaborar conceptos que sirven para construir un sistema normativo, así por ejemplo los conceptos de contrato como convención generadora de obligaciones o la de acto ilícito dañoso como fuente de obligaciones de reparar el daño. Lo propio acontece con los hechos voluntarios, aunque no se les llame cuasicontratos y se prefiera otra terminología. En el fondo la categorización es una herramienta fundamental para el desarrollo dogmático de una disciplina jurídica.

Y este esfuerzo de precisión o sistematización dogmática tiene repercusión en la práctica, ya que el alcance, sentido y finalidad de una obligación muchas veces habrá que descubrirlo examinando la fuente que la produjo. Así para determinar en qué consiste una obligación contractual y si ella ha sido incumplida es fundamental interpretar el contrato o negocio jurídico del que surge. Lo propio sucede con las obligaciones legales, solo que en estos casos habrá que acudir a las normas de interpretación de la ley (arts. 19 a 24 CC).

3. Análisis de las fuentes típicas

a) Contrato o convención

58 El art. 1437 del Código Civil dispone que las obligaciones pueden nacer del "concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones".

La norma hace alusión a la potencialidad para crear relaciones obligatorias a la autonomía privada mediante la concurrencia de dos o más voluntades. La norma habla de voluntades de personas, pero lo cierto, y como lo pone de relevancia el precepto siguiente, es que se trata de partes, que pueden ser una o muchas personas (art. 1438 CC). Se habla de que debe tratarse de un concurso "real" de las voluntades, lo que indica que no nacerían obligaciones de un concurso simulado o falso o afectado por algún vicio como el error, la fuerza y el dolo si se reúnen los requisitos que permiten invalidar el contrato.

Pareciera que la norma distingue entre contratos y convenciones, pero no es así ya que el precepto siguiente define el contrato como "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (art. 1438 CC), por lo que para el codificador los términos "contrato" y "convención" aluden al mismo concepto, esto es, a un acuerdo de dos o más partes dirigido o destinado a crear obligaciones.

Las obligaciones que crea un contrato pueden vincular a una parte o a todas las partes del contrato, de modo que el contrato se denomina unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna, mientras que se denomina contrato bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente (art. 1439 CC).

No debe confundirse esta clasificación con la de actos jurídicos unilaterales y bilaterales que se funda en la cantidad de partes cuya voluntad es necesaria para su perfeccionamiento; si basta una voluntad se habla de acto jurídico unilateral; si se requieren dos o más el acto jurídico será bilateral (o plurilateral). En este sentido, todo contrato, sea unilateral o bilateral, es un acto jurídico bilateral porque requiere al menos de dos partes para su formación.

En esta fuente deben colocarse las llamadas relaciones contractuales de hecho o las derivadas de conductas socialmente típicas, como son las que derivan del uso de medios de transporte público, por ejemplo, si una persona toma el metro y paga su pasaje con su tarjeta que previamente ha cargado con fondos, no tiene

conciencia de haber celebrado un contrato de transporte pero su conducta es indicativa socialmente de que sí lo ha hecho. Lo mismo sucede con las compras de bebidas y otros productos en máquinas automatizadas o la interacción con cajeros automáticos para extraer o depositar dinero. Pero en estos casos en realidad se trata de casos en los que hay celebración de contratos sólo que con voluntad tácita, es decir, que se deduce del comportamiento.

b) Cuasicontrato. Críticas y tipos

59 Existen dos definiciones de cuasicontratos en el Código. Una primera nos señala que se trata de "un hecho voluntario de la persona que se obliga" (art. 1437 CC) y "hecho voluntario de una de las partes" que es lícito (art. 2284.1 y 2 CC).

Por eso en doctrina se le suele definir como un hecho voluntario y lícito que produce obligaciones. Se critica que el Código hable de "hecho de la persona que se obliga" (art. 1437 CC), ya que se señala que el hecho jurídico en que consiste el cuasicontrato también puede generar obligaciones para quien se beneficia de ese hecho, como para el titular del negocio que es gestionado por otro o para el que recibe el pago indebido. Respecto de este último hay que tener en cuenta, sin embargo, que el supuesto acreedor también realiza un hecho que es recibir lo pagado y, en la gestión de negocios, el principal obligado es el gestor que se obliga a continuar y a administrar correctamente el asunto en el que ha intervenido.

Más allá de la feroz crítica que ha recibido la categoría del cuasicontrato, por ser falsa históricamente, artificial e incoherente, lo cierto es que las obligaciones que crea la gestión de negocios, el pago de lo no debido y otros hechos semejantes no pueden ser vinculadas a un contrato (no hay acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones) ni tampoco al delito o cuasidelito ya que no se trata de hechos ilícitos que causen daño.

Por ello, una vez suprimida la categoría del cuasicontrato como fuente de obligaciones para quedar incluida o en la ley como fuente genérica o se les regula respecto del contrato al que más se asemejan. Algunos Códigos las enmarcan como formas de restitución del enriquecimiento injustificado, pero esta institución es aún más difícil de precisar con contornos definidos y son discutidos tanto sus requisitos como sus efectos.

Nuestro Código Civil identifica y regula tres cuasicontratos en el título XXXIV del libro IV: la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, el pago de lo no debido y la comunidad (arts. 2284 y ss. CC). La comunidad es considerada como cuasicontrato ya que, en principio, no hay acuerdo de voluntades para que se generen obligaciones entre los comuneros, y estas nacen del hecho voluntario de mantener la cosa en común (arts. 2304 y ss. CC).

Pero el Código se cuida de señalar que estos no son los únicos cuasicontratos, sino sólo los principales: "Hay tres principales cuasicontratos: la agencia oficiosa, el pago de lo no debido y la comunidad" (art. 2285 CC). Y efectivamente encontramos en el mismo Código otras figuras que pueden ser consideradas cuasicontratos. Así

el depósito necesario que se hace en manos de un incapaz obliga a éste a la restitución no sobre la base de un contrato, pero sí de un cuasicontrato: "El depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, constituye un cuasicontrato que obliga al depositario sin la autorización de su representante legal" (art. 2238 CC).

Se señala, igualmente, que podría incluirse como cuasicontrato la aceptación de una herencia o legado, ya que el Código dispone que las obligaciones nacen "de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos" (art. 1437 CC). No obstante, la mayoría de los autores niegan que se trate de cuasicontrato fundándose en que el mismo texto de la norma hace la diferencia entre aceptación de la herencia o legado y el cuasicontrato. Pensamos, por el contrario, que al decir "en todos los cuasicontratos" el Código está incluyendo en ella a la aceptación de herencia y legado como un ejemplo de la categoría. En este caso, se trataría de un acto jurídico unilateral que activa la obligación que impone el testador a ese heredero o legatario.

También algunos autores señalan que pueden existir cuasicontratos innominados, que no cuentan con un nombre ni un tipo legal y se trataría de hechos voluntarios lícitos que producen obligaciones. De esta manera, en algunos supuestos de enriquecimiento sin causa la obligación de restituir lo ganado puede considerarse un cuasicontratos innominado, en la medida en que una persona usa un derecho ajeno sin culpa y por ello obtiene una ganancia que resulta indebida. Del mismo modo, la declaración unilateral de voluntad podría caber en esta categoría ya que se trata de un hecho voluntario lícito del que puede nacer una obligación.

c) Hechos ilícitos: delitos y cuasidelitos

60 Nuestro Código Civil, siguiendo en esto a Pothier (1699-1772), establece que la obligación de reparar un daño puede generarse por un hecho ilícito doloso, que denomina delito, o por un hecho ilícito realizado con falta de diligencia o culposo, al que da el nombre de cuasidelito.

Lo cierto, sin embargo, es que al regularlos se habla conjuntamente de delitos y cuasidelitos (arts. 2314, 2317, 2318, 2319, 2321 y 2325 CC), sólo para disponer la restitución del que se aprovecha de un ilícito ajeno se exige que sea doloso (art. 2316.2 CC), pero es dudoso que se trate de un delito o cuasidelito. En suma lo que resulta relevante es que por un acto u omisión voluntarias se haya causado un daño a otra persona que ésta no está obligada a soportar. Por ello, se señala que "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia [dolo] o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta" (art. 2329.1 CC).

Esta fuente de las obligaciones que consiste en el deber de reparar un daño causado por un ilícito en doctrina se le denomina responsabilidad que, como no nace de contrato, es calificada como extracontractual. En la responsabilidad contractual, la obligación de indemnizar los daños por incumplimiento del contrato no se genera por un hecho ilícito sino en virtud del mismo contrato: se trata por tanto

de una obligación contractual, si bien hoy ya no se acepta la explicación tradicional, que entre nosotros parece estar acogida en el art. 1672 del Código Civil, de que la indemnización de perjuicios (en la que se incluye el valor de la cosa si es obligación de dar) es la misma obligación incumplida pero con otro objeto.

El delito o cuasidelito civil puede estar sancionado penalmente por el Código Penal, que usa la misma nomenclatura para los hechos punibles dolosos y para los que sólo requieren negligencia o culpa. Es lo que pretende expresar el Código Civil cuando señala que "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito" (art. 2314 CC).

Como se ve, al comienzo las expresiones están utilizadas como ilícitos de carácter civil, mientras que al final se refiere a hechos ilícitos sancionados penalmente, lo que revela que un mismo hecho puede ser un ilícito penal si está tipificado por la ley penal y un ilícito civil si causa daño injustamente. De allí que en el procedimiento penal esté previsto que la víctima pueda ejercer acciones civiles para obtener la indemnización de los perjuicios (arts. 59 y ss. CPP). Pero esta confluencia no siempre se da, ya que un ilícito puede ser solo penal o solo civil; es sólo penal si la conducta tipificada penalmente no ha causado daño (como sucede en los delitos de peligro: conducción bajo la influencia del alcohol), en cambio, habrá solo ilícito civil si la conducta causa un daño injusto pero no está tipificada como delito penal, por ejemplo, si en una colisión de vehículos no hay dolo ni daño en las personas.

d) Ley

61 Como vimos, la ley está mencionada como fuente de obligaciones en el Código en los tres preceptos que se refieren a las fuentes: el art. 1437 dispone que las obligaciones nacen "ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad"; el art. 578 señala que los derechos personales surgen de un hecho del obligado "o de la sola disposición de la ley", y el art. 2284 contempla que las obligaciones que se contraen sin convención, nacen "o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes" y que "las que nacen de la ley se expresan en ella".

Las normas nos señalan que la ley como fuente de obligaciones sólo opera cuando la obligación se expresa en la ley y no se deriva de otra fuente, sino solo y directamente de la ley.

Pero es necesario precisar: qué se entiende por ley y qué por obligación. Partamos por lo segundo: debe distinguirse la creación legal de propias y auténticas relaciones obligatorias, que requieren acreedor, deudor, vínculo jurídico y prestación determinada, de los deberes cívicos o públicos. La ley contempla innumerables deberes: respetar el orden público, seguir las reglas del tránsito, sujetarse a las normas municipales relativas a emisión de ruidos o a los planes reguladores que establecen las condiciones de nuevas construcciones en las ciudades. Las mismas normas penales establecen deberes de abstención de ciertas conductas o a veces exigencias de actuación, que no son propiamente obligaciones.

Por ello las obligaciones de fuente legal no son tan numerosas como pudiera pensarse a primera vista.

El paradigma de la obligación legal es el de pagar impuestos: aquí hay una obligación de dar dinero que es impuesta por la ley a los contribuyentes cumplidos los presupuestos propios de cada impuesto. En estos casos quien tributa es el deudor, el Fisco es acreedor, la prestación es determinada: una cierta cantidad de dinero, la que es debida jurídicamente por el deudor al acreedor. Pero también surgen obligaciones del Estado para con los particulares, como cuando una ley crea ciertos subsidios o beneficios o cuando se expropia una propiedad y el Estado debe pagar una indemnización.

El ejemplo que ofrece el Código Civil señalando que serían obligaciones de fuente legal las que surgen entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad, no parece ser correcto, ya que se trata sólo de relaciones derivadas de la patria potestad en lo que más bien parece es una potestad que debe ejercerse en beneficio del sujeto a ella, y no propiamente obligaciones, salvo que se considere que se está refiriendo a la deuda que pueda contraer el padre o madre que ejerce la patria potestad por los perjuicios de una mala gestión de los bienes del hijo. Efectivamente, aquí habrá una obligación de indemnizar y un crédito por parte del hijo, que incluso goza de preferencia (art. 2481.4º CC), pero es dudoso que su fuente sea la ley ya que bien podría sostenerse que su fuente es un delito o cuasidelito civil.

El ejemplo no se refiere, como suele decirse, a la obligación de alimentos ya que esta se da entre padres e hijos en general aunque no estén sujetos a patria potestad. Por cierto, los alimentos legales son claramente una obligación de fuente legal (art. 321 y ss. CC).

Vayamos ahora a examinar qué debe entenderse por ley. En principio, uno podría entender que se está refiriendo a las leyes propiamente tales o sus equivalentes (decreto-ley, decreto con fuerza de ley, tratado internacional), es decir, que se trata de ley en el sentido en que la define el art. 1º del Código Civil. No obstante, esto sería demasiado restrictivo y además es contrario a lo que se observa en la práctica. En realidad, aquí el codificador quiso aludir a todo el ordenamiento jurídico, como cuando al definir el derecho de propiedad señala que es la facultad de gozar y disponer de la cosa arbitrariamente, "no siendo contra ley o contra derecho ajeno".

De esta manera, una obligación legal es aquella que nace de las diversas fuentes del derecho que conforman el ordenamiento jurídico. La Constitución también contiene obligaciones como la de pagar la indemnización de un bien expropiado (art. 19.24º.3 y 4 Const.) y hay obligaciones que se contemplan en normas de inferior jerarquía que la ley como un reglamento o una ordenanza municipal, si bien estas suelen desarrollar preceptos legales que establecen la obligación (por ejemplo, pago de permisos municipales para actividades económicas en la comuna).

En doctrina extranjera se suele dividir la fuente "ley" en dos clases: obligaciones legales que nacen de un acto de poder estatal y obligaciones que nacen de un estado o situación regulada.

Entre los primeros se encontrarían los contratos que la ley o la autoridad obliga a celebrar o incluso que los tiene por celebrados. Es lo que se conoce con el nombre de contratos forzosos, entre los que se distinguen aquellos a los que una de las partes tiene que celebrar para satisfacer algún requisito (celebrar una fianza para caucionar un usufructo: art. 775 CC o para asumir una guarda: 374 CC) y aquellos en los que la ley atribuye directamente las obligaciones propias de un contrato sin que medie acuerdo de voluntades (mandato entre socios: art. 2081 CC, aplicable a los comuneros: art. 2305 CC; fianza para el adquirente de negocios o industrias que debe responder como fiador por las obligaciones tributarias que afectaban al cedente o vendedor: art. 71 CTrib). A los primeros se suele dar el nombre de contratos forzosos ortodoxos y a los segundos el de contratos forzosos heterodoxos.

Pensamos que las obligaciones provenientes de los contratos forzosos ortodoxos no tienen como fuente la ley, sino el contrato que ha sido celebrado en cumplimiento de la exigencia de la ley o la autoridad. En cambio, los contratos forzosos heterodoxos no son propiamente contratos, sino que la ley asimila la situación a un determinado contrato para evitar tener que regular completamente la situación. En este caso entonces esas obligaciones tienen por fuente la ley y no el contrato.

No sucede lo mismo respecto de los llamados contratos dirigidos a los que la ley determina que ciertas cláusulas deben imponerse a la voluntad de las partes, como sucede en los contratos de trabajo o de arrendamiento de inmuebles. En estos casos la obligación nace del contrato y no de la ley, ya que la ley sólo interviene en el contenido del contrato pero su celebración queda a la voluntad de las personas que los celebran.

Respecto de las obligaciones *ex lege* que derivan de una situación o estado de una persona, las más importantes son aquellas obligaciones que nacen del estado civil o de familia, como sucede con los alimentos legales o las que surgen de la constitución de una tutela o curaduría. Estas últimas originalmente eran consideradas obligaciones que nacían *ex quasi contractus*, pero en el derecho moderno esa asignación se perdió, y hoy no queda más que atribuir las obligaciones del tutor o curador a la ley.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: PLANIOL, Marcel, "Clasificación de las fuentes de las obligaciones", en *RDJ*, t. 2, Derecho, pp. 73-82; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, "La ley como fuente de las obligaciones", en P. Carvajal, y M. Miglietta (edits.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, Edizioni dell'Orso, t. 3, 2014, pp. 191-206; AEDO BARRENA, Cristián y MONDACA MIRANDA, Alexis "La ley como fuente de las obligaciones modales. El caso de la Ley Nº 13.080", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 54, 2020, pp. 67-94.

III. Otras fuentes

*1. ¿*Numerus clausus *o* numerus apertus*?*

62 Nuestro Código Civil parece reconocer sólo como fuentes de las obligaciones las cinco que se mencionan en el art. 1437, esto es, contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley. Si fuera así tendríamos que entender que no es posible añadir nuevas fuentes a este catálogo que funcionaría como "*numerus clausus*", es decir, taxativo.

Por el contrario, si consideramos que el art. 1437 sólo menciona como fuentes aquellas que son más frecuentes o relevantes, habría que concluir que se trata de un catálogo merante ejemplar ("*numerus apertus*") que no excluye la posibilidad de reconocer otras fuentes distintas de aquellas cinco.

Se ha señalado que la cuestión no parece tan relevante ya que algunas de las fuentes del art. 1437 son amplias considerando la ley y además que no se menciona el cuasicontrato como única fuente sino "el hecho voluntario". Siendo así no parece haber problemas en reconocer como fuentes la declaración unilateral o el enriquecimiento sin causa, ya sea por tratarse de obligaciones legales o porque se derivan de un hecho voluntario.

Pero esta solución no parece la más adecuada ya que la ley siempre puede ser considerada fuente de las obligaciones incluso de las del contrato, y el hecho voluntario puede servir para justificar cualquier obligación.

Por ello, pensamos que es más sensato señalar que se trata de un listado de fuentes que son las más frecuentes en la práctica y las que tienen mayor tradición histórica, pero que es posible añadir a ellas otras fuentes que pueden operar de manera excepcional o dentro de ciertos límites.

A continuación, analizaremos algunas de estas nuevas fuentes que aparecen en el derecho contemporáneo.

2. La declaración unilateral como fuente de obligaciones

a) Antecedentes históricos

63 En realidad como formulación la declaración unilateral, también llamada promesa unilateral, en cuanto fuente de obligaciones es propia de la doctrina del siglo XX, pero hay que reconocer que, sin la elaboración dogmática que vendría después, hay indicios de ella en el Derecho romano. En el fondo se trata de ver si una persona que declara públicamente que se obliga a dar, hacer o no hacer algo genera una obligación exigible y vinculante, sin necesidad de que otra persona acepte esa promesa o declaración. Por eso se habla de declaración unilateral ya que se trataría de una fuente de obligaciones que no nace de la convención o acuerdo de las voluntades entre acreedor y deudor, sino únicamente de la voluntad del deudor.

En el Derecho romano como regla general no se acepta que una obligación nazca por la sola expresión de voluntad de una persona, pero se consideran algunas excepciones como la *pollicitatio* que era la promesa que el postulante a un cargo hacía a una entidad pública de realizar a su costa una obra de beneficio público u otra liberalidad semejante, y que da acción para exigir su realización una vez asumido el cargo, lo que más adelante se incluye en las donaciones (D. 39.5.19 pr.). En el Derecho canónico y medieval se consideraban obligaciones las promesas o votos que se hacían a la divinidad, pero también eran entendidas como excepciones.

Fue a fines del siglo XIX en el ámbito germano que surgió la idea de que la declaración unilateral era capaz de producir obligaciones, de la mano de autores como el austriaco Heinrich Siegel (1833-1899) y del alemán Johannes Kuntze (1824-1894), que incluso proclaman a la voluntad unilateral como la fuente de obligaciones por excelencia, ya que se señala que en los contratos es la voluntad de querer obligarse la que hace surgir la obligación. La doctrina es acogida por juristas franceses y de allí se expande al ámbito de su influencia, aunque sólo como una nueva fuente que se añade a las demás existentes.

Se dan ejemplos de obligaciones que nacen de la sola expresión de voluntad del deudor como la oferta con expresión de irrevocabilidad, la promesa pública de recompensa, los títulos de crédito al portador, la dotación de una fundación y la estipulación a favor de tercero.

b) Delimitación

64 Hay que tener cuidado en no confundir, en primer lugar, la voluntad unilateral con la declaración de dicha voluntad. La voluntad de una persona en cuanto tal no produce obligación alguna si ella no se exterioriza de algún modo, es decir, si no es declarada al menos frente a otra persona o personas. Por ello es la declaración de la voluntad la que puede ser considerada fuente de una obligación.

Es necesario distinguir la declaración unilateral de voluntad de los actos jurídicos unilaterales. Los actos jurídicos unilaterales son aquellos para cuyo perfeccionamiento solo es necesaria la manifestación de una sola parte, como por ejemplo la oferta, el testamento, el reconocimiento de un hijo, etc. Ciertamente estos actos pueden ser ocasión para el surgimiento de obligaciones, pero éstas tendrán otra fuente: así la oferta dará lugar a una obligación contractual si es aceptada y se perfecciona el consentimiento; el testamento puede crear obligaciones de entrega de legados pero la fuente no será el mismo testamento, sino la aceptación de la herencia por parte de los herederos obligados que no es una declaración de voluntad de obligarse; y el reconocimiento de un hijo puede dar lugar a la obligación de alimentos, pero esta claramente tiene como fuente la ley.

Por cierto, la declaración unilateral no puede confundirse con el contrato unilateral, que es aquel que genera obligación para una de las partes (art. 1439 CC), porque siendo contrato requiere la confluencia de a lo menos dos partes.

También un acto unilateral puede tener por objeto reconocer una obligación o deuda ya sea en un documento o una gestión preparatoria de la vía ejecutiva (art. 435 CPC), pero en este caso se confiesa o reconoce una deuda que ya era existente y que tendrá su propia fuente. Lo mismo sucede en los casos en los que se estima que el reconocimiento permite exigir una obligación natural: si así fuera, aunque es dudoso en nuestro derecho, no sería el reconocimiento la fuente de esa obligación natural.

c) Rechazo y aceptación excepcional

65 La doctrina que propicia la admisibilidad de la declaración unilateral como fuente de obligaciones no ha sido acogida y las opiniones de los autores que predominan tienden a rechazarla, ya sea de manera absoluta o sólo a admitirla para casos excepcionales.

El principal argumento en contra consiste en que no puede haber obligación sin acreedor y sin un derecho de crédito que le sea correlativo, y como nadie puede adquirir derechos sin su voluntad es claro que no puede haber obligación por la sola voluntad del deudor. Se aduce también en contra de la aceptación el que al ser unilateral el cumplimiento de la obligación queda sujeto a la mera voluntad del deudor, contraviniendo el precepto que declara nulas las obligaciones contraídas bajo una condición meramente potestativa de la persona que se obliga (art. 1478.1 CC). Pero este argumento es cuestionado porque en el caso de la declaración unilateral de voluntad la obligación no es condicionada y, más aún, es considerada irrevocable.

Con mejor fundamento se señala que los casos que se invocan como ejemplos de obligaciones que nacen de una declaración unilateral de voluntad pueden ser reconducidos a otras fuentes. Así las promesas de recompensa o de premio pueden ser entendidas como ofertas que sólo van a producir obligación una vez que la persona ha realizado aquello que se recompensa o premia, de modo que habría aceptación tácita de la oferta y la obligación sería el resultado de un contrato.

Lo mismo sucede con los títulos al portador: no es que sea una obligación que surge sólo con la expresión de voluntad de pagar en el título, sino que se trata de obligaciones contractuales derivadas de convenciones abstractas pero en las que el acreedor es variable por la portabilidad del título. De esta manera, sólo hay propia obligación desde que uno de esos portadores cobra el título.

La obligación de dotar a una fundación tampoco es derivada de la voluntad unilateral, ya que ella sólo tendrá lugar si la fundación adquiere personalidad jurídica y demanda lo que el fundador se obligó a aportar. Lo propio sucede con la estipulación a favor de tercero para la que el Código expresamente requiere la aceptación del beneficiado (art. 1449 CC).

En otros supuestos aducidos por los partidarios de la teoría de la declaración unilateral como fuente, se aduce que la obligación es originada por la ley.

La doctrina y la jurisprudencia actuales prefieren seguir un camino intermedio entre el rechazo absoluto y la aceptación plena. Por regla general, se niega que la declaración unilateral de voluntad sea fuente de las obligaciones, pero se la admite cuando existen razones de peso y de justicia para considerarla así.

Se sostiene, en consecuencia, que el reconocimiento como fuente no se basa tanto en el principio de la autonomía de la voluntad sino más bien, como lo entendieron los autores germanos que la propusieron inicialmente, como el deber de respetar la palabra empeñada y no defraudar la confianza de quienes conocieron dicha declaración. Además, se agrega que la obligación que surja de la declaración unilateral tenga una causa lícita.

d) Ofertas, promociones y promesa de recompensa

66 Varios casos se presentan como supuestos en los que se cree ver una aceptación, si bien excepcional, de la declaración unilateral como fuente de obligaciones en la ley chilena.

En primer lugar se menciona la *oferta irrevocable*, esto es, con plazo de vigencia (art. 99 CCom), ya que al no poder retractarse el oferente estaría obligado a mantener la oferta. Pero en general esto no es aceptado, porque se trata de una etapa en la formación del contrato, que no genera propiamente una obligación sino un deber de mantener la oferta. La obligación propiamente tal va a nacer del contrato cuando se produzca la aceptación. Aunque es efectivo que ese deber de mantener la oferta podría ser considerado una obligación de no hacer (no retractar), lo que puede dar pie a considerarla un caso en que la ley reconoce que la declaración unilateral de voluntad puede hacer surgir una obligación[10].

En materia de derecho del consumo se fortalece la obligatoriedad de la *oferta de los proveedores*. De esta manera se dispone que "todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido [...] la entrega del bien o la prestación del servicio" (art. 12 LPDC). Pero la ley no contempla el derecho del consumidor a hacer efectiva la oferta y requerir el cumplimiento forzado del contrato; si el proveedor no respeta los términos de la oferta incurrirá en una sanción infraccional y el consumidor podría demandar indemnización de los perjuicios, con lo que tampoco parece aceptarse aquí la oferta como fuente de obligaciones, sino que es la ley la que impone el deber de respetar la oferta.

Distinto es lo que sucede con las llamadas "promociones" (ofrecimiento al público de un bien o servicio en condiciones más favorables) u "ofertas" (ofrecimiento al público de un bien o servicio a un precio rebajado de manera temporal). La promoción puede consistir en la participación en concursos o sorteos. Además de la necesidad de informar al consumidor sobre las bases, premios y duración de la oferta, se dispone que "en caso de rehusarse el proveedor al cumplimiento de lo ofrecido en la promoción u oferta, el consumidor podrá requerir

[10] Véase Curso. Parte general, p. 550.

del juez competente que ordene su cumplimiento forzado..." (art. 35.2 LPDC). Al dar esta acción pareciera que aquí sí habría una obligación de cumplir con la promoción u oferta que emanaría sólo de la declaración de voluntad por parte del proveedor, aunque bien podría pensarse que el hecho de demandar es una aceptación tácita de la oferta. Y si se trata de concursos o sorteos, el hecho de participar podría constituir una aceptación tácita de las bases y la celebración de un contrato innominado.

Con todo, la ley faculta al juez para disponer una prestación equivalente en caso de no ser posible el cumplimiento en especie de lo ofrecido (art. 35.2 LPDC), lo que constituye una excepción al principio de la integridad y adecuación del pago (art. 1569 CC).

La *promesa de dar un premio o recompensa* es también otro de los supuestos en los que se piensa existe una aceptación de la declaración unilateral de voluntad. Se trata de un acto por el cual una persona promete entregar un premio o una recompensa por la realización de algo o la obtención de algún resultado que sea de interés público o de interés del mismo promitente.

En el Código Civil chileno se admite la oferta de recompensa por hallazgo de cosas perdidas. Como sabemos, quien encuentra una cosa al parecer perdida debe denunciarlo a la municipalidad, y si no aparece el propietario se vende la cosa en pública subasta y, descontados los gastos, el remanente se divide por mitades entre el denunciador y la municipalidad (art. 630 CC). Si el dueño aparece antes de la subasta, el denunciador tendrá derecho a un premio de salvamento que fije la autoridad competente, pero si "si el dueño hubiere ofrecido recompensa por el hallazgo, el denunciador elegirá entre el premio de salvamento y la recompensa ofrecida" (art. 629.2 CC).

Aquí se suele ver un caso de promesa de recompensa que resulta obligatoria ya que el dueño que la ofreció estará obligado a pagarla si el denunciador opta por ella; de modo que en este supuesto la sola declaración de voluntad ofreciendo una recompensa por el hallazgo de la cosa perdida generaría la obligación de pagar esa recompensa incluso antes de que sea exigida por quien encontró la cosa perdida.

El Código también admite que se dejen por testamento asignaciones "ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante" (art. 962.4 CC), pero como se ve no se trata de obligaciones sino de asignaciones que pueden ser herencias o legados.

Se ha discutido mucho sobre la validez y eficacia de este tipo de promesas, y en general hay acuerdo de que si son fruto de la voluntad del promitente, se manifiestan públicamente a todos los posibles interesados o al público en general, tienen una prestación determinada y una justa causa, son válidas y vinculantes de modo que el promitente debe cumplirla si el beneficiado ha realizado la conducta o el resultado que se recompensaba y así lo exige. Es el típico caso de avisos que se ponen ofreciendo una cantidad de dinero para quien encuentre y devuelva un perro

o un gato que se ha extraviado, o del premio que se ofrece al que dé noticias de un crimen o descubra un medicamento para una enfermedad.

Pero sobre si estamos frente a una declaración unilateral que produce la obligación de cumplir la prestación prometida hay más dudas y en general la opinión es negativa, y esto por varias razones. En primer lugar, porque bien se puede comprender la promesa como una oferta de contrato a persona determinable por la realización de la conducta recompensada y en la medida en que reclame la recompensa. Se sostiene, en consecuencia, que la obligación no nace de la pura promesa de recompensa sino del acuerdo de voluntades que se completa cuando el prometido realiza la conducta y exige el premio; se trataría de un caso de aceptación tácita de lo que es un contrato de donación o innominado.

Algunos sostienen que sí hay obligación derivada de la declaración unilateral ya que la recompensa puede exigirse incluso si el beneficiado realizó la conducta u obtuvo el resultado sin conocer la promesa o al menos no en atención a ella. No obstante, lo relevante es que no tendrá el derecho a la recompensa mientras no lo reclame, y con esta reclamación está aceptando el contrato.

Otro argumento que suele dar es que estas promesas no pueden revocarse y si se revocan públicamente igualmente el promitente debería indemnizar los perjuicios por haberse retractado, por ejemplo, reembolsando gastos y resarciendo daños que el potencial beneficiado incurrió impulsado por obtener el premio o la recompensa. En realidad, se admite que la promesa pueda revocarse siempre que se dé a la revocación la misma publicidad que se dio a la promesa, siempre que se haga antes de que el beneficiado haya realizado la conducta u obtenido el resultado que se premia y que el promitente no haya además declarado que su promesa es irrevocable. Pero incluso en estos casos en que la promesa no es revocable la obligación de conceder la recompensa no surge sino con la aceptación por parte de quien pide que se cumpla la promesa por haber realizado la conducta u obtenido el resultado previsto en ella. Porque debe distinguirse el deber de no revocar la promesa, que es un deber pero no una obligación, de la obligación de pagar la recompensa que surge del acuerdo de voluntades.

e) El concurso

67 A raíz de la promesa de premio se añade el análisis de los *concursos* en los que los participantes compiten por un premio. En estos casos es claro que no hay una declaración unilateral de voluntad que produzca la obligación de entregar un premio, porque existe un contrato entre los concursantes y el organizador del concurso. Los concursantes aceptan participar ya sea por la suscripción de un documento, al realizar la conducta que se exige para participar o simplemente enviando sus trabajos u obras artísticas para que sean evaluadas por un jurado. Este último actúa como un tercero que fija una de las prestaciones del contrato, como cuando se encarga a un tercero fijar el precio de una compraventa (art. 1809 CC).

Se trata, por tanto, de un contrato innominado, bilateral y oneroso. Es bilateral porque existen dos partes: la del organizador y la de los concursantes (aunque

también podría pensarse que son varios contratos entre el organizador y cada uno de los concursantes), y es oneroso, porque tiene por objeto la utilidad de ambas partes: la del organizador porque busca promocionar su concurso y la de los concursantes que es la posibilidad eventual de conseguir el premio. Por ello, para los concursantes puede decirse que el contrato es aleatorio, ya que el equivalente de las prestaciones consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida (art. 1441 CC).

Normalmente el contrato de concurso será de adhesión y se contendrá en un documento que se suele denominar "bases". Es posible que los concursantes firmen alguna declaración por la que aceptan dichas bases, pero muchas veces las bases señalan que la sola participación implicará su aceptación por los concursantes.

Las obligaciones que nacen del contrato son básicamente para los concursantes: competir según en qué consista el concurso, y para el organizador, poner todos los medios para que pueda realizarse el concurso, dirimir el ganador (directamente o a través de terceros, como jurados) y otorgar los premios ofrecidos.

Tratándose de un contrato bilateral, se aplicará el art. 1489 del Código Civil y el concursante ganador podrá pedir el cumplimiento forzado del contrato o la resolución, ambas con indemnización de los perjuicios.

Esta solución se ve abonada por las reglas que la ley Nº 19.496, de Protección de los Derechos de los Consumidores, establece para unos determinados concursos: aquellos organizados por proveedor con fines de promoción, y que aparecen en los arts. 35 y 36 de dicha ley. El artículo 36 se refiere conjuntamente a los concursos y a los sorteos y señala que "cuando se trate de promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto o número de premios de aquéllos y el plazo en que se podrán reclamar. El anunciante estará obligado a difundir adecuadamente los resultados de los concursos o sorteos". Pero como se trata de una forma de promoción es también aplicable lo que previene el art. 35 para promociones y ofertas en lo referido a la necesidad de la existencia de bases que deben ser informadas al público (no bastando que se hayan depositado ante notario) y a la posibilidad de ejecución forzada de la obligación asumida por el proveedor (art. 35 inc. 3º ley Nº 19.496). Se concede el derecho al consumidor beneficiado con la promoción u oferta a exigir lo prometido, aunque el proveedor demandado puede ofrecer una prestación equivalente si no es posible el cumplimiento en especie. La norma debiera aplicarse al ganador de un concurso promocional para reclamar judicialmente su premio.

Estas reglas podrían ser aplicadas por analogía a concursos que no son promocionales, como concursos televisivos. Más aún, podrían aplicarse también analógicamente a la inmensa diversidad de concursos que existen y que muchas veces no tienen reglas legales o reglamentarias, como sucede con los concursos de obras literarias, de proyectos de arquitectura, de fotografías, de postulación a ciertos cargos o empleos públicos o privados, de belleza femenina, de baile, de

interpretación de canciones, de ejecución de instrumentos musicales, de pesebres navideños, etc.

También tienen la estructura del contrato de concurso, aunque por obvias razones tienen una mayor regulación normativa, los concursos convocados por el Estado o servicios públicos, como por ejemplo los concursos para acceder a empleos públicos, las licitaciones para la concesión de obras públicas o para la adquisición de bienes para el Estado a través de Chilecompra, y los concursos por los cuales se distribuyen fondos fiscales para apoyo de la investigación científica (como los concursos de Fondecyt) o los que promueven la lectura, la cultura o las artes.

No deja de ser curioso que una fórmula contractual tan extendida en nuestras sociedades, que se caracterizan por la competencia, no haya sido estudiada por nuestra doctrina jurídica, más allá de la consideración de la obstaculización a la participación de una persona en un concurso, como uno de los típicos supuestos del daño denominado "pérdida de la chance".

Hay que dejar constancia que el Código Civil y Comercial argentino ha regulado la promesa de recompensa y el concurso público junto con la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligación (arts. 1800 y ss.).

3. El enriquecimiento sin causa

a) Breve historia

68 La idea de que todo enriquecimiento hecho a expensas de otro sin causa que lo justifique debe ser restituido es muy antigua. Aparece en las *regulae iuris* recolectadas en el último libro del Digesto: "*Ex iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento aut iniuria fieri locupletiorem*" (Es equitativo, por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento de otro con injuria) (D. 50.17.206). Esta regla ha tenido gran fortuna y ha calado hondo en diferentes sistemas de derecho. Fue recogida por diversos cuerpos jurídicos como el *Corpus Iuris Canonici* (Decretales Gregorio IX 6.48) y las Siete Partidas (P. 7.34.17) y convertida en principio normativo por glosadores y comentaristas del derecho común medieval.

Curiosamente en la codificación el principio no fue enunciado, pero la doctrina siguió usando de él ya sea para explicar algunas instituciones, como los cuasicontratos o las restituciones mutuas en la acción reivindicatoria, y para solucionar casos para los que no se disponía de una acción. Se habla entonces de ejercer una *actio in rem verso*, es decir, una acción para reversar lo perdido y que ha dado lugar a un incremento patrimonial indebido de otro.

El Código Civil alemán acogió la figura en su parágrafo 812, influenciado por la pandestística que tomando los textos romanos conceptualizó y transformó en un criterio dogmático normativo al enriquecimiento sin causa. El mismo criterio siguió el Código de las obligaciones suizo (art. 62) y el Código Civil italiano de 1942, aunque este último considera que se trata de una acción subsidiaria (art. 2041).

En el ámbito anglosajón la regla ha dado lugar a la formación de una rama del Derecho, denominada *Laws of Restitutions*, aunque más relacionada con las ganancias que hace alguien por el uso de un bien o valor ajeno.

En los Códigos más actuales y sus reformas puede verse un reflorecimiento de la institución del enriquecimiento injustificado. La consagra el Código Civil brasileño de 2002 (art. 884), la reforma del Código Civil francés de 2016 (arts. 1313-1313-4) y el Código Civil y Comercial argentino (arts. 1794-1795).

b) Funciones y requisitos

69 Mucho se ha escrito sobre qué función desempeña el enriquecimiento injustificado. Para algunos llega a ser un principio general de derecho que inspira todos el ordenamiento jurídico. En este sentido, se señala que es uno de los instrumentos por el cual la moral rectifica el formalismo del derecho, lo que lo convierte en una institución de equidad.

Hay también autores que desconfían de la aplicación del principio y piensan que podría servir para alentar la discreción de los jueces, ya que cualquier abogado podría transformar fácilmente su caso en un enriquecimiento injusto, lo que desarticularía la generalidad de las normas jurídicas para pasar a una subjetivización casuística de la justicia.

Para tratar de juridizar la regla se señala que no es que se trate de un enriquecimiento injusto, sino de un enriquecimiento que carece de causa jurídica; de allí que se prefiera hablar de enriquecimiento sin causa más que de enriquecimiento injustificado. Pero no parece que extender la noción de causa de los actos jurídicos, con todas sus complejidades, vaya a lograr una aplicación más clara del principio.

Los requisitos que se suelen mencionar para que proceda la acción de restitución del enriquecimiento son que el obligado haya recibido una atribución o una ventaja que incremente su patrimonio, que esa atribución haya sido correlativa a un empobrecimiento de otra persona ya sea por haber disminuido su patrimonio o haber perdido una ganancia, que haya una relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento, y finalmente que no haya una causa jurídica que justifique que una persona se enriquezca a costa de otra que se empobrece. Se suele añadir como requisito negativo que no haya otra acción o recurso jurídico que permita evitar este resultado.

No obstante, algunos autores han propiciado que no debiera exigirse el empobrecimiento y su correlatividad con el enriquecimiento, de modo que bastaría que alguien se hubiera enriquecido sin una causa jurídica que le sirva de fundamento. Pero en estos casos se confunde el principio del enriquecimiento sin causa con la restitución de beneficios obtenidos ilícitamente por el uso de bienes ajenos, que nos parece debe ser distinguida del enriquecimiento sin causa porque en tales casos hay un hecho ilícito que no causa daño.

Sin duda a este principio se reconducen muchas de las disposiciones normativas que se presentan en nuestro ordenamiento. Así se sostiene que hay manifestaciones del principio del enriquecimiento sin causa en las restituciones que debe hacer el reivindicante al poseedor vencido (arts. 908 y ss. CC), el derecho del que ha comprado una cosa mueble en feria, almacén, etc. para exigir al reivindicante que le reembolse lo que pagó por la cosa y lo que gastó en mejorarla o repararla (art. 890.3 CC), las recompensas en la sociedad conyugal (art. 1734 CC), la nulidad por incapacidad que obliga al incapaz a restituir en cuanto se hubiere hecho más rico (art. 1688 CC), criterio que se aplica también en otros casos (arts. 906.2, 2301, 2218, 1267 CC).

Se considera, normalmente, que el enriquecimiento sin causa se diferencia de la obligación de reparar un daño por un acto ilícito, es decir, de la responsabilidad extracontractual, ya que en estos casos no habría enriquecimiento de una parte ni empobrecimiento de la otra. Pero lo cierto es que bien podría considerarse que el autor del ilícito se enriqueció al poder actuar de esa manera y la víctima se empobreció al sufrir el daño. Así que no parece haber una gran diferencia entre ambas instituciones, y lo que las diferencia es que en el enriquecimiento hay un acto lícito, aunque sin causa, mientras que en el delito o cuasidelito civil hay un acto ilícito. Pero hay autores que piensan que la figura del provecho del dolo ajeno contemplado en el Código Civil (arts. 1458.2 y 2316.2 CC), por la cual el que sin ser autor ni cómplice del delito se ve beneficiado por sus efectos debe restituir hasta concurrencia del provecho, sería un supuesto de enriquecimiento sin causa, y no de responsabilidad civil. La cuestión nos parece discutible ya que aquí se parte de la base de que hay un acto ilícito y el provecho se limita también por el monto del daño sufrido.

c) ¿Fuente de obligaciones?

70 Una de las funciones que suele asignarse al enriquecimiento sin causa es la de fuente de obligaciones, al menos en dos aspectos: como fundamento de los cuasicontratos o como fuente autónoma y diversa de las tradicionales.

Sin duda el enriquecimiento sin causa puede fundar la obligación de restituir lo indebidamente pagado, es decir, del cuasicontrato de pago de lo no debido, ya que se dan todos los requisitos: empobrecimiento del que paga, enriquecimiento del que recibe, correlatividad entre ellos y carencia de causa para retener lo recibido. Pero, en cambio, es más dudoso que sirva también como fundamento de otros cuasicontratos como la gestión de negocios ajenos y la comunidad.

En el cuasicontrato de comunidad el enriquecimiento sin causa puede explicar los reembolsos a que tenga derecho un comunero por los gastos que realizó en beneficio de la cosa común (art. 2307 CC), pero no justifica la obligación a financiar las obras y reparaciones que necesite la comunidad (art. 2309 CC) ni la de responder por los perjuicios causados a la comunidad (art. 2308 CC).

En la agencia oficiosa el enriquecimiento puede servir para explicar la obligación del dueño del negocio de pagar los gastos en que incurrió el agente oficioso, pero

no explica por qué no se restituye el enriquecimiento sino sólo los gastos incurridos que pueden ser menores que las ganancias obtenidas de la gestión oficiosa. Otras obligaciones como las del agente de cumplir los deberes del mandatario (art. 2287 CC), a continuar la gestión una vez emprendida (art. 2289 CC) y a responder por los perjuicios que cause por su mala administración (arts. 2288 y 2290.3 CC), tampoco pueden ser entendidas sobre la base del enriquecimiento sin causa.

Tampoco se explica que no se aplique la obligación de pagar los gastos al agente oficioso en caso de que éste hubiera actuado contra la prohibición del interesado, ya que si el negocio fue bien administrado igualmente se produce un enriquecimiento sin causa. Nuestro Código sólo admite que el gestor en estos casos demande si la gestión ha sido útil y en cuanto la utilidad existe al momento de la demanda (art. 2291 CC).

Un sector doctrinal ha señalado que el enriquecimiento sin causa puede dar lugar a cuasicontratos atípicos o innominados, pero, aparte de que la tipicidad es más bien propia de los contratos, esto es lo mismo que sostener que el enriquecimiento sin causa es una fuente autónoma de obligaciones.

Nos parece que, si bien algunos casos podrían resolverse a través de esta doctrina, en general la jurisprudencia la usa más como una razón a mayor abundamiento que como fundamento directo de la decisión, por lo que, como regla general, habría que negar al menos para el Código Civil chileno que el enriquecimiento sin causa sea una fuente autónoma de obligaciones, así como también que sea este principio en el que se funde la fuente de los cuasicontratos.

4. Uso no autorizado de bienes o derechos. Acciones restitutorias de ganancias

71 Si alguien usa indebidamente un bien o un derecho ajeno (por ejemplo, el derecho a la imagen) puede haber una obligación derivada de un delito o cuasidelito que consiste en indemnizar los daños que se hayan causado. En este caso, la fuente sería el hecho ilícito. Pero muchas veces o el titular no ha padecido daños o los padecidos son muy inferiores a las ganancias que ha obtenido la persona que usó inconsentidamente un bien o derecho.

Para estos casos se han ideado acciones restitutorias que han sido perfiladas por los sistemas de *Common Law* que consideran que si una persona hace uso indebido de un bien que no es suyo debe restituir los beneficios que haya obtenido por ese uso. Se habla de "restituir" porque esos beneficios corresponderían legítimamente al propietario y han sido percibidos por el que los usa de manera inconsentida.

Un ejemplo puede aclarar este punto: supongamos que el dueño de una casa se va fuera del país para realizar un posgrado por un año; y un pariente que sabe que está fuera pone en arriendo la casa, pero cuando el dueño vuelve la encuentra en el mismo estado de conservación. Difícilmente podrá probar perjuicios o daños, ni siquiera de lucro cesante ya que él no había previsto arrendar la casa y había decidido dejarla sin usar. Pero, al mismo tiempo, parece injusto que el pariente se

quede con las rentas percibidas por el arrendamiento, ya que esa ganancia la hizo usando indebidamente un bien de otro. Procedería, entonces, que el dueño de la casa ejerciera una acción restitutoria, no para que se le indemnice el daño, sino para que se le entreguen las ganancias que ha hecho su pariente usando un bien de su propiedad sin permiso.

Esto mismo sucede con los derechos de la personalidad y sobre todo con el derecho a la imagen. Si alguien usa indebidamente la imagen de otra persona, el titular de ella probablemente no sufrirá daños, pero al no haber autorizado esa utilización puede tener derecho a que quien usó sin autorización de ella le entregue las utilidades que haya percibido en virtud de ese uso.

Estos casos de restitución de ganancias suelen darse en el uso inconsentido de derechos de autor o de marcas, de allí que se haya legislado en nuestro país para dar esta opción al titular de los derechos o marcas, si bien la ley sigue hablando de indemnización de perjuicios. La ley Nº 17.736, sobre Propiedad Intelectual dispone que "al determinar el perjuicio patrimonial el tribunal considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes sobre los cuales recae la infracción" y agrega: "El tribunal podrá, además, condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, que sean atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios" (art. 85 E).

La ley Nº 19.039 (texto refundido por D.F.L. Nº 3, de 2006) dispone que el titular cuyo derecho de propiedad industrial sea lesionado puede, entre otras acciones civiles, demandar "La indemnización de los daños y perjuicios" (art. 106, letra b). Pero luego la ley señala qué puede pedirse como "indemnización" y establece que "la indemnización de perjuicios podrá determinarse, a elección del demandante, de conformidad con las reglas generales o de acuerdo con una de las siguientes reglas: a) Las utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción; b) Las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción, o c) El precio que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido" (art. 108).

Como vemos, el demandante puede elegir entre demandar indemnización de los perjuicios según las reglas generales o ejercer una acción civil para reclamar una cantidad de dinero que represente una de tres alternativas: las utilidades que no percibió como consecuencia de la infracción; las utilidades que el infractor obtuvo como consecuencia de la infracción o el precio que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia.

Se ve que la segunda alternativa: las utilidades que el infractor obtuvo al usar indebidamente el derecho de propiedad industrial, es un claro supuesto de acción restitutoria de beneficios por uso no autorizado de un bien ajeno. También la tercera puede caer en este mismo concepto ya que es restitución de lo que debía haberse pagado para usar lícitamente la propiedad industrial. En cambio, la primera alternativa parece ser más una indemnización del daño concebido como lucro

cesante, ya que se trata de las utilidades que el propietario dejó de percibir por el uso indebido de la propiedad.

En estas acciones de restitución de ganancias no parece ser necesario acreditar que hubo dolo o culpa, porque lo que interesa es la injusticia del provecho o enriquecimiento, es decir, la ilicitud del uso del bien o derecho.

La obligación de restituir beneficios a veces es considerado como aplicación del principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro, aunque sin el requisito del empobrecimiento ni la correlatividad. No obstante, preferimos examinarlo como fuente de obligaciones autónoma y diversa de la doctrina tradicional del enriquecimiento sin causa, ya que nos parece que si se le saca el empobrecimiento y la correlatividad al enriquecimiento sin causa ya no se configura como tal. Es mejor, por tanto, tratarlo como restitución de ganancias por uso no consentido de bienes o derechos ajenos.

5. Responsabilidad civil sin culpa

72 No suelen plantearse los autores si los supuestos legales de responsabilidad sin culpa, que suele denominarse objetiva, aunque es más correcto hablar de responsabilidad estricta, pueden considerarse una fuente de la obligación de reparar el daño causado.

Por cierto, uno podría ampliar la noción de delito o cuasidelito para incluir también estos supuestos, aunque propiamente no se exija probar dolo o culpa para que procedan e incluso aunque se trate de actividades lícitas. Pero una ampliación tan extensa terminaría por desnaturalizar completamente la noción de delito o cuasidelito civil, ya que se quedaría sin los elementos de dolo o culpa y además sin la antijuridicidad.

Es cierto que de un modo lato el daño puede ser considerado ilícito en el sentido de que la víctima no tiene por qué soportarlo y corresponde al que causa el riesgo o saca provecho de ese riesgo que lo soporte, incorporando a los costos del desarrollo de la actividad la previsión de los accidentes que ella cause, pero sigue quedando el problema del dolo y la culpa.

Nos referimos a diversos supuestos en los que la ley impone una responsabilidad sin necesidad de probar dolo o culpa, como sucede con el dueño de vehículos motorizados (art. 169.2 ley Nº 18.290, texto refundido D.F.L. Nº 1, de 2009), daños causados por aeronaves (arts. 142 y ss. y 155 y ss. CAe), derrame de hidrocarburos (art. 144 D.L. Nº 2222), accidentes de plantas de energía nuclear (arts. 49 y ss. ley Nº 18.302), con los daños en la construcción (art. 18 D.F.L. Nº 458, de 1975), etc. No incluimos los supuestos de culpa presunta, ya que ellos sí pueden ser considerados cuasidelitos.

Como hay un cierto consenso, al menos en la doctrina chilena, de que todos estos casos deben ser materia de ley y no de interpretación o creación jurisprudencial, es posible entonces señalar que en tales supuestos es la ley la que serviría de fuente de la obligación de responder por los daños causados. También

podrían reconducirse a la ley las obligaciones de compensar a quien debe padecer una afectación de derechos por un acto lícito, como sucede con la indemnización de servidumbres legales (arts. 847, 848 y 850 CC) o, si bien se discute, con la compensación económica en caso de nulidad matrimonial y divorcio (arts. 61 y ss. LMC).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CLARO SALAS, Fernando, "De la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones", en *RDJ*, t. 12, Derecho, pp. 106-120 y 121- 131; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones", en *RDJ*, t. 96, Derecho, pp. 91-104 y en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 206, 1999, pp. 7-23; FIGUEROA VÁSQUEZ, Waldo, *La acción de enriquecimiento sin causa*, ConoSur, Santiago, 1997; PINO EMHART, Alberto "Las acciones civiles por infracciones al derecho de propiedad intelectual", disponible en https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/53985; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, "El sistema indemnizatorio del triple computo en la ley de propiedad industrial", en *Ius et Praxis* 14, 2008, 1, pp. 123-143; PINO, Alberto y GONZÁLEZ, Manuel (edits.), *La acción de provecho del dolo ajeno*, Tirant lo Blanch, Santiago, 2022.

SEGUNDA PARTE - LAS CLASES DE OBLIGACIONES

BIBLIOGRAFÍA GENERAL: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1992, t. X, pp. 24-548; STITCHKIN, David, *Obligaciones*, Editorial Universitaria, Santiago, 1948, t. I, pp. 28-385; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las obligaciones. De las obligaciones en general y sus diversas clases. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.,* Ediciones Jurídicas de Santiago, 3ª edic., Santiago, 2016, pp. 23-29, 71-322; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Thomson Reuters, 6ª edic., Santiago, 2014, t. I, pp. 409-696; MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª edic., 1997, pp. 24-174; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 143-494; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago, 2003, pp. 39-196; RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 21-229; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 21-204; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *De las obligaciones*, Thomson Reuters, 7ª edic., Santiago, 2011, pp. 22-161; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno III. De la teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 13-79.

Capítulo primero - Sobre la clasificación de las obligaciones

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

73 En el Derecho romano, los juristas no se preocuparon de establecer clases de obligaciones, pero las clasificaciones posteriores se basaron en las diversas formas de *stipulatio*. La estipulación consistía en un intercambio de pregunta y respuesta con palabras solemnes por la cual el estipulante preguntaba al promitente si prometía que le fuera dada una cosa, o si se comprometía a hacer o no hacer algo. Con la respuesta positiva, se conformaba el acto jurídico y nacía una acción para hacer cumplir la promesa, con lo que surgía en consecuencia una obligación. Se trataba de una obligación unilateral de un deudor hacia un acreedor. Si se quería que hubiera una obligación correlativa tenía que pactarse una segunda estipulación en el sentido inverso.

De las diversas clases de estipulaciones derivaron luego las clases de obligaciones. Así puede haber estipulaciones de dar, hacer o no hacer, simples o sujetas a condición o a plazo, con pluralidad de objetos ya sea cumulativa, alternativa o con *facultas solutionis*, con pluralidad de sujetos que dan lugar a estipulaciones solidarias o correales, estipulaciones penales, estipulaciones accesorias que funcionan como la fianza (*sponsio o fideipromissio*).

Más adelante sobre la base de estas distinciones, y perdida la relación entre acción y obligación, fue surgiendo, con fines sobre todo didácticos una parte de la teoría de las obligaciones destinadas a examinar las diversas especies o clases de estas.

Las formas de clasificar las obligaciones variaron durante la época del Derecho común y la pandectística, pero ya en Pothier (1699-1772) se encuentra una sistematización más elaborada. Pothier en su *Traité des obligations* dedica toda la segunda parte de la obra a tratar de "las diferentes especies de obligaciones", donde no sólo las clasifica sino que las estudia y examina. Así distingue especies de obligaciones según el vínculo (civiles y naturales), según la forma en que se contrata (puras y simples y condicionales así como las obligaciones alternativas y las solidarias), según las cosas que constituyen su objeto (obligaciones de dar y de hacer, líquidas y no líquidas, de especie o cuerpo cierto y de género, divisibles e indivisibles). Como obligación accesoria, estudia también las obligaciones penales (con cláusula penal) y las obligaciones de la fianza.

Sin duda esta obra influyó en el Código Civil francés y no sólo en la forma de clasificación, sino también en la regulación de las obligaciones que se derivan de esa clasificación. Así el cap. IV del título III del Libro III se denomina *"Des diverses espèces d'obligations*", y en sus normas trata las obligaciones condicionales, a plazo, alternativas, solidarias, indivisibles y con cláusula penal (arts. 1168 a 1233). Curiosamente no sigue a Pothier al poner la regulación de las obligaciones de dar, hacer y no hacer en el capítulo dedicado a los efectos de las obligaciones (arts. 1136 a 1145).

El Código Civil francés impuso esta modalidad de regular las obligaciones a los Códigos que lo siguieron, entre ellos el nuestro, si bien Bello a veces sigue más directamente a Pothier que al *Code*.

II. La clasificación del Código Civil

74 Nuestro Código Civil no tiene un párrafo que se titule de las clases o especies de obligaciones, sino que, en el libro IV después de tratar las definiciones y los requisitos generales de los actos y declaraciones de voluntad y antes de los efectos de las obligaciones trata seguidamente de varias clases de obligaciones. Parte por las obligaciones civiles y naturales (en esto sigue a Pothier y no al *Code*), luego trata de las obligaciones condicionales y modales, de las obligaciones a plazo, de las obligaciones alternativas, de las obligaciones facultativas, de las obligaciones de género, de las obligaciones solidarias e indivisibles, para terminar con las obligaciones con cláusula penal.

Siguiendo el modelo del *Code* se trata la división entre obligaciones de dar, hacer o no hacer en el título reservado a los efectos de las obligaciones, que en el Código Civil chileno va a continuación del tratamiento de las clases de obligaciones.

III. Clasificaciones doctrinarias

75 En general, los manuales de obligaciones tanto en Chile como en otros países de tradición civil codificada contienen una sección especial referida a las clases de obligaciones donde se estudian las obligaciones solidarias, indivisibles, alternativas, de género, etc. Pero no siempre coinciden en los criterios de clasificación.

Lo más común es que las obligaciones se clasifiquen según los sujetos, según el objeto o prestación, y según sus efectos. Por cierto este esquema general sufre matices y diferencias de autor en autor. Así algunos no colocan las obligaciones naturales en la clasificación de obligaciones según sus efectos, sino en cuanto a su eficacia, y agregan a la clasificación según efectos la distinción entre obligaciones de ejecución instantánea y duradera. Se agregan a veces otros factores de distinción como la autonomía (donde se colocan las obligaciones principales y accesorias) o la causa (obligaciones causadas y abstractas).

Nuevas categorías son introducidas bajo estas distinciones: así las obligaciones de medio y resultado o las obligaciones *propter rem* son insertadas en la clasificación de obligación según el objeto. También se incluyen aquí las obligaciones líquidas e ilíquidas y las obligaciones pecuniarias o de dinero. Algunos añaden una clasificación según la fuente: contractuales y extracontractuales, estas últimas divididas en obligaciones cuasicontractuales, delictuales o cuasidelictuales o legales.

Las obligaciones indivisibles a veces son consideradas al contemplar las clasificaciones según el objeto o prestación, mientras la mayoría de los autores prefiere estudiarlas en las obligaciones con sujeto plural.

Otra opción, aunque minoritaria, es la de tratar de las clases de obligaciones al revisar su estructura y elementos; así cuando se estudian los sujetos de la obligación se introduce la categoría de obligaciones de sujeto plural, y cuando se habla de la prestación se analizan las especies de obligaciones que se distinguen por el modo o el objeto de la prestación.

IV. Nuestra clasificación

76 Asumiendo que toda clasificación puede ser criticada desde diversos puntos, nos parece que la que mejor se adecúa a los propósitos explicativos o didácticos es la que divide las obligaciones según la exigibilidad del vínculo, según la forma y objeto de prestación, según si se trata de sujetos singulares o plurales y, finalmente, según sus modos y formas de cumplimiento o ejecución.

En relación con el vínculo y su exigibilidad se distinguen las obligaciones civiles y naturales, y las puras y simples y sujetas a modalidad.

Según la forma y objeto de la prestación, veremos, en primer lugar, las clasificaciones según la forma de la prestación donde estudiaremos las obligaciones positivas y negativas y las de dar, hacer o no hacer. En cuanto al objeto de la prestación, analizaremos las obligaciones de especie o cuerpo cierto y de género, las de dinero o valor y las obligaciones de objeto múltiple: simple objeto múltiple, alternativas y facultativas.

Luego estudiaremos la clasificación de obligaciones según los sujetos, y veremos las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas, las obligaciones solidarias y las obligaciones indivisibles, ya que estas sólo tienen relevancia cuando los acreedores o deudores son varios. Tratamos aquí las llamadas obligaciones concurrentes o *in solidum*.

Finalmente, en cuanto a los modos de cumplimiento o ejecución, distinguiremos obligaciones principales y accesorias, obligaciones de ejecución instantánea y de ejecución duradera, de medio o actividad y de resultado. En este punto estudiaremos las obligaciones de garantía, como formas de obligaciones de resultado.

Las obligaciones penales las mencionaremos en las obligaciones accesorias, pero se estudiará con detención al tratar de los contratos de garantía o cauciones.

Capítulo segundo - Obligaciones según la exigibilidad del vínculo

I. Obligaciones civiles y naturales

1. Origen y desarrollo histórico

77 En el Derecho romano clásico la idea de que una obligación no podía exigirse por falta de acción, pero que pagada permitía al acreedor retener el pago, surge a propósito de los esclavos que, no siendo considerados personas, no podían contratar ni generar obligaciones civiles con acción, pero, en caso de hacerlo, dado

que se admitía que era un ser humano, se admitía que había al menos un débito que justificaba la retención de lo que se diera en virtud de ellas (*soluti retentio*). De hecho la expresión "natural" (ocupada por primera vez por Javoleno: D. 35.1.40 § 3 en la expresión "*debitum naturale*"), como en la *naturalis possessio*, originalmente no aludía al derecho natural sino a que eran por su naturaleza (realidad fáctica) obligaciones, pero no reconocidas jurídicamente.

Después se extiende este reconocimiento a deudas contraídas por hijos sometidos a un mismo *pater familias*, ya sea para con éste o entre sí y las obligaciones contraídas por el *filius familias* por un préstamo usurario que vulneraba el senadoconsulto Macedoniano. También eran incluidas las obligaciones contraídas por el pupilo sin la autorización del tutor o la de pagar intereses convenidos por una promesa que no contaba con las formalidades exigidas y en general a todas las derivadas de pactos no solemnes.

Aparte de la retención de lo pagado se reconocía que estas obligaciones podían ser objeto de compensación, admitían la novación y eran susceptibles de ser garantizadas por una fianza, prenda o hipoteca.

Con el pasar del tiempo se fueron agregando otros supuestos como las obligaciones que se extinguen por la *capitis diminutio*, las que han prescrito, las provenientes de una sentencia injusta y las extinguidas por la *litis contestatio*. En época de Justiniano se añadieron como obligaciones naturales que permitían la retención de lo pagado deberes morales, religiosos o sociales, como el deber de dar alimentos a parientes que no tenían derecho a demandarlos, el deber de pagar los funerales de una persona próxima, el de constituir una dote, etc.

Con el método casuístico que los caracterizaba los romanos nunca construyeron una categoría conceptual de la obligación natural, y han sido los romanistas los que se han ocupado de ello. Para algunos, obligación civil y natural eran expresiones de la contraposición entre *Ius civile* y *Ius naturale*, de modo que las obligaciones naturales no eran protegidas por el derecho civil. Esta idea fue reforzada cuando en el imperio prevalece el cristianismo que sostiene la existencia de una justicia natural superior a la legal.

La romanística más moderna rechaza esta explicación, así como que las obligaciones naturales sean deberes morales, y adhiere a la idea de que ellas son también obligaciones civiles, porque tienen una causa civil, pero que no pueden ser demandadas porque el derecho civil pone un obstáculo para que sean exigibles.

La evolución de las estructuras sociales y la desaparición de la esclavitud, de la patria potestad, de la *litis contestatio* y de la *capitis diminutio*, indicaban que la figura de las obligaciones naturales quedaría sólo como una reliquia histórica, pero no fue así. Demostrando una sorprendente vitalidad, las obligaciones naturales han ido cubriendo diversas formas de obligaciones no exigibles.

La sistematización que hace Pothier prepara su recepción en el Código Civil francés de 1804 que las acoge con una norma amplia, al tratar del pago de lo no

debido donde se señala que "la repetición no se admite por lo que respecta a las obligaciones naturales voluntariamente cumplidas" (art. 1235;1302 después de la reforma de 2016). Y de esta forma indirecta y general ha sido recogida en otros Códigos como el italiano de 1865 (art. 1236), y en muchos latinoamericanos. No la menciona el Código español pero doctrina y jurisprudencia señalan varios casos en los que se admite la retención de lo pagado, y en el pago de lo no debido el Código señala que no procede la repetición si el que recibió el pago prueba que se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa (art. 1901). El mismo Código Civil alemán consagra también la posibilidad de retención cuando se realiza la prestación para cumplir un deber moral (*BGB* § 814).

Dada la parquedad con la que estos Códigos reconocen la obligación natural ha tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia la que identifique los supuestos de esas obligaciones así como cuál sería su naturaleza jurídica y sus efectos.

2. Recepción en nuestro Código Civil

78 En los primeros proyectos Bello siguió de cerca al Código francés de manera que la obligación natural era mencionada sólo incidentalmente respecto del pago de lo no debido o de la novación. Al parecer luego influido por Pothier y por García Goyena se dedicó un precepto a tratar de las obligaciones naturales (Proyecto de 1853), hasta llegar a configurar un título con tres artículos que se coloca a la cabeza de los títulos que tratan de las clases de obligaciones (Proyecto Inédito), y así aparecerá en el Código Civil aprobado y publicado (título III del libro IV, arts. 1470 a 1472).

Es posible que Bello haya querido evitar las discusiones y disputas a las que había dado lugar el Código Civil francés al no determinar cuáles eran las fuentes de las obligaciones naturales y sus principales efectos. En esto habrá tenido en consideración el texto de regulación de las obligaciones naturales que preparó Florencio García Goyena para clarificar el tema, pero que sin embargo posteriormente fue desechado por la Comisión que elaboró el Proyecto de 1852. En este texto se puede ver ya un listado numerado con los supuestos de obligaciones naturales, algunos de los cuales coinciden con la numeración del art. 1470.

Sobre la denominación de obligaciones "meramente" naturales, ella parece proceder de la doctrina de Pothier, si bien éste pensaba que había tres formas de obligaciones: las naturales y civiles, las que eran solamente civiles y las que eran solamente naturales (*purement naturelles*). En el pago de lo no debido se habla de obligaciones puramente naturales (art. 2296 CC).

3. Concepto, fundamento y naturaleza

a) Definición legal

79 El Código Civil dispone que "Las obligaciones son civiles o meramente naturales", y luego las distingue sobre si dan derecho o no para exigir el cumplimiento; y establece que las obligaciones civiles "son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento", mientras que obligaciones naturales son "las

que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas" (art 1470.1, 2 y 3).

Esta definición debe complementarse con lo que se dispone respecto del pago de lo no debido: "No se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural..." (art. 2296 CC).

Como vemos se trata de una definición que atiende a sus efectos más que a su naturaleza. La obligación natural no permite al acreedor demandar su ejecución ante los tribunales de justicia, pero si el deudor la paga hay pago de lo debido y no puede pedirse restitución de lo pagado. Pero el Código no señala por qué se producen estos efectos y por qué no se puede exigir el cumplimiento si se trata de obligaciones. Por ello hay que buscar en el fundamento y naturaleza de estas obligaciones tal como se han configurado en la regulación normativa.

b) Fundamento

80 La indagación por el fundamento de las obligaciones naturales pasa por determinar la razón por las que la ley reconoce que hay en estas obligaciones una causa para tener lo pagado, es decir, lo que conocemos como *débito*.

Es cierto que en el cumplimiento de una obligación natural puede verse la satisfacción de un deber moral, de honor o de conciencia. Pero no se trata de cualquier deber moral, porque si alguien entrega una limosna por caridad puede haber donación pero no pago de una obligación natural. Pero ello se trata de deberes morales que tienen la potencia de ser obligaciones civiles pero que, como sucedía entre los romanos, ante el derecho estricto tienen un obstáculo que les impide que puedan ejecutarse.

Así se deduce de los cuatro casos que menciona el art. 1470, y que de alguna manera vienen a coincidir con los tradicionales de la jurisprudencia romana. En primer lugar, obligaciones que podrían haber sido civiles pero obsta a ello un defecto de capacidad o una omisión de una solemnidad. En segundo lugar, obligaciones que son civiles pero que no son ejecutables porque han prescrito o no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

c) Naturaleza

81 Muy conectado con el fundamento se encuentra el problema de discernir la naturaleza propia de estas obligaciones y si efectivamente pueden considerarse obligaciones.

Para muchos las obligaciones naturales no son más que deberes morales, que producen algunos efectos jurídicos. No serían por tanto obligaciones en sentido propio. En el extremo opuesto se afirma que sí son obligaciones con todos los efectos, salvo el de dar derecho a exigir el cumplimiento. Algunos piensan que dan derecho para pedir el cumplimiento, pero no acción para hacer efectivo ese derecho ante los tribunales.

En un plano intermedio se sostiene que no son ni deberes morales ni tampoco obligaciones jurídicas propiamente tales, y se sostiene que serían obligaciones civiles imperfectas, pero no se analiza bien en qué consistiría la imperfección. Para los que señalan que en toda obligación debe existir débito y responsabilidad, la obligación natural sería imperfecta, o incluso no sería obligación, porque si bien existe débito no habría responsabilidad[11].

Finalmente hay quienes sostienen que ni siquiera son deberes ni morales ni jurídicos, sino que se trata de una atribución patrimonial (un hecho) a la que la ley otorga una causa jurídica que justifica la retención por parte del que la recibió, atendido a que existía un deber moral o de conciencia que el que entrega desea satisfacer de algún modo. Se sostiene que en las obligaciones naturales no existe un derecho personal del acreedor (ya que no puede exigir el cumplimiento) pero tampoco un deber de comportamiento del deudor, ya que la omisión de la conducta que supuestamente se debe no es considerada ilícita como incumplimiento.

Pero estas doctrinas han sido sostenidas para ordenamientos jurídicos donde sólo incidentalmente se reconoce la posibilidad de impedir la restitución de lo indebidamente pagado, y no parecen aplicables a nuestro Código Civil que claramente señala que se trata de "obligaciones", y que tienen un régimen jurídico que no sólo contempla la justificación de retener el pago indebido. Si no fueran obligaciones, ¿cómo se entiende que la ley hable de pago, o que permita que sean novadas o susceptibles de garantías? La explicación de que se trataría de una atribución patrimonial con causa no da suficiente cuenta de cómo nuestro Código entiende las obligaciones naturales.

Por nuestra parte, pensamos que las obligaciones naturales son auténticas obligaciones jurídicas porque sí dan derecho de crédito y producen un deber de comportamiento del deudor, si bien este derecho y este deber tienen formas diversas de manifestación que las obligaciones civiles.

El crédito en la obligación natural no permite su ejecución contra el deudor, pero si se han constituido garantías por terceros, el acreedor podrá ejercer la acción de cumplimiento en su contra. Además, si se permite la constitución de obligaciones accesorias de garantía es porque existe un crédito que funge de obligación principal, ya que si esta no existiera ¿qué obligación asegurarían dichas cauciones? Por otro lado, el derecho personal que existe en la obligación natural permite que esta obligación pueda ser novada por una obligación civil o viceversa.

También existe un débito en la obligación natural que queda de manifiesto porque la ley habla de pago, y no puede haber pago sin que haya una obligación que se paga (cfr. arts. 1470.4; 2296 y 2297 CC). Además, el Código habla de quien es "naturalmente obligado" (art. 1471 CC). Se observa entonces que existe un débito que es reconocido jurídicamente como para permitir que se retenga lo pagado, es decir, no se considera un pago de lo no debido, sino un pago de algo que se debía, aun cuando no fuera exigible coactivamente. La existencia de un

[11] Véase Nº 79 y ss.

deber de conducta también explica que las obligaciones naturales sean susceptibles de cauciones y de novación.

4. Obligaciones naturales típicas

a) Clasificación

82 Nuestro Código Civil, siguiendo el anteproyecto frustrado de García Goyena, y a diferencia de otros Códigos como el francés, ha de alguna manera tipificado los casos de obligaciones naturales. El art. 1470 contiene cuatro casos de obligaciones naturales que más o menos coinciden con los supuestos que desde el Derecho romano venían mencionándose como obligaciones que no dan derecho a pedir el cumplimiento pero sí para detentar lo pagado en razón de ellas.

El orden en que se encuentran no impone una clasificación, ya que primero menciona las obligaciones de relativamente incapaces, luego las extinguidas por la prescripción, las de actos a los que faltan las solemnidades y las que no son reconocidas en juicio por falta de prueba. Pero la doctrina chilena ha forjado una clasificación con distintas nomenclaturas pero con el mismo sentido. Se habla así de obligaciones civiles frustradas o abortadas y de obligaciones civiles degeneradas, o de obligaciones anulables y obligaciones desvirtuadas, o de obligaciones que pudieron ser civiles y obligaciones que fueron civiles y pasaron a naturales.

A nuestro juicio, estas clasificaciones no tienen mayor relevancia, y no dan cuenta de las obligaciones naturales que consisten en obligaciones civiles no reconocidas por falta de prueba, ya que este supuesto podría ser considerado una obligación civil frustrada o abortada y también una obligación civil degenerada o desvirtuada. De manera que si hubiera que intentar una clasificación deberíamos agrupar los casos en tres categorías: las obligaciones nulas, las obligaciones extinguidas por prescripción y las obligaciones civiles no reconocidas por falta de prueba.

b) Análisis particular

b.1) Obligaciones de relativamente incapaces

83 Este supuesto parece remontarse al origen de las obligaciones naturales que como vimos partió como el reconocimiento de deberes del amo para con el esclavo, y luego se expandió a obligaciones entre *alieni iuris* y el *pater familia* o entre *alieni iuris* entre sí, para luego desembocar en obligaciones contraídas por el pupilo sin autorización del tutor.

La norma dice así: tales son (obligaciones naturales): "1º) Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos" (art. 1470.1º CC).

En su texto original el Código ponía como ejemplo a la mujer casada en los casos en los que le es necesaria la autorización del marido y los menores adultos no habilitados de edad. Sucesivas reformas que eliminaron la habilitación de edad (ley Nº 7.612, de 1943) y luego la incapacidad de la mujer casada (ley Nº 18.802, de 1989), dejaron solamente como ejemplo a los menores adultos.

La norma debe complementarse con la disposición que señala que los actos de los absolutamente incapaces "no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución" (art. 1446.1 CC).

Analizando la norma puede señalarse que se trata de obligaciones contraídas pero que son nulas por razón de la incapacidad relativa de la persona que la contrae, por lo que necesariamente se refiere a la celebración de contratos por parte de estos incapaces, y además debe tratarse de personas naturales y no jurídicas.

La cuestión que más ha complicado a la doctrina es la exigencia de que se trate de incapaces que tengan "suficiente juicio o discernimiento". Es claro que los incapaces absolutos no lo tienen ya que sus actos no producen obligaciones naturales. Por lo que debe tratarse de incapaces relativos y de entre ellos no hay duda que la ley considera a los menores adultos ya que los menciona expresamente. La cuestión se centra entonces en si los actos del interdicto por disipación realizados sin las formalidades habilitantes producen o no obligaciones naturales.

Según algunos autores ello no sería posible ya que el disipador interdicto no tiene suficiente discernimiento en lo referido a la administración de su patrimonio, dado que la ley considera como prueba de la disipación "hechos repetidos de dilapidación que manifiesten una falta total de prudencia" (art. 445.1 CC). La mayoría de la doctrina, sin embargo, piensa que el pródigo interdicto, si bien carece de prudencia en términos económicos, no está privado del juicio como el demente por lo que tiene capacidad de razonar y discernir lo que está bien y lo que está mal: tiene juicio y discernimiento al menos en un grado suficiente. Además, se argumenta que si la ley ejemplifica el supuesto con los menores adultos quiere decir que hay otros incapaces cuyos actos pueden producir obligaciones naturales, y actualmente ello sólo puede darse con el interdicto por disipación.

Algún autor ha sugerido que quizás pueda haber una vía intermedia, que sería la ponderar caso a caso por el juez si el menor adulto o el disipador interdicto tenían o no suficiente juicio y discernimiento[12], lo que sería semejante a la determinación de la capacidad delictual del mayor de siete años y menor de dieciséis cuyo discernimiento debe ser juzgado por el juez (art. 2319.2 CC). Pero esta misma previsión habla más bien en contra de la vía intermedia, porque acá se hace una remisión expresa al juez, mientras que nada se dice sobre esta facultad al tratar de las obligaciones naturales. Por ello hay que entender que la frase "suficiente juicio

[12] PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 156, nt. 207.

y discernimiento" apunta a distinguir entre incapaces absolutos e incapaces relativos.

Siendo así no vemos razones para admitir que el interdicto por disipación no sea un incapaz relativo que tiene un mínimo de juicio o discernimiento, ya que la ley se contenta con un grado "suficiente" de esos atributos. En abono de esta posición debe considerarse que cuando se distingue entre incapaces absolutos y relativos, sólo respecto de los primeros se señala que sus actos no producen obligaciones naturales, y que esto no se afirma para todos los incapaces relativos incluidos los interdictos por disipación, por lo que necesariamente se ha de entender que las obligaciones contraídas por cualquier incapaz relativo tienen efecto como naturales.

Sin duda no quedan comprendidos los actos nulos por las llamadas incapacidades especiales, entendidas como las prohibiciones que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (art. 1446.3 CC), porque estas incapacidades dicen relación más con el acto y la relación entre las partes que con la persona misma del incapaz.

Otra cuestión que ha sido discutida en nuestro derecho es desde cuándo existe la obligación natural: ¿desde que se celebra el contrato por el incapaz o desde que se declara nulo dicho contrato por incapacidad? Como esto se plantea para las demás obligaciones naturales, reuniremos su estudio para un párrafo posterior en relación con los efectos.

Pero debemos prevenir que no siempre las obligaciones de los menores adultos son nulas relativamente, ya que en ocasiones esas obligaciones son civiles aunque de eficacia limitada. Por de pronto tenemos todas las obligaciones que contrae el menor adulto en la gestión de su peculio profesional o industrial para la cual se le considera mayor de edad (art. 251 CC). Más aún: los actos y contratos que no forman parte del peculio profesional o industrial y que el hijo realiza sin autorización del padre o madre que ejerza la patria potestad o el curador adjunto son válidos y generan obligaciones civiles, pero el Código advierte que sólo le obligarán en su peculio profesional o industrial (art. 260.1 CC). También se le prohíbe tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita del padre, madre o curador, pero nuevamente la sanción no es la nulidad por incapacidad, sino que sólo quedará obligado —civilmente— por el beneficio que haya reportado de dichos contratos (art. 260.2 CC).

Siendo así, hay que excluir a los menores adultos sujetos a patria potestad, y sólo quedarían, además de los interdictos por disipación, los menores adultos sujetos a guarda para los actos que realicen sin autorización del curador y que son sancionados con nulidad relativa.

b.2) Obligaciones de actos sin solemnidades

84 Un segundo supuesto de obligación natural está consignado en el Código Civil de la siguiente manera: "Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado,

impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida" (art. 1470.3º CC).

Se trata claramente de actos jurídicos solemnes, ya que el Código señala que el contrato es solemne "cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil" (art. 1443 CC). Por lo tanto, se entiende que pueden faltar tanto las llamadas solemnidades de existencia, que preferimos denominar constitutivas, como las solemnidades de validez.

No obstante, hay autores que fundándose en que aquí el Código solo habla de actos y no de actos y contratos y que el ejemplo que se da es el de un testamento, que es el típico acto jurídico unilateral, piensan que si se trata de una convención o contrato solemne no se producirían obligaciones naturales. Se agrega que la fuente de donde tomó Bello este número es una ley de las Siete Partidas que se refería solo a la obligación de pagar "mandas" (legados) impuestos por un testamento imperfecto (P. 5.14.31). Además se argumenta que, tratándose de contratos bilaterales en los que se ha omitido la solemnidad, por ejemplo, una compraventa de bienes raíces que se otorga por escritura privada, si el comprador hiciera pago del precio no podría repetirlo por ser obligación natural, mientras que el vendedor podría no hacer entrega del inmueble. No extraña, en consecuencia, que la mayoría de la doctrina circunscriba el supuesto a los actos unilaterales solemnes, como el testamento, aunque esto no siempre es compartido por la jurisprudencia.

Por nuestra parte, pensamos que la conclusión anterior es discutible y que los argumentos en los que se funda no parecen determinantes.

Respecto de que el texto hable sólo de acto, no hay que sorprenderse porque en muchas ocasiones el Código menciona como acto también a los contratos, incluso en la misma definición (art. 1438 CC). Y en otras ocasiones cuando alguna de sus normas habla de acto se entiende unánimemente que se incluyen los actos bilaterales y los contratos (así en los arts. 10, 11, 15, 377, 393, 766.3º, 1445, 1447, 1749, 1754, 1757, 1792-4, 1840, 2071, 2072, 2075, 2081.1º, 2098, 2128, 2132, 2467 y 2468). Por ello no se ve por qué en el art. 1470 Nº 3 del Código Civil la palabra acto no pudiere estar contemplada en su sentido amplio como todo acto jurídico, unilateral o bilateral.

Que el ejemplo se refiera a un testamento y que esté tomado de las Partidas tampoco parece persuasivo, porque justamente tanto el Código como las Partidas lo pone como un caso que no excluye otros, y entre los excluidos no necesariamente estarán sólo los actos unilaterales.

El argumento más fuerte en contra de la interpretación amplia de la palabra acto es la posible inequidad que se produciría si en un contrato bilateral una parte cumple y la otra no. Pero, como ya algunos autores han advertido, esto no se produciría en los contratos unilaterales, en que sólo una parte resulta obligada, como sucede en la donación. De hecho García Goyena en su proyecto hacía referencia a la donación

no insinuada que si se cumple voluntariamente no puede luego repetirse (Proyecto de 1852, art. 1025, t. II, p. 61).

Sobre contratos bilaterales solemnes puede señalarse que históricamente este caso parece provenir de los pactos "desnudos" del Derecho romano que por no contar con el "vestido formal" no eran válidos para el derecho civil, pero si se cumplía con ellos había una causa justa de retención (*soluti retentio*).

Es cierto que ello puede producir la injusticia de que sólo de uno de los contratantes cumpla con su obligación, pero esto no se produciría si la obligación natural surge una vez declarada o constatada la nulidad, lo que veremos más adelante.

b.3) Obligaciones no probadas en juicio

85 Un tercer caso de obligación natural consiste en una obligación que era civil pero que no fue probada en juicio. El Código la describe así: son obligaciones naturales "Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba" (art. 1470.4º CC). Históricamente, el caso puede remontarse al Derecho romano en los que se señalaba que era obligación natural la del deudor absuelto por sentencia judicial (D. 46.1.8 § 3; 12.6.60 pr.), aunque al parecer Bello lo tomó de una observación de Ocampo que invocaba reglas de las Siete Partidas (P. 3. 11.16; 5. 14. 33).

Debe tratarse en consecuencia de obligaciones civiles válidas que se han hecho valer en un juicio, es decir, en un proceso contencioso, pero en que el acreedor que tenía la carga de la prueba de la existencia de esa obligación (art. 1698.1 CC) no ha podido satisfacerla y por ello el juez ha debido desconocerla en su sentencia.

La causa de este desconocimiento debe ser únicamente la falta de prueba, ya sea porque no se rindió ninguna, porque la rendida fue considerada insuficiente o porque el medio probatorio era improcedente (como si se trató de probar por testigos un acto o contrato que debía constar por escrito: art. 1708). Este desconocimiento debe constar en una sentencia que esté firme o ejecutoriada.

Se plantean también algunas dudas interpretativas: ¿qué sucede si se trata de un acto que requiere de solemnidades, como por ejemplo una escritura pública en el caso de compraventa de bienes raíces o de instrumento privado para el contrato de promesa? En tal caso se señala la obligación no será reconocida por falta de prueba sino por nulidad del respectivo contrato, por lo que no se daría obligación natural, sin perjuicio de que pueda haberla conforme con el art. 1470 Nº 3 que se refiere a los actos a que faltan las solemnidades. Con todo se ha señalado que si el demandante alega que sí hubo escritura pública o privada pero que el escrito se destruyó o extravió, sí podría haber obligación natural ya que la demanda no sería rechazada por nulidad por falta de solemnidades, sino por falta de prueba de una solemnidad que se supone existió. No hay que olvidar que el Código configura el instrumento público no sólo como solemnidad sino también como medio de prueba (arts. 18 y 1701.1 CC).

Otra cuestión que puede plantearse es qué sucede si hay un reconocimiento parcial de la obligación, es decir, se aportó prueba y fue considerada suficiente pero sólo para una parte de la obligación alegada por el demandante. Nos parece que en tal caso sí habría obligación natural respecto de la parte no reconocida de la obligación, ya que, aunque parcialmente, se cumplen los requisitos exigidos por el Código en el art. 1470 Nº 4.

b.4) Obligaciones prescritas

86 El cuarto tipo de obligaciones naturales se refiere a aquellas obligaciones que han prescrito; el Código señala que son obligaciones naturales "Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción" (art. 1470.2º CC). Es curioso que sea este el único caso en el que se califique a las obligaciones como civiles, pero se entiende que lo son porque dan derecho a exigir su cumplimiento, pero una vez que se extinguen por la prescripción pasan a convertirse en naturales, que no dan derecho a para ser exigidas aunque si se pagan dan justa causa para retener lo pagado.

Este supuesto no parece haberse tomado ni del Derecho romano, ni de las Partidas, ni de García Goyena. Su fuente parece estar en el *Traité de Obligations* de Pothier (Nº 196).

Nuevamente, vemos que se trata de un caso en que hay una obligación pero que tiene un obstáculo para poder cobrarse, y que es la excepción de prescripción de la que goza el deudor.

Es claro que se refiere a la llamada prescripción extintiva, es decir, un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (art. 2492.1 CC). Y se refiere tanto a las prescripciones extintivas de acciones ordinarias, de acciones accesorias, de corto tiempo y especiales. Respecto de la prescripción de la acción ejecutiva, hay que tener en cuenta que si bien prescribe a los tres años, subsiste como ordinaria por dos años más (art. 2515.2 CC), de modo que si se paga se estará pagando una obligación civil y no natural. Tampoco será pago de obligación natural la prescripción de corto tiempo que fue interrumpida por los medios que determina el Código, ya que a ella sucede una prescripción ordinaria (art. 2523 CC), por lo que la obligación sigue siendo de carácter civil.

Sobre los efectos que produce la renuncia a la prescripción o su no alegación como excepción en juicio, nos remitimos a lo que diremos sobre el problema común que consiste en determinar desde cuándo hay obligación natural.

c) Algunas cuestiones comunes a las obligaciones naturales típicas

c.1) ¿Falta de acción o de derecho?

87 Se ha discutido si en los cuatro casos de obligación natural que consagra el Código Civil se trata de obligaciones a los que falta la acción de cumplimiento

forzado, aunque hay un derecho personal de crédito, o más bien la falta de acción se debe a la falta de este derecho.

Los partidarios de la falta de derecho aducen que el Código define las obligaciones naturales como las que no confieren "derecho para exigir su cumplimiento"; por lo que no dan derecho para reclamar la ejecución forzada. En cambio, quienes ven aquí sólo una falta de acción pero no de derecho interpretan la frase "derecho para exigir el cumplimiento" como la acción de ejecución forzada; luego la definición no dice que no haya un crédito o derecho personal sino más bien que este derecho no genera una acción de cumplimiento forzado.

La discusión tiene escaso relieve práctico porque vemos que muchas veces el Código Civil habla de acción como derecho y viceversa. Por ejemplo, al definir la prescripción extintiva se habla conjuntamente de acciones y derechos: "Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción" (art. 2492.2 CC). Quizás pueda tener alguna incidencia en determinar el tipo de exigibilidad de que carece la obligación natural y si se admite o no la compensación.

En todo caso, una solución podría ser entender que si bien hay derecho de crédito personal en las obligaciones naturales, ese crédito no incluye el derecho a exigir el cumplimiento que es sólo uno de los aspectos del crédito. No incluyendo el derecho a exigir el cumplimiento carece de acción para ejecutarlo forzadamente. Y así se justificaría que se se exija para que el fiador oponga el beneficio de excusión que la obligación principal "produzca acción" (art. 2358.3º CC).

c.2) ¿Desde cuándo son naturales?

88 La cuestión más discutida es el momento en que la obligación pasa a ser natural. Aunque los autores en general tratan esta cuestión cuando analizan cada clase de obligación, nos parece más didáctico tratarlo de manera conjunta.

Este problema no se da en el caso de las obligaciones que son naturales por no haber sido reconocidas en juicio por falta de prueba, ya que aquí es claro que la obligación surge al momento en que queda ejecutoriada la sentencia que no estimó acreditada la obligación civil.

Pero en los restantes tres casos sí se produce el problema. En los dos que se refieren a obligaciones civiles nulas se discute si la obligación es natural desde que se contrae, es decir, desde que se celebra el acto o contrato nulo relativa o absolutamente, o sólo una vez que haya sido declarado nulo por sentencia judicial. En el caso de las obligaciones civiles prescritas se cuestiona si son naturales desde que se vence el plazo de prescripción o desde que ésta es declarada por sentencia firme.

La doctrina nacional se ha dividido en dos posturas. Según una teoría la obligación existe desde el mismo momento en que se contrae ya sea por el incapaz, por el acto que adolece de un vicio de nulidad por falta de solemnidad o desde que se cumple el plazo de la prescripción. Se dan argumentos como que el Código habla de las obligaciones "contraídas" en el caso de los incapaces (art. 1470.1º CC), o de

obligaciones "que proceden" de actos a los que faltan las solemnidades (art. 1470.3º), y de obligaciones "extinguidas por la prescripción" (art. 1470.2º CC), y la sentencia que constata la prescripción es declarativa y por tanto la obligación se extingue por la sola llegada del plazo. Además, se invoca que el Código dispone que "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones" (art. 2514.1 CC).

Otro argumento se deduce de lo que se dispone en cuanto a que el fiador no tendrá derecho a reembolso por lo pagado y los perjuicios sufridos "cuando la obligación del principal deudor es puramente natural, y no se ha validado por la ratificación o por el lapso de tiempo" (art. 2375.1º CC), lo que indica que hay obligación natural antes de que se declare la nulidad, ya que no es posible que la nulidad se sanee si ya está declarada. Este argumento se usa sólo para los casos de nulidad, y no se aplicaría a las obligaciones prescritas como civiles, pero podría llegarse a la misma conclusión ya que el fiador podría pagar en vez de alegar la prescripción de la obligación afianzada, y se trataría de un pago de obligación natural. A esta conclusión puede añadirse que si la obligación es natural tampoco se permite que el fiador oponga el beneficio de excusión, ya que para oponer éste se requiere "que la obligación principal produzca acción" (art. 2358.3º CC).

Según una segunda teoría la obligación sólo es natural desde que se declara la nulidad o la prescripción. Y se ofrecen fuertes razones. En primer lugar, se señala que mientras no se declare la nulidad el acto se reputa válido y por tanto generador de obligaciones civiles; se añade que en el caso de la nulidad relativa por incapacidad si se paga voluntariamente por el que tiene la administración libre de sus bienes habría una confirmación del acto jurídico que lo sanearía y lo haría válido. Respecto de los actos a que falten solemnidades se señala que de aceptarse el pago como obligación natural antes de la declaración de nulidad se estaría permitiendo sanear la nulidad absoluta por ratificación, lo que vulneraría el art. 1683 del Código Civil. Para las obligaciones prescritas se señala que antes de que se alegue la prescripción la obligación sigue siendo civil (art. 2493) y que si se paga antes total o parcialmente lo que hay es una renuncia tácita de la prescripción (art. 2294 CC) y por tanto se paga una obligación civil.

Como puede apreciarse, ambas posiciones tienen buenos argumentos, pero nos parece que son más fuertes y plausibles los de aquellos que sostienen que la obligación natural surge del mismo acto jurídico que tiene un vicio de nulidad por incapacidad o por falta de solemnidades. El art. 1470 señala que son naturales las obligaciones contraídas o que proceden de estos actos sin hacer depender la naturaleza de natural de la declaración de nulidad. Además, la declaración de nulidad declara que el acto fue nulo desde el comienzo por lo que sería ilógico que, declarado nulo, hubiera dado origen a obligaciones civiles. El art. 2370 es claramente una prueba de que la obligación es natural sin que se declare la nulidad ya que se pone en el caso de que el fiador tenga derecho a reembolso si el acto se sanea, y si ya hubiera sido declarado nulo no es posible el saneamiento. Por otro lado, el sostener que después de declarada la nulidad mediante un largo juicio una

de las partes va a hacer pago de la obligación que nacía del acto o contrato nulo es condenar la eficacia práctica de la obligación natural a la irrelevancia total.

Se sostiene que si se paga la obligación del acto nulo por incapacidad habría confirmación a lo menos tácita (art. 1695 CC) que sanearía la nulidad y por tanto se pagaría una obligación civil. Nos parece que no es así y que habría que distinguir la voluntad con la que se hizo el pago; si fue por pagar una obligación o si se quiso validar el acto relativamente nulo. Recuérdese que la ejecución voluntaria de la obligación contratada es un acto que en principio demuestra voluntad de sanear el acto, pero no será así si únicamente existe el ánimo de pagar y no de validar el contrato. De esta manera, quien pagó la obligación pagó una obligación natural que no podrá repetir pero mantendrá la acción para demandar la declaración de nulidad relativa del contrato para otras obligaciones no pagadas o pedir la restitución de algo que se hubiere entregado para perfeccionar el contrato (por ejemplo, una prenda o un comodato).

Lo mismo puede decirse para la nulidad por falta de solemnidades: si se paga antes de la nulidad no se confirma ni se sanea la nulidad ni hay renuncia a la acción de nulidad por parte de quien paga, pero si luego el acto se declara nulo no podría pedirse la repetición de ese pago por tratarse del pago de una obligación natural, y por tanto un pago válido y no indebido.

Por cierto, en ambos casos de nulidad esto podría conllevar resultados injustos si una parte cumplió las obligaciones del contrato y la otra no, ya que por efecto de las restituciones mutuas esta última se liberaría de la obligación y, en cambio, retendría lo que se le ha pagado. Pero esto podría solucionarse a través de la doctrina del enriquecimiento sin causa, o también podría en estos casos exigirse que el deudor pague la deuda sabiendo que el acto es nulo.

Más complejo de solucionar es la cuestión del surgimiento de la obligación natural en el caso de las obligaciones extinguidas por la prescripción, ya que en este caso el pago de la deuda antes de la alegación de prescripción constituye una renuncia tácita de ésta. Pero también parece ilógico esperar a que el deudor alegue la prescripción y que ésta sea declarada para que si después paga el acreedor pueda retener lo pagado. Esto es muy difícil si no imposible que suceda en la práctica.

Pero veamos qué dice exactamente la norma que consagra la renuncia tácita de la prescripción extintiva: "Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho [...] del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, [...] el que debe dinero paga intereses o pide plazo" (art. 2494.2 CC). O sea, se trata de un hecho del deudor que reconoce la vigencia del crédito que puede ser cobrado por el acreedor sin que pueda el deudor oponer la excepción de prescripción que ya habría sido renunciada. Por eso los ejemplos no son que se pague la deuda, porque si se paga no hay nada que pueda luego cobrarse, sino la petición de un plazo o el pago de intereses, con lo que la deuda reconocida subsiste y el acreedor podría cobrarla al haberse renunciado a la prescripción.

Siendo así, si se paga la totalidad de la deuda hay pago de una obligación natural y no civil porque no se ha renunciado a la prescripción, sino que simplemente se ha extinguido la obligación natural por el pago. Si se trata de pago parcial, habrá que sostener que ese pago es pago de una obligación natural y al mismo tiempo renuncia a la prescripción pero restringida al saldo que reste impago, es decir, el acreedor puede retener lo que se le pagó a título de obligación natural, y cobrar como obligación civil lo que se le quedó adeudando.

c.3) ¿Hay más obligaciones naturales en el Código Civil? Sobre el carácter taxativo o enunciativo del art. 1470

89 En otros ordenamientos jurídicos, como en el Código francés, español o italiano en que sólo se hace mención a que no puede repetirse el pago cuando se trata de una obligación natural, la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre cuáles son esos supuestos de obligaciones naturales.

Andrés Bello, siguiendo el borrador preparado por García Goyena, quiso evitar estas discusiones estableciendo claramente los cuatro tipos de obligaciones naturales que se explicitan en el art. 1470 del Código Civil. No obstante, ese propósito se ha visto en parte frustrado, ya que aquí la discusión se ha producido sobre si se trata de una enumeración exhaustiva o meramente ejemplar o enunciativa, de modo que en el mismo Código habría otros casos de obligaciones naturales. La cuestión versa sobre qué se quiso decir con la expresión "tales son" que precede la enumeración del art. 1470. Algunos piensan que esta frase da a entender que solo son obligaciones naturales las enumeradas, lo que se reafirma con la disposición del Código que señala que no se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir "una obligación puramente natural de las enumeradas en el artículo 1470" (art. 2296 CC). Otros piensan que el "tales son" no denota exhaustividad sino más bien una enumeración enunciativa y a título ejemplar, y que el art. 2296 menciona esas obligaciones porque son las más típicas, no porque sean las únicas.

Se mencionan como tales la multa en que incurre quien que incumple el contrato de esponsales, que si la paga luego no puede reclamar su devolución (art. 99.2 CC), que el que paga intereses en el mutuo que no han sido estipulados no puede repetirlos ni imputarlos al capital (art. 2208 CC; cfr. art. 15 ley Nº 18.010, de 1981, que establece lo mismo para las operaciones de crédito de dinero) y que el que paga cuando ha perdido, sin dolo, un juego que no sea de azar ni de destreza corporal no puede repetir lo pagado o una apuesta en la que no intervenga el azar (art. 2260.3 CC).

Se suelen aducir otros ejemplos como la prohibición de repetir lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita (art. 1468 CC), el del heredero beneficiario que paga las deudas del causante yendo más allá del límite impuesto por el beneficio de inventario, o del deudor que goza del beneficio de competencia y que paga más de lo que corresponde. Pero, en general, no son aceptados como obligaciones naturales ya que no son propiamente obligaciones civiles imperfectas (que pudieron ser civiles o dejaron de serlo). La prohibición de repetir por objeto o

causa ilícita es una sanción civil que se impone a quien a sabiendas ha celebrado el acto nulo. Los casos de los beneficios de inventario y de competencia no están expresamente previstos y si se admitiera la imposibilidad de repetición ella podría justificarse más bien como una renuncia a esos beneficios.

Tampoco se aceptan por la mayoría de los autores los casos de la multa de los esponsales y el de pago de intereses no estipulados. En la multa de los esponsales se señala que el mismo Código dispone que este contrato "no produce obligación alguna ante la ley civil" (art. 98.1 CC), por lo que tampoco generarían obligación natural, y que la prohibición de repetición debe considerarse más bien el cumplimiento de un deber moral al que sólo se aplica el efecto de la no repetición. En cuanto a los intereses no estipulados se señala que al pagarse hay un acuerdo tácito en cuanto a su procedencia, de manera que se pagaría una obligación civil, aunque algunos señalan que si fuera así serían intereses estipulados.

En cambio, muchos autores reconocen que en el caso de pago en juego de habilidades intelectuales sí sería un caso de obligación natural, porque se cumpliría la causa por la cual se estima que ciertas obligaciones son consideradas naturales, a saber, que no se han convertido en civiles por algún obstáculo legal, que en este caso sería el desconocimiento del contrato de juego.

Por nuestra parte, pensamos que este problema podría solucionar distinguiendo entre obligaciones naturales típicas que producen todos los efectos previstos en los arts. 1470 a 1472, más algunos otros señalados en otras normas, obligaciones naturales atípicas que producen sólo el efecto de legitimar la retención e impedir la repetición de lo pagado, y sanciones civiles que impiden la restitución en razón de la ilicitud de la conducta.

De esta manera, puede decirse que sólo las cuatro obligaciones naturales del art. 1470 son obligaciones naturales típicas, y en ese sentido sería exhaustivo. Pero que ello no implica que en otras normas se haya recogido la obligación natural como un deber moral al que la ley le reconoce una cierta juridicidad como causa legítima de retención de lo pagado, y que podemos llamar obligaciones naturales atípicas, por dos razones: por cuanto no están enumeradas en el art. 1470 y además porque no les son aplicables los demás efectos de las obligaciones naturales, sino únicamente la retención de lo pagado en virtud de ellas.

5. Efectos de las obligaciones naturales

a) Retención de lo pagado. Requisitos

90 El principal efecto de las obligaciones naturales es la legitimidad que se otorga a la retención de lo pagado en virtud de ellas. Por ello no son pago de lo no debido, como queda claro de lo que dispone el Código Civil en el sentido de que "No se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural de las enumeradas en el artículo 1470" (art. 2296 CC) y que "se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural" (art. 2297 CC).

Y es este efecto el que configura el concepto de obligación natural ya que si bien no dan derecho para pedir el cumplimiento, "cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas" (art. 1470.3 CC).

Esta retención de lo pagado exige que el pago tenga los siguientes requisitos, que se deducen de lo que dispone el Código: "Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes" (art. 1470.5 CC). De esta manera, pueden señalarse los requisitos:

1º *Que sea un pago*: para que haya pago es necesario que se trate de la "prestación de lo que se debe" (art. 1568 CC), por lo que el acreedor no está obligado a recibir algo distinto sin su consentimiento (art. 1569.2 CC). Si consiente se dará una dación en pago, dado que este en realidad no es más que una modalidad del pago. Lo mismo sucederá si el deudor pretende pagar de manera parcial (art. 1591 CC). Se aplicarán todas las reglas del pago, incluidas las del pago por consignación (arts. 1598 y ss.) y las referidas a quien puede pagar y a quien se puede hacer el pago. Pero si paga un tercero no habrá derecho a la subrogación ni a una acción de reembolso por lo pagado. En el fondo, el tercero habrá hecho una liberalidad para con el deudor de una obligación natural. Lo mismo sucederá si el acreedor se dirige contra el tercero garante de la obligación natural (art. 1472 CC).

2º *Voluntariedad*: la ley exige que "el pago se haya hecho voluntariamente" (art. 1470.5 CC), y aquí se produce una controversia que ha dividido a la doctrina nacional por largo tiempo. Para algunos voluntariamente significa conscientemente, es decir, sabiendo que lo que se paga es una obligación natural cuyo cumplimiento no puede ser exigido por el acreedor; para otros basta que el pago sea voluntario en el sentido de espontáneo y no coaccionado, sin que sea necesario que el deudor realice el pago conociendo que está pagando una obligación natural; basta que tenga voluntad de pagar una obligación. Reconociendo que la cuestión es discutible y que hay argumentos para la primera posición; por ejemplo, que el art. 2296 diga que no se puede repetir lo que se ha pagado "para cumplir una obligación puramente natural", que el art. 1470 señale que autorizar a retener "lo que se ha dado o pagado en razón de ellas" y que si "voluntariamente" significara sólo sin coacción será una exigencia superflua ya que todo pago debe ser voluntario.

Sin embargo, parecen más fuertes los argumentos de la posición que señala que voluntariamente no implica que el deudor o quien pague por él sea consciente de que está pagando una obligación natural que no puede exigirse por parte del acreedor. Primero, porque los arts. 2296 y 1470 bien pueden interpretarse como el objeto del pago y no necesariamente del motivo psicológico del que paga. Además, el art. 2297 se pone en el caso de que se pague en virtud de un error de derecho y niega el derecho de la repetición, y parece claro que el error de derecho puede consistir en que el deudor piense que la obligación es civil y no natural. Respecto de lo superfluo que sería el "voluntariamente" puede señalarse que el codificador quiso aquí recalcar este elemento del pago para evitar que el acreedor ocupe medios ilegítimos para lograr el cobro y para excluir otras formas de pago forzado como sería el embargo y ejecución de bienes del deudor de una obligación

puramente natural o la retención de un bien del deudor que el acreedor considera dado en pago de la obligación natural. Por último, es claro que el pago de lo no debido se basa en un pago que no tiene causa, mientras que aquí existe un débito que le sirve de causa y legitima la retención.

3º *Capacidad de quien paga*: se exige que el pago se haya hecho por el que tenía la libre administración de sus bienes (art. 1470.5 CC). Siendo el pago un acto jurídico requiere que quien paga sea alguien que tenga capacidad de ejercicio. Este requisito se aplica al deudor o a la persona que paga por él ya sea como representante o como tercero que paga sin tener esa representación. Por cierto, si se trata de transferir la propiedad de una cosa el que paga debe ser el dueño o tener el consentimiento de éste y tener la facultad de enajenar (art. 1575 CC). Si la obligación natural consiste en un hacer para el que se tuvo en cuenta la aptitud o talento del deudor, sólo éste puede cumplirla (art. 1572.2 CC).

Por el deudor incapaz puede pagar su representante legal: padre o madre que ejerza la patria potestad, tutor o curador. En el caso del hijo menor adulto éste podrá hacer el pago si lo hace en la gestión de su peculio industrial o profesional y siempre que no se trate de un pago que implique disponer de bienes inmuebles (arts. 251 y 254 CC).

b) Novación y oferta de pago

91 La posibilidad de que una obligación natural pueda ser novada por una civil, o una civil por una natural no aparece en la regulación de las obligaciones naturales típicas (arts. 1470 y ss. CC), pero sí en materia de novación de obligaciones. El Código Civil dispone que "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente" (art. 1630 CC). Este efecto era ya reconocido entre los romanos que permitían que una obligación natural podía ser novada por una obligación civil, ya sea por cambio de deudor, acreedor u objeto.

La novación de obligación natural a civil requerirá siempre la voluntad del deudor, ya que en estos casos la novación se entiende como una forma de extinción equivalente al pago. Si el deudor puede pagar una obligación natural es lógico que pueda también novarla por una obligación civil. Este efecto supone que la obligación natural típica es jurídicamente una obligación y no un mero deber moral.

Más difícil de explicar es que una obligación civil sea novada por una obligación natural: no se aplica ni a las obligaciones extinguidas por la prescripción ni a las no reconocidas en juicio por falta de prueba. Podría suceder si una obligación civil que contrae un relativamente incapaz a través de su representante legal y luego el contrato de novación lo celebra el mismo relativamente incapaz sin su representante.

En todo caso, aquí puede plantearse si el deudor no paga la obligación natural pero acuerda con el acreedor que un tercero la pagará en un cierto plazo, con consentimiento de este tercero, es decir, en el caso de una delegación perfecta. Nos

parece que, sin duda, hay novación y la obligación de natural pasará a ser civil ya que hay una diferencia entre la primitiva obligación natural y la nueva en que el deudor es diferente. Si la delegación es imperfecta porque el acreedor no da por libre al primitivo deudor, podría considerarse que el delegado es un obligado subsidiario (art. 1635 CC), lo que coincide con la posibilidad de que las obligaciones naturales sean susceptibles de fianza (art. 1472 CC). En tal caso, el acreedor podrá hacer efectiva esa deuda subsidiaria reclamando el pago a este tercero.

Lo mismo sucederá si se cambia el objeto de la obligación y permanecen los sujetos activos y pasivos de la obligación natural.

La duda es si puede considerarse novada una obligación natural por el hecho de que el deudor se comprometa a pagar esa deuda dentro de un plazo a través de instrumento público o privado y el acreedor concurre dando su asentimiento.

En este caso no hay variación ni de de las partes ni del objeto, pero sí de naturaleza de la obligación que de natural pasa a ser civil. Como sabemos, la doctrina ha señalado que las clases de novación reconocidas expresamente por el Código no son las únicas, y que puede haber novación por cambio de causa o título o por cambio de modalidades. No parece haber problemas entonces en reconocer que hay novación si la diferencia entre la primera y la segunda obligación es que la primera no da derecho al cumplimiento y la segunda sí.

Si se tratara de una declaración unilateral del deudor que ofrece pagar la obligación natural bien puede considerarse que la novación se produce cuando el acreedor demanda el pago, ya que esa demanda constituirá aceptación tácita de la oferta de novación.

Por cierto, si el deudor firma un pagaré o una letra de cambio para así pagar la obligación natural, habrá novación o, al menos, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento de la obligación que consta en ese título de crédito.

c) ¿Compensación?

92 En el Derecho romano se admitía que la obligación natural pudiera compensarse con un obligación civil correlativa, de manera que esta última se extinguía hasta concurrencia del valor de la obligación natural.

No obstante, posteriormente se ha llegado a la conclusión de que no procede la compensación legal ya que los Códigos Civiles suelen agregar como requisito el que ambas obligaciones sean actualmente exigibles. Nuestro Código Civil lo señala expresamente: "La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1ª Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; 2ª Que ambas deudas sean líquidas; 3ª Que ambas sean actualmente exigibles" (art. 1656.1 CC).

La unanimidad de los autores nacionales concluye así que no siendo la obligación natural actualmente exigible, no es posible aplicar la compensación legal, aunque sí podría admitirse la compensación convencional.

Por nuestra parte, nos parece que esta conclusión desconoce el carácter de obligación de la obligación natural y tiende a considerarla un deber meramente moral que con razón no podría compensarse con una obligación propiamente jurídica. Además, la exigencia para que proceda la compensación legal es que las deudas sean "actualmente exigibles", lo cual como queda claro en el inciso siguiente de la norma que se refiere a una deuda a plazo (art. 1656.2 CC), indica que se trata de obligaciones cuya exigibilidad está suspendida por una modalidad: plazo, condición suspensiva. No alude a las obligaciones naturales que no son deudas "actualmente exigibles", sino que no son exigibles por cumplimiento forzado en ningún momento.

Por otro lado, si el deudor de una obligación natural puede pagarla voluntariamente no se entiende por qué no podría oponer esa obligación en compensación de una obligación civil que su acreedor tenga en su contra, ya que la compensación genera los mismos efectos que el pago. Por cierto, si es el acreedor de la obligación civil el que alega la compensación con una obligación natural de la otra parte, si no hay compensación legal habría compensación voluntaria facultativa ya que renunciaría al requisito de la exigibilidad que lo favorece a él.

d) Subsistencia de la obligación natural

93 El Código Civil dispone que si el acreedor pide la ejecución de la obligación natural (como civil obviamente) y la sentencia la rechaza ya sea porque el demandado opuso excepción de nulidad o prescripción o porque el acreedor no logró probar su existencia, esa sentencia no impide que la obligación se mantenga como natural: "La sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado, no extingue la obligación natural" (art. 1471 CC).

Nótese que se señala que la sentencia no extingue la obligación natural, lo que indica que la obligación ya era natural antes de la sentencia y por tanto antes que se declara la nulidad o prescripción o que se declarara no probada la obligación.

No vemos en qué casos podría, en este juicio en que se pide el cumplimiento de una obligación civil, discutirse que se trata de una obligación natural, de modo que la sentencia que se pronuncie denegando esta última produzca luego cosa juzgada sobre el punto, y que pagada la obligación natural se pudiera repetir fundándose que ya una sentencia entre las mismas partes ha declarado que no había obligación natural.

6. Las garantías de la obligación natural

a) Procedencia y requisitos

94 Siguiendo en esto al Derecho romano, nuestro Código Civil admite que las obligaciones naturales típicas sean susceptibles de ser garantizadas o caucionadas

por terceros. Se señala que "las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán" (art. 1472 CC).

La expresión "valdrán" no se refiere sólo a su validez sino a su eficacia: debe entenderse que tales cauciones "valdrán" como obligaciones civiles, y que, por tanto, dan derecho al acreedor para hacerlas valer. Esto se refrenda con lo que se indica respecto a la fianza, en el sentido de que "la obligación a que accede la fianza puede ser civil o natural" (art. 2338 CC).

Parece claro que estas cauciones no pueden ser prestadas por el mismo deudor sino que deben ser contraídas por un tercero diverso al deudor, sin que importe la relación que exista entre ambos ni cuál es el motivo o razón por la que obra este tercero. En todo caso, si se nova la obligación natural por civil es claro que puede ser garantizada por el mismo deudor, como por ejemplo con una cláusula penal.

La norma se refiere a las cauciones más tradicionales: la fianza, la hipoteca, la prenda y la cláusula penal, pero bien podría extenderse a otras garantías como la prenda sin desplazamiento o una boleta de garantía bancaria, en la medida en que sean otorgadas no por el deudor sino por un tercero, ya que el principio es el mismo.

b) Momento en que debe otorgarse

95 La cuestión más compleja de resolver es el momento en que debe otorgarse la caución. Como la norma habla de garantías para la "seguridad de estas obligaciones", debe entenderse que ellas deben constituirse desde que existe obligación natural. Por ello este problema se conecta con la cuestión de desde cuándo existe obligación natural, si desde que se declara la nulidad o la prescripción o con anterioridad. Como ya hemos sostenido, pensamos que la obligación nace como natural aun antes de que se declare la nulidad y al momento en que se cumple el plazo de la prescripción antes de que se declare. Por ello, hemos de afirmar ahora que basta que la obligación haya sido contraída por el incapaz o por un acto al que faltan solemnidades para que proceda una garantía por terceros que sea eficaz.

No sucedería lo mismo si la garantía se otorga antes o en el mismo acto en que se produce la obligación natural o antes del plazo de prescripción, porque en tal caso se estaría pretendiendo garantizar una obligación que es o puede ser civil, de modo que el garante bien podría alegar la nulidad de esa garantía por error sustancial o falsa causa. Esta postura topa con tres inconvenientes: el primero es que si se trata de nulidad relativa sólo quien es beneficiado por ella puede pedirla (art. 1684 CC), de modo que el garante no podría pedir la nulidad y la garantía sería de una obligación civil y no natural; el segundo es que si se trata de nulidad absoluta por falta de solemnidades el garante es un interesado y, por tanto, podría pedir la nulidad de la obligación principal (art. 1683 CC) y con ello sería nula también la fianza o caución otorgada dado que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Finalmente, si se trata de una obligación civil cuyo plazo de prescripción ha vencido el garante bien puede alegar la prescripción de la obligación accesoria ya que la principal se ha extinguido por prescripción (art. 2516 CC).

Pero todo esto se soluciona si se atiende a que la garantía no se otorga en el momento mismo en que nace la obligación natural. Por cierto si la garantía es anterior o coétana con el acto del que nace la obligación que se ha frustrado o se ha desvirtuado como civil, ella adolecerá de los mismos defectos y el tercero garante tendrá la posibilidad de alegar que no habiendo obligación principal tampoco puede subsistir la accesoria. El único caso en que esto no parece suceder es en el de nulidad relativa por incapacidad ya que en tal caso el tercero no estará legitimado para pedir la nulidad ya que ella no se ha establecido en su beneficio.

En cambio, si la garantía es otorgada una vez que la obligación ya ha nacido como natural, es decir, después de contraída la obligación por un acto de incapaz, por un acto nulo por falta de solemnidades o una obligación cuyo plazo de prescripción ya estaba vencido, en tal caso la garantía del tercero tiene validez y eficacia propia como obligación civil.

Lo mismo sucederá si se trata del Nº 4 del art. 1470, si la garantía es anterior a la sentencia que desecha la demanda por falta de prueba sería ineficaz ya que no hay obligación civil a la que pueda acceder, pero si se otorga una vez firme la sentencia entonces se está garantizando una obligación natural que es fundamento suficiente para la validez de la garantía del tercero.

No hay duda en que si la caución la otorga un tercero después de declarada la nulidad o la prescripción —lo que raramente sucederá— se estará garantizando una obligación natural y por tanto esa garantía será válida y eficaz.

c) Efectos

96 Los efectos de estas garantías son las propias de cada una de ellas y el acreedor podrá dirigirse contra el fiador sin que éste pueda oponer el beneficio de excusión (art. 2358.3º CC) y se regirá en todo por las reglas de la fianza. Si se trata de una garantía real, prenda o hipoteca, el acreedor deberá dirigirse contra el poseedor de la cosa y, a falta de pago, ejecutar la cosa y pagarse con el producto de su venta forzada.

El garante, sin embargo, no puede dirigirse contra el deudor principal para pedir reembolso, lo que se señala expresamente respecto de la fianza (art. 2375.1º CC), y que resulta extendible a las demás garantías. Procederá el pago por subrogación (art. 1610 CC), pero como el crédito no da derecho a exigir el cumplimiento el garante subrogado en él tampoco podrá pedir su ejecución. Si el deudor voluntariamente paga al garante subrogado habrá pago de obligación natural y no procederá su repetición.

7. Extinción de las obligaciones naturales

97 En general se aplican todos los modos de extinguir las obligaciones partiendo por el pago, al que debe añadirse la dación en pago. Procederá también la novación y la compensación (aunque para la doctrina nacional sólo procedería la compensación convencional), la pérdida de la cosa debida, la remisión o condonación y la resciliación del contrato que le da origen.

En cambio no procede la prescripción ya que el plazo se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible y la obligación natural es de suyo no exigible (art. 2514. 2 CC), así como tampoco la nulidad en los casos en que el acto nulo da lugar a obligaciones naturales (arts. 1470.1º y 3º CC).

Como vimos, la sentencia que rechaza la demanda del acreedor que pide el cumplimiento de la obligación no extingue la obligación natural (art. 1471 CC).

8. Existencia y régimen de las obligaciones naturales atípicas

a) ¿Cuáles son?

98 Nos parece que las obligaciones naturales atípicas autorizan la retención de lo pagado en virtud de ellas no porque sean obligaciones civiles frustradas o desvirtuadas, sino porque la ley ve en ellas un cierto deber moral que aunque no sea exigible impide repetir si se ha cumplido; o sea, obedecen a la extensión que sufrió la obligación natural en tiempos de Justiniano y que es considerado por la doctrina en varios países que no precisan exactamente cuáles son los casos de obligaciones naturales.

Por cierto quedan fuera de este concepto los casos en los que la imposibilidad de retención se explica como una sanción civil a una conducta reprobable como sucede con lo que se paga por un contrato con objeto o causa ilícita a sabiendas (art. 1468 CC). También deben ser excluidos aquellos casos en los que lo que opera es una renuncia como el heredero beneficiario o el deudor con beneficio de competencia que paga más de lo que le corresponde. También debieran quedar fuera las obligaciones remitidas por un convenio concursal de los acreedores, ya que el pago de ellas puede explicarse sencillamente como una renuncia al convenio.

No sucede lo anterior con los tres casos clásicos que se dan en nuestro Código en los que de manera expresa se señala que pagada una obligación que no es exigible se paga bien y no puede repetirse lo pagado. Estos casos son la multa en los esponsales (art. 98 CC), los intereses no estipulados (arts. 2296 CC y 15 LOCD) y el contrato de juego de destreza intelectual o de apuesta que no sea de azar (art. 2360.3 CC).

Pensamos que estos tres casos se explican mejor si se considera que lo que hace la ley es admitir que hay un cierto deber moral que si el deudor se entiende obligado a cumplir lo puede hacer y en tal caso el acreedor puede retener lo que se le ha pagado.

Esto es manifiesto en el caso de los esponsales ya que es claro que si el esposo incumplidor paga la multa establecida es porque piensa que tiene el deber moral de reparar de alguna manera el daño causado a la otra parte. No se trata de una sanción por el incumplimiento, ya que el art. 98 señala que de este contrato no nace obligación alguna ni siquiera natural. Pero sí nace un deber moral, no de contraer matrimonio, pero sí de reparar el perjuicio causado por la retractación. Incluso podría pensarse que aunque no se hubiera estipulado multa (lo que en la época actual resulta anacrónico), si luego del compromiso de contraer matrimonio uno de

los novios se arrepiente y le paga algo al otro alguna cantidad de dinero para reparar los gastos en que haya incurrido o el daño moral o reputacional que le ha causado, habría pago de una obligación natural atípica y, por tanto, no podría luego repetir lo que haya pagado con esa finalidad.

También parece claro en el pago de una deuda de juego que no genera acción para demandar su cumplimiento, como sucede con los juegos que no son de azar y en los que predomina la habilidad intelectual por sobre la destreza corporal o física. Algunos autores señalan que aquí habría una obligación natural típica porque se trataría de una obligación civil frustrada por el desconocimiento que hace la ley de este contrato. Pero nos parece que no es esa la razón determinante por la que se autoriza la retención: lo que sucede es que, si bien la ley para desincentivar el juego y la apuesta (no de azar) no da eficacia al contrato para pedir el cumplimiento reconoce que hay un cierto deber de honor o moral del que pierde y que si paga está satisfaciendo su conciencia y honorabilidad, de modo que considera que la atribución que se hace al ganador tiene causa legítima de retención.

El caso más complejo de calificar como deber moral es el del pago de intereses no estipulados, pero la explicación que se suele dar de que al momento del pago habría estipulación a lo menos tácita no parece convincente ya que la norma exige que se trate de intereses no estipulados ni expresa ni tácitamente. Por nuestra parte pensamos que si el deudor de un mutuo u operación de crédito de dinero que, en principio no tiene que pagar intereses de modo que el acreedor le está prestando el dinero de manera gratuita y haciéndole un favor, accede a pagarle intereses sea por el total o parcialmente está cumpliendo un deber moral que aunque no es exigible servirá al acreedor como causa legítima para retener esos intereses en cuanto tales y no imputarlos al pago del capital.

Nos parece que estas obligaciones naturales atípicas son las que están expresamente recogidas en nuestro Código Civil, pero bien podría la jurisprudencia construir otros casos sobre la base de estos, tal como vimos en el caso de la indemnización de perjuicios por el rompimiento de una promesa matrimonial.

b) Efectos

99 Las obligaciones naturales atípicas que ya analizamos sólo producen el efecto de servir de causa para la retención de lo pagado en razón de ellas.

Pero debe haber un auténtico pago, por lo que el que paga debe hacerlo voluntariamente y ser una persona que tenga capacidad de ejercicio o su representante legal. Debe extenderse lo que se dispone para los juegos y apuestas: "Lo pagado por personas que no tienen la libre administración de sus bienes, podrá repetirse en todo caso por los respectivos padres de familia, tutores o curadores" (art. 2262 CC). Aquí el Código mantiene la antigua expresión "padres de familia", pero debe entenderse que se refiere al padre o madre que ejerze la patria potestad, aunque con la salvedad que ya hicimos en relación con el peculio profesional o industrial del hijo menor adulto.

En el caso de juego y la apuesta se necesita igualmente que quien haya ganado lo haya hecho sin dolo. En la apuesta hay dolo si el que hace la apuesta "sabe de cierto que se ha de verificar o se ha verificado el hecho de que se trata" (art. 2261 CC). Pensamos que esta regla también debe extenderse a los otros casos de obligaciones naturales atípicas de modo que si en la configuración del contrato que dio lugar a la obligación el acreedor actuó con dolo, no podrá retener lo que le haya pagado aunque se trate de una obligación natural atípica. Por ejemplo, si en el contrato de esponsales se pacta una multa sabiendo que la otra parte no cumplirá el compromiso, y luego el deudor incumplidor la paga, probado el dolo de la otra parte podrá pedirse la repetición de lo pagado, ya que *fraus omnia corrumpit*.

No se aplica aquí el art. 2296 que se refiere sólo a las obligaciones naturales típicas, sino las disposiciones especiales que consagran la imposibilidad de repetir lo que se haya pagado (arts. 98, 2296 y 2360.3 CC).

No habiendo disposiciones especiales que permitan novar, compensar o garantizar por terceros estas obligaciones, estos efectos no se aplicarán a las obligaciones naturales atípicas.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: VILLARROEL BARRIENTOS, Carlos y VILLARROEL BARRIENTOS, Gabriel, *La obligación natural como elemento moralizador de la relación jurídica en el Código Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982; SALINAS ARANEDA, Carlos, "Fuentes de las obligaciones naturales en el Código Civil de Chile", en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 10 (1984), pp. 133-169; ROZAS VIAL, Fernando, "Algunas consideraciones sobre obligaciones naturales", en *Revista Chilena de Derecho* 3, 1976, 1-3, pp. 49-59; ROZAS VIAL, Fernando, "Algunas consideraciones sobre obligaciones naturales y civiles", en *Revista Chilena de Derecho* 4, 1977, 1-6, pp. 299-303; ROZAS VIAL, Fernando, "Las cauciones en las obligaciones naturales", en *Revista Chilena de Derecho* 5, 1978, 1-6, pp. 427-430; UGARTE GODOY, José Joaquín, "La juridicidad de las obligaciones meramente naturales", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 19, 1998, pp. 399-416; NAVIA ARROYO, Felipe, "Las obligaciones naturales en el Código de Bello", en P. Carvajal, y M. Miglietta (edits.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito*, Edizioni dell'Orso, t. 3, 2014, pp. 387-425.

II. OBLIGACIONES PURAS Y SIMPLE Y SUJETAS A MODALIDAD

1. Observaciones generales

a) La distinción para actos jurídicos y para obligaciones

100 La distinción entre puros y simples y sujetos a modalidad se ve a propósito del acto jurídico y de los contratos, y en esa sede la estudiamos en nuestro la parte general de nuestro *Curso*[13]. Pero el Código Civil trata la diferencia en la clasificación

[13] Véase *Curso. Parte general*, pp. 644 y ss.

de las obligaciones y en efecto la modalidad es más propia de las obligaciones que de todo un acto jurídico o contrato.

Las obligaciones puras y simples son aquellas que producen sus efectos sin ninguna alteración en cuanto a su certidumbre, tiempo o finalidad. Las sujetas a modalidad, en cambio, son aquellas cuya eficacia se ve modificada por una circunstancia que se le agrega y que "modaliza" su existencia o exigibilidad (condición, plazo, modo).

Por regla general, las obligaciones son puras y simples ya que las modalidades son elementos accidentales de un acto jurídico que se le agregan mediante cláusulas especiales (art. 1444 CC), si bien en la práctica las obligaciones contractuales suelen estar sujetas a a modalidades, sobre todo a la del plazo.

Como excepción se suelen mencionar la condición resolutoria tácita (art. 1489 CC) y el plazo tácito (art. 1494.1 CC), que constituyen elementos de la naturaleza, e incluso hay modalidades que son elementos de la esencia como la condición de existir el fideicomisario a la época de la restitución (art. 738.1 CC) o el plazo en el usufructo en que la muerte del usufructuario opera como plazo indeterminado (art. 770 CC).

Aunque en el plano de las condiciones hoy se niega que la resolución por incumplimiento de un contrato bilateral sea propiamente una condición resolutoria, y respecto de las condiciones que son elementos de la esencia se las califica no como modalidades sino más bien como *condicio iuris*, en el sentido de que se trata de aspectos de la estructura de una institución, derecho o acto jurídico, como sería la condición de existencia del fideicomisario o el incumplimiento para la cláusula penal.

b) Modalidades y autonomía privada

101 Las modalidades son propias de los actos o negocios jurídicos y constituyen uno de los aspectos en los que se desenvuelve la autonomía privada. Por ello requieren declaración expresa, no pueden ser presumidas ni construidas analógicamente y su interpretación debe ser restrictiva, ya que la regla general es que una obligación o acto sea puro y simple.

En algunos actos, sobre todo en aquellos del derecho de familia donde predomina el interés público por sobre la libertad de los particulares, se prohíben las modalidades como sucede en el matrimonio (art. 102 CC), en el acto de reconocimiento de un hijo (art. 189.2), la institución de la legítima rigorosa (art. 1192.1 CC) y la aceptación de una asignación por causa de muerte (art. 1227 CC). Respecto de las mejoras se admiten las modalidades aunque sólo a favor de otros asignatarios de mejora (art. 1195.2 CC). También el Código Civil excluye ciertas condiciones como las meramente potestativas (art. 1478 CC), las moralmente imposibles (arts. 1475 y 1476 CC) y en materia de asignaciones testamentaria la de no casarse o la de permanecer viudo (arts. 1074 y 1075 CC).

También las obligaciones de fuente legal pueden estar sujetas a modalidades, sobre todo a la de un plazo, como sucede con la obligación de pagar alimentos, que debe pagarse por "mesadas anticipadas" (art. 331.1 CC). En general, los jueces en las sentencias no pueden fijar modalidades salvo que la ley así se los permita como sucede con el plazo para restituir la cosa reivindicada (art. 904 CC).

c) Modalidades típicas

102 Las modalidades típicas son la condición, el plazo y el modo, que el Código regula en materia de obligaciones (arts. 1473 y ss.) y de asignaciones testamentarias (arts. 1070 y ss.).

Pero se suelen agregar otras como la solidaridad o la alternatividad, que se estudian en las clases de obligación según la pluralidad de sujetos o de objetos. También se entiende que la representación puede considerarse modalidad del acto jurídico.

A continuación analizaremos las obligaciones sujetas a modalidades típicas, comenzando por las obligaciones condicionales.

2. Obligaciones condicionales

a) Concepto y regulación

103 El Código no define propiamente la condición, sino la obligación condicional: "Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no" (art. 1473 CC); o la asignación testamentaria condicional: "Asignación condicional es, en el testamento, aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo" (art. 1070.1 CC).

Con estos elementos, la doctrina ha acuñado la siguiente definición de condición: es un hecho futuro e incierto del cual depende la adquisición o la extinción de un derecho. De esta manera, se distinguen en la condición un hecho y la subordinación de un efecto jurídico a su acaecimiento o no, que debe ser incierto.

La condición aparece regulada en el Código en dos sitios: dentro de las obligaciones condicionales (arts. 1473- 1493 CC) y a propósito de las asignaciones testamentarias (arts. 1070-1079 CC). Para las obligaciones priman las primeras normas pero en lo que no se opongan a ellas se aplican las reglas de las asignaciontes testamentarias: "Las disposiciones del Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales..., se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes" (art. 1493 CC).

A su vez para las asignaciones testamentarias priman sus reglas propias y en lo no previsto en ellas se aplican las normas de las obligaciones condicionales: "Las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título

De las obligaciones condicionales, con las excepciones y modificaciones que van a expresarse" (art. 1070.3 CC).

b) Caracteres esenciales

104 Toda condición debe reunir dos características esenciales: la futureidad y la incertidumbre.

La futureidad consiste en que debe tratarse de un hecho del porvenir, que va a suceder o que no va a suceder. La época debe ser la de la celebración del contrato o de la fuente que contiene la obligación condicional.

Pero no basta que el hecho sea futuro sino que debe ser incierto, es decir, no debe haber seguridad de que sucederá o que no sucederá (si se trata de un hecho negativo). En esto la condición se diferencia del plazo, ya que este último también es un acontecimiento futuro pero se sabe de cierto que sí sucederá.

Respecto de las asignaciones testamentarias el Código señala que lo futuro se entiende desde la fecha del testamento, salvo que se diga otra cosa: "Lo pasado, presente y futuro se entenderá con relación al momento de testar, a menos que se exprese otra cosa" (art. 1071.2 CC).

A pesar de no ser propiamente condiciones el Código regula los efectos distinguiendo si el testador pone como condición un hecho presente o pasado a sabiendas de que no se trata de un hecho futuro o si el testador lo pone como condición pensando en que se trata de un hecho futuro pero en realidad se trata de un hecho presente o pasado.

En el primer supuesto, se dispone que "la condición que consiste en un hecho presente o pasado, no suspende el cumplimiento de la disposición", por lo que "si existe o ha existido, se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, no vale la disposición" (art. 1071.1 CC). En el fondo, dispone los mismos efectos que si fuera realmente una condición: si el hecho sucedió la condición se mira como no escrita, es decir, la asignación se transforma en pura y simple. Si el hecho no existió ni existe, la asignación no tiene efectos; es nula.

Distinto es el caso si el testador pone como condición un hecho pasado o presente pero pensando en que se trata de un hecho futuro, es decir, "si la condición que se impone como para tiempo futuro, consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador" (art. 1072 CC). Para saber si la asignación tiene efectos o no hay que distinguir si el testador lo supo o no, y si el hecho es de los que pueden repetirse. Si el testador no lo supo, la condición se mira como cumplida pueda o no repetirse el hecho. Si el testador supo que el hecho ocurrió durante su vida y el hecho es de lo que no pueden repetirse, también se mira la condición como cumplida. Si el testador supo y el hecho puede repetirse debe entenderse que el testador exige su repetición (art. 1072 CC).

Se discute si estas reglas son aplicables a las obligaciones. Para algunos ello no sería posible ya que están diseñadas pensando en las asignaciones

testamentarias. Pensamos, sin embargo, coincidiendo con otros autores, que esas reglas pueden aplicarse conforme a lo que dispone el art. 1493 del Código en el sentido de que ellas no se oponen a lo previsto en las normas relativas a las obligaciones condicionales.

c) Hechos que no son condiciones. La condicio iuris

105 Como ya vimos, no son condiciones aquellos *hechos que no son futuros ni inciertos*, sin perjuicio de que se apliquen las soluciones que se dan para estos casos en relación con las asignaciones testamentarias (arts. 1071 y 1072 CC).

Las condiciones que consisten en *hechos imposibles*, ya sea física o jurídicamente, tampoco son propiamente condiciones ya que carecen de incertidumbre. Si se pone como condición el secar completamente el océano Pacífico o el viajar a Plutón y volver en tres días, es claro que ello no sucederá y, por tanto, no se trata de un hecho incierto. Lo mismo ocurre con aquellas condiciones que son jurídicamente imposibles, como la de realizar una compraventa de un inmueble por escritura privada o vender un bien nacional de uso público como una playa o una plaza. En estos casos es imposible cumplir la condición ya que la ley sanciona estos actos con la nulidad y los priva de efectos. En cambio sí serían condiciones las que consisten en un hecho ilícito, como ejecutar un fraude o un homicidio, porque se trata de un hecho incierto que puede suceder o no, aunque el Código las declare ilícitas.

Finalmente, no son propiamente modalidades las llamadas *condicio iuris*, que son hechos futuros e inciertos pero que conforman la estructura misma del funcionamento jurídico de un derecho o de una institución. Son múltiples y se caracterizan por que son exigidas no por estipulación de las partes sino por la conformación jurídica misma de la institución. Por ejemplo, la muerte del testador es *condicio iuris* de la eficacia del testamento, el incumplimiento es *condicio iuris* de la cláusula penal o de la excepción de contrato no cumplido, la existencia del fideicomisario a la época de la restitución es *condicio iuris* del fideicomiso. La *condicio iuris* normalmente es supensiva, pero puede ser resolutoria, como sucede por ejemplo con la voluntad de recomprar en el pacto de retroventa (art. 1881 CC) o en la oferta de un tercero que mejora el precio en el pacto de retracto (art. 1886 CC). También es *condicio iuris* resolutoria de los derechos patrimoniales de la criatura que está por nacer el que no llegue a tener "existencia legal" y que opera con efecto retroactivo (art. 77 CC).

d) Clases de condiciones

d.1) Suspensivas y resolutorias

106 Las condiciones según su eficacia se distinguen en suspensivas y resolutorias. Las suspensivas son aquellas que suspenden el nacimiento del derecho personal y, por tanto, el surgimiento de la obligación correlativa. Por ejemplo, me obligo venderte mi automóvil en 100 siempre que mañana llueva, o te daré 100 mil pesos si tal equipo de fútbol gana el partido del fin de semana. En todos estos casos, el

hecho futuro e incierto mantiene en suspenso el nacimiento de la obligación y, por tanto, del derecho personal o de crédito.

Son, en cambio, condiciones resolutorias aquellas de las cuales depende la extinción de un derecho u obligación. En estos casos, la obligación nace pero queda sujeta a una posible extinción si se realiza el hecho futuro e incierto en que consiste la condición. Por ejemplo, te daré una mesada de 100 mil pesos mensuales pero si repruebas el curso de Derecho Civil dejaré de dártela. Normalmente, la terminación de los contratos obedece a una condición resolutoria determinada por las partes ante ciertas causales y sobre todo por el incumplimiento.

El Código se refiere en conjunto al nacimiento o extinción de un derecho ya sea personal (obligación) o real: "La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho" (art. 1479 CC).

Se suele comentar que en realidad toda condición es suspensiva y resolutoria al mismo tiempo sólo que para una de las partes será suspensiva y para la otra resolutoria, pero esto es aplicable a la adquisición o extinción de derechos reales. Así si hay derecho de usufructo sujeto a condición resolutoria, esa condición será resolutoria para el usufructuario pero será suspensiva para el nudo propietario que mantendrá en suspenso el derecho a la propiedad plena mientras no se cumpla la condición. Pero respecto de obligaciones parece que no puede aplicarse ya que si se trata de un condición suspensiva de la que depende el nacimiento de una obligación, este hecho no puede ser a la vez considerado como condición resolutoria de una obligación que no llega a nacer.

d.2) Positivas y negativas

107 El Código Civil divide las condiciones en positivas si consisten en que suceda algo y negativas si consisten en que no ocurra alguna cosa: "La condición es positiva o negativa.— La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca" (art. 1474 CC). Así la condición de que llueva tal día es positiva, mientras la condición de que no llueva dicho día es negativa.

La distinción no tiene mayor relevancia, pero sirve para determinar si la condición ha fallado o se ha cumplido: "Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado" (art. 1482 CC). Igualmente, presenta utilidad para determinar los efectos de las condiciones posibles o imposibles, que veremos enseguida.

d.3) Posibles e imposibles

108 Las condiciones posibles pueden ser físicamente posibles o moralmente posibles, y son todas aquellas que no son imposibles. El Código Civil aclara que "es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es

opuesta a las buenas costumbres o al orden público" (art. 1475.2 CC). A estas condiciones moralmente imposibles pertenecen "las inductivas a hechos ilegales o inmorales" (art. 1480.3 CC).

Se equiparan a las condiciones imposibles aquellas que están concebidas en términos ininteligibles (arts. 1475.3 1480.2 CC), como si se señala que alguien se obliga a dar 100 mil pesos siempre que tal día amanezca nublado y soleado.

En esto el Código mezcla dos conceptos: las condiciones imposibles (que en realidad no son condiciones) con las condicionenes ilícitas. Así la condición físicamente imposible no es condición porque hay certeza de que no ocurrirá algo que es contrario a las leyes de la naturaleza física. En cambio, cuando se refiere a las condiciones moralmente imposibles parece estar pensando no en una imposibilidad jurídica (una compraventa de bienes raíces que no se haga por escritura pública) sino en una condición que consiste en un hecho ilícito: "un hecho prohibido por las leyes" u "opuesta a las buenas costumbres o al orden público" (art. 1475.2 CC). Esta sí es una condición porque hay incertidumbre sobre si el hecho legalmente prohibido o contrario a las buenas costumbres o al orden público se realizará o no, pero siendo ilícita el Código las equipara a las moralmente imposibles.

Veremos más abajo los efectos de la imposibilidad en las condiciones[14].

d.4) Potestativas, casuales y mixtas

109 Las condiciones se clasifican según si interviene la voluntad humana o el azar en potestativas, casuales y mixtas.

Son condiciones casuales aquellas que dependen de la voluntad de un tercero o de un acaso (entendido como casualidad o acontecimiento imprevisto); son potestativas las que dependen de la voluntad de una de las partes de la obligación, ya sea el deudor o el acreedor, y son mixtas las que en parte dependen de la voluntad del deudor o del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso. El Código dispone así que "se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso" (art. 1477 CC). Llama la atención que la norma considere sólo la voluntad del acreedor para configurar una condición mixta, pero parece manifiesto que si se trata de la voluntad del deudor y de la de un tercero o del acaso también será calificable de condición mixta.

Las condiciones potestativas se clasifican en simplemente potestativas o meramente potestativas. Las simplemente potestativas son aquellas que consisten en un hecho voluntario del acreedor o del deudor; las meramente potestativas son aquellas que consisten "en la mera voluntad de la persona que se obliga" (art. 1478.1 CC). La distinción se justifica ya que si se trata de un hecho del acreedor o

[14] Véase Nº 111.

del deudor no queda al arbitrio de su voluntad y pueden surgir obstáculos que le impidan realizarlo (te doy un auto si mañana viajo a Concepción), mientras que si se trata de la mera voluntad del deudor (la persona que se obliga) en realidad no hay voluntad seria de obligarse (mañana te doy mil pesos si quiero).

d.5) ¿Expresas y tácitas?

110 Se suele distinguir entre condiciones expresas y condiciones tácitas, ya que la voluntad de las partes puede manifestarse de ambas maneras. Pero el único ejemplo que se suele dar es el de la llamada condición resolutoria tácita del art. 1489 del Código Civil sobre la que hay consenso en que no es una verdadera y propia condición.

Por esto pensamos que, como modalidad y elemento accidental, la condición debe siempre ser expresa (art. 1444 CC), aunque no es necesario que sea redactada en términos fijos o sacramentales como "bajo la condición de" o "sujeto a la condición de". La formulación de la condición puede hacerse de diversas maneras e incluso ser objeto de una interpretación para determinar si es o no condición, pero en caso de llegarse a la conclusión de que sí es condición es porque ella ha sido explicitada en el acto jurídico que es la fuente de la obligación condicional.

e) Validez

e.1) Según posibilidad y licitud

111 Las condiciones imposibles producen diversos efectos dependiendo de si son negativas o positivas (art. 1476 CC) o suspensivas o resolutorias (art. 1480 CC).

Si se trata de una condición suspensiva que es o se hace imposible se la tiene por fallida (art. 1480.1 CC), es decir, la obligación no nace. Pero si es negativa de una cosa físicamente imposible, nace la obligación como pura y simple (art. 1476 CC) y si es negativa que consiste en la abstención de un hecho inmoral o prohibido "vicia la disposición" (art. 1476), es decir, la obligación no nace y se la considera nula; lo que es lo mismo que considerarla fallida.

La condición resolutoria que es imposible se tiene por no escrita (art. 1480.4 CC), es decir, la obligación es pura y simple, lo que se producirá igualmente si la condición resolutoria es negativa de una cosa físicamente imposible (art. 1476 CC), pero si consiste en una condición negativa que consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido "vicia la disposición" (art. 1476 CC), es decir, la obligación se estima nula.

e.2) Según la dependencia de la voluntad del obligado. Nulidad de la condición meramente potestativa

112 El Código Civil dispone que "Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga"

(art. 1478.1 CC). Pero aclara que "si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá" (art. 1478.2 CC).

Este precepto da origen a la distinción entre condiciones simplemente potestativas, aquellas que dependen de un hecho voluntario del deudor o del acreedor, y las meramente potestativas que consisten sólo en la mera voluntad de querer obligarse (en caso del deudor) o de que otro resulte obligado (en caso del acreedor).

El Código Civil sanciona con la nulidad, pensamos que de pleno derecho, la obligación que depende de la mera voluntad del deudor (la persona que se obliga), y esto parece obvio porque si fuera así no habría propiamente un vínculo jurídico. Por ejemplo, si alguien dice: me obligo a darte 100 mil pesos en la medida en que mañana quiera dártelos; lo cierto es que una declaración así puede ser la expresión de un deseo o posibilidad pero no una verdadera obligación. Por eso pensamos que no es necesario pedir la declaración de nulidad absoluta y la sanción es la nulidad de pleno derecho que no requiere declaración judicial.

En todo caso, el Código admite la validez de las condiciones meramente potestativas que dependan de la sola voluntad del acreedor ya que en tal caso sí hay obligación aunque sujeta el hecho futuro e incierto de que el acreedor manifieste su voluntad de ejercer el crédito. En esto se fundamenta el pacto de retroventa (art. 1881), el comodato precario (art. 2194) y las llamadas ventas a prueba o al gusto (art. 1823).

Se ha discutido si se aplica la nulidad a la condición meramente potestativa del deudor que es condición resolutoria, es decir, si puede depender de la mera voluntad del deudor la extinción de la obligación. Se señala que esto explica que las donaciones revocables puedan ser revocadas al puro arbitrio (art. 1136 CC), ya que sería un deudor que pone término a una obligación. Pero en contra se puede señalar que el art. 1478 no distingue entre si la condición es suspensiva o resolutoria y que en el caso de las donaciones revocables no se trata de una obligación sino de un acto jurídico completo por lo que ambas partes son acreedoras y deudoras. Por ejemplo, si la donación ha sido entregada en vida el donatario es el deudor y el donante el acreedor de la restitución de la cosa.

Otra cuestión que se ha presentado es cómo distinguir la mera voluntad de un hecho voluntario. Es lógico que valga la condición en estos casos porque un hecho voluntario aunque depende de la voluntad del deudor depende también de que se den las circunstancias que posibiliten la realización del hecho. Por ejemplo, si se pone como condición que el deudor se obligará a dar en préstamo un auto si visita a su vecino al día siguiente; aunque el deudor tenga toda la voluntad de realizar la visita si le da un ataque cardíaco y se le lleva al hospital la condición no se cumplirá. Si se pone como condición que corra una maratón tampoco dependerá de su sola voluntad ya que la maratón puede suspenderse por razones climáticas, etc. Por cierto, el hecho voluntario puede consistir en una abstención: como no salir de la casa durante un día completo.

El problema lo ponen negocios jurídicos propios de la economía moderna como el contrato de promesa unilateral o el contrato de opción tanto de comprar como de vender acciones. Es claro que sería absurdo negar validez a este tipo de negocios que posibilitan el tráfico jurídico. Una solución sería señalar que en estos casos no es la exclusiva voluntad del deudor la que hace nacer la obligación (ya de vender o comprar) sino su manifestación en determinados plazos o con ciertas formalidades, y estas circunstancias transforman la mera voluntad en un hecho voluntario, con lo cual la condición deja de ser meramente potestativa y pasa a ser simplemente potestativa. Otra forma de mantener la validez de este tipo de condición es estimar que en estos casos no es la sola voluntad la que determina la decisión del deudor, sino un conjunto de intereses económicos cuya apreciación se reserva a la discreción de una parte.

Igualmente, se ha controvertido si la obligación sujeta a condición meramente potestativa del deudor está establecida en un contrato bilateral o sinalagmático, ya que ello podría provocar la injusticia de que una de las obligaciones sea considerada nula y en cambio la otra válida. Por ejemplo, si se pacta un arrendamiento en que se establece que el arrendatario pagará la renta si quiere o si celebra un contrato de compraventa de acciones y se dispone que el precio lo pagará el comprador cuando y si lo estima conveniente. La solución más clara es que estos contratos serían nulos por falta de causa, ya que desaparecida la obligación de una de ellas no hay causa para que la otra parte se vea obligada. Pero dependerá de la intención de las partes porque bien podrían las partes haber llamado arrendamiento a lo que en verdad era un comodato o compraventa a lo que era una donación; en tal caso, los contratos serían válidos salvo que no cumplieran con las formalidades propias del contrato que realmente quisieron celebrar.

e.3) Algunas condiciones expresamente prohibidas

113 En la regulación de las asignaciones testamentarias condicionales se contempla la prohibición de varias condiciones, como la de no impugnar el testamento que no sea de nulidad por defectos de forma (art. 1073 CC), la de no contraer matrimonio, salvo que sea mientras no cumpla el asignatario 18 años o menos (art. 1074 CC) o de permanecer en estado de viudedad, salvo que tenga hijos del matrimonio anterior o que se provea a la subsistencia de una persona soltera o viuda mientras permanezca en ese estado (art. 1075 CC). En todos estos casos, la sanción de la prohibición es la nulidad de pleno derecho ya que se señala que se tendrán por no escritas (arts. 1074 y 1075 CC).

Nos parece que estas condiciones salvo la de no impugnar el testamento se aplican también a las obligaciones condicionales por la remisión que se hace a las normas de las asignaciones testamentarias en cuanto no pugnen con reglas de las convenciones (art. 1493 CC). La de no impugnar el contrato por razones de nulidad ya de fondo o de fondo no puede aplicarse ya que ella implicaría una renuncia al derecho a pedir la nulidad, lo que se prohíbe expresamente (art. 1469 CC).

f) Cumplimiento de las condiciones

f.1) Estados de la condición según su cumplimiento

114 En cuanto a su cumplimiento, la condición reconoce tres posibles estados: el de pendencia, el de cumplimiento y el de frustración. Se habla así de que la condición puede estar pendiente: si todavía no ha acaecido el hecho futuro e incierto en que consiste la condición positiva o si aún hay posibilidades de acaezca el hecho futuro e incierto si es negativa.

Si el hecho sucede y es positiva o si el hecho no sucede en el tiempo previsto y es negativa, la condición se considerará cumplida.

A la inversa, si el hecho no sucede y es positiva o si el hecho sucede y es negativa durante el tiempo previsto, la condición se considerará como fallida.

El Código lo resume de la siguiente manera: "Se reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado" (art. 1482 CC).

f.2) Tiempo en que deben cumplirse las condiciones

115 Lo anterior nos pone el problema de en qué tiempo deben cumplirse las condiciones, de manera que si no sucede el hecho en las condiciones positivas o si sucede el hecho en las condiciones negativas, se las tendrá por fallidas. La doctrina suele mencionar este problema como la caducidad de las condiciones.

Por cierto si hay certeza de que no sucederá el acontecimiento se tendrá por fallida la condición positiva y cumplida la negativa, pero esto no será lo más habitual. Lo normal será que haya un plazo para que se cumpla o falle la condición. A ello alude el Código cuando dispone que falla la condición positiva y se cumple la negativa "cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse, y no se ha verificado" (art. 1482 CC).

Por cierto, las partes pueden estipular un plazo dentro del cual debe cumplirse la condición conforme a la autonomía privada que les asiste. El problema se produce si las partes no han fijado un tiempo para que se cumpla la condición. Curiosamente en el Mensaje que redactó Bello para introducir el Código Civil al Congreso señala que "Otra que tiende al mismo fin [evitar embarazos a la circulación de los bienes] es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse". Pero no hay ningún precepto que disponga este plazo para considerar fallidas las condiciones.

No obstante, dado este antecedente los autores señalaban que debía aplicarse el plazo fijado para el cumplimiento de la condición de que dependía el fideicomiso (si no fuera la muerte del propietario fiduciario), que era justamente de 30 años (art. 739 CC). Pero por sucesivas reformas se redujo ese plazo primero a 15 años y luego a 5 años. Con ello, ya no resulta posible admitir como término para el cumplimiento de las condiciones el máximo de tiempo que el Código Civil considera

para las prescripciones y otras situaciones, que actualmente es de 10 años. La voluntad de Bello, expresada en el mensaje, no era que las condiciones expiraran en el plazo de la condición del fideicomiso sino en el plazo máximo que en el texto original era de 30 años. Por eso, junto a varios autores que así lo sostienen, pensamos que debiera aplicarse el plazo que se dispone para que llegue existir el asignatario que se espera que exista o que preste un servicio importante que es de diez años (art. 962. 3 y 4 CC).

Siempre cabe la posibilidad de estimar que si las partes no determinan un plazo para el cumplimiento de las condiciones, estas podrán cumplirse en cualquier tiempo, por lo que la posibilidad de cumplimiento sería indefinido. Pero esta solución podría conspirar en contra de la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones económicas.

f.3) Interpretación y cumplimiento

116 Para la *interpretación* de la condición, el Código repite la regla del art. 1560 sobre interpretación de los contratos y que se refiere a que debe estarse más a la intención de las partes que a lo literal de las palabras: "La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese" (art. 1483.1 CC). Se agrega que "se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes" (art. 1483.1 CC), y se nos da un ejemplo: "Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona, y ésta lo disipa" (art. 1483.2 CC). Parece obvio que si se trata de pagar una suma de dinero a un incapaz debe ser entregada a su representante legal.

No obstante, a continuación el Código pone una regla que parece contradecir la anterior y que se refiere a la imposibilidad de un *cumplimiento por equivalente*. Se dispone que "las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida" (art. 1484 CC). La doctrina explica esta aparente contradicción distinguiendo el objeto de cada regla: la del art. 1483 tiene por fin regular cómo debe interpretarse la condición fijando el criterio común: la intención de las partes, y presumiendo que el modo más racional de cumplirla es el que ha sido querido por las partes. En cambio, la del art. 1484 no tiene por fin determinar la interpretación, sino excluir que se pueda cumplir la condición por algún hecho que sea similar o equivalente a aquel que se ha determinado según la interpretación realizada conforme a la intención de las partes.

Del mismo modo, se señala que el cumplimiento de la condición debe ser *íntegro*, esto es, no puede ser parcial, sino que debe cumplirse en su totalidad: "No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente" (art. 1485.1 CC). Se trata de una regla que se da para la condición suspensiva, pero el mismo criterio debe aplicarse para la condición resolutoria. Lo mismo debe aplicarse si se ponen dos o más condiciones ya sean suspensivas o resolutorias si estas son colocadas como de cumplimiento copulativo y no disyuntivo (cfr. art. 738.2 CC).

f.4) Cumplimiento ficto

117 Desde el Derecho romano existe una regla por la cual si el deudor de la obligación sujeta a condición hace actos para que la condición no se cumpla, se considerará cumplida la condición (D. 50.17.161). De allí pasó al Código Civil francés (art. 1178 CC), aunque antes se había acogido en el Código Prusiano de 1794.

La doctrina suele llamar esta conversión como cumplimiento ficto, porque la ley fingiría que la condición se ha cumplido a pesar de que en la realidad no lo ha hecho. En verdad, se trata más bien de una sanción civil ante la conducta reprobable del deudor de la obligación condicional.

Nuestro Código recoge esta regla pero de una manera un tanto rebuscada. En primer lugar señala que la "La regla del artículo precedente inciso 1º se aplica aun a las disposiciones testamentarias" (art. 1481.1 CC), es decir, que si la condición suspensiva es o se hace imposible se tendrá por fallida (art. 1480.1 CC). Luego la explica con un ejemplo de condición que depende de la voluntad del asignatario (el acreedor condicional) y de la voluntad de un tercero: "Así, cuando la condición es un hecho que depende de la voluntad del asignatario, y de la voluntad de otra persona, y deja de cumplirse por algún accidente que la hace imposible, o porque la otra persona de cuya voluntad depende no puede o no quiere cumplirla, se tendrá por fallida, sin embargo de que el asignatario haya estado por su parte dispuesto a cumplirla" (art. 1481.1 CC). En el fondo si la condición depende en parte de la voluntad de un tercero y éste no quiere o no puede cumplirla se le reputa como imposible y, por tanto, se la tiene por fallida.

En el inciso segundo de la norma aparece una aplicación de la regla del cumplimiento ficto de la condición: "Con todo, si la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida" (art. 1481.2 CC). Se trata, por tanto, de que el deudor de una obligación condicional se vale de medios ilícitos para que la condición se haga imposible o no se cumpla, se le tendrá por cumplida.

Una primera cuestión es si la regla se aplica sólo a las asignaciones testamentarias ya que, a pesar de que la norma se encuentra entre las reglas de las obligaciones condicionales, su tenor literal se refiere a las asignataciones testamentarias y, siendo una norma de excepción o una sanción, correspondería darle una aplicación restrictiva. La mayoría de los autores se inclinan por darle una interpretación amplia dados los antecedentes históricos, que el fundamento es el mismo y que justamente la ubicación de la regla sólo puede explicarse si ella se aplica a las obligaciones condicionales. Compartimos esta segunda opinión.

En segundo lugar, puede discutirse qué significa que el deudor se valga de "medios ilícitos" para que no se cumpla la condición. Por cierto, si la conducta del deudor es contraria a la ley, por ejemplo, soborna al tercero de cuya voluntad

depende para que no coopere a la condición, no hay duda que se aplicará la regla y la condición se tendrá por cumplida.

Pero bien puede ser que lo que haga el deudor para que no se cumpla la condición no sea, al menos de manera aislada, contrario a derecho, es decir, que sea perfectamente lícito, como si se pone como condición que aparezca un reloj que se había perdido un determinado día, y el deudor condicional lo encuentra antes pero demora en hacer público el descubrimiento hasta que transcurra ese día. El solo hecho de no revelar el descubrimiento del reloj perdido no puede considerarse ilícito, pero la ilicitud puede derivarse del contexto en que se desarrolla esa conducta y de su finalidad, que es claramente evitar contraer la obligación.

Si se trata de una condición simplemente potestativa que depende de un hecho voluntario del deudor nos parece que no debe aplicarse la regla, porque si no fuera así el hecho dejaría de ser voluntario. Según otra opinión habría que ver si la omisión del deudor se hace "para" que la condición falle o no: si el único fin del deudor es que falle la condición, se aplicará la regla del cumplimiento ficto. Pero esto implicaría entrar en las intenciones subjetivas del deudor que no actúa, y parece claro que si se trata de una condición simplemente potestativa el acreedor asumió el riesgo de que el deudor no quisiera realizar el hecho incluso sólo para que falle la condición.

Sobre la alternativa inversa, es decir, si el acreedor realiza hechos para que la condición se cumpla, se sostiene que al tratarse de una norma excepcional y de interpretación restrictiva y que se pone sólo en el caso del deudor no procedería aplicar la regla y tener por fallida esa condición. No nos parece que se pueda sostener que habría aquí, no un problema interpretativo, sino una laguna o vacío legal que debería colmarse aplicando analógicamente la norma que soluciona el problema respecto del deudor condicional. Aquí no hay vacío legal o laguna, sino simplemente que la ley no consideró establecer una solución para este caso y, por tanto, prefirió que se aplicara la regla general y que la condición deba estimarse fallida.

f.5) Efecto retroactivo del cumplimiento

118 Cumplida la condición, ya sea suspensiva o resolutoria, se plantea el problema de si su efectos deben atribuirse al momento en que se cumple la condición o si deben retrotraerse a la fecha en que se completó la fuente de la obligación condicional.

Esta cuestión se discute desde antiguo y se suele denominar el *principio de la retroactividad* de las condiciones que, se sostiene, se funda en una ficción legal o en la función de clarificación de la condición que, una vez cumplida, convierte la obligación en pura y simple. Otros ven aquí la manifestación de lo que sería la voluntad presunta de las partes. La cuestión tiene importancia práctica para los posibles deterioros o mejoras de la cosa objeto de la obligación, para determinar a quién pertenecen los frutos y quién soporta los riesgos, y además para determinar la suerte de los actos de conservación o disposición del deudor condicional de la cosa y su subsistencia en beneficio de terceros de buena fe.

A pesar de que en el Código francés había una regla que establecía el efecto retroactivo de toda condición (art. 1179 *Code*) —la reforma de 2016 cambió el criterio y dispuso que, salvo acuerdo de las partes, que la obligación produce efectos desde que se cumple la condición suspensiva (art. 1306-4), si bien mantuvo la retroactividad para la condición resolutoria (art. 1306-5)—, y que esta era la enseñanza de Pothier, Bello no quiso establecer una regla general en nuestro Código Civil ni a favor ni en contra del efecto retroactivo de la condición cumplida.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria piensa que la regla general es la retroactividad, ya que ella aparecería en varias normas: en el art. 77 sobre los llamados derechos eventuales del que está por nacer, en el art. 2413 que establece que el contrato de hipoteca puede estipularse bajo condición, y que "cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma de la inscripción", es decir, se retrotrae a la fecha de la inscripción, así como en los arts. 682 y 1819, que se refieren a la tradición o compraventa de una cosa ajena y que señalan que si el tradente o el vendedor adquieren luego el dominio de la cosa, el adquirente o comprador se reputará dueño desde que se hizo la tradición.

Se confirma la retroactividad, según estos autores, con la idea de que el acreedor se provecha de los aumentos y mejoras y, en cambio, el deudor responde por las pérdidas o deteriorios (art. 1486 CC), que el derecho condicional es transmisible y cedible (art. 1492 CC), que cumplida la condición resolutoria debe restituirse lo que se hubiere recibido (art. 1487 CC) y que, salvo ciertos casos, los actos de disposición y gravamen hechos por el deudor condicional se resuelven una vez cumplida la condición (arts. 1490 y 1491 CC).

Pero el criterio no es absoluto y se contemplan casos en los que no se aplica. El principal es que no deben restituirse los frutos de la cosa salvo estipulación contraria (arts. 1488, 1493 y 1078 CC). Si la transmisibilidad del derecho condicional es producto de la retroactividad no se entiende por qué no se aplica a las asignaciones testamentarias ni a las donaciones. Además, no siempre se resuelven los actos de disposición del deudor condicional ya que se protege a los terceros adquirentes de buena fe (arts. 1490 y 1491 CC). A estas excepciones habría que añadir que la exigibilidad sólo surge al momento de cumplirse la condición, y con ella el inicio del plazo de prescripción, la constitución del deudor en mora, la posibilidad de aplicación de juicio ejecutivo y de compensación legal.

De allí que algunos autores (Fueyo, Peñailillo) enseñan que no hay regla general en la materia y que para los casos previstos se deberán aplicar las normas respectivas, mientras que para los casos no contemplados habrá que buscarse la solución por analogía con las situaciones previstas expresamente. Pero esta posición finalmente no resuelve el problema y se lo entrega al juez para que juzgue por analogía.

Por nuestra parte, pensamos que si el codificador no consagró expresamente la retroactividad como lo hacía el Código francés y Pothier, es porque prefirió como regla general que los efectos de la condición suspensiva cumplida no tuviera dicho efecto, salvo excepciones. En cambio, de los artículos 1487 y 1488 del Código

parece deducirse que la regla general del cumplimiento de las condiciones resolutorias es que operen con efecto retroactivo salvo excepciones.

Nos parece que no son muestras de retroactividad de la condición suspensiva las que permiten la transmisibilidad por causa de muerte o la transferencia por acto entre vivos, ya que ellas pueden explicarse sencillamente porque lo que se transmite o cede es el *derecho sub conditione*. La regla del art. 77 no sirve para explicar la retroactividad ya que no se trata de una condición estipulada sino más bien de una *condicio iuris*, por la cual si la criatura en gestación no llega a nacer se finge que no ha existido jamás.

La norma de la hipoteca (art. 2413 CC) tampoco es exactamente una regla de retroactividad, ya que si lo fuera debería retrotraerse a la fecha del contrato y no de la inscripción, además que aplica lo mismo a la hipoteca a plazo.

Las normas sobre mejoras, deterioros o pérdida de la cosa bien pueden interpretarse como excepciones a la regla general de la no retroactividad.

El problema más complejo se da cuando el dueño de una cosa se obliga a darla pero bajo condición, por ejemplo, si la vende bajo la condición suspensiva de que el comprador obtenga un crédito hipotecario dentro de un determinado plazo. ¿Qué sucede si este deudor condicional enajena o grava la cosa y más tarde se cumple la condición? La respuesta parece estar en el art. 1490, pero como veremos esta norma se aplica a la condición resolutoria y no a la supensiva[15]. Respecto de los inmuebles el art. 1491 habla de condición sin más especificación y parece entonces referirse a una condición resolutoria.

g) Efectos de las condiciones suspensivas

g.1) Condiciones suspensivas pendientes

119 Si la condición es *supensiva*, mientras se encuentra pendiente no nace el derecho personal ni la obligación.

Se señala que habría una mera expectativa, o un germen de derecho, pero no un crédito propiamente tal. Respecto del fideicomisario el Código habla de expectativa de adquirir el fideicomiso (art. 761.1 CC). De esta manera, el acreedor no puede reclamar el cumplimiento de la obligación (art. 1485.1 CC), ni tampoco ejercer la acción ejecutiva, aunque la obligación conste en un título ejecutivo, ya que la obligación no es actualmente exigible (art. 437 CPC).

Por ello si se paga antes de cumplirse la condición se trataría de un pago indebido y podría repetirse. Así se dispone que "Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido" (art. 1485.2 CC). Aunque se suele señalar que estaríamos en un caso de pago de no lo debido, hay que precisar que la norma no exige que el pago se haya efectuado por error, por lo que incluso un pago hecho a sabiendas de que la

[15] Véase Nº 129-132.

condición no se ha cumplido podría repetirse. Por ello, la norma que permite la repetición prima por sobre aquella que señala que lo que se paga a sabiendas de lo indebido del pago se presume que se dona (art. 2299). No parece, como sostienen algunos autores, que al pagar sin error habría una renuncia del deudor a la condición y una conversión de la obligación en pura y simple, porque la renuncia a un derecho debiera ser expresa, si no hay una disposición legal que reconozca la renuncia tácita. Tampoco podría señalarse que en este caso habría una conversión de la condición de suspensiva en resolutoria, de manera que si falla sí podría pedirse la restitución, salvo por cierto que haya una declaración expresa o inequívoca de las partes.

El deudor, pendiente la condición, no está en mora y, por ello, no corre el tiempo para la prescripción ya que éste se cuenta desde que la obligación se hace exigible (art. 2514.2 CC). Tampoco procederá la compensación que requiere que las obligaciones sean actualmente exigibles (art. 1656.3º CC). Procederá la novación pero esta quedará sujeta al cumplimiento de la condición, salvo que las partes acuerden que el primer contrato quede abolido sin esperar su cumplimiento (art. 1633 CC).

Pero lo cierto es que habiendo ya una fuente de la obligación, como sería un contrato, ya existe una relación obligacional entre las partes aunque ella tenga suspendida su eficacia y podría desaparecer si la condición falla. De allí que algunos hablen de un derecho eventual que siendo provisorio al comienzo podría llegar a transformarse en un derecho propiamente tal en el futuro. Se trata de una relación jurídica subjetiva que contiene un derecho en potencia[16]. Nos parece que lo más apropiado es hablar de un derecho condicional o *sub conditione*.

Esta realidad es reconocida por la ley para varios efectos. En primer lugar, para permitir al acreedor condicional impetrar las *medidas conservativas* que permitan que si la condición se cumpla pueda ejercer su derecho. Así se dispone que "el acreedor podrá impetrar durante dicho intervalo [durante la pendencia de la condición] las providencias conservativas necesarias" (art. 1492.3 CC), lo que se reitera para las asignaciones testamentarias sujetas a condición suspensiva (art. 1078.1 CC). Para el fideicomisario, que es una especie de acreedor condicional, se especifica un poco más el fin de las medidas: "si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario" (art. 761.2 CC).

Por cierto, estas medidas podrán solicitarse al juez y no podrían entrabar o lesionar el derecho de propiedad del deudor, salvo casos de peligro cierto de deterioro, destrucción o enajenación o gravamen de la cosa debida bajo condición. Así podría solicitarse un inventario, el depósito de la cosa en manos de un tercero, la inspección periódica de la cosa por parte del acreedor, e incluso secuestro o prohibición de celebrar actos y contratos. Esto se explica ya que el acreedor condicional mientras está pendiente la condición no puede ejercer la llamada acción pauliana en contra de actos de enajenación a terceros (art. 2468 CC).

[16] Véase *Curso. Parte general*, p. 489.

El que exista este derecho *sub conditione* explica también su *transmisión por causa de muerte* a los herederos del acreedor condicional. Por eso si la condición se cumple después de la muerte del titular del derecho bajo condición, ese derecho podrá ser ahora ejercido por sus herederos o un legatario al que se haya dejado ese derecho condicional. Por cierto si muere el deudor de la obligación condicional ella se transmitirá a sus herederos y si la condición se cumple después de su muerte estos últimos deberán cumplir la obligación (art. 1492.1 CC).

Esto tiene una excepción respecto de las asignaciones testamentarias y las donaciones sujetas a condición suspensiva, ya que la asignación sólo se defiere al momento en que se cumple la condición (art. 956.2 CC). De allí que si el asignatario (acreedor) condicional fallece antes de cumplirse la condición nada transmite a sus herederos o un posible legatario al que haya dejado por testamento ese derecho: "Si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno" (art. 1078.2 CC), regla que se aplica también al donatario condicional (art. 1416.1 CC).

La norma del art. 1492 es un tanto equívoca a este respecto, ya que primero señala que "el derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor", tras lo cual agrega: "Esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos" (art. 1492.2 CC), con lo que parece incluir la intransmisibilidad también de la obligación, es decir, de la deuda testamentaria si el testador fallece antes de cumplirse la condición, pero es claro que esto no puede ser así porque la condición se supone puesta justamente para futuro, es decir, para después de la apertura de la sucesión, por lo que la excepción debe restringirse conforme al art. 1078 al asignatario condicional y no al deudor de la asignación.

También se reconoce el derecho del acreedor condicional a pedir el beneficio de separación en caso de muerte del deudor condicional (art. 1379 CC), así como a pedir la liquidación concursal forzosa si la Empresa Deudora o sus administradores no son habidos, y hayan dejado cerradas sus oficinas o establecimientos sin haber nombrado mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas (art. 117.3º LRLEP).

g.2) Condiciones suspensivas fallidas

120 Si la condición falla, el derecho no nace o no se adquiere y tampoco surge la obligación correlativa. Si se ha pagado algo antes, se deberá restituir.

Las medidas conservativas que se hayan decretado deben ser levantadas por orden judicial a petición del deudor condicional.

Si se ha interpuesto el beneficio de separación este quedará sin efecto, a menos que haya otros acreedores que se aprovechen de él (art. 1382 CC).

g.3) Condiciones cumplidas

i) Regla general

121 El efecto fundamental de la condición cumplida es el nacimiento del derecho personal por un lado y la obligación por la otra. Con ello desaparece la situación de pendencia y nace un crédito/obligación que es exigible y puede ser reclamado por el acreedor con todos los medios de tutela que se le reconocen.

Al hacerse exigible el deudor debe cumplirlo y si no lo hace, podrá ser constituido en mora. El deudor puede oponer la compensación o la prescripción si ha pasado el plazo desde que se cumplió la condición.

Todo esto opera desde que se cumple la condición y, salvo excepciones, no se retrotrae al momento de la constitución de la obligación condicional.

ii) Frutos

122 Hay que notar que el Código sólo señala que no se restituirán los frutos si se cumple una condición resolutoria, y es lógico que así sea, porque en ese caso el efecto retroactivo hace que el titular del dominio de la cosa ya no sea el deudor condicional sino el acreedor.

Tratándose de una condición suspensiva no era necesario disponer esta no restitución, ya que el deudor condicional sigue siendo el dueño de la cosa y por tanto sigue ostentando el atributo del goce. Se trata sólo de una obligación de dar y no de una tradición de la cosa, y ya sabemos que si se entrega la cosa (se paga) ese pago es indebido por lo que no hay propia tradición. Por ello el asignatario sujeto a condición suspensiva no tiene derecho a los frutos salvo que el testador (o contratante) se los hubiere expresamente concedido (art. 1078.3 CC).

iii) Pérdida la cosa debida sub conditione

123 Si la cosa se pierde sin culpa del deudor se extingue la obligación condicional, ya que si la obligación pura y simple se extingue por la pérdida fortuita de la cosa con mayor razón se extinguirá este vínculo que es más precario y que se encuenta en suspenso. Por ello, si la condición suspensiva se cumple la obligación no llega a nacer. El Código lo señala expresamente: "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación..." (art. 1486.1 CC).

Además se aclara que no sólo la destrucción total de la cosa constituye pérdida fortuita sino también una pérdida funcional, es decir, si la cosa no se destruye pero pierde su aptitud para servir para el fin al cual se contempla: "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" (art. 1486.3 CC). Así sería, por ejemplo, si se debe bajo condición un automóvil y éste no se destruye pero se le funde el motor y no sirve para el fin al que se le destina.

Si la pérdida se ha producido por dolo o culpa del deudor el Código aclara que tiene derecho al valor de la cosa más la indemnización de perjuicios: si la pérdida

es "por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización de perjuicios" (art. 1486.1 CC).

iv) Aumentos y deterioros

124 El Código determina que los deterioros de la cosa que hayan ocurrido sin culpa del deudor debe soportarlos el acreedor condicional, pero en compensación le atribuye también las mejoras que haya tenido la cosa incluyendo las necesarias: "Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio..." (art. 1486.2 CC).

Si el deterioro o disminución de la cosa se debe a culpa del deudor, el Código lo asimila a un incumplimiento que puede dar lugar a la resolución del contrato o a su cumplimiento con indemnización de perjuicios: "el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios" (art. 1486.2 CC). El Código usa aquí la expresión "rescindir" pero propiamente se trata de una resolución por incumplimiento.

v) El problema del riesgo contractual

125 El problema del riesgo contractual se produce cuando en un contrato bilateral la obligación de una parte se extingue por caso fortuito y se pregunta si se mantiene o no la obligación de la otra parte. Si subsiste se dice que el riesgo es para el acreedor, si también se extingue se señala que el riesgo es del deudor. El art. 1550 parece disponer que la regla general es que el riesgo recae sobre el acreedor, pero la verdad es que sólo se aplica a una obligación de dar o entregar una especie o cuerpo cierto, y básicamente a la compraventa (art. 1820 CC).

Si la obligación sujeta a condición suspensiva se extingue por pérdida fortuita de la cosa, ¿subsiste la obligación de la otra parte o se extingue también?

Si se trata no de una pérdida sino de un deterioro, es claro que el riesgo pertenece al acreedor condicional, ya que el Código dispone que debe recibir la cosa en el estado en que ella se encuentre sin que tenga derecho a rebaja del precio (art. 1486.2 CC).

Pero qué sucede si se trata de una pérdida total ya sea física o funcional. La mayoría de la doctrina piensa que en tal caso el riesgo es asumido por el deudor condicional de modo que se extingue la obligación correlativa. Se señala que esta es la regla general en materia de riesgos y que el art. 1486 cuando señala que "si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación" no se está refiriendo a la obligación condicional sino a la obligación del acreedor condicional, ya que si se refiriera a la obligación sujeta a condición suspensiva debería decir que no nace o no surge. Apoya esta conclusión la excepción que se contiene en materia de contrato de compraventa, ya

que si la obligación del vendedor es condicional se dispone que el riesgo es suyo, es decir, el comprador no está obligado a pagar el precio (art. 1820 CC).

vi) Efectos para terceros

126 Nos queda por analizar los efectos que produce el cumplimiento de la condición suspensiva sobre terceros por actos de enajenación o gravamen en su favor que haya realizado el deudor mientras estaba pendiente. En este punto tenemos que analizar la regla del art. 1490, cuyo texto dispone: "Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe". Como se ve, pareciera que si el tercero estaba de mala fe, porque conocía la obligación bajo condición suspensiva, el acreedor condicional podría reivindicar la cosa de manos de ese tercero. Pero esto es claramente erróneo, porque la condición suspensiva cumplida no lo convierte en dueño de la cosa sino sólo en acreedor de su entrega.

Tal vez la norma pueda explicarse como una excepción a la irretroactividad de la condición y siempre que se haya entregado la cosa pendiente la condición sin que se haya pedido su restitución. De esta manera, una vez cumplida la condición ya no puede pedirse la restitución y al ser el título traslaticio considerado puro y simple se valida retroactivamente la tradición, el acreedor es reputado dueño. Por lo que si después pierde la posesión de la cosa por un acto de enajenación del deudor condicional a favor de un tercero de mala fe, este acreedor es protegido y podría recuperar la cosa ejerciendo la acción de dominio. Pero, como se observará, se trata de un caso bastante rebuscado que raramente se dará.

Si el deudor condicional enajena la cosa a favor de terceros y luego la obligación condicional de darla al acreedor condicional se hace exigible por el cumplimiento de la condición suspensiva, parece claro que el dueño es el tercero y no el acreedor condicional. En tal caso, el deudor se habrá puesto en la imposibilidad de cumplir por su culpa y el acreedor condicional tendrá todos los medios de tutela que la ley le concede, incluyendo el cumplimiento forzado aunque ejecutado sobre el valor de la cosa y la indemnización de los perjuicios. Si se trata de un contrato bilateral este acreedor podrá pedir también la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

Pensamos también que, una vez cumplida la condición, podría este acreedor ejercer en contra del enajenante y el tercero la acción pauliana o revocatoria, probando el perjuicio y la mala fe del adquirente. El plazo de prescripción debería contarse desde el cumplimiento de la condición ya que desde esa fecha la obligación se hace exigible y equivale a la fecha del acto o contrato en que nace el crédito (cfr. art. 2468 CC).

En todo caso, si el acreedor condicional teme que el deudor vaya a enajenar la cosa bien puede medir una prohibición de celebrar actos y contratos como medida conservativa, y si el deudor enajena la cosa a un tercero luego podrá pedir la nulidad de la enajenación por objeto ilícito (art. 1464.3º CC).

En todo caso, los actos de mera conservación o administración de la cosa se mantienen y la condición suspensiva cumplida no los puede dejar sin efecto ya que son en interés del mismo acreedor condicional. Así se entiende para el propietario fiduciario que puede realizar libremente actos de administración (art. 758 CC).

h) Efectos de las condiciones resolutorias

h.1) Consideración general

127 La condición resolutoria puede operar respecto de una relación obligacional, es decir, un derecho personal, o una relación real, como el dominio, un derecho real o la tenencia de una cosa. Normalmente, las asignaciones testamentarias sujetas a condición resolutoria serán extintivas de situaciones reales.

En principio, si se trata de una obligación el evento de la condición resolutoria opera como causal de extinción (art. 1567.9º CC). Pero las condiciones resolutorias obligacionales suelen más bien ser de todo un contrato, o al menos de una obligación de prestación periódica como los alimentos voluntarios o una pensión vitalicia. No se ve el objeto práctico para que una obligación de prestación única sea objeto de una condición resolutoria que, al extinguir la obligación, produciría la necesidad de restituir la cosa entregada o deshacer lo hecho si se trata de una obligación de hacer.

No obstante, el Código se pone en este caso al hablar de una cosa que se ha recibido bajo condición resolutoria pero en tal evento ya no es sólo la relación obligacional la sujeta a condición resolutoria sino el derecho real o la tenencia de la cosa (por ejemplo, si se trata de un comodato). Por ello dispone que "cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición" (art. 1487 CC), ya que la condición resolutoria al extinguir la relación obligatoria extingue también el título traslaticio o de mera tenencia y por tanto el dominio, derecho real o mera tenencia del deudor condicional.

h.2) Condiciones resolutorias pendientes y fallidas

128 Mientras la condición resolutoria está pendiente el deudor condicional (acreedor de la obligación) goza del derecho personal y puede exigir su cumplimiento, y si se ha hecho el pago, por la tradición o mera entrega se hará dueño de la cosa o titular de un derecho real o de la mera tenencia. Por lo tanto, la obligación se hace exigible desde que nace, puede ser compensada, el deudor de la obligación puede ser constituido en mora y corre el plazo para su prescripción si no es ejecutada. Entendemos que el acreedor condicional puede solicitar medidas conservativas para evitar que la cosa se deteriore o se enajene mientras está pendiente la condición resolutoria (art. 1492.2 CC). Aunque en contra podría invocarse que en materia de asignaciones testamentarias el Código habla de medidas conservativas sólo en caso de condiciones suspensivas (art. 1078.1 CC), pero el argumento no es determinante porque no excluye que también pueda proceder ante asignaciones testamentarias bajo condición resolutoria.

Si la condición resolutoria se da por fallida entonces el derecho personal o la situación real derivada de ella se consolida en la titularidad del hasta ahora deudor bajo condición y se extingue toda expectativa del acreedor condicional de que le restituya la cosa entregada bajo condición resolutoria. Si se hubieren decretado medidas conservativas ellas deberán ser canceladas. Al fallar la condición no hay retroactividad de efectos.

h.3) Efectos de la condición resolutoria cumplida

i) Regla general: retroactividad y efecto extrajudicial

129 A nuestro juicio, la condición resolutoria cumplida, por regla general, sí opera con efecto retroactivo en el sentido de que el acreedor condicional recupera la titularidad que tenía sobre la cosa que fue prometida o entregada bajo condición resolutoria.

Así se desprende de la obligación de restitución que dispone el Código Civil: "cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición" (art. 1487 CC). Se entiende así que haya que haber dictado una norma especial para excluir la restitución de frutos y para proteger a terceros de buena fe frente a enajenaciones que hubiere hecho el titular de la cosa bajo condición resolutoria.

Es además lo que se desprende de diversos preceptos que hablan de resolución de contratos por incumplimiento de obligaciones (art. 1875 CC), y de estipulaciones que llevan envuelta una condición resolutoria que no es el incumplimiento como el pacto de retroventa y el de retracto (arts. 1882, 1883 y 1886 CC).

Sobre la forma en que se producen los efectos, hay consenso en estimar que la condición resolutoria una vez que se cumple produce sus efectos por el solo ministerio de la ley (*ipso iure*) sin necesidad de solicitar que el juez la tenga por cumplida. Por cierto, si hay conflicto entre las partes respecto de si ha cumplido o no, será necesario un juicio pero la sentencia será meramente declarativa de que la condición se cumplió y produjo sus efectos desde ese mismo momento.

ii) Excepciones

130 Veamos, en primer lugar, las excepciones al efecto retroactivo. En primer lugar, se exceptúa la restitución de la cosa si la condición resolutoria ha sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, "en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla" (art. 1487 CC). Como podría pasar el tiempo sin que el acreedor se pronunciara, se establece que el deudor condicional puede solicitar judicialmente que se pronuncie: "será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere" (art. 1487 CC).

Una segunda excepción se refiere a que el deudor condicional mantiene su derecho a los frutos ya sea naturales o civiles que haya producido la cosa mientras estuvo bajo su tenencia (salvo que el contrato no le haya dado ese derecho de goce). El Código señala que "verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio..." (art. 1488 CC). Pero establece como

contraexcepción que se haya establecido o estipulado que los frutos deban ser restituidos al acreedor condicional: "salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario" (art. 1488 CC). Esta disposición coincide con la que se establece para las asignaciones testamentarias: "cumplida la condición, no tendrá derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido" (art. 1078.3 CC), aunque la norma se refiere a una condición suspensiva para el asignatario, para los demás herederos se trata de una condición resolutoria.

Pareciera que tampoco procederá la restitución cuando lo sometido a una condición resolutoria es una prestación periódica como una pensión alimenticia u otra forma de obligación de entrega de una cantidad de dinero u otras cosas fungibles cada cierto tiempo hasta que se produzca un hecho incierto que lo extinga. Sería absurdo que en tal caso el acreedor condicional exigiera que se le restituyera todo lo que ha pagado en el intertanto. En este sentido para admitirse que un testador otorgue una pensión periódica (o un derecho de usufructo, uso o habitación) bajo la condición de que el asignatario permanezca viudo o soltero (art. 1076 CC).

Finalmente, no opera con efecto retroactivo la condición resolutoria que es propia de la propiedad fiduciaria y que establece la obligación de restituir el fideicomiso al fideicomisario (arts. 732 y ss. y 1079 CC).

En cuanto al efecto extrajudicial, se excepcionan la llamada condición resolutoria tácita y el pacto comisorio por no pago del precio en la compraventa, que requieren que la resolución se pida judicialmente, pero lo cierto es que en ambos casos no estamos ante verdaderas condiciones resolutorias, como luego veremos.

iii) Efectos entre las partes

131 El Código dispone que "cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición" (art. 1487 CC). Aunque se trata de un derecho renunciable si sólo va en beneficio del acreedor condicional.

Para efectos de aumentos, deterioros o pérdidas se aplicarán las reglas que estudiamos para la condición suspensiva y que se encuentran en el art. 1486 del Código.

Estas reglas, sin embargo, no se aplican a la resolución de un contrato, para la cual proceden las reglas sobre restituciones mutuas de la acción reivindicatoria (arts. 904 y ss. CC), que es el derecho común en la materia, y como se observa en el art. 1489 que da derecho a la indemnización de perjuicios en caso de resolución de un contrato bilateral, en el caso de resolución de la venta por no pago del precio (art. 1875.3 CC) y en el pacto de retroventa (art. 1883.3 CC). Para la condición resolutoria del fideicomiso hay regla especial (art. 756 CC).

Como vimos, no se restituyen los frutos, salvo que se haya dispuesto lo contrario (art. 1488 CC). Un caso en que la ley dispone la restitución de los frutos es el de la resolución de una compraventa por no pago del precio (art. 1875 CC).

Si acreedor o deudor de condición resolutoria fallecen y luego se cumple la condición, los herederos del acreedor tendrán derecho a pedir la restitución y los herederos del deudor quedarán obligados a restituir, ya que el derecho *sub conditione* en el caso de condición resolutoria se transmite por causa de muerte.

iv) Efectos para terceros. Los artículos 1490 y 1491

132 En los casos de condición resolutoria el deudor condicional normalmente habrá adquirido desde el modo de adquirir (tradición, sucesión por causa de muerte) el dominio (u otro derecho real) sobre la cosa. Al cumplirse la condición se extingue la obligación de dar contenida en el título traslaticio con efecto retroactivo y con ello queda sin efecto la tradición, es decir, el dominio (u otro derecho real) se atribuye retroactivamente al acreedor condicional.

Es posible, sin embargo, que el deudor condicional siendo dueño de la cosa la haya enajenado o la haya gravado con algún derecho real. Al desaparecer retroactivamente su dominio el tercer adquirente se encuentra como habiendo adquirido una cosa ajena, y queda sujeto a la posibilidad de que el acreedor condicional habiendo recuperado el dominio ejerza la acción reivindicatoria para recuperar la cosa o una acción para desconocer el gravamen concedido por el que no era dueño.

El mismo Código Civil dispone la extinción por resolución del derecho del constituyente del fideicomiso (art. 763.2º CC), del usufructo (art. 803.3 CC), regla que se extiende a los derechos reales de uso y habitación, y de las servidumbres (art. 885.1º CC). Por la resolución del derecho del constituyente se extinguen también los derechos de prenda y de hipoteca (arts. 2406.3 y 2434.2 CC).

Pero para los terceros adquirentes ya sea del dominio o de otro derecho real se establecen dos normas para proteger a aquellos que hayan actuado de buena fe determinando que para ellos la condición resolutoria no producirá efectos, es decir, que les será inoponible.

El Código distingue entre cosas muebles (art. 1490 CC) y cosas inmuebles (1491 CC).

Tratándose de muebles, se dispone que "si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe" (art. 1490 CC).

En realidad la norma se aplica sólo a la condición resolutoria y no a la suspensiva, como ya hemos señalado, ya que el deudor bajo condición suspensiva es dueño y puede enajenar libremente la cosa. También se critica que se diga que "el que debe una cosa mueble ... bajo condición resolutoria", porque en estricto rigor no es deudor sino dueño de la cosa, aunque con un dominio sujeto a extinguirse por una condición resolutoria, pero si se trata de condición resolutoria cumplida no es incorrecto decir que debe restituir la cosa. Se objeta que la norma hable del que debe una cosa a plazo, porque si es plazo suspensivo aún no se habrá hecho la

tradición, y si es plazo extintivo el titular de la cosa tiene sólo el usufructo por lo que es mero tenedor (art. 1087 CC).

En consecuencia, si el que es dueño de una cosa bajo condición resolutoria la enajena a un tercero, una vez cumplida la condición el acreedor no podrá reivindicar la cosa contra el tercer poseedor que la haya adquirido estando de buena fe, es decir, sin conocer que quien se la enajenaba (por compraventa, donación, transacción, etc.) tenía un derecho sujeto a extinguirse por el cumplimiento de una condición resolutoria. Si el tercero no tuvo el cuidado debido para enterarse de la situación del derecho del enajenante debe entenderse que no está de buena fe (esto se aplicará especialmente tratándose de bienes muebles sujetos a registro si la condición constaba en el título o en la inscripción: cfr. art. 1739.5 CC). Si sabiendo que el enajenante estaba sujeto a una condición resolutoria igual contrata, hay asunción del riesgo que para estos efectos equivale a la ausencia de buena fe.

La palabra enajenación en este caso debe entenderse en un sentido amplio que comprende no sólo la disposición del dominio sino la constitución de otros derechos reales, como usufructo o uso. Si se trata de prenda se aplica una norma especial que dispone que la prenda se extingue cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella; pero si el constituyente no había dado noticia al acreedor de que tenía un dominio sujeto a condición resolutoria éste podrá pedir que se le entregue otra prenda u otra caución, o en su defecto que se le cumpla inmediatamente la obligación (arts. 2406.3 y 2391 CC).

Tratándose de inmuebles el Código precisa cuándo se entiende que el tercero está de buena fe: "Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública" (art. 1491 CC).

En este caso la norma habla sólo de condición, y debe restringirse a la condición resolutoria, porque sólo si ésta se cumple se produce la situación de que se deba el inmueble. El Código ahora amplía la enajenación a otros derechos reales como la hipoteca (lo que se reitera en el art. 2416 inc. 2º del Código), censo o servidumbre, pero se discute si se trata de una enumeración taxativa o meramente ejemplar, lo cual tiene importancia ya que la norma no incluye el derecho real de usufructo. Algunos piensan que tratándose de una norma de excepción debe ser interpretada restrictivamente por lo que no se aplicaría respecto de otros derechos reales que no son mencionados en la disposición. La opinión que predomina actualmente, y que nos parece más sensata, es que se aplique a otros derechos reales ya que la mención de la hipoteca, censo o servidumbre puede entenderse como meramente ejemplar y no excluye otros derechos reales como sería el usufructo. Además, que no se entendería por qué en caso de hipoteca sí se aplicaría la protección de terceros y no cuando se constituya un usufructo que puede ser más gravoso y que incluso podría ser vitalicio. Cierto es que tratándose del usufructo se contempla como causal de extinción la resolución del derecho del constituyente sin hacer

distinciones (art. 806.3 CC), pero pensamos que el art. 1491 debe considerarse aplicable por especialidad.

El Código señala que si la condición no constaba en el título no podrá "resolverse" la enajenación o gravamen, lo que también ha sido criticado porque no hay en este caso resolución sino enajenación o gravamen de una cosa ajena. Pero la expresión debiera entenderse en un sentido amplio como que no quedarán sin efectos la enajenación o gravamen y se mantendrán a pesar de la resolución del dominio del enajenante.

Para que quede sin efecto la enajenación o gravamen a favor del tercero, y proceda la acción reivindicatoria o de cancelación del gravamen, es necesario que la condición "constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública".

Debe considerarse superada la controversia sobre si la condición resolutoria tácita consta o no en el título, ya que si en el título hay una obligación pendiente de cumplimiento se concluye que aunque no en términos expresos consta la posibilidad de la resolución por incumplimiento (salvo que se haya renunciado a la acción resolutoria). Hace excepción a esto el contrato de donación sujeto a condición resolutoria ya que aquí el Código exige que la condición debe ser expresada (art. 1432.1º CC).

El título en el que debe constar la condición no es el título traslaticio por el que el tercero adquirió el dominio u otro derecho real sobre la cosa, sino que aquel por el cual adquirió el dominio el enajenante y que luego se resuelve por el cumplimiento de una condición resolutoria. Así si Pedro compra un inmueble a Juan pero se estipula que si viaja a Europa se resolverá el dominio, y entretanto Pedro vende el inmueble a Diego, y más tarde viaja a Europa y se cumple la condición, habrá que ver si la condición resolutoria constaba en el contrato de compraventa entre Juan y Pedro y que haya sido inscrito en el Conservador de Bienes Raíces. Si constaba quedará sin efecto la venta y Juan podrá ejercer acción reivindicatoria sobre el inmueble. Si no constaba Juan sólo podrá pedir indemnización de perjuicios a Pedro, pero no podrá recuperar el inmueble que permanecerá bajo el dominio de Diego.

Finalmente, la norma exige que el título en el que conste la condición deba ser inscrito u otorgado por escritura pública. La doctrina y la jurisprudencia han señalado que hay que distinguir: si el título debe ser inscrito para que opere la tradición del dominio o del derecho real, entonces debe exigirse la inscripción; si el título no requiere inscripción para efectuar la tradición, como por ejemplo sucede por regla general con el derecho real de servidumbre (cfr. art. 698 CC). Pero aquí se confunde el título en el que debe constar la condición, ya que este título debe ser traslaticio de dominio, y por tanto debe siempre ser inscrito. El título de la servidumbre que no se inscribe es el título del derecho real constituido por el dueño que tiene un dominio sujeto a resolución, por lo que ninguna condición debe constar en él.

Por ello, pensamos que no tiene aplicación la regla de que baste que la condición conste en un título que sea otorgado por escritura pública, salvo que se refiera a la forma de hacer la tradición antes de que entrara en vigencia el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces (art. 697 CC). No procede para la venta por escritura pública de inmuebles no inscritos, ya que la tradición sólo puede hacerse por inscripción.

La condición debe constar en el título y no necesariamente en la inscripción, y es lógico que sea así ya que si el tercero se contenta con sólo ver la inscripción sin examinar el título hay una falta de diligencia que implica o se traduce en mala fe. Si el tercero a pesar de conocer la posibilidad de la resolución del derecho del enajenante igual contrata con él, es obvio que aunque no esté de mala fe está asumiento el riesgo de que su adquisición quede sin efecto por el cumplimiento de la condición resolutoria y esta asunción se equipara en sus efectos a la mala fe.

Se ha discutido si puede probarse mala fe del tercero aun cuando en el título no haya constado la condición resolutoria. Nos parece que tal como está formulada la regla ella opera de un modo objetivo: si la condición consta en el título queda sin efecto la enajenación, si no consta la enajenación se mantiene, sin necesidad de indagar si realmente el tercero sabía o no sabía de que existía la condición resolutoria. En esto hay un contraste con lo que se dispone para los bienes muebles en que sí se requiere probar la mala fe por el conocimiento o la falta de diligencia para enterarse de la condición resolutoria. En el art. 1491 no se menciona la buena o la mala fe por lo que debemos entender que se trata de una regla que opera con independencia de la conciencia subjetiva del tercero poseedor.

Por lo mismo, no habrá problemas para que el tercero si la condición resolutoria consta en el título alegue prescripción ordinaria basada en posesión regular si su título es justo, ha sido inscrito y hay buena fe, aplicándose aquí la presunción simplemente legal de esta última (art. 707 CC). Por cierto, el acreedor condicional, y ahora dueño, puede probar que estaba de mala fe porque conocía o debió conocer la existencia de la condición resolutoria, y esta prueba bien puede basarse justamente en que la condición aparecía o estaba expresada en el título.

Todo lo anterior se aplica a quien tiene el dominio de un mueble o inmueble bajo condición resolutoria. Pero bien podría plantearse para el titular de otro derecho real que sea transferible, como sucede con el derecho de usufructo que puede cederse e incluso hipotecarse si se trata de inmuebles. Al no ser pertinentes los arts. 1490 y 1491, nos parece que los terceros cesionarios del usufructo o los acreedores hipotecarios no serán protegidos y sus derechos quedarán sin efecto si se cumple la condición resolutoria que extingue el usufructo del primer titular. Algo similar podría plantearse con la resolución del derecho real de prenda o de hipoteca cuando éste ha sido transferido mediante la cesión del crédito; en tales casos la condición resolutoria afectará a los cesionarios, los que se quedarán con el crédito pero sin la garantía real que los aseguraba.

Si se trata ya no de actos dispositivos sino de *actos de mera administración o conservación*, existe consenso en que ellos deben ser respetados por el acreedor

condicional que recupera el dominio de la cosa al cumplirse la condición resolutoria, como se dispone para el propietario fiduciario (art. 758 CC). Si se han dado en arrendamiento el contrato se extingue por la resolución del derecho del arrendador sin indemnización de perjuicios: "Cuando el arrendador ha contratado en una calidad particular que hace incierta la duración de su derecho, como la de usufructuario, o la de propietario fiduciario, y en todos los casos en que su derecho esté sujeto a una condición resolutoria, no habrá lugar a indemnización de perjuicios por la cesación del arriendo en virtud de la resolución del derecho". Pero si el arrendatario estaba de buena fe por no saber que el arrendador tenía un derecho resoluble tendrá derecho a la indemnización de los perjuicios ".... si teniendo una calidad de esa especie, hubiere arrendado como propietario absoluto, será obligado a indemnizar al arrendatario; salvo que éste haya contratado a sabiendas de que el arrendador no era propietario absoluto" (art. 1949 CC). No parece que puedan aplicarse los casos en los que el adquirente debe respetar el contrato de arrendamiento previstos en el art. 1962. La misma solución podría aplicarse por analogía tratándose de otros contratos que conceden la tenencia de la cosa, como un comodato a plazo, un depósito o un mandato.

Finalmente, digamos que si el bien mueble o inmueble es parte de un *fideicomiso* puede ser enajenado con tal que permanezca indiviso y que el constituyente no haya prohibido la enajenación. Pero si es enajenado el adquirente queda sujeto a la misma condición resolutoria a favor del fideicomisario (art. 751 CC). Para la constitución de derechos reales o gravámenes deben cumplirse las formalidades previstas para los tutores o curadores con autorización judicial y con audiencia del fideicomisario o de las personas que pueden pedir medidas conservativas; si esto no se cumple esos derechos o gravámenes no serán oponibles al fideicomisario (art. 757 CC). Si se trata de actos de mera administración, el propietario puede realizarlos libremente y serán oponibles al fideicomisario (art. 758 CC).

i) Condición resolutoria tácita. Remisión

133 La mayoría de los tratados y manuales tratan en esta materia de la resolución de un contrato por incumplimiento. Esto se explica porque el Código Civil incluye esta ineficacia dentro de la regulación de la condición resolutoria, y poniendo el incumplimiento de lo pactado como una condición resolutoria que afecta a todo el contrato bilateral: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado" (art. 1489.1 CC).

La verdad es que el incumplimiento no es una condición resolutoria, por varias razones pero principalmente porque no opera de pleno derecho ni tampoco resuelve siempre el contrato. El otro contratante tiene una opción de pedir judicialmente la resolución o el cumplimiento forzado, ambas con indemnización de perjuicios: "Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios". Se añade que en este caso la resolución no opera sobre una sola obligación sino con todas las obligaciones que nacen de un contrato bilateral, aunque se discute si también procede en los contratos unilaterales.

Frente a ello se plantea el tema del pacto comisorio que es la estipulación por la cual las partes señalan expresamente que por el incumplimiento de una o más de las obligaciones puede pedirse la resolución del contrato, y que en nuestro Código está regulado en dos modalidades (simple y calificado) en el contrato de compraventa para el incumplimiento de la obligación de pagar el precio (arts. 1877 y ss. CC). La doctrina además ha añadido las cláusulas de terminación por otras causas e incluso por la sola voluntad de una de las partes.

Por esto, pensamos que el estudio de la resolución por incumplimiento corresponde a los derechos del acreedor para la tutela de su crédito en las relaciones obligatorias sinalagmáticas y ese lugar remitimos al lector[17].

3. Obligaciones a plazo

a) Concepto, caracteres, regulación y cómputo

134 Las obligaciones sujetas a plazo son aquellas que tienen el plazo como una modalidad que suspende la exigibilidad de la obligación o que la extingue. El Código Civil define el plazo como "la época que se fija para el cumplimiento de la obligación" (art. 1494.1 CC), con lo cual sólo se refiere al plazo suspensivo y no al extintivo.

Por eso la doctrina suele definir el plazo como un hecho futuro y cierto del cual depende la exigibilidad o la extinción de un derecho y la obligación correlativa. Lo cierto es que el plazo como señala el Código es una época, es decir, una extensión de tiempo, medido con las unidades cronológicas usuales (segundos, minutos, horas, días, meses, años, etc), cuya expiración se produce por un hecho futuro y cierto.

Los caracteres del hecho con el que culmina el plazo, que se suelen mencionar, como *caracteres del plazo* son la futureidad y la certidumbre. Por eso, el plazo se diferencia de la condición en que esta es un hecho futuro pero incierto, mientras que el plazo es un hecho futuro pero que va suceder con certeza. La certidumbre del acaecimiento del plazo no significa que esté ya determinado cuándo el plazo va a terminar, es decir, que se trata de un plazo cierto y determinado, como por ejemplo el plazo de 24 horas o tres años o el determinado por una fecha. Esto son los plazos más comunes, pero no los únicos, ya que existen también plazos que consisten en hechos futuros y ciertos pero indeterminados, es decir, se sabe que el hecho ocurrirá pero no se sabe cuándo. El ejemplo más típico es la muerte de una persona natural: es seguro que sucederá pero no se sabe cuándo: "Es cierto, pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona" (art. 1081.2 CC). Así, por ejemplo, el testador puede señalar que una pensión periódica se comience a devengar desde que muera un determinado pariente. El derecho de usufructo, si no se fija plazo, es vitalicio, lo que quiere decir que está sujeto a un plazo cierto pero indeterminado.

[17] Véase Nº 530 y ss

Por cierto si a la muerte se añaden otros hechos, como la existencia de otra persona, al ser esto incierto, el plazo de transforma en condición, como sucede en el fideicomiso (art. 738.1 CC). No es fácil imaginar otros supuestos de plazos indeterminados que no sean condiciones.

La regulación del plazo se encuentra, al igual que la condición, en materia de obligaciones y de asignaciones testamentarias, y hay normas que remiten en las obligaciones a las reglas de las asignaciones testamentarias (art. 1498 CC) y en las asignaciones testamentarias a las reglas de las obligaciones (art. 1080 CC). Por ello, cuando se trate de obligaciones se aplicarán las reglas de los arts. 1494 y siguientes, y, en lo no previsto, las disposiciones de las asignaciones testamentarias. Esto tiene importancia porque la regulación del plazo en las obligaciones sólo trata del plazo suspensivo, es decir, del que suspende de la exigibilidad de la obligación, mientras que tratándose de asignaciones testamentarias se regula el plazo extintivo: "Las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a plazos o días de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho..." (art. 1080 CC). Las asignaciones testamentarias con plazo extintivo son denominadas asignaciones hasta un día y en general no transfieren el dominio de lo asignado sino que confieren un usufructo que se extingue al llegar el plazo (arts. 1087 y 1088 CC).

El *cómputo del plazo* se encuentra en el título preliminar y se basa en el llamado calendario gregoriano adoptado por el papa Gregorio XIII en 1582. Se dispone que "todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Presidente de la República, de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo" (art. 48.1 CC).

El Código señala que "cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo" (art. 49 CC). Aquí el Código incurre en el error de considerar plazo suspensivo aquel que suspende el nacimiento de un derecho, cuando en realidad esta forma de plazo sólo suspende la exigibilidad o ejercicio del derecho.

A falta de norma especial se desprende que los plazos de horas se cuentan desde la hora en que comienzan hasta la hora en que se completa dicho plazo: así el plazo de 24 horas contados de las 13:00 horas de un día vence a las 13:00 horas del día siguiente.

En los plazos de meses o años, "el primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses" (art. 48.2 CC). Por eso, dice el Código, el plazo de un mes podrá ser de 28, 29, 30 o 31 días, mientras que el plazo de un año podrá contener 365 o 366 días, según los casos.

Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años consta de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y el plazo corre desde alguno de los días

en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes (art. 48.3 CC). Así el plazo de un mes contado desde el 31 de agosto vence el día 30 de septiembre.

En todo caso estas reglas se aplican a todos los plazos legales o los impuestos por actos de autoridad, salvo que establezcan reglas diversas (art. 48.4 CC). De aquí puede desprenderse que también las partes de un acto o contrato pueden disponer formas diversas de cómputo de los plazos.

b) Clases de plazo

135 Según la fuente, los plazos pueden ser *legales, judiciales y voluntarios*. Son legales los plazos que determina la ley, en un sentido amplio (Constitución, tratado internacional, decretos, ordenanzas municipales, etc.). Son legales los plazos de la prescripción extintiva o adquisitiva (salvo excepciones), así como los que se señalan para la caducidad de acciones o actos jurídicos.

Los voluntarios son aquellos que establecen las partes ya sea en actos unilaterales, como una oferta o un testamento, o en actos jurídicos bilaterales como los contratos y convenciones en generales.

Son judiciales los plazos que fija el juez. En nuestro sistema el juez no está autorizado para fijar plazos por su propia iniciativa. Sólo puede interpretar "el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes" (art. 1494 CC).

No obstante, hay casos en los que el mismo Código Civil autoriza al juez a fijar un plazo, como sucede con la restitución que debe hacer el poseedor vencido de la cosa al reivindicante (art. 904 CC), el plazo para cumplir una obligación indivisible (art. 1530 CC), el plazo para el cumplimiento del modo si el testador no lo determinare suficientemente (art. 1094 CC); si en un mutuo se hubiere estipulado que el deudor pague cuando le sea posible (art. 2201 CC) y para que el agente oficioso que actuó contra la voluntad del gestionado reclame el reembolso de lo que le ha sido útil (art. 2291 CC).

Nuestro Código Civil, a diferencia del francés, no contempla la posibilidad de que el juez fije un plazo al deudor para que pague, lo que se suele denominar "*plazo de gracia*". No obstante, lo menciona al tratar de la compensación en que distingue las esperas (una prórroga del plazo) del plazo de gracia: una mera tolerancia del acreedor que no le cobra al deudor: "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" (art. 1656.2 CC).

Una segunda clasificación del plazo depende de la forma en que se manifiestan. Se habla así de *plazo expreso y tácito*. En realidad, como modalidad el plazo siempre debe expresarse, es decir, manifestarse en términos explícitos. Pero hay circunstancias que hacen que el plazo se exprese en la misma naturaleza de la obligación, ya que ésta supone en sí misma la existencia de un plazo. El típico ejemplo que se suele dar es el vestido de novia que se encarga y que aunque nada

se diga se entiende que debe estar antes de la boda. En las compras por internet o por *delivery* aunque nada se diga es claro que las cosas no llegarán inmediatamente sino que en días o a veces semanas dependiendo del producto adquirido. Por eso el Código lo define como "Es tácito el indispensable para cumplirlo" (art. 1494.1 CC). Se ha advertido que aquí el codificador incurre en error de concordancia de género ya que se refiere al plazo de la obligación, de manera que debió decir que es el indispensable para "cumplirla". La explicación es que en los primeros proyectos se hablaba de plazo del contrato, y el cambio por obligación sólo se produjo en el llamado Proyecto Inédito, olvidándose de adaptar la segunda parte del inciso primero. El plazo tácito sirve para constituir al deudor en mora, ya que se dispone que ello sucederá "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" (art. 1551.2º CC). Relacionado con esto el Código se hace cargo de que se pacte una obligación que debe pagarse a plazos sin que se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo, "se entenderá dividido el pago en partes iguales" (art. 1593 CC).

Según su fórmula de cómputo, se distingue *plazo de días útiles (plazo discontinuo) o de días corridos (plazo continuo)*. Esta distinción se aplica sólo a los plazos de días, no a los de semanas, meses o años. El plazo de días útiles excluye de su cómputo los días domingos y festivos, mientras que el plazo de días corridos los considera al igual que los días hábiles o no festivos. Debe considerarse que, salvo que se disponga otra cosa, los sábados son días hábiles y por tanto se cuenta en los plazos de días útiles. La regla general en materias civiles es que los plazos sean de días corridos: "En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados" (art. 50 CC). Aunque la norma se aplica a los plazos legales y judiciales, lo mismo regirá para los plazos voluntarios o convencionales.

Para los plazos judiciales previstos en el Código de Procedimiento Civil la regla es la inversa: los plazos son de días útiles (discontinuos), a menos que el juez establezca lo contrario (art. 66 CPC).

Según los efectos, se clasifica el plazo en *suspensivo y extintivo*. El plazo suspensivo, a diferencia de la condición suspensiva, no suspende el nacimiento o adquisición del derecho (u obligación) sino que suspende su exigibilidad, es decir, la posibilidad de reclamar su ejercicio. En cambio, el plazo extintivo es aquel que no suspende la exigibilidad del derecho, sino que determina con su vencimiento que el derecho (y la obligación) se extinga. A su vez los plazos extintivos pueden ser *fatales o no fatales*, distinción que tiene especial relevancia para el derecho procesal. Es plazo fatal aquel que por su solo vencimiento produce la extinción del derecho, mientras que es no fatal si su solo vencimiento no produce la extinción del derecho sino que se requiere de un acto por el cual se haga valer esa extinción. El Código Civil señala que las expresiones "dentro de" o "en" denotan que un plazo es fatal, ya que dispone que "cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro

de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo", es decir, que se trata de un plazo fatal. En materia de procesos civiles se dispone que los plazos contenidos en el Código de Procedimiento Civil son fatales cualquiera sea la forma en que se expresen, salvo que se trate de plazos para las actuaciones del tribunal (art. 64 CPC).

Se suele decir que en materias civiles los plazos no son fatales, pero esto debe analizarse caso por caso. Así son fatales los plazos para pagar el precio en el pacto comisorio calificado (art. 1879), los plazos que establecen caducidad de derechos o acciones (ej. arts. 212, 213, 216 y 217 CC), o los plazos de vigencia de los testamentos privilegiados (arts. 1036, 1044 y 1052 CC). En cambio, no suelen ser fatales los plazos de prescripción extintiva o adquisitiva, ya que requieren que el beneficiario alegue judicialmente la prescripción (art. 2493 CC).

Algunos autores hablan también de plazos *posibles e imposibles*, y dan ejemplos de plazos imposibles como el que señala que una obligación se cumplirá el 3 de marzo de 1810, o en el plazo que dure un viaje de ida y vuelta a Saturno. Nos parece que estos plazos imposibles en realidad no son tales, y que el juez, usando la facultad de interpretar los plazos oscuros, debe determinar que en realidad no hubo intención de poner un plazo y la obligación se considerará pura y simple. Si se trata de *plazos ilícitos*, es decir, que no respetan la ley que establece un plazo de orden público como si se pactara que en el pacto comisorio calificado el plazo para pagar fuera de un mes (art. 1879 CC) o que la indivisión durará seis años (art. 1317.2 CC), se aplicará el plazo fijado por la ley, con independencia de lo pactado por la partes. Normalmente, se entiende que, salvo que la ley autorice a fijarlos, los plazos de prescripción son de orden público y no pueden modificarse por la voluntad de las partes.

c) Efectos y estados del plazo

c.1) Estados del plazo

136 Dependiendo el plazo de un hecho cierto, no existen, como en la condición, plazos fallidos. Por ello, los estados en que puede estar un plazo son sólo dos: pendiente, mientras todavía no sucede el hecho que determina el vencimiento del plazo, y cumplido, cuando dicho hecho ya ha sucedido.

Por cierto, los efectos que se producen en uno y otro caso dependen de si estamos frente a un plazo suspensivo o extintivo.

c.2) Plazo suspensivo

137 El *plazo suspensivo pendiente*, a diferencia de la condición suspensiva, no suspende el nacimiento de la obligación, sino sólo su exigibilidad, es decir, el derecho del acreedor a ejercer su crédito y el deber del deudor de cumplir. Pero tanto el derecho como el deber ya se han configurado, pero su eficacia ha sido suspendida o aplazada por esta modalidad. Así una norma de las asignaciones desde un plazo (plazo suspensivo) dispone que "la asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la

propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día" (art. 1084 CC).

De esta suspensión de la exigibilidad deriva que el acreedor, incluso teniendo título ejecutivo, no pueda reclamar su crédito judicialmente (la acción no será actualmente exigible), el deudor no podrá ser constituido en mora por ese plazo que no ha vencido ni tampoco por requerimiento del acreedor (no se deberán intereses moratorios), no podrá aplicarse la compensación legal (art. 1656.3ª CC) y no comenzará a correr el tiempo para la prescripción extintiva, ya que este se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible (art. 2514.2 CC). Si se trata de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto bajo a plazo suspensivo, el deudor tiene el deber de conservarla (arts. 1548 y 1549 CC), pero si la cosa se pierde o deteriora de manera fortuita el riesgo es del acreedor y se mantendrá la obligación correlativa (art. 1550). Como el deudor a plazo es dueño tiene derecho a quedarse con los frutos que produzca la cosa y además puede enajenarla a terceros, pero al llegar el plazo, el acreedor podrá pedir la resolución del contrato y se aplicarán los arts. 1490 y 1491 para reclamar la cosa de manos de terceros poseedores. Además, deberá asumir el riesgo de la pérdida fortuita de la cosa si aún no es entregada o si se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas (art. 1550 CC).

Pero como el derecho existe puede ser objeto de transferencia o transmisión tanto activa (si muere el acreedor) o pasiva (si muere el deudor), el acreedor puede pedir medidas conservativas y si se paga antes de vencer el plazo hay pago de lo debido por lo que, a diferencia de la condición suspensiva, no puede pedirse la restitución: "Lo que se paga antes de cumplirse el plazo, no está sujeto a restitución" (art. 1495.1 CC). Esta imposibilidad de pedir la restitución supone que tanto el deudor como el acreedor han renunciado al plazo. Se discute si el pago lo hace el deudor por error y no a conciencia de que le favorecía un plazo. En tal caso, no parece que haya renuncia del plazo y por tanto procederá la restitución.

En todo caso la prohibición de restituir no se aplica si el plazo es una condición, aunque el Código señala que la regla de la no restitución no se aplica a "los plazos que tienen el valor de condiciones" (art. 1495.2 CC). Se hace referencia a plazos a los que la ley convierte en condiciones al añadir un hecho incierto, como es la existencia del asignatario cuando llegue el plazo (cfr. arts. 1084 y 1085 CC).

Igualmente, la opinión común de la doctrina es que el acreedor a plazo podría ejercer las acciones subrogatoria o revocatoria, y sin duda, ya que el Código Civil lo señala en forma expresa, podría reclamar el beneficio de separación ya que así lo dispone expresamente el Código Civil (art. 1379 CC).

Los efectos del *plazo suspensivo cumplido* (ya sea por vencimiento, renuncia o caducidad) son básicamente que la obligación se hace exigible y el acreedor tiene derecho a reclamar su cumplimiento, mientras que el deudor si no cumple y se trata de un plazo expreso voluntario o tácito pasa a estar en mora, y comenzará a deber intereses moratorios. También puede alegar un crédito suyo en compensación de la deuda. Si el título es ejecutivo podrá cobrarse por la vía ejecutiva ya que la acción

es actualmente exigible. Además, comenzará a correr el plazo para la prescripción extintiva de la obligación. Si la obligación emana de un contrato bilateral, el acreedor ante el incumplimiento del deudor podrá pedir la resolución del contrato con indemnización de los perjuicios, y esto puede producir efectos para terceros adquirentes conforme a los arts. 1490 y 1491 del Código Civil.

En este punto, no se discute que el cumplimiento del plazo no opera con efecto retroactivo y que la exigibilidad de la obligación no se retrotrae a la fecha de su constitución.

c.3) Plazo extintivo

138 El plazo extintivo mientras está *pendiente* no tiene ningún efecto sobre el despliegue de la obligación o del contrato y estos son exigibles y deben cumplirse como si fueran obligaciones o actos puros y simples. Una vez *cumplido* el plazo la obligación o contrato se extinguen de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial.

Normalmente las obligaciones y contratos que están sujetos a plazos extintivos son aquellos que deben cumplirse por cuotas o por períodos de tiempo. Así la obligación de pagar una pensión periódica mensual por cinco años, se extinguirá una vez transcurrido ese plazo, y un contrato de arrendamiento de una casa por 10 meses, llegará a su término cuando se cumplan esos 10 meses.

El plazo extintivo no opera con efecto retroactivo, y la extinción sólo se producirá desde el momento en que vence el plazo (o sea renunciado o caducado). Todo lo pagado en el intertato se mantendrá como bien pagado y el deudor o contratante no podrá pedir la restitución de lo que haya dado para satisfacer la obligación o contrato sujeto a plazo.

En los contratos de promesa de celebrar un contrato se suele discutir si el plazo que fija la celebración del contrato prometido (art. 1554.3º CC) es un plazo suspensivo o extintivo. El problema mayor es que si se le considera extintivo tendrá carácter de fatal y ya no podrá celebrarse el contrato prometido, al menos sin modificar el contrato de promesa. Así la parte defraudada sólo podrá pedir resolución del contrato con indemnización de perjuicios o la cláusula penal que se haya pactado para el caso de incumplimiento. Se trata de una cuestión de interpretación del contrato y, en general, predomina la tesis de que debe presumirse de que el plazo es suspensivo, por lo que el contrato prometido puede celebrarse después de vencido el plazo.

d) Variaciones de la extensión del plazo

139 En ocasiones, la ley da facultades al juez para modificar un plazo: como sucede con el plazo que tiene el guardador para confeccionar inventario de los bienes del pupilo, que el juez puede ampliar o reducir (art. 378 CC), con el plazo que se fija para que un asignatario se pronuncie sobre si acepta o repudia la asignación hereditaria, que puede ser prorrogado (art. 1232 CC), con el que fija para que el albacea comparezca a servir el cargo, que puede ser ampliado por el mismo juez

(art. 1276 CC), o con el plazo fijado por la ley o el testador para evacuar ese encargo, que puede ser prorrogado por el juez (art. 1305 CC). De estas autorizaciones expresas se desprende que, a falta de ellas, el juez no puede prorrogar plazos ni siquiera de aquellos que la ley lo faculta para determinar.

Los plazos voluntarios y convencionales son modificables por la voluntad o la convención, y pueden suprimirse, ampliarse o restringirse sin limitaciones. Pero la ley señala que la modificación del plazo de una obligación no constituye novación, aunque en principio no afecta a los terceros garantes que no han consentido en esa modificación. Así se dispone que "la mera reducción del plazo [no] constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado" (art. 1650 CC). Esta norma debe aplicarse si no sólo se reduce el plazo, sino que se lo suprime y debe extenderse a los terceros que hayan gravado una cosa suya en garantía de una deuda ajena.

Más drástico es el Código con la prórroga o extensión del plazo, ya que señala que en tal caso, no hay novación pero "pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación" (art. 1649 CC).

e) Extinción del plazo

e.1) Vencimiento

140 La manera usual por la que un plazo se extingue, ya sea suspensivo o extintivo, es por el transcurso del tiempo que se ha fijado para medir su extensión. Si es un hecho futuro cierto indeterminado desde que ocurra el hecho (por ejemplo, la muerte de una persona), si es un hecho futuro cierto determinado desde que dicho hecho acontezca (se cumplen diez años, llega la fecha que se ha fijado para el cumplimiento del plazo, etc.).

No obstante, el plazo puede extinguirse antes de que llegue el hecho futuro y cierto, sea o no determinado, y esto puede suceder por dos causales: porque el acreedor o el deudor renuncian al beneficio del plazo y aceptan que se dé un pago anticipado (prepago) o porque en razón del peligro de que cuando termine el plazo el deudor no podrá pagar se produce una caducidad del plazo, la que a su vez puede ser legal o convencional.

El retardo del deudor en pagar no descarga la responsabilidad de los fiadores, codeudores solidarios o terceros garantes. Pero la ley permite al fiador requerir al acreedor, desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal; y si no lo hace no será responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal, sobrevenida durante el retardo (art. 2356 CC).

e.2) Renuncia y prepago

141 El Código presume que el plazo ha sido puesto en beneficio del deudor, por lo que aplicando el art. 12 permite que éste renuncie al plazo y cumpla de manera anticipada la obligación, por cierto en la medida en que no se haya estipulado o dispuesto lo contrario: "El deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario..." (art. 1497.1 CC).

No obstante, hay casos en que el beneficiario del plazo es el acreedor y otros en que el plazo beneficia a ambas partes. Si se fija un plazo para el depósito este plazo es en beneficio del acreedor, por lo que el depositario (deudor) no puede renunciar a él, salvo alguna causal legal (art. 2226.2 CC).

Lo más corriente es que el plazo se haya puesto en beneficio tanto del acreedor como del deudor. Por eso señala el Código que el deudor no puede renunciar al plazo si "la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar". Se trata de una regla amplia que deberá analizarse caso por caso. Pero el Código se refiere específicamente al mutuo con interés: "Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses" (art. 2204 aplicable por lo dispuesto en el art. 1497.2 CC). Pero puede haber otros ejemplos como si el plazo se pone para una obligación pagadera en moneda extranjera, cuyo valor podría incrementarse al vencimiento del término.

Surge la duda sobre qué sucede si el deudor pretende prepagar pero ofrece al acreedor el monto de los intereses que se devengarían hasta el vencimiento del plazo original. Se podría decir que en tal caso el acreedor está obligado a recibir ya que no sufre perjuicio, y más aún resulta beneficiado.

Nada obsta para que las partes de una obligación pacten al momento de su constitución o durante su ejecución una cláusula de pago anticipado que se conoce en el tráfico como cláusula de prepago.

En las *operaciones de crédito de dinero* regidas por la ley Nº 18.010, que no superen las 5.000 unidades de fondo, se reguló como un derecho irrenunciable del deudor, que no sea una institución financiera, el derecho a renunciar al plazo incluso contra la voluntad del acreedor, si tratándose de operaciones no reajustables, paga el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago, y si tratándose de operaciones reajustables, paga el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago. La ley pone límites a esta comisión. Se advierte sí, que los pagos anticipados que sean inferiores al 20% del saldo de la obligación, requerirán siempre del consentimiento del acreedor (art. 10 ley Nº 18.010, de 1981).

e.3) Caducidad legal

142 La doctrina ha denominado caducidad del plazo a la extinción que se produce por un peligro inminente de incumplimiento, aunque el Código no emplee esa

denominación. En general, la caducidad se refiere a derechos o actos jurídicos, pero de manera análoga se habla de caducidad del plazo.

Esta caducidad puede ser legal o convencional. Los supuestos en que opera la *caducidad legal*, de modo que el acreedor puede pedir el cumplimiento inmediato de la obligación, son dos, y ambos tienen relación con el peligro de que implica para el acreedor el esperar el vencimiento del plazo dada la situación menoscabada del patrimonio del deudor.

En primer lugar, opera por *notoria insolvencia o liquidación concursal* y en segundo lugar por *pérdida o disminución de las cauciones* que garantizan el crédito.

En lo referido a la insolvencia, la ley presume que está notoriamente insolvente a quien ha sido declarado deudor en un proceso concursal de liquidación (art. 1496.1º CC). También puede probarse que está en insolvencia notoria, que consistirá en que no puede pagar las deudas con los bienes embargables que posee, lo que habrá de probarse en el juicio ejecutivo normalmente en que el acreedor interponga su reclamación antes de llegar el plazo y como demostración de que la acción ejecutiva es actualmente exigible. Esto supone que la notoria insolvencia, como todas las causales de vencimiento anticipado del plazo, opera de pleno derecho y la resolución judicial lo que hace es constatar que ella ha sucedido.

No se aplica esta caducidad si el demandado tiene la calidad de deudor en un proceso concursal de reorganización, ya que el crédito a plazo deberá someterse a lo que se acuerde o se resuelva en dicho proceso (art. 1496.1º CC). Surge la duda también si esa excepción se limita al período de Protección Financiera Concursal, que dura 30 días prorrogables por otros 30 desde la resolución que dispone la reorganización ya que la ley establece que en ese período no podrán exigirse anticipadamente los contratos de la empresa deudora (art. 57.c, ley Nº 20.720, de 2014). Pensamos que esta excepción a la caducidad dura sólo durante este período porque posteriormente deberá llegarse a acuerdos con los acreedores.

Aunque el art. 1496 no hace excepción respecto del proceso de renegociación de la persona deudora, nos parece que igualmente no se producirá la caducidad de los plazos por así disponerlo la misma Ley Concursal (art. 264.4º ley Nº 20.720, de 2014).

La caducidad se produce desde que queda a firme la resolución de liquidación que declara al deudor ya sea persona deudora o empresa deudora en liquidación, que puede ser voluntaria o forzada. Curiosamente la ley concursal restringe este vencimiento anticipado a las obligaciones en dinero (art. 136 ley Nº 20.720, de 2014), pero también señala que si el deudor es aceptante o librador de una letra de cambio no aceptada o suscriptor de un pagaré, los demás obligados deben pagar inmediatamente (art. 138 ley Nº 20.720, de 2014). Se aplican estas mismas reglas a la liquidación de la persona deudora (arts. 275 y 285 ley Nº 20.720, de 2014). La restricción a las obligaciones en dinero del vencimiento anticipado ha sido criticada por discriminatoria con los acreedores de obligaciones de dar otras cosas o de hacer

y no hacer, pero pensamos que en estos casos debe aplicarse la caducidad del plazo prevista en el Código Civil que habla en general de todo tipo de obligaciones.

En seguida, el plazo también caduca legalmente respecto del "deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor" (art. 1496.2º). Nótese que la extinción o disminución debe provenir de hecho o culpa del deudor, es decir, debe ser imputable a éste, aunque hay reglas especiales para la hipoteca y la prenda. Por otro lado, la disminución de valor de las cauciones debe ser "considerable", es decir, que no sean capaces de garantizar el pago del total de la deuda.

Nuevamente, se plantea si la caducidad opera de pleno derecho o si es necesaria una declaración judicial. Concordando con lo anterior, hemos de concluir que bien puede probarse la extinción o disminución de las cauciones por hecho o culpa del deudor en el mismo juicio en que se cobra anticipadamente el crédito sujeto a plazo, incluso si se trata de juicio ejecutivo.

Aún así el Código da derecho al deudor para evitar la caducidad: "el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones". (art. 1496.2º CC). Este derecho deberá ejercerlo en el juicio dentro del cual se cobra el crédito a plazo y el acreedor demuestra que se han extinguido o disminuido las cauciones.

Respecto de la hipoteca el Código no exige que la disminución o pérdida de la finca hipotecada sea imputable al deudor, aunque le da la posibilidad al deudor de mejorar la hipoteca o prestar otra seguridad equivalente. Sólo en defecto de esto, el acreedor puede demandar el pago inmediato de la deuda líquida aunque esté pendiente el plazo (art. 2427 CC). Tratándose de la prenda de cosa ajena si el dueño exige su restitución el acreedor puede exigir que se le entregue otra cosa en prenda u otra caución, y en defecto de una y otra cosa, que se le cumpla la obligación principal, aunque haya plazo pendiente (art. 2391 CC). También en este último caso la pérdida de la caución no necesaria será imputable a hecho o culpa del deudor.

Se plantea el problema de si el deudor se ha obligado a prestar cauciones y no las presta. Esto se contempla en el Código en el caso de la fianza (arts. 2348 y 2349 CC). La mayor parte de la doctrina señala que por coherencia lógica debiera también producirse la extinción del plazo por caducidad. Discrepamos de esta opinión ya que las causales de caducidad son normas de excepción y deben aplicarse de manera estricta. Otra cosa es que el acreedor puede pedir la resolución o el cumplimiento forzado del contrato donde aparece esa obligación del deudor de prestar cauciones.

Los *efectos de la caducidad legal* del plazo son que la obligación se convierte en pura y simple y se hace exigible desde ese mismo momento, de pleno derecho, aunque pueda ser necesario demostrar el hecho que la produce en el procedimiento judicial donde el acreedor ejerce la acción de cobro del crédito. Por otro lado, al hacerse la obligación exigible comienza a correr el plazo para su extinción por la prescripción (art. 2514.2 CC). Se discute si esta exigibilidad anticipada se extiende

también a los codeudores solidarios y subsidiarios y a los terceros garantes con cauciones reales (prenda, hipoteca). Para algunos, dado el riesgo de no pago, la caducidad del plazo debe extenderse a todos los terceros que garantizan la deuda y deberán responder antes de que el plazo venza. Para otros, la caducidad de plazo es una situación personal del deudor que no debe afectar a los terceros garantes, los que seguirán gozando del beneficio del plazo sin que el acreedor pueda alegar en su contra que el plazo ha caducado. La regla que prevé que la reducción del plazo no afecta a los codeudores solidarios y subsidiarios (art. 1650 CC) parece abonar esta segunda posición. Además se señala que la Ley Concursal tuvo que disponer expresamente si el deudor es aceptante o librador de una letra de cambio no aceptada o suscriptor de un pagaré, para disponer que los demás obligados deben pagar inmediatamente (art. 138 ley Nº 20.720, de 2014), lo que demuestra que la regla general es la inversa.

Si se trata de un proceso de liquidación concursal la caducidad legal del plazo impedirá la compensación (art. 140 ley Nº 20.720, de 2014).

e.4) Caducidad convencional. Cláusulas de aceleración

143 Aunque el Código Civil no menciona la posibilidad de establecer causales de terminación anticipada del plazo por voluntad de las partes, tanto la doctrina y la jurisprudencia han reconocido esta figura por derivación del principio de la autonomía privada, y la han llamado caducidad convencional. Estas cláusulas permiten que las partes determinen que si ocurre alguna situación no prevista en la ley el plazo se entienda vencido.

Las más frecuentes son las llamadas "cláusulas de aceleración" por la cual se conviene que si un crédito que debe pagarse en múltiples cuotas, el deudor deja de pagar una de ellas el crédito se hace exigible por el total: es decir, se "acelera" y se entiende que es puro y simple por la cantidad total de capital e intereses. La cláusula se usa mucho en mutuos y pagarés. Como la letra de cambio no admite división en cuotas, la cláusula no tiene sentido.

Pero esto puede traer un problema para el acreedor porque al anticiparse el vencimiento del plazo comienza de inmediato a correr el plazo para la prescripción extintiva, el que para títulos de crédito como el pagaré y la letra es de sólo un año.

Muchos deudores, en consecuencia, se han beneficiado con esta cláusula, ya que el acreedor no se ha sido diligente y ha esperado demasiado tiempo para cobrar el total, y cuando lo han demandado el deudor opone la excepción de prescripción, la que normalmente es acogida.

De allí que la jurisprudencia haya comenzado a distinguir entre cláusulas de aceleración imperativas y cláusulas de aceleración facultativas. En las primeras se pacta que por el solo incumplimiento de una cuota se entiende vencido anticipadamente el plazo de toda la deuda; esta forma de redacción es muy peligrosa, ya que muchas veces el acreedor no se entera de que se ha incumplido o espera que el deudor se ponga al día y el plazo de prescripción se va a contar

desde que el deudor dejó de pagar una cuota. Advirtiendo este peligro, los abogados de bancos o de otras instituciones de crédito comenzaron a redactar de manera diferente estas cláusulas de modo que no fuera el mero incumplimiento el que produce el vencimiento anticipado, sino que la voluntad que el acreedor exprese de hacer exigible la totalidad de la obligación. Es decir, la cláusula otorga una facultad al acreedor y no opera por el solo hecho del incumplimiento, de allí que se les denomine cláusulas de acelaración facultativas. Ahora bien, no siempre es sencillo determinar cuándo una cláusula es imperativa y cuándo facultativa, y además si es facultativa no hay claridad sobre cuándo el deudor ha expresado su voluntad de hacer exigible la totalidad de la deuda: desde que se exige extrajudicialmente el cobro, desde la presentación de la demanda, desde su notificación, etc.

La jurisprudencia ha sido bastante errática en todo lo referido a estas cláusulas, aunque puede señalarse que la posición que predomina es que las cláusulas son facultativas y que la presentación de la demanda es la que expresa la voluntad del acreedor de hacer uso de esa facultad.

Estas cláusulas, a diferencia de la caducidad legal, suelen afectar a los terceros garantes ya que ellos las han consentido al momento de constituir la garantía.

4. Obligaciones modales

a) Concepto de modo, caracteres y diferencias con la condición

144 El concepto de modo fue acuñado por los romanos que hablaban de *modus* como medida para designar un gravamen que se imponía a un heredero o legatario, de modo que limitaba (medía) el beneficio neto de lo otorgado por el testamento.

En el derecho actual se habla de modo como una modalidad de un acto jurídico por el cual una persona adquiere un derecho pero a la vez se ve compelida a realizar una conducta que de alguna manera disminuye el valor de lo adquirido.

Nuestro Código Civil lo conceptualiza de esta manera al tratar de las asignaciones testamentarias: "Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva" (art. 1089 CC). El Código habla de aplicación de lo obtenido en la asignación, pero el concepto de modo, en doctrina y jurisprudencia, es más amplio y cubre una gama de conductas que no necesariamente implican destinar parte de los bienes adquiridos. Así, por ejemplo, es un modo la carga de que un heredero que es cantante de ópera dé un concierto gratuito para un pueblo rural una vez año, o pagar una pensión vitalicia a una tía anciana.

Lo característico del modo es que impone un deber a quien se le atribuye un derecho, normalmente por una liberalidad, que consiste en una conducta que puede ir en beneficio propio, de un tercero o de toda una comunidad. Se trata de un deber y no de una simple recomendación o consejo, por lo que su incumplimiento puede traer efectos jurídicos.

Hay que distinguir lo que es el acto jurídico u obligación modal, es decir, aquellos que están sujetos a esta forma de modalidad, de la obligación en que consiste el modo, si bien, como ya hemos visto, se discute si se trata de una obligación propiamente tal y algunos piensan que es un deber jurídico y no una obligación porque no genera todos los efectos propios de estas. De allí que algunos autores hablen de obligación *sub modo*, y obligación modal.

Son caracteres del modo la accesoriedad, ya que es una carga que va aneja a la adquisición de un derecho, la gravosidad, porque constituye una carga o gravamen que padece quien adquiere el derecho modal y su obligatoriedad jurídica, ya que no es un mero consejo sino una deber que vincula al sujeto gravado.

Pero, como señala el Código Civil, el modo se distingue de la condición suspensiva, en cuanto a que la falta de cumplimiento del modo no suspende la adquisición del derecho, como sí lo hace la condición: "El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada" (art. 1089 CC). Aunque no siempre es fácil distinguir cuándo el disponente quiso establecer un modo o una condición suspensiva. En el derecho común medieval se consideraba el uso de ciertas expresiones: *si* (si) y *ut* (para); de esta manera si el testador dejaba un predio a un legatario si construía un escuela para los niños pobres del lugar, se trataba de una condición que suspendía la adquisición hasta que construyera la escuela: en cambio, si el testador señalaba que se dejaba el predio a un legatario "para" que construyera una escuela para los niños pobres, habría un modo que no suspendía la adquisición del predio legado.

Como el modo no suspende la adquisición del derecho, el Código no exige que el deudor modal rinda caución para asegurar la restitución en caso de incumplimiento de su deber: "Para que la cosa asignada modalmente se adquiera, no es necesario prestar fianza o caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo" (art. 1091 CC). Como no se trata de una norma imperativa, es factible que el testador o las partes de una convención establezcan lo contrario.

b) Ámbito de aplicación

145 Sin duda lo más frecuente es que un modo se imponga a un beneficiario de una liberalidad por causa de muerte: a un heredero, legatario y también en contratos gratuitos o de beneficencia, como la donación, el comodato o una renta vitalicia gratuita. Para la donación existe norma expresa que señala que se le aplican las reglas de los modos en las asignaciones testamentarias (art. 1416.1 CC).

De allí que nuestro Código regulara el modo dentro de las asignaciones testamentarias (párrafo 4º, título IV, libro III: arts. 1089 a 1096 CC). Sin embargo, al tratar de las obligaciones condicionales se dispone lo siguiente: "Las disposiciones del Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes" (art. 1493 CC). Como no hay disposiciones sobre obligaciones modales, hemos de entender que se aplican de manera íntegra las normas que se dan para las asignaciones modales a "las convenciones".

De esta disposición, la mayoría de los autores sostienen la posibilidad de que se agregue un modo a un contrato oneroso, como una carga accesoria que no integra la prestación de las partes. Así, por ejemplo, si se arrienda una casa por diez años pero se exige que se dé alojamiento en una pieza a un pariente del arrendador o se vende un paquete de acciones que controlan una sociedad con el compromiso de que el comprador debe nombrar director de la sociedad al vendedor por un período. Es claro, sin embargo, que se trata de casos excepcionales que no suelen darse en la práctica.

c) Obligatoriedad del deber modal

146 Como ya señalamos, la carga modal no es un mero consejo o recomendación sino un verdadero deber jurídico, que vincula al gravado y cuyo incumplimiento genera consecuencias jurídicas.

Sin embargo, como excepción el Código establece que si el beneficiario del modo es exclusivamente el gravado, no genera obligación: "Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna..." (art. 1092 CC). Y es lógico que así sea ya que si el beneficio es exclusivo para el mismo obligado, quedará a su discreción si lo cumple o no. Sin embargo, en materia sucesoria puede haber interesados en que se resuelva la asignación modal por incumplimiento del modo, y por ello el Código dispone que si el testador ha impuesto una cláusula resolutoria entonces el modo incluso en beneficio exclusivo del deudor modal produce obligación, y si no se cumple los demás sucesores hereditarios podrán pedir la resolución de la asignación. Por eso, se señala que la regla de la no obligatoriedad del modo en beneficio exclusivo del asignatario se aplica "salvo que lleve cláusula resolutoria" (art. 1092 CC). Lo mismo podría suceder si se trata de un modo impuesto en una donación o en una convención, en que el donante o la otra parte podría pedir la resolución del acto y la restitución de lo adquirido si así se pacta expresamente.

d) Cumplimiento del modo

147 Obviamente, el deber moral debe cumplirse según lo que haya sido estipulado ya sea en el testamento, donación o convención. Si se trata de un modo impuesto en una asignación testamentaria en que el testador no ha determinado suficientemente el plazo o la forma específica en que debe cumplirse el modo, el Código da facultades al juez para que se determine el tiempo y la forma de cumplimiento. Pero le impone dos exigencias: consultar en lo posible la voluntad del testador (pensamos que aquí podría utilizar antecedentes externos al testamento, como cartas, borradores, etc.) y siempre que deje un beneficio al asignatario modal que ascienda al menos a un quinto del valor de la cosa asignada (art. 1094 CC). Se trata de una excepción a la exigencia de determinación de la asignación contenida en el mismo Código (art. 1066 CC). En todo caso, si el asignatario modal es un banco no se aplica este mínimo de beneficio (art. 86.6º LGB).

El deber modal puede ser cumplido por los herederos del asignatario modal salvo que esté basado en una aptitud personal del gravado (por ejemplo si es un

pintor famoso o un cantante de ópera). Se dispone así que "si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario" (art. 1095 CC).

El Código se pone en el caso en que se imponga un modo imposible ya sea físicamente o moralmente, y sanciona esta imposibilidad con la nulidad de la asignación modal: "Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición" (art. 1093.1 CC). Se critica que se invalide toda la asignación y no solamente la modalidad, pero parece justo pensar que si el modo es imposible físicamente o inductivo a un hecho ilegal o inmoral o ininteligible en realidad el testador (o donante o contratante) no tuvo una intención real de otorgar el derecho. Por ello la solución nos parece correcta: no se invalida solamente el modo y la asignación se transforma en pura y simple, sino que se invalida toda la asignación.

Por cierto, el modo puede ser posible al momento de su estipulación pero luego volverse enteramente imposible, por ejemplo, si la conducta en que consiste el modo viene a ser considerada como ilegal con posterioridad a su establecimiento. En tal caso, y bajo el supuesto de que esa imposibilidad no sea atribuible a hecho o culpa del asignatario, la asignación se entiende pura y simple: "Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen" (art. 1093.3 CC).

No obstante, si el modo originalmente o con posterioridad es imposible sólo en la forma prescrita por el testador sin que haya sido por hecho o culpa del asignatario modal, se admite un cumplimiento por equivalencia, lo que es otra diferencia con la condición que, como vimos, debe cumplirse literalmente en la forma convenida (art. 1084 CC). Se dispone, así, que "si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación de los interesados" (art. 1093.2 CC). Así, por ejemplo, si el modo consistía en la construcción de una escuela rural en una parte del predio legado y esa parte es expropiada, podría pedirse al juez que la escuela pueda construirse en otra parte del terreno.

Los interesados son los herederos o demás legatarios, el albacea y si hay beneficiarios determinados quienes sean estos.

e) Incumplimiento del modo y ejecución forzada

148 Obviamente si el modo es en beneficio exclusivo del asignatario nadie podrá pedir su ejecución porque sería absurdo que el asignatario se demandare a sí mismo. En este caso, sólo si hay cláusula resolutoria, podría ser obligatorio pero sólo en el sentido de que si no se cumple se podrá pedir la resolución de la asignación y no su cumplimiento.

Si el beneficiario es indeterminado y consiste en una causa de beneficencia, de cultura o de adelanto científico, no pareciere que hubiera realmente un derecho de crédito y por tanto no habría propiamente una obligación. No obstante, se piensa que podrían ejercer la acción de cumplimiento las autoridades previstas en el art. 1291 del Código Civil, pero lo cierto es que esta norma habla de legados para objetos de beneficencia, utilidad pública u obras de piedad religiosa a los que están obligados los herederos o el albacea. El beneficiario del modo no es legatario, por lo que no parece aquí aplicarse dicha norma y, al no haber un titular del derecho personal determinado, no parece que haya una verdadera obligación. De modo que, sólo si hay cláusula resolutoria podrá pedirse la restitución de lo asignado por incumplimiento del modo.

Por el contrario, si el beneficiario es una persona determinada, natural o jurídica, nos parece que sí podría exigir el cumplimiento del modo, ya que en este caso sí habría un derecho personal o de crédito frente al obligado al modo. Este derecho, sin embargo, no transforma al beneficiario en legatario o sucesor del causante, ya que su adquisición va a provenir no de la herencia sino de la obligación impuesta al asignatario. Por cierto, esto podría prestarse para instituir como herederos o legatarios a personas indignas o incapaces, pero en tal caso podría pedirle la nulidad de la asignación por no ser realmente una asignación modal sino una mera simulación de ésta, y además este asignatario incurriría en la indignidad prevista en el art. 972 del Código Civil ya que al aceptar ha prometido hacer pasar la asignación a una persona que sabía incapaz.

Por cierto, esta acción procederá también en el caso de una donación modal o con carga o en un contrato oneroso en que se imponga un modo, en la medida en que el beneficiario sea una persona determinada. Se dará aquí una estipulación a favor de otro regulada en el art. 1449 del Código Civil.

Los herederos u otros terceros no tienen acción para pedir el cumplimiento del modo, aunque sí podrían pedir la resolución de la obligación o derecho modal. En cambio, por mandato expreso, el donante sí tiene derecho a exigir el cumplimiento forzado del modo o carga que se haya impuesto al donatario (art. 1426.1 CC).

f) Resolución. La cláusula resolutoria modal

149 En principio, el incumplimiento del modo no da lugar a la resolución de la asignación modal, pero se admite que el testador estipule lo que el Código llama cláusula resolutoria para el caso de que el deudor modal no dé cumplimiento a la carga que se le impuso: "En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo" (art. 1090.1 CC). El Código se pone en el caso de una asignación de una cosa y, por tanto, tratándose de donaciones o contratos onerosos de una obligación de dar. Pero la resolución podría también extenderse a las obligaciones *sub modo* de hacer o no hacer.

En el fondo se trata de imponer una condición resolutoria para el caso de que se incumpla el modo (hecho futuro e incierto que extingue el derecho u obligación).

Sólo que en este caso, por tratarse de una sanción, procede no sólo la restitución de lo que se ha recibido sino también sus frutos, ya sean civiles o naturales.

Si procede la resolución por incumplimiento del modo en una asignación testamentaria, se debe entregar al beneficiario si es persona determinada "una suma proporcionada al objeto" (art. 1096.1 CC). Entendemos que se trata de una suma de dinero, aunque bien podrían darse en pago objetos o especies si el beneficiario así lo acepta, configurándose una dación en pago. Una vez entregada esta suma, el resto de la asignación acrecerá a la herencia: "el resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa" (art. 1096.1 CC). Se observa que el testador puede ordenar algo diverso como que vaya a un sustituto o que acrezca a la porción de uno de los herederos.

Pero el asignatario modal que no ha cumplido el modo no puede aprovecharse de este acrecimiento; es decir, si es heredero él no será contado en el acrecimiento por la asignación modal. Así lo dispone el Código: "El asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará del beneficio que pudiera resultarle de la disposición precedente" (art. 1096.2 CC). Dado el tenor imperativo y la índole sancionatoria de la norma nos parece que el testador no podría establecer lo contrario y que de hacerlo esa disposición sería nula.

En todo caso, la cláusula resolutoria debe ser expresada: "No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa" (art. 1090.2). Hace excepción a este exigencia de expresar la cláusula las asignaciones modales dejadas a un banco a favor de un tercero, en que se entiende que la asignación envuelve siempre la cláusula resolutoria (art. 86. 6º LGB). Igualmente no es necesario expresarla si se trata de una donación sujeta a modo, ya que el art. 1426 del Código Civil da derecho al donante o para pedir el cumplimiento o para que se resuelva la donación (el Código dice "rescinda"). Para las restituciones se le considera de mala fe "siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta" (art. 1426.2 CC).

La resolución afectará a los terceros adquirentes conforme a las disposiciones de los arts. 1490 y 1491. No obstante, para la donación pareciera que es necesario que se otorgue por escritura pública (y se inscriba si se trata de bienes raíces) y que en esa escritura se exprese "la condición", que aquí debe entenderse incluyendo la carga modal (art 1432.1º CC).

La polémica más conocida en esta materia es la de si establecido un modo en un contrato bilateral, si la parte gravada con el deber modal lo incumple y no se ha establecido expresamente la cláusula resolutoria, ¿procede aplicar la condición resolutoria tácita del art. 1489 del Código Civil? Aquí las opiniones se dividen: algunos autores sostienen que como el modo es una obligación que está en un contrato bilateral su incumplimiento da lugar a que la otra parte pida la resolución del contrato. La mayoría piensa que dado que el modo es un deber accesorio y no una propia obligación del contrato, su incumplimiento no daría lugar a la resolución si no existe una cláusula expresa en tal sentido, por lo que sólo daría lugar a una acción de cumplimiento forzado. Nos inclinamos por esta última posición, sobre todo

porque en el último tiempo se ido imponiendo por distintas razones que el incumplimiento que da lugar a la resolución por el art. 1489 debe ser de una obligación importante o de relevancia para el equilibrio contractual. De lo contrario sólo procedería el cumplimiento forzado o la indemnización de perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: GESCHE MÜLLER, Bernardo, "Del plazo suspensivo y extintivo", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 35-36, 1941, pp. 2857- 2871; FERNÁNDEZ LAMA, Cristián, "El concepto de obligaciones futuras en el Código Civil Chileno", en *Revista de Derecho* (Universidad del Desarrollo), 36, 2017, pp. 141- 153; ABELIUK MANASEVICH, René, "Caducidad convencional del plazo o aceleración del pago", en M. Tapia, M. P. Gatica y J. Verdugo (coords.), *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 81-104; VIAL DEL RÍO, Víctor, "Algunos problemas de interpretación en relación con la condición resolutoria y sus efectos", en E. Alcalde y H. Fábrega (coords.) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 213-241; SEVERIN FUSTER, Gonzalo, "Los supuestos de 'caducidad legal' del plazo contenidos en el numeral primero del artículo 1496 del Código Civil. 'Una lectura tras la modificación hecha por la Ley Nº 20.720 (nueva ley concursal)", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 505-526; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "El cumplimiento ficto de la condición", en *Revista de Derecho* (U. de Concepción), Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985), pp. 7-36.

Capítulo tercero - Obligaciones según la prestación

I. OBLIGACIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS Y DE DAR, HACER Y NO HACER

1. Relación entre obligaciones positivas y negativas y de dar, hacer o no hacer

150 El Código Civil no contiene la clasificación entre obligaciones positivas o negativas, y sólo alude en algunos preceptos a las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Pero sobre la base de la distinción entre servidumbres positivas y negativas (art. 823 CC), los autores han configurado esta distinción que es más bien doctrinal.

De esta manera, se señala que las obligaciones positivas pueden consistir en un dar o entregar una cosa o en desarrollar una conducta o un hacer. Serían así obligaciones positivas las obligaciones dar y de hacer.

Las obligaciones negativas consistirían en un no hacer, es decir, en una omisión o abstención de desarrollar una conducta a la cual, de no ser por la obligación, se tendría derecho a hacer. Se aplica así lo que el Código señala de las servidumbres que pueden consistir en dejar hacer o en una prohibición de hacer algo que era lícito hacer (art. 823 CC). En el fondo se trata de las obligaciones que el Código menciona como obligaciones de no hacer.

De esta manera, la división entre obligaciones positivas y negativas se traduce en el estudio de las obligaciones de dar, hacer y no hacer.

Nuestro Código Civil menciona varias veces la trilogía de dar, hacer o no hacer, principalmente al definir el contrato: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (art. 1438 CC). También aparece esa división al tratar del objeto de los contratos (art. 1460 CC) y en la promesa del hecho ajeno (art. 1450 CC), aunque a veces sólo se distingue entre dar y hacer (arts. 1441, 1535, 1551.2º CC).

2. Obligaciones de dar

a) Concepto

151 En estricto rigor, la obligación de dar consiste en desarrollar una conducta, y en ese sentido es una obligación de hacer, pero que está específicamente determinada por la prevalencia que tenían en el sistema romano y en las economías agrarias y comerciales premodernas los contratos de compraventa y de permuta (trueque), en los que se generaban obligaciones de transferir el dominio de una cosa ya sea corporal o incorporal.

Más tarde se amplió a la obligación de constituir un derecho real distinto del dominio, como el usufructo o las servidumbres.

Por ello, tradicionalmente, se define la obligación de dar como aquella que tiene por prestación la transferencia del dominio de una cosa o la constitución en ella de un derecho real que debe hacer el deudor a favor del acreedor.

De allí que las obligaciones de dar impliquen el deber de hacer la tradición de la cosa o del derecho real en la cosa. El contrato que genera la obligación de dar servirá de título traslaticio y la tradición se hará según las diversas formas que establece el Código Civil para bienes muebles e inmuebles.

b) Deberes accesorios: entregar, conservar y custodiar

152 La obligación de dar no se cumple con la mera tradición del dominio o del derecho real, sino que es necesaria la entrega material de la cosa, por lo que la obligación de dar implica como deber accesorio el de *la entrega de la cosa*. Así lo dispone el Código Civil: "La obligación de dar contiene la de entregar la cosa..." (art. 1548 CC). Se observa así, aunque esto lo profundizaremos más adelante, que hay una diferencia en el Código entre obligación de dar y de entregar.

Digamos, sin embargo, que no siempre la obligación de dar contiene la de entregar materialmente la cosa, como sucede en los casos de *traditio brevi manu* en que un mero tenedor (un arrendatario) compra la cosa o en los de constituto posesorio en que el dueño transfiere el dominio y mantiene la cosa como mero tenedor (arrendatario) (art. 684.5º CC). El Código estima superfluo que se proceda a una doble entrega y la obligación de dar se cumple por la sola tradición a través del contrato o título traslaticio. Lo propio sucede en la constitución de derechos

reales en bienes que permanecen en manos de sus dueños, como el de hipoteca, prenda sin desplazamiento o venta de la nuda propiedad conservando el dueño el usufructo de la cosa.

Este deber de entrega se aplica tanto a las obligaciones de especie o cuerpo cierto como a las de género. Si se trata de las primeras (de especie o cuerpo cierto) se incluye un segundo deber accesorio que es el *deber de conservación*: "y si ésta [la cosa] es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega" (art. 1548 CC). Este deber nace conjuntamente con la obligación de dar al momento en que se perfecciona el contrato o fuente que genera la obligación.

El deber de conservar el cuerpo cierto no se satisface únicamente con mantener la cosa, sino que implica un segundo deber: el de *cuidado o custodia de la cosa*. El Código Civil dispone que "La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado" (art. 1549 CC). El debido cuidado se determinará según el grado de culpa de que responda el deudor y en general será la culpa leve ya que la mayoría de los contratos van en utilidad de ambas partes (art. 1547 CC).

Si se generan perjuicios por falta del deber de conservar y custodiar el deudor deberá indemnizar siempre que el daño no se produzca mientras el acreedor está en mora de recibir la cosa (art. 1548 CC).

Estas reglas deben complementarse con lo que se prevé para el pago tratándose de una deuda de un cuerpo cierto, en que se dispone que deben indemnizarse perjuicios e incluso puede el acreedor pedir la resolución del contrato si los deteriorios provienen de hecho o culpa del deudor o de las personas por quien responde o si han ocurrido después de la mora del deudor y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente si hubiere estado en poder del acreedor (art. 1590.1 y 2 CC). Si el deterioro es de responsabilidad de un tercero de quien el deudor no responde, el acreedor debe recibir la cosa en el estado en que se encuentra pero tiene derecho a que el deudor le ceda sus acciones en contra del tercero para reclamar los perjuicios (art. 1590.3 CC).

Las obligaciones secundarias de conservar y custodiar no se aplican, por cierto, a las obligaciones de género ya que la cosa sólo está determinada en cuanto a su género y no en cuanto a su individualidad.

c) Frutos

153 Al acreedor de la obligación de dar una especie o cuerpo cierto corresponden los frutos naturales pendientes y los que produzca la cosa desde el contrato (o la fuente que produzca esa obligación) hasta su entrega efectiva, como una especie de contrapartida por asumir el riesgo de la cosa (art. 1550 CC). Esta conclusión se obtiene de lo que se prevé para la obligación de dar que tiene el vendedor y de lo previsto respecto de los frutos: "Los frutos naturales, pendientes al tiempo de la venta, y todos los frutos tanto naturales como civiles que después produzca la cosa, pertenecerán al comprador..." (art. 1816.2 CC).

Por excepción, si se ha fijado un plazo o una condición a la obligación los frutos pendientes y los producidos con posterioridad a la venta pertenecen al vendedor, es decir, al deudor de la obligación de dar: "... a menos que se haya estipulado entregar la cosa al cabo de cierto tiempo o en el evento de cierta condición; pues en estos casos no pertenecerán los frutos al comprador, sino vencido el plazo, o cumplida la condición" (art. 1816.2 CC).

Este criterio, coincidente con la idea de que al comprador le pertenecen las mejoras de la cosa desde el momento de perfeccionarse la venta (art. 1820 CC), debe considerarse aplicable a toda obligación de dar, en la medida en que no se haya estipulado otra cosa.

3. Obligaciones de hacer

a) Concepto

154 La obligación de hacer es aquella en que la prestación consiste en una conducta positiva del deudor que resulta de interés para el acreedor.

En la economía moderna que se caracteriza por la prestación de servicios estas obligaciones son tanto o a veces más importantes que las obligaciones de dar. Son de hacer las obligaciones derivadas de contratos de confección de obra, de transporte de cosas o personas, de servicios profesionales de profesores, abogados, médicos, arquitectos, corredores de propiedades, contadores, etc., y de empresas como lavasecos, cerrajerías, reparación y revisión técnica de vehículos motorizados, asesorías financieras, colegios y universidades y otras instituciones de formación o capacitación laboral, etc.

En ocasiones pueden mezclarse obligaciones de hacer y de dar, como en los restaurantes en que hay una obligación de preparar un determinado plato (obligación de hacer) y luego de entregarlo al cliente por un precio (obligación de dar).

b) Clases de hechos

155 Los hechos que son objeto de las obligaciones de hacer pueden ser *materiales, intelectuales o mixtos*. Son hechos materiales aquellos que transforman la realidad física para que pueda moldearse o adaptarse al interés del acreedor: por ejemplo, construir una muralla, reparar un automóvil, transportar a una persona de un lugar a otro, etc.

Los hechos intelectuales son aquellos en los que predomina el uso de la inteligencia humana por sobre la modificación de la materia: así los servicios profesionales de abogados, asesores financieros, componer una sinfonía o una obra literaria, dibujar planos para un edificio que se desea construir, crear un nuevo software informático, etc.

Los hechos mixtos son aquellos en los que se mezclan labores intelectuales con actividades de adaptación de la materia física. Por ejemplo, la elaboración de una

pintura artística: hay inteligencia y talento por un lado, pero también una realidad material que consiste en un cuadro. Otro ejemplo puede ser el diseño de una campaña publicitaria para una empresa: hay inteligencia para la creación de la idea y luego una obra material en la que se traduce dicha idea (afiches, carteles, avisos de televisión, etc.).

Una segunda clasificación de los hechos es la que los divide en *un hacer fáctico y un hacer jurídico*. Las obligaciones de hacer fáctico son todas las que producen efectos en la realidad fáctica, como todos los ejemplos que hemos visto al clasificar las obligaciones de hacer en materiales, intelectuales y mixtas. Pero la prestación puede consistir en un hacer jurídico, es decir, en la modificación de los derechos y obligaciones de las personas. El caso típico es el del llamado contrato de promesa de celebrar un contrato, entre los cuales el más frecuente es la promesa de compraventa. La obligación que surge de este contrato no es de dar, es de hacer, pero de un hacer jurídico: la celebración de un contrato que generará derechos y obligaciones para las partes. También puede considerarse una obligación de un hecho jurídico la obligación de un mandatario al que se encarga celebrar un contrato ya sea a nombre propio o a nombre del mandante.

Una tercera clasificación de las obligaciones de hacer es la que distingue entre obligaciones que pueden ser cumplidas por cualquier persona y obligaciones que sólo pueden cumplirse por la persona designada sobre la base de sus aptitudes, talentos o confianza que se deposita en ellas. Se habla así de *hechos fungibles* (al acreedor le da lo mismo quien ejecute el hacer) *o infungibles* (al acreedor le interesa que el hacer lo desarrolle una persona determinada). Las obligaciones de hacer derivadas de contratos *intuitu personae* como los de mandato, confección de obra, sociedad colectiva civil, etc. son obligaciones de hechos infungibles.

Estas clasificaciones, como se verá más adelante, tienen importancia para determinar la forma de cumplimiento forzado, la indemnización de los perjuicios, o la extinción de la obligación.

c) Hecho de un tercero

156 Nuestro Código Civil admite que una persona se obligue a que un tercero realice una determinada conducta. Es la llamada promesa del hecho ajeno que se contempla de esta manera: "Siempre que uno de los contratantes se compromete a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa" (art. 1450 CC).

Aunque la norma se extiende a las obligaciones de dar y no hacer, en la práctica se aplica a las obligaciones de hacer. El tercero, sin embargo, no queda obligado por el mero contrato en que una de las partes se compromete a que dará, hará o no hará algo y es necesaria la manifestación de su voluntad para que surja esa obligación. El Código le llama ratificación dando la impresión de que con ello se configuraría una representación *a posteriori*, pero no es esa la explicación que

predomina en doctrina. En todo caso, es claro que el tercero no queda obligado si no manifiesta su voluntad en tal sentido.

4. Obligaciones negativas o de no hacer

a) Concepto

157 Las obligaciones de no hacer, llamadas también obligaciones negativas son aquellas que imponen al deudor una abstención de realizar una conducta que, si no fuera por la obligación, le estaría permitido desarrollar.

Se incluyen como obligaciones de no hacer las obligaciones de no dar, como serían las llamadas cláusulas de no enajenar, que se distinguen de las prohibiciones de disponer que son limitaciones al atributo del dominio que en general sólo pueden ser impuestas por ley. Las cláusulas de no enajenar, en cambio, pueden estipularse en todos los casos en los que no sean excluidas expresamente por la ley, porque su transgresión no produce la nulidad de la enajenación sino los efectos de un incumplimiento obligacional[18].

b) Clases de obligaciones negativas

158 Las obligaciones de no hacer suelen dividirse en aquellas que consisten en una mera abstención de una conducta y las que obligan a tolerar que el acreedor intervenga en la esfera de control jurídico del deudor. Las primeras son conocidas como obligaciones propiamente de no hacer (*non facere*), mientras que las segundas se denominan obligaciones de tolerar (de *pati)*.

Ejemplos de obligaciones de *non facere* son aquellas cuya prestación consiste en no revelar un secreto industrial (cláusulas de confidencialidad) o de no instalar un comercio en un determinado lugar (cláusulas de no concurrencia). Obligaciones de tolerar son, por ejemplo, la de permitir que un vecino transite por un predio del deudor para pasar a su propio terreno o la de tolerar que alguien fotografíe el interior de una casa y publique esas imágenes en una revista de diseño.

También pueden distinguirse obligaciones de no hacer simples y obligaciones de no hacer complejas. Estas últimas pueden incluir deberes secundarios de hacer por parte del deudor. Por ejemplo, si una cláusula de confidencialidad obliga además al deudor a realizar conductas que permitan mantener en reserva el secreto (como guardar unos planos en una caja de seguridad de un banco) o la de mantener un sendero en condiciones para transitar en caso de la obligación de tolerar el tránsito del acreedor por un predio.

c) Límites a las obligaciones de no hacer

159 Las obligaciones de no hacer pueden ser riesgosas si se configuran de manera demasiada amplia, ya que muchas veces pueden ir contra derechos fundamentales previstos en la Constitución. Así, por ejemplo, si se señala que no se podrá enajenar

[18] Véase *Curso. Bienes*, pp. 121 y ss.

una cosa por cien años o si alguien no podrá salir de una ciudad mientras vive. Lo mismo puede suceder si alguien se compromete a no desarrollar una actividad económica en todo el país y de manera permanente. Igualmente, si se impone una obligación de no hacer sin un motivo que la haga razonable, como la de no transitar por un barrio sólo porque a alguien le molesta encontrarse con esa persona o la de no revelar una información que no causaría perjuicios al acreedor de la obligación.

En todo estos casos, el contrato que genera esta obligación podría declararse nulo por ser un hecho que es moralmente imposible, al afectar el orden público donde se incluye el respeto a las garantías constitucionales (art. 1461.3 CC), y si se trata de obligaciones de no hacer excesivas o sin un motivo que las justifique el contrato podría ser nulo por falta de causa o por causa ilícita (art. 1467 CC).

d) Obligaciones de no hacer y servidumbres negativas

160 Las obligaciones de no hacer y las servidumbres tienen un cierto ámbito de coincidencia en la conducta exigida: así, las servidumbres positivas consisten en un dejar hacer (tolerar, *patis*) mientras las negativas implican la prohibición de hacer algo que sin la servidumbre sería lícito hacer (*no facere*). De esta forma las servidumbres de tránsito y de acueducto son servidumbres positivas mientras la de no elevar las paredes sino hasta cierta altura sería una servidumbre negativa (art. 823 CC).

La diferencia entre ambas es que la obligación de no hacer da al acreedor sólo un derecho personal, que puede reclamarse únicamente del deudor. En cambio, la servidumbre configura un derecho real que puede ejercerse respecto de cualquiera que sea o llegue a ser el dueño del predio sirviente. Además, el titular del derecho personal en que consiste la obligación de no hacer puede ser cualquier persona (acreedor), en cambio en las servidumbres el titular del derecho real debe ser el dueño de un predio, que se conoce como dominante.

Además, las formas de constitución son diferentes ya que la obligación de no hacer puede provenir de un contrato propio de la autonomía de la voluntad, mientras que la servidumbre puede constituirse por la situación de los lugares (servidumbre natural), por la ley (servidumbre legal) o por la voluntad, que incluye diversas modalidades como un contrato de venta o donación de servidumbre con la correspondiente tradición, la destinación del padre de familia y, para algunos casos, la prescripción adquisitiva.

5. Relevancia práctica de la distinción

161 La distinción entre obligaciones de dar, hacer o hacer no es una mera disquisición académica o teórica y, por el contrario, tiene importantes consecuencias práctivas.

En primer lugar, porque la forma de *cumplimiento forzado* es diferente si se trata de una obligación de dar, de hacer o de no hacer. En la de dar normalmente el cumplimiento forzado se traduce en un embargo, posterior subasta de los bienes del deudor y pago de la deuda con el producto de la subasta. En cambio, para las

obligaciones de hacer o de no hacer sólo si se traduce en una obligación de indemnizar y previa su liquidación judicial se procederá de esta manera (cfr. arts. 1553 y 1555 CC).

Otra diferencia se refiere a la *mora del deudor*: en las obligaciones de dar o hacer el deudor está en mora por la llegada del plazo (expreso o tácito) o por requerimiento judicial (art. 1551 CC), mientras que en las obligaciones de hacer se deben los perjuicios desde que el deudor contraviene la obligación (art. 1557 CC).

También la regulación del riesgo es diferente: si se trata de una obligación de dar un cuerpo cierto *el riesgo* recaerá, por regla general, en el acreedor (art. 1550 CC), mientras que en las obligaciones de hacer y no hacer el riesgo como regla general recaerá en el deudor.

La clasificación de *muebles o inmuebles* de las acciones que derivan de estos créditos es diferente. Si se trata de una obligación de dar dependerá de si lo debido es una cosa mueble o inmueble, mientras que si se trata de una obligación de hacer o no hacer serán siempre acciones de carácter mueble (arts. 580 y 581 CC). Esta distinción sirve para determinar la *competencia de los tribunales* para conocer de estas acciones (cfr. arts. 135 y 138 COT).

Por las razones anteriores, tiene importancia determinar qué tipo de obligación es, sobre todo en casos en los que se discute, como veremos a continuación.

6. Casos discutidos

a) La obligación de entregar

162 La doctrina chilena se ha dividido en torno a si la obligación de entregar materialmente una cosa debe ser conceptualizada como una obligación de dar o como una obligación de hacer.

La posición que sostiene que debe considerarse una obligación de dar ofrece varios argumentos. En primer lugar, se afirma que el Código en muchos preceptos habla de dar y entregar o de tradición y entrega de manera indistinta (arts. 1824, 1826, 2174, 2196 y 2197 CC), por lo que entregar sería lo mismo que dar. En segundo lugar se alega que el art. 580 clasifica las acciones en muebles o inmuebles según la cosa que han de ejercerse o que se debe, y pone ejemplo de este segundo caso "la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada" y que si la obligación de entrega fuera de hacer debería ser mueble conforme con el art. 581 incluso aunque recayera sobre un bien inmueble, lo que produciría el absurdo que la obligación de entrega de un imueble del arrendador por ejemplo se rigiera por las normas de las acciones muebles. Se agrega que cuando se discutió el procedimiento para ejecutar las obligaciones en las actas del Código de Procedimiento Civil se dejó constancia de que la obligación de entrega se regiría por las normas de la ejecución de las obligaciones de dar. Finalmente, se invoca que el art. 1548 identifica la obligación de dar con la de entregar ya que dispone que la primera contiene la segunda: "La obligación de dar contiene la de entregar la cosa..." (art. 1548 CC).

Estos argumentos son refutados por quienes piensan que la obligación de entregar es una obligación de hacer y no de dar. Respecto del uso indistinto de las palabras dar y entregar o tradición y entrega se alega que esto es así no por confusión de los términos o falta de precisión sino porque entrega a veces significa tradición y tradición a veces significa solo entrega, de allí que el Código habla de dar o entregar una cosa. En cuanto al ejemplo del art. 581 sobre la acción del comprador para que se le entregue el inmueble comprado que es calificada como acción inmueble, esto es así porque la obligación del vendedor es de dar y, como la obligación de dar, contiene la de entregar el Código habla de entrega, pero se refiere a la tradición que incluye la entrega física. No se ve por qué sería absurdo tratar la obligación de entrega de un inmueble como una acción mueble; de hecho el ejemplo que pone el Código para referirse a las obligaciones de hacer, "La acción para que un artífice ejecute la obra convenida" (art. 581 CC), bien puede consistir en la construcción de un inmueble, y nadie negaría que en tal caso la acción para demandar la ejecución es mueble. El que en las actas del Código de Procedimiento Civil se dejara constancia que las obligaciones de entrega deben ejecutarse como las obligaciones de dar más bien confirma que niega la idea de que la obligación de entrega no se identifica con la de dar, ya que sólo se la asimila para efectos de su cumplimiento forzado. Finalmente, el que el art. 1548 diga que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa no significa que la obligación de entrega sea lo mismo que la obligación de dar. Se trata de un deber secundario de la obligación de dar que además de la transferencia del dominio comprende el deber de poner en posesión al acreedor de la cosa que es objeto de dicha obligación.

En una posición intermedia se encuentra Peñailillo[19]. Esta posición señala que la entrega que deriva de una obligación de dar debe ser considerada obligación de dar, mientras que si se trata de una obligación de mera entrega como la del arrendatario o la de restituir del comodatario estaríamos frente a una obligación de hacer, que por tanto debe ser calificada como acción mueble. El mismo criterio debe darse para la ejecución conforme al antecedente histórico del Código de Procedimiento Civil: el juicio ejecutivo de las obligaciones de dar se aplica a la entrega que se contiene en una obligación de dar, mientras que la obligación de mera entrega debieran aplicarse las reglas del juicio ejecutivo de las obligaciones de hacer.

Nos parece que, en estricto rigor, la anterior no es una posición intermedia, porque la obligación de entrega que es contenida en la obligación de dar no es una obligación autónoma sino un aspecto de la prestación de dar, sin el cual la prestación de dar (transferir el dominio) quedaría sin ser satisfecha ya que el acreedor no sólo quiere ser dueño sino tener la posesión de la cosa debida. Por lo tanto, en estos casos no estamos frente a una propia obligación de entrega sino ante una obligación de dar, que deberá regirse por todas las normas propias de este tipo de obligaciones incluidas las procesales.

[19] PEÑAILILLO, D., *Obligaciones*... cit., pp. 197-198.

En consecuencia, habrá que concluir que la obligación de entrega propiamente tal no es una obligación de dar sino una obligación de hacer, cuya acción debe ser calificada como mueble y a la que se aplicarán las reglas del juicio ejecutivo de las obligaciones de hacer. En las actas de la Comisión Mixta que elaboró el Código de Procedimiento Civil se observó que debía suprimirse del título I del libro III, que decía "Del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar o entregar", la expresión "o entregar" en razón de que la obligación de entregar está contenida en la de dar según el art. 1548 del Código Civil, lo que la Comisión aceptó.

Al suprimirse esa expresión no cabe duda, entonces, que la intención de los redactores no estaban pensando en las obligaciones de entregar, sino en la entrega que integra la obligación de dar, por lo que estas deben regirse por las reglas del juicio ejecutivo de las obligaciones de hacer.

b) La obligación de restituir

163 La obligación de restituir supone que hubo una entrega previa ya sea por parte del dueño o poseedor de la cosa, como sucede en el comodato, en el mutuo, en el depósito, en la prenda civil, en el usufructo, uso o habitación. También se habla de obligación de restituir tratándose del poseedor vencido en un juicio de reivindicación de una cosa, o de una acción posesoria de restitución, de una acción de precario o de la nulidad o resolución de un contrato.

En la mayoría de los casos la restitución implica una obligación de entrega, y que por tanto se rige por las obligaciones de hacer. En las restituciones mutuas en casos de reivindicación, nulidad o resolución de un contrato normalmente ellas se ventilarán en el mismo juicio o en la ejecución de la sentencia.

Hay casos en que la restitución consiste en una obligación de dar, es decir, en la transferencia del dominio. Es lo que sucede con la restitución que debe hacer el mutuario de las cosas fungibles que ha recibido por parte del mutuante; como el mutuo transfiere el dominio de las cosas que se entregan (art. 2197 CC), la restitución también implicará una transferencia de dominio, es decir, se tratará de una obligación de dar, que deberá consistir en dinero o en otras tantas cosas fungibles. El Código dispone que si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, se deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo; y que si esto no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan (en dinero) en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago (art. 2198 CC).

c) La obligación de no dar

164 Algunos piensan que la obligación de no dar es una categoría diferente a la triple clasificación de obligaciones de dar, hacer y no hacer, ya que tendría características propias y singulares. Se trataría de la imposición de una obligación de no transferir el dominio de la cosa o constituir derechos reales sobre la cosa, es decir, de una obligación de no enajenar. Es frecuente que en los contratos de mutuo

hipotecario se pacten estas cláusulas de no enajenar ni gravar el inmueble al menos sin autorización del banco que otorga el mutuo.

La doctrina más aceptada, sin embargo, piensa que, en los casos en los que esas cláusulas son válidas, deben ser consideradas obligaciones de no hacer, de manera que su incumplimiento debe producir las consecuencias de la contravención de un obligación de abstenerse de realizar un hecho jurídico.

d) La obligación de garantizar

165 Ya en el Derecho romano, se añadía a la trilogía de obligaciones de *dare, facere et non facere*, la de *praestare,* para aludir a la prestación que consistía en responder como garante por deudas ajenas u otorgar cauciones, y también para responder por la integridad de una cosa.

Estas dos modalidades se han mantenido hasta hoy pero con una denominación distinta: la prestación de garantizar. Por una parte, está la que asume una de las partes del contrato de responder por la evicción o los vicios ocultos de la cosa, como sucede en el contrato de compraventa (arts. 1837 y ss. CC), pero también en otros como la sociedad (art. 2085 CC), el arrendamiento (art. 1916 CC), la partición (art. 1345 CC), y las donaciones con causa onerosa o remuneratoria (arts. 1423 y 1435 CC).

En segundo lugar, están las obligaciones derivadas de los contratos de garantía, como la cláusula penal, la fianza, la prenda y la hipoteca.

En estas obligaciones de garantía, en definitiva, se traducen en una prestación de dar una suma de dinero ya sea para pagar la deuda garantizada o para indemnizar la evicción o los vicios redhibitorios. Si los vicios no son graves puede pedirse rebaja del precio, pero se tratará de una obligación de restituir que consistirá en una obligación de dar.

Sólo en ciertos casos la obligación de garantía puede consistir en un hacer, como sucede en el deber de amparo de la evicción y cuando la pena establecida en la cláusula penal sea una obligación de hacer o de no hacer.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Obligación contractual que supone aptitudes personales del deudor. Legislación sobre la libre competencia. Ejecución forzada e indemnización de perjuicios. (Informe en Derecho)", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 1, 1977, pp. 43-75; NIÑO TEJEDA, Eduardo, "Clasificación de la obligación de entregar", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 9, 1985, pp. 107-119; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, "Configuración de la obligación de entregar a través de la autonomía privada: derechos de terceros", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 39, 2012, pp. 95-114 y en A. Morales, I. de la Maza, A. Vidal (Coords.), *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 443-465.

II. Obligaciones de especie o cuerpo cierto y de género

1. Subclasificación de la obligación de dar

166 La distinción entre obligaciones de especie o cuerpo cierto y de género, o específicas y genéricas, se contempla en relación con las obligaciones de dar y más propiamente con las obligaciones de dar que consisten en la transferencia del dominio si se trata de cosas genéricas. En general, los hechos no son genéricos por lo que siempre que hay obligaciones de hacer o no hacer se entiende que son específicas, en el sentido de que la conducta, aunque puede ser fabricación de artículos en serie, está especificada y no puede ser intercambiada por otra.

Podría considerarse que la obligación de entrega puede ser específica o genérica, y en este caso, podríamos hablar de obligaciones de hacer de especie o cuerpo cierto y de género. Por ejemplo, la obligación de entrega que tiene el arrendador de la cosa arrendada; es de hacer y se refiere a una cosa específica y no a un género. Con todo, la obligación de entrega de géneros se transforma en obligación de dar ya que no es posible cumplir con esa entrega sin que se traspase el dominio de las cosas en que consiste el género. Es lo que sucede con la obligación del mutuario de restituir las cosas fungibles o el dinero entregado en mutuo.

Se suelen poner ejemplos de obligaciones de hacer y de no hacer que serían obligaciones de género, como si se contratara a un pintor para que hiciera un retrato de un niño, sin especificar alguno en particular o si se pactara que no se pudiera establecer ningún tipo de establecimiento industrial que produzca ruidos molestos en un área determinada. Pero lo cierto es que estas no son propiamente obligaciones de género ya que la conducta siempre está identificada y si no se produce esa conducta específica habrá incumplimiento.

2. Obligaciones de especie o cuerpo cierto

167 El Código Civil sólo regula las obligaciones de género, pero de esa regulación podemos obtener lo que se entiende por obligación de especie o cuerpo cierto.

Se define a las obligaciones de género como "aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado" (art. 1508 CC). De esta definición, la doctrina obtiene el concepto de obligaciones específicas señalando que son aquellas en que se debe un individuo determinado de una clase o género determinado.

Como se ve, la diferencia está en la determinación o indeterminación de la cosa que se debe: mientras en las obligaciones de especie y cuerpo cierto la cosa está no sólo determinada en cuanto a su clase o género sino en cuanto a su propia individualidad o singularidad; en las de género sólo está determinada la clase o género de cosas (y la cantidad) pero no la cosa misma que se entiende debida, y puede ser cualquiera que pertenezca a esa clase de cosas (de calidad mediana).

Un ejemplo nos servirá para ilustrar esta distinción: si se vende un automóvil y se especifican en el contrato los datos que lo individualizan y lo diferencian de otros vehículos de la misma marca y año, estaremos ante una obligación de especie o cuerpo cierto. En cambio, si se estipula que se vende un automóvil marca tanto y del año tanto, estaremos ante una obligación de género, ya que podrá pagarse con cualquier auto que sea de esa marca y de ese año. Si se vende el caballo corralero llamado Veloz habrá una obligación de especie o cuerpo cierto, mientras que si se vende un caballo corralero macho de cierta edad estaremos ante una obligación de género.

Nada impide que se indiquen cosas genéricas pero de manera determinada, como por ejemplo si se vende una cosa de las que suelen venderse a peso, cuenta o medida, pero señalada de modo que no pueda confundirse con otra porción de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero. Esta obligación no es de género sino de cuerpo cierto ya que es el trigo que está en ese granero, y por tanto el Código señala que el riesgo pertenece desde el contrato al comprador con tal que se haya fijado el precio (art. 1821.1 CC).

3. Obligaciones de género

a) Concepto

168 La definición legal que nos da el Código Civil nos señala que "obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado" (art. 1508 CC).

En la definición, la cantidad está determinada por un individuo, pero podrían ser más y muchas veces se usan medidas de peso o volumen para determinar esa cantidad. Por ejemplo, diez toneladas de arena de río, cien quintales de harina, mil litros de vino, tres litros de aceite, etc. Se aplica aquí la regla de que las cosas que componen el objeto del acto jurídico (en este caso el contrato que crea la obligación) deben estar determinadas, a lo menos, en cuanto a su género, si bien "la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla" (art. 1461.1 y 2 CC).

La economía moderna al transformar las cosas en manufacturas seriadas ha incrementado enormemente la incidencia de las obligaciones de género. Por ejemplo, antes una muñeca de porcelana era única, mientras que hoy las muñecas se fabrican en series y no se diferencia una especie de otra. Lo mismo sucede con prendas de vestuario, electrodomésticos, alimentos empaquetados y etiquetados, galletas y golosinas, helados, verduras, etc.

En todo caso, no puede tratarse de un género demasiado amplio en que quepan múltiples formas de individuos de distintos valores. Por ejemplo, no valdría como obligación la de vender un animal (donde cabría desde un elefante hasta un zancudo) o la de permutar una tela sin mayor especificaciones (ya que podría ser desde un paño de cocina hasta un pañuelo de costosa seda). La indefinición del

género revela que no hay intención de obligarse o que el objeto del acto jurídico no está suficientemente determinado.

b) Obligaciones de género limitado

169 Por cierto, la delimitación del género puede ser de diversos grados, y mientras más se delimita más se aproxima la obligación de género a una obligación de especie o cuerpo cierto. Por ejemplo, la obligación de género puede ser de dar un automóvil o de un automóvil de cierta marca y año, o un automóvil de cierta marca, año y color o un automóvil de cierta marca, año, color y automático. Mientras más se delimita el género menos individuos van quedando comprendidos.

Cuando los individuos del género son relativamente pocos, se habla de obligaciones de género limitado. Por ejemplo, alguien se obliga a vender un ejemplar de la primera edición del Código Civil editada en 1856.

La relevancia práctica que tiene esta forma de obligaciones es que el género sí puede desaparecer, si se extinguen o destruyen todos los objetos que pertenecen a ese género limitado.

c) Relación con obligaciones de cosas fungibles

170 Las cosas genéricas lo son porque se determinan indicando su género, en cambio la fungibilidad dice relación con la función que la cosa desempeña en el tráfico jurídico y que se traduce en que son intercambiables unas por otras y poseen el mismo poder liberatorio en caso de que se trate de un pago que deba hacerse con este tipo de cosas. Por eso, normalmente las obligaciones de cosas fungibles son de género y no de especie o cuerpo cierto. No obstante, no todas las obligaciones de género son de cosas fungibles ya que es posible identificar genéricamente cosas que no sean fungibles en cuanto tal, como las manzanas que se recojan de la cosecha de cierto predio o un gatito de los que alumbre la gata Porfiria que está preñada.

También es posible, aunque no frecuente, que una cosa fungible sea objeto de una obligación de especie o cuerpo cierto, por ejemplo un libro de una edición de miles de ejemplares pero que perteneció a Pablo Neruda. Aunque también podría decirse que subjetivamente (por la convención de las partes) tal libro dejó de ser cosa fungible.

4. Relevancia de la distinción

171 La distinción tiene importantes consecuencias prácticas. Para la ejecución, el acreedor debe reclamar la cosa en las obligaciones de especie o cuerpo cierto, mientras que en las de género "el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo" (art. 1509 CC), y debe reclamar la cosa por la cantidad y el género.

Enseguida, la obligación de dar una especie o cuerpo cierto contiene la de entregar materialmente la cosa y la de conservarla hasta su entrega, por lo que el deudor responde de los deterioros producidos por su culpa, la que en caso de mora

en recibir del acreedor se reduce a culpa lata o grave (arts. 1548, 1549 y 1680 CC). En cambio, en las de género si bien también existe la obligación de entrega no hay un deber de custodia y cuidado de la cosa, ya que el deudor puede deteriorar o destruir incluso cosas del género que estén en su poder si siguen existiendo cosas del género que pueda adquirir en el mercado. En este sentido, advierte el Código que "el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe" (art. 1510 CC).

Esto es consecuencia del adagio jurídico *genus non perit* (el género no perece) y que aparece en el Código de la siguiente forma: "La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación..." (art. 1510 CC). En cambio, si se pierde fortuitamente la cosa de la obligación de especie o cuerpo cierto se extingue la obligación (art. 1670 CC), si bien el acreedor puede exigir al deudor que le ceda sus acciones contra el tercero que destruyó la cosa (art. 1677 CC).

Enseguida, en las obligaciones de dar especie o cuerpo cierto que nacen de contratos bilaterales, el riesgo de la pérdida o del deterioro de la cosa por caso fortuito lo soporta el acreedor de esa obligación, de manera que debe cumplir con su obligación a pesar de que no recibe nada a cambio o reciba una cosa de menor valor. En compensación, si la cosa tiene aumentos el acreedor de la cosa (comprador) no deberá incrementar la contraprestación (el precio) (arts. 1550 y 1820 CC). Como no es posible la pérdida fortuita o deterioro de la cosa genérica, la obligación del deudor no se extingue y tampoco se extinguirá la del acreedor.

Finalmente, las obligaciones de cuerpo cierto deben cumplirse dando la cosa debida y no otra, mientras que las obligaciones de género se cumplen dando el deudor una cosa a lo menos de calidad mediana: "el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana" (art. 1509 CC). Nótese que puede el deudor entregar una cosa de calidad superior a la mediana, lo que le prohíbe es pagar una obligación de género con cosas que sean de una calidad inferior a la mediana. Por eso el Código señala que sea de una calidad "a lo menos" mediana. Por cierto, si hay controversia entre las partes será decisión del juez determinar cuál es la calidad mediana. Obviamente, las partes pueden pactar algo diferente a esta regla, ya que prevalece el principio de autonomía privada.

Ahora bien, algunas de estas diferencias pueden sufrir modificaciones si la obligación se trata de un género limitado, partiendo porque en estos casos no se aplica el adagio *genus non perit*, ya que si todas las cosas del género limitado perecen sí se extinguirá la obligación. Además, si sólo queda una el acreedor podrá reclamarla de manera específica, ya que la obligación habrá devenido en de especie o cuerpo cierto, y el deudor deberá pagar con la cosa que haya subsistido. Por lo mismo, en caso de que perezcan todas las cosas del género limitado por caso fortuito se aplicará la regla de que el riesgo debe asumirlo el acreedor de la obligación que no verá extinguida la obligación correlativa.

Subsistiendo las cosas de un género limitado, el acreedor no puede pedir determinamente una de las cosas que subsistan, sino que debe pedirla de manera

indeterminada, y el deudor puede pagar con una de las cosas pertenecientes a ese género si dentro de las cosas que pertenecen al género limitado es de una calidad a lo menos mediana.

5. La obligación dineraria: un caso especial de obligación de género

a) El dinero como bien

172 Nuestro Código Civil califica al dinero como una cosa fungible, aunque en realidad la razón que da se ajusta mejor a las cosas consumibles: "Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles" (art. 575.3 CC). Pero el error no tiene mayores consecuencias, ya que los bienes corporales (monedas metálicas o billetes de papel) que representan el dinero son consumibles y por ello fungibles.

Hoy día el dinero no siempre se usa con su sustento físico y más bien se usa con el carácter simbólico de una unidad de cuenta a través de tarjetas de crédito o débito, o transacciones electrónicas de cuentas bancarias. En Chile la moneda de curso legal es el peso conforme a lo dispuesto por el D.L. Nº 1.123, de 1975 y la facultad exclusiva para emitir billetes y acuñar monedas que serán los únicos medios de pago con poder liberatorio y con curso legal en todo el territorio de la República, pertenece al Banco Central (arts. 28 y 31 ley Nº 18.840, de 1989). No obstante, se admite también la circulación de monedas extranjeras como el dólar, el euro, el yen, el peso argentino, etc.

Siendo cosa fungible cuando se entrega una cantidad de dinero a alguien este último se hace dueño de las especies que representan y si se trata de constituir una obligación queda como deudor no de las mismas especies sino de otras que representen el mismo valor. Es lo que sucede en el mutuo de dinero, el cuasiusufructo de dinero y el depósito irregular de dinero y, general, en todas las llamadas operaciones de crédito de dinero reguladas por la ley Nº 18.010, de 1981.

Las funciones principales del dinero (que viene del latín *denarius*) son la de servir de medida del valor de las cosas, por un lado, y la de posibilitar el intercambio entre cosas o servicios, evitando las complicaciones del trueque: una persona vende lo que ha producido y con el dinero obtenido compra lo que necesita o desea.

b) La obligación dineraria

173 El Código Civil exige que algunas obligaciones sean en dinero y en otras lo permite. Deben ser en dinero la obligación del comprador de pagar el precio de la cosa (art. 1793 CC), el capital del censo que debe ser o estimarse en dinero (art. 2025 CC), la obligación de pagar una renta vitalicia que debe ser una pensión en dinero (art. 2267 CC) y la obligación del fiador que debe consistir en dinero (art. 2343 CC). Otras obligaciones pueden ser en dinero o en especies no dinerarias, como la de pagar la renta de un arrendamiento (art. 1917 CC), o el canon del censo (art. 2028 CC) o la de cumplir con un aporte en sociedad (art. 2055 CC) o de pagar el honorario al mandatario (art. 2117 CC).

También hay obligaciones de fuente no contractual que deben pagarse en dinero como lo que debe darse al disipador para los gastos personales (art. 453 CC), las recompensas en la sociedad conyugal (art. 1734 CC) o el crédito de participación en los gananciales (art. 1792-21 CC).

Existen también contratos cuyo objeto es el dinero como el depósito irregular (art. 2221 CC), que ha servido como figura paradigmática para que se desarrollen los depósitos en cuenta corrientes, cuentas de ahorro, depósitos a plazos, vales vista, depósitos en fondos mutuos y otros negocios bancarios o financieros. Además, debemos añadir aquí el mutuo de dinero, en que una persona entrega en préstamo una suma de dinero y la otra se obliga a restituirlo. El art. 2196, aunque habla de cosa fungible, es obvio que incluye el dinero como se deduce *a contrario sensu* del art. 2198 que se pone en el caso de que se hayan dado en mutuo cosas fungibles que no sean dinero. Siendo un contrato real, no hay obligación de entregar el dinero ya que ésta hace surgir el contrato y la obligación que nace es la de restituir el dinero y, en su caso, la de pagar intereses (art. 2205 CC).

c) Clases de obligaciones de dinero

174 Se suelen distinguir las obligaciones que se pactan o que son en dinero (*obligaciones de dinero*) de aquellas que más bien consisten en entregar un valor que termina expresándose en dinero (*obligaciones de valor*). Son obligaciones de valor la reparar un daño por un ilícito contractual o extracontractual, la cumplir con las restituciones mutuas (frutos, mejoras, etc.) en la reivindicación o nulidad o resolución de un contrato, la de pagar alimentos que normalmente deberá traducirse en una suma de dinero, o la de pagar las recompensas en el régimen de sociedad conyugal. Esta distinción fue hecha por la doctrina alemana de la posguerra como una especie de remedio a la inflación, de manera que al tratarse de una obligación de valor debía entregarse la cantidad de dinero que en ese momento reflejara el valor.

Nuestro Código Civil, por reforma de la ley Nº 18.802, ordenó aplicar a las recompensas en la sociedad conyugal una actualización después de señalar que deben ser pagadas en dinero: "Todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa", pero se indica que "El partidor aplicará esta norma de acuerdo a la equidad natural" (art. 1734 CC). En realidad, la reforma no era necesaria porque se trataba de una obligación de valor, la que debía ser actualizada aunque no necesariamente por la aplicación de un índice de precios de manera automática. Por ello, la reforma no indica que las demás obligaciones de valor no deban ser actualizadas para que el dinero que representa se ajuste al valor original de lo debido.

Se distingue también entre *obligación de dinero determinada y obligación de dinero determinable*. En la primera lo debido viene precisado tanto en el tipo de moneda como en su cantidad, por ejemplo, un millón de pesos chilenos. En la segunda, lo debido no es determinado en cuanto a la cantidad aunque sí en el tipo de moneda, usándose medidas que van incorporando el alza de precios como la

unidad de fomento o la unidad tributaria, anual o mensual. Así, por ejemplo, si se pacta la renta de un arrendamiento en 5 unidades de fomento mensuales pagaderas el último día del mes. Para determinar la cantidad de dinero en pesos habrá que ver qué valor en pesos tiene la unidad de fomento en ese día.

Finalmente, se puede distinguir entre *obligación de dinero en moneda nacional* y *obligación de dinero en moneda extranjera*, según el tipo de dinero en que se haya pactado la obligación. Si se trata de pesos chilenos estaremos frente a una obligación dineraria en moneda nacional. Si se trata de otro tipo de monedas (dólar, euro, pesos argentinos, etc.) estaremos frente a una obligación dineraria en moneda extranjera.

La ley Nº 18.010, de 1981 contiene normas especiales sobre las obligaciones expresadas en moneda extranjera. Se señala que, salvo autorización de la ley o del Banco Central, el acreedor no puede demandar el pago en la misma moneda extranjera sino en moneda nacional según el tipo de cambio vendedor que certifique un banco de la plaza, vigente a la fecha del pago, salvo que el tipo de cambio del día del vencimiento fuere superior (art. 20 LOCD).

Se suele hacer la distinción entre *obligación de dinero y obligación monetaria* para distinguir cuando se pacta una obligación en dinero como bien fungible (obligación de dinero) y cuando se pacta una obligación sobre especies monetarias o billetes que están individualizadas y no son ya fungibles (obligación monetaria). Pero se observará que, en este último caso, no se trata propiamente de una obligación de dinero sino más bien de una obligación de especie o cuerpo cierto que tiene por objeto una cosa física que representaba el dinero. Es lo que sucede con la compra y venta de monedas y billetes antiguos que ya no circulan y que son objetos de colección. También puede suceder que una moneda o billete tenga un especial valor de afección (por ejemplo, porque es un recuerdo de familia), de modo que si se dona, vende o se deja en legado no estaremos ante una obligación de dinero sino de una obligación de especie o cuerpo cierto. Igualmente, es el caso del depósito de dinero en "arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura" (art. 2221 CC).

d) La obligación dineraria derivada de una operación de crédito de dinero

175 Para paliar los efectos de la inflación que a comienzos de los setenta estaba desbocada, se dictó el D.L. Nº 455, de 1974, por el cual se creó una figura que compendiaba varias formas de obligaciones de dinero. Se le llamó operaciones de crédito de dinero. La ley Nº 18.010, de 1981, si bien derogó el D.L. Nº 455, mantuvo el concepto y un régimen especial para este tipo de obligaciones.

La ley define las operaciones de crédito de dinero como "aquéllas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención" (art. 1.1 LOCD). Este concepto incluye el contrato de mutuo civil siempre que sea dinero, pero también una promesa de mutuo en dinero, mutuos hipotecarios, depósitos de dinero, cuasiusufructo en dinero, depósito irregular de dinero, ya sea en moneda

nacional o extranjera, así como "el descuento de documentos representativos de dinero" (art. 1.2 LOCD).

Se señala que se equiparan al dinero "los documentos representativos de obligaciones de dinero pagaderos a la vista, a un plazo contado desde la vista o a un plazo determinado" (art. 1.3 LOCD). De manera que vales vista, letras de cambio, pagarés que contienen obligaciones en dinero pueden ser objeto de una operación de crédito de dinero a la que se aplicará este régimen especial.

La ley da reglas especiales sobre estas obligaciones de dinero para determinar qué se entiende por interés (arts. 2 y 19 bis y ter LOCD), el que sólo puede ser en dinero (art. 11 LOCD), el pacto de reajuste (art. 3 LOCD), cómo se fija el interés corriente (art. 6 LOCD), cuál es el interés máximo convencional (arts. 5, 6, 6 bis, 6 ter, 7 y 8 LOCD), la capitalización de intereses (art. 9 LOCD), posibilidad de pagos anticipados (art. 10 LOCD), normas sobre el pacto de intereses (arts. 11, 12, 14 y 15 LOCD), intereses moratorios (art. 16 LOCD), operaciones de crédito de dinero sin plazo (art. 13 LOCD) y presunciones de pago de intereses (arts. 17 y 18 LOCD).

El título II de la ley regula las obligaciones en moneda extranjera o expresadas en moneda extranjera sin que se limiten a operaciones de crédito de dinero (arts. 20-24 LOCD).

Finalmente, el título III contiene dos normas: una referida a todas las obligaciones de dinero sobre su cobro en juicio ejecutivo (art. 25 LOCD) y otra que señala que ciertas normas relativas a las operaciones de crédito de dinero se aplican a los saldos de precios de compraventa de bienes muebles o inmuebles (arts. 26 y 31 LOCD). Los arts. 31 a 35 se refieren a las reglas que se aplican a instituciones que colocan fondos por medio de operaciones de crédito de dinero de manera masiva, y las facultades de la Comisión para el Mercado Financiero.

e) La deuda de intereses

176 Jurídicamente se da el nombre de interés a la utilidad que debe pagar alguien por el uso de un capital productivo, que normalmente consiste en una suma de dinero. Nuestro Código Civil trata a los intereses como *frutos civiles* y determina que "Se llaman frutos civiles... los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido" (art. 647.1 CC).

Los intereses de capitales impuestos a fondo perdido son aquellos que se generan de un capital que se ha entregado sin que haya obligación de devolverlo (como sucede en el censo o en la renta vitalicia); pero propiamente no son intereses porque se trata de contraprestaciones periódicas a la entrega de un capital, y por tanto constituyen una obligación autónoma. Los intereses propiamente tales son los que se devengan de capitales exigibles, por lo que la deuda de interés es siempre accesoria a la obligación de restituir o pagar el capital del que se ha gozado. Estos intereses son accesorios del crédito principal, por lo que si se da carta de pago por el capital los intereses se presumen pagados (arts. 2209 CC y 17 LOCD).

En nuestro Código Civil los intereses pueden ser en dinero o en otras cosas fungibles. Así se señala para el mutuo civil: "se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles" (art. 2205 CC). En cambio, para las operaciones de crédito de dinero sólo se admite el pacto de intereses en dinero (art. 11 LOCD). En la práctica, la deuda de intereses es siempre en dinero. Salvo pacto en contrario, se devengan día por día (arts. 790 y 11.2 LOCD).

Los intereses admiten varias clasificaciones. Según su fuente pueden ser intereses legales o convencionales, según si los fija la ley o las partes en una convención. También se habla de interés corriente que es el promedio de los intereses cobrados por bancos e instituciones financieras en un determinado período y de interés máximo convencional para aquel que excede el máximo que la ley permite estipular. Antiguamente, el interés legal era de un 6% (art. 2207.2), pero la ley de operaciones de crédito de dinero derogó esta norma y estableció que todas las menciones al interés legal deben entenderse referidas al interés corriente (art. 19 LOCD). De allí que si las partes acuerdan que se deberán intereses sin fijar la tasa se entiende que pactaron intereses legales y, por lo tanto, corrientes (art. 2207 CC).

Por regla general, los intereses deben ser pactados y no se presumen, aunque si son pagados no pueden repetirse ni imputarse al capital (art. 2209 CC). No sucede lo mismo en las operaciones de crédito de dinero en que si las partes no dicen nada, se entiende que han pactado intereses corrientes (art. 12 LOCD). Incluso se exige que la exoneración de intereses conste por escrito (art. 14 LOCD). En todo caso, si se han pagado intereses no estipulados no pueden repetirse ni imputarse al capital (art. 15 LOCD).

La ley de operaciones de crédito de dinero entiende que es interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital (si se trata de una operación no reajustable) o por sobre el capital reajustado (si se trata de una operación reajustable). No se incluyen las costas personas ni las procesales (art. 2 LOCD).

Como decíamos existe un límite al pacto de intereses que pretende evitar la usura. En el Código Civil se dispone que "El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención..." (art. 2206 CC). Como vemos, el Código da una regla supletoria y se pone en el caso de que pueda haber leyes especiales que establezcan otros límites. En este sentido, la ley sobre operaciones de crédito de dinero dispone que en ciertas operaciones (las que se pacten con instituciones o empresas bancarias o financieras extranjeras o internacionales, las que se pacten en moneda extranjera para operaciones de comercio exterior, las que el Banco Central efectúe con instituciones financieras, y aquellas en que el deudor es un banco o una sociedad financiera) no hay límite al interés (art. 5 ley Nº 18.010, de 1981).

Para las demás se fija el interés máximo convencional con fórmulas bastante complejas (arts. 6.4, 6 bis y 6 ter LOCD), aunque ellas son aplicables sólo para las

obligaciones derivadas de operaciones de crédito de dinero, porque para el mutuo se señala que el interés máximo es aquel exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención (art. 2206 CC).

La sanción de la estipulación de intereses por sobre el máximo convencional no es la nulidad sino la reducción al interés corriente (arts. 2206 CC y 8 LOCD). Pero si se trata de un crédito que constituye una operación de consumo, el pacto de interés superior al interés máximo convencional constituye infracción a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (art. 39 LPDC).

Desde antiguo se ha preguntado si los intereses pueden a su vez producir intereses, lo que se suele denominar *anatocismo*. En principio, la tendencia ha sido a prohibir el anatocismo, que en la práctica se suele denominar interés compuesto. De hecho nuestro Código Civil, estableció en el art. 2210 que se prohibía pactar intereses sobre intereses, pero esta norma fue derogada por la ley Nº 18.010, que, por el contrario, permitió que los intereses se capitalizaran en cada vencimiento o renovación, siempre que se trate de períodos que no fueran inferiores a 30 días (art. 9 LOCD). Al derogarse la prohibición en el Código Civil, por el principio de autonomía privada se llega a la conclusión de que el anatocismo está permitido en las obligaciones de dinero que no deriven de operaciones de crédito de dinero. Es cierto que el art. 1559 Nº 3 del Código dispone que "Los intereses atrasados no producen interés" (art. 1559.3º CC), pero parece referirse sólo a los intereses moratorios y, en todo caso, no excluye que las partes puedan acordar lo contrario. Aunque al parecer para las obligaciones derivadas de actos de consumo sólo cabría calcular los intereses sobre los saldos insolutos (del capital) (art. 38 LPDC).

Todo lo anterior se aplica a los intereses de uso, que son aquellos que surgen por la utilización del capital durante cierto tiempo. También existen los llamados *intereses moratorios o penales*, que funcionan como una indemnización de perjuicios por la mora del deudor. El Código señala que si el deudor se constituye en mora de pagar una obligación de dinero se seguirán debiendo los intereses estipulados si son superiores al legal (corriente) y se debe el legal (corriente) en caso contrario, pero ahora como indemnización de perjuicios (art. 1559.1º CC), por lo que se dispone que "el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo" (art. 1559.2º CC). Tratándose de operaciones de crédito de dinero se dispone que los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario (art. 9.3 LOCD) y durante la mora se deberán los intereses corrientes salvo estipulación en contrario o que se haya pactado legalmente una tasa superior (art. 16.1 LOCD).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: COUSIÑO MAC-IVER, Luis, "Obligaciones en moneda extranjera", en *RDJ*, t. 32, Derecho, pp. 99-113; FUEYO LANERI, Fernando, "La ejecución de buena fe es uno de los requisitos del pago legal y trasciende como fundamento de la indexación y la desindexación", en *RDJ*, t. 35, Derecho, pp. 63-89; ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos, "Las obligaciones de dinero en el Código Civil", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 161, 1974, pp. 43-54; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Operaciones de crédito no regidas por el D.L.

455", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 161, 1974, pp. 87-99; BABRA, Sebastián, "Reajustabilidad general de las obligaciones", en *Revista Chilena de Derecho* 5, 1976, 1 -6, pp. 80-112; BOUDEGUER YERKOVIC, Adriana y JARPA FERNÁNDEZ, Mario, "Operación de crédito de dinero. Una visión operativa", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 174, 1983, pp. 131-149; RIOSECO ENRÍQUEZ, Gabriel, "Concepto de operación de crédito de dinero", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 161, 1974, pp. 55-62; RODRÍGUEZ G., Pedro, "El nominalismo y las obligaciones de dinero", en *Revista Chilena de Derecho* 5, 1978, 1, pp. 113-130; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, "Operaciones de crédito de dinero Ley 18.010", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 171-172, 1982, pp. 119-129.

III. OBLIGACIONES DE OBJETO ÚNICO Y DE OBJETO MÚLTIPLE

1. La distinción

177 La prestación obligacional puede estar compuesta por un único objeto (ya sea una cosa que se trata de dar, hacer o no hacer) o, siendo una sola obligación, puede estar compuesta de dos o más objetos ya sean cosas que se trata de dar, hacer o no hacer o una mezcla entre prestaciones de dar, hacer y no hacer.

Las primeras se denominan obligaciones de objeto único, mientras que las segundas tienen variados nombres en la doctrina: obligaciones con pluralidad de objetos, objetivamente complejas o de objeto múltiple.

Es importante distinguir si cuando se deben varias cosas se deben como prestación de una sola obligación o si cada cosa constituye el objeto de obligaciones diversas. En un mismo contrato, por ejemplo, puede venderse un automóvil y un paquete accionario. Si se trata de dos obligaciones cada una se cumplirá en forma separada, mientras que si se llega a la conclusión de que hay una sola obligación mientras no se entreguen las dos cosas la obligación no estará cumplida. Esto dependerá del tenor del contrato del que surge la obligación si afirma expresamente que hay una o varias obligaciones cada una con su objeto prestacional. Si no existe esa afirmación, y hay discusión entre las partes, habrá que recurrir a las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1560 y ss. CC).

En todo caso, si se trata de una cosa universal (universalidad de hecho), como una biblioteca, un rebaño, un establecimiento de comercio, estaremos ante una obligación de objeto único que se cumplirá con la entrega del conjunto de cosas que constituye la universalidad.

La doctrina suele clasificar las obligaciones de objeto múltiple en tres categorías: las de simple objeto múltiple (acumulativas), las alternativas y las facultativas, aunque sólo estas dos últimas clases están reguladas en el Código Civil (arts. 1499 y ss. y 1505 y ss.). En realidad, las obligaciones alternativas son una modalidad de obligación de objeto múltiple, mientras que las facultativas son obligaciones de objeto único, como tendremos oportunidad de estudiar.

2. Obligaciones de simple objeto múltiple, acumulativas o conjuntivas

178 Esta es la regla general en materia de obligaciones de objeto múltiple. Todas las cosas que integran la prestación son debidas, de manera que la obligación no se entiende cumplida hasta que se ejecute la última de ellas.

Por ejemplo, si se contrata con un taller mecánico para reparar un automóvil: el taller se obliga no sólo a reparar, sino a conseguir los repuestos, a instalarlos, a custodiar el automóvil, a no usarlo, etc. Lo mismo sucede si se contrata con una agencia de viajes un tour por las islas griegas, que incluirá pasajes, hoteles, comidas, traslados, etc.

No es necesario que las prestaciones (objetos) debidas deban ser cumplidas simultáneamente y bien puede pactarse que se vayan pagando en la oportunidad convenida. También pueden pactarse prestaciones de dar conjuntamente con de hacer y de no hacer (por ejemplo, mantener la confidencialidad sobre el viaje turístico).

Como ya señalábamos, lo importante de que se trate de una sola obligación es que si uno de los objetos prestacionales no se ejecuta se entenderá incumplida toda la obligación y procederá la resolución del contrato aunque la cosa que faltó no haya sido esencial.

3. Obligaciones alternativas

a) Concepto y caracteres

179 El Código Civil define la obligación alternativa como "aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras" (art. 1499 CC). De esta manera, la obligación alternativa tiene un objeto múltiple pero se cumple ejecutando uno de ellos.

Puede tratarse de dar o entregar dos o más cosas corporales o incorporales, pero también puede consistir en ejecutar dos o más hechos o no hacer dos o más conductas. También es posible que haya alternatividad entre dar una cosa o más cosas y hacer o no hacer una o más conductas. No es necesario que las cosas sean de igual valor ni tampoco que sean de calidad semejante. Pero sí debe tratarse de cosas que puedan ser objeto de obligación, ya que de lo contrario no podrán considerarse debidas (art. 1503 CC).

Los caracteres de la obligación alternativa son dos, uno que la diferencia de la obligación de objeto único y otro que la diferencia de la obligación de simple objeto múltiple. En el primer caso, tenemos la *pluralidad de prestaciones*: se trata de varias cosas que son objeto de una misma obligación; todas ellas por tanto deben ser consideradas *in obligatione*, es decir, son cosas debidas. El segundo carácter de esta forma de obligaciones es la exoneración del deudor por el pago de una de las cosas alternativamente debidas, y en esto se distingue la obligación alternativa de la obligación acumulativa, ya que en esta última para que se cumpla la obligación deben ejecutarse todas las cosas debidas.

Para determinar si la obligación es mueble o inmueble, en el caso de que incluya como posibles objetos de pago, cosas muebles e inmuebles, habrá que esperar la elección de la cosa. Si la demanda es del acreedor que no puede elegir, la obligación será considerada mueble ya que se trata del estatuto general de las cosas.

Hay casos en los que es complejo determinar si estamos ante una obligación alternativa o una de género limitado. La cuestión tiene relevancia práctica, ya que en la alternativa la elección será del deudor (como regla general) y puede pagar con cualquier cosa sin importar su calidad, mientras que se si se trata de obligación genérica el deudor está obligado a pagar con una especie de calidad a lo menos mediana. Es célebre el ejemplo de quien vende un cachorro de los cinco que ha parido una perra de raza: si estamos ante una obligación alternativa el deudor puede pagar con un cachorro que claramente es más débil que los demás, mientras que si es una obligación de género limitado no podría elegir ese ejemplar ya que no es de calidad mediana entre las cosas que componen el género. Habrá que indagar cuál ha sido la voluntad de las partes para determinar qué tipo de obligación es la que quisieron generar.

b) La elección de la cosa alternativamente debida

180 El Código nos da la regla: "La elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario" (art. 1500.2 CC). Entendemos que si no se pacta de manera expresa que la elección la tenga el acreedor, en tal caso la elección corresponderá al deudor de acuerdo con el *favor debitoris* que sigue nuestro Código en materia de obligaciones. Otros autores piensan que también es "pacto en contrario" una manifestación tácita de voluntad.

Se trata de un derecho potestativo o de configuración jurídica[20] por la cual se determina la prestación obligacional, y además es un acto jurídico unilateral que va dirigido a la otra parte, por lo que se señala que es recepticio. El derecho puede ser cedido o transmitido pero conjuntamente con la obligación o el crédito.

Obviamente si la elección corresponde al deudor, el acreedor debe demandar todas las cosas bajo la alternativa que se deben: "no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben" (art. 1501 CC).

Surgen varias cuestiones a este respecto. La primera es si puede estipularse que sea un tercero el que haga la elección: como la norma señala que para que la elección sea del deudor no debe pactarse lo contrario, parece dar a entender que lo contrario es que la elección sea del acreedor y no de un tercero. No obstante, en virtud del principio de autonomía privada no vemos inconveniente para que se atribuya la elección a un tercero distinto del deudor y del acreedor. No procede, en cambio, que pague un tercero mientras el deudor o el acreedor no hayan hecho la elección.

[20] Véase *Curso. Parte general*, p. 490.

Otra cuestión es si la elección puede hacerse con parte de una de las cosas y parte con otra. De la misma definición se desprende que ello no es posible salvo acuerdo de las partes que configuraría una novación por cambio de objeto. Lo reitera el Código al señalar que el deudor "no puede obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra" (art. 1500.1 CC).

Enseguida, surge el problema de cuándo se ha hecho la elección. Si la elección corresponde al acreedor es obvio que la elección la hará al momento de demandar la cosa. Esto *a contrario sensu* de lo que se dispone para el caso en que la elección corresponde al deudor, en el sentido de que no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben (art. 1502 CC).

Si la elección es del deudor obviamente habrá elección si la cosa se paga por consignación. También, pensamos, la habrá cuando el deudor manifieste su voluntad de pagar con una cosa y ello se haya comunicado formalmente al acreedor, aunque éste no haya manifestado su aceptación. La cuestión es importante porque una vez hecha la elección por el acreedor o el deudor la obligación dejará de ser alternativa y pasa a ser una obligación de objeto único.

Una nueva cuestión es qué sucede si originalmente o por sucesión el acreedor y el deudor son dos o más personas. El Código señala que en estos casos se da una indivisibilidad de pago por lo que la elección debe ser tomada por la unanimidad de los acreedores o deudores: "Cuando la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla todos de consuno; y si de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos" (art. 1526.6º CC).

El problema que se plantea es qué sucede si no hay acuerdo en la elección. El Código guarda silencio. Parece que en tal caso hay que distinguir si la elección es de los acreedores o de los deudores. Si se trata de los acreedores es claro que mientras no se pongan de acuerdo no podrán exigir el pago de la obligación y el deudor no estará en mora (ni siquiera cuando la obligación esté sujeta a plazo ya que no es exigible mientras no se determine el objeto debido), con lo que la obligación se extinguirá por prescripción extintiva. Si la elección es de los deudores, el acreedor podrá pedir al juez que se les apremie para que lleguen a un acuerdo y, en caso contrario, como ocurre con las obligaciones de hacer cuando se trata de un acto jurídico, el mismo juez adoptará la decisión que estime más equitativa (cfr. art. 532 CPC).

Se plantea también si la elección puede ser revocada, tanto por el acreedor como por el deudor. Al parecer, si ya se ha efectuado la elección de la cosa con la que se pagará no puede luego revocarse sin el consentimiento de la otra parte de la obligación. Otra cosa es que, siendo la elección un acto jurídico aunque unilateral, no pueda declararse su nulidad por algún vicio de la voluntad como error, fuerza o dolo.

Hecha la elección no parece que tenga efectos retroactivos porque no se trata de una obligación sujeta a condición, sino de una obligación pura y simple pero en

que la determinación completa de la prestación queda pendiente hasta la elección de una de las cosas, sea por parte del deudor o del acreedor.

c) Deberes del deudor

181 Obviamente el deudor debe pagar con la cosa que se elija, pero si una o todas las alternativas son obligaciones de dar se plantea el problema del deber de conservar la cosa y responder por la pérdida o deterioro.

Si la elección de la cosas pertenece al deudor, el Código lo autoriza a enajenar o destruir las cosas siempre que subsista una de ellas: "Si la elección es del deudor, está a su arbitrio enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativamente debe mientras subsista una de ellas" (art. 1502.1 CC). De esta manera, el deudor no tiene el deber de conservar todas las cosas que debe de manera alternativa en la medida que una de ellas subsista. Por cierto, el hecho de que enajene o destruye las demás cosas importará una elección de la cosa debida en aquella que no ha sido enajenada ni destruida.

En cambio, si la elección corresponde al acreedor, el deudor debe conservar todas las cosas que se deben dar alternativamente, ya que si una de las cosas se enajena o se destruye por culpa del deudor, el acreedor podrá elegir alguna de las que subsistan o el valor de la cosa perecida y la indemnización de perjuicios (art. 1502.2 CC).

Si una o más de las cosas debidas alternativamente son géneros se aplicará la regla de que el género no perece y se deberá cumplir con una cosa del género de calidad al menos mediana (arts. 1509 y 1510 CC). Si la elección es del acreedor si elige la cosa genérica no puede pedir una cosa específica del género (art. 1509 CC).

d) Pérdida de la cosa alternativamente debida

182 Hay que distinguir si lo que sucede es una pérdida total (se pierden todas las cosas que se deben alternativamente) o parcial (se pierden algunas de ellas y subsisten otras). Además, debe distinguirse si la pérdida fue fortuita o imputable a hecho o culpa del deudor.

Si se trata de pérdida fortuita total se extingue la obligación (art. 1504.1 CC).

Si la pérdida fortuita es parcial, o sea de algunas cosas, la obligación se mantiene con las no perdidas: por eso señala el Código que si una de las cosas "llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor es obligado a ella" (art. 1503 CC).

Si la pérdida total se debe a dolo o culpa del deudor, debe estarse a quien corresponde la elección. La obligación deberá cumplirse con el valor de la cosa que el deudor o el acreedor elijan; si la pérdida total es imputable al deudor "estará obligado al precio de cualquiera de las cosas que elija, cuando la elección es suya; o al precio de cualquiera de las cosas que el acreedor elija, cuando es del acreedor la elección" (art. 1504.2 CC). El Código habla del "precio" de la cosa pero es claro

que se refiere al valor de mercado. Además, por aplicación de las reglas generales el deudor será responsable de los perjuicios que sufra el acreedor.

Siendo la pérdida parcial y debida a dolo o culpa, hay nuevamente que distinguir entre si la elección corresponde al deudor o al acreedor. Si corresponde al deudor, se entiende que mientras subsista una cosa el deudor puede a su arbitrio enajenar o destruir las otras. En cambio, si la elección es del acreedor, éste podrá reclamar el valor de la cosa perecida más la indemnización de perjuicios o las otras cosas que subsistan: "si la elección es del acreedor, y alguna de las cosas que alternativamente se le deben perece por culpa del deudor, podrá el acreedor, a su arbitrio, pedir el precio de esta cosa y la indemnización de perjuicios, o cualquiera de las cosas restantes" (art. 1502.2 CC).

e) El riesgo contractual

183 No señala el Código qué sucede con la obligación de la contraparte y, habrá que aplicar, la regla del art. 1550 del Código Civil si la obligación alternativa era de dar cosas específicas, por lo que el riesgo será del acreedor (es decir, subsiste la obligación correlativa).

Pero si se trata de obligaciones alternativas de géneros o de hechos, el riesgo será del deudor y el acreedor de la obligación alternativa verá extinguida su propia obligación. Más dudosa es la cuestión si se mezclan prestaciones que son de dar una cosa específica con otras que son genéricas o que consisten en hechos.

Siendo el art. 1550 una norma de excepción pareciera que debe interpretarse restrictivamente, y no se aplicaría en estos casos, sino únicamente si las prestaciones alternativas son todas de dar una especie o cuerpo cierto.

4. Obligaciones facultativas

a) Concepto y estructura

184 La obligación facultativa es aquella en que la prestación se compone de una cosa, pero en que se permite al deudor sustituir esa cosa por otra para efectos de su cumplimiento. El Código Civil la define como "la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa" (art. 1505 CC).

La estructura de la obligación contiene una cosa que es debida, y que por ello se le llamada *in obligatione*, y otra cosa que si bien no es la debida sirve para que el deudor se libere de la obligación pagando con ella, y por ello se le denomina cosa *in facultate solutionis*.

Por ello algunos piensan que en estricto rigor la obligación facultativa debe considerarse obligación de objeto único y no de objeto múltiple, ya que la cosa *in facultate solutionis* no es propiamente objeto de la obligación. Pero la tradición y nuestro Código Civil sitúan la obligación facultativa en paralelo con la alternativa,

por lo que bien puede considerarse que estamos ante una obligación de objeto múltiple, en que una cosa puede sustituir a otra en el momento del pago.

Por cierto, nuevamente no es necesario que la cosa *in obligatione* o la cosa *in facultate solutionis* sean prestación de dar especies o cuerpos ciertos, pueden ser prestaciones de género y también prestaciones de hacer o de no hacer.

Igualmente, pueden mezclarse las figuras y convenir en una obligación alternativa que a su vez sea facultativa. Así si hay varias cosas debidas alternativamente, a elección del deudor o del acreedor, y una o más cosas en facultad de solución que permite al deudor sustituir el pago con alguna de ellas.

b) La elección en la obligación facultativa

185 La elección pertenece exclusivamente al deudor ya que es éste el que debe pagar y lo que se acuerda es que pueda pagar con otra cosa que la debida. Por ello tampoco se admite aquí el pago por un tercero. Si se otorgara la elección a un tercero o al acreedor se transformaría la obligación en alternativa.

Por ello, el acreedor sólo puede demandar la cosa *in obligatione*, ya que es esa la única prestación debida. No puede demandar la cosa *in facultate solutionis*, que no es la cosa debida.

Se trata nuevamente de un derecho potestativo del deudor pero que no se ejerce mediante una declaración unilateral, sino que a través del pago. Mientras no se pague, no se ha ejercido la facultad y aunque se haya notificado al acreedor podrá variarse la elección. En caso de mora del acreedor, el deudor podrá pagar por consignación la cosa *in facultate solutionis*.

El acreedor, por lo tanto, sólo puede pedir la cosa *in obligatione* y no la *in facultate solutionis*, y así lo dispone expresamente el Código Civil: "En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor es directamente obligado..." (art. 1506 CC).

Nada dice el Código para el caso en que original o derivativamente el deudor esté constituido por varias personas (por ejemplo, si muere el deudor original y deja tres herederos). Pensamos que se aplicará por analogía la indivisibilidad que se dispone para la obligación alternativa cuando la elección corresponde a varios deudores, es decir, que la deben hacer de consuno (art. 1526.6º CC), pero esta vez si no se ponen de acuerdo el acreedor podrá exigir el pago de la cosa *in obligatione*.

c) Deberes del deudor

186 Tratándose de obligaciones facultativas con prestaciones de dar, debe plantearse si el deudor tiene el deber de conservar y custodiar la cosa. Respecto de la cosa *in facultate solutionis,* no siendo la cosa debida, el deudor no tiene deber alguno de conservarla ni de responder por la pérdida o deterioro incluso por hecho imputable al deudor.

Si se trata de la cosa *in obligatione*, en principio, siendo la cosa debida bajo una prestación de dar, el deudor estaría obligada a conservarla y a responder por los deterioros o la pérdida culpable. Por lo que el acreedor podría en esos casos pedir la indemnización de perjuicios o la resolución del contrato si la obligación se inserta en un contrato bilateral. No obstante, subsistiendo la cosa *in facultate solutionis* el deudor puede pagar con ésta y así dar cumplimiento a la obligación.

d) Pérdida de la cosa y riesgos del contrato

187 Nuevamente tenemos que distinguir entre pérdida fortuita y pérdida imputable a hecho o culpa del deudor, además de si se trata de la cosa debida o la cosa con la que puede sustituirla el deudor al momento de pagar.

Si se trata de la cosa debida y la pérdida es fortuita incluido el caso de que se produzca antes de la mora del deudor, la obligación se extingue. Por ello el Código dispone que si la cosa a la que el deudor es directamente obligado "perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna" (art. 1506 CC), lo que concuerda con la regla general del art. 1670 del Código Civil. Y esto sucederá incluso si subsiste la cosa *in facultate solutionis*, ya que esta cosa no es propiamente objeto de la obligación. Por ello si el deudor paga voluntariamente la cosa *in facultate solutionis*, está pagando lo no debido y puede pedir su restitución.

Si la pérdida de la cosa debida es por culpa del deudor u ocurre por un caso fortuito posterior a la constitución en mora del deudor (salvo que la pérdida se hubiere producido igual de haberse entregado la cosa al acreedor, caso en que el acreedor tendrá derecho sólo a la indemnización de los perjuicios de la mora: art. 1672.2 CC), tendrá derecho el acreedor al valor de la cosa más la indemnización de perjuicios (art. 1672.1 CC). Si el contrato es bilateral el acreedor también podría pedir la resolución con indemnización de perjuicios (art. 1489 CC).

Pero en estos supuestos el deudor podría optar por pagar con la cosa *in facultate solutionis* y así cumplir la obligación, con lo que se librará de las acciones del acreedor por el incumplimiento.

La pérdida fortuita de la cosa debida, como vimos, extingue la obligación, pero tratándose de un contrato bilateral surge la cuestión de qué sucede con la obligación correlativa del acreedor. Si aplicamos la norma del art. 1550 del Código Civil, y vemos que se trata de una obligación facultativa en que la prestación debida es la de dar una especie o cuerpo cierto, el riesgo corresponderá al acreedor de la obligación facultativa y su propia obligación no se extinguirá. Pero si el deudor ha sido constituido en mora o se trata de prestaciones de hacer o de no hacer, el riesgo corresponderá al deudor, de modo que extinguida la obligación facultativa de éste también se extinguirá la obligación que debiera cumplir el acreedor en su beneficio.

e) Duda sobre si una obligación es alternativa o facultativa

188 No siempre será claro si una obligación es facultativa o alternativa de dos prestaciones en que la elección corresponde al deudor. Para tales casos el Código

Civil nos da una regla interpretativa: "En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa" (art. 1507 CC).

Curiosamente aquí el Código olvida el *favor debitoris*, ya que se decanta por la alternatividad que es menos beneficiosa para el deudor que la obligación facultativa.

De esta manera, si se quiere establecer una obligación facultativa habrá que declarar expresamente que hay una cosa debida y otra que no es debida pero con la cual se permite al deudor hacer el pago. Algún autor (Stitchkin) piensa que siendo la facultad de pagar con otra cosa una modalidad es natural que no se presuma[21].

5. Comparación entre obligación alternativa y facultativa

a) Semejanzas

189 Es claro que existen similitudes entre una obligación alternativa y una facultativa, partiendo por el hecho de que el deudor puede elegir entre las cosas para el pago, y que con una de ellas se libera de pagar con las demás.

Por ello, la pérdida fortuita de todas las cosas debidas alternativamente produce la extinción de la obligación, y este mismo efecto produce la pérdida de la cosa debida en la obligación facultativa, incluso si subsiste la cosa en facultad de solución. En ambas obligaciones, se aplicará el art. 1550 si la o las cosas debidas son de especie o cuerpo cierto y se pierden fortuitamente, por lo que en tal caso el riesgo será del acreedor y su obligación subsistirá aunque no reciba nada a cambio. Si se trata de otra prestación, el riesgo recaerá en el deudor y la obligación del acreedor se extinguirá.

Si en la obligación alternativa no se dice nada sobre quién elige, rige, al igual que en la facultativa, la regla de que la elección corresponde al deudor.

b) Diferencias

190 Las diferencias entre ambas figuras provienen del hecho de que en la obligación alternativa todas las cosas son debidas, es decir, son objeto de la obligación, mientras que en la facultativa sola una de las cosas es debida y objeto de la obligación, mientras que la otra no es debida y sólo se permite sustituir a la debida en el pago.

Así, si una de las cosas que se deben alternativamente es inmueble, dependerá de qué se elija ya sea por el deudor o del acreedor, para determinar si se trata de una acción mueble o inmueble. En cambio, en la obligación facultativa la determinación dependerá de la naturaleza de la cosa debida: si es mueble, la acción será mueble; si es inmueble, la acción será inmueble, aunque la cosa en facultad de solución no tenga la misma naturaleza.

[21] STITCHKIN, David, *Derecho Civil (Obligaciones)*, Editorial Universitaria, Santiago, 1948, t. I, p. 276.

En la alternativa puede pactarse que la elección la tenga el acreedor, lo que no es posible en la facultativa dado que pagar corresponde al deudor. En la obligación alternativa si la elección es del deudor, el acreedor no puede pedir una cosa determinada, sino que debe demandar las cosas en la alternativa que se deban; en cambio, en la obligación facultativa el acreedor debe demandar la cosa debida y no puede pedir la cosa *in facultate solutionis*.

Por eso si una cosa no puede ser objeto de la obligación, y se trata de una obligación alternativa la obligación subsiste con las demás. Pero si es facultativa y se trata de la cosa *in obligatione* la obligación es nula por falta de objeto, aunque la cosa *in facultate solutionis* sí pueda ser objeto de obligación.

Por lo mismo, la pérdida fortuita de una de las cosas que se deben alternativamente no extingue la obligación, que subsistirá con las demás. En cambio, la pérdida fortuita de la cosa debida en la obligación facultativa la extingue aunque subsista la cosa con la que se ha facultado al deudor para pagar.

Si se trata de pérdida atribuible a hecho o culpa del deudor, en la alternativa si la elección corresponde al acreedor puede elegir alguna de las cosas que subsisten o el valor de la cosa perdida y la indemnización de perjuicios. En la obligación facultativa, la pérdida culpable de la cosa debida no permite al acreedor demandar la cosa *in facultate solutionis*, y estará obligado a pedir la indemnización de perjuicios (o resolución del contrato si se trata de un contrato bilateral), sin perjuicio de que el deudor evite esa demanda pagando con la cosa que se ha previsto para sustituir a la cosa debida al momento del pago.

IV. Obligaciones de ejecución inmediata y de ejecución duradera

1. ¿Clasificación de las obligaciones o de los contratos?

191 Normalmente, se distingue entre contratos de ejecución inmediata, de ejecución diferida y de tracto sucesivo, pero lo cierto es que se trata de una clasificación de las obligaciones más que de los contratos, porque un contrato puede tener obligaciones de tracto sucesivo (pagar las rentas de arrendamiento de manera periódica) y obligaciones de ejecución inmediata (entregar la cosa arrendada por parte del arrendatario). Lo que sucede es que cuando un contrato tiene una obligación de tracto sucesivo se califica como tal al mismo contrato.

El tracto sucesivo, sin embargo, es una de las formas de obligación de ejecución duradera ya que supone un mismo comportamiento del deudor cada cierto tiempo, como pagar una renta de arriendo, pagar una renta vitalicia, entregar suministros cada cierto tiempo. No incluye sin embargo obligaciones de ejecución durable en el tiempo.

La distinción entre contratos de tracto sucesivo y de ejecución inmediata o diferida es usada por la doctrina para señalar que la resolución en los primeros no opera con efecto retroactivo, ya que los beneficios de una de las partes se compensan con las prestaciones de la otra, no siendo útil entrar en la discusión sobre cómo deben hacerse las restituciones. Así, por ejemplo, si en un contrato de

arrendamiento el arrendatario incurre después de cinco años en un incumplimiento de pagar la renta, no tiene sentido que el arrendador deba restituir todas las rentas pagadas y a su vez el arrendatario compensar al arrendador pagando lo que constituye el uso que hizo de la cosa durante el período de tiempo en que la ocupó como arrendatario. Las restituciones se compensan, de modo que la resolución del contrato sólo opera para lo futuro (*ex nunc*). Por eso se suele hablar de terminación para los contratos de tracto sucesivo.

2. Obligaciones de ejecución inmediata y diferida

192 Las obligaciones de ejecución inmediata son aquellas que deben cumplirse totalmente después de ser contraídas, como por ejemplo la de pagar la cuenta de una cena en un restaurante o la de pagar el pasaje de un bus o del metro. En estas obligaciones la falta de ejecución inmediata implica necesariamente un incumplimiento y constituye en mora al deudor ya que si el vencimiento de un plazo tácito produce mora con mayor razón la falta de cumplimiento de una obligación de ejecución inmediata (cfr. art. 1552 Nº 1 CC).

Las obligaciones de ejecución diferida son aquellas que están sujetas a un plazo suspensivo, como sucede si se pacta que el precio de una compraventa se pagará una parte al momento del contrato y otra a los seis meses de dicha fecha.

Las obligaciones condicionales no son de ejecución diferida ya que la condición suspensiva suspende el nacimiento de la obligación. Por cierto, puede pactarse un plazo para cumplirse si la obligación nace como resultado del cumplimiento de la condición. Las obligaciones sujetas a condición resolutoria son de ejecución inmediata, aunque si tienen un plazo suspensivo pueden ser de ejecución diferida.

3. Obligaciones de ejecución duradera

193 Las obligaciones de ejecución duradera pueden ser de *ejecución continua*, como la del arrendador de mantener la cosa en estado de servir para el objeto para el que fue arrendada o la del depositario de cuidar la cosa dada en depósito; de *ejecución diversificada*, si supone diversas conductas del deudor a lo largo del tiempo como sucede con la obligación del constructor de edificaciones u otras obras de infraestructura (puentes, túneles, autopistas, etc.), o la obligación de un periodista u otro profesional que puede incluir diversas actividades durante el tiempo que dure el contrato, y de *ejecución periódica* (llamada también de *tracto sucesivo*), que supone el fraccionamiento de la prestación en actos o conductas homogéneas del deudor cada cierto período de tiempo (por ejemplo, pagar la remuneración en el contrato de trabajo, pagar la renta de un arrendamiento cuando se pacta pagarla en plazos sucesivos), etc.

4. Importancia de esta clasificación

194 La clasificación tiene relevancia porque la forma de cumplimiento es diversa, por lo que si una de las partes alega el incumplimiento deberá probar hechos diferentes: así en las obligaciones de ejecución inmediata deberá probar que la

obligación no se ejecutó, mientras que en las obligaciones de ejecución diferida habrá que esperar el vencimiento u otra forma de extinción del plazo.

En las de ejecución sucesiva (tracto sucesivo) bastará que no se haya ejecutado una de las conductas en que se fraccionó la prestación, sin perjuicio de que si se ha pactado la caducidad del plazo para las demás por medio de las llamadas cláusulas de aceleración ese incumplimiento puede producir la conversión de la obligación en obligación de ejecución inmediata.

Si se trata de obligación de ejecución continua es suficiente que se haya suspendido la ejecución ya sea por un hecho que la interrumpe temporal o definitivamente. Si se trata de ejecución diversificada habrá que probar que la obligación no se ha cumplido porque no se ha realizado la conducta del deudor que correspondía según el programa o plan de ejecución de la obligación.

Siendo relevante para probar el incumplimiento también lo será para la resolución del contrato si la obligación corresponde a un contrato bilateral. En primer lugar, para analizar si se trata de un incumplimiento grave o insignificante. En general, en las obligaciones de ejecución inmediata la falta de ejecución importará un incumplimiento mayor. No así en las obligaciones de ejecución duradera en que habrá que considerar si el incumplimiento tiene la suficiente gravedad como para que pueda pedirse la resolución de todo el contrato.

También respecto de la resolución la doctrina señala normalmente que la resolución de los contratos de tracto sucesivo no opera con efecto retroactivo por lo que adopta el nombre de terminación. Esto no es tan así: lo que sucede es que habiendo una obligación de tracto sucesivo (pagar la renta en un arrendamiento) para que proceda la restitución de lo pagado debiera tener que restituirse el uso por parte del arrendatario de la cosa arrendada, lo que se torna complejo de valorar y muchas veces coincidirá con las rentas pagadas. Por ello, esas restituciones se entienden efectuadas y no es necesario que se restituyan las rentas pagadas, operando la terminación sin efecto retroactivo. Pero esto no depende de que una de las obligaciones del contrato sea a tracto sucesivo, sino de que la restitución de la contraprestación o es imposible o al menos es inútil. Lo mismo podría darse en contratos de ejecución duradera diversificada, en que es posible compensar lo realizado con parte de lo pagado.

Es perfectamente concebible que contratos con obligaciones de ejecución duradera ante un incumplimiento resolutorio de una de las partes puedan resolverse con efecto retroactivo, si las prestaciones realizadas son posibles de restituir. Así sucedería, por ejemplo, con un contrato de suministro si las mercaderías suministradas pueden ser valoradas en dinero.

También se menciona como un elemento de las obligaciones de ejecución duradera indefinida que se acepte la voluntad unilateral para poner término al contrato que la contiene, como sucede con el desahucio en el arrendamiento, la revocación o renuncia en el mandato, la renuncia en la sociedad civil. Incluso se señala que si se trata de un contrato para el que la ley no contempla esta posibilidad

el principio de buena fe debería admitir la terminación por voluntad unilateral, con un aviso previo y con la obligación de liquidar las obligaciones pendientes.

Finalmente, se señala que respecto de las obligaciones duraderas de ejecución periódica la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir el pago de los períodos anteriores si se trata del mismo acreedor y deudor (art. 1570 CC). Se entiende que se trata de una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario.

V. Obligaciones de medio o actividad y de resultado

1. Origen de la clasificación

195 Hay consenso en que la división tiene su origen en el *Tratado de las Obligaciones* de René Demogue (1872-1938) y que este autor la planteó para intentar unificar responsabilidad contractual y delictual y para resolver una supuesta contradicción entre los arts. 1137 y 1147 del *Code.* Señaló que el primer precepto se aplicaba a las obligaciones de medio, que sólo obligan a un comportamiento diligente, y que por tanto la carga de la prueba del incumplimiento recae en el acreedor, mientras que el art. 1147 se refería a las obligaciones en que el deudor se obliga a proporcionar un resultado, casos en que a falta de resultado se presume el incumplimiento culpable salvo que el deudor pruebe que actuó diligentemente.

Esta propuesta de Demogue fue muy bien recibida por la doctrina francesa y, en general, de la doctrina europea de tradición codificada, llegando también a los países latinoamericanos, ya no como una solución a una contradicción normativa sino como una clasificación de las obligaciones conforme a la prestación que es debida.

Se señala así que las obligaciones de medio o de actividad, también llamadas de diligencia, son aquellas en que, si bien hay un resultado que interesa obtener, la prestación debida sólo está constituida por el comportamiento adecuado y diligente del deudor, mientras que en las obligaciones de resultado no basta el comportamiento diligente sino que el mismo resultado (alteración de la realidad física) está dentro de lo que debe el deudor. De esta manera, para que haya incumplimiento en las obligaciones de medio debe acreditarse que el deudor no puso los medios adecuados para obtener el resultado, sin que tenga relevancia si el resultado se obtuvo o no, mientras que en las obligaciones de resultado la falta del resultado es incumplimiento.

2. Las críticas a la clasificación

196 Por cierto, después de un triunfo avasallador de esta división sobrevinieron las críticas, entre las cuales está la que es imposible que el Código Civil francés haya conocido esta clasificación y lo mismo puede decirse del Código Civil chileno, y que Demogue la planteó solo como una fórmula de solución de una antinomia y no como categoría general.

Además, se señala que la distinción sólo se aplicaría a las obligaciones de hacer, y no a las de dar y de no hacer, que por sí mismas son de resultado.

También se observa que, en realidad, todas las obligaciones son de resultado porque siempre miran a un resultado posible; así la obligación del médico tiene como resultado buscado la curación del enfermo, y sin ese resultado no puede evaluarse la conducta debida. Por otro lado, se señala que la obligación de medios se compone también de la obtención de resultados parciales o que todas las obligaciones son de resultado ya que en las de medios el resultado es la conducta diligente y conforme a las reglas de la *lex artis*. También se señala que incluso si hay falta de diligencia pero se consigue el resultado (se mejora el enfermo aunque el tratamiento haya sido erróneo) no habría incumplimiento. Por otro lado, hay quienes piensan que en verdad todas las obligaciones son de medio ya que incluso aunque se haya garantizado la obtención del resultado, el deudor podría excusarse probando la diligencia debida o que la falta de resultado se debió a caso fortuito.

3. Relevancia de la clasificación

197 Todas estas críticas no han logrado evitar que se siga distinguiendo entre obligaciones con prestaciones que sólo incluyen una conducta diligente y otras con prestaciones que incluyen el resultado esperado por el acreedor, cuando se trata de obligación de hacer pero también cuando se trata de obligaciones de dar (aunque estas son mayoritariamente de resultado).

Señalar que el resultado en las obligaciones de medio es el comportamiento diligente o que las obligaciones de medio se componen de resultados parciales es negar la misma diferencia ya que lo que importa es si el resultado final está integrado o no en la prestación. Los que afirman que incluso si hay un comportamiento negligente en la obligación de medios pero se logra el resultado no habría responsabilidad, tienen razón pero lo que sucede es que habiendo incumplimiento no se han producido daños al acreedor.

Para los que la obligación de resultado no es tal porque igualmente el deudor no responde, aunque el resultado no ocurra, si acredita haber actuado con la debida diligencia o si la falta de resultado es producto de caso fortuito, se observa que se confunde lo que es el incumplimiento con la imputabilidad de ese incumplimiento a título de culpa. Por otro lado, hay autores que señalan que sólo el caso fortuito podría excusar del incumplimiento por la falta de resultado e incluso quienes señalan que ni siquiera esa excusa podría eximir de responsabilidad al deudor, que respondería objetivamente.

En suma, nos parece que la distinción entre obligaciones de medio y resultado puede ser de utilidad para analizar el incumplimiento y determinar si la obligación ha sido o no cumplida, así como quien tiene la carga de la prueba de este incumplimiento. Además, puede servir para diferenciar la imputabilidad del incumplimiento y la carga de la prueba de la culpa.

4. Diligencia promotora e integradora

198 Se suele hablar que existen dos formas de diligencia, la integradora y la promotora. La integradora sería aquella que integra la prestación de las obligaciones de medio, mientras que la promotora es aquella que impulsa el cumplimiento desde fuera de la prestación y que tendría relevancia en ambas formas de obligación, de medio y de resultado.

De esta manera, entonces la falta de diligencia integradora determina que la obligación no se haya cumplido o, mejor, que su cumplimiento fue imperfecto. La carga de la prueba de la diligencia integradora reside en el acreedor ya que aquí hay cumplimiento pero no ajustado al deber de prestación.

Pero incluso si no puede atribuirse falta de diligencia integradora al deudor de una obligación de medio es posible que esta haya quedado incumplida, ya sea porque el deudor nunca actuó para poner los medios o porque habiendo puesto algunos medios luego interrumpió su conducta o porque ante un imprevisto no hizo el esfuerzo necesario y razonable para superarlo. En estos casos, la diligencia promotora es la que se ha omitido.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: PIZARRO WILSON, Carlos, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 31, 2008, pp. 255-265; CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, "La recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios / obligaciones de resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la responsabilidad civil médica", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 315-330; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Incumplimiento y atribución de responsabilidad en las obligaciones de medio y resultado (a propósito de una sentencia de la Corte Suprema N° ingreso 1.771-2008)", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 569-585; CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, "La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios / obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica)", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 5, 2010, pp. 45-84; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen "El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Universidad Diego Portales) 5, 2010, pp. 21-44; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "La prueba del cumplimiento imperfecto en las obligaciones de medios y de resultado", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 495-510; PIZARRO WILSON, Carlos, "La obligación de resultado en el contrato médico. Hacia una responsabilidad objetiva", en S. Turner y J. Varas (edits.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 625-636; LETELIER CIBIÉ, Pablo, "La conveniencia de restringir las consecuencias de la distinción entre obligaciones de medios y resultado sobre

la función y prueba de la culpa del deudor" en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Universidad Diego Portales), 29, 2017, pp. 137-164.

Capítulo cuarto - Obligaciones según la pluralidad de sujetos

I. La clasificación tradicional

1. Obligaciones de sujeto único y de sujeto plural

199 Se suelen clasificar las obligaciones según si se trata de obligaciones de sujeto único o de sujeto plural. Las obligaciones de sujeto único son aquellas en las que existe un acreedor y un deudor, si bien estas posiciones pueden ser ocupadas por varias personas conjuntamente. Como se comprenderá estas obligaciones no tienen mayor interés ya que se ajustan al esquema general.

En cambio, son de mucho interés teórico y práctico las obligaciones con pluralidad de sujetos, ya sea de dos o más deudores, de dos o más acreedores o de dos o más deudores y acreedores. En este sentido, la pluralidad puede ser pasiva, activa o activa y pasiva a la vez.

2. Las clases de obligaciones de sujeto plural

200 La regla general en el Código Civil chileno es que la obligación de sujeto plural sea *mancomunada o simplemente conjunta*, es decir, que la obligación o el crédito se dividen por cuotas ya sea que se hayan estipulado, que sean determinadas por la ley (en el caso de herederos) o, a falta de división convencional o legal, por partes iguales.

Esta regla general contempla excepciones. La principal es la que obliga a uno de los deudores de la obligación a pagar el total o la que da derecho a uno de los acreedores a exigir el total, sin perjuicio de los ajustes que luego haya que hacer entre los codeudores o los coacreedores. Se habla así de *obligaciones solidarias*, ya sea pasiva o activamente. La excepción de la obligación solidaria, como veremos, debe sustentarse en una fuente de solidaridad, cuyas expresiones fundamentales son la voluntad privada y la ley.

En segundo lugar, otra excepción tiene que ver más con la naturaleza de la prestación: si es o no divisible. Esta distinción no tiene importancia si hablamos de obligaciones de sujeto único ya que el acreedor podrá demandar al deudor y este pagará la prestación sea divisible o indivisible tal como se hubiere pactado. Pero si se trata de una obligación de sujeto plural al ser indivisible la prestación objeto de la obligación se plantea el problema de qué acreedor puede exigirla y qué deudor es obligado a pagarla. Por eso, la mayor parte de los autores analiza las obligaciones indivisibles a propósito de la pluralidad de sujetos, y es además la opción del Código que coloca las obligaciones indivisibles después de regular las obligaciones solidarias. Las primeras se regulan en el título IX del libro IV, mientras las segundas aparecen en el título X del mismo libro.

Finalmente, hemos de dar cuenta de las llamadas obligaciones *in solidum*, de solidaridad imperfecta o concurrentes. Adelantemos que tampoco son estas obligaciones de sujeto plural aunque puedan parecerlo. Se trata de obligaciones de distintos sujetos pero que coinciden en la prestación.

En derechos extranjeros, y en los instrumentos de armonización del derecho de los contratos, se habla también de *créditos o deudas en mano común, colectivas o de ejecución conjunta*, para designar aquellas obligaciones cuya ejecución requiere, ya sea por convención o por la naturaleza de la prestación, de la actuación conjunta y simultánea de los acreedores o de los deudores. Por esta razón, esta categoría admite también la clasificación en activa y pasiva. Si la prestación es de cosa indivisible, nos encontraremos ante una obligación indivisible, pero si la prestación es de cosa divisible podría darse esta categoría como obligación de ejecución colectiva o conjunta.

El ejemplo que suele ponerse de obligación en mano común pasiva es el de varios músicos que se obligan a tocar un concierto para cuarteto: sólo pueden cumplir y satisfacer el interés del acreedor si ejecutan con sus instrumentos musicales el concierto prometido, y bastará que uno de ellos no cumpla para que se frustre el cumplimiento de la obligación. Son más raros los casos de obligaciones en mano común activa, pero bien podría pactarse que para reclamar un crédito deben actuar conjuntamente dos o más acreedores. Esto puede tener semejanza cuando se dan poderes a administradores de una sociedad o persona jurídica con la exigencia de que actúen conjuntamente.

En realidad supuestos de obligaciones en mano común son muy escasos y no tienen ni siquiera un tratamiento normativo, más allá de la posibilidad de convenir indivisibilidad para los herederos (art. 1526.4º CC).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. "La indemnización de perjuicios en caso de resolución frente a la existencia de pluralidad de deudores", en *Revista Jurídica Digital* (Universidad de los Andes) 1, 2017, pp. 1-22; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "Interdependencia de las obligaciones generadas por el contrato", en *Actualidad Jurídica* 32, 2015, pp. 155-163.

II. LA OBLIGACIÓN MANCOMUNADA O SIMPLEMENTE CONJUNTA

1. Concepto y caracteres

201 El Código Civil contempla una descripción de la obligación que la doctrina ha denomina simplemente conjunta o mancomunada y que se caracteriza por la pluralidad de sujetos y la división de la deuda o crédito en cuotas: "cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito" (art. 1511.1 CC). Se reitera esto cuando se regulan las obligaciones indivisibles: "Si la obligación no es solidaria

ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya..." (art. 1526.1 CC).

Con estos elementos puede definirse la obligación simplemente conjunta o mancomunada como aquella obligación de sujeto plural activa o pasivamente, de prestación divisible, en que cada deudor es obligado a pagar su cuota y cada acreedor sólo tiene derecho a exigir su cuota en el crédito. Debe advertirse que en otros ordenamientos se suele hablar de obligaciones parciarias o fraccionadas, y se reserva el nombre de mancomunadas a aquellas para cuyo cumplimiento se exige un acto conjunto de los deudores, lo que en nuestro Código parece ser más bien una forma de obligación indivisible.

Sus caracteres pueden consignarse de la siguiente manera: la *pluralidad de sujetos*, por lo que en ellas puede haber dos o más deudores o dos o más acreedores, o dos o más deudores y dos o más acreedores. Se distingue así la mancomunidad pasiva, activa y mixta. Otro carácter de esta forma de obligaciones es la *unidad y divisibilidad de la prestación*, la unidad de la prestación permite que puedan ser calificadas como una sola obligación y no varias obligaciones según los deudores o acreedores que concurran. La prestación no debe ser indivisible (ya sea por convención o naturaleza) ya que en tal caso se aplicará el estatuto de las obligaciones indivisibles. Por ello es que las obligaciones mancomunadas normalmente serán *obligaciones de dar*, ya que las de hacer y no hacer tiene una prestación que es indivisible.

Se suele afirmar que para que la obligación sea una y no varias debe tener el mismo título, es decir, la misma fuente, pero pensamos que esto no basta, ya que también la prestación debe ser única. Si se trata del mismo título pero son diferentes prestaciones se tratará de obligaciones distintas y no de una obligación simplemente conjunta o mancomunada.

Una tercera característica es que, en nuestro sistema, son la *regla general*. Así lo señala el Código que habla de que "*En general*, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores..." (art. 1511.1 CC) (énfasis añadido). De esta manera, la solidaridad sólo procede en los casos en los que la ley o la voluntad de las partes así lo ha dispuesto, y la indivisibilidad obligacional cuando se ha convenido que no se podrá pagar por parte y cuando la misma naturaleza de la prestación impide el cumplimiento por partes o cuotas. Si hay dudas, deberá considerarse que la obligación es simplemente conjunta o mancomunada ya que, siendo la regla general, lo más probable es que las partes hayan querido establecerla de esa manera.

Debe advertirse que en otros sistemas la regla general de las obligaciones de sujeto plural es la obligación solidaria, lo que ha sido recogido por los intentos de armonización del derecho de los contratos.

2. Fuentes

202 La pluralidad de sujetos de las obligaciones mancomunadas puede ser originaria o sobrevenida. Es *originaria* cuando la obligación surge como mancomunada porque así se ha estipulado en el contrato de la que nace (por ejemplo, si hay varios arrendatarios obligados a pagar la renta y no se pacta solidaridad). También cuando varias personas prestan a una, una suma de dinero sin que se pacte solidaridad: habrá una obligación de mancomunidad activa (de acreedores). La ley también suele establecer obligaciones con varios deudores cuando se trata de impuestos (por ejemplo, las contribuciones de bienes raíces).

La mancomunidad puede ser sobrevenida, en el sentido de que la obligación nació como de sujeto único pero luego pasó a tener varias deudores o varios acreedores. Esta pluralidad que sobreviene se da normalmente por la sucesión por causa de muerte y así si fallece un único deudor y deja cinco hijos como herederos la obligación se convertirá en mancomunada pasiva, ya que habrá cinco deudores a los cuales el acreedor sólo podrá cobrar la cuota en la deuda que corresponda a su cuota como herederos. Esta división se produce de pleno derecho (art. 1354 CC). Si fallece el acreedor y deja varios herederos el crédito se dividirá entre esos herederos, pero hay discusión si opera de pleno derecho o si es necesario que todos demanden conjuntamente al deudor. Parece aplicarse aquí la norma del art. 1526 Nº 4 que dispone que "los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas", lo que indicaría que los créditos también se dividen automáticamente y que no hay que esperar la partición.

La mancomunidad sobrevenida puede tener lugar por acto entre vivos por la cesión del crédito de un acreedor a varios acreedores o a otro acreedor pero conservando una parte el acreedor original. Si se admite la cesión de deudas será posible igualmente que se ceda la deuda a una pluralidad de deudores y con ello habrá mancomunidad sobrevenida pasiva. En todo caso, la cesión de un contrato puede implicar mancomunidad sobrevenida tanto activa como pasiva, si la cesión se hace a varias partes.

Si se ha pactado una cláusula penal para el caso de incumplimiento de la obligación mancomunada, la obligación penal se entenderá también mancomunada salvo que se haya pactado solidaridad o se trate de cosa indivisible. Así se desprende de lo que señala para el caso de que fallezca el deudor que estaba sujeto a una cláusula penal, ya que se dispone que la pena se dividirá entre los herederos a prorrata de sus cuotas (art. 1540.1 CC).

3. Efectos

a) Obligación y contribución a la deuda

203 En las obligaciones de sujeto plural se suele distinguir la obligación a la deuda de la contribución a la deuda. La obligación a la deuda se refiere a las relaciones entre acreedor o acreedores y deudor o deudores, mientras que la contribución a la

deuda se enfoca en las relaciones internas entre los acreedores y los deudores después de que uno ha recibido el pago o ha hecho el pago.

En las obligaciones mancomunadas la obligación a la deuda es de fácil determinación. La mancomunidad activa da derecho a los acreedores a exigir su parte o cuota en el crédito sin tener que actuar conjuntamente. Si la obligación consta de título ejecutivo y la cuota está determinada, podrá ejecutarse al deudor conforme al procedimiento ejecutivo por cualquiera de los acreedores que son sujetos activos del crédito o derecho personal.

La mancomunidad pasiva implica que cada deudor sólo está obligado a pagar su parte o cuota en la deuda.

La contribución a la deuda supone que un acreedor ha recibido más de su cuota o que un deudor ha pagado más de su deuda. Si un acreedor recibe más de lo que corresponde a su cuota en el crédito, los demás podrán demandar su cuota en el crédito frente al deudor sin que este pueda alegar que pagó de más al primer acreedor, pero sí este deudor, si actuó por error, podrá repetir por el exceso pagado ya que se trataría de un pago indebido.

Si el deudor mancomunado paga más por error habrá pago de lo no debido (art. 2296 CC). Si paga a sabiendas de que se trata de un pago indebido habrá donación (art. 2299 CC), aunque también podría entenderse, si hay indicios de que esa fue su voluntad, que se hizo un pago por un tercero y se aplicarán esas normas (art. 1572 y ss. CC). En tal caso, el deudor podrá repetir contra sus codeudores si procedió sin avisarles a sus codeudores (art. 1573 CC), pero si los demás deudores consintieron expresa o tácitamente en que pagara por ellos podría subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1610. 5º CC).

b) La división de las cuotas

204 Se ha planteado el problema de cómo se dividen las cuotas en la obligación mancomunada o simplemente conjunta si las partes nada han dicho al momento de contraerse la obligación. Por cierto, la ley ha determinado la distribución de la obligación simplemente conjunta que se origina al morir el acreedor o el deudor y dejar varios herederos: el crédito o la deuda se dividen según la cuota que les corresponde a los herederos en la herencia (arts. 1354 y 1526 Nº 4 CC). También ha señalado la forma en que se divide la deuda de alimentos entre varios alimentantes a un mismo título: en proporción a sus facultades económicas (art. 326.2 CC).

En la obligación a la deuda, ante la falta de disposición legal o voluntaria, lo que parece más sencillo es que la obligación se divida en partes iguales ya sea activa o pasivamente.

No obstante, según alguna opinión debiera aplicarse la proporción del interés que tenía cada acreedor o cada deudor en el negocio que origina la obligación, aplicando el criterio de distribución de las relaciones internas para los deudores solidarios (art. 1522 CC). No nos parece que esta sea una buena solución, porque

normalmente no será claro el interés que se tenga por parte de los acreedores y de los deudores, lo que dificultará el cobro y el pago. Por ello pensamos que es más conveniente, si la ley o las partes no han dicho nada, optar por dividir el crédito o la deuda en partes iguales. Se aplicará por analogía lo que se dispone para las deudas contraídas conjuntamente por los comuneros: "Si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda" (art. 2307.2 CC).

En lo referido a la contribución a la deuda, si uno de los deudores piensa que pagó más de lo que correspondía a su interés en la deuda o si uno de los acreedores piensa que recibió menos de lo que era su interés en el crédito, podrá demandar a los demás pero recaerá sobre él la prueba de que el interés no era por partes iguales.

c) Insolvencia, mora y culpa

205 La distribución en cuotas no resulta alterada por la insolvencia de uno de los deudores simplemente conjuntos o mancomunados, por lo que se dispone que "la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores" (art. 1526.1 CC). Será el acreedor quien soportará la insolvencia de este deudor. Se excepciona la obligación mancomunada que se origina al pagar uno de los codeudores solidarios (art 1522.3 CC) y también la obligación mancomunada de los cofiadores, en que la insolvencia de uno de ellos grava a los demás (art. 2367.2 CC).

La constitución en mora de uno de los deudores no afecta a los demás ni la que aprovecha a un acreedor beneficia a los otros. La doctrina es unánime a este respecto considerando que existe una pluralidad de vínculos que impide que los efectos de un sujeto se propaguen al resto.

Por lo mismo la culpa de uno de los deudores conjuntos no afecta a los demás ni siquiera en cuanto al valor de prestación por lo que sólo el culpable deberá indemnizar los perjuicios al acreedor, como se desprende *a contrario sensu* de lo que se dispone para la obligación solidaria (art. 1521 CC).

4. Extinción

206 Hemos visto ya el pago de las obligaciones mancomunadas, pero estas también presentan algunas singularidades respecto de otros modos de extinción de las obligaciones, principalmente para su *prescripción*.

Primero, puede que haya modalidades (condición o plazo) para los acreedores o deudores, ya que si esto se admite para las obligaciones solidarias (art. 1512 CC), con mayor razón deberá aceptarse para las obligaciones simplemente conjuntas. De esta manera, la exigibilidad de los vínculos pueden tener distintos momentos y con ello la prescripción puede extinguir la acción de un acreedor mancomunado o liberar a un deudor mancomunado, sin afectar a otros.

Además, la interrupción de la prescripción que aproveche a uno de los acreedores o que perjudique a uno de los deudores no aprovecha ni afecta a los demás acreedores o los otros deudores: "La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros..." (art. 2519 CC). Si esto es así para la interrupción, con mayor razón debe aplicarse para la suspensión de la prescripción que es un beneficio personalísimo.

Sobre la *resolución* si la obligación mancomunada tiene su origen en un contrato bilateral se ha preguntado en caso de mancomunidad activa si cada acreedor puede pedir la resolución o si deben ejercerla conjuntamente. Algunos señalan que como la obligación se convertiría en alternativa debe aplicarse lo previsto para estas obligaciones y debe hacerse de consuno por los acreedores (art. 1526.4º CC); pero en general se sostiene que no hay tal conversión y que por tanto cada acreedor puede pedir por sí solo la resolución, aunque el fallo judicial en que se resuelva el contrato sólo aprovechará a quien interpuso la acción y no a los que no comparecieron al juicio.

En el mismo sentido, se ha señalado que cualquier acreedor o deudor mancomunado puede pedir la declaración de *nulidad* del contrato del cual surge dicha obligación. Se invoca como fundamento la regla que señala que "Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras" (art. 1690 CC).

III. La obligación solidaria

1. Nociones generales

a) Reseña histórica

207 Los juristas romanos forjaron la solidaridad u obligación *in solidum* sobre la base del negocio formal de la *estipulatio*, por el que una persona, con ciertas palabras rituales, pregunta a otro si promete dar, hacer o no hacer, y el otro contesta "prometo" (*spondeo*). Cuando había varios estipulantes o varios promitentes, entonces cualquiera de los estipulantes (acreedores) podía cobrar el total al promitente (deudor) o el estipulante (acreedor) podía cobrar el total de lo prometido a cualquiera de los promitentes (deudores).

Como la *stipulatio* era un negocio abstracto podía servir para reforzar obligaciones de diversos pactos o contratos, por ejemplo, un mutuo, una sociedad, un mandato, la obligación de pagar el precio en una compraventa. De este modo, una vez pagada la *stipulatio,* las relaciones internas dependían del negocio de fondo que hubiera entre los estipulantes o los prometientes. Si había sociedad entre los prometientes el que pagó tenía la *actio pro socio* para pedir el reembolso, si había mandato tenía la *actio mandati*, o si uno de ellos actuó como gestor de negocios ajenos, tenía la acción respectiva, sin descontar que podía haberse obligado *donandi causa*, caso en el cual no tenía derecho a reembolso alguno.

La solidaridad pasiva en el Derecho romano clásico puede ser impuesta por un testador mediante un legado *per damnationem*, que consistía en la orden a varios herederos a dar alguna cosa al legatario, lo que daba al legatario un crédito en contra de los herederos. Si se trata de coautoría o complicidad en un daño tipificado por la *lex Aquilia* (286 a.C.), el monto de la reparación era debido cumulativamente por todos los autores, de modo que la víctima podía pedir el total a cada uno de dichos autores sin que por el pago de uno de ellos se extinguiera la responsabilidad de los demás (D. 9, 2, 11, 4). Por ello para los romanos esta no era una propia *obligatio in solidum*.

En el derecho clásico la *litis contestatio* producía un efecto consuntivo, es decir, liberaba a todos los deudores que no eran demandados, incluso aunque el demandado no pagara o pagara sólo una parte. Al desaparecer la *litis contestatio* en el nuevo procedimiento, en la Compilación justinianea se interpolaron los textos para suprimir este efecto y sustituirlo por el pago. No obstante, por error se mantuvieron algunos textos con el efecto liberatorio de la *litis contestatio*, que más adelante sirvió a los pandectistas alemanes para distinguir entre obligaciones solidarias (que se extinguen por el pago) y obligaciones correales (que se extinguen por la traba de la *litis*), suscitándose una inmensa discusión sobre cuáles eran unas y cuáles eran otras, la que de hecho subsiste hasta hoy en el ámbito germánico.

Otra actualización que debemos a Justiniano es la extensión del pacto de solidaridad más allá de la *estipulatio*, ya que estos negocios abstractos y solemnes desaparecen de la práctica común, y comienzan a predominar los contratos consensuales y los pactos a los que el pretor concede acciones o excepciones, proporcionándoles un vestido jurídico.

En el derecho latino las obligaciones solidarias fueron unificadas y sistematizas por el *Tratado de las Obligaciones* de Pothier (1699-1772) y luego reguladas en el Código Civil francés de 1804 (arts. 1197-1216), sirviendo ambos textos como fuentes para que Bello introdujera en nuestro Código Civil las obligaciones solidarias como forma de obligación de sujeto plural.

b) Concepto de obligación solidaria

208 Nuestro Código señala que por convención, testamento o ley "puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o insólidum" (art. 1511.2 CC).

La doctrina define la obligación solidaria como aquella obligación en que existe pluralidad de acreedores o deudores, con una prestación divisible y que, por la ley o la voluntad, cualquier acreedor puede exigir el total de la deuda al deudor o cualquier deudor está obligado a pagar el total al acreedor. Se suele agregar que el pago hecho a un acreedor o por un deudor extingue la obligación respecto de los demás.

El Código hace sinónimas las expresiones obligación solidaria y obligación *in solidum*, tomando la terminología romana, por lo que entre nosotros obligación *in solidum* es lo mismo que obligación solidaria.

c) Requisitos

209 Para que exista una obligación solidaria deben darse los siguientes requisitos:

1º *Pluralidad de acreedores o de deudores o de acreedores y deudores*: se trata de que haya dos o más sujetos activos o pasivos, ya sean personas naturales o jurídicas. Por ello, la solidaridad puede ser activa, pasiva o mixta.

2º *Unidad de prestación*: es lo que confiere unidad a la relación obligatoria. Lo señala expresamente el Código pero señalando que puede ser debida por modos distintos: "La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros" (art. 1512 CC). Esta posibilidad hace que la solidaridad pueda distinguirse entre uniforme (si para todos la obligación es pura y simple o tiene la misma modalidad, por ejemplo, el mismo plazo) o no uniforme (si la obligación es pura simple para algunos sujetos y con modalidades para otro, o si las modalidades son diversas entre los distintos acreedores o deudores). También algunos autores señalan que la causa de la obligación puede ser diferente como cuando se entrega en mutuo una cantidad a un deudor y otro se obliga solidariamente para proporcionar una garantía al deudor, ya que este codeudor estaría obligándose por una mera liberalidad o beneficencia. Nos parece que no es así ya que si la codeuda es solidaria es porque la causa de la obligación se hace extensiva a todos los codeudores con independencia de cuál haya sido la intención del codeudor. Tampoco parece que haya causa liberal en este codeudor ya que, al no estar interesado en el negocio, si paga podrá recuperar lo pagado demandando, incluso por subrogación, al deudor principal.

3º *Divisibilidad de la prestación*: La prestación debe ser divisible, ya que de lo contrario la obligación será indivisible y no solidaria. El Código supone que la obligación solidaria, al igual que la simplemente conjunta, debe tener por objeto "una cosa divisible" (art. 1511.1 CC). Por ello la solidaridad no convierte a la obligación en indivisible: "El ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible" (art. 1525 CC). Esta separación no es tan tajante ya que se admite que se pacte la indivisibilidad en algunos casos de la llamada indivisibilidad de pago (art. 1526 CC).

4º *Fuente de solidaridad*: es necesario que la ley o la voluntad, ya sea por testamento o convención, establezcan la solidaridad. No es necesario que se exprese con términos formales o sacramentales, pero sí que quede claro que la obligación puede pedirse por el total por uno de los acreedores o exigirse por el total a uno de los deudores. Por esto, se dispone que "en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o insólidum" (art. 1511.2 CC).

La voluntad de obligarse solidariamente debe constar de modo expreso, conforme a la norma que establece que "la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley" (art. 1511.3 CC). Sólo se exceptúa el caso de la delegación imperfecta, si el acreedor no consiente en la sustitución del deudor por un tercero, caso en el que el juez podrá entender que se trata de un diputado para el pago o de un codeudor solidario o subsidiario según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto (art. 1635 CC).

Por ello, en los demás casos, si hay duda sobre si se ha pactado o no solidaridad se debe optar con considerar la obligación como simplemente conjunta. No se exige que la expresión de solidaridad se haga por escrito, pero debe recordarse que si la obligación es de más de 2 UT se exige que conste por escrito so pena de no poder probarse por testigos (art. 1709 CC).

Por cierto, la solidaridad legal debe ser también establecida expresamente por las normas legales, ya que la regla se dirige a la solidaridad voluntaria y es lógico que si aparece en la ley no es necesario pactar esa solidaridad. Siendo una excepción, la solidaridad necesita también texto legal expreso y no puede construirse por analogía. Los casos legales son sólo de solidaridad pasiva, como la que establecen los arts. 2317 (coautoría de delito o cuasidelito civil), 546 (obligaciones contraídas por miembros de una corporación sin personalidad jurídica), 419 (responsabilidad de varios guardadores) y 1281 (responsabilidad de varios albaceas) del Código Civil. Otros casos de solidaridad pasiva pueden encontrarse en otras leyes (arts. 370 CCom, 79 ley Nº 18.092, de 1982) e incluso en la Constitución (arts. 32.20º y 36 Const.).

Si se trata de solidaridad testamentaria es necesario que el testador exprese en una cláusula que los herederos, por ejemplo, serán solidariamente responsables del pago de ciertos legados o que varios legatarios pueden exigir cada uno el total de un legado al heredero o herederos.

Cuando la solidaridad es de fuente convencional puede pactarse en el mismo acto o contrato o por un acto posterior. Así una obligación que nace como de sujeto único puede devenir luego en de sujeto plural solidaria.

5º *Pago del total*: para que sea solidaria la obligación es necesario que se exprese que cualquiera de los acreedores puede cobrar el pago del total de la deuda o que cualquiera de los deudores estará obligado a pagar el total de la deuda.

d) Naturaleza jurídica de la obligación solidaria

210 Las opiniones sobre la naturaleza jurídica de la obligación solidaria son múltiples, y se diferencian entre aquellas que sostienen que se trata de una sola obligación aunque con pluralidad de vínculos y aquellos que sostienen que son varias obligaciones pero conectadas por la facultad de que el pago hecho a un acreedor o un deudor libera a los demás.

Si se acepta que se trata de una sola obligación aunque con pluralidad de vínculos, se discute sobre cuál sería el poder que tiene uno de los acreedores o uno de los deudores sobre los demás.

Según la tesis romanista cada acreedor es considerado titular único del crédito y puede hacer todos los actos de disposición sobre el mismo sin consulta a los demás acreedores, y cada deudor se entiende que es el deudor único y por tanto puede hacer todo tipo de convenios con el acreedor aunque ello perjudique a los demás deudores.

En contra está la tesis francesa, desarrollada por los comentaristas del Código Civil francés, que niega que cada acreedor sea considerado dueño del crédito en la solidaridad activa y que cada deudor pueda disponer de la deuda como si fuera el único deudor. Se señala por el contrario que la solidaridad se justifica por un mandato tácito y recíproco, o más bien una representación tácita, que existiría entre los acreedores o entre los deudores, de manera que no podrían realizarse actos que perjudicaran a los demás sujetos de la obligación, ya que el mandatario no puede obrar en contra de los intereses de los mandantes.

La doctrina chilena se ha dividido sobre cuál habría sido la teoría que habría recogido el Código Civil. Como se dispone que en la solidaridad activa cualquier acreedor puede condonar, compensar o novar la deuda (art. 1513.2 CC), unido a una nota atribuida a Bello en que se señala que hay una distinción entre el criterio romano y el francés (nota al Proyecto de 1842) y que "El Proyecto se separa aquí del Código Francés y sigue el Derecho romano" (nota al art. 1690 del Proyecto Inédito), se ha señalado que, al menos para la solidaridad activa, se habría seguido la tesis romanista en que cada acreedor es considerado dueño exclusivo del crédito.

Respecto de la solidaridad pasiva algunos sostienen que igualmente se habría seguido la tesis romana, de modo que debe considerarse que el deudor que paga es el único deudor de la obligación. Sin embargo, para otros autores el hecho de que Bello haya señalado que "se separa aquí" del Código Francés induce a pensar que en la solidaridad pasiva se sigue el criterio francés del mandato tácito o recíproco.

Por nuestra parte, pensamos que no tiene mucha relevancia práctica el optar por una u otra teoría, y en todo caso nos negamos a pensar que la solidaridad activa o pasiva se funde en un mandato tácito y recíproco entre los acreedores o deudores. Nada existe en la regulación del Código que revele la existencia de ese fundamento, menos en la solidaridad activa. Si hubiera mandato tácito no se entendería que cualquiera de los deudores pueda novar la deuda, compensarla con un crédito propio o acceder a la condonación de su cuota, lo que, aunque no perjudique a los codeudores, sí implica un poder de disposición de la deuda que no puede considerarse delegado por los demás.

Tampoco parece razonable extralimitar los poderes de cada acreedor o de cada deudor de modo de considerarlos el único dueño del crédito o el único sujeto pasivo,

como hace la teoría romana, ya que aunque se admitan actos de disposición, luego el acreedor o el deudor deben responder por ellos en las relaciones internas.

Nos parece, en consecuencia, que la solidaridad tanto activa como pasiva se explica mejor como una relación obligatoria compleja que se compone de varios vínculos que tienen una conexión que permite ciertos actos de disposición a uno de los sujetos sin perjuicio luego de responder por ellos una vez extinguida la obligación por el pago u otro medio equivalente, mediante reembolsos que restablezcan el equilibrio entre acreedores y deudores.

e) Función económica de la solidaridad

211 Sin duda la solidaridad pasiva cumple una función muy importante en la realización de actividades económicas, ya que facilita el cobro del crédito al disponer de más de un patrimonio para hacerlo efectivo y sin que el codeudor solidario pueda pedir que se ejecute al otro antes que él (como sucede con el fiador).

Es también una forma de garantía personal que es sencilla de constituir y que asegura que el crédito será pagado. Con ello es posible conseguir financiamiento para empresas o sociedades mediante créditos bancarios, actuando las personas naturales que las conforman como codeudores solidarios.

Además, es posible mezclar las instituciones de fianza y codeuda solidaria para así reforzar más la fianza. Se habla entonces de fianza solidaria, que no tiene el beneficio de excusión (art. 2358.2º CC). En el tráfico se suele emplear la frase: se obliga como fiador y codeudor solidario, lo que según cierta doctrina no sería más que una deuda solidaria pero en la que el que aparece como fiador y codeudor solidario no es interesado en el negocio para el que se constituye la obligación. Por nuestra parte, hemos sostenido que se trata de una forma de estipular una fianza solidaria.

La solidaridad legal suele imponerse también como garantía para que las víctimas de un ilícito dañoso puedan obtener la indemnización de sus perjuicios.

Menos frecuente es la solidaridad activa, pero hay casos en las que puede cumplir una función económica como la de facilitar el cobro del crédito; por ejemplo, si uno de los acreedores teme fallecer o está fuera del país en un determinado tiempo y no se desea constituir un mandato. Esta figura se da igualmente en las cuentas corrientes conjuntas entre dos o más personas en que se conviene que cualquiera de ellas puede girar los fondos depositados en ellas.

2. La solidaridad de acreedores (activa)

a) Caracterización

212 Como sabemos, la obligación solidaria de acreedores es aquella en la que existe una pluralidad de acreedores y un deudor, y en la que cada acreedor puede demandar el pago del total de la deuda. La pluralidad se satisface con dos acreedores, aunque podrían ser más de dos. Así, por ejemplo, si dos bancos

conceden un mutuo a una empresa y se pacta que cualquiera de ellos podrá pedir el pago del total.

Debemos recordar que no existen casos de solidaridad activa legal, por lo que su única fuente será o el testamento o la convención. Se menciona el caso del mandato comercial o comisión, pero la verdad es que la norma tanto en caso de pluralidad de comitentes o de comisionistas se refiere sólo a las obligaciones y no a los créditos (art. 290 CCom).

El régimen de la solidaridad activa se aplica también a la mixta, es decir, a aquella en la que existe pluralidad de acreedores y de deudores, todos obligados solidariamente. Por cierto, sólo se aplicará a la pluralidad de sujetos activos.

b) Efectos entre los acreedores y el deudor: obligación a la deuda

1º Derecho a exigir el pago

213 El principal efecto de la solidaridad activa es que da derecho a cualquiera de los acreedores a reclamar y perseguir el pago total al deudor. Lo relevante es que hecho el pago a un acreedor la deuda se extingue respecto de todos los acreedores. Por ello se señala que el deudor tiene derecho a pagar a "cualquiera de los acreedores solidarios que elija" (art. 1513.1 CC). Sin embargo, si uno de ellos ya ha demandado al deudor éste deberá pagar al demandante y no a otro que no le haya demandado: "a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante" (art. 1513.1 CC).

En realidad, esta regla podría ser diversa si se aceptara que el pago hecho a otro acreedor sirviera como excepción en contra del acreedor solidario demandante, pero la ley ha seguido el criterio romano de que una vez trabada la *litis* la acción se concentra en el acreedor demandante. Por ello, pensamos, no basta con la mera presentación de la demanda sino que es menester que ella sea legalmente notificada. No parece que la regla deba extenderse a gestiones preparatorias de la vía ejecutiva o medidas prejudiciales precautorias.

Se ha preguntado si podrían dos o más acreedores demandar o incluso todos ya sea en un mismo juicio o en juicios diversos; pensamos que en tal evento el deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores demandantes, aunque lo más útil si se trata de un solo juicio es consignar lo adeudado en el mismo proceso.

2º Derecho a recibir el pago

214 Si el deudor tiene derecho a pagar a cualquiera de los acreedores que elija, es obvio que cada uno de ellos tiene derecho a recibir la totalidad del pago y que con ello se extinguirá la deuda respecto de todos los acreedores, sin perjuicio de los reembolsos que deba hacer el acreedor que recibió el total del pago. Así se deduce de la extensión de esta regla a otros modos de extinción de las obligaciones ya que se señala que la condonación, compensación o novación "extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría" (art. 1513.2 CC).

3º Derecho a condonar, compensar y novar el crédito

215 El Código, siguiendo la doctrina de que cada acreedor puede disponer del crédito, admite que cualquiera de los acreedores pueda condonar la deuda, compensarlo con una deuda suya para con el deudor y novarlo por otra obligación, resultando así afectados los demás acreedores. Todo esto en la medida en que un acreedor no haya demandado al deudor. Así lo dispone el Código Civil: "La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de éstos no haya demandado ya al deudor" (art. 1513.2 CC).

Respecto de la compensación entendemos que se trataría de una compensación convencional, porque la compensación legal requiere que sea alegada en juicio (art. 1660 CC) por lo que supone que el acreedor que es deudor del deudor debe haber demandado a este último y este último oponer la compensación como excepción de la demanda.

En todos estos casos la extinción puede ser parcial de modo que condonada, compensada o novada una parte del crédito, subsistirá la solidaridad activa sobre el resto.

También el acreedor que es pagado por un tercero puede pactar con él un pago con subrogación convencional.

4º) Otros modos de extinción

216 Tratando de la solidaridad activa el Código habla de cuatro modos de extinción: el pago, la remisión o condonación, la compensación y la novación. Pero debemos aclarar qué sucede con otros modos no mencionados, como la confusión, la pérdida de la cosa debida, la nulidad, la dación en pago, la transacción y la prescripción. El criterio es el mismo que para los modos de extinción mencionados: afectan a los acreedores solidarios, salvo que uno de ellos haya demandado primero al deudor.

Para la confusión existe una regla expresa que dispone que si hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, "será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito", es decir, el crédito se extingue (art. 1668.2 CC).

Esto puede suceder porque el deudor suceda por causa de muerte a uno de los acreedores solidarios. En tal caso, la deuda se extinguirá por confusión, pero este deudor, heredero de un acreedor, debe reembolsar a los otros acreedores su parte o cuota en el crédito.

La pérdida fortuita de la cosa debida extingue la obligación respecto de todos los acreedores. No hay regla que así lo disponga, pero así se deduce del principio de que a lo imposible nadie está obligado. No obstante, si la pérdida fortuita transcurre durante la mora del deudor siendo el caso fortuito de aquellos que no habrían destruido la cosa si se hubiere cumplido oportunamente la obligación, la

obligación no se extingue y hay que tener en cuenta que si el deudor está constituido en mora por uno de los acreedores esa mora beneficia a los demás acreedores solidarios.

La nulidad del contrato que generó la obligación podrá ser alegada por el deudor para evitar el pago pero debe tratarse de una causal que pueda ser alegada por el deudor, conforme a las reglas de la nulidad absoluta o relativa. Si un acreedor demanda la nulidad sólo se aplicará a este juicio, pero declarada la extinción de la obligación ello afectará a los acreedores que no hayan demandado.

Nos queda por ver la dación en pago, la transacción y la prescripción. Respecto de la dación en pago cabe aplicar los mismos criterios: cualquier acreedor puede consentir que se le entregue una cosa diversa en pago de la obligación, salvo que otro acreedor haya demandado antes al deudor. Para la transacción existe norma expresa que señala que en principio el contrato de transacción entre algunos de los interesados en el negocio que se transige no perjudica ni aprovecha a los otros pero se aclara que ello es "salvos, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad" (art. 2461.2 CC). Esto nos indica que si en la transacción del deudor con uno de los acreedores solidarios se nova la obligación, esta novación afectará a los demás acreedores (art. 1513.2 CC).

Para la prescripción hemos de señalar primero que si hay plazos diversos que suspenden la exigibilidad del derecho de cada acreedor solidario, habrá también términos diversos de prescripción. Pero esto será muy raro y lo normal es que el crédito solidario será exigible en el mismo momento, por lo que el plazo de prescripción será uno solo. En tal caso, la interrupción de la prescripción que opere a favor de un acreedor solidario aprovecha a los demás. Así lo dispone nuestro Código Civil: "La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros... a menos que haya solidaridad" (art. 2519 CC). Es decir, la interrupción tanto civil como natural de la prescripción que obre a favor de uno de los coacreedores solidarios aprovecha a todos.

Se discute qué sucede con la suspensión de la prescripción. Tratándose de un beneficio personalísimo se sostiene que sólo puede alegarlo el acreedor que goza de tal beneficio y no los demás, pero si este acreedor por el hecho de que la prescripción se suspendió puede demandar después de que la obligación ha prescrito para los demás, si obtiene el pago deberá reembolsar a los coacreedores, ya que de lo contrario se estaría enriqueciendo injustamente.

5º Mora e incumplimiento

217 Aunque el Código no lo exprese, los autores señalan que si se constituye el deudor en mora respecto de uno de los acreedores se entenderá constituido en mora para todos. Se llega a esta conclusión porque se supone que en solidaridad activa Bello siguió la tesis romana. Pero la verdad es que aunque hubiera seguido la tesis francesa del mandato recíproco también se aplicaría esta solución ya que se trata de un acto que va en beneficio de los demás acreedores.

Esto se aplicará a la constitución en mora por reconvención judicial (art. 1552.3º) o cuando se trate de un plazo común a todos los acreedores (art. 1552.1º y 2º CC). No procedería si el deudor se ha obligado bajo condición o plazo respecto de unos acreedores y pura y simplemente respecto de otros, o si se ha obligado por plazos diversos, ya que en tal caso la mora sólo se producirá cuando la obligación se haga exigible para cada acreedor.

Siendo así, si la cosa perece fortuitamente durante la mora del deudor cualquiera de los acreedores podrá pedir el precio y la indemnización de perjuicios (art. 1672 CC).

También se podrá resolver el contrato en caso de incumplimiento resolutorio del deudor y procederá la indemnización de perjuicios siempre que se acredite el daño de cada acreedor, que será el que corresponda a la cuota que tenía en el crédito. Podrán perseguirse los perjuicios que excedan ese monto, pero sólo por parte del acreedor que los haya sufrido.

c) Derechos de los acreedores entre sí: Contribución en la deuda

218 Extinguida la deuda por el pago o por otros medios, el acreedor que determinó la extinción ya sea por haber recibido el total del pago, haber condonado la deuda, haberla compensado o novado, etc., deberá abonar a los demás su parte o cuota en el crédito. Esta regla se deduce de lo que dispone el Código Civil para el caso en que la deuda se extinga por confusión, es decir, si se confunden las calidades de deudor con las de un acreedor solidario, se dispone que este deudor será obligado a pagar a cada uno de sus coacreedores la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito (art. 1668.2 CC).

Esto no sucederá si se extingue la deuda por pérdida de la cosa debida pues en tal caso no hay acreedor que se haya beneficiado de ese modo de extinción.

Ahora, ¿cuál es la parte o cuota que les corresponde a cada acreedor en la deuda? En primer lugar, habrá que estarse a lo pactado entre ellos, y a falta de pacto se entenderá que el crédito se divide en partes iguales. Pero si alguno de los acreedores piensa que le corresponde más en el crédito porque el otro o los otros acreedores en realidad no pusieron recursos para que se originara el crédito solidario, por ejemplo si sólo se pactó para facilitar el cobro y evitar un mandato que puede extinguirse por la muerte o revocación. En tal caso, si quien recibió el pago fue este acreedor deberá restituir lo pagado en su totalidad al otro acreedor solidario que sí puso recursos propios para dar origen al crédito.

d) Extinción de la solidaridad activa

219 Cuando hablamos de extinción de la solidaridad activa no nos referimos a la extinción de la obligación solidaria, sino a la desaparición del carácter solidario para los acreedores, es decir, su transformación en obligación mancomunada activa, por lo que cada acreedor sólo podrá reclamar su parte o cuota en el crédito y el deudor deberá pagar sólo esa parte a cada acreedor. Se mencionan dos causales: la renuncia de la solidaridad y la sucesión por causa de muerte, aunque estas se

suelen estudiar para la solidaridad pasiva y no para la activa. Preferimos en consecuencia tratarlas conjuntamente al ver la renunciabilidad de la solidaridad y la transferencia y transmisión de la obligación solidaria.

3. La solidaridad de deudores (pasiva)

a) Caracterización

220 La solidaridad de deudores o pasiva es sin duda la que más se utiliza en el tráfico jurídico ya que constituye un refuerzo a los derechos del acreedor al disponer de varios patrimonios para que pueda cobrar su crédito. Se trata, por tanto, de una obligación con varios deudores pero en que cada uno de estos está obligado a pagar el total de la deuda, de manera que el acreedor puede elegir a quien demandar y ejecutar.

Se trata, por cierto, de una caución de carácter personal, que es mucho más efectiva que la fianza, ya que el deudor solidario no puede oponer ni el beneficio de excusión (que se demande primero al deudor principal) ni tampoco el beneficio de división (que se divida la deuda entre los varios cofiadores).

Este reforzamiento del crédito es usado con mucha frecuencia ya sea por personas que piden crédito para una sociedad al que se obligan solidariamente como personas naturales, o porque varias personas piden un crédito y se obligan solidariamente, o porque una de ellas asume una obligación y otra persona le sirve de codeudor solidario para que obtenga un crédito o un contrato (por ejemplo, de arrendamiento). La solidaridad pasiva también puede pactarse en títulos de crédito como letras de cambio o pagarés.

A todo lo anterior se suman los numerosos casos en los que la ley es fuente de solidaridad, ya de obligaciones contractuales; por ejemplo para los socios de una sociedad colectiva comercial (art. 370 CCom) o para todos los que firman una letra de cambio o pagaré como libradores, aceptantes o endosantes (art. 79 ley Nº 18.092, de 1982), o extracontractuales, como para los perjuicios causados por los administradores y el gerente de una sociedad por acciones (art. 432.3 CCom), o para los daños causados por un vehículo motorizado (art. 169 ley Nº 18.290, texto refundido por D.F.L. Nº 1, de 2009) o por los daños causados por un producto peligroso (art. 47 LPDC). Estos son solo algunos ejemplos porque la solidaridad pasiva de fuente legal es aplicada en muchísimos casos en general como garantía para que el respectivo acreedor no vea frustrado su crédito.

Se ha preguntado si es posible que se pacte solidaridad para todas las deudas que contraiga otra persona para con un banco u otro acreedor. Se señala que si se acepta la garantía general hipotecaria o prendaria no habría razón para oponerse a una garantía general de solidaridad. Pero existe una marcada diferencia, ya que en la garantía general hipotecaria la responsabilidad está limitada por el valor del inmueble hipotecado o el bien dado en prenda; en cambio, siendo la solidaridad una garantía personal no tendría límites y comprometería todo el patrimonio del codeudor solidario, sin que éste tuviera forma alguna de controlarlo ya que las

deudas por las que se respondería serían determinadas sin su voluntad. Podría aceptarse siempre que se pusieran límites en cuanto al monto de la responsabilidad solidaria o al menos en cuanto a la naturaleza o número de las obligaciones.

Distinto sería el caso en que alguien se obliga como codeudor solidario de todas las obligaciones que tiene una persona para con un acreedor, porque en tal caso se trata de deudas ya existentes que podrán haber sido consultadas por el garante solidario.

b) Efectos entre el acreedor y los deudores: obligación a la deuda

b.1) Efecto principal: el pago

221 La característica fundamental de la obligación solidaria pasiva es que el acreedor puede exigir el total del crédito a cualquiera de los codeudores solidarios, sin que éste pueda oponer ni un beneficio de excusión (que se demande al otro codeudor primero) ni un beneficio de división (que se le demande sólo su parte o cuota en la deuda). Así lo señala el Código Civil: "El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división" (art. 1514 CC).

Como se ve, el acreedor podría demandar conjuntamente a todos o a uno solo de ellos "a su arbitrio", es decir, según mejor le convenga. Esta expresión de la ley es indicativa de que estamos ante un derecho absoluto que queda fuera del control de la teoría del abuso del derecho. Por cierto, si puede demandar a uno solo, podrá demandar a dos o tres de ellos aunque no sean el total.

Si se demanda a todos habrá que ser claro en la demanda de que se está demandando por el total y no por las cuotas, ya que de ser así podría entenderse que hay renuncia a la solidaridad porque el acreedor habría consentido en la división de la deuda (art. 1516.4 CC). La demanda por el total conjunta puede ser útil para luego poder embargar bienes de cualquiera de los deudores, ya que tanto doctrina como jurisprudencia han señalado que sólo pueden embargarse bienes que pertenezcan al deudor ejecutado, y no de un codeudor solidario que no ha sido emplazado en el juicio.

Como más adelante veremos, el acreedor goza del *ius variandi*, es decir, si demandó a un deudor solidario y ve que ese deudor es insolvente, bien puede desistirse o dejar en abandono ese proceso para demandar a otro. Incluso si ha obtenido parte del pago en el primer juicio, puede demandar por el sobrante a otro codeudor solidario. Se observa aquí la superación del criterio romano del efecto consuntivo de la *litis contestatio*. Así lo señala expresamente nuestro Código Civil: "La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado" (art. 1515 CC). De nuevo habrá que cuidar que no aparezca que el acreedor haya renunciado tácitamente a la solidaridad por aceptación de un pago parcial, por lo que convendrá hacer reserva expresa de la solidaridad (cfr. art. 1516.2 CC).

Otra cuestión que ha sido controvertida es si el privilegio o preferencia que tiene el acreedor respecto de uno de los deudores solidarios se extiende a los demás. Por ejemplo, si un trabajador pretende cobrar remuneraciones impagas de un empleador y un tercero se obliga como codeudor solidario de éste. Se trataría de un crédito de la primera clase (art. 2472.5º CC), y la duda es si el privilegio sólo puede alegarse cuando se cobra la deuda respecto del empleador o también de su codeudor solidario. Se ha señalado que como el privilegio es inherente al crédito no cabría extenderlo al codeudor solidario, pero igualmente podría decirse que como justamente el privilegio es propio del crédito y no de la persona del acreedor es lógico que se extienda al codeudor solidario. Pensamos que esta última opción debe considerarse la correcta, ya que efectivamente el privilegio es propio del crédito y si alguien se constituye codeudor solidario sabe que está asumiendo el crédito con todas sus condiciones y características. La solidaridad debe considerarse un accesorio del crédito al cual se extienden las preferencias, como sucede con los intereses del crédito (art. 2491 CC).

No procede que, demandado un deudor solidario, pueda pedir un plazo para entenderse con los demás antes de pagar, ya que esta es una facultad que sólo se reconoce para las obligaciones indivisibles y además en la obligación solidaria se entiende que todo deudor puede cumplirla (cfr. art. 1530 CC).

Se ha discutido si puede el acreedor demandar simultáneamente en juicios diversos a dos o más codeudores solidarios. Algunos piensan que el segundo deudor podría interponer la excepción de litis pendencia (art. 464.3º CPC) o la de falta de fuerza ejecutiva del título (art. 464.7º CPC). Pensamos que no procederá ninguna de estas excepciones; la de litis pendencia no procede porque no hay identidad de personas, y la de falta de fuerza ejecutiva del título será también improcedente ya que se trata de un deudor solidario que aparece en el título y que no puede perder fuerza por el hecho de que haya sido invocado en un juicio anterior. Por cierto, si el acreedor obtiene el pago en uno de los juicios al extinguirse la obligación aunque haya condena en el segundo juicio ella no podrá ejecutarse ya que el demandado alegará pago de la deuda. Lo mismo si logra un pago parcial, que deberá descontarse de la condena en el segundo juicio justamente por una excepción de pago. Si se hace el pago, el segundo deudor podrá reclamar la devolución de lo pagado en exceso por la acción de pago de lo no debido.

Cualquiera de los deudores, si se ha hecho exigible para él la obligación, puede pagar al acreedor, sin que este pueda rehusar el pago. Si lo niega procederá el pago por consignación. Y esto procederá incluso si el acreedor ya ha demandado a otro deudor solidario, ya que no existe norma en contrario como sí la hay en la solidaridad activa (art. 1513.1 CC).

Para lograr el pago el acreedor puede demandar en juicio ejecutivo si la deuda solidaria consta de un título ejecutivo. Pero surgen dudas sobre qué sucede si uno de los deudores solidarios es declarado en *liquidación concursal*.

La ley dispone que para la empresa deudora es causal de liquidación forzosa el cese en el pago de una obligación que conste en un título ejecutivo, pero que esta

causal no podrá aplicarse a los codeudores solidarios y otros garantes de esa deuda (art. 117.1º LRLEP). En este caso, el acreedor preferirá al deudor solidario que está solvente y no al que está en proceso de liquidación, y se admitirá que pida la liquidación para uno y demande en juicio ejecutivo a otro, ya que no procederá la litis pendencia, aunque si obtiene el pago en el juicio ejecutivo no podrá pagarse en el proceso concursal.

Si no hay más remedio porque la situación patrimonial de los demás deudores no garantiza el pago, el acreedor puede pedir la liquidación concursal forzada de la empresa deudora y una vez dictada la resolución que la acoge verificar el crédito en el plazo de 30 días desde la notificación de dicha resolución (art. 170 LRLEP) y podrán ser impugnados. Si la impugnación es desechada se entienden créditos reconocidos y deben publicarse en el Boletín concursal (art. 175.4 LRLEP). Estando reconocido el crédito, el acreedor del codeudor solidario tiene derecho a participar con derecho a voto en las Juntas de Acreedores (art. 189 LRLEP). Una vez liquidados los bienes el acreedor podrá ser pagado conforme a las preferencias y garantías reales (arts. 241 a 243 LRLEP). La sola solidaridad no le da preferencia ni garantía real. Si se trata de créditos de personas relacionadas con el deudor no documentados 90 días antes de la resolución de liquidación, deben pagarse después de los créditos valistas (art. 241.3 LRLEP).

Una vez aprobada la cuenta final del liquidador, el juez debe dictar una resolución de término del procedimiento de liquidación, y la ley dispone que firme dicha sentencia, "se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación" (art. 255.1 LRLEP). Se trata de un nuevo modo de extinción de las obligaciones, y la duda que surge aquí es si la empresa deudora solidaria no paga total o parcialmente el crédito, ¿podría el acreedor demandar a otro codeudor solidario o debe entenderse extinguida la obligación para todos? Pensamos que desde la óptica civil y concursal estamos ante una excepción personal que no puede ser opuesta por los codeudores solidarios del deudor liquidado; en este sentido, puede señalarse que la cesión de bienes es claramente una excepción personal por lo que también lo será la liquidación concursal, máxime si se trata de una norma de excepción que no puede interpretarse extensivamente.

Ahora bien, pagada la deuda por otro codeudor solidario no podría subrogarse en las acciones del acreedor en contra del deudor que fue liquidado concursalmente ni procedería el reembolso, aunque sí la insolvencia de éste debería gravar a los demás. Lo mismo debe aplicarse al procedimiento concursal de liquidación de la persona deudora ya que se aplica la misma causal de extinción (arts. 281 y 285 LRLEP).

b.2) Efectos secundarios. Otros modos de extinción

222 Los efectos secundarios son una consecuencia de la conexión de los vínculos de los deudores que permite que se hable de una sola obligación. En primer lugar,

debe señalarse que así como el pago de uno libera a los demás, ello también se produce con los demás modos de extinción.

La *dación en pago* producirá los mismos efectos del pago siempre que el acreedor acepte que se le pague con una cosa diversa de la debida, sin perjuicio de que la obligación renazca como solidaria si el objeto entregado es evicto.

Respecto de la *novación* se dispone que "la novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros", con la excepción de que los otros deudores solidarios consienten en la nueva obligación resultante de la novación: "a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida" (art. 1519 CC). La misma regla se repite en materia de novación: "La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios, que no han accedido a ella" (art. 1645 CC), lo que se extiende a la reserva de la prendas e hipotecas, de modo que estas se extinguen si se trata de otros codeudores solidarios que no hayan accedido expresamente a la reserva (art. 1643.2 CC). Por la misma razón si sólo es exigible la pena se entiende que hay novación desde que el acreedor exige la pena y quedarán liberados los deudores solidarios que sólo consintieron en la obligación principal y no en la cláusula penal (art. 1647 CC). Por cierto, la novación puede sujetarse a la condición de que accedan los codeudores solidarios y, en tal caso, si no acceden no habrá novación (art. 1651 CC).

La *remisión* de la deuda puede ser total o parcial: si es total se extingue la deuda, si la condonación es relativa a la parte del deudor demandado, la deuda sólo se extingue en esa parte y el acreedor puede demandar por el total deducida la cuota condonada a cualquiera de los demás codeudores solidarios: "Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1514, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda" (art. 1518 CC). Se ha señalado que no habría obstáculos para que el acreedor demandara al mismo deudor remitido aunque con descuento de su cuota, y en realidad el texto literal favorece esa lectura, pero no parece ser éste el espíritu de la norma ya que en tal caso el acreedor estaría yendo contra sus propios actos.

Para la *compensación* se señala que sólo si el demandado es el deudor solidario que tiene un crédito compensable contra el acreedor, puede oponer esta excepción y se extinguirá el crédito total o parcialmente por este modo de extingunir. En cambio los demás deudores solidarios no pueden oponer esa excepción si el deudor que es titular del crédito no se los ha cedido. Se dispone que el deudor solidario demandado "no puede oponer por vía de compensación el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho" (art. 1520.2 CC). Por cierto, si ya ha operado la compensación y se extingue la deuda de manera total no podrá cobrarse el crédito de los otros deudores solidarios, y si se ha extinguido parcialmente sólo procederá que el acreedor persiga el saldo no compensado respecto de los otros codeudores.

La *confusión* que se produce entre el acreedor y uno de los deudores solidarios extingue la obligación (por ejemplo, si el deudor solidario es único heredero del

acreedor), pero el deudor por el que se ha confundido la deuda tiene derecho a que los demás le reembolsen su cuota: "Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda" (art. 1668.1 CC).

Respecto de la *pérdida de la cosa debida* o más generalmente imposibilidad de cumplimiento, si ella se produce por caso fortuito sin que haya mora, se extinguirá la obligación. En cambio si la pérdida se ocasiona por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, se mantiene la solidaridad para el valor de la cosa pero la indemnización de perjuicios debe demandarse al deudor culpable o moroso: "Si la cosa perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpable o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso" (art. 1521 CC). Se discute qué sucede sin son dos o más los deudores culpables o que están en mora. Nos parece que en tal caso se daría la indivisibilidad de pago a que se refiere el Nº 3 del art. 1526 del Código, y que luego veremos.

La *transacción* con uno de los deudores solidarios no afecta a los demás, pero si en la transacción se pacta una novación esta novación liberta a los demás deudores, salvo que estos accedan a la nueva obligación (art. 2461.2 CC).

b.3) Efectos secundarios: limitación de la responsabilidad

223 En algunos casos, la obligación de los deudores solidarios para con el acreedor no se extingue pero se limita a lo originalmente convenido o incluso a menos de lo convenido. De esta manera si se pacta que se añada o se quite una especie, género o cantidad a la primera obligación, no hay novación pero los codeudores solidarios o subsidiarios sólo son obligados hasta concurrencia de lo que ambas obligaciones convienen (art. 1646 CC).

De esta manera, si se aumenta la obligación los deudores solidarios sólo podrán ser demandados por lo originalmente pactado y no responderán por la ampliación; en cambio, si se disminuye la obligación los deudores solidarios se verán favorecidos ya que sólo podrán ser exigidos por la parte en lo "ambas obligaciones convienen", es decir, únicamente hasta el monto reducido por la nueva convención.

La mutación del lugar del cumplimiento de la obligación convenida por uno de los deudores solidarios con el acreedor, no extingue la responsabilidad de los codeudores solidarios, pero sin que ello signifique aumentar la responsabilidad de estos: "La simple mutación de lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen" (art. 1648 CC).

La ampliación o reducción del plazo no constituyen novación, pero nuevamente puede repercutir en codeudores o terceros garantes. El Código señala que si se

reduce el plazo "no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado" (art. 1650 CC).

Si el plazo, en cambio, es prorrogado, es decir, se amplía el plazo entre uno de los deudores solidarios y el acreedor, el Código nada dice sobre las codeudores solidarios, y se refiere sólo a los terceros garantes, incluyendo al fiador: "La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación" (art. 1649 CC).

Se ha discutido si esta ampliación beneficia o no a los codeudores solidarios, ya que es muy llamativo que las reglas más cercanas incluyan a los deudores solidarios y esta norma no. Algunos piensan que debe aplicarse el mismo espíritu y por lo tanto los deudores solidarios quedarían liberados; otros piensan que no podrían ser demandados sino una vez vencido el término prorrogado. Por nuestra parte, pensamos que es muy significativo que no se incluya a los deudores solidarios en la norma, por lo que hemos de considerar que la ampliación del plazo les es inoponible y no podrán oponer esa prórroga si se les demanda en el plazo originalmente convenido.

b.4) Efectos secundarios. Incumplimiento y fianza

224 En principio frente al incumplimiento de un deudor, el acreedor puede demandar su *ejecución forzosa* a ese deudor o a otro que debe pagar el total. El problema que se plantea es si la *constitución en mora* de uno de los deudores implica la mora de los demás, es decir, si se trata de un efecto secundario que se propaga al resto. Esto tiene importancia ya que si uno de los deudores está en mora los demás también lo estarían y por tanto podría cobrarse la indemnización de perjuicios por la mora, que en caso de tratarse de una obligación dineraria correspondería a los intereses.

La doctrina general piensa que la mora de uno de los deudores se propaga a los demás, pero quizás una solución más justa y razonable sea la que da el art. 1521 del Código, en el sentido de que la solidaridad se mantiene en la deuda misma, pero la indemnización de los perjuicios moratorios sólo puede cobrarse al deudor que está constituido en mora, y no a los demás.

Se señala igualmente que si estamos ante un contrato bilateral y uno de los deudores incumple, el acreedor podría demandar la *resolución del contrato* a cualquiera de los deudores solidarios. Nos parece que la cuestión no es tan simple, ya que si bien el incumplimiento de uno puede ser atribuido a todos, la acción resolutoria debiera interponerse en contra de todos los deudores solidarios porque todos ellos son parte del contrato, y no existe a este respecto una norma que permita demandar a una parte y no a otra como sí sucede con la acción de nulidad (art. 1690 CC); es decir, se genera aquí un litis consorcio pasivo necesario.

La *excepción de contrato no cumplido* puede ser invocada tanto por el acreedor como por cualquiera de los deudores. El acreedor puede interponerla si es demandado por uno de los codeudores solidarios si no se le ha cumplido con el crédito. Cualquiera de los deudores puede interponer esa excepción si demanda el acreedor que no ha cumplido con el contrato que es fuente de la obligación solidaria.

Si se demanda la indemnización de perjuicios parece que debe aplicarse el art. 1521 en el sentido de que si lo demandado es el valor de prestación (*aestimatio rei*) se mantendrá la solidaridad, mientras que si se reclaman los demás perjuicios sólo podrán demandarse de o los deudores que han incumplido con dolo o culpa. En todo caso, dada la carga de la prueba de la diligencia que recae sobre el deudor según el art. 1547 inciso 3º del Código, será necesario que los demás deudores demuestren que ellos se comportaron con el cuidado debido, de lo contrario todos serán calificados como culpables, y la obligación de indemnizar se convertirá en una obligación indivisible de pago, conforme con el art. 1526 Nº 3 del mismo Código.

Si alguno de los deudores incumplió dolosamente (o con culpa grave), se aplicará la misma solución: se mantiene la solidaridad sobre el valor de la cosa y por la indemnización de otros perjuicios deben responder sólo el o los deudores que actuaron con dolo o culpa grave ahora por una obligación indivisible de pago (art. 1526.3º CC). No propagándose los efectos del dolo a los demás sólo respecto del o los que actuaron con dolo (no con culpa grave) procederá la responsabilidad por perjuicios imprevisibles a la época del contrato (art. 1558.1 CC).

Frente al incumplimiento es posible que se haya estipulado una *cláusula penal*, ya sea compensatoria o moratoria. Digamos primeramente que si la pena es una obligación de hacer o no hacer, será una obligación indivisible y por tanto podrá demandarse a cualquiera de los deudores. Pero si se trata de una obligación de dar lo normal será que sea divisible. No hay norma expresa que solucione este problema, como sí lo hay para la cláusula penal de obligaciones indivisibles (art. 1540 CC).

De allí que surjan diversas teorías: algunos autores sostienen que como la cláusula penal es una obligación accesoria debe aplicarse el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que si la obligación principal era solidaria también lo será la cláusula penal. Para otros, debe aplicarse por analogía el art. 1521 de modo que sólo el deudor que incumple por culpa es obligado a la pena y no el resto de los deudores. Hay quienes piensan que debe aplicarse la misma solución que para las obligaciones indivisibles en el sentido de que, si la pena es divisible y no se ha pactado lo contrario, la pena se divide entre los herederos del deudor en conformidad a sus cuotas (art. 1540.1). Finalmente, hay quienes piensan que la pena compensatoria puede pedirse por el total a cualquiera de los deudores, ya que el art. 1537 señala que constituido el deudor en mora el acreedor puede pedir o la obligación principal o la pena, mientras que para la pena moratoria debería aplicarse analógicamente el art. 1521 por lo que sólo el deudor moroso incurrirá en la pena.

Estimamos que debe distinguirse si se pactó solidaridad o no para la obligación penal, porque si se pactó para todos los deudores solidarios no hay duda en que se podrá pedir toda la pena, cualquiera sea su naturaleza a cualquiera de los deudores. Si no se pactó, no debiera aplicarse analógicamente el art. 1540 porque éste se pone en el caso en que fallece el deudor de la obligación indivisible y deja varios herederos, lo que no se ajusta a la situación de la cláusula penal de la obligación solidaria.

Habría que aplicar por analogía el art. 1521, pero distinguiendo la naturaleza de la pena. Si la pena es compensatoria sustitutiva de la prestación ella equivale al precio de la cosa por lo que se mantendrá la solidaridad para la pena. Pero si la cláusula penal es compensatoria de los perjuicios conexos o de los perjuicios moratorios, o es exclusivamente punitiva porque permite acumular la pena compensatoria con el cumplimiento o con la indemnización ordinaria de perjuicios, sólo podrá cobrarse la cláusula penal del deudor que incumplió con dolo o culpa (incluida la mora entendida como retardo culpable). Dado que del incumplimiento se presume la culpa, si los demás deudores no prueban que actuaron con la debida diligencia se considerará que todos han incurrido en alguna de estas penas.

El Código se pone en el caso de que uno de varios deudores solidarios haya otorgado fianza, es decir, que un tercero lo haya afianzado. En tal caso, se señala que si el fiador es demandado tiene derecho a excutir no sólo los bienes del deudor solidario afianzado sino de los demás: "Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno de ellos ha dado fianza, el fiador reconvenido tendrá derecho para que se excutan no sólo los bienes de este deudor, sino de sus codeudores" (art. 2362 CC). Se entiende la lógica de esta disposición ya que el acreedor antes del fiador debiera recurrir al resto de los codeudores solidarios.

b.5) Efectos secundarios: prescripción extintiva

225 Se aplicarán las reglas generales para la prescripción extintiva, aunque como es posible que los deudores estén sujetos a distintas modalidades, los plazos pueden contarse desde distintas fechas según la exigibilidad de la obligación para ese deudor.

Si la o las prescripciones ya han comenzado a correr, la interrupción de una de ellas perjudica a los demás deudores solidarios. Así se desprende de la norma del Código que señala "La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516" (art. 2519 CC). *A contrario sensu*, si existe solidaridad pasiva y ella no ha sido renunciada, la interrupción que obra en perjuicio de uno de varios codeudores perjudica al resto, es decir, se considera que también se ha interrumpido la prescripción respecto de ellos.

Este es una manifestación de la unidad de la obligación, y de la llamada propagación de los efectos secundarios.

La norma se aplica tanto a la interrupción civil como a la natural. Basta que se demande a uno de los deudores para que se entienda interrumpida la prescripción respecto de todos (interrupción civil) y es suficiente que uno de ellos reconozca la deuda expresa o tácitamente para que se entienda interrumpida la prescripción respecto de los demás (interrupción natural) (cfr. art. 2518 CC). Si se trata de prescripciones de corto tiempo reguladas en los arts. 2521 y siguientes del Código Civil, se aplicarán las formas de interrupción de la prescripción que se mencionan en el art. 2523 del Código Civil, y el efecto de que interrumpida la prescripción de corto tiempo da lugar a la prescripción general del art. 2515.

Lo anterior tiene una importante excepción tratándose de la prescripción de las acciones que surgen para cobrar una letra de cambio o pagaré, ya que la ley dispone que "la prescripción se interrumpe sólo respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución" (art. 100.1 LLCP), así como que "se interrumpe, también, respecto del obligado que ha reconocido expresa o tácitamente su calidad de tal" (art. 100.3 LLCP). Es decir, la interrupción civil y natural sólo afectan al librador, aceptante, avalista o endosante que haya sido notificado o que haya reconocido su obligación, sin que los demás sean perjudicados por ella.

En cambio nada dice el Código sobre la *renuncia a la prescripción* cumplida ni sobre la suspensión de la prescripción. Respecto de la renuncia, hay consenso en que la renuncia hecha por uno de los deudores no impide alegar la prescripción por los demás que no han renunciado, ya que no hay norma expresa que extienda los efectos de ese acto individual de uno de los deudores, siendo la renuncia un acto personalísimo y dado que se permite al fiador alegar la prescripción contra el acreedor aunque el deudor principal la haya renunciado (art. 2496 CC).

Más controvertida es la cuestión de la *suspensión de la prescripción*. La prescripción ordinaria se suspende, es decir, no corre el plazo para favorecer a ciertas personas: incapaces, mujer casada en sociedad conyugal, herencia yacente (arts. 2059 y 2520 CC). Se pregunta entonces si el acreedor es una persona que cuenta con este beneficio pero respecto de uno de los deudores y no de todos, por ejemplo, si la mujer acreedora es casada en sociedad conyugal con uno de los deudores solidarios o el acreedor es un menor sujeto a patria potestad que herederó el crédito solidario.

Según algunos autores aquí la suspensión debe aplicarse para todos los deudores, ya que no sería justo que los deudores respecto de los cuales el acreedor no puede alegar el beneficio de la suspensión se vieran liberados por la prescripción mientras que el deudor que sí debe soportar la suspensión no viera extinguida la deuda. De manera que si se suspende para unos deberá suspenderse para todos siguiendo la misma regla que para la interrupción.

b.6) Efectos secundarios: excepciones que puede oponer el deudor

226 Deben distinguirse las excepciones dilatorias, que se refieren a la conformación del proceso, de aquellas perentorias que se dirigen a neutralizar la acción interpuesta por medio de la demanda. Respecto de las dilatorias cualquier deudor solidario puede oponerlas en contra del acreedor, aunque la de litis pendencia referida a un juicio contra otro deudor solidario no sea procedente por falta de identidad de personas.

Se ha discutido sobre la posibilidad de alegar la incompetencia del tribunal cuando otro deudor ha consentido expresa o tácitamente en la prórroga de la competencia. En algunos fallos de tribunales, si bien antiguos, se señala que la prórroga de la competencia consentida por uno de los deudores afecta a todos los demás. Pero la ley no establece esto y sólo se podría llegar a ello asumiendo que hay un mandato tácito entre los deudores, lo que ya hemos rechazado. Por ello, no siendo este un efecto secundario que se propague por disposición de la ley a los demás codeudores, hemos de concluir que la prórroga de la competencia consentida por uno de los deudores no impide a otro interponer la excepción dilatoria de incompetencia del tribunal.

Sobre las excepciones perentorias, la regla aparece en el Código Civil: "El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas" (art. 1520.1 CC).

La doctrina tomando pie de esta regla ha dividido las excepciones en reales (las que se refieren a la naturaleza de la obligación), personales (las que se refieren a la persona del deudor demandado) y mixtas (las que son reales y personales a la vez).

Las *excepciones reales* que todo deudor solidario puede oponer al acreedor son aquellas que son inherentes al crédito o deuda sin atender a las características personales del deudor. Estas excepciones son hechos impeditivos o extintivos de la obligación; así la nulidad de pleno derecho o la nulidad absoluta pueden oponerse por cualquier deudor, porque ambas pueden alegarse por todo interesado; pero si se trata de nulidad absoluta quedará excluido el deudor que ha sido parte del contrato y que ha sabido o debido saber el vicio que invalidaba el contrato. Como hecho impeditivo puede alegarse también una modalidad que sea común a los deudores como un plazo que suspende el total de la obligación o la excepción de contrato no cumplido. La mayoría de las excepciones reales se refieren a hechos extintivos: así si la obligación ya fue pagada total o parcialmente, si fue novada, si ya ha prescrito para todos, si se hizo imposible de manera fortuita (pérdida fortuita de la cosa).

Respecto de la prescripción, como puede haber modalidades diversas para cada deudor solidario, bien puede que la prescripción esté cumplida para uno de ellos y pendiente para otros. Si el acreedor demanda a estos últimos, ¿podrían oponer la excepción de prescripción? Algunos sostienen que sí ya que se trataría

de una excepción real, otros señalan que no es así y juzgan que, por analogía con la remisión, debe descontarse la cuota del deudor que podía alegar la prescripción. Pensamos que en este caso se trata de una excepción personal por lo que no procede que se oponga por otros deudores respecto de los cuales la obligación sigue siendo exigible, ni siquiera con descuento de la cuota del deudor que sí podría alegar la prescripción. Si el acreedor demanda a este deudor y se declara la prescripción, entonces la cuestión se presenta como excepción de cosa juzgada que ya analizaremos.

La cuestión de si la cosa juzgada de una sentencia dictada en un juicio con otro codeudor es excepción real y con qué límites, la veremos más adelante[22].

Son *excepciones personales* que sólo pueden oponerse por el deudor solidario para el que se cumplen los requisitos para oponer esa excepción, la nulidad relativa de la obligación (sólo puede oponerla el que es beneficiado con ella, es decir, el incapaz o el que sufrió el vicio del consentimiento), la modalidad (plazo, condición) que beneficia a uno de los deudores y no a todos, el beneficio de competencia (art. 1625 CC), la transacción celebrada por uno de los deudores siempre que no implique novación (art. 2461 CC). Se menciona también la cesión de bienes (arts. 1614 y ss.), pero después de aprobada la nueva ley concursal (ley Nº 20.720, de 2014), esta institución ha quedado sin procedimiento judicial que la haga practicable[23]. Siendo excepciones personales ellas pueden concurrir en varios deudores e incluso respecto de todos, caso en el cual cualquiera podrá oponerlas.

Se discute si la obligación es declarada nula relativamente en beneficio de un deudor si los demás podrían reducir su cuota. Con la mayoría de los autores nos parece que los demás responden por el total ya que esa es la esencia de la solidaridad; luego en las relaciones internas (contribución a la deuda) se tendrá al deudor favorecido por la nulidad relativa como insolvente y su cuota se distribuirá entre los demás (art. 1522.3 CC).

La doctrina ha creado las llamadas *excepciones mixtas* porque en parte funcionan como personales y en parte como reales. Se mencionan como tales la remisión parcial y la compensación. La remisión hecha por el acreedor a uno de los deudores es excepción personal ya que, en principio, la puede deducir sólo el deudor condonado o remitido, pero es considerada real ya que una vez hecha esta remisión los demás deudores pueden oponer la reducción de la cuota del deudor remitido (art. 1518 CC).

Sobre la compensación, se señala que un deudor solidario "no puede oponer por vía de compensación el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho" (art. 1520.2 CC). Se trata de una excepción personal que corresponde únicamente al deudor solidario que tiene un crédito contra el acreedor. Si el deudor demandado se hace dueño de ese crédito por cesión, ha pasado él a ser acreedor del acreedor y puede oponer la excepción

[22] Véase Nº 227.

[23] Vease Nº 305.

de compensación. Pero si la excepción de compensación ha sido opuesta en juicio por el deudor acreedor del acreedor solidario la obligación se extingue, total o parcialmente, y con ello la excepción pasa a ser real porque se equipara al pago.

En realidad estas excepciones son personales, sólo que en cuanto se entiende por ellas extinguida total o parcialmente la obligación, lo que el deudor hace es alegar esa extinción, y no propiamente la remisión o la compensación.

b.7) Cosa juzgada y obligación solidaria

227 El tema ha sido muy discutido y sin que se haya llegado a una solución de consenso. Para algunos la cosa juzgada es una excepción real ya que así la califica el art. 2354 del Código Civil respecto de las excepciones que puede oponer el fiador y señalan que habiendo unidad de obligación la sentencia en un juicio contra un deudor solidario produce cosa juzgada tanto en lo favorable como en lo adverso para los demás codeudores. Se entiende que concurre la triple identidad del art. 177 del Código de Procedimiento Civil, incluida la identidad de partes. En cambio, los que enfatizan la pluralidad de vínculos señalan que la sentencia que se dicte en un juicio anterior contra un deudor solidario nunca produce cosa juzgada ya que no habría identidad de partes, lo que es coherente con la improcedencia de la excepción de litis pendencia. No pueden faltar teoría intermedias: para algunos autores la eficacia de la cosa juzgada se produce si favorece a los deudores solidarios pero no si los perjudica; para otros depende si lo que se resolvió fue una excepción real, en que procederá la excepción de cosa juzgada, o una excepción personal, en que no procederá la señalada excepción (se añaden casos de colusión, falta o insuficiencia de defensa y agravamiento de la obligación); finalmente, en algunos fallos judiciales, se ha sostenido que la cosa juzgada sólo tiene eficacia extensiva en la solidaridad contractual y no en la legal.

Consideramos que para determinar los efectos de la cosa juzgada entre acreedor y deudores solidarios debemos distinguir la eficacia negativa, es decir, que no se puede volver a juzgar algo que ya se decidió en un juicio anterior con otro codeudor solidario, y la eficacia positiva, es decir que lo decidido en el juicio anterior puede servir para tener como resuelto algo que es necesario en el segundo juicio. El efecto positivo de la cosa juzgada, que suele llamarse efecto prejudicial o prejudicialidad, debe distinguirse de lo que se llama efecto reflejo y que consiste en que lo resuelto en un juicio anterior puede tenerse como un hecho acreditado si bien es posible probar en contrario.

La regla general es que una sentencia dictada contra uno de los codeudores solidarios no produce efecto de cosa juzgada ni negativo ni positivo ni reflejo en el juicio contra otro codeudor solidario. Pero a esta regla pueden reconocerse tres excepciones: dos del efecto negativo y una del efecto positivo. Los casos de efecto negativo son dos y se refieren a excepciones reales: si la sentencia rechaza una excepción real y luego es planteada en otro juicio por otro codeudor solidario, el acreedor podrá evitar que se discuta de nuevo sobre el tema mediante la excepción de cosa juzgada; si se dicta sentencia absolutoria que acoge una excepción real, y

el acreedor intenta una nueva acción en contra de otro deudor, éste podrá oponer la excepción de cosa juzgada para evitar que se vuelva a discutir el tema.

La excepción relativa al efecto positivo o prejudicial es si se ha declarado en juicio penal o civil la existencia y el monto de la obligación principal por la que un tercero es considerado por la ley como deudor solidario, esa sentencia puede ser utilizada por el acreedor para demandar a este último, en la medida en que la solidaridad no sea discutida. En estricto rigor, en este caso debe considerarse que se trata de un efecto reflejo por lo que el codeudor que no ha participado en el proceso podría cuestionar tanto la solidaridad como la existencia de la deuda, para así evitar que sea perjudicado por una posible colusión del primer proceso.

Existe otra excepción a la regla general pero que se explicará al tratar las relaciones internas entre codeudores solidarios (contribución a la deuda)[24].

c) Efectos entre los codeudores: contribución a la deuda

c.1) Explicación general

228 Una vez extinguida la obligación para con el acreedor, deben considerarse los efectos internos que se producen entre los codeudores solidarios, que, en general, se conoce como contribución a la deuda.

Hay que tener en cuenta que si la extinción se produjo sin un sacrificio económico de algún deudor, como si la obligación fue declarada nula o se extinguió por pérdida fortuita de la cosa debida, prescripción, remisión total, no se generan efectos entre los deudores ya que ninguno de ellos puede pedir nada a los otros, dado que nada tuvo que gastar en la extinción de la obligación.

Por ello, los efectos internos se producen únicamente cuando uno de los codeudores solidarios pagó la deuda, o la extinguió por algún modo de extinción que implicó una pérdida patrimonial. Así el Código señala que el pago por subrogación se da cuando "El deudor solidario [...] ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago..." (art. 1522.1 CC).

Son medios equivalentes al pago los que satisfacen el interés del acreedor en la deuda, como la dación en pago, la compensación, la novación y la confusión.

c.2) Interés en el negocio y pago por deudor interesado

229 Si uno de los deudores pagó o extinguió la obligación mediante un sacrificio económico, debe distinguirse por el interés que se tenía en el negocio que originó la deuda; de modo que puede haber deudores interesados y deudores no interesados.

[24] Véase Nº 228 y ss.

La cuota de los deudores interesados se fija por el interés en el negocio, que puede haber sido estipulado expresamente (aunque no será lo corriente), por su prueba o, a falta de prueba, se entenderá que las cuotas son iguales.

Son deudores no interesados aquellos que no tienen interés en el negocio que origina la deuda y que concurrieron a la obligación sólo como garantes, ya sea por mera liberalidad o por otra causa que para estos efectos no tiene relevancia.

Si pagó un deudor interesado, se dispone que hay un pago con subrogación: el deudor que pagó "queda subrogado en la acción de acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda" (art. 1522.1 CC). Se trata de un pago con subrogación legal por así disponerlo el Código Civil en beneficio "Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente" (art. 1610.3º CC).

Como se ve, la solidaridad no se perpetúa; de modo que la subrogación sólo se produce respecto de la parte o cuota que tengan los demás deudores interesados. Por ello la norma del Código que dispone que "La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda" (art. 1612.1 CC), debe entenderse limitada a los casos en los que paga un deudor no interesado que es considerado fiador (art. 1522.2 CC). Del mismo modo si paga un tercero que no es deudor solidario en alguno de los casos de subrogación legal (art. 1610 CC), el tercero se subrogará en el crédito con la misma solidaridad original.

Se ha preguntado si el deudor interesado que paga podría demandar por el total en caso de pago con subrogación convencional. La doctrina, en general, piensa que no y que la deuda se dividirá según las cuotas de cada deudor. No obstante, el hecho de que el pago con subrogación convencional se rija por las reglas de la cesión de créditos (art. 1611 CC) parece indicar que sí es posible mediante esta subrogación que el deudor que paga se subrogue también en la solidaridad y pueda demandar a cada uno de los deudores por el total, por cierto descontando su cuota, para que evitar que la solidaridad se eternice.

Se ha señalado que si se sigue la teoría del mandato recíproco habría acción personal de reembolso del mandatario por los gastos realizados en ejecución del encargo (art. 2518.2º CC). Como hemos ya rechazado que exista este mandato, no podemos admitir que se dé esta acción ahora, pero sí debe concluirse que existen una acción personal de reembolso, como la que se reconoce al fiador (art. 2370 CC), ya que si incluso un tercero que paga sin conocimiento del deudor tiene derecho al reembolso de lo pagado (art. 1573 CC), con mayor razón lo tendrá el codeudor solidario que paga.

Si el codeudor que pagó lo hizo sólo hasta el monto de su cuota en la deuda, no tiene derecho ni a la subrogación ni al reembolso de lo pagado; y si pagó más de la

cuota que le correspondía pero no toda la deuda, podrá subrogarse o pedir el reembolso a los demás deudores interesados en lo que pagó en exceso de su cuota.

Los endosantes que pagan una letra de cambio o pagaré tienen acción cambiaria de reembolso en contra del aceptante o librador o endosantes anteriores. Los avalistas pueden ejercer esa misma acción en contra de la persona a la que avalaron y contra los que firmaron la letra o pagaré siempre que la persona avalada haya tenido acción cambiaria de reembolso. En este caso, y pese a ser deudores solidarios la ley les concede una acción por el total, es decir, los trata como deudores no interesados (art. 82 LLCP).

c.3) La situación de los deudores no interesados

230 Se trata de la solidaridad en función de garantía. El Código señala que estos deudores solidarios que actúan únicamente como garantes, si bien son responsables por el total frente al acreedor, en las relaciones internas se les debe considerar como fiadores: "Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores" (art. 1522.2 CC).

De esta manera, si el deudor solidario garante paga el total de la deuda se subroga contra los otros deudores por el total y de modo solidario, como se deduce de que no se disponga en este caso que la deuda se divide por cuotas y de lo que se dispone respecto del fiador que afianza a varios deudores solidarios (art. 2372.1 CC).

Se pregunta qué sucede si hay varios deudores solidarios no interesados y paga uno de ellos ¿podría subrogarse o pedir reembolso de los demás deudores no interesados? Nos parece que así debiera ser por aplicación de las reglas de la cofianza, ya que los deudores solidarios no interesados deben entenderse cofiadores y al pagar la deuda están pagando más de lo que les corresponde, aplicándose así la norma del Código que dispone: "El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores" (art. 2378 CC). Se trata, además, de una solución más equitativa, ya que es posible que el o los deudores interesados no sean solventes o haya dificultades para cobrarles lo que les corresponde en la deuda.

Si paga un deudor interesado (sea el único o sean varios) no se subroga ni tiene acción de reembolso contra el deudor solidario garante, ya que si paga el deudor principal el fiador se libera de responsabilidad.

c.4) Insolvencia de un codeudor

231 A diferencia de las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas, la insolvencia de un deudor solidario grava, en las relaciones internas, a los demás deudores solidarios: "La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad" (art. 1522.3 CC).

La regla, como se ve, incluye al deudor respecto de los cuales el acreedor ha renunciado a la solidaridad, porque esta renuncia no puede perjudicar a los demás deudores. En cambio, no incluye al deudor solidario garante o no interesado ya que éste no tiene cuota o parte en la deuda, por lo que no procedería que se repartiera la cuota del insolvente a prorrata de su cuota o parte.

Se discute si esta distribución proporcional de la cuota del insolvente debe incluir al deudor al que el acreedor ha remitido su parte en la deuda. Para algunos la intención del acreedor es que no deba pagar nada por la deuda, por lo que no podría ser obligado a soportar parte de la cuota del insolvente. Según otra opinión, el deudor remitido no aparece expresamente excluido por lo que debe concurrir a soportar la cuota del insolvente. Por nuestra parte, pensamos que esta última razón es más ajustada al texto legal, ya que lo único que se dispone para la remisión de un deudor es que su cuota se descuente al momento del pago por otro deudor (art. 1518 CC), por lo que tampoco contribuirá en las relaciones internas, pero si se trata de la cuota de un insolvente debe concurrir a soportarla junto con los demás codeudores sin que la remisión que lo favorece pueda perjudicar a estos últimos.

c.5) Pago con subrogación, cosa juzgada y juicio ejecutivo

232 Si el deudor que paga al acreedor solidario ejerce la acción subrogatoria, evidentemente podrá demandar a sus codeudores sobre la base del mismo título ejecutivo que tenía el acreedor, y si se trata de una sentencia judicial podrá utilizarse dicha sentencia como título. Le bastará acreditar que ha pagado la deuda acompañando el recibo o el documento que dé constancia del pago, con lo que procederá un título ejecutivo compuesto. Se podría argumentar que la deuda no es líquida ya que se hace necesario determinar si había interés en la deuda y el monto de la cuota o parte que tienen los demandados en la obligación. Pero ello no sucederá si el mismo título aclara cuál es la parte de la deuda que corresponde a los deudores solidarios o incluso si no hay prueba en contrario porque se presume que se trata de partes iguales.

El o los demandados en el juicio ejecutivo podrán poner como excepción que el título ejecutivo no los alcanza ya sea porque no tienen interés en la deuda o porque se les cobra una cuota superior a la que les corresponde y se alegará la falta de fuerza ejecutiva del título respecto del total o la parte de la deuda que excede lo que se alega les correspondería (art. 464.7º CPC). Al plantear esta excepción, deberá probarse en el período probatorio respectivo que no tenían interés o que el interés es inferior a la parte por la que se les demanda, ya que en principio debe presumirse que están interesados y que ese interés se distribuye por partes iguales.

Si lo que se ejerce es la acción personal de reembolso deberá incoarse un procedimiento declarativo, y aquí el deudor que pagó podrá alegar la sentencia del juicio ejecutivo que le obligó a pagar, con lo que se alegará la cosa juzgada en sus efectos positivos.

d) Extinción de la solidaridad pasiva

233 Se suelen mencionar como causales de extinción de la solidaridad, aunque no de la obligación, la renuncia a la solidaridad y la muerte de uno de los deudores solidarios. Como estas causales operan tanto para la solidaridad activa como pasiva preferimos estudiar la renuncia a la solidaridad de ambas, y en la transferencia o transmisión del crédito o deuda solidaria.

Se puede agregar que se extingue la solidaridad cuando paga uno de los deudores interesados que si bien se subroga en el derecho del acreedor lo hace sin la solidaridad y sólo por la cuota o parte en la deuda de los demás deudores solidarios. Si paga el único interesado, no sólo se extingue la solidaridad, sino también la deuda.

4. La renuncia a la solidaridad

a) Causa de extinción

234 La renuncia a la solidaridad es regulada por el Código Civil sólo respecto de la solidaridad pasiva es decir, cuando hay un acreedor y varios deudores solidarios.

No se trata de que se extinga la deuda, sino que lo que se extingue es su carácter de solidaria, por lo que la obligación se convierte en mancomunada o simplemente conjunta, ya sea total o parcialmente.

Podría señalarse que estamos ante una aplicación de la regla que permite la renunciabilidad de los derechos (art. 12 CC), por lo que, aunque la solidaridad no es propiamente un derecho, sí da derecho a cobrar el total a cada uno de los deudores: se renuncia, pues, a esa facultad.

Se trata de un acto jurídico unilateral, no recepticio e irrevocable. Si la renuncia es expresa, es consensual, pero como se trata de un acto jurídico, si se refiere a una obligación de más de dos unidades tributarias, deberá consignarse por escrito (art. 1709 CC).

b) Clases de renuncia

235 La renuncia a la solidaridad puede ser total, si afecta a todos los deudores solidarios, o parcial, si se refiere sólo a algunos de los deudores solidarios. Además, la renuncia puede ser expresa o tácita. A ambas formas de renuncia se refiere el Código: "El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos" (art. 1516.1 CC).

La renuncia expresa puede ser total o parcial; la tácita también puede ser total o parcial, aunque el Código se refiere a la renuncia tácita parcial: "La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos" (art. 1516.2 CC).

Hay renuncia tácita parcial si el acreedor exige o recibe el pago de la parte o cuota de uno de los deudores, si así se expresa en la demanda o en la carta de pago (recibo) y sin que haga reserva de la solidaridad o reserva general de sus derechos. Si no se cumplen estos requisitos no habrá renuncia tácita a la solidaridad ni siquiera respecto de este deudor al que se exige el pago o que se le reconoce el pago aunque lo exigido o lo pagado corresponda a la cuota o parte del deudor en la deuda, de modo que más adelante el acreedor podrá perseguirlo por el saldo que quede sin pagar de la deuda.

La renuncia parcial puede ser expresa si se señala de manera explícita que es la voluntad del acreedor no cobrar el total de ese deudor solidario sino sólo su cuota o que se desea renunciar a la solidaridad respecto de ese deudor.

La renuncia total está contemplada en el Código de la siguiente manera: "Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda" (art. 1516.4 CC). Algunos autores piensan que esta renuncia sólo puede ser expresa, pero no se ve por qué no podría ese consentimiento deducirse de los actos del acreedor, como por ejemplo si demanda a todos los deudores pero sólo por su parte o cuota en la deuda sin hacer reserva de la solidaridad.

c) Efectos

236 La renuncia total transforma la deuda en simplemente conjunta y cada deudor sólo va a ser responsable de su parte o cuota en la deuda. Esta parte o cuota se determinará por lo estipulado, por el interés en el negocio, y a falta de otra determinación debe presumirse que es por partes iguales. Si se trata de un fiador solidario (o el que se obliga como fiador y codeudor solidario), este no responderá y la deuda se dividirá entre los demás.

La renuncia parcial que se refiere a uno de los deudores, deja subsistente la solidaridad sobre el monto de la deuda descontando lo que haya pagado dicho deudor. Así lo dispone el Código: "Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad" (art. 1516.3 CC).

Así, por ejemplo, si se trata de tres deudores solidarios que deben 6 millones de pesos, y el acreedor renuncia a la solidaridad para uno de ellos y acepta el pago de la cuota de ese deudor, es decir, 2 millones, la deuda para los restantes deudores sigue siendo solidaria, pero el monto habrá sido reducido a 4 millones de pesos, por lo que el acreedor podrá demandar a cualquiera de los dos restantes deudores el total de 4 millones de pesos.

Si se trata de sólo dos deudores solidarios, y se renuncia a la solidaridad respecto de uno de ellos, la deuda pasará a ser de deudor único por el monto que quede después de haber pagado su parte el deudor en cuyo beneficio se renunció la solidaridad.

d) Solidaridad de una pensión periódica

237 La renuncia a la solidaridad de una deuda que incluye pagos periódicos debe entenderse sólo para los cuotas devengadas pero no para las futuras. Es una norma que aclara el alcance de esta renuncia: "La renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa" (art. 1517 CC).

Se observa, así, que si el acreedor desea renunciar a la solidaridad de los pagos futuros debe declararlo de manera expresa. A falta de esa declaración, la renuncia se entenderá hecha sólo para las cuotas devengadas.

e) ¿Es renunciable la solidaridad activa?

238 El Código Civil no señala que la solidaridad activa pueda ser renunciable ni cuáles serían los efectos de esa renuncia. El caso sería el siguiente hay tres acreedores que pueden demandar solidariamente 3 millones de pesos a un deudor, es decir, cada acreedor puede cobrar los 3 millones; pero ¿es posible que uno de ellos renuncie a la solidaridad de manera que cada acreedor sólo puede demandar lo que corresponde a su cuota, es decir, solamente 1 millón de pesos?

Dado que el Código asume en estos casos la teoría romana, es decir, se considera a cada acreedor como dueño del crédito y con facultades para disponer de él e incluso puede remitirlo completamente, según la mayoría de los autores no habría problemas para admitir que un acreedor pueda consentir en que se divida la deuda ya sea parcial o totalmente, siempre que otro acreedor no haya demandado antes al deudor (cfr. art. 1513 CC). Pero esta renuncia debiera ser expresa, es decir, no bastaría que exija o reciba el pago de su cuota o parte en el crédito, ya que, al no estar contemplada esta renuncia tácita para la solidaridad activa, no podría aplicársele y habría que aplicar la regla general de que no puede presumirse que se renuncie a derechos o facultades por un comportamiento o conducta.

Sin embargo, nos parece que esto no es tan así porque en la condonación el acreedor que remite el crédito queda obligado a reembolsar su parte o cuota a los demás acreedores, mientras que en la renuncia a la solidaridad los acreedores no renunciantes sólo podrán perseguir su cuota ante el deudor y no ante el acreedor que renuncia. Pensamos que, a falta de regla expresa, debiera aplicarse el art. 12 del Código que exige para que puedan renunciarse los derechos que vayan en interés individual del renunciante, lo que claramente no sucede cuando se trata de solidaridad activa. Si esto es así entonces la renuncia sólo procederá por acuerdo de todos los acreedores y si sólo uno de ellos renuncia, los demás conservan el derecho a pedir el total del pago al deudor, aunque con deducción de la parte que el deudor haya pagado al acreedor renunciante. Por cierto, luego en las relaciones internas este acreedor que recibió el pago de su cuota o parte no tendrá derecho a que los demás acreedores le reembolsen dicha parte o cuota.

Si la renuncia, por acuerdo de los acreedores, es total el crédito se transformará en mancomunado, y cada acreedor sólo podrá exigir su parte o cuota en la deuda. En cambio si la renuncia es parcial (también por acuerdo de los acreedores), es

decir, sólo se refiere al acreedor renunciante, subsistirá la solidaridad sobre todo lo que el que renuncia no haya percibido del crédito, y los acreedores que no hayan renunciado podrán cobrar cada uno el total de lo no pagado al que ha hecho la renuncia.

5. Transferencia y transmisión de la obligación solidaria

a) Transferencia del crédito con solidaridad activa

239 No hay duda de que todos los acreedores solidarios pueden ceder el crédito a un tercero mediante las reglas que da el Código para ello (arts. 1901 y ss. CC). El problema es si uno de los acreedores solidarios puede ceder la totalidad del crédito sin acuerdo de los demás.

Por un lado, podría sostenerse que dado que el Código asume la teoría romana y que, por tanto, cada acreedor se entiende dueño del crédito, podría cederlo sin consultar a los demás. Además, se puede señalar que si un acreedor solidario puede novar el crédito sin acuerdo de los demás, con mayor razón podrá ceder el crédito ya que la cesión traspasa el crédito sin extinguirlo (cfr. art. 1513 CC). Todo esto se entiende siempre que otro acreedor no haya demandado antes al deudor.

En todo caso, el acreedor que cede el crédito a un tercero deberá pagar a los otros acreedores su parte o cuota en el crédito (cfr. art. 1668.2 CC).

b) Transferencia de la deuda con solidaridad pasiva

240 No parece haber duda de que el acreedor de la deuda solidaria puede transferir por las reglas de la cesión de créditos el crédito al que varios deudores se encuentran obligados solidariamente.

Así se desprende de la norma que dispone que "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas..." (art. 1906 CC). Si la solidaridad es una garantía, es lógico que se traspase también ella al cesionario.

No obstante, el acreedor cesionario deberá preocuparse de que todos los deudores solidarios acepten expresa o tácitamente la cesión o que todos sean notificados (art. 1902 CC), ya que si un deudor no acepta ni es notificado podría pagar la totalidad de la deuda al cedente y con ello extinguirla respecto de los demás (art. 1905 CC).

c) Transmisión del crédito con solidaridad activa

241 En caso de muerte de uno de los acreedores, la mayor parte de la doctrina sostiene que se aplicaría por analogía lo que dispone el Código Civil para la muerte de uno de los deudores solidarios (art. 1523 CC).

De esta manera, el crédito solidario se transmite por el total a los herederos, pero estos sólo pueden cobrar lo que corresponda a su cuota en la herencia. Esta solución es cuestionada básicamente porque no existe regla expresa en tal sentido

y porque los créditos no se dividirían automáticamente como las deudas sino que habría que esperar la partición, pero no es claro si lo que se propicia es que cada heredero puede demandar el total o si los herederos del acreedor fallecido deben actuar de consuno para cobrar el total.

Nos parece que en caso de que muera un acreedor solidario y deje varios herederos para pedir el total deben obrar conjuntamente, y a falta de acuerdo cada uno debe demandar lo que corresponde a su cuota en la herencia considerando el total del crédito, esto por aplicación analógica de la norma que aparece en los casos de la llamada indivisibilidad de pago: "los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas" (art. 1526.4º CC).

Es la misma solución que la doctrina propicia aplicando la norma de la solidaridad pasiva, pero que reconoce que si los herederos del acreedor obran de consuno pueden cobrar el total. Además, parece mucho más cercana a la solidaridad activa la norma de la indivisibilidad que se pone en el caso de muerte del acreedor.

d) Transmisión de la deuda con solidaridad pasiva

242 Se parte del supuesto de que se trata de una obligación transmisible *mortis causa*, ya que de lo contrario la obligación se extingue por la muerte del deudor. Aquí a diferencia de lo que sucede con la solidaridad activa, el Código Civil nos ha dado una regla expresa: "Los herederos de cada uno de los deudores solidarios son, entre todos, obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria" (art. 1523 CC).

De esta manera, la solidaridad no se extingue para los deudores que no han fallecido y el acreedor puede demandar a cada uno el total, pero si demanda al deudor fallecido y éste tiene varios herederos puede demandar por el total, pero ese total será dividido según las cuotas que cada heredero tenga la herencia (cfr. art. 1354 CC). Por eso se suele sostener que la muerte de uno de los deudores extingue la solidaridad, pero en realidad no la extingue ya que se sigue pudiendo demandar el total a cada uno de los deudores; lo que sucede es que si se demanda a la sucesión del deudor difunto la deuda se dividirá conforme a las cuotas de los herederos. Por ello, si se notifica a alguno de los demás deudores se tendrá por interrumpida la prescripción también respecto de la sucesión del causante y la notificación de todos los herederos del deudor fallecido producirá la interrupción de la prescripción de la obligación solidaria de los deudores solidarios no fallecidos. Si sólo se demanda y notifica a uno de los herederos, esa notificación no tendrá el mérito de interrumpir la prescripción de los demás herederos ni de los demás deudores.

En cualquier caso, si alguno o todos los herederos aceptan con beneficio de inventario limitarán su responsabilidad. También el acreedor podrá pedir el beneficio de separación para pagarse con los bienes que tenía el causante.

Se ha preguntado si es posible pactar que la solidaridad se transmita a los herederos, de manera que el acreedor pueda demandar el total de la obligación si uno de los deudores fallece y deja dos o más herederos. La doctrina piensa que esto es posible, en la medida en que no afecte las legítimas. Se pone como ejemplo la posibilidad de pactar solidaridad para los herederos en el caso de las deudas de las corporaciones para las cuales se dispone que "la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente" (art. 549.3 CC), pero en realidad lo que parece permitir la norma es que se transmita la obligación, y no que se transmita la solidaridad.

Por ello, pensamos que lo que cabe es establecer una indivisibilidad de pago conforme al art. 1526 Nº 4 del Código Civil que dispone que "Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento". Es cierto que también podría decirse que si se permite pactar indivisibilidad para la deuda en caso de muerte del deudor, con mayor razón podrá pactarse la solidaridad de los herederos.

6. Actuales tendencias

243 No nos referiremos a las tendencias en materia de solidaridad activa, dada su poca trascendencia en el tráfico. Pero sí hay un nuevo tratamiento de la obligación solidaria de deudores tanto en los instrumentos de armonización del derecho de los contratos, principalmente en los PECL (Principios Europeos de Derecho de los Contratos) y en los PICCC (Principios Unidroit), y también en propuestas de reformas a los Códigos Civiles y en reformas ya aprobadas.

En general, puede señalarse que, dada la nueva concepción de la obligación como una relación compleja, ya no es necesario recurrir a la teoría del mandato o representación tácitas y recíprocas para justificar la forma en que se propagan los efectos secundarios de un deudor a los demás, y que bien puede sostenerse que se trata de una sola obligación pero que está compuesta por vínculos jurídicos diversos que convergen en cada uno de los deudores.

El abandono de la tesis francesa del mandato ha permitido restringir fuertemente la llamada propagación de los efectos secundarios, ya sea en la mora, en la interrupción de la prescripción, en la culpa por incumplimiento, en las excepciones o defensas procesales, en el efecto de la cosa juzgada, y otros. Esta "dulcificación" de la solidaridad ha llevado a que se cambie la regla general por la de presunción de solidaridad cuando haya una deuda con varios deudores, a menos que conste intención contraria o la ley disponga lo contrario. Es lo que se ha dado en llamar "presunción de solidaridad", lo que ya se establecía en el Código Civil alemán (§ 427 *BGB*) y en el Código Civil italiano (art. 1294). En otros países como España, la jurisprudencia ha ido destruyendo la fuerza de la presunción de no solidaridad, bajo el pretexto de que existiría una intención implícita o tácita de solidaridad.

Como ya se habrá advertido, en nuestro análisis hemos optado por rechazar la teoría francesa y acogernos a la nueva concepción de la obligación como relación compleja y la obligación solidaria como una obligación unitaria aunque con pluralidad de vínculos. Por ello hemos tratado de negar que la propagación de los efectos secundarios se produzca en casos en los que no hay un respaldo normativo (mora, cosa juzgada, prórroga de la competencia, etc.), y sólo mantenemos dicha propagación cuando existe norma expresa como en el caso de la interrupción de la prescripción (art. 2519 CC).

No somos partidarios, en cambio, de cambiar la regla general de la no solidaridad, ya que puede dar pie para abusos por parte de acreedores sobre todo en materia de derecho del consumidor. Siendo la solidaridad una garantía debiera exigir siempre pacto expreso. De hecho la reforma francesa del derecho de los contratos (Ordenanza 2016-131, de 10 de febrero de 2016) mantuvo la exigencia de que la solidaridad se pacte de manera expresa (art. 1310) y el mismo criterio se adoptó en el Código Civil y Comercial argentino (art. 828).

Igualmente, se ha desarrollado jurisprudencialmente la idea de que ciertas obligaciones pueden ser por el total pero sin que se produzcan los efectos secundarios ni menos su propagación. Se les da el nombre de obligaciones *in solidum* (derecho francés) o de solidaridad imperfecta (derecho español). Siguiendo a la dogmática argentina estimamos que se trata de varias obligaciones que coinciden en el objeto y que por ello una denominación más coherente sería la de obligaciones concurrentes, que estudiaremos al final de este capítulo[25].

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: COPELLO, Ernesto, "Obligaciones solidarias", en *RDJ*, t. 16, Derecho, pp. 217-236; GÓMEZ BALMACEDA, RAFAEL, "Codeudores solidarios", en *RDJ*, t. 85, Derecho, pp. 27-32; CUADRA FOLLE, Reinaldo, "La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria, la fianza y la codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 139-152; GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto, "Fianza y obligación solidaria", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 103-124; MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty Mercedes y TAPIAS ROCHA, Hernando, "La solidaridad como especie de garantía", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 125-138; GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "Régimen jurídico de las garantías reales constituidas a favor de una pluralidad de sujetos", con especial referencia a los contratos de crédito sindicado, en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 341-350; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón,

[25] Véase Nº 264-272.

"Notas sobre la regla que la solidaridad debe pactarse expresamente", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 473-482; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. "La indemnización de perjuicios en caso de resolución frente a la existencia de pluralidad de deudores", en *Revista Jurídica Digital* (Universidad de los Andes) 1, 2017, pp. 1-22; ROMERO SEGUEL, Alejandro, "La obligación solidaria pasiva y debido proceso", en *Revista Chilena de Derecho* 46, 2019, 1, pp. 99-127.

IV. LA OBLIGACIÓN INDIVISIBLE

1. Nociones generales

a) Origen histórico y desarrollo

244 Las obligaciones indivisibles fueron ya consideradas por los juristas romanos para determinar que, en caso de pluralidad de acreedores, todos ellos debían demandar el cumplimiento y, en caso de varios deudores, para que todos deban hacer el pago. La noción se fue complicando con la doctrina de los glosadores y comentaristas, hasta que Charles Dumoulin (1500-1566), intentó simplificar la teoría mediante diez llaves y tres hilos en su libro titulado *Extricatio labyrinthi dividui et individue* (1562), pero la enredó con demasiadas distinciones, y además le confirió la fama de ser una de las materias más complejas del derecho civil, que se mantiene hasta hoy.

Pothier (1699-1772), en su *Tratado de las Obligaciones*, siguió a Dumoulin pero tratando de dar una mayor sencillez a la teoría, y de allí pasó al Código Civil francés de 1804 (arts. 1217-1225), que reglamentó estas obligaciones después de las obligaciones solidarias y antes de las obligaciones con cláusula penal.

Bello siguió el mismo esquema al regular las obligaciones divisibles e indivisibles en el título X del libro IV, que comprende los arts. 1524-1534.

Por cierto, la indivisibilidad obligacional no tiene ninguna importancia si se trata de un acreedor o de un deudor; en cambio, si hay pluralidad de sujetos activos o pasivos la cuestión de la divisibilidad adquiere gran relevancia práctica en muchos aspectos. Por eso la doctrina en general suele estudiar la divisibilidad de las obligaciones en sede de obligaciones con pluralidad de sujetos.

b) Concepto y determinación

245 El Código Civil intenta dar una noción de obligaciones indivisibles: "La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota" (art. 1524.1 CC).

La definición parece sencilla pero no lo es tanto, ya que si bien las cosas corporales son a veces indivisibles, esto es, no divisibles físicamente (como un caballo), siempre lo son de manera intelectual o de cuota (por ejemplo, si son dueños del caballo tres personas; cada una es dueña del tercio del caballo).

También las cosas incorporales son susceptibles de división intelectual, como por ejemplo si hay varios usufructuarios, usuarios o habitadores.

Por ello, la doctrina ha señalado que no es la cosa la que debe ser susceptible o no de división, sino la prestación de la obligación. Por eso, no es lo mismo una mesa, que la obligación de dar una mesa o de hacer entrega de ella. A lo que cabe agregar las prestaciones de hacer y las de no hacer.

c) Supuestos de indivisibilidad

246 Se sostiene que es la naturaleza de la prestación la que señala si debe o no considerarse divisible o no. Pero para determinar si la naturaleza de la prestación es o no divisible deben considerarse aspectos relevantes y objetivos de ella como la estructura de la cosa, el valor económico y su función. Así por ejemplo la obligación de dar un automóvil no se cumplimiría si se entregara por partes, aunque ellas permitieran armarlo y construirlo después de la entrega. Se trata de una indivisibilidad derivada de la estructura y la función de la cosa objeto de la prestación

Hablamos así de lo que Dumoulin (1500-1566), llamaba *individuum contractu*, a la que se conoce usualmente como la indivisibilidad absoluta, y que nuestro Código ejemplifica con "la obligación de conceder una servidumbre de tránsito" (art. 1524.2 CC). Como se observa, esa obligación no puede cumplirse por partes, o se cumple por el total o no se cumple; y esto porque la función de la servidumbre de tránsito es permitir transitar por el predio sirviente, luego, de la función se desprende la indivisibilidad de la prestación.

La indivisibilidad de la prestación puede también derivarse de elementos subjetivos, como el fin de la obligación, o más bien la satisfacción del interés del acreedor en la medida que haya sido conocido por el deudor. Es lo que Dumoulin (1500-1566) llamaba *individuum obligatione* y que se conoce como indivisibilidad relativa o de obligación. El segundo ejemplo que pone el Código es de este tipo de indivisibilidad: la obligación de construir una casa (art. 1524.2 CC). Es claro que esta obligación de hacer es divisible y susceptible de ejecución fraccionada pero como lo esperado por el acreedor y asumido por el deudor es que haya una casa construida (obligación de resultado) se considera como indivisible.

Como veremos, nuestro Código trata conjuntamente estos dos tipos de indivisibilidad porque en ambos casos es la prestación la que es por naturaleza indivisible ya sea absolutamente o en relación a la voluntad de las partes.

Finalmente, quedan los casos en los que la indivisibilidad no deriva de la prestación sino de la forma de cumplimiento, es decir, que no puede ser cumplida por pares. Dumoulin (1500-1566) llamaba a esta indivisibilidad como *individuum solutione*, y se conoce hoy como indivisibilidad de pago. Como es una indivisibilidad de pago sólo puede ser pasiva o mixta. Además, el Código en estos casos ha permitido que se pacte que una obligación sea indivisible, es decir, que se establece una indivisibilidad convencional. Son los casos que el Código llama "excepciones" a la divisibilidad y que se recogen en los 6 números del art. 1526.

d) La divisibilidad intelectual

247 El Código señala que la cosa objeto de la obligación puede ser susceptible de división sea "física, sea intelectual o de cuota" (art. 1524.1 CC). Pero si consideramos la posibilidad de división intelectual o de cuota, en realidad todas las cosas materiales serían susceptibles de división, y por tanto no habrían obligaciones indivisibles. Por ello debiera considerarse que aquí no se trata de la cosa sino de la prestación y que en la naturaleza de la prestación va envuelta la estructura y la función, además del valor.

Por otro lado también debe considerarse el fin del acreedor, conocido por el deudor. Por eso el ejemplo que se pone para ilustrar la divisibilidad intelectual y que consiste en transferir el dominio de una cosa que es de propiedad común de tres personas, de modo que el acreedor podría pedir un tercio de la propiedad a cada uno, debe ser considerado excepcional. Ya que normalmente el interés del acreedor sólo se verá satisfecho si la tradición se hace simultáneamente por los tres, siendo así una obligación de dar indivisible. El acreedor no se verá satisfecho por un cumplimiento por partes, a menos que así se haya pactado expresa o tácitamente.

e) Indivisibilidad de obligaciones de dar, hacer o no hacer

248 Las *obligaciones de dar* que tienen objeto fungible o genérico son divisibles, ya que aunque haya muchos acreedores o muchos deudores cualquiera de ellos puede demandar su cuota o está obligado a pagar su cuota. Si se trata de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto es en general indivisible, salvo que por el fin de la prestación se haya considerado la entrega por partes: por ejemplo, si se compra un computador viejo para utilizar sus piezas como repuesto en otros. También si siendo varios los obligados a dar se ha convenido que cada uno de ellos pueda transferir su cuota con independencia de los demás.

Tratándose de *obligaciones de hacer* normalmente son divisibles cuando es necesario desarrollar actividades durante un período de tiempo, como sucede en el arrendamiento de servicios. Pero si se incluye el resultado como parte del interés del acreedor entonces la obligación debe calificarse de indivisible, como sucede con el contrato de confección de obra. Como hemos señalado que la *obligación de entrega* es una obligación de hacer, y dado que esta incluye el resultado, debe considerarse una obligación indivisible, al menos de pago (cfr. art. 1526.2º CC).

Se disputa si la *obligación de no hacer* es susceptible de división o no. En principio, se sostiene que como estas obligaciones no pueden ser cumplidas parcialmente: todo incumplimiento es total, serían siempre indivisibles. Así si tres personas se obligan a guardar confidencialidad de asuntos reservados de una empresa, y uno de ellos revela esos secretos, la obligación es incumplida totalmente. Para otros, algunas obligaciones de no hacer sí son susceptibles de cumplimiento parcial, como sería la de una abstención de un hecho que puede realizarse por partes (por ejemplo, no edificar en cierto terreno y se edifica sólo en una parte), de modo que aunque por regla general las obligaciones negativas serían indivisibles, existirían supuestos en los que sí serían divisibles.

Estimamos que esta última puede ser una posición razonable aunque damos cuenta de que existen opiniones de que la categoría de la indivisibilidad es inaplicable a las obligaciones de no hacer, ya que la abstención o la nada no admite nunca división. Pero si fuera así entonces tendríamos que concluir que se trata siempre de obligaciones indivisibles.

2. Indivibisibilidad activa

a) Conformación y características

249 Las obligaciones indivisibles pueden ser activas o pasivas. Las activas son aquellas en que hay dos o más acreedores y un deudor. Esta indivisibilidad puede ser originaria, si así se contrajo la obligación, o derivada, si originalmente la obligación se constituyó con un solo acreedor, pero al morir éste deja dos o más herederos.

Estamos aquí frente a una obligación de prestación única e indivisible, y compuesta de una pluralidad de vínculos jurídicos. Por cierto, esta categoría permanece mientras la prestación siga siendo indivisible, de modo que si la obligación se incumple y se resuelve en indemnización de perjuicios, esta obligación será divisible y cada acreedor deberá demandar su cuota en esa deuda.

A diferencia de lo que sucede en la solidaridad activa, en la indivisibilidad activa si bien cada acreedor puede demandar y recibir el pago de la obligación, no se admite que cada acreedor haga actos de disposición del crédito por sí solo y sin el consentimiento de los demás. Por lo que para remitir, novar, aceptar una dación en pago se necesitará la actuación conjunta de los acreedores.

b) Efectos: entre los acreedores y el deudor

250 El Código dispone que "cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene [...] derecho a exigir el total" (art. 1527 CC). Si existe un solo acreedor pero que muere y deja a varios herederos, igualmente "cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total" (art. 1528 CC).

En esto, la indivisibilidad activa es similar a la solidaridad activa, ya que en ambos casos un solo acreedor puede demandar el total, sólo que en la solidaridad la prestación es divisible mientras que en la indivisibilidad la prestación, siendo indivisible, no puede cumplirse por partes. En todo caso, si un acreedor ya ha demandado al deudor, éste no podría pagar a otro ya que primaría el acreedor que haya trabado la *litis* (y por analogía con la solidaridad activa: cfr. art. 1513 CC). Si todos los acreedores proceden conjuntamente a exigir judicialmente el pago, el deudor deberá consignar el pago para todos los acreedores.

Hecho el pago, que necesariamente deberá ser íntegro ya que no es posible de cumplirse por partes, se extinguirá la obligación, sin perjuicio de las prestaciones que deban hacerse entre el acreedor que recibió el pago y los que quedaron sin pagarse.

No obstante, para *remitir* o *recibir el precio de la cosa* (dación en pago) se asume el criterio inverso al de la solidaridad, y se dispone que "Siendo dos o más los acreedores de la obligación indivisible, ninguno de ellos puede, sin el consentimiento de los otros, remitir la deuda o recibir el precio de la cosa debida" (art. 1532 CC). Es decir, para remitir la deuda o para consentir en una dación en pago se requiere la voluntad conjunta de todos los acreedores. Debe preguntarse qué sucede si la remisión o dación en pago es sólo consentida por uno de los acreedores: en tal caso, señala el Código, "sus coacreedores podrán todavía demandar la cosa misma, abonando al deudor la parte o cuota del acreedor que haya remitido la deuda o recibido el precio de la cosa" (art. 1532 CC). Nótese que los demás acreedores pueden demandar la prestación indivisible aunque deberán abonar al deudor la parte o cuota del acreedor que remitió o recibió el precio de la cosa. En este último caso, el deudor podrá recuperar el resto del precio del acreedor que lo recibió mediante la acción de repetición de pago de lo no debido.

La doctrina ha generalizado esta norma para otros casos de extinción de la obligación por voluntad de un acreedor, como sería la *novación* o una *dación en pago* que no sea el precio o valor de la cosa. En tal caso, debe considerarse que el acreedor sólo dispone de su cuota y no de la totalidad del crédito, de modo que los demás acreedores pueden exigir el total abonando al deudor la parte o cuota del acreedor que dispuso la extinción.

Es controvertido si la interrupción de la prescripción que opera respecto de un acreedor aprovecha a los demás. El Código sólo concede este efecto expansivo a la interrupción en la indivisibilidad pasiva (art. 1529 CC). También puede argüirse en contra que sólo se disponga la interrupción de la prescripción entre acreedores tratándose de la solidaridad y no de las obligaciones indivisibles (art. 2519 CC). A nuestro juicio, la cuestión puede resolverse distinguiendo entre interrupción natural e interrupción civil. Para la interrupción natural opera la regla general de que sólo procede respecto del acreedor al que le fue reconocido el crédito; mientras que para la interrupción civil, dado que se autoriza a cualquiera de los acreedores a demandar el pago, parece que lo más sensato es que esa notificación interrumpa la prescripción respecto de los demás acreedores.

Nuevamente surge el problema de *la suspensión de la prescripción* y aquí se suele invocar una norma que se encuentra en materia de prescripción de servidumbres: "Si el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de uno de ellos interrumpe la prescripción respecto de todos; y si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, no puede correr contra ninguno" (art. 886 CC). Al señalar que si contra uno de ellos no puede correr la prescripción, se incluye no sólo la interrupción sino la suspensión de la prescripción, por cierto con el límite de diez años (art. 2520.2 CC). Debe señalarse que aquí no estamos ante una obligación de constituir una servidumbre (que sería un caso de indivisibilidad activa si el predio dominante es común a dos o más personas), sino a una prescripción extintiva de la servidumbre ya constituida, por lo que no se ve cómo podría aplicarse a la suspensión de la prescripción de una obligación indivisible.

Tal como señalamos para las obligaciones con solidaridad activa si la obligación indivisible se extingue por prescripción para algunos de los acreedores, pero no para otro que goza de la suspensión, y éste consigue el pago, éste deberá compartir ese pago con los demás acreedores aunque su acción se haya extinguido.

c) Efectos: entre los coacreedores

251 Si la obligación se ha extinguido por pago, el acreedor que recibió la prestación debe reembolsar a los demás acreedores hasta el valor de su cuota en la deuda. Si se trata de herederos del acreedor fallecido la cuota se fijará por la parte que les corresponda en la herencia.

Puede que se haya estipulado cómo se dividiría el crédito. Si no hay constancia de las partes que correspondan a cada acreedor, se considerará que el crédito se divide en partes iguales.

Se trata, en todo caso, de una acción personal de reembolso, ya que no hay aquí norma que autorice el pago por subrogación. Además, como la prestación seguirá siendo indivisible el que la recibió deberá abonar el valor de la cuota de los coacreedores en dinero.

d) Transferencia y transmisión

252 No habiendo derecho de disponer de la totalidad del crédito, debe negarse que un solo acreedor pueda ceder todo el crédito indivisible, y si lo hace tal cesión será inoponible a los demás acreedores. Más discutible es si puede ceder su cuota en el crédito indivisible; no vemos mayor inconveniente para que se ceda la cuota, ya que en el tal caso el cesionario asumirá el mismo papel que el acreedor cedente.

Respecto de la transmisión por causa de muerte, no hay duda de que la indivisibilidad se transmite cuando fallece el acreedor ya que así lo señala el mismo Código: "cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total" (art. 1528 CC). Ahora bien, si ya habiendo pluralidad de acreedores en una obligación indivisible, fallece uno de los acreedores y deja dos o más herederos, estos herederos se distribuirán la cuota del acreedor fallecido a prorrata de sus cuotas en la herencia. Como ya hemos concluido de que uno de los coacreedores puede ceder su cuota, no vemos inconveniente en que esa cuota sea objeto de legado a uno o más legatarios.

e) Extinción de la indivisibilidad

253 No nos referimos aquí a la extinción de la obligación indivisible, sino a casos en que lo que se extingue es la indivisibilidad de la prestación, por lo que la obligación subsiste pero como divisible, de manera que cada acreedor sólo puede cobrar su parte o cuota en el crédito.

La obligación se divide cuando se convierte en indemnización de perjuicios, ya sea por incumplimiento o retardo. Así lo dispone el Código: "Es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la

obligación indivisible", por lo que "ninguno de los acreedores puede intentarla... sino en la parte que le quepa" (art. 1533 CC). Si se trata de indemnización por retardo, la obligación indivisible subsiste como tal y sólo se divide la obligación de indemnizar los perjuicios de la mora.

3. Indivisibilidad pasiva

a) Conformación y características

254 La indivisibilidad pasiva se produce cuando la prestación es indivisible, y existe un acreedor y dos o más deudores. Hay que señalar que los casos de indivisibilidad de pago son todos de indivisibilidad pasiva.

Aquí nuevamente se da la unidad de prestación, la que siendo indivisible produce una pluralidad de vínculos respecto de los sujetos pasivos. Es la misma naturaleza de la prestación la que impone la propagación de los efectos, y no es necesario recurrir aquí a la teoría del mandato tácito y recíproco.

La principal característica de estas obligaciones es que el acreedor puede exigir el pago total a cualquiera de los deudores, y el pago efectuado por uno de ellos extingue la obligación respecto de todos, sin perjuicio del derecho del que pagó a pedir reembolso a sus codeudores.

b) Efectos: entre acreedor y deudores

255 Cada deudor está obligado a pagar el total de la prestación: "Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad..." (art. 1527 CC), lo que se extiende al caso en que fallece el deudor de una obligación indivisible dejando dos o más herederos: "Cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo..." (art. 1528 CC).

Por ello, se dispone que "el cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos" (art. 1531 CC).

Existe, sin embargo, una notable diferencia con la solidaridad pasiva que proviene justamente de la naturaleza de la prestación y es la facultad que tiene el deudor demandado para solicitar al juez un *plazo para ponerse de acuerdo* con los demás codeudores y así cumplir la prestación: "Demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla entre todos..." (art. 1530 CC).

Se trata de un caso en que, por excepción, el juez puede fijar un plazo, el que dependerá de la naturaleza de la prestación.

No obstante, si el deudor demandado puede cumplir solo la prestación que le exige el acreedor no procederá que pida plazo ya que puede cumplir sin necesidad de consultar el acuerdo o la colaboración de los demás codeudores. El Código dispone que no procede el plazo: si "la obligación sea de tal naturaleza que él solo

pueda cumplirla, pues en tal caso podrá ser condenado, desde luego, al total cumplimiento..." (art. 1530 CC).

Se discute aquí sobre la carga de la prueba, la forma procesal de ejercer la facultad y la manera en que se cumple la obligación. En relación con la carga de la prueba pareciera que es el acreedor el que debe acreditar que el deudor puede cumplir solo. Para interponerla en juicio procederá una excepción dilatoria, ya que se aplicará el concepto de ineptitud del libelo o la más genérica de corrección del procedimiento (art. 303.4º y 6º CPC) o, si se trata de juicio ejecutivo, la ineptitud del libelo, la falta de fuerza ejecutiva del título o la concesión de esperas (art. 464.4º, 7º y 11º CPC). Sobre la manera en que debe proceder el deudor una vez concedido el plazo, algunos piensan que basta con que se cite a los demás deudores al juicio, pero la norma señala que ello no es suficiente sino que deben ponerse de acuerdo para cumplirla entre todos. Si uno o más deudores se oponen a ese acuerdo, se podrá aplicar la norma del art. 1534 del Código Civil de manera de que esos deudores que rehúsan cumplir la obligación individible serán responsables por los perjuicios del incumplimiento.

Para la propagación de efectos debe considerarse si el efecto depende directamente de la naturaleza de la prestación o no; si depende, afecta a los demás; si no depende, no se extiende a los demás. Respecto de la remisión, novación, confusión de la deuda pueden aplicarse por analogía los criterios que se dan para la solidaridad pasiva.

Un efecto que sí está expresamente contemplado es el de la *interrupción de la prescripción*: "La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto de los otros" (art. 1529 CC). Se trata tanto de la interrupción natural como civil, pero no incluye la renuncia a la prescripción cumplida que sólo perjudicará al deudor renunciante. Tampoco se aplicará la suspensión de la prescripción ya que se trata de un acreedor, por lo que el beneficio perjudicará a todos los deudores. La suspensión de la prescripción entre cónyuges puede darse entre el acreedor y uno de los deudores, pero en tal evento se considerará que prima la naturaleza personal del beneficio, pero si el acreedor gracias a esta suspensión logra el pago del cónyuge deudor, éste debería tener derecho a pedir a los demás deudores que le abonen su parte o cuota en la deuda.

La norma no se aplica si hay indivisibilidad activa, es decir, si son varios los acreedores, ya que se trata de una norma de excepción que debe interpretarse restrictivamente.

c) Efectos: entre deudores

256 Si la obligación se extingue por un medio que no implica una pérdida patrimonial para uno de los deudores, como la remisión de toda la deuda, la prescripción extintiva, la novación, la pérdida fortuita de la cosa debida o la nulidad de la obligación, no habrán efectos entre los codeudores ya que ninguno se ha enriquecido a costa de otro. Se podría preguntar si es posible que se remita sólo la cuota de uno de los deudores; esto no parece factible dado que no será posible

aplicar ni siquiera analógicamente la regla prevista para la solidaridad (art. 1518 CC), esto es, que el acreedor puede perseguir la deuda con descuento de la cuota: siendo la prestación indivisible no será posible descontar la cuota del deudor remitido.

Si la obligación se extingue por pago o algún modo de extinción onerosa, como la dación en pago o la confusión, en cambio, sí habrá que determinar cómo contribuyen los deudores que no han sufrido pérdidas en su patrimonio. La compensación legal no parece procedente ya que se exige que ambas obligaciones sean de dinero o cosas fungibles (art. 1656.1º CC), lo que excluye la indivisibilidad.

El deudor que ha pagado o que ha extinguido onerosamente la obligación tendrá acción personal de reembolso contra sus codeudores por la parte que a estos les corresponda en la deuda. Así se desprende de la norma que señala que si el deudor demandado puede cumplir por sí solo será condenado "al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores para la indemnización que le deban" (art. 1530 CC). Obviamente, la expresión "indemnización" aquí tiene un sentido amplio y debe entenderse como el valor que corresponde a la parte que cada deudor tenía en la obligación.

Esta parte se determinará por lo estipulado, por el interés en el negocio y a falta de otro criterio deberá considerarse que las cuotas son iguales. Nuevamente, debe señalarse que no procede el pago por subrogación ya que no está previsto en el Código, por lo que el deudor que paga no puede subrogarse en la acción de que es titular el acreedor.

d) Extinción de la indivisibilidad pasiva

257 Tal como aclaramos para la indivisibilidad activa, aquí mencionamos los casos en los que subsiste la obligación pero como divisible. Se trata de los supuestos en los que, por incumplimiento, la obligación se convierte en una obligación de indemnizar los perjuicios, los que como ordinariamente se deben en dinero y son divisibles.

El Código se pone en el caso de que sea uno el deudor por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento: "Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ése sólo será responsable de todos los perjuicios" (art. 1533.2 CC). Siendo un único deudor, no tiene importancia si la obligación es o no indivisible.

Un caso especial de este hecho o culpa que hace imposible el cumplimiento es aquel en que dos codeudores deben hacer un hecho en común: "Si de dos codeudores de un hecho que deba efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo, y el otro lo rehúsa o retarda, éste sólo será responsable de los perjuicios que de la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor" (art. 1534 CC). Por cierto, puede tratarse de más de dos deudores cuya cooperación se necesita para satisfacer el interés del acreedor: por ejemplo, si se trata de un cuarteto musical. La característica de que se trate de un hecho que deba realizarse en común debe ser

determinada prudencialmente, ya sea por la intención de las partes o por la naturaleza misma de la prestación.

Si todos los deudores son imputables a título de culpa por el incumplimiento o retardo, la obligación de indemnizar se divide según la parte que les corresponda en la deuda: "Es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa" (art. 1533.1 CC). Si se trata sólo de la indemnización por mora, persiste la obligación indivisible que puede ser demandada por el acreedor, además de los perjuicios del retardo que siendo pagaderos en dinero se divide entre los deudores.

Si se ha pactado una cláusula penal, el acreedor puede optar entre pedir el cumplimiento de la obligación indivisible o la pena. Si opta por la pena hay que distinguir si es de cosa divisible, caso en el cual el acreedor puede demandar la cuota de la pena del deudor que ha incurrido en incumplimiento. Si es de cosa indivisible, el Código parece disponer que el acreedor si opta por la pena puede cobrar el total del deudor infractor o cada uno su cuota, sin perjuicio de que estos puedan luego pedir reembolso de lo pagado ante el deudor infractor (art. 1540.3 CC). Pero esto no parece factible ya que si la pena es indivisible debiera poder pedirse a cada uno la pena; y en esto concuerda la mayor parte de los autores. Podría señalarse que la regla del art. 1540 es una norma excepcional aplicable sólo al caso en que el deudor de una obligación indivisible fallece y deja dos o más herederos.

e) Transferencia y transmisión

258 La transferencia del crédito que constituye una obligación indivisible con pluralidad de deudores, puede hacerse siguiendo las reglas generales de la cesión de créditos (arts. 1901 y ss.), pero habrá de cuidarse que todos los deudores acepten o sean notificados de la cesión. Si alguno no ha aceptado ni ha sido notificado, la cesión le será inoponible y al pagar el total al cedente se extinguirá la obligación respecto de todos los otros deudores, con lo que el cesionario no podrá reclamar nada.

La obligación indivisible es también transmisible por causa de muerte, por lo que si uno de los deudores fallece cada uno de sus herederos responderán por el total. Así se deduce de lo que dispone el Código para el caso de que fallezca el deudor de una obligación indivisible: "Cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo..." (art. 1528 CC).

4. La indivisibilidad de pago o excepciones a la divisibilidad

a) Configuración

259 En estos casos no es la prestación la que es indivisible sino su cumplimiento, de modo que si hay varios deudores cualquiera puede ser obligado a pagar el total.

En todo caso, debe considerarse que se trata de casos de excepción que son taxativos y que sólo se aplican a la pluralidad de deudores y no de acreedores, porque estos para no demandar conforme a sus cuotas en el crédito deberán actuar conjuntamente.

Un ejemplo se suele poner y es que dos huéspedes del hotel depositan un cofre ante el dueño del hotel, en tal caso dado que hay pluralidad de acreedores no podría aplicarse la indivisibilidad de pago de la obligación de entrega de un cuerpo cierto (art. 1526.2º CC) y el hotelero no podría entregar el cofre a uno de los huéspedes y debería exigir la comparecencia de los dos. No obstante, y siendo correcto que no se aplica el supuesto de indivisibilidad de pago, bien podría estimarse que por el fin o propósito del contrato existe aquí una indivisibilidad relativa de modo que cualquiera de los huéspedes podría requerir el cumplimiento de la obligación de entregar el cofre.

La indivisibilidad de pago puede provenir de la misma naturaleza del pago que hace inviable su fraccionamiento. Pero además puede provenir de lo que dispone la ley o lo que se ha pactado en una convención.

De allí que puedan clasificarse en indivisibilidad de pago natural, voluntaria o convencional, y legal.

Los casos están previstos de manera un tanto desordenada en los Nºs. 1 a 6 del art. 1526 y se plantean como "excepciones a la divisibilidad".

b) Indivibisibilidad derivadas de la naturaleza del pago

260 El Código señala que "la *acción hipotecaria o prendaria* se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada" (art. 1526.1º CC). Se trata del cumplimiento de una obligación accesoria emanada de la caución real (hipoteca o prenda), que tiene por fin asegurar el cumplimiento de la obligación principal.

Si son varios los codeudores y sólo uno de ellos ha empeñado o hipotecado una cosa de su propiedad, el pago de la obligación accesoria es indivisible y la acción se dirigirá por el total al deudor que posea la cosa. Lo mismo sucederá si son terceros los que caucionan con hipoteca o prenda sobre bienes propios el total de la obligación ajena; cualquiera de ellos estará obligado a pagar el total de la deuda si quiere mantener la propiedad del bien otorgado en caución. Y si se saca a remate, el acreedor tendrá derecho a obtener el pago total de la deuda.

Aunque se ha señalado que aquí lo indivisible es la acción y no la obligación, lo cierto es que si la acción de cumplimiento de la obligación accesoria de responder del garante prendario o hipotecario es porque ese cumplimiento, dada la naturaleza de la caución, debe ser íntegro y no puede fraccionarse.

El Código aprovecha para extender esta indivisibilidad a la misma deuda principal: "El codeudor que ha pagado su parte de la deuda, no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca, ni aun en parte, mientras no se

extinga el total de la deuda; y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aun en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores" (art. 1526.1º CC). Esta norma es reiterada para la prenda en caso de que el deudor o el acreeedor fallezca y deje varios herederos (art. 2405 CC).

Para la hipoteca se dispone una indivisibilidad respecto de la cosa, en el sentido de que cada parte de ella está afecta al total de la deuda: "La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella" (art. 2408 CC).

En segundo lugar, el Código determina como indivisible el pago de una *obligación de entrega de una especie o cuerpo cierto*, que se impone al que lo posee: "Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo" (art. 1526.2º). Se trata de la obligación de entrega y no de la obligación de dar que normalmente es indivisible, aunque podría ser indivisible relativamente si esa era la intención de las partes. Se sostiene que la obligación de entregar es indivisible como tal y no sólo por el pago, pero como hemos sostenido que la obligación de entrega es de hacer, bien podría ser divisible de manera de que admita que se entregue la cosa por partes. De allí que se justifique que se le trate como indivisibilidad de pago, además para evitar discusiones sobre si es o no una obligación indivisible.

Aunque el Código señala que es el que lo posee, la verdad es que debe entenderse respecto del que además de la posesión tenga la tenencia material de la cosa. Si hay varios deudores y poseedores y sólo uno de ellos tiene la tenencia de la cosa, deberá demandarse al que tiene la cosa. Podría darse el caso de haber varios detentadores, aunque esto es difícil de concebir al tratarse de una especie o cuerpo cierto; en tal caso la realidad impone que se demande a todos los detentadores. Si el o los detentadores de la cosa no son deudores de su entrega, no podrán ser demandados, aunque pueden proceder los otros medios de tutela por el incumplimiento. Debe considerarse que este supuesto es una indivisibilidad de pago, es decir, una forma de ejecución forzada, que no excluye otras consecuencias del incumplimiento como la resolución del contrato, la excepción de contrato no cumplido o la indemnización de perjuicios.

Tratándose de inmuebles un indicio de tenencia puede darlo la inscripción a nombre del demandado del bien raíz, ya que la inscripción constituye posesión y normalmente el poseedor es quien detenta el inmueble.

Un tercer caso de indivisibilidad natural de pago es el referido a una *cosa cuya división acarree grave perjuicio para el acreedor*. Así lo dispone el Código Civil: "Si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el pago de la cosa entera, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los otros" (art. 1526.5º.1 CC). Este supuesto se refiere a la obligación de dar un terreno indeterminado o una cosa indeterminada y no una especie o cuerpo cierto, ya que si se trata de una especie o cuerpo cierto

podrá hacerse la tradición por cuotas y en cuanto a la entrega material se aplicará el caso anterior (art. 1526.2º CC).

El ejemplo que se suele dar es el de que una persona se obligó a dar dos hectáreas de un terreno suyo y que al morir se ha dividido entre sus dos herederos. La obligación será indivisible de pago si el pago lo hace un heredero de una hectárea de la parte del predio que le fue adjudicado y el otro heredero paga también una hectárea de su propia parte, las que quedan separadas. Si el acreedor prueba que el propósito del contrato era recibir un solo terreno de dos hectáreas, ya sea porque se propuso contruir allí una casa de amplias dimensiones o instalar una fábrica que no puede operar desmembradamente, entonces, la obligación será indivisible de pago.

Este supuesto podría tratarse como de indivisibilidad relativa dado que lo que determina la indivisibilidad es el fin o propósito del contrato y por ende el interés del acreedor, pero seguramente para evitar discusiones Bello lo consagró como un caso de excepción a la divisibilidad, lo que llamamos indivisibilidad de pago.

Para el cumplimiento se dan dos alternativas: o el codeudor demandado es obligado a entenderse con los demás para el pago de la cosa entera, o la paga él mismo, con derecho a que los demás codeudores le reembolsen su parte en la deuda. Aquí se justifica que se pida un plazo para lograr el acuerdo de los demás deudores y se aplicará lo que señalamos al comentar esta facultad del deudor (art. 1530 CC).

En este supuesto aclara el Código que se trata de indivisibilidad pasiva y no activa, ya que dispone que "los herederos del acreedor no podrán exigir el pago de la cosa entera sino intentando conjuntamente su acción" (art. 1526.5º.2 CC). Aunque el Código señala que se trata de herederos del acreedor, la norma es aplicable a los casos de pluralidad de acreedores originaria o derivada de otras razones que la sucesoria. Se observa que no se aplica aquí el criterio de la obligación simplemente conjunta ni de la obligación solidaria o indivisible, sino que se exige que los acreedores actúen colectivamente, dándose lugar a un litis consorcio activo necesario.

c) Indivisibilidad de pago testamentaria y convencional

261 Dos casos de indivisibilidad de pago provienen de la voluntad negocial. El primero es el que proviene de la *voluntad del testador-deudor o de los herederos del deudor*: "cuando por testamento o por convención entre los herederos, o por la partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor podrá dirigirse o contra este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata" (art. 1526.4º.1 CC).

La fuente de esta indivisibilidad es la voluntad ya sea del testador o de una convención entre los herederos. Podría pensarse que al imponerse en la partición podría ser de origen judicial, pero lo cierto es que lo normal es que el laudo

particional refrende un acuerdo de los herederos que son comuneros, por lo que la sentencia no vendría sino a ratificar la voluntad de tales herederos.

Esta indivisibilidad voluntaria, sin embargo, no puede perjudicar al acreedor, de modo que se le da a éste la opción: de dirigirse contra el heredero al que se impuesto el pago total demandando dicho pago, o atenerse a las reglas generales y demandar a cada heredero la cuota que le corresponda según su participación en la herencia.

El segundo caso establece la indivisibilidad de pago por *convención entre el acreedor y el deudor* que disponen que en caso de muerte de este último aunque sean varios los herederos se puede cobrar el total a cualquiera de ellos. Así lo consagra el Código: "Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento" (art. 1526.4º.2 CC).

Debe tratarse de un pacto expreso que se produce al momento del surgimiento de la obligación y en previsión de la muerte del deudor. Se estipula que el pago no podrá fraccionarse en el caso en que muera el deudor y deje dos o más herederos. Si así sucede, el acreedor puede demandar el total a cualquiera de los herederos, y el demandado podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para cumplir la totalidad de la deuda, o a pagarle él mismo, sin perjuicio de su acción de saneamiento, es decir, sin perjuicio de su derecho a pedir reembolso de los demás herederos por la cuota que les corresponda en la deuda. Nuevamente, habrá que remitirse a lo que se señaló respecto de la facultad de pedir un plazo de espera en el caso de la indivisibilidad absoluta o relativa (cfr. art. 1530 CC). Si el acreedor demanda a cada uno su cuota, el que asumió la deuda total podrá pedir que se restaure el equilibrio entre los herederos mediante las correspondientes indemnizaciones (arts. 1358 y 1359 CC).

El Código se pone en el caso de que muera el acreedor y deje varios herederos, y dispone que "los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas" (art. 1526.4º.3 CC). Como se ve, la indivisibilidad de pago es pasiva, de manera que, a falta de pacto expreso, si fallece el acreedor y deja varias herederos sólo podrán demandar al deudor por el total si proceden de manera conjunta. En caso contrario, la obligación será simplemente conjunta de los herederos del acreedor y deberán demandar según la cuota que tengan en la herencia.

d) Indivisibilidad de pago legal

262 La ley puede imponer la indivisibilidad de pago aunque ello no sea tan usual como respecto de la solidaridad. El caso en que la ley dispone esa indivisibilidad es en la obligación de indemizar perjuicios cuando hay una pluralidad de deudores que han incumplido con dolo o culpa.

El Código lo señala de manera equívoca: "*aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa* se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor" (art. 1526.3º CC).

Se advierte que es impropio que se imponga responsabilidad solidaria a un solo deudor, y dado que aquí no se habla de solidaridad sino de excepciones a la divisibilidad de la obligación. La doctrina, en general, ha señalado que esta regla no sería más que la repetición de la norma que, tratándose de obligaciones indivisibles, atribuye al deudor incumplidor toda la obligación de indemnizar (art. 1533.2 CC). Otros señalan que si los deudores han actuado con dolo o culpa lata la obligación sería solidaria por lo dispuesto en el inciso 2º del art. 2317, ya que el inciso primero impondría la solidaridad para los ilícitos extracontractuales mientras que el segundo se aplicaría al incumplimiento contractual: "Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

Pensamos que nada de esto tiene sentido, y que la mejor manera de armonizar esta regla con el art. 1533 y el art. 2317, es entender que aquí hay indivisibilidad de pago de manera que si hay pluralidad de deudores que por hecho o culpa han incumplido la obligación, pueden ser demandados por el total de los perjuicios por el acreedor. Debe constatarse que tanto en el Proyecto de 1853 como en el Inédito la norma estaba redactada en plural: "Aquéllos de los herederos por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, son exclusiva y solidariamente responsables al acreedor" (art. 1704.4º). Sólo en el Proyecto de 1855 aparece la redacción en singular presumiblemente por querer cambiar la palabra herederos por deudor. No obstante, nos parece que la regla debiera interpretarse para el caso de que haya diversos deudores que por hecho o culpa han incumplido la obligación, la ley dispone una indivisibilidad de pago y puede exigirse el total de los perjuicios a cualquiera de ellos.

Por cierto, aquí por el solo incumplimiento se entiende que hay culpa y son los deudores los que deberán acreditar que actuaron con la diligencia debida (art. 1547.3 CC).

e) Exclusión: indivisibilidad de opción en obligaciones alternativas

263 El Nº 6 del art. 1526 señala que "cuando la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla todos de consuno; y si de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos".

Como se puede apreciar aquí no se trata de indivisibilidad ni de la obligación ni del pago de esa obligación, sino de la opción en una obligación alternativa. Es la opción, ya sea de los acreedores o de los deudores, la que es indivisible y por tanto deben adoptarla de consuno todos. Sobre qué sucede si no se ponen de acuerdo, ya nos hemos referido al tratar de la elección en las obligaciones alternativas[26].

[26] Véase Nº 179-183.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALCAYDE WESTHOFF, Delfín, "Teoría de la obligación indivisible", en *RDJ*, t. 25, Derecho, pp. 20-29; GALAZ RAMÍREZ, Sergio, "Facultad que concede el artículo 1530 del Código Civil al codeudor de una obligación indivisible", en *Revista de Derecho* (Universidad San Sebastián) 8, 2006, pp. 37-49; RAMÍREZ FRÍAS, Tomás, "Informe en Derecho. Recuerdos de antaño. Subasta pública, hipoteca e indivisibilidad del pago", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6, 2006, pp. 139-142; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La indivisibilidad de la garantía prendaria e hipotecaria", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 509-548; KUNCAR ONETO, Andrés, "Obligación divisible, pluralidad activa y ejercicio de la acción hipotecaria", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 483-492.

V. CONCURRENCIA DE OBLIGACIONES (OBLIGACIONES IN SOLIDUM)

1. Origen, desarrollo y recepción en Chile

264 El origen más remoto parece encontrarse en la diferencia, tomada después por los autores de la pandectística entre solidaridad correales y obligaciones simplemente solidarias, que tiene su raíz en la distinción entre una solidaridad que se extingue después de ser demandado uno de los deudores por el efecto consuntivo de la *litis contestatio*, y la obligación de pagar el total de cada uno de los autores de un ilícito dañoso; en la que la *litis contestatio* no extingue la obligación y la víctima puede reclamar de cada uno de los autores la totalidad del daño. En el fondo, en este último caso se entiende que cada autor del ilícito es obligado a cumplir con la reparación y pena que se le atribuye, llegándose a la conclusión de que no se trata de una sola obligación sino de varias obligaciones cuyo cobro puede acumularse.

Posteriormente, se mantiene esta explicación de varias y diversas obligaciones que coinciden (concurren) en la prestación, pero se señala que si uno de los deudores paga el total los demás quedan liberados.

Posteriormente, y dado el hecho de que el Código Civil francés no hace responsables solidarios a los coautores de un delito o cuasidelito civil, la doctrina y la jurisprudencia construyen una categoría de solidaridad imperfecta, en el sentido de que si bien coinciden con la solidaridad en el efecto primario: cada deudor es obligado a pagar el total, no se producen los efectos secundarios ni se propagan entre ellos, al no darse un mandato o representación tácita y recíproca. Más adelante, se señala que no puede hablarse de solidaridad imperfecta y que la denominación que corresponde es la de obligaciones insólidum.

Luego, se encuentran nuevos supuestos de obligaciones por el total no solidarias, como la obligación del responsable del hecho ajeno que coincide con la del autor directo o la de indemnizar un daño por regímenes de responsabilidad diferentes que imputan el daño a diversas personas o la acción directa del asegurado contra el asegurador en el seguro de responsabilidad civil.

La teoría de las obligaciones insólidum traspasa fronteras y se arraiga fuertemente en sistemas como el español y el argentino. El Tribunal Supremo español utiliza frecuentemente la figura para imponer solidaridad a los coautores de un hecho ilícito dañoso, pero la denomina solidaridad impropia. En la doctrina argentina se enfatiza más el hecho de que se trate de varias obligaciones que coinciden en la prestación que es su objeto, y por ello se habla de obligaciones concurrentes, indistintas o convergentes. La categoría de obligaciones concurrentes ha sido consagrada por el reciente Código Civil y Comercial, el que las ubica después de las obligaciones solidarias y señala que subsidiariamente se aplicarán las normas de estas últimas. Las define como "aquellas en la que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes" (art. 850).

La doctrina chilena si bien menciona esta categoría en general se ha mostrado reacia a acogerla. Dos razones pueden haber contribuido a esta actitud más bien negativa: el hecho de que entre nosotros la coautoría en delito o cuasidelito civil genera solidaridad legal (art. 2317 CC). Y lo otro es que la denominación francesa de obligaciones insólidum, en nuestro Código se identifica con la obligación solidaria (art. 1512.2 CC). Los tribunales cuando se ven enfrentados a un problema que involucra obligaciones concurrentes oscilan entre considerar que hay una solidaridad legal implícita, o que se trata de una obligación simplemente conjunta, aunque en el último tiempo han salido fallos de Corte Suprema que reconocen la concurrencia de obligaciones.

2. Concepto y características

265 Digamos, en primer lugar, que no estamos aquí, como en la obligación solidaria o la indivisible, frente a una sola relación obligacional, sino de dos o más obligaciones que concurren por tener el mismo objeto prestacional. En el fondo, se produce un concurso de obligaciones, dando al acreedor la posibilidad de optar por demandar a cualquiera de los deudores el total de la obligación. Por cierto, el objeto puede ser solo parcialmente coincidente, de manera que el acreedor sólo podría demandar al deudor en el monto en que confluya con la obligación de otro deudor.

Se discute si se trata del mismo objeto, de la misma prestación o de prestaciones que satisfacen por igual el interés del acreedor. Pensamos que, siendo distintas obligaciones, el objeto es diverso pero la prestación que la constituye es idéntica, de modo que el acreedor no puede después de obtener el pago de una reclamar el pago de la otra, porque se estaría enriqueciendo injustamente al obtener un doble pago.

Por ello, en estricta lógica no estamos aquí ante una obligación de sujeto plural, sino de varias obligaciones independientes que coinciden en el acreedor y en que la prestación de cada una de ellas satisface el interés de este último, por lo que cumplida una de ellas el acreedor no puede recurrir a otro deudor para que cumpla con la suya, esto sin perjuicio de los reembolsos que procedan entre los distintos deudores para restablecer el equilibrio económico entre ellos.

De esta conceptualización surgen varias características: en primer lugar, que las obligaciones concurrentes son sólo de deudores (es decir, siempre es concurrencia pasiva); en segundo lugar, que no requieren declaración expresa ni de la ley ni de la voluntad de las partes, y nacen de la circunstancia de que la prestación es idéntica. Se puede agregar que como se trata de obligaciones distintas no se produce la propagación de efectos como en las obligaciones solidarias: la remisión de una de las deudas no tiene influencia en las demás, la interrupción de la prescripción de una de las obligaciones concurrentes no perjudica a los demás deudores, los plazos de prescripción pueden ser distintos, no procede que el acreedor renuncie a la concurrencia como sí sucede con la solidaridad, la pérdida culpable de la cosa no mantiene la concurrencia respecto del valor de la cosa. Una última característica, en la que sí se coincide con la solidaridad, es que el pago de una de las obligaciones extingue las demás obligaciones concurrentes ya sea en su total o hasta la concurrencia de sus montos.

En tal caso, se extingue la obligación para los demás deudores concurrentes, aunque para evitar que se produzcan enriquecimientos injustos existen acciones para pedir reembolso del total o de una parte de lo pagado.

3. Supuestos

a) Pluralidad de ilícitos con un mismo daño

266 Como sabemos, el art. 2317 del Código Civil exige coautoría en un solo delito o cuasidelito para imponer en los partícipes la solidaridad legal, es decir, que "un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas". Se exige, por tanto, que haya una unidad de hecho ilícito, aunque pueda ser complejo.

Si hay pluralidad de delitos o cuasidelitos civiles que al combinarse producen un mismo daño, es posible estimar que se producen obligaciones concurrentes de reparar ese daño por parte de los autores de cada delito o cuasidelito. De esta manera, la víctima podría demandar el pago total del daño a cualquiera de estos autores, ya que se trataría de obligaciones diversas que coinciden en la prestación debida (la reparación del daño).

b) Responsabilidad por el hecho ajeno

267 La responsabilidad de una persona por los hechos dañosos que comete una persona que depende de ella está ampliamente reconocida en el Código Civil (arts. 2320, 2321, 2322 y 2325). En estos casos, si el dependiente es capaz se produce nuevamente una concurrencia de obligaciones a diverso título o causa: el dependiente debe reparar el daño porque ha sido causado por su culpa o dolo, y al mismo tiempo el principal debe reparar ese mismo daño por el criterio de responsabilidad por hecho de tercero.

El Código no dispone que se trate de un caso de solidaridad legal, por lo que la figura calza perfectamente con la de las obligaciones concurrentes.

Lo mismo puede aplicarse a la responsabilidad contractual tratándose de auxiliares o dependientes del titular del negocio, ya que aquí se entiende que el hecho del auxiliar o dependiente es propio de quien lo emplea (cfr. art. 1679 CC). Pero no habría problemas en que el contratante afectado por el incumplimiento demandara el total del daño al auxiliar o dependiente, por ejemplo si es más solvente que el deudor principal.

c) Responsabilidad civil por el mismo daño en virtud de regímenes diferentes

268 Varios supuestos de concurrencia de obligaciones pueden basarse en la confluencia de causas o regímenes de responsabilidad diversos. Por ejemplo, si al depositario, por culpa o negligencia, un tercero le sustrae la cosa (la hurta o la roba), y luego la cosa perece. El depositante puede pedir que responda por el valor de la cosa al depositario (por responsabilidad contractual) y contra el tercero que sustrajo la cosa (por responsabilidad extracontractual).

También cabrían los casos en los que se puede perseguir la responsabilidad de un tercero que induce a una de las partes a incumplir el contrato. La parte cumplidora puede pedir la reparación del daño causado al tercero que interfiere en el contrato (responsabilidad extracontractual) o la de la contraparte por los perjuicios derivados del incumplimiento (responsabilidad contractual).

Sucede lo mismo si se aplican regímenes de responsabilidad por culpa y de responsabilidad objetiva. Es lo que sucede con el art. 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que dispone que responde por los daños causados en la construcción de un inmueble el "propietario primer vendedor", pero también el constructor, por defectos propios de su actividad, y el diseñador por culpa o negligencia. La víctima por los defectos de la construcción puede reclamar al propietario primer vendedor, que responde objetivamente, y contra el constructor o el arquitecto diseñador si se dan los requisitos de responsabilidad de estos últimos. Pero la ley no ha dispuesto la solidaridad, por lo que debe señalarse que se trata de un caso de concurrencia de obligaciones de reparar el daño causado.

Igual cosa ocurre si por negligencia de un funcionario público se produce un daño que puede ser calificado como resultado de una falta de servicio. La víctima podría pedir indemnización del daño al Estado directamente (art. 42 ley Nº 18.575, texto refundido por D.F.L. Nº 1, de 2001) o también al funcionario público que causó por su culpa personal el daño conforme a las reglas de responsabilidad extracontractual del Código Civil.

d) Obligaciones por daño a cosas cubiertas por seguros

269 Si el dueño de ciertas cosas las ha asegurado por los daños que puedan experimentar, y un tercero por dolo o culpa las destruye o deteriora; el dueño tendrá acción contra el tercero por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual y contra la compañía aseguradora por el valor asegurado.

No siempre coincidirá el valor asegurado con el valor de la cosa en sí misma, aunque el asegurado normalmente preferirá cobrar el seguro y no perseguir al tercero responsable del daño.

e) Concurrencia por consagración de acciones directas

270 La acción directa, como veremos más adelante, es aquella que se concede al acreedor de un acreedor para que, sin subrogación, demande directamente el cumplimiento del deudor de su acreedor.

Hemos sostenido que la reforma del contrato de seguros (ley Nº 20.667, de 2013), ha implícitamente consagrado (arts. 513 y 570 CCom), tratándose del seguro de responsabilidad civil, la acción directa de la víctima en contra de la compañía aseguradora. De esta manera, la víctima en cuanto acreedora del asegurado demanda directamente al deudor de ese asegurado para que pague directamente la indemnización pactada en la póliza. Hay aquí una concurrencia de obligaciones del asegurado autor del daño y de la compañía de seguros que debe responder por el seguro de responsabilidad civil, y la víctima puede elegir o incluso demandar conjuntamente a ambos. Según otras opiniones se trataría sólo de una acción de pago de la indemnización ya determinada judicialmente, pero si así fuera habría aquí también obligaciones concurrentes.

Lo anterior se aplica a acciones directas reconocidas en el Código Civil, como sucede con la acción que trabajadores tienen contra el empresario constructor que pueden hacer valer directamente contra el dueño de la obra aunque de modo subsidiario y por lo que no hayan podido conseguir del empresario constructor (art. 2003.5ª CC).

Otras acciones directas se encuentra en leyes especiales, y en particular en el régimen de subcontratación laboral regulado en el Código del Trabajo (arts. 183-A y ss CTrab).

f) ¿Concurrencia de obligaciones alimenticias?

271 En la doctrina francesa se suele citar el caso de varios alimentantes que deben alimentos a una misma persona como ejemplo de obligaciones insólidum. En nuestro Código, en cambio, esta concurrencia está regulada como obligación simplemente conjunta ya que señala que "entre varios obligados [a prestar alimentos] por un mismo título, el juez distribuirá la obligación en proporción a sus facultades" (art. 326.2 CC).

Por ello nos parece que estamos frente a un caso de obligación simplemente conjunta que tiene la particularidad de que la distribución no se hace por iguales partes, sino en proporción a las facultades económicas de los deudores, por disposición de la ley.

4. Efectos

272 El principal efecto de la concurrencia de obligaciones es que los deudores responden por el total de la prestación de cada una de las obligaciones. Puede tratarse de una concurrencia total: si es el mismo valor de prestación será concurrencia total y todos los deudores deben pagar ese total; si la concurrencia es parcial (como puede suceder en los casos de seguros que tienen límites a la indemnización por el siniestro), se podrá pedir a uno de los deudores la cantidad limitada y al otro el saldo.

Lo que se señala del pago se aplicará también a la dación en pago y a la compensación, siempre que se cumplan los requisitos de estos modos de extinción.

La cuestión de los reembolsos pospago es más complejo y dependerá de la causa que originan las obligaciones concurrentes y de las relaciones que existen entre ellas. Así, por ejemplo, en principio el tercero civilmente responsable puede accionar de regreso por el total contra el dependiente autor director del año (art. 2325 CC); y el responsable por responsabilidad estricta puede repetir por el total en contra del responsable por dolo o culpa. El asegurado responsable puede pedir reembolso del total de lo pagado a la víctima en contra del asegurador de responsabilidad civil, sin perjuicio de los límites de cobertura que tenga la póliza.

Sin embargo, en algunos casos, quien paga no podrá repetir nada en contra del otro deudor concurrente. Por ejemplo, el tercero civilmente responsable no tiene acción de reembolso contra el autor director del daño si éste actuó obedeciendo las órdenes del primero (art. 2325 CC), el asegurador de responsabilidad civil que paga a la víctima que ejerció la acción directa no puede cobrar nada al asegurado, conforme a lo estipulado en el contrato de seguro.

Una tercera alternativa será que, ya sea por pactos entre los obligados o por la naturaleza de las circunstancias que dieron lugar al nacimiento de la concurrencia de obligaciones, el deudor que pagó tenga derecho a pedir reembolso pero no por el total sino por una parte de la deuda. Así nos parece debiera suceder en el caso en que el daño se produce por hechos ilícitos diferentes, como por ejemplo cuando el accidente del trabajo se produce en parte por el incumplimiento del deber contractual de seguridad de la empresa contratista y en parte por el incumplimiento del deber legal de seguridad que se impone a la empresa dueña de la obra. La distribución entre los deudores debiera corresponder no al criterio de la gravedad de la culpa, sino al de la incidencia causal de ésta en el daño producido.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CORRAL TALCIANI, Hernán, "Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 455-471.

TERCERA PARTE - CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

BIBLIOGRAFÍA GENERAL: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1992, t. XI, pp. 45-377; STITCHKIN, David, *Obligaciones*, Editorial Universitaria, Santiago, 1948, t. II, pp. 1-28 y 152-242; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las obligaciones. Volumen del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.,* Ediciones Jurídicas de Santiago, 3ª edic., Santiago, 2016, pp. 13-140; MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª edic., 1997, pp. 324-395; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Thomson Reuters, 6ª edic., Santiago, 2014, t. II, pp. 697-847; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago, 2003, pp. 274-303; RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 338-405; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 320-381; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *De las obligaciones*, Thomson Reuters, 7ª edic., Santiago, 2011, pp. 240-279; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno III. De la teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 149-176; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edic., 2004, pp. 47-241.

Capítulo primero - Cumplimiento o pago

I. NOCIONES GENERALES

1. Concepto

273 El Código Civil establece que "Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: 1º. Por la solución o pago efectivo" (art. 1567.1º CC).

La palabra "solución" para designar el pago viene del Derecho romano, ya que los juristas de ese sistema solían hablar de "*solutio*", del verbo "*solvere*" que significaba desatar o liberar; con lo que viene a señalar que por el pago el deudor se libera o se desata de la "amarra" que constituía la *obligatio*.

El mismo Código lo define aunque lo trata de "pago efectivo": "El pago efectivo es la prestación de lo que se debe" (art. 1568 CC). Se señala que es efectivo en el sentido de que debe ser real y no meramente aparente o ficticio. Así si en vez del precio de una compraventa se entrega una cosa específica no hay pago efectivo, aunque se extinga la obligación por el modo dación en pago.

2. El pago se aplica a todas las obligaciones

274 El pago se aplica a cualquier obligación, ya que consiste en la prestación de lo debido. Por ello, el que fabrica un mueble para quien se lo ha encargado, al entregarlo paga esa obligación y quien omite revelar secretos industriales paga mientras permanezca en su silencio.

En el uso cotidiano se entiende pagar, como el de dar dinero o una cosa para satisfacer una obligación de dar; pero para el Código Civil la noción es más amplia y consiste en el cumplimiento de la prestación que se ha comprometido: si es un hacer, se paga realizando el hecho; si es un no hacer, se paga permaneciendo en la omisión de la conducta que el deudor se comprometió a no ejecutar.

También el garante (fiador, deudor prendario o hipotecario) si satisface la obligación principal se dice que paga.

3. El pago como acto jurídico

275 El pago puede ser conceptualizado o como un hecho jurídico o como un acto o negocio jurídico, según si la intención de las partes es sólo hacer y recibir algo para satisfacer una obligación o si la intención incluye el efecto jurídico del pago que es extinguir una obligación.

Pareciera claro que esta segunda afirmación es la que conviene más a la naturaleza del pago. Se trata de un acto jurídico que requiere la voluntad de al menos dos partes: el deudor que paga y el acreedor que recibe. Siendo así, el acto jurídico del pago es un acto jurídico bilateral, y por tanto una convención. Se ha dicho que estando el deudor obligado a pagar no tendría libertad para no hacerlo, pero una cosa es que el acto jurídico sea debido y otra que no requiera voluntad para llevarlo a cabo. En el contrato de promesa de celebrar un contrato, el pago se realiza celebrando el contrato definitivo, y nadie puede negar que este último sea un acto jurídico.

De esta manera el pago de una obligación de dar se identificará con la tradición de la cosa pagada, y habiendo sostenido que la tradición es un acto jurídico[27], no habrá duda de que esta tradición en función de pago es también un acto jurídico bilateral.

Como el efecto jurídico del pago no es crear una obligación sino extinguirla, en nuestro sistema el pago no puede ser considerado un contrato (cfr. art. 1438 CC). Se trata, por tanto, del típico ejemplo de una convención (acto jurídico bilateral) que tiene por objeto extinguir una obligación.

A esta concepción del pago como acto jurídico bilateral podría objetarse que no se entiende por qué el pago puede hacerse por consignación ante la ausencia o negativa del acreedor a recibir. Pero esta objeción puede ser refutada si se acepta

[27] Véase *Curso. Bienes*, p. 293.

que en el caso del pago por consignación es el juez quien representa al acreedor al declarar la suficiencia del pago.

También puede señalarse que el pago sería un acto jurídico unilateral, al menos respecto de las obligaciones de hacer y no hacer. Pero lo cierto es que en estas obligaciones la aceptación del acreedor se presume, presunción que queda destruida por la objeción al cumplimiento que haga ese acreedor.

En todo caso, como acto jurídico el pago necesita una causa lícita. Para que haya causa en el pago debe existir una obligación ya sea civil o natural que se extinga por ese cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: URBANO MORENO, Edgardo, "Supuestos esenciales de los modos de extinción de las obligaciones y principios fundantes del pago", en *Revista de Derecho* (Universidad Finis Terrae) 5, 2001, pp. 159-165; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El justo título traslaticio del dominio de la tradición en el pago y en las operaciones crediticias", en H. Corral y M.S. Rodríguez (edits.), *Estudios de Derecho Civil II,* LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 695-719; FUEYO LANERI, Fernando, "La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago", en *RDJ*, t. 55, Derecho, pp. 95-113.

II. SUJETOS DEL PAGO

1. Sujeto activo del pago: el solvens

a) Pago hecho por el deudor

276 La persona que está obligada al pago es el deudor en las obligaciones de sujeto único, y los deudores en obligaciones de sujeto plural. Si bien en las obligaciones solidarias e indivisibles pasivamente cualquiera deudor es obligado al pago de la totalidad de la obligación.

Si el deudor fallece, serán sus herederos los que estarán obligados a pagar sus deudas y si hay albacea encargado de pagar deudas se podrá cobrar a éste (art. 1288 CC). Si ningún heredero acepta y no hay albacea con tenencia de bienes, puede perseguirse el pago contra el curador de la herencia yacente que haya sido nombrado judicialmente (art. 1240 CC). En las herencias con muchas deudas se prevé que el albacea inste y el partidor forme una hijuela pagadera de deudas (arts. 1286 y 1336 CC). También un legatario puede estar obligado a pagar las deudas hereditarias, en subsidio de los herederos (art. 1362 CC) o cuando el testador le haya impuesto expresamente esa carga (art. 1104 CC) o un donatario de una donación que se compromete a pagar deudas del donante (arts. 1418 y 1420 CC)

También son obligados al pago los representantes legales del deudor incapaz, o los representantes de las personas jurídicas. Un mandatario general puede ser obligado a pagar las deudas del mandante si pertenecen al giro ordinario de los negocios de éste (art. 2132 CC). El mandato especial para pagar una deuda se denomina diputación para el pago (art. 1635 CC).

b) Personas interesadas en el pago

277 En todos estos casos, se da un pago con subrogación. Se trata del codeudor solidario, del deudor subsidiario (fiador) y del tercer poseedor de la finca hipotecada.

Respecto del codeudor solidario o subsidiario el Código señala expresamente que se da un pago con subrogación por el solo ministerio de la ley (art. 1610.3º CC). Si se trata de un deudor solidario interesado en el negocio para el que se contrajo la deuda, se subroga sólo en la cuota que le correspondía. Si se trata de un deudor no interesado al considerársele fiador puede subrogarse por el total (art. 1522.2 CC). El fiador se subroga por el total. Tanto respecto del codeudor solidario como el fiador existe también una acción personal de reembolso (cfr. art. 2370 CC).

También se da un pago por subrogación si paga al acreedor hipotecario el comprador de una finca hipotecada o quien adquirió un inmueble gravado antes con hipoteca (arts. 1610.2º y 2429 CC). Del mismo modo, el que da en hipoteca un inmueble propio para garantizar una deuda ajena, si paga el crédito para evitar perder el inmueble se subroga contra el deudor principal (art. 2430.2 CC).

Aunque el Código no lo menciona, el que ha constituido un bien propio en prenda para garantizar una deuda ajena (art. 2388 CC) o quien ha comprado la cosa en prenda de propiedad del deudor (art. 2404 CC) tienen derecho a pagar al acreedor prendario para recuperar el bien. En ambos casos, no habrá subrogación pero sí una acción personal de reembolso. Esto es más discutible respecto del comprador que probablemente ha descontado el pago del crédito del precio que pagó.

c) Personas no interesadas

c.1) Regla general

278 El Código señala que cualquier persona puede pagar por el deudor incluso aunque el acreedor no quiera recibir el pago: "Puede pagar por el deudor cualquiera persona a nombre del deudor, aun sin su conocimiento o contra su voluntad, y aun a pesar del acreedor" (art. 1572.1).

Se excepcionan los casos en los que el pago involucra caracteres personales del deudor: "si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor" (art. 1572.2). No obstante, si el acreedor consiente podrá pagar el tercero que ofrece el pago porque puede convenirle al acreedor si quien paga tiene aptitudes o talentos de mayor calidad que el deudor original.

c.2) Terceros autorizados por el deudor

279 Si el tercero paga con autorización expresa o tácita del deudor, en realidad estaremos ante una diputación o mandato para pagar. Pero el Código reconoce aquí un pago por subrogación de carácter legal: se entiende subrogado en el crédito a beneficio: "Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor" (art. 1610.5º CC).

Siendo así, este tercero que paga tiene la acción del acreedor en la que se subroga para reclamar la restitución de lo pagado al deudor, y además la acción de reembolso del mandato.

La autorización expresa o tácita debe probarla el tercero que paga, y dado que estamos ante un contrato (mandato) se aplicará la restricción de la prueba testimonial de los arts. 1708 y siguientes.

c.3) Terceros no autorizados por el deudor

280 Si se trata de un tercero que procede sin autorización del deudor, el Código no le concede el beneficio del pago con subrogación legal, pero sí una acción personal de reembolso contra el deudor por lo que pagó: "El que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue" (art. 1573 CC).

Aunque el Código señala que el tercero debe proceder sin conocimiento del deudor, lo cierto es que lo realmente importante es que no haya habido autorización, por lo que si hubo conocimiento del pago y el deudor no se opuso a ello se aplicará este derecho de reembolso.

c.4) Terceros que pagan contra la voluntad del deudor. La antinomia entre los arts. 1574 y 2291

281 Para los terceros que no son autorizados por el deudor sino que, por el contrario, el deudor les ha prohibido que paguen por él, se ha constatado una antinomia entre los arts. 1574 y 2291.

El primero, en sede de pago, dispone que "el que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción" (art. 1574 CC). La cesión de la acción aquí debe entenderse como cesión del crédito.

Pero luego, en materia del cuasicontrato de agencia oficiosa, el Código dispone: "El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda; por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado" (art. 2291 CC).

Como vemos, en el primer precepto (pago) se niega derecho a pedir reembolso mientras que en el segundo (gestión de negocios ajenos) se pone como ejemplo de reembolso el pago de una deuda que hubiera debido pagar el interesado o titular del negocio.

La doctrina ha propuesto varias soluciones. Se ha dicho que el art. 1574 se aplica a pagos aislados, mientras que el art. 2291 se refiere a pagos de deudas realizados en el contexto de la administración de un negocio ajeno. Otros sostienen

que hay que distinguir si el pago fue útil o no; si fue útil al deudor procede el reembolso; no hay pago útil cuando el acreedor era benévolo y no tenía intención de cobrar o exigir el crédito o cuando se trata de un contrato bilateral en el que la otra parte no ha cumplido su propia obligación. De esta manera, el art. 1574 se aplicaría cuando el pago haya sido inútil al deudor, y el art. 2291 cuando le hubiera sido útil. Una tercera alternativa ha sido propuesta: consiste en estimar que tanto en el art. 1574 como en el art. 2291, procede el reembolso pero no de todo lo pagado, sino de lo que resultó útil para el deudor si esa utilidad subsiste a la fecha de la demanda.

Por nuestra parte, pensamos que la primera teoría es la acertada ya que respeta mejor el tenor de los preceptos. No hay injusticia en negar la acción de reembolso en el caso de pago realizado por un tercero contra la voluntad del deudor, ya que éste al proceder así ha violentado la voluntad de otra persona y la ley lo sanciona con la pérdida del derecho a reembolso.

En cambio, es obvio que si se administra un negocio ajeno, aun cuando sea contra la expresa prohibición del titular del negocio, le ha reportado un provecho y por eso si se han pagado las deudas procederá que se reembolse pero limitado a lo que la gestión (no sólo el pago) le hubiere sido efectivamente útil y siempre que la utilidad existiera al tiempo de la demanda. Por eso no se habla aquí de acción de reembolso sino de acción *in rem verso*.

2. Sujeto pasivo del pago: el acreedor

a) Pago hecho al acreedor o sus sucesores

282 Obviamente, el pago para que sea válido debe ser hecho a la persona del acreedor si es persona natural o a sus administradores si es persona jurídica. Así lo señala el Código Civil, "para que el pago sea válido, debe hacerse [...] al acreedor mismo..." (art. 1576.1 CC).

Se entienden incluidos en el acreedor los sucesores en el crédito ya sea a título universal (herederos) o a título singular (legatarios, cesionarios). Por eso dispone que cuando se señala que puede hacerse el pago al acreedor mismo "bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun a título singular" (art. 1576.1 CC). En caso de fallecer el acreedor, y siendo el crédito transmisible, si hay varios herederos podrá pagarse a cada uno su cuota que será aquella que les corresponde en la herencia. Puede también pagarse al legatario al cual se ha dejado el crédito (art. 1127 CC).

En caso de sucesión por acto entre vivos o cesión del crédito podrá pagarse al cesionario, pero si el deudor no ha aceptado la cesión o ésta no le ha sido notificada debe pagar al cedente (art. 1905 CC). Si paga al cesionario, habrá pago indebido, salvo que se aplique la norma relativa al pago al poseedor del crédito.

b) Pago hecho al representante legal o voluntario del acreedor

b.1) Representante legal y judicial

283 También puede pagarse al *representante legal del acreedor*. Así lo dispone el Código al señalar que para que el pago sea válido puede hacerse o al acreedor mismo "o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro" (art. 1576.1 CC).

Por ello se puede pagar al representante legal de un incapaz o de una persona que no tiene la administración de sus bienes y a otros a los que la ley otorga la facultad de recibir pagos de deudas. El Código señala que "reciben legítimamente los tutores y curadores por sus respectivos representados; los albaceas que tuvieren este encargo especial o la tenencia de los bienes del difunto; los maridos por sus mujeres en cuanto tengan la administración de los bienes de éstas; padres o madres que ejerzan la patria potestad por sus hijos; los recaudadores fiscales o de comunidades o establecimientos públicos, por el Fisco o las respectivas comunidades o establecimientos...". (art. 1579 CC). Nótese que el marido ya no recibe como representante legal de la mujer incapaz sino únicamente como administrador de sus bienes propios.

Como regla general, se dispone que pueden recibir el pago "las demás personas que por ley especial o decreto judicial estén autorizadas para ello" (art. 1579 CC).

Como ejemplo de ley especial, puede señalarse la ley de liquidación concursal que señala que puede recibir el pago el liquidador, ya que asume la administración de los bienes del deudor en concurso (art. 130.1º LRLEP).

Más complejo es encontrar ejemplos de *representación judicial*. Los autores suelen dar ejemplos que no convencen del todo: por ejemplo, que si se embarga y se remata el crédito, el precio se pagará al acreedor ejecutante, pero en realidad aquí hay una venta forzada por el ministerio de la justicia y el precio debe pagarse al acreedor que vende el crédito a través de su ejecución judicial. Quien se adjudica el crédito pasará a ser un nuevo acreedor y el pago deberá hacerse a este acreedor. Otros autores señalan que se daría esto por el hecho de que el juez nombre un secuestre (arts. 290.1º, 291 y 292 CPC), un depositario de cosas embargadas (arts. 443.3º y 479 CPC) o un administrador de la comunidad proindiviso (art. 653 CPC), pero en realidad la facultad de percibir pagos proviene de las funciones que la ley fija al cargo de secuestre o depositario judicial o administrador de la comunidad.

También se señala que sería un ejemplo de nombramiento judicial de alguien que reciba el pago, solicitud de que alguien cuya ausencia se teme nombre apoderado que lo represente en algún juicio futuro (art. 285 CPC), pero como se ve no es el juez quien nombra al apoderado sino la persona cuya ausencia se teme.

b.2) Representante voluntario

284 Respecto del *representante voluntario*, el Código dispone que el pago puede hacerse también "a la persona diputada por el acreedor para el cobro" (art. 1576.1

CC). Se trata obviamente de un contrato de mandato que incluye la facultad de recibir el pago.

Se dispone, así, que "la diputación para recibir el pago puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor" (art. 1580 CC).

Los dos primeros son mandatos generales: uno para la administración de todos los negocios del mandante y el segundo para la administración del negocio en que está incluida la deuda cuyo pago se recibe. Concordando con esto el Código dispone que el mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el de efectuar actos de administración como la de cobrar los créditos del mandante y la de perseguir en juicio a los deudores que estén dentro del giro ordinario de los negocios del mandante cuya administración le haya sido encomendada (art. 2132 CC).

b.3) Diputado para recibir el pago

285 Pero también puede darse un mandato especial para cobrar y recibir al pago de la deuda, lo que el Código denomina *diputación para recibir el pago*.

En general, la diputación para el pago es un mandato especial y se rige por las reglas del mandato. De esta manera se señala que puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago, cualquiera persona a quien el acreedor cometa este encargo (art. 1581 CC). Pero se aclara que "el poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor, no le faculta por sí solo para recibir el pago de la deuda" (art. 1582 CC), lo que concuerda con lo que para el mandato judicial dispone el Código de Procedimiento Civil en el sentido de que la facultad de percibir debe mencionarse expresamente (art. 7.2 CPC). Hace excepción a esto el mandato especial para vender que autoriza para recibir el pago del precio (art. 2142 CC).

Respecto de la capacidad del diputado se admite que al tiempo de conferírsele el encargo "no tenga la administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla" (art. 1581 CC), lo que coincide con la posibilidad de celebrar contrato de mandato con un menor adulto prevista expresamente en el Código Civil (art. 2128 CC). Aunque la expresión del art. 1581 es amplísima y da la impresión de que puede darse diputación para el pago incluso a personas absolutamente incapaces, entendemos que se refiere sólo a los incapaces relativos. En tal caso, se aplicará el criterio previsto para el mandato a un menor adulto de manera que el pago hecho por el deudor será válido, pero luego el menor adulto podrá alegar que el mandato es nulo relativamente cuando el mandante pida su restitución, y sólo tendrá que restituir en la medida en que se haya hecho más rico (art. 1688 CC).

La diputación para el pago, como todo mandato, es *intuitu personae*, y por tanto se extingue por la muerte del diputado. El Código dispone que "la facultad de recibir por el acreedor no se transmite a los herederos o representantes de la persona diputada por él para este efecto, a menos que lo haya expresado así el acreedor" (art. 1583 CC). No hay duda en que este mandato no es transmisible a los herederos del diputado en caso de que este fallezca, sin embargo sí se transmitirá si expresamente el acreedor estipula que en caso de morir el diputado puedan recibir el pago sus herederos, con lo que tenemos aquí una especie de mandato que no se extingue por la muerte del mandatario.

Lo que no se entiende muy bien es por qué el Código habla de que la facultad de recibir no se transmite a los representantes del diputado, a menos que lo haya así expresado el acreedor. Pensamos que lo que se quiso decir es que este mandato especial no puede ser delegado ni ejecutado por un representante legal del diputado, salvo que el acreedor lo haya así estipulado expresamente.

Siendo un mandato se extingue por las mismas causales del mandato: "La persona diputada para recibir se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general por todas las causas que hacen expirar un mandato" (art. 1586 CC; cfr. art. 2163 CC).

Existen reglas especiales para la revocación en dos casos, pero que en realidad no constituyen propiamente mandatos: primero, si el diputado ha sido designado de común acuerdo por el acreedor y el deudor, y segundo si se ha estipulado que se pague al acreedor o a un tercero. En ambos casos el acreedor no puede revocar por sí solo, aunque se admite en el diputado nombrado de común acuerdo ya que el acreedor "podrá ser autorizado por el juez para revocar este encargo, en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello" (art. 1584 CC). En el segundo caso, esto es, si se autoriza a un tercero para recibir, el pago hecho al tercero es válido, y no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero "a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor, o que pruebe justo motivo para ello" (art. 1585 CC). El Código pareciera dar a entender que el acreedor debe haber demandado antes al deudor y luego prohibir que haga el pago al tercero, pero nos parece que en la notificación de la demanda al deudor ya está implícita la prohibición de que pague en otras manos diversas del demandante.

No obstante, la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor señala que aunque se haya nombrado un diputado para recibir el pago (cobranzas extrajudiciales) o se haya acordado a una persona para que reciba por el proveedor, el consumidor siempre podrá pagar directamente a éste el total de la deuda vencida o de las cuotas impagas, incluidos los gastos de cobranza que procedieren. En esos casos, por la recepción del pago terminará el mandato que hubiere conferido el proveedor, quien deberá dar aviso inmediato al mandatario para que se abstenga de proseguir en el cobro (art. 39 B LPDC).

c) Pago hecho al poseedor del crédito

286 El Código dispone que puede hacerse el pago a quien aparezca como poseedor del crédito aunque después se compruebe que no era el acreedor: "El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía" (art. 1576.2 CC).

Los requisitos para que este pago sea válido son:

1º) Que se trate del deudor, o de cualquiera otra persona que está autorizada a pagar por él (sucesores, representantes, mandatarios, terceros interesados o no interesados).

2º) Posesión del crédito del que recibe: el Código habla aquí de posesión del crédito aunque después aparezca que no le pertenecía.

La mayor parte de la doctrina sostiene que no se trata aquí del concepto técnico de posesión, sino sólo de la apariencia de titularidad del crédito, de que quien recibe el pago se comporte y haya antecedentes que hagan verosímil su derecho de crédito. Nos parece que esto es justamente la posesión: la apariencia de ser dueño de una cosa; por lo que, como lo hemos sostenido anteriormente[28], pensamos que aquí se habla propiamente de poseedor de un derecho personal o crédito. Son ejemplos de poseedores de créditos un heredero putativo del acreedor que luego se demuestra que era indigno o que había sido desheredado por testamento; o el cesionario de un crédito en que el cedente no era el acreedor.

Algunos autores piensan que deben excluirse los casos en los que se ha falsificado el título del crédito o en que el poseedor se vale de actos fraudulentos para lograr esa apariencia. Pero debe recordarse que estamos ante una norma que pretende favorecer al deudor, de manera que si éste estaba de buena fe, no importa que la posesión provenga de actos o hechos delictuales o ilícitos.

Por cierto, la posesión del crédito debe estar vigente al momento del pago.

3º) Buena fe del que paga: este requisito es fundamental, ya que quien paga debe estar de buena fe, es decir, debe creer que le está pagando al verdadero acreedor, y siempre que no se trate de un error de hecho inexcusable (cfr. art. 706.3 CC). En todo caso, la buena fe se presume (art. 707 CC), por lo que si el verdadero acreedor reclama el pago deberá demostrar que el deudor o quien paga por él estaba de mala fe, ya sea por colusión con el poseedor o porque el error de hecho por el que procedió no era excusable.

Siendo válido el pago hecho de buena fe al poseedor del crédito, el deudor queda liberado y no podrá el auténtico acreedor exigirle que le pague por segunda vez. Por cierto, este acreedor podrá demandar al poseedor del crédito para que le reembolse lo recibido de manera indebida.

[28] Véase *Curso. Bienes*, p. 377.

3. Supuestos de invalidez del pago hecho al acreedor

a) Pago hecho al acreedor incapaz

287 El pago hecho al acreedor puede ser inválido en tres casos, que se enumeran en el art. 1578 del Código; el primero de ellos es si el acreedor no tiene la administración de sus bienes, es decir, se trata de una persona incapaz.

La nulidad del pago dependerá de si se trata de un incapaz absoluto, caso en que se producirá nulidad absoluta; o si se trata de una incapacidad relativa, caso en que se producirá nulidad relativa.

Se excepciona el caso en que se probare que la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor, si ese provecho se justifica con arreglo al artículo 1688 del Código Civil, esto es, cuando las cosas pagadas o las adquiridas por medio de ellas le hayan sido necesarias o si no le han sido necesarias subsistan y se quisiera retenerlas. Aunque el Código parece dar la impresión de que en este supuesto es válido, nos parece que el pago seguirá siendo nulo, pero no se podrá pedir la repetición sino en las condiciones que establece el art. 1688 sobre si el incapaz se hizo más rico.

b) Pago de crédito embargado o mandado retener

288 El Código señala que el pago es nulo "si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener su pago" (art. 1578.2º CC).

En realidad, no es la deuda la que se embarga sino el crédito porque la deuda u obligación es un pasivo y no un bien. Si se embarga un crédito no debe pagarse al acreedor sino depositarse en la cuenta corriente del tribunal o esperar a que se remate y pagar a quien lo haya subastado.

La norma del Código habla también de que el juez haya mandado retener el pago de la deuda. Nuevamente, hemos de precisar que se trata del crédito no de la deuda. También podría proceder una medida precautoria de retención de dinero o de bienes determinados (arts. 290.3º y 295 CPC).

La sanción será la nulidad absoluta siempre que el embargo o la medida de retención haya sido inscrita en el Conservador tratándose de créditos inmuebles o, de lo contrario, probando la mala fe del deudor que paga al acreedor embargado o ejecutado. Se trata de una exigencia que atiende a la especie o naturaleza del acto y no a la calidad de las partes. La jurisprudencia ha señalado que se exige que el deudor haya sido notificado del embargo o de la medida precautoria de retención.

Para el pago de obligaciones de dar que implica una tradición de la cosa se determina que "se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; salvo que intervenga decreto judicial en contrario" (art. 681 CC); es decir, si se ha embargado el crédito o se ha mandado retener su pago.

c) Pago al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso

289 Se dispone que el pago es nulo "si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso" (art. 1578.3º CC).

La ley concursal dispone que si se ha declarado al deudor en proceso de liquidación, la resolución de liquidación deberá advertir al público en general que no se hagan pagos al deudor liquidado so pena de nulidad del pago (art. 129.6º LRLEP). El pago deberá hacerse al liquidador quien tiene la administración de los bienes del deudor concursado.

Entendemos que se trata de nulidad absoluta y que el liquidador puede demandarla como interesado en ella.

También pueden revocarse los pagos anticipados y los no realizados en conformidad al contrato, si se han realizado en el año anterior a la resolución de liquidación, o si se trata de personas relacionadas con el deudor en el plazo de dos años anteriores (arts. 287 y 290 LRLEP). Aquí la sanción no es la invalidez del pago, sino su revocación.

4. Validación del pago hecho a persona inhábil

290 Si el pago no se ha hecho al acreedor, al representante o al poseedor del crédito sino a otra persona, obviamente habrá pago de lo no debido y el pago no producirá la liberación del deudor de su deuda originaria. Pero el Código señala que ese pago hecho a persona inhábil de recibir puede ser validado retroactivamente por dos causales: por ratificación del acreedor o por sucesión en el crédito.

Así se dispone que "El pago hecho a una persona diversa de las expresadas en el artículo precedente es válido, si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo; o si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera" (art. 1577.1 CC).

Al ratificar el pago el acreedor lo legitima al considerar que el tercero que recibió el pago lo hizo como mandatario suyo. La ratificación puede ser expresa pero también de manera tácita, como si el acreedor da recibo del pago al deudor. En el pago de obligación de dar que implica una tradición el mismo principio se consigna en el art. 673 del Código Civil.

También se valida el pago si el tercero que lo recibió sucede en el crédito ya sea como heredero o de otro modo cualquiera, por ejemplo, si el acreedor le cede el crédito.

El Código parece consignar la retroactividad de la validación sólo respecto del caso de la confirmación: "Cuando el pago hecho a persona incompetente es ratificado por el acreedor, se mirará como válido desde el principio" (art. 1577.2 CC). Pero no vemos razones para que en el caso de sucesión no se siga el mismo

principio. Quizás el Código lo aclaró sólo para la ratificación porque en ese caso podría prestarse a dudas.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: OBRECHT H., Raúl, "La contradicción entre los artículos 1574 y 2291 del Código Civil es sólo aparente", en *RDJ*, t. 39, Derecho, pp. 99-100; SERRANO HERRERA, Claudia, "La legitimación para el pago de un tercero", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 37, 2011, pp. 137-211; SERRANO HERRERA, Claudia, "El pago: función de la voluntad del acreedor y su naturaleza jurídica", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 425-435; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, "El pago al poseedor del crédito. Un caso de apariencia culposa", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 385-402.

III. OBJETO Y REQUISITOS DEL PAGO

1. Objeto del pago

a) Obligaciones de dar

291 El objeto del pago es la prestación que se debe, y en el caso de obligaciones de dar se trata de transferir el dominio o de constituir otro derecho real sobre una cosa, es decir, se debe hacer mediante la tradición de la cosa o del respectivo derecho real.

Si estamos ante una obligación de género el deudor la cumplirá transfiriendo el dominio de la cantidad acordada de cosas del género de a lo menos mediana calidad (art. 1509 CC).

En cambio, si se está frente a una obligación de especie o cuerpo cierto, el pago debe hacerse mediante la tradición de la cosa que se individualiza y no con otra incluso aunque sea de mayor valor que la debida (art. 1569.2 CC).

b) Obligaciones de hacer

292 El pago en las obligaciones de hacer se hará desarrollando la conducta a la que el deudor se obligó en todas sus circunstancias y exigencias. Por cierto, si se trata de un hacer que requiere de la aptitud o talento del deudor, sólo este puede cumplir y no puede ejecutarse la obra por otra persona a menos que el acreedor así lo consienta (art. 1572.3 CC).

c) Obligaciones de no hacer

293 La obligación de no hacer se cumplirá ya sea no poniendo trabas para que el acreedor realice alguna conducta a la que el deudor podría oponerse, o simplemente omitiendo una conducta que el deudor podría desarrollar legítimamente de no ser por la obligación. En este último caso, el cumplimiento debe ser permanente en cuanto a que la omisión debe ser continuada por todo el período

que se haya pactado o, al menos, por el período que sea exigido por el interés del acreedor.

2. Requisitos generales

a) Adecuación del pago

294 El pago o cumplimiento debe ajustarse exactamente a la prestación debida y sin posibilidad de que haya desviaciones o modificaciones en el objeto, los accidentes o circunstancias. El Código lo dispone de manera enfática: "El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación..." (art. 1569.1 CC).

No obstante, se señala que esa regla se entiende "sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes" (art. 1569.1 CC).

Hay casos en los que la ley admite que no se pague exactamente con lo señalado en la obligación, sino con algo equivalente. Así sucede con la obligación o deber modal que se hace imposible en la forma prescrita por el testador y que puede cumplirse de una manera análoga si el juez así lo autoriza (art. 1093.2 CC); o con el mandatario al que se le hace imposible desempeñar el encargo conforme a las instrucciones y no puede dejar de obrar sin comprometer al mandato, al que se le admite tomar el partido que más se acerque a sus instrucciones y más convenga al negocio (art. 2150.2 CC).

También se ha sostenido, sobre todo a propósito de la sustitución de clases presenciales por telemáticas por causa de la pandemia del covid-19, que el cumplimiento por equivalencia podría ser una forma de paliar o superar la inevitabilidad del caso fortuito.

Algo similar sucede para el cumplimiento de las obligaciones de no hacer, en que en principio se dispone que debe destruirse lo hecho en contravención a la obligación, pero que "si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso sera´ oi´do el deudor que se allane a prestarlo" (art. 1555.3 CC).

b) Identidad del pago

295 Conectado con el requisito anterior, se señala que el acreedor tiene derecho a recibir la prestación que fue acordada y no otra, incluso aunque ésta fuera de mayor valor. Así, se dispone que "El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida" (art. 1569.2 CC).

Nótese que se señala que el acreedor no está obligado a recibir algo diverso de lo debido, por lo que, *a contrario sensu*, se ha de entender que si el acreedor consiente en aceptar como pago algo distinto a lo que señala el tenor de la obligación, no habría problemas. Pero, según la doctrina y la jurisprudencia, en tal

caso no habría propiamente un pago sino una dación en pago que tiene diferencias con el mero cumplimiento.

Algunos piensan que las obligaciones facultativas son también una excepción a este requisito, ya que el deudor puede pagar con una cosa que no es la debida (art. 1505 CC). Pero en realidad cuando el deudor paga con la cosa *in facultatis solutionis*, sí hace un pago con la prestación que se ha dispuesto en la obligación aunque sea como facultad de pago.

c) Integralidad del pago. Gastos del pago

296 El Código Civil dispone que el pago debe ser total, lo que incluye intereses e indemnizaciones: "El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban" (art. 1591 CC).

Se incluye también en el pago los *gastos necesarios* para realizarlo: "Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales" (art. 1571 CC). De esta manera, si no se ha pactado lo contrario y sin perjuicio de lo que el juez ordene sobre las costas judiciales, el deudor no puede pagar si no se hace cargo de los gastos que son necesarios para cumplir la obligación (ej. costos de transporte de la cosa al lugar del pago, alimentación de animales que se deben, etc.). La ley, a veces, impone los gastos del pago al acreedor como en el pago por consignación (art. 1604 CC) o en los costos de transporte de la cosa que debe restuirse en el depósito, que son de cargo del depositante (art. 2232 CC).

Pero la regla de la totalidad tiene excepciones; aunque hay una que no es tal pero que el Código prefiere aclarar: "Cuando concurran entre unos *mismos acreedor y deudor diferentes deudas*, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente" (art. 1594 CC).

Pero el ejemplo que da no se ajusta plenamente al caso ya que se trata de una sola deuda entre acreedor y deudor, aunque dividida en plazos: "el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros" (art. 1594 CC).

En el fondo se está señalando que si se ha pactado una *deuda en plazos* puede pagarse cada cuota sin pagar el total. Por eso se señala que "si la obligación es de pagar a plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales; a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo" (art. 1593 CC).

Una real excepción aunque transitoria es la que dispone que cuando se disputa sobre la cantidad de la deuda o sus accesorios el juez puede ordenar que se pague lo no disputado: "Si hay controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada" (art. 1592 CC).

Debe precisarse que la controversia no debe versar sobre la existencia de la deuda, sino sólo sobre su monto y que una de las partes haya reconocido deber una cantidad ya sea por el capital o por sus accesorios como intereses y reajustes. Además, pareciera que la norma no obliga al juez sino que sólo da una facultad mientras se decida la controversia.

Se mencionan como excepción las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas, pero si estas son originarias no se ve que haya excepción a la integralidad del pago ya que lo que se pactó fue que cada deudor pagara su cuota en la obligación. Por cierto, si esta obligación deviene en simplemente conjunta por muerte del deudor al que le suceden varios herederos, aquí sí hay excepción ya que el acreedor había pactado originalmente una sola deuda por un total, y ahora deberá cobrar a cada heredero su cuota en ella.

Igualmente, un caso de excepción es el beneficio de los cofiadores de dividir entre ellos la deuda (art. 2367 CC), y también el beneficio de excusión del fiador que obliga al acreedor a ejecutar los bienes del deudor principal aunque sólo basten para un pago parcial de la deuda (art. 2364 CC).

En leyes especiales se impone también un pago parcial, como sucede con el pago de letras de cambio y pagaré (art. 54 ley Nº 18.092, de 1982) y los repartos de fondos en procesos de liquidación concursal (arts. 247 y ss. LRLEP).

Se menciona que también puede haber un pago parcial cuando opera la compensación, pero no se advierte que en tal caso no estamos ante el cumplimiento de la obligación sino ante otro modo de extinguir las obligaciones.

Finalmente, es una excepción a la integralidad del pago el llamado beneficio de competencia, aunque se trata más bien de un aplazamiento que se concede a ciertos deudores[29].

d) Oportunidad del pago

297 El pago debe ser oportuno. Para saber cuándo debe hacerse el pago hay que observar el tenor de la obligación y sobre todo si es pura y simple o sujeta a modalidades. Si es pura y simple, el pago debe hacerse en cuanto el contrato se perfeccione o la fuente de la obligación opere.

Si se trata de obligación sujeta a plazo, habrá que esperar el vencimiento del plazo, aunque el deudor en ciertos casos podría pagar antes del vencimiento, si renuncia al beneficio del plazo. Por otro lado, si el plazo caduca, ya sea legal o convencionalmente, también la obligación se hará exigible y el pago deberá hacerse de inmediato. Si se trata de una obligación pagadera en cuotas, el pago de cada cuota deberá hacerse cuando venza el plazo que se ha pactado para cada una de ellas y a falta de pacto expreso las cuotas se entenderán iguales (art. 1593 CC) y el

[29] Véase Nº 369 y ss.

plazo de cada una de ellas deberá determinarse por las reglas de interpretación de los contratos.

La obligación sujeta a condición suspensiva sólo puede pagarse una vez cumplida la condición; si se paga antes puede repetirse el pago por indebido (art. 1485.2 CC).

Si se paga fuera del momento oportuno, habrá incumplimiento y si el deudor se constituye en mora se deberán perjuicios por el retardo.

En todo caso, no habrá mora si se ha embargado el crédito o se ha mandado retener judicialmente el pago (art. 1578.2 CC).

e) Lugar del pago

298 El Código da reglas sobre el lugar en que debe hacerse el pago, dando preferencia a la autonomía privada: el lugar del pago será el que se haya designado en la convención (art. 1587 CC). Se pone en el caso de una obligación nacida de contrato en la cual las partes han acordado dónde debe hacerse el pago. Si se trata de otra fuente se aplicarán las reglas supletorias previstas en los artículos siguientes. Por cierto las partes pueden modificar de mutuo acuerdo este lugar y trasladarlo a otro.

Las reglas supletorias, para el caso de que no se haya convenido dónde debe hacerse el pago, distinguen entre obligaciones de especie o cuerpo cierto y obligaciones de género. Si se trata de una obligación de especie o cuerpo cierto "se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación" (art. 1588.1 CC). Nótese que se habla de constituirse la obligación, por lo que se aplicará a las fuentes no contractuales.

Si se trata de una obligación de género o de hacer o no hacer, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor (art. 1588.2 CC).

El domicilio del deudor es aquel que tenía al momento de constituirse la obligación, aunque más tarde se haya mudado: "Si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa" (art. 1589 CC). La referencia al domicilio del acreedor parece referirse al caso en que se haya estipulado que el pago se hará en ese lugar.

3. Requisitos específicos

a) Requisitos del pago en las obligaciones de dar

a.1) Requisitos

299 Las obligaciones de dar se cumplen mediante la transferencia del dominio, por eso se exige que el deudor sea el *dueño de la cosa* o proceda con la autorización

del dueño: "El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño" (art. 1575.1 CC). Si la paga con consentimiento del dueño hemos de entender que la tradición la efectúa el deudor representando al dueño y como mandatario suyo.

En segundo lugar, no basta que el deudor sea el dueño sino que además debe ser capaz, es decir, tener la facultad de enajenar la cosa por sí mismo y sin el ministerio de otra persona: "Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar" (art. 1575.2). Por eso si se trata de un impúber deberá procederse a través del padre o madre que ejerza la patria potestad o de su tutor; si se trata de un menor adulto deberá hacerse con autorización del padre o madre que ejerza la patria potestad, a menos que se trate de deudas contraídas en la gestión del peculio profesional o industrial y siempre que no incluya la enajenación o gravamen de inmuebles, pues en tal caso se necesitaría autorización judicial (art. 254 CC).

Se excepciona el pago del que no era dueño o no tenía facultad para enajenar la cosa, si se pagan cosas consumibles y el acreedor ya las ha consumido de buena fe: "cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar" (art. 1575.3 CC). Aquí parece confundirse nuevamente las cosas fungibles con las consumibles, pero debemos entender que se trata de cosas fungibles tanto consumibles como no consumibles, y si no son consumibles se entenderá que el acreedor las ha consumido de buena fe cuando las ha enajenado o cuando no es posible identificarlas.

En este caso, el deudor se ve liberado de la deuda ya que el pago es válido, pero el dueño de las cosas fungibles podrá demandar al deudor para que le reembolse el valor de dichas cosas.

Finalmente, es requisito del pago de las obligaciones de dar el que se cumpla con las solemnidades de la tradición (cfr. art. 679 CC), como son, la inscripción del inmueble en el Conservador de Bienes Raíces, la escritura pública respecto de la constitución de servidumbres, o la entrega del título en la cesión del crédito nominativo.

Aquí se ha suscitado una discusión porque el art. 1575 parece dar a entender que el pago en las obligaciones de dar que no es hecho por el dueño o por quien no tiene facultad de enajenar la cosa sería nulo, ya que señala que sin esos requisitos el pago no es válido. Pero esto se contrapone con la idea de que si la tradición no es hecha por el dueño es válida y no nula, aunque no transfiere el dominio pero sí transforma al adquirente en poseedor y le da derecho a adquirir por prescripción. Y además porque de ser nulo sería de nulidad absoluta y no podría confirmarse por ratificación del dueño, mientras que esto es admitido por el Código (art. 673.2 CC), y además se valida retroactivamente si el tradente adquiere posteriormente el dominio (art. 682.2 CC).

Pero la cuestión puede resolverse de la siguiente manera: sin los requisitos la tradición no vale como pago, pero sí como tradición hecha por quien no es el dueño o quien no tenía capacidad de disponer. Si ésta retroactivamente por la ratificación del dueño o por haber adquirido posteriormente el dominio, produce el efecto de transferencia del dominio entonces se valida también como pago. Aquí la nulidad a la que se refiere el art. 1575 es la nulidad de pleno derecho que no requiere declaración judicial y que opera sólo por la falta de esos requisitos. Es decir, el acreedor puede exigir del deudor que se le pague sin necesidad restituyendo lo que se le haya dado.

a.2) Deterioro o pérdida de la cosa

300 La regla es que el acreedor en las obligaciones de especie o cuerpo (se entiende de dar) cierto debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre. Si los deterioros se han producido antes de la mora del deudor y no por culpa de éste o de las personas por las que responde, sino por un tercero, el acreedor estará obligado a recibirla, pero tiene derecho a que el deudor le ceda su acción en contra del tercero culpable de los daños (art. 1590.3 CC).

Si los deterioros se han producido durante la mora del deudor y no provienen de un caso fortuito al que hubiere estado expuesta igualmente si se hubiere entregado oportunamente al acreedor o si antes de la constitución en mora los deterioros se han producido por hecho o culpa del deudor o de las personas por las cuales éste es responsable, el acreedor podrá pedir la "rescisión" del contrato con indemnización de perjuicios (art. 1590.1 y 2 CC). Aquí el Código habla de rescisión pero la doctrina señala que estamos ante un supuesto de resolución por incumplimiento.

Por excepción, el Código señala que "si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios" (art. 1590.3 CC). Esta norma se suele invocar como argumento para señalar que no cualquier incumplimiento del contrato determina su resolución.

Estas normas, sin embargo, deben ajustarse si se trata de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto en un contrato bilateral y si se trata de una obligación sujeta a condición suspensiva.

Como estamos frente a problemas de riesgo contractual tenemos que ponernos en el supuesto de que se ha producido una pérdida o deterioro por caso fortuito o en caso de mora del deudor si el caso fortuito igualmente la hubiera destruido o deteriorado de haberse entregado oportunamente al acreedor. Combinando los arts. 1550 y 1820 obtenemos la regla de que el riesgo de la cosa (pérdida o deterioro) pertenece al acreedor, es decir, el contrato no se extingue y el acreedor (comprador) de la cosa debe cumplir con su obligación, aunque no reciba nada a cambio o reciba una cosa deteriorada. Pero el acreedor si lo prefiere puede mantener la vigencia del contrato y exigir que el deudor le ceda su acción contra el tercero responsable de la pérdida o deterioro (art. 1590.3 CC).

Si la obligación de dar una especie o cuerpo cierto es condicional, el riesgo vuelve al deudor siempre que haya pérdida total de la cosa, por lo que en ese caso se extingue la obligación recíproca del acreedor. En cambio si la cosa se deteriora el acreedor debe recibirla sin exigir que se reduzca su obligación recíproca. Todo esto supone que la condición se haya cumplido (cfr. arts. 1486 y 1820 CC).

b) Requisitos del pago en las obligaciones de dinero

b.1) Aplicación del requisito de la adecuación del pago

301 La obligación de dinero debe cumplirse con la moneda o dinero que fue pactada, pero no se aplica el criterio de pago de las obligaciones de género de que debe cumplirse con especies del género de calidad a lo menos mediana (art. 1509 CC), porque el dinero es cosa fungible y por tanto no es necesario que se pague con determinados billetes o monedas sino con aquellas monedas o billetes que representen la cantidad de dinero debida.

Si se trata de una obligación de dinero determinable habrá que hacer la operación de determinar la cantidad de dinero en la forma en que se previó en el contrato (por ejemplo, si se trata de una obligación expresada en unidad de fomento, deberá corroborarse cuál es el valor de la unidad de fomento del día del pago).

Si la obligación no es de dinero sino monetaria, debe entregarse la especie monetaria que fue pactada o si es un género en especies monetarias de calidad a lo menos mediana.

b.2) Actualización: nominalismo vs. realismo

302 El mayor problema que producen las obligaciones de dinero tiene que ver con su cumplimiento o pago, dado que el tiempo produce una devaluación de la moneda, por lo que 100.000 pesos de 1990 no tienen el mismo valor el 2021, sino mucho menos. Se plantea entonces el problema de si la obligación se cumple dando la cantidad de dinero pactada (principio del nominalismo: se debe lo que nominalmente se ha pactado) o si la cantidad de dinero debe ser actualizada para que refleje el valor que tenía cuando fue contraída (principio del realismo o valorismo).

Nuestro Código Civil originalmente aplicaba el principio del nominalismo, lo que se deducía fundamentalmente de lo dispuesto en el art. 2199, que respecto del mutuo, señalaba "si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato", pero esta norma fue derogada por el D.L. 455, de 1974, que estableció la primera regulación de las operaciones de crédito de dinero. Aun así la mayoría de la doctrina piensa que si las partes no establecen expresamente una fórmula de actualización o reajuste de la obligación de dinero, rige el principio del nominalismo y se debe la misma suma nominal de dinero. Es decir, el nominalismo sería la regla general a menos que las partes pacten algo diverso.

Nos parece que esto no es correcto. La regla general es el principio del realismo, de manera que si las partes nada dicen o no se desprende de las circunstancias del contrato que hayan querido que la obligación de dinero sea pagada con una cifra

nominal, debe entenderse que ya sea antes de la mora o después de ella debe pagarse con una cantidad de dinero actualizada, es decir, que tenga en cuenta la inflación. La ley reconoce operaciones de crédito de dinero no reajustables porque en ese caso el interés pactado es el que, de alguna manera, incluye el reajuste (art. 2.1 LOCD), pero en tal caso las partes han consentido en que no opere el reajuste.

Respecto de las operaciones de crédito reajustable la ley da a las partes libertad para convenir cualquier forma de reajuste, siempre que alguna de ellas no sea un banco, compañía de seguros y otras entidades financieras (art. 3 LOCD). En estos últimos casos, el Banco Central determinará las fórmulas de reajuste (art. 35.9º ley Nº 18.840, de 1989). Actualmente, los principales índices son la unidad de fomento y el índice de valor promedio, aunque también se admite que se pacte en moneda extranjera y el reajuste será el aumento del tipo de cambio de esa moneda.

Si nada se señala sobre una fórmula de reajustabilidad se aplicará la unidad de fomento (art. 25 LOCD, que se aplica a todas las obligaciones de dinero y no sólo a las derivadas de operaciones de crédito de dinero).

Esta regla general de actualización de la obligación de dinero hace perder importancia a la distinción entre obligación de dinero y obligación de valor, ya que, por regla general, las obligaciones de dinero han pasado a ser obligaciones de valor.

b.3) Oportunidad del pago

303 Si el pago no se hace en el plazo pactado, el deudor se constituye en mora y como indemnización de perjuicios se deberán intereses convencionales siempre que fueren mayores que los corrientes y en caso contrario se deberán intereses corrientes, sin que se necesite probar los perjuicios (art. 1559.1º y 2º CC).

Si se trata de operaciones de crédito de dinero reguladas por la ley Nº 18.010, de 1981 en las que no se ha fijado plazo, deben ser pagadas a los 10 días desde la entrega del dinero, salvo que se trate de documentos u obligaciones a la vista o que se exprese que sean pagados a su presentación (art. 13 LOCD). Si el deudor se constituye en mora por no cumplir dentro del plazo, se deberán intereses corrientes salvo que se haya pactado legítimamente un interés superior. Estos intereses se cobran sobre la parte del capital efectivamente vencida y no podrán capitalizarse (art. 16 LOCD).

En estas obligaciones derivadas de operaciones de crédito de dinero se admite pactar el pago anticipado, y en todo caso se regula el derecho irrenunciable del deudor a pagar anticipadamente con ciertos requisitos: 1º Debe tratarse de operaciones cuyo capital no supere las 5.000 unidades de fomento; 2º Que el deudor no sea una institución fiscalizada por la Comisión para el Mercado Financiero o el Fisco o el Banco Central de Chile; 3º que si se trata de operaciones no reajustables, pague el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago; 4º que si se trata de operaciones reajustables, pague el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago; 5º que solo

se cobren intereses asociados al capital insoluto; 6º que los pagos anticipados no sean inferiores al 20% del saldo de la obligación.

La comisión de prepago si se trata de operaciones no reajustables no podrá exceder el valor de un mes de intereses calculados sobre el capital que se prepaga. La comisión de operaciones reajustables la comisión no puede exceder el valor de un mes y medio de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga (art. 10 LOCD).

b.4) Obligaciones en moneda extranjera

304 La ley Nº 18.010 regula el cumplimiento de las obligaciones expresadas en moneda extranjera y dispone que deben ser solucionadas por su equivalente en moneda chilena según el tipo de cambio vendedor del día del pago. Pero si se trata de obligaciones ya vencidas, se aplicará el tipo de cambio del día del vencimiento si fuere superior al del día del pago.

Para estos efectos se estará al tipo de cambio vendedor que certifique un banco de la plaza (art. 20.1 LOCD).

Tratándose de obligaciones cuyo pago se ha pactado en moneda extranjera en virtud de autorización de la ley o del Banco Central de Chile, el acreedor podrá exigir su cumplimiento en la moneda estipulada o ejercer los derechos que para el deudor se originan de la correspondiente autorización (art. 20.2 LOCD).

Se señalan algunas normas para la aplicación del juicio ejecutivo (arts. 21 a 22 LOCD) y para el pago por consignación (art. 23 LOCD).

Finalmente, se prohíbe pactar otro reajuste que el que llevan implícito tratándose de obligaciones en moneda extranjera que pueden pagarse en moneda nacional (art. 24 LOCD). Siendo norma prohibitiva, el pacto de reajuste adolecerá de nulidad de pleno derecho o de nulidad absoluta por objeto ilícito.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: COUSIÑO MAC-IVER, Luis, "Obligaciones en moneda extranjera", en *RDJ*, t. 32, Derecho, pp. 99-113; FUEYO LANERI, Fernando, "La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago", en *RDJ*, t. 55, Derecho, pp. 95-113; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "La inflación en las obligaciones contractuales", en *Revista Chilena de Derecho* 5, 1978, pp. 131-141; ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo, "La inflación ante el Derecho", en *RDJ*, t. 51, Derecho, pp. 1-31; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Indemnización de perjuicios y desvalorización de la moneda", en *RDJ*, t. 67, Derecho, pp. 149-173; GESCHE MÜLLER, Bernardo, "La compensación de la desvalorización monetaria en el cumplimiento de las obligaciones", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 161, 1974, pp. 7-41; ÁLVAREZ NÚÑEZ, Carlos, "Las obligaciones de dinero en el Código Civil", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 161, 1974, pp. 43-54; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Operaciones de crédito no regidas por el D.L. 455", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 161, 1974, pp. 87-99; BABRA, Sebastián, "Reajustabilidad general de las obligaciones",

en *Revista Chilena de Derecho* 5, 1976, 1-6, pp. 80-112; BOUDEGUER YERKOVIC, Adriana y JARPA FERNÁNDEZ, Mario, "Operación de crédito de dinero. Una visión operativa", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 174, 1983, pp. 131-149; PFEFFER URQUIAGA, Francisco, "El prepago en las operaciones de crédito de dinero", en *GJ* 74, 1986, pp. 3-9; NIÑO TEJEDA, Eduardo" "La reajustabilidad", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 16, 1995, pp. 253-269; URBANO MORENO, Edgardo, "Supuestos esenciales de los modos de extinción de las obligaciones y principios fundantes del pago", en *Revista de Derecho* (Universidad Finis Terrae) 5, 2001, pp. 159-165; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El justo título traslaticio del dominio de la tradición en el pago y en las operaciones crediticias", en H. Corral y M. S. Rodríguez (edits.), *Estudios de Derecho Civil II,* LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 695-719.

IV. EFECTOS DEL PAGO

1. Cumplimiento de la obligación

305 Como sabemos, el pago es la prestación de lo que se debe, y por tanto cuando el deudor paga cumple la obligación a la que estaba sujeto. Por ello, si el pago se hace con todos los requisitos exigidos no se incurre en responsabilidad por incumplimiento, justamente porque no hay incumplimiento.

Si el pago se hace tardíamente se debe pagar una indemnización por el incumplimiento en la oportunidad. Tratándose de una cantidad de dinero, esta indemnización se traduce en el cobro de intereses (cfr. art. 1559 CC).

2. Efecto liberatorio o extintivo del pago

306 El pago, además de constituir una forma de cumplimiento, es una forma de extinción de la obligación. Es más, es el principal modo de extinguir las obligaciones y por ello el Código Civil lo regula dentro de los modos de extinguir las obligaciones dando también el nombre de solución, que proviene del latín *solutio*, que significaba originalmente desatar o cortar las amarras (art. 1567.1º CC).

Al extinguirse la deuda se extinguen también sus garantías y privilegios, por el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Por eso se señala que las obligaciones accesorias, como las cauciones, no pueden subsistir si se extingue la obligación principal (art. 1442 CC).

No obstante, si se paga una obligación solidaria o indivisible se generan respecto del que paga obligaciones de reembolso que permiten restituir la equidad interna entre los obligados. Si paga un deudor solidario o subsidiario, habrá lugar a un pago con subrogación de manera que la obligación se mantiene pero el acreedor original es subrogado por quien le paga. Lo mismo sucede en los casos de subrogación legal (art. 1610 CC) o de subrogación convencional (art. 1611 CC).

3. Imputación de pagos

a) Situación en la que se produce el problema

307 El problema se produce cuando entre un mismo acreedor y deudor existen varias obligaciones que pueden pagarse con la misma cosa (dinero) o una obligación que produce intereses.

De esta manera, serán requisitos para aplicar las reglas de la imputación de pagos:

1º Que entre un mismo deudor o acreedor existan varias deudas o una que produzca intereses.

2º Que esas obligaciones puedan pagarse con las mismas cosas.

3º Que el pago realizado no alcance a satisfacer todas las deudas.

4º Que el acreedor haya recibido el pago que supera una de las deudas y no alcanza a satisfacerlas todas.

5º Que no haya habido acuerdo sobre a qué deuda estaba destinado el pago.

De esta manera, resulta necesario determinar a qué deuda o deudas específicas debe imputarse lo pagado.

b) Imputación por el deudor

308 La regla general es que el deudor puede elegir a qué deuda se imputa el pago: "Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija" (art. 1596 CC).

Pero el mismo Código pone límites a esta facultad para salvaguardar los intereses del acreedor. Así, si se trata de una deuda con intereses "el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital" (art. 1595.1 CC). Es claro que el acreedor preferirá que se le paguen los intereses y no el capital, pero igualmente la norma permite que el acreedor consienta de manera expresa que se impute el pago al capital.

Una segunda limitación que se hace al deudor es que no puede preferir una deuda pendiente a una vencida: "sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está" (art. 1596 CC). Nuevamente el Código lo permite si tiene el consentimiento del acreedor, aunque ahora no exige que ese consentimiento sea expreso.

Es posible que la imputación del deudor si hay varias deudas ya devengadas consista en satisfacer totalmente una y pagar parcialmente otra u otras, o imputar pagos parciales a varias deudas. Se podría pensar que esto vulneraría la prohibición de pago por partes que hace el Código (art. 1591 CC), pero aquí hemos de suponer

que había consentimiento del acreedor ya que si no, no habría recibido el pago al no satisfacer todas las deudas.

c) Imputación por el acreedor

309 Si el deudor no ejerce la facultad de elegir la deuda a la que sea imputable o elige deudas que no puede elegir, la facultad se transfiere al acreedor: "si el deudor no imputa el pago a ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago..." (art. 1596 CC).

Se exige que el acreedor haga la imputación en el recibo o carta de pago, de manera que "si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después" (art. 1596 CC).

El acreedor no tiene limitaciones para elegir la deuda a la que se imputará el pago.

Se ha señalado que la aceptación del deudor no será válida si prueba que la carta de pago se emitió con dolo o si contiene un error grave.

d) Imputación legal

310 Si ni deudor ni acreedor ejercen la facultad de imputar, la ley determina la regla: "Si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba".

Si había más de una deuda ya devengada se vuelve a la regla original de que el deudor elija: "y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere" (art. 1597 CC). La elección del deudor no puede imputar el pago al capital si la deuda produce intereses. Obviamente, el deudor no puede elegir una deuda pendiente a otra que ya está devengada porque su elección supone que las deudas son devengadas o vencidas.

V. Prueba y presunciones de pago

1. Carga de la prueba

311 La carga de la prueba del pago corresponde al deudor, ya que el Código señala que quien debe probar la extinción de la obligación es el que la alega (art. 1698.1 CC).

Como el pago es un acto jurídico si no consta por escrito y es de más de dos unidades tributarias no podrá probarse por testigos (art. 1708 y ss. CC). Pero sí puede probarse por absolución de posiciones o por presunciones. Las presunciones pueden ser legales o judiciales.

2. Dar recibo del pago: ¿deber o facultad del acreedor?

312 En el Código Civil no se establece expresamente el deber del acreedor de otorgar al deudor que paga un recibo o carta de pago.

En cambio, el Código de Comercio da derecho al deudor a exigir un recibo que prueba la liberación de la deuda (art. 119 CCom). Pero si el deudor no hace uso de este derecho y el acreedor no le da carta de pago, puede probarse por testigos (art. 128 CCom). También la Ley de arrendamientos de predios urbanos contempla un deber de dar recibo del pago de las rentas, ya que de negarse a ello el arrendador el arrendatario puede recurrir al pago por consignación según las reglas generales o en una unidad del Servicio de Tesorerías (art. 23.1 ley Nº 18.101, de 1982).

Como el Código Civil guarda silencio al respecto, la mayor parte de la doctrina opina que en materias civiles se trata de una facultad del acreedor y que el deudor no puede exigir que se le dé un recibo o carta de pago. No obstante, últimamente se ha sostenido que conforme al principio de buena fe establecido en el art. 1546 del Código Civil y los usos del tráfico, más la necesidad de acreditar el pago de impuestos, se podría concluir que sí es un deber secundario del acreedor el otorgar un recibo o carta de pago. Pero el deudor no podría condicionar el pago a la entrega del recibo. Si exigido por el deudor, el acreedor se niega a otorgar la carta de pago o lo hace de una manera disconforme con lo que ha recibido, responde por infracción a la buena fe, lo que provocaría una exención del deudor de la carga de la prueba del pago o una indemnización de los perjuicios que le reportaría la falta de recibo o carta de pago.

La Ley de Protección de Derechos del Consumidor se refiere sólo a las boletas o facturas y no al recibo o carta de pago. Sólo para efectos de que conste un plazo de garantía por el servicio prestado se menciona que el prestador debe dejar constancia por escrito en la boleta, recibo u otro documento el plazo por el cual se hace responsable por el servicio o reparación (art. 41 LPDC). Esta ley también hace referencia a pagos automáticos o por transferencia electrónica de cuentas, créditos o tarjetas (arts. 17 D. 13 y 17 I LPDC).

A nuestro entender, los pagos hechos por transferencia electrónica o pago de cargo automático en cuenta corriente o tarjeta de crédito, permiten que se pruebe con la constancia digital o en papel del cargo efectuado al deudor que paga.

3. Presunciones de pago

313 Para ayudar al deudor a probar el pago la ley ha forjado algunas presunciones. Respecto de los *pagos periódicos*, el Código Civil señala que "la carta de pago de tres períodos determinados y consecutivos hará presumir los pagos de los anteriores períodos, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor" (art. 1570 CC). Se exigen tres recibos correspondientes a períodos determinados y consecutivos, siempre que se trate de los mismos acreedor y deudor.

La ley de operaciones de crédito de dinero contiene una presunción similar al disponer que el recibo de tres períodos consecutivos del capital si este debe pagarse en cuotas, hace presumir el pago de los anteriores (art. 18.2 LOCD).

Existen también presunciones en relación con los *intereses*. Se dispone que si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, estos se presumen pagados (art. 1595.2 CC); presunción que se repite respecto del contrato de mutuo: "Si se han estipulado intereses y el mutuante ha dado carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados" (art. 2209 CC).

La ley de operaciones de crédito de dinero repite la presunción respecto de los intereses y agrega el *reajuste*: "Si el acreedor otorga recibo del capital, se presumen pagados los intereses y el reajuste en su caso" (art. 17 LOCD).

Otra presunción de pago aparece en el Código de Comercio y se refiere a los *finiquitos*. Se dispone que "el finiquito de una cuenta hará presumir el de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en períodos fijos" (art. 120 CCom).

Todas estas presunciones de pago son simplemente legales y, por tanto, admiten prueba en contrario.

Se ha sostenido, sin embargo, que aquí no hay verdaderas presunciones, sino una inversión de la carga de la prueba del pago, pero la verdad es que el efecto práctico es el mismo.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "La prueba del cumplimiento imperfecto en las obligaciones de medios y de resultado", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 495-510; FUENTES GUÍÑEZ, Rodrigo, "El cumplimiento defectuoso y su prueba", en C. Céspedes (coord.), *Estudios de Derecho Patrimonial en Homenaje a los 35 años de la Facultad de Derecho de la UCSC,* Thomson Reuters, 2013, pp. 105-138; DEL RÍO FERRETTI, Carlos, "La carga de la prueba con relación al cumplimiento-incumplimiento civil como *thema probandum* en la responsabilidad médica y la *exceptio non adimpleti contractus*", en *Revista Chilena de Derecho* 48, 2021 3, pp. 155-179; BRAVO HURTADO, Pablo, "Derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 21, 2013, pp. 13-46.

Capítulo segundo - Pago por consignación

I. FUNDAMENTOS, SUPUESTOS Y ETAPAS

1. Obligaciones susceptibles de ser pagadas por consignación

314 Las obligaciones que pueden pagarse por consignación son en general aquellas que consisten en dar o entregar una cosa ya sea específica o genérica.

No son susceptibles de pago por consignación aquellas que requieren de la colaboración del acreedor, como por ejemplo si en un contrato de construcción el

mandante se ha comprometido a despejar el terreno donde se llevará a cabo la obra.

Más generalmente, las obligaciones de hacer o de no hacer no son idóneas para pagarlas por consignación, ya que no se puede depositar la conducta o la omisión. Si es posible consignar la cosa que es el resultado de una obligación de hacer, como por ejemplo si se ha encargado la elaboración de un traje o vestido.

2. El derecho de pago del deudor

315 Es evidente que el pago no es sólo un deber del deudor, sino también un derecho, ya que con ello quedará liberado de la obligación y no deberá hacerse cargo de los efectos del incumplimiento, que pueden ir desde la resolución del contrato, la indemnización moratoria, el deber hacer frente al pago de las cláusulas penales moratorias, soportar el cuidado de la cosa, aunque sea por culpa grave, soportar un embargo en juicio ejecutivo, etc.

Por ello en ocasiones el acreedor puede actuar de mala fe y negarse a recibir el pago, pero en tal caso esa negativa no justifica que el deudor no pague, ya que el Código Civil le ofrece la oportunidad de efectuar el pago sin la voluntad del acreedor.

De esta manera se dispone que "para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aun contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación" (art. 1598 CC).

3. Sujetos del pago por consignación

316 El art. 1600 del Código que regula la oferta señala que ella debe ser hecha por una persona capaz de pagar (art. 1600.1ª CC) y que se haga al acreedor si es capaz de recibir o a su legítimo representante (art. 1600.2ª CC). Estos requisitos deben extenderse a todo el pago por consignación.

De esta forma, estará legitimado para seguir esta modalidad de pago, el deudor en la medida en que sea capaz, su representante legal si es incapaz y un mandatario del deudor. La doctrina señala que igualmente puede pagar por el deudor algún interesado (fiador, codeudor solidario y tercero garante de cosa hipotecada o en prenda) o incluso cualquier persona incluso aunque el deudor le haya prohibido pagar la deuda (arts. 1572 y ss. CC). Por cierto, si se trata de una obligación de dar se requiere que el deudor que paga sea el dueño de la cosa o la pague con el consentimiento del dueño, a menos que se trate de cosas fungibles que hayan sido consumidas de buena fe por el acreedor (art. 1575 CC).

¿A quién debe pagarse por consignación? Debe pagarse al acreedor si es capaz de recibir o a su representante legítimo. Debe incluirse como representante el diputado para recibir el pago o para el cobro del pago (art. 1576.1 CC). Es discutible si puede hacerse el pago al poseedor del crédito, pero nos parece que no hay razones para excluir este caso si se cumple con sus requisitos (art. 1576.2 CC).

4. Situaciones que autorizan esta modalidad de pago

317 La regulación original del Código sólo permitía el pago por consignación en caso de negativa o de no comparecencia del acreedor. La reforma de la ley Nº 7.825, de 1944, simplificó la tramitación del pago por consignación y agregó un tercer supuesto: la incertidumbre sobre la identidad del acreedor.

Son tres las situaciones que autorizan al deudor a recurrir a este pago:

En primer lugar, la *negativa del acreedor a recibirlo*. Si el deudor ofrece el pago al acreedor y este se niega a recibirlo, ya sea porque estima que se trata de un pago parcial o que la cosa que se le ofrece no es la debida o sencillamente porque estando de mala fe pretende que el deudor incurra en los efectos del incumplimiento. Por eso, se dispone que "la consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia [...] del acreedor a recibirla [...], y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona" (art. 1599 CC).

En segundo término, puede que el acreedor no se niegue pero sí que *no comparezca* en el lugar convenido para recibir la cosa. El Código señala que "la consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la [...] no comparecencia del acreedor a recibirla [...], y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona" (art. 1599 CC). La no comparecencia puede ser voluntaria por parte del acreedor o puede ser involutaria, por ejemplo, si ha sufrido un accidente y ha quedado inconsciente.

Finalmente, se autoriza esta forma de pago en caso de *incertidumbre del acreedor*. El Código, reformado por la ley Nº 7.825, de 1944, dispone que "La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o de la incertidumbre acerca de la persona de éste, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona" (art. 1599 CC).

Por ejemplo, si el acreedor ha fallecido y se duda sobre quiénes son los herederos, o si una sociedad se ha dividido y no se sabe bien qué sociedad es la que ha quedado con los pasivos.

5. Etapas del pago por consignación

318 Las etapas del pago por consignación son también tres, aunque la mayoría de los autores las sistematiza sólo en dos: la oferta y la consignación propiamente tal. A nuestro juicio, existe una tercera etapa que es la calificación de la suficiencia del pago.

La oferta es totalmente extrajudicial, y debe cumplir varios requisitos de fondo y de forma. La consignación es el depósito de la cosa ya sea en la cuenta de un tribunal o en en manos de un tercero. No se requiere autorización del juez para efectuar ni la oferta ni la consignación (art. 1601.3 CC). Pero si es necesario nombrar un depositario deberá ser solicitado al juez (art. 1601.2 CC).

La tercera etapa, que es la calificación de suficiencia del pago, es atribución de los tribunales civiles, y puede ser en el juicio que ya existía entre acreedor o deudor, o si no ante el juez del lugar en que debe hacerse el pago.

6. Extrajudicialidad del pago por consignación

319 Tanto la oferta como la consignación deben hacerse sin necesidad de autorización judicial ni tampoco se admite que el acreedor pretenda judicializarla pidiendo que un juez suspenda o rechace ese pago.

El Código es reiterativo sobre esto: "No será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consignación", a lo que se añade que: "En el pago por consignación no se admitirá gestión ni recurso judicial alguno del acreedor tendiente a obstaculizar la oferta, o la consignación. Por consiguiente, no se dará curso a ninguna oposición o solicitud del acreedor" (art. 1601.3 y 4 CC).

Lo anterior no se opone a que si el acreedor ya ha demandado el cobro de la deuda, el deudor pueda consignar lo debido en la cuenta corriente del tribunal (art. 1600.2 CC), o que se pida al juez que nombre a un depositario (art. 1601.2 CC).

La calificación de la suficiencia del pago debe hacerse judicialmente, salvo que el acreedor se conforme con lo que el deudor ha consignado y así lo declare.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, "Ofrecimiento de pago y consignación (cuestiones sustantivas y procesales)", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 4, 2005, pp. 149-182.

II. LA OFERTA, CONSIGNACIÓN Y DECLARACIÓN DE SUFICIENCIA

1. La oferta

a) Requisitos de fondo

320 El Código dispone que "para que la oferta sea válida, reunirá las circunstancias que siguen: 1ª. Que sea hecha por una persona capaz de pagar; 2ª. Que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante; 3ª. Que si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición. Con todo, si la obligación es a plazo, la oferta podrá también hacerse en los dos últimos días hábiles del plazo. 4ª. Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido..." (art. 1600 CC).

Por ello puede señalarse que son requisitos de fondo de la oferta la capacidad de deudor y de acreedor, la oportunidad y el lugar.

Respecto de la *capacidad* es necesario que la oferta se haga por una persona capaz de pagar ya sea el deudor, su representante o un tercero y si se trata de obligación de dar por el dueño o quien tenga facultad para enajenar la cosa. Y debe hacerse al acreedor o a su representante. En realidad, se aplican aquí todas las

reglas de quién puede pagar y a quién puede pagarse (arts. 1572 y ss. y 1576 y ss. CC). Por lo que más que requisitos de la oferta son requisitos del pago.

En cuanto a la *oportunidad*, la oferta debe hacerse una vez que la obligación se haya hecho exigible. El Código se preocupa de las obligaciones sujetas a plazo y bajo condición suspensiva, ya que las puras y simples son siempre exigibles y las obligaciones bajo condición resolutoria son exigibles desde que nacen si bien pueden extinguirse por un hecho futuro e incierto. Por cierto, si el deudor tiene la facultad de renunciar al plazo puede pagar por consignación antes de la llegada del plazo (art. 1497 CC); lo mismo si el plazo se extingue por caducidad, aunque es improbable que el deudor quiera pagar antes en estos casos (art. 1496 CC).

El Código dispone que en caso de una obligación a plazo la oferta puede hacerse en los dos últimos días hábiles del plazo. Esta norma debe considerarse modificada por la que permite que la oferta de una obligación a plazo o bajo condición suspensiva se entiende hecha oportunamente si se realiza al día siguiente hábil al vencimiento de la obligación (art. 1605.2 CC). De esta manera, si la obligación es a plazo se considera válida la oferta si se hace en los dos últimos días hábiles del plazo o al día siguiente hábil a su vencimiento. Si la obligación es sujeta a condición suspensiva, sólo se permite hacer la oferta al día siguiente hábil al cumplimiento de la condición que hace nacer la obligación.

En cuanto al *lugar del pago*, se exige que "se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido" (art. 1600.4º CC). Debe distinguirse el lugar donde se hace la oferta, del lugar donde la oferta ofrece hacer el pago, ya que no se exige que el lugar de la oferta sea la del pago. El lugar del pago, como ya vimos[30], lo determinan varias reglas del Código Civil (arts. 1587 y ss. CC).

b) Procedimiento

321 Originalmente, el Código contemplaba la necesidad de una autorización judicial para realizar la oferta. La ley Nº 7.825, de 1944, suprimió esta diligencia judicial y estableció que "no será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consignación" (art. 1601.3 CC). Con ello se simplificó fuertemente este trámite que pasó a ser extrajudicial.

La oferta debe ser hecha por notario o un receptor competentes, "sin previa orden del tribunal" (art. 1600.5º CC). En caso de que no haya notario en la comuna, puede hacer sus veces el Oficial de Registro Civil del lugar en que debe hacerse el pago (art. 1600.5º CC).

El deudor o la persona que pretende pagar por consignación debe poner en las manos del ministro de fe "una minuta de lo que debe, con los intereses vencidos, si los hay, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa ofrecida" (art. 1600.5º CC). Se aclara que "para la validez de la oferta, no será menester la presentación material de la cosa ofrecida" (art. 1600.5º

[30] Véase Nº 298.

CC). De esta manera, la oferta es verbal, y no requiere mostrar la cosa que se pretende consignar.

El ministro de fe debe acudir al domicilio del acreedor y en su presencia extender un acta de la oferta, en la que debe copiar la minuta (art. 1600.6º CC). Finalmente, contendrá la respuesta del acreedor o de su representante, así como si la ha firmado o ha rehusado firmarla o declarado no saber o no poder firmar (art. 1600.7º CC).

Tratándose del pago por consignación de obligaciones en moneda extranjera, se dispone que el deudor acompañará a la minuta un certificado de un banco de la plaza otorgado con no más de dos días de anterioridad a aquél en que se efectúe la oferta, en el cual conste la equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio vendedor, de la moneda extranjera adeudada, a la fecha del certificado. En todo caso, se permite consignar en la moneda extranjera adeudada (art. 23 LOCD).

c) Oferta en caso de incertidumbre o no comparecencia del acreedor

322 El Código se pone en el caso de que el acreedor o su representante no tenga domicilio en el lugar en que deba efectuarse el pago, o no sea habido, o existe incertidumbre acerca de la persona del acreedor.

En tal caso, la oferta deberá cumplir con todos los requisitos señalados en el art. 1600 del Código Civil, de manera que deberá hacerse por notario o receptor, o a falta de notario por un Oficial de Registro Civil, con una minuta que debe proporcionarle el deudor o la persona que desea pagar por consignación, y se extenderá un acta que incluya la minuta.

La oferta debe realizarse al tesorero comunal respectivo. Este tesorero se limita a tomar conocimiento de la oferta, y el deudor puede proceder a efectuar la consignación (art. 1602 CC). En realidad, no existen los tesoreros comunales, sino sólo tesoreros regionales y provinciales (art. 12, Estatuto orgánico del Servicio de Tesorerías del Estado, texto refundido por D.F.L. Nº 1, de 1994).

2. La consignación

a) Concepto

323 La consignación es el depósito de la cosa debida en manos de un tercero que se realiza después de la oferta y cumpliéndose algunas formalidades.

Así la define el Código: "La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o de la incertidumbre acerca de la persona de éste, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona" (art. 1599 CC).

b) Instituciones donde se puede consignar

324 El Código Civil dispone que el deudor podrá consignar la cosa ofrecida en la cuenta bancaria del tribunal competente, o en la tesorería comunal, o en un banco

u oficina de la Caja Nacional de Ahorros, de la Caja de Crédito Agrario, feria, martillo o almacén general de depósito del lugar en que deba hacerse el pago, según sea la naturaleza de la cosa ofrecida (art. 1601.1 CC).

La Caja Nacional de Ahorros y la Caja de Crédito Agrario fueron fusionadas para crear el Banco del Estado de Chile por el D.F.L. Nº 126, de 24 de julio de 1953, por lo que la mención debe entenderse hecha a este Banco, hoy regido por el el D.L. Nº 2.079, de 1978, que establece la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile.

Si se trata de dinero se puede depositar en la cuenta corriente del tribunal competente (si el acreedor ya ha demandado el pago o ha interpuesto una acción que puede enervarse por el pago), en la tesorería provincial o regional, en cualquier banco y en el Banco del Estado.

Si se trata de pagos consistente en animales (caballos, potrillos, ovejas, cabras, novillos, cerdos, etc.), debe hacerse en ferias de animales, reguladas por el D. Sup. Nº 56, de 1983 y cuya supervisión corresponde al Servicio Agrícola y Ganadero. Tratándose de otra cosa corporal mueble puede recurrirse a un martillero público, aunque la ley no les da atribuciones para recibir cosas en consignación sino sólo para remates y subastas (ley Nº 18.118, de 1982).

Tratándose de mercaderías o materias primas a granel pueden consignarse en algún almacén general de depósito que se regulan por la ley Nº 18.690, de 1988.

Si ninguna de estas alternativas son adecuadas, el consignante puede pedir al juez competente que se nombre un depositario, que será el juez de letras en lo civil del lugar donde debe hacerse el pago (art. 1601.2 y 6 CC).

c) Casos de consignación sin oferta

325 Por regla general, la consignación debe ser precedida de una oferta con los requisitos y formalidades que ya estudiamos. No obstante, existen casos excepcionales en los que la oferta no es necesaria para proceder a la consignación.

El primer caso es aquel en que el *acreedor demanda el cumplimiento de la obligación o deduce alguna acción que es enervable con el pago*. Como el acreedor ya ha demandado se procederá a la consignación sin oferta: "si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, se consigne a la orden del tribunal que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 1601, sin necesidad de oferta previa" (art. 1600.2 CC). Tratándose de deudas en dinero la consignación se hará en la cuenta corriente del tribunal.

No hay duda cuando el acreedor demanda judicialmente el pago, pero es más dudosa la situación en la que el acreedor interpone una acción enervable con el pago. Normalmente, se señala que se trataría de la acción resolutoria de un contrato que podría enervarse pagando en cualquier estado del juicio, pero la doctrina más moderna niega que esto sea así, ya que el art. 310 del Código de Procedimiento

Civil parte de la idea de que el pago se ha ya realizado antes de comenzar el juicio. Solamente quedaría el supuesto de resolución por un pacto comisorio calificado en el que el mismo Código señala que se puede pagar en el plazo de 24 horas de notificada judicialmente la demanda (art. 1879 CC).

Un segundo caso es de *pagos periódicos en dinero* para los cuales ya se hizo una oferta inicial. En este caso, el Código exige que se trate de obligaciones de dinero: "Cuando se trate del pago periódico de sumas de dinero provenientes de una misma obligación, las cuotas siguientes a la que se haya consignado se depositarán en la cuenta bancaria del tribunal sin necesidad de nuevas ofertas" (art. 1601.5 CC). Aunque el inciso final señala que el tribunal competente es el del lugar donde debe hacerse el pago, lo cierto es que la consignación de las cuotas posteriores se harán en la cuenta corriente del tribunal que recibió la primera.

Si se trata de pensiones alimenticas periódicas, si el acreedor no quiere recibirlas se hará la oferta por un primer pago y luego se seguirá consignando en la cuenta corriente del tribunal de familia que decretó los alimentos.

3. Declaración de suficiencia del pago

a) Notificación de la consignación

326 El deudor, una vez hecha la consignación, deberá pedir al juez competente, esto es, el correspondiente al lugar del pago, que ponga en conocimiento del acreedor el pago hecho por consignación con intimación de recibir la cosa consignada (art. 1603 CC). La notificación debe ser personal, y a ella el receptor deberá añadir un requerimiento para la aceptación de la cosa consignada.

En caso de ausencia del acreedor o incertidumbre, podrá notificarse por avisos (art. 54 CPC).

b) Juicio en que se califica la suficiencia

327 La calificación de la suficiencia no es una gestión voluntaria, sino contenciosa, por lo que se requiere que haya un juicio. El Código lo dispone de esta manera: "La suficiencia del pago por consignación será calificada en el juicio que corresponda promovido por el deudor o por el acreedor ante el tribunal que sea competente según las reglas generales" (art. 1603.2 CC). Normalmente será el acreedor el que haya demandado al deudor, aunque el deudor podría haber pedido que se declare extinguida la deuda para alzar las cauciones que pensan en sus bienes.

No obstante, se pone de cargo del acreedor el demostrar que existe un juicio en que se debe calificar la suficiencia. Por ello, se le da un plazo fatal de 30 días hábiles, prorrogables por el juez a otros 30 días, también hábiles, si por causas ajenas a la voluntad del acreedor no ha sido posible notificar al deudor. Esto último se exige porque el mismo Código dispone que "se entenderá existir juicio desde el momento en que se haya notificado la demanda" (art. 1603.5 CC). Si el acreedor en el plazo original o prorrogado prueba que existe un juicio en que debe calificarse la suficiencia del pago, el juez que lo notificó se abstendrá de seguir el procedimiento

y la suficiencia se calificará por el juez competente en el proceso incoado por el acreedor.

En caso contrario, si el acreedor no prueba que existe juicio pendiente en que deba calificarse la suficiencia del pago, el juez que ordenó la notificación de la consignación "lo declarará suficiente, a petición del deudor, y ordenará alzar las cauciones, sin más trámite" (art. 1603.3 CC).

Como esta incidencia puede ser controvertida, el Código Civil se ha puesto en la situación de que haya apelación y dispone que "las resoluciones que se dicten [...] serán apelables sólo en el efecto devolutivo" (art. 1603.3 CC).

En todo caso, si la consignación se hace sin necesidad de oferta previa en el juicio promovido por el acreedor para el cumplimiento de la obligación o por una acción enervable por el pago, será ese el juez llamado a calificar la suficiencia del pago (art. 1600.2 CC).

c) Retiro de la consignación

328 Mientras el pago por consignación no sea aceptado por el acreedor o declarado suficiente por el juez por sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada, el deudor puede retirar la consignación. En tal caso, el pago por consignación "se mirará como de ningún valor y efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores" (art. 1606 CC).

III. EFECTOS DEL PAGO POR CONSIGNACIÓN

1. Supuestos para que se produzcan los efectos

a) Cumplimiento de requisitos

329 Para que se produzcan los efectos del pago por consignación es necesario que haya cumplido con todas las formalidades del mismo, de manera que no esté afectado por un vicio de nulidad.

Normalmente, se tratará de una nulidad de pleno derecho que no es necesario que se declare judicialmente. Será al momento de la calificación de la suficiencia del pago donde se determinará que el pago por consignación ha cumplido con todos los requisitos y formalidades. En caso contrario, el pago no será calificado de suficiente por no ser válido.

b) ¿Es posible el pago parcial?

330 Un problema que puede presentarse en esta sede es si el deudor de esta manera puede pagar sólo una parte de la deuda y no su total; con lo que tendríamos una nueva excepción al requisito de la integralidad del pago.

A nuestro juicio, el deudor no puede pagar sólo una parte. Esto queda muy claro ya que se exige que la minuta de la oferta detalle "los intereses vencidos, si los hay, y los demás cargos líquidos" (art. 1600.5º CC). De esta manera, el deudor en la

oferta y en la consignación debe pagar la obligación de manera íntegra y no parcializada.

Otra cosa es que al declararse la suficiencia del pago se compruebe que aún quedan saltos insolutos. En tal caso, el pago se declarará suficiente pero no se extinguirá completamente la obligación, y el acreedor deberá pedir la ejecución de lo no pagado.

2. Cumplimiento de la obligación

a) Extinción de la obligación

331 Siendo una modalidad de pago, el deudor con el pago por consignación válido y considerado suficiente cumple la obligación, y por tanto esta se extingue: "El efecto de la consignación suficiente es extinguir la obligación" (art. 1605.1 CC).

En general, los efectos se producen desde el día en que se consigne la cosa debida. Pero si se trata de una obligación a plazo o bajo condición, aceptada la consignación por el acreedor o declarado suficiente el pago por resolución ejecutoriada, la obligación se considerará cumplida en tiempo oportuno siempre que la oferta se haya efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento de la obligación. Pero el deudor quedará obligado al pago de los intereses que se deban y también a cuidar la cosa hasta la consignación (art. 1605.2 CC). Es decir, en este caso los efectos del pago se retrotraen a la fecha de la oferta si se ha efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento, sin perjuicio de que el deudor deba pagar los intereses y cuidar la cosa hasta la consignación.

Si la calificación de la suficiencia llega a la conclusión de que queda un saldo por pagar, la deuda se mantendrá por ese monto.

b) Cauciones, mora, intereses y riesgo de la cosa

332 Al extinguirse la obligación, quedarán también extinguidas las fianzas, prendas o hipotecas que se hayan constituido para garantizar la obligación, todo esto desde el día de la consignación.

Al consignarse el pago y declararse su suficiencia, el deudor deja de estar en mora o no es posible constituirlo en mora. Por ello, dejan de correr los intereses y no se deberán intereses moratorios desde el día de la consignación (art. 1605.1 CC).

Además, el deudor se libera del deber de conservar la cosa. La consignación, señala el Código, tiene como efecto el "eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación" (art. 1605.1 CC).

3. Gastos del pago por consignación

333 Como sabemos, en general los gastos del pago corresponden al deudor, salvo estipulación en contrario o lo que el juez determine para las costas (art. 1571 CC).

Pero esta regla cambia cuando se trata de pago por consignación porque se estima que el deudor se ha visto obligado a proceder a esta forma de pago.

Por ello, el Código señala que "las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor" (art. 1604 CC). Siendo así deberán descontarse de lo consignado sin que quede un saldo que deba ser cubierto por el deudor. Por cierto, el juez puede disponer que las costas del juicio sean soportadas por el deudor demandado si ha sido totalmente vencido y no ha tenido motivo plausible para litigar (art. 144 CPC).

4. Retiro de la consignación

334 El deudor puede retirar la consignación pero sus efectos dependen del momento en que se realice. Si se pide el retiro antes de que el acreedor haya aceptado el pago por consignación o que haya sido declarado suficiente por sentencia ejecutoriada, consumado el retiro el pago se considerará como de ningún valor y efecto para el consignante y de sus codeudores o fiadores (art. 1606 CC). Aunque la norma da el derecho al deudor, debe entenderse ampliado a cualquier persona que haya pagado en vez del deudor.

Cuando la obligación ha sido irrevocablemente extinguida, por la aceptación del acreedor o por la declaración de suficiencia por sentencia que produce cosa juzgada, también puede el deudor retirar la cosa consignada pero debe contar con el consentimiento del acreedor. El Código dispone que "en este caso la obligación se mirará como del todo nueva; los codeudores y fiadores permanecerán exentos de ella; y el acreedor no conservará los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo" (art. 1607 CC). Se agrega que si por voluntad de las partes se renovaren las hipotecas precedentes, se deben inscribir de nuevo y su fecha será la del día de la nueva inscripción (art. 1607 CC).

Al parecer hay aquí un caso de novación; si bien para algunos autores, como la obligación ya se había extinguido, lo que habría es una nueva obligación. Pensamos que sí hay novación, ya que al consentir el acreedor en que se retire la cosa pagada está renunciando a su derecho al pago y renace la obligación primitiva. Por lo demás, así se entiende mejor el que se señale que se mirará la obligación "como del todo nueva" y es más congruente con la extinción de las cauciones (cfr. art. 1645 CC) y la posibilidad de renovación de las hipotecas pero con nueva inscripción (cfr. art. 1644 CC). Pero podría pactarse una reserva de las prendas e hipotecas cumpliéndose los requisitos exigidos por el Código Civil (art. 1642 CC). En todo caso, siendo novación los privilegios de la obligación primitiva se extinguen (art. 1641 CC).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, "Ofrecimiento de pago y consignación (cuestiones sustantivas y procesales)", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 4, 2005, pp. 149-182.

IV. Pago por consignación en leyes especiales

1. Letras de cambio y pagaré

335 La ley Nº 18.092, de 1982, contiene un procedimiento simplificado de pago por consignación de una letra de cambio o pagaré.

Si el documento se indica la comuna donde debe hacerse el pago, el funcionario encargado del protesto debe verificar si se ha hecho un depósito en la tesorería comunal (debe entenderse provincial o regional) destinado al pago del documento. Si el depósito fuere suficiente para pagar el monto, intereses, reajustes y gastos, se omite el protesto. Si el depósito es parcial, se protestará la letra o pagaré por el saldo insoluto.

El funcionario encargado del protesto retirará los fondos depositados y los entregará al portador del documento, mientras que si hay un pago total entregará la letra o documento al deudor o si es parcial se hará entrega de un recibo (arts. 70 y 54 LLCP).

2. Arrendamientos urbanos

336 La ley Nº 18.101, de 1982, sobre arrendamientos de predios urbanos contiene una norma que permite al arrendatario pagar por consignación la renta que adeuda. Se dispone que "En caso de negativa del arrendador a recibir la renta de arrendamiento o a otorgar el correspondiente recibo al arrendatario que no deseare recurrir al procedimiento de pago por consignación establecido en el párrafo 7° del Título XIV del libro IV del Código Civil, podrá depositar aquélla en la unidad del Servicio de Tesorerías que corresponda a la ubicación del inmueble, indicando el nombre, apellidos y la residencia del arrendador" (art. 23.1 ley Nº 18.101, de 1982).

Se prevé que la unidad del servicio de Tesorerías le debe otorgar un recibo y comunicar al arrendador, por carta certificada, la existencia del depósito. Pero el retiro del depósito por el arrendador no significará renuncia a sus derechos ni producirá los efectos previstos en el inciso tercero del artículo 1956 del Código Civil (art. 23.1 y 2 ley Nº 18.101, de 1982). La alusión al inciso tercero del art. 1956 es para evitar que este pago se entienda como renovación del contrato de arrendamiento.

La ley dispone que este pago se considerará hecho al arrendador para todos los efectos legales; pero su suficiencia será calificada en el juicio que corresponda (art. 23.2 ley Nº 18.101, de 1982); que normalmente será el que se origine por demanda del arrendador para pedir la terminación del contrato por falta de pago de las rentas. Aunque en este caso, el arrendatario podrá pagar por consignación conforme a las reglas generales en la cuenta corriente del tribunal.

Finalmente se dispone que trancurridos tres años desde la fecha del ingreso del depósito en el Servicio de Tesorerías, si el arrendador no hubiere efectuado su retiro, los fondos correspondientes pasarán a rentas generales de la Nación (art. 23.3 ley Nº 18.101, de 1982); es decir, estos fondos son adquiridos por el Fisco.

Capítulo tercero - Pago con subrogación

I. De la subrogación en general

1. Concepto y clases

337 En Derecho Civil se habla de subrogación para describir la sustitución de una cosa o una persona en una relación jurídica para desempeñar las misma función que la cosa o persona original. Se habla así de cosa o persona subrogada y de cosa o persona subrogante.

Se distingue entre subrogación personal (si se refiere a personas) o real (si se trata de cosas).

La subrogación real se da en varios casos. Por ejemplo, en la subrogación de bienes propios en la sociedad conyugal para evitar que si se venden o enajenan y se compra otro el cónyuge pierda el bien y que el comprado integre el patrimonio social (art. 1727 CC). También la indemnización por la destrucción de la cosa asegurada que paga la compañía de seguros se subroga a la cosa para el ejercicio de privilegios e hipotecas de los acreedores (art. 565 CCom). Para la hipoteca, el Código Civil dispone que la indemnización del seguro de un bien hipotecado puede ser considerada para que el acreedor hipotecario se pague de su crédito (art. 2422 CC). Igualmente, la indemnización por acto expropiatorio se subroga para hacer efectivos los derechos de terceros en la cosa (art. 23 D.L. 2186, de 1978). Se suele mencionar la indemnización en caso de pérdida culpable de la cosa debida (art. 1672.1 CC), pero, pese a los términos de la norma, no parece una verdadera subrogación, sino más bien un medio de tutela que protege al acreedor.

La subrogación personal se produce en los casos en los que es admitida la acción oblicua o subrogatoria, ya que en tales casos se otorga a un tercero la posibilidad de ejercer un derecho que le corresponde a otra persona (cfr. art. 2466 CC). No parece ser un caso de subrogación personal el del heredero que sucede a la persona del causante, ya que esa continuidad se explica mejor por la forma en que opera la sucesión por causa de muerte.

Los efectos son determinados por los casos que se establecen en las leyes, pero en general puede decirse que la cosa o persona subrogante desempeña la misma función que la cosa o persona subrogada en la relación jurídica en la cual una sustituye a la otra.

2. El pago con subrogación

a) Concepto y fundamento

338 El Código define el pago con subrogación como "la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga" (art. 1608 CC).

La definición no es del todo feliz ya que en realidad aquí no hay una propia transmisión de derechos ni tampoco una transferencia. Por eso, se puede

conceptualizar el pago con subrogación como una subrogación personal por el cual un tercero que paga pasa a ocupar el mismo lugar jurídico, con todos sus derechos, del acreedor que ha sido pagado.

Las teorías que explican el fundamento de este pago se dividen entre unas que señalan que se extingue la obligación pero nace otra a la cual se anexan accesorios y garantías, o las que señalan que aquí habría una cesión del crédito forzosa dado que el acreedor primitivo no debería tener problemas para que recibiendo el pago el que paga con sus propios dineros pueda ejercer el mismo crédito contra el deudor primitivo. Estas dos teorías no convencen a muchos autores, los que se decantan por la idea de una ficción jurídica por la cual la ley entiende que subsiste el mismo crédito pero con otra persona como acreedor. En realidad, nos parece, cuando se recurre a la ficción es porque no se logra aclarar el verdadero fundamento.

A nuestro juicio, lo que hay aquí es un caso de subrogación personal, es decir, un cambio de persona del acreedor respecto del mismo crédito.

b) Clases

339 El pago con subrogación puede ser legal o convencional, como lo señala expresamente el Código Civil: "Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de una convención del acreedor" (art. 1609 CC).

En el primer caso, basta que se den los supuestos de hecho para que el pago produzca la subrogación; es decir, opera por el solo ministerio de la ley independientemente de la voluntad del acreedor o del tercero que le paga.

Algunos de estos casos los encontramos en el art. 1610 de Código, pero no debe pensarse que este listado agota todos los casos de pago con subrogación legal. Ese mismo precepto dispone que el pago con subrogación legal se efectúa "en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio,..." (art. 1610 CC).

II. El pago con subrogación legal

1. Supuestos del art. 1610 del Código Civil

a) Acreedor que paga a acreedor de mejor derecho

340 El caso está previsto de esta manera: se efectúa la subrogación legal en beneficio: "Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca" (art. 1610.1º CC).

Tanto el subrogante como el subrogado deben ser acreedores del mismo deudor, pero se requiere que el subrogado tenga un mejor derecho por un privilegio o una hipoteca, es decir, que sea preferente. Esta operación es útil para los tres intervinientes: el acreedor preferente resulta pagado, el deudor se libera de un acreedor que podría estar a punto de ejecutarlo, y el acreedor subrogante potencia su derecho al asumir un crédito que es preferente al que él originalmente tenía.

El pago por subrogación procede si un acreedor valista paga a un acreedor con preferencia, o si un acreedor hipotecario paga a otro cuya hipoteca fue inscrita con anterioridad.

En estos casos, el acreedor subrogante va a mantener el crédito original pero además va a gozar del derecho a demandar el crédito preferente que ha pagado, caso en el cual se le aplicará el privilegio o hipoteca del acreedor subrogado.

b) Comprador de la finca hipotecada

341 Este supuesto es un poco más complejo. La norma que lo contempla señala que el pago con subrogación legal se producirá en beneficio "Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado".

La norma se refiere al comprador del inmueble que es obligado a pagar a acreedores hipotecarios del mismo inmueble. No se aplica al caso de quien compra un inmueble y luego paga al acreedor hipotecario para evitar el juicio de desposeimiento, ya que en tal caso la subrogación se producirá por disposición del art. 2429 inc. 2º del Código Civil.

El Código parece pensar que al comprar el inmueble parte o todo el precio será destinado a pagar las hipotecas, pero que sin embargo queda sin pagarse un acreedor hipotecario que luego ejecuta su hipoteca.

Un ejemplo puede aclarar el tema: el comprador de un inmueble que está gravado con tres hipotecas, una de primer grado por 300 millones, otra de segundo grado por 200 millones y una tercera de tercer grado por 50 millones, paga 520 millones de pesos, con los cuales paga a los dos primeros acreedores con 500 millones y el resto, 20 millones, los recibe el vendedor. Como se ve el tercer acreedor no es pagado y por ello bien puede ejercer la acción de desposeimiento en contra del comprador que posee la finca. Si lo hace el dueño de la finca puede pagar el crédito y en ese caso se subrogará contra el deudor original. Pero para evitar la pérdida dispone de este caso de pago con subrogación: de esta manera, desposeído de la finca puede ahora intervenir como acreedor hipotecario de primer y segundo grado y, al sacarse el inmueble a remate, si el precio obtenido es de 530 millones, podrá pagarse, como subrogado en los créditos hipotecarios y recuperar los 500 millones que invirtió en la compra. El tercer acreedor hipotecario se pagará con el resto, esto es, 30 millones.

Se aplica también a quien compra en subasta pública en juicio hipotecario, ya que en tal caso el precio será destinado a pagar el crédito hipotecario. Incluso podría darse que el mismo acreedor hipotecario subaste la propiedad con lo cual se extinguiría el derecho real de hipoteca por confusión, pero si aparece un nuevo acreedor hipotecario al aplicarse el pago por subrogación, el comprador podrá hacer uso del derecho de hipoteca que el mismo tenía para así concurrir en la nueva subasta pública.

Pensamos que el comprador, al ver que existe una hipoteca, podría él mismo ejercer la acción hipotecaria contra el deudor original y citar al acreedor hipotecario no pagado. Se daría aquí un caso de derecho real limitado en cosa propia.

Además, esta subrogación podrá operar en casos de responsabilidad por evicción si el verdadero dueño ejerce la acción reivindicatoria o si el contrato de compraventa es declarado nulo, rescindido por lesión enorme o resuelto por incumplimiento. Pero, en estos casos, no se daría el supuesto de que exista un acreedor hipotecario que tiene el derecho real sobre un inmueble propio.

Un cuarto caso puede suceder para que se invoque este pago con subrogación: al ejecutarse el inmueble por un acreedor hipotecario, una persona compra en la subasta del juicio hipotecario, pero el inmueble había sido arrendado por escritura pública a un tercero con posterioridad a la hipoteca, el subastador (comprador) podrá alegar que como subrogado en la posición del acreedor hipotecario al que se pagó en la subasta, no está obligado a respetar dicho arrendamiento ya que la hipoteca es de fecha anterior al arrendamiento (art. 1962.3º CC). En este supuesto sí se daría que un derecho real de hipoteca recaiga sobre bien propio del titular de dicho derecho.

Se trata, en todo caso, de aquel que ha comprado un inmueble y que resulta obligado a pagar a un acreedor hipotecario. Podría extenderse a la adquisición de un inmueble por un contrato de permuta, ya que las reglas de la compraventa se aplican a la permutación (art. 1900 CC).

Se discute si es necesario que con el precio de la compra se pague a acreedores hipotecarios y se aduce que no es así ya que el Código Civil francés exigía que se invirtiera el precio en pagar alguna hipoteca. Un autor tan distinguido como Claro Solar[31] defiende esta opinión, pero la justifica en que el comprador de una finca hipotecada, si paga al acreedor hipotecario, se subroga en contra del deudor principal, pero este supuesto no es el del Nº 2 del art. 1610, sino que está especialmente previsto en el inciso 2º del art. 2329. Por ello pensamos que, aunque no se exprese, es necesario que el precio de la compraventa se haya destinado a pagar algunas hipotecas, ya sea directamente en la escritura de compraventa o dando un mandato al vendedor para que pague las hipotecas y consiga su alzamiento.

El supuesto supone que se haya comprado un inmueble corporal hipotecado. También se podría dar en el caso de un derecho inmueble (cosa incorporal) como podría ser el usufructo sobre un inmueble que puede ser hipotecado en el caso de que pueda ser cedido a título de compraventa (art. 2418 CC).

c) Pago del codeudor solidario

342 El art. 1610 en su número 3 reúne dos casos de pago con subrogación, ya que habla "Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o

[31] CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1992, t. XII, Nº 1527, p. 240.

subsidiariamente". Nos parece que es mejor estudiarlos por separado, y por ello en primer lugar vamos a ocuparnos del deudor solidario que paga la deuda al acreedor.

Como ya explicamos[32], este pago con subrogación se da en la contribución a la deuda solidaria; pero hay que distinguir entre deudores que están interesados en el negocio por el que se contrajo la obligación y la de deudores solidarios que no están interesados y que accedieron a la solidaridad en función de garantía. Si paga un deudor interesado podrá subrogarse en la acción del acreedor en contra de los demás deudores interesados hasta su cuota en la deuda y si uno está insolvente la cuota de éste se distribuye entre todos (art. 1522.1 y 3 CC). No se produce pago con subrogación respecto de los deudores no interesados, ya que estos no participaron del negocio.

No obstante, si paga un deudor no interesado debe considerársele como fiador (arts. 1522.2 y 2372 CC), y por tanto se subrogará en la acción del acreedor para cobrar el total de cualquiera de los codeudores interesados. En caso de haber dos o más deudores no interesados deberá aplicarse el criterio de división de la cofianza de modo que el que pagó, si los deudores interesados no son solventes, podrá subrogarse en contra del otro codeudor interesado pero cobrando sólo la cuota que corresponda (art. 2378.1 CC).

En todo caso, y aunque el art. 1610 se refiera sólo al pago, en virtud del art. 1522 esta subrogación debe extenderse a otros medios equivalentes al pago, como la novación, la compensación, la confusión y otros modos que exijan un sacrificio económico de uno de los deudores solidarios.

No se produce pago con subrogación legal en favor del codeudor que paga una obligación indivisible ya que no existe solidaridad entre ellos.

d) Pago del codeudor subsidiario

343 Un cuarto caso de pago con subrogación es el que aparece en la segunda parte del Nº 3 del art. 1610, a saber, aquel que se produce en beneficio "del que paga una deuda a que se halla obligado [...] subsidiariamente".

El caso más típico es el del fiador, ya que por la fianza se obliga a pagar de modo subsidiario, es decir, si el deudor principal no puede pagar (art. 2335.1 CC). La fianza es siempre un contrato, pero la obligación de presentar fiador puede ser dispuesta por la ley o una sentencia judicial, y estas últimas se sujetan a las mismas reglas (art. 2336 CC).

Por cierto, el pago no dará derecho a la subrogación si el fiador paga una obligación natural, ya que en este caso ni siquiera tiene derecho a reembolso (art. 2375.1º CC).

[32] Véase Nº 232.

Si se trata de un subfiador procederá el pago con subrogación pero sólo respecto del fiador principal.

Si la fianza ha sido limitada hasta un cierto monto de la deuda, como se habrá pagado sólo ese monto, la subrogación sólo operará respecto de ese monto.

También hay pago con subrogación en los casos de cofianza en que uno de los fiadores pagó más de lo que correspondía. En ese caso, la subrogación procede en contra de los cofiadores por el exceso de lo pagado: "El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores" (art. 2378 CC).

El Código señala también que si un fiador, habiendo varios deudores principales o solidarios, los ha afianzado a todos podrá demandar a cada uno de ellos el total de la deuda; pero si se trata del "fiador particular de uno de ellos sólo contra él podrá repetir por el todo; y no tendrá contra los otros sino las acciones que le correspondan como subrogado en las del deudor a quien ha afianzado" (art. 2372 CC). Si se trata de un deudor solidario el fiador se subroga por el total en contra de su deudor, pero además, si no consigue cobrar, puede ejercer los derechos que le otorga la solidaridad contra ese deudor solidario, los que dependerán de si tiene o no interés en el negocio para el que se contrajo la deuda. Si hay varios deudores principales pero simplemente conjuntos, no se observa que pudiera proceder este subrogación en los derechos contra los codeudores, a menos que se trate de una obligación indivisible o que existiera entre ellos mandato para recibir el pago.

El fiador, además de la acción del acreedor en la que puede subrogarse, tiene derecho a pedir el reembolso mediante una acción personal que nace del contrato de fianza, con intereses y gastos, e incluso indemnización de perjuicios (art. 2370 CC). De esta manera, puede elegir entre subrogarse en la acción del acreedor o ejercer la acción personal de reembolso que a veces podrá serle conveniente si el crédito pagado no tenía garantías y puesto que puede incluir gastos y perjuicios en la acción, lo que no procedería en el caso de subrogación.

Pero el fiador, subfiador o cofiador no son los únicos deudores subsidiarios. En varios casos se señala que el marido debe responder por actos de la mujer aunque limitado al beneficio de la sociedad conyugal o personal (art. 138 bis.1 CC). A veces es la mujer la que resulta obligada, por ejemplo, respecto de compras al fiado de muebles para el consumo ordinario de la familia; se obligan los bienes sociales y del marido pero también los bienes propios de la mujer hasta el beneficio que reporte del acto, comprendiéndose el beneficio de la familia común en la parte en que deba contribuir a las necesidades de esta (art. 137.2 CC). Además, las deudas contraídas por el marido en la administración ordinaria de la sociedad conyugal o de la mujer con mandato del marido, podrán ser perseguidas por los acreedores en bienes propios de la mujer si el contrato fue en utilidad personal de la mujer (art. 1750.2 CC). Pero se aclara que los contratos celebrados por el marido en que la mujer se obligue solidaria o subsidiariamente con el marido, no valdrán contra los bienes propios de la mujer, salvo que hayan cedido en utilidad personal de la mujer (art. 1751.3 CC). Esta regla de la utilidad se observa en la administración de los

bienes reservados (art. 150.5 y 6 CC) o de los bienes de los cónyuges separados total o parcialmente de bienes (arts. 161 y 166.2º CC).

Pensamos que cuando se da acción contra los bienes de uno de los cónyuges por la utilidad que reporte del acto, se está señalando que en primer lugar debe exigirse el pago de la deuda principal y sólo si esta no ha sido pagada en todo o en parte, puede acudirse a los bienes del otro cónyuge por la limitación.

Así se observa para el hijo sujeto a patria potestad en que se dispone que si entre los padres hubiere sociedad conyugal, los actos y contratos que el hijo celebre fuera de su peculio profesional o industrial y que el padre o madre que ejerce la patria potestad autorice o ratifique por escrito, o los que éstos efectúen en representación del hijo, obligan directamente al padre o madre en conformidad a las disposiciones de ese régimen de bienes y, subsidiariamente, al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos. Esta misma deuda subsidiaria se da si los padres no están casados en sociedad conyugal (art. 261 CC).

También son deudores subsidarios los legatarios por las deudas del causante (arts. 1104.2 y 1362.2 CC), por lo que en paso de pagarlas se subrogarán en las acciones de los acreedores en contra de los herederos. No parece, en cambio, que sean deudores subsidiarios los tutores o curadores que administran separadamente, aunque su responsabilidad es calificada de subsidiaria pero en la medida en que ejerciendo el derecho a pedir cuentas al juez, hubiere podido atajar la administración torcida de los otros tutores o curadores (art. 419 CC). Como se ve se trata de responsabilidad subsidiaria, y no de una deuda subsidiaria.

Tampoco parece posible comprender en la categoría de deudor subsidiario al tercero que se compromete a pagar una cláusula penal en caso de incumplimiento del deudor principal, ya que en este caso el tercero debe cumplir con la pena nada más constatado el incumplimiento del deudor principal, y no en subsidio de éste.

Aunque se ha sostenido que el tercero poseedor de la cosa dada en prenda, ya sea porque la ha constituido en garantía de una deuda ajena o porque ha adquirido la cosa prendada, puede caber en esta categoría de deudor subsidiario, pensamos que no es así, ya que nuevamente este tercer poseedor está obligado a pagar inmediatamente al acreedor que ejerce la acción prendaria y no en subsidio del deudor principal.

e) Pago de un tercero no interesado

344 El Código Civil dispone que se produce la subrogación en beneficio "del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor" (art. 1610.5º CC).

Al consentir el deudor en que se pague a nombre debe considerarse que existe un mandato, que deberá constar por escrito para que pueda probarse por testigos.

El mayor problema que podría generar es cómo probar el consentimiento tácito del deudor. En general, la doctrina ha entendido que si el deudor conoce que un tercero pagará la deuda y no manifiesta objeción habría consentimiento tácito.

Se exige además que el tercero pague con dineros propios y no del deudor, ya que si lo hace con dineros del deudor no hay razón para que se produzca la subrogación, y más aún se produciría un enriquecimiento sin causa de quien paga al acreedor. En todo caso, nos parece que no hay que restringir la regla a las obligaciones dinerarias puesto que bien puede tratarse de otras obligaciones de género, en que el deudor las pague con cosas que son de su propiedad.

Debe considerarse que al haber un mandato, el tercero dispone también de la acción personal de dicho mandato para que el mandante (el deudor original) le reembolse lo invertido en la ejecución del encargo, con intereses corrientes (art. 2158.4º CC).

f) Heredero con beneficio de inventario que paga deudas con dineros propios

345 Un nuevo caso de pago con subrogación lo contempla el art. 1610 en su Nº 4: "Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia".

La expresión "heredero beneficiario" alude a aquel heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario, es decir, con la limitación de su responsabilidad por las deudas hereditarias o testamentarias a los bienes dejados por el causante (arts. 1247 y ss. CC).

Para que tenga lugar esta subrogación legal deben cumplirse varios requisitos: 1º) que el que paga sea heredero, lo que supone que la sucesión ya se ha abierto; 2º que éste haya aceptado con beneficio de inventario (para lo cual debe confeccionarse inventario solemne de los bienes); 3º que se haya pagado una deuda de la herencia (por tanto a un acreedor hereditario) y 4º que lo haya hecho con dinero propio.

Esta subrogación conviene al acreedor hereditario y también al heredero beneficiario que podrá impedir que se realicen ejecutivamente los bienes de la sucesión, pudiendo luego recuperar aquello que ha invertido en este pago subrogándose en los derechos del acreedor pagado, con sus preferencias y garantías.

La doctrina tiene a extender esta norma a las deudas testamentarias (legados), ya que el beneficio de inventario sirve para limitar la responsabilidad del heredero por esas deudas (art. 1247 CC). Pero no se atiende a que la norma de la subrogación limita su efecto a "las deudas de la herencia", es decir, no incluye las deudas testamentarias. Siendo una institución de excepción debe ser interpretada restrictivamente. Por otro lado la misma norma exige que se pague con dineros propios, es decir, supone que estamos ante deudas dinerarias. Por cierto, el dinero puede ser propio del heredero o puede provenir de la venta de bienes propios.

Los efectos de esta subrogación permiten que el heredero que paga asuma el título de acreedor por la cantidad que pagó. Si el pago fue parcial sólo se subrogará en esa parte de la deuda. Al subrogarse el heredero debe demandar a los otros herederos, por lo que si existe un solo heredero no parece que tenga sentido el que pague una deuda hereditaria con dineros propios. Ahora bien, si existen más herederos la demanda deberá limitarse a la cuota que éstos tengan en la herencia, ya que las deudas hereditarias se dividen automáticamente según las cuotas en la herencia (art. 1354 CC). Pero habrá que distinguir si estos coherederos gozan o no de beneficio de inventario, ya que de gozar no podrán ser obligados a pagar más de los bienes de la herencia; de lo contrario bastaría que uno de los herederos beneficiarios pagara a un acreedor para que los demás resultaran obligados más allá del beneficio de inventario.

Se ha discutido si el beneficio de inventario permite sólo a los acreedores ejecutar los bienes de la herencia o si pueden ejecutar bienes de los herederos pero limitado al valor de los bienes hereditarios. Algunos piensan que esta norma abona la tesis de la separación ya que habla de propio dinero; pero la mayoría piensa lo contrario ya que la subrogación impide la confusión de deudas pero no exige la separación de los patrimonios (lo que sin duda se produce en el beneficio de separación).

g) Pago del deudor con dinero prestado por un tercero

346 Este caso es, en realidad, poco práctico, ya que supone que el deudor se ha procurado que un tercero le otorgue un crédito en dinero para así pagar al acreedor original. El Código lo contempla de esta manera: "Del que ha prestado dinero al deudor para el pago; constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero" (art. 1610.6º CC).

La exigencia de que debe hacerse el pago con el "mismo dinero" es poco razonable si se le interpreta de manera estricta, ya que el dinero es una cosa fungible por lo que no importará si las especies metálicas o billetes sean diversos a los que el deudor recibió en préstamo.

Lo que se exige es que haya dos escrituras públicas, una en la que conste el crédito y la finalidad con la que se otorga: que el deudor pague una deuda, y otra en la que conste que el pago se ha hecho con dineros procedentes del crédito. Sin duda la escritura pública del crédito debe ser anterior, o al menos de la misma fecha, que la escritura pública del pago. Incluso se ha sostenido que el crédito y el pago podrían constar en una misma escritura pública.

No se contempla un plazo entre la escritura del préstamo y la del pago, pero parece obvio que debe haber una separación cronológica que haga explicable que se dio un crédito para pagar una deuda. De esta manera, si el crédito se otorga antes de que se contraiga la deuda, no parece que proceda este caso de pago con subrogación.

Es probable que el acreedor al que se pague se niegue a otorgar una escritura pública del pago o al menos a que en ella quede constancia de que se le pagó con dineros procedentes de un préstamo. En tal caso, el deudor podrá hacerse cargo de los costos y colocar como declaración suya el que el pago se hace con dineros obtenidos de un préstamo citando la escritura pública en la que obtiene los recursos de un tercero para el objetivo de pagar la deuda.

2. Otros supuestos de pago por subrogación

a) Tercer poseedor de la finca hipoteca: adquirente o constituyente

347 Si un tercero adquiere el dominio sobre una finca hipotecada y luego paga la deuda, se subroga en el crédito del deudor principal y mantiene la preferencia del acreedor hipotecario al que pagó si la finca sale a remate.

El Código lo dispone de esta manera: "El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados" pero que "haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador" (art. 2429.1 y 2 CC).

Esta subrogación implicará la subsistencia de la hipoteca sólo que ahora recaerá en bien propio del acreedor.

Se permite que un tercero hipoteque un inmueble suyo para garantizar una deuda ajena, incluso si no se obliga personalmente. Si este tercero luego paga la deuda, también se subroga en la acción del acreedor hipotecario contra el deudor principal, ya que el Código señala que "sea que se haya obligado personalmente o no, se le aplicará la disposición del artículo precedente" (art. 2430.2 CC).

Esto también se aplicará en caso de fianza hipotecaria, por lo que si paga este fiador hipotecario puede elegir entre subrogarse en el crédito afianzado o en el crédito garantizado por hipoteca.

Nuevamente, tendremos un caso en que la hipoteca puede aplicarse a un bien de propiedad del acreedor.

b) Heredero o legatario que paga deuda del causante garantida con hipoteca

348 El Código señala que si uno de los herederos paga la deuda a un acreedor hipotecario de un bien de la herencia, en caso de que opere la subrogación sólo podrá demandar a sus coherederos en proporción a su cuota en la herencia (art. 1365.2 CC).

Si se lega una cosa gravada con prenda o hipoteca sin que el testador haya querido gravar al legatario con esa deuda, si el legatario paga la deuda siendo esta del causante, se subroga contra los herederos, en proporción a sus cuotas en la herencia (art. 1366.1 CC). Si la deuda no es del testador sino de otra persona, no hay subrogación contra los herederos (art. 1366.2), pero la habrá contra el deudor

personal conforme con la regla que permite la subrogación del que adquirió el dominio del bien hipotecado (art. 2429.2 CC).

c) Cónyuge que paga deuda social o personal garantizada por prenda o hipoteca

349 El Código Civil dispone que si uno de los cónyuges paga una deuda social o personal del otro garantizada con prenda o hipoteca de un bien que le haya sido adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal, tiene derecho a que se le reintegre la mitad (si es deuda social) o el total (si es deuda personal): "Aquel de los cónyuges que, por el efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la división de la masa social, paga una deuda de la sociedad, tendrá acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que pagare; y pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción contra él para el reintegro de todo lo que pagare" (art. 1779 CC).

Aunque el Código no mencione que se trate de pago con subrogación es evidente que sí lo es, ya que, al menos respecto de la hipoteca, se aplica la regla del tercero que ha devenido en dueño del inmueble hipotecado (art. 2329.2 CC).

d) Pago de lo no debido

350 El Código dispone que el que ha pagado una deuda por error, si prueba que no lo debía, tiene derecho a repetir lo pagado.

Pero si a consecuencia de un error suyo ha pagado una deuda de otro y el que lo recibió ha suprimido o cancelado el título necesario para cobrar, no tendrá derecho a repetir, aunque sí podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor (art. 2295 CC). Se observa que aquí se da también un pago (de lo no debido) que produce una subrogación legal, aunque será complejo que una vez suprimido o cancelado el título del crédito, el que pagó la deuda ajena pensando que era propia, pueda luego demandar al tercero.

e) ¿Constituyente o adquirente de la cosa prendada?

351 Es claro que no sólo el deudor principal puede pagar el crédito garantizado con prenda, ya sea civil o sin desplazamiento. Primero, porque puede ser un constituyente de prenda distinto del deudor principal, y segundo porque el deudor principal siendo dueño de la cosa dada en prenda la puede haber enajenado onerosa o gratuitamente a un tercero. En ambos casos, se podrá hablar de un tercer poseedor de la cosa dada en prenda.

Así, el Código dispone que "la prenda puede constituirse no sólo por el deudor sino por un tercero cualquiera, que hace este servicio al deudor" (art. 2388 CC); y contempla el caso de enajenación: "Si el deudor vendiere la cosa empeñada, el comprador tendrá derecho para pedir al acreedor su entrega, pagando y consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño" (art. 2404.1CC). Se agrega que "se concede igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda" (art. 2404.2 CC). En estos casos el acreedor no puede negarse ni siquiera

alegando otros créditos que en caso de ser el deudor lo habilitarían para mantener la cosa conforme a la prenda tácita (2404.3 CC).

Más explícita en esto es la Ley de Prenda sin desplazamiento en que en varios preceptos distingue entre el deudor y el constituyente.

Sin embargo, en ninguna de estas normas se señala qué sucede si este constituyente o adquirente paga el crédito garantizado. Por cierto, conforme a las reglas generales procederá una acción personal de reembolso conforme con el art. 1573 CC. Según algunos autores el constituyente de la prenda o su adquirente serían un deudor subsidiario y podrían alegar el pago con subrogación correspondiente al fiador (art. 1610.3º CC). No compartimos este criterio, ya que el constituyente y el adquirente de la cosa dada en prenda pueden ser obligados a pagar sin que se conmine al deudor principal, por lo que difícilmente podrían ser considerados deudores en subsidio del principal. La acción prendaria permite al acreedor realizar la prenda con preferencia a otros créditos y despojar de ella al constituyente o adquirente de la cosa, salvo que estos se allanen a pagar el crédito prendario.

Otra alternativa sería aplicar por analogía el pago de subrogación hecho por quien constituye hipoteca para garantizar una deuda ajena o quien adquiere el inmueble ya hipotecado (arts. 2429 y 2430 CC). Pero siendo una institución excepcional, no parece que pueda aplicarse la analogía si la ley no lo ha dispuesto expresamente.

La solución puede ser que el constituyente o adquirente de prenda se asegure de contar con el consentimiento del deudor, ojalá expreso, para que así se configure el pago con subrogación del tercero que paga consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor (art. 1610.5º CC).

3. Supuestos de pago con subrogación en otras leyes

a) Pago con subrogación en la Ley de Portabilidad Financiera

352 La ley Nº 21.236, de 2020, que regula lo que se ha llamado "portabilidad financiera" (LPF), tomando como símil la portabilidad numérica de la telefonía. El 7 de septiembre de 2020 se publicó el Reglamento de la ley aprobado por D. Sup. Nº 1.154, Hacienda, de 2020, con lo que la ley entró en vigencia (RPF).

Digamos algo sobre el proceso de portabilidad. Se trata de un derecho irrenunciable para los clientes de productos financieros, esto es, personas naturales o jurídicas que tengan la calidad de consumidores o de micro o pequeña empresa, para que, si lo estiman conveniente, se cambien de un proveedor de servicios financieros a otro, o de un producto financiero a otro de un mismo proveedor. La portabilidad contempla dos modalidades: portabilidad sin subrogación, y portabilidad con subrogación. Si un mismo proceso se refiere a varios productos se autoriza que la subrogación se aplique a uno y no a otros (art. 4 LPF).

El proceso se inicia con la solicitud del cliente al proveedor financiero al cual pretende cambiarse. Este debe requerir un certificado de liquidación del proveedor actual si es que no se lo proporciona el cliente o si el que le proporciona el cliente ha perdido vigencia. El proveedor realiza una oferta de portabilidad por escrito al cliente, describiendo los productos financieros ofrecidos y especificando los productos financieros a los que se pondrá término, mediante un mandato que da el cliente al nuevo proveedor, y el monto y origen de los fondos destinados a ese efecto. El cliente puede aceptar la oferta y comunicarlo por escrito; en tal caso, debe suscribir los contratos de los nuevos productos y otorgar un mandato de término al nuevo proveedor, en virtud del cual éste lo representará para pagar y efectuar los trámites para poner término a los productos financieros anteriores. El nuevo proveedor debe ejecutar el mandato pagando los productos objeto de la portabilidad y requiriendo al proveedor inicial el cierre o término de dichos productos. El proveedor inicial una vez terminado o cerrado el producto lo comunicará al cliente.

El gran atractivo de la operación es que tanto notarios como conservadores no pueden cobrar sus aranceles sino por el exceso del monto del nuevo crédito sobre el monto del inicial (art. 20 LPF).

Pero aquí nos interesa la portabilidad en modalidad subrogatoria. La ley la llama "subrogación especial de crédito" o "subrogación especial" y la define como la "subrogación por la cual un crédito inicial es subrogado por un nuevo crédito, pasando este último a sustituir jurídicamente al primero, de conformidad con las características y condiciones señaladas en el Título III de esta ley" (art. 3 Nº 13 LPF). Más adelante define la portabilidad con subrogación como "el proceso por el cual el cliente contrata un nuevo crédito con un nuevo proveedor con la finalidad de pagar un crédito que el cliente mantiene con un proveedor inicial, produciéndose con ello una subrogación especial de crédito" (art. 4 letra b LPF).

Se exigen tres requisitos para que opere: que el nuevo proveedor celebre un contrato de crédito con el cliente en virtud de una oferta de portabilidad; que ese contrato señale que tiene por objeto el pago y la subrogación de un crédito inicial, especificando el crédito, y que el nuevo proveedor pague, en nombre y representación del cliente, el costo total de prepago del crédito inicial con los fondos del crédito que otorgue en virtud de esta portabilidad (art. 14 inc. 1º LPF y art. 33 RPF).

Además, el nuevo contrato debe celebrarse por escrito y si el crédito anterior está asegurado con garantías reales debe cumplir con las solemnidades que requiera la constitución de esas garantías (art. 16 LPF). Se añade la exigencia de que se inserte en el contrato el certificado de liquidación o actualización de deudas vigentes al momento de su celebración (art. 16 inc. 2º LPF).

La subrogación opera de pleno derecho, por lo que el proveedor inicial no puede oponerse, pero sólo se admite respecto de créditos que se extingan por el pago (art. 14 inc. 2º LPF). La subrogación se extiende a las garantías reales del crédito subrogado, ya que se dispone que subsistirán para garantizar al nuevo crédito en la totalidad de sus términos y en beneficio del nuevo proveedor, que habrá pasado a

ser el acreedor. Esta transmisión de las garantías reales se produce desde el momento del pago del crédito inicial (arts. 14 inc. 2º LPF y 35 inc. 3º RPF). Si el pago no se efectúa en el plazo que fije el reglamento, el nuevo proveedor responderá de los perjuicios, pero "este incumplimiento en ningún caso afectará la subrogación especial de crédito" (art. 15 inc. 2º LPF). El Reglamento fija este plazo en seis días hábiles bancarios (art. 34 RPF).

Para la subrogación se distingue entre garantías con o sin cláusula de garantía general. Si el crédito inicial estaba garantizado por una garantía con cláusula de garantía general, el certificado de liquidación debe incluir todos los montos que deban ser pagados para poner término a las obligaciones que tenga el cliente con el proveedor inicial, incluyendo aquellas que no deriven de productos o servicios financieros. Si no se incluyeran en el certificado, la garantía general del primer proveedor sobre estas obligaciones será inoponible al nuevo: "la existencia de obligaciones adicionales no incluidas en el certificado de liquidación o de productos o servicios financieros que no se terminen o extingan por el solo hecho del respectivo pago no afectarán el beneficio exclusivo del nuevo proveedor" (art. 17 inc. 2º LPF y art. 36 inc. 2º RPF).

De este modo la garantía general pasa a caucionar el nuevo crédito y todas las deudas que el cliente contraiga con el nuevo proveedor desde que se extingan o paguen las obligaciones incluidas en el certificado de liquidación (art. 17 inc. 1º LPF).

El Reglamento aclara que las obligaciones adicionales no incluidas en el certificado de liquidación o de actualización de deudas otorgado por el proveedor inicial y, en consecuencia, no pagadas por el nuevo proveedor, dejarán de estar caucionadas por la garantía que habrá pasado a beneficiar exclusivamente al nuevo proveedor (art. 36 inc. 3º RPF), aunque esto ya se concluía de la ley que señalaba que la garantía era un beneficio exclusivo del nuevo proveedor.

Para las garantías sin cláusula de garantía general, se dispone que subsisten para caucionar el nuevo crédito, pero aquí la ley establece que si los términos del nuevo crédito implican condiciones más gravosas, tales como aumentos de las tasas de interés, modificaciones de plazos o aumento en el monto del crédito, "dichos términos serán inoponibles a terceros acreedores hipotecarios o prendarios de grado posterior existentes con anterioridad al proceso de portabilidad, o a terceros que hubieren otorgado la respectiva garantía". Se exceptúa el caso en que los terceros hayan consentido en la subrogación (art. 18 LPF). El Reglamento dispone que este consentimiento debe otorgarse en forma previa o al momento de celebrarse el nuevo contrato de crédito y exige que sea por escrito; y que en caso de que la garantía esté sujeta a un sistema registral, cumpla con las solemnidades legales establecidas para el otorgamiento de dicha clase de garantía, dejándose constancia de la subrogación especial de crédito (art. 37 inc. 2º RPF).

Si se trata de garantías sujetas a registro el nuevo proveedor debe solicitar que se inscriba la subrogación en el registro respectivo, presentando el contrato del nuevo crédito y el comprobante de pago del anterior. La inscripción se practica del

mismo modo en que se realizaría una modificación de la garantía, pero la constancia registral no es solemnidad de la operación sino sólo formalidad de publicidad cuya omisión produce la inoponibilidad a terceros (art. 19 LPF). El Reglamento aclara que "la inscripción modificatoria no afectará la fecha de inscripción original de la garantía" (art. 39 inc. 1º), con lo que se dispone que la garantía conserva la fecha en la que fue constituida. Además, el Reglamento enfatiza que esta inscripción y las anotaciones marginales a que diere lugar se entenderán necesarias solo para efectos de publicidad y oponibilidad a terceros y de ninguna manera podrá considerarse como requisito de solemnidad para la validez de la portabilidad financiera y la subrogación del contrato y sus garantías (art. 39 inc. 4º RPF). Con ello, esta regulación legal y reglamentaria ha solucionado la antigua polémica sobre si debe o no inscribirse la subrogación tratándose de hipotecas y ha ordenado que se inscriba, si bien bajo sanción de inoponibilidad a terceros.

El Reglamento parece circunscribir estas garantías a la hipoteca de inmuebles y a la prenda sin desplazamiento (art. 39 RPF), pero pensamos que también procedería para la prenda de acciones o de vehículos motorizados. Además, el Reglamento regula algunos casos más singulares como si un crédito inicial está garantizado por garantías con cláusula y sin cláusula de garantía general (art. 38 RPF) o si la portabilidad se refiere a dos o más clientes que sean deudores del mismo crédito inicial (art. 42 RPF).

Sobre la subrogación, se ha sostenido que la definición del art. 3 Nº 13, el hecho de que se autorice la subrogación entre productos financieros de un mismo proveedor y el que se contemple que el capital del nuevo crédito puede ser mayor que el inicial, obliga a concluir que estamos ante una subrogación real, que excepcionalmente podría darse en patrimonios diversos. Ello llevaría también a la imposibilidad de aplicar el criterio de que la subrogación en cuanto a terceros garantes sólo opera hasta el monto del crédito subrogado y, por el contrario, se dispone que por la subrogación las garantías reales "garantizarán el crédito subrogante en la totalidad de sus términos" (art. 14 inc. 2º LPF), lo que sólo es limitado tratándose de garantías sin cláusula de garantía general ya que se dispone que si el nuevo crédito contiene condiciones más gravosas ellas serán inoponibles a los terceros garantes salvo que consientan (art. 18 LPF).

Por nuestra parte pensamos que es posible interpretar las normas de la portabilidad financiera con subrogación como instituyendo un pago con subrogación especial, esto es, una subrogación personal, de manera de poder aplicar subsidiariamente las normas del Código Civil para interpretar o integrar los vacíos de la ley Nº 21.236.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el concepto que se da de subrogación en el art. 3 Nº 13 de la ley debe ser complementada con la definición de portabilidad con subrogación, por la cual se indica que se trata de un "proceso por el cual el cliente contrata un nuevo crédito con un nuevo proveedor con la finalidad de pagar un crédito que el cliente mantiene con un proveedor inicial..." (art. 4 letra b LPF). Estamos así ante un pago que genera una subrogación en el crédito, y por ello el nuevo proveedor se beneficia con las garantías y accesorios que ese

crédito ya tenía con el anterior acreedor. Esto coincide perfectamente con el pago con subrogación de los arts. 1610 y ss. del Código Civil, y calza con la definición que se ofrece en el art. 1608: "La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga".

Debe señalarse también que el inc. 1º del art. 14 tiene una redacción similar a la que se encuentra en el art. 1610: "La subrogación especial de crédito procederá por el solo ministerio de la ley y aun contra la voluntad del proveedor inicial" (el Código señala que "se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor...").

Si entendemos la subrogación de la portabilidad financiera como una forma especial de pago por subrogación, podemos concluir que el art. 14 inc. 2º se aplica pero con la restricción prevista en el art. 18, es decir, en cuanto los términos no sean más gravosos para los terceros garantes, incluyendo el monto del crédito. El mismo criterio debiera aplicarse a las garantías con cláusula de garantía general: la cláusula beneficia al nuevo proveedor pero sólo respecto de las obligaciones que se hayan contraído con éste y sin afectar a otros posibles terceros garantes, ya que el pago por subrogación sólo produce ese efecto hasta el monto de lo pagado, por lo que el nuevo prestador no podrá ejecutar garantías constituidas para el crédito subrogado más allá del monto que éste haya tenido. A esto podría objetarse que la ley admite que el nuevo crédito tenga un capital mayor que el anterior ya que la ley establece que "los notarios no podrán cobrar recargo sobre el monto del contrato del nuevo crédito referido en este Título, a menos que el capital del referido crédito sea superior al capital del crédito inicial" y que en tal caso "el recargo procederá sólo sobre el monto del nuevo contrato de crédito que exceda al monto de crédito inicial", y el mismo criterio se aplicará a los conservadores de bienes raíces (art. 20 LPF). Pero nótese que se trata de una norma que regula los gastos notariales y de conservador, y nada dice sobre la subrogación, de modo que bien podrá aceptarse que el capital del crédito del nuevo proveedor sea superior al del crédito inicial, pero siempre que la subrogación en cuanto a las garantías sólo tenga efectos hasta monto del capital e intereses pagados.

Si son dos o más los proveedores los que financian el pago del crédito inicial podrá aplicarse como derecho común la norma del art. 1613 del Código Civil que dispone que si son varios los que han prestado dinero al deudor para el pago de la deuda, no habrá preferencia entre ellos. Si la subrogación es parcial y no se paga la totalidad del crédito inicial, el acreedor original podrá pagarse con preferencia al acreedor subrogante (art. 1612 inc. 2º CC).

Si se aplican las normas generales es claro que la subrogación permite al nuevo acreedor de todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda (art. 1612 inc. 2º CC). No obstante, el Reglamento —a nuestro juicio de manera ilegal— dispone que las cauciones personales se extinguirán: "de existir garantías personales, éstas no garantizarán la nueva obligación y se extinguirán en caso de que se extingan las obligaciones que caucionen, de conformidad a las reglas generales" (art. 35 inc. 3º RPF). Esto se

contrapone claramente a la ley que en su art. 18 habla de garantías sin cláusula de garantía general incluyendo tanto las garantías reales como personales, lo que queda claro al observar que los arts. 17 y 19 sí exigen que se trate de garantías reales. Por ello, pensamos, que aquí debe primar la Ley por sobre el Reglamento, y las garantías personales se mantendrán, si bien con la limitación del art. 18 LPF.

Todo lo anterior reafirma nuestra posición de que estamos ante una modalidad especial de pago con subrogación. Tanto la Ley como el Reglamento insisten en diversos preceptos en que la subrogación sólo se produce por el pago del o los productos financieros del proveedor inicial a nombre del cliente por parte del nuevo proveedor (arts. 14, inc. 1º letras b y c; 14 inc. 2º; 15, 17, 21 LPF; arts. 33, letras b y c; 34; 35 incs. 2º, 3º y 4º; 36, 38, 39 inc. 3º y 40 RPF). Incluso si el Reglamento al ordenar la extinción de las garantías personales se hubiere ajustado a la ley —lo que como hemos dicho no consideramos correcto— se podría argumentar que dado que el pago por subrogación común conlleva la conservación de este tipo de garantías, la normativa ha debido contemplar expresamente la excepción.

Por cierto, la subrogación que se produce en productos financieros de un mismo proveedor es una subrogación real de cosa incorporal (un crédito). Sin embargo, no vemos la utilidad de esta subrogación: para no tener que constituir de nuevo las garantías para el nuevo crédito habría bastado con disponer que se extenderían al nuevo crédito en la medida en que no sea más gravoso que el anterior, salvo que los terceros acreedores o garantes consientan, que es lo que dispone el art. 18 de la ley. Tratándose de subrogación con garantías con cláusula de garantía general la misma ley y el reglamento advierten que no procede (arts. 17 inc. 3º LPF y 49 letra g RPF) y con toda lógica ya que si es con cláusula de garantía general, siendo una obligación con el mismo proveedor, quedará incluida automáticamente en dicha garantía.

b) Otros casos de pagos con subrogación en leyes especiales

353 La ley Nº 18.092, de 1982, sobre letra de cambio y pagaré contiene un supuesto de pago con subrogación para favorecer al tercero que paga el documento: "Cualquier tercero extraño a la letra podrá pagarla y se subrogará en todos los derechos del portador emanados del documento. El portador deberá dejar constancia en la letra del nombre de la persona que le hizo el pago" (art. 87).

Otro caso de pago con subrogación es contemplado por la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas para el caso de continuación de actividades del deudor. Se dispone que "El acreedor hipotecario, prendario o retencionario que pague más del porcentaje que le correspondiere de conformidad al inciso anterior, se subrogará por el exceso en los derechos de los acreedores de la continuación de actividades económicas, en conformidad a las normas del Párrafo 8 del Título XIV del Libro IV del Código Civil" (art. 239.3 LRLEP).

El párrafo 8º del Título XIV del Libro IV del Código Civil regula justamente el pago con subrogación.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CLARO SALAS, Héctor, "Un caso de pago con subrogación", en *RDJ*, t. 8, Derecho, pp. 167-173; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, "Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación", en *RDJ*, t. 21, Derecho, pp. 5-27; LEDERMANN RODRÍGUEZ, Ricardo, "De la subrogación legal en beneficio del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado (el N° 2 del art. 1610 del Código Civil, ante la doctrina y la jurisprudencia)", en *RDJ*, t. 26, Derecho, pp. 139-165; PINOCHET OLAVE, Ruperto, "El pago con subrogación y sus efectos en la planificación tributaria", en G. Figueroa, E. Barros, y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 437-443.

III. PAGO CON SUBROGACIÓN CONVENCIONAL

1. Concepto

354 El pago con subrogación, como ya señalamos, puede operar por el solo ministerio de la ley o en virtud de un acuerdo de voluntades o convención entre el tercero que paga y el acreedor. Por ello el Código Civil señala que "Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de una convención del acreedor" (art. 1609 CC). La norma habla de convención "del acreedor" pero lo correcto hubiera sido una convención del tercero con el acreedor.

Se puede definir la convención de pago con subrogación como un acuerdo entre un tercero que paga con sus fondos propios un crédito ajeno y el acreedor de ese crédito por el cual el tercero que paga asume los derechos y acciones del acreedor pagado, con todas sus preferencias, accesorios y garantías.

2. Caracteres de la convención subrogatoria

355 En primer lugar, hemos de señalar que como *convención* requiere el acuerdo de dos partes, que son el tercero que paga y el acreedor pagado. No se trata de un contrato ya que la convención no crea una obligación, sino que modifica su sujeto activo permaneciendo subsistente el crédito que sólo se extingue para el acreedor pagado pero no para el tercero que se subroga ni para el deudor o terceros garantes.

La convención debe ser *expresa*, aunque no es necesario que emplee términos sacramentales. Aunque lo más aconsejable es expresarse con los términos jurídicos propios: subrogación, pago con subrogación, etc., ya que ello evitará luego discusiones sobre la intención de las partes.

La convención además es *solemne*, ya que "debe hacerse en la carta de pago" (art. 1611.CC). La carta de pago, como hemos visto, es el recibo que otorga el acreedor por el pago del crédito. La carta de pago normalmente será un instrumento privado, pero no hay problemas para que se otorgue por escritura pública sobre todo para evitar impugnaciones en el juicio en que el tercero subrogante cobre el crédito contra el deudor. Por cierto, la carta de pago puede hacerse de manera digital y con firma electrónica, la que debiera ser avanzada.

No habrá problemas en que sean varios los terceros que pagan y en tal caso el crédito se divirá entre ellos como un crédito simplemente conjunto. Si son varios los acreedores, el que paga se subrogará en el crédito de esos acreedores y si era simplemente conjunto ahora el único acreedor puede cobrar el total. Si los acreedores son solidarios (solidaridad activa), cualquier acreedor que reciba el pago por el tercero podrá convenir la subrogación, por cierto siempre que reembolse lo pagado a sus coacreedores.

3. Requisitos de la convención subrogatoria

a) Convención entre un tercero que paga y el acreedor

356 Se trata de un acuerdo entre el tercero que paga y el acreedor, aunque la ley pone el acento en la voluntad de este último: "Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor..." (art. 1611 CC). En realidad, la convención no es del acreedor sino con el acreedor.

En esta convención no tiene ninguna intervención el deudor: no se requiere su acuerdo ni su consentimiento. Como el crédito se mantiene igual el deudor no sufre perjuicios por el hecho de que ahora un tercero haya facilitado el pago al acreedor.

Puede tratarse de un pago parcial y en ese caso la subrogación también será parcial, por lo que el tercero sólo podrá reclamar al deudor hasta el monto que haya pagado.

Se cuestiona si sólo corresponde al acreedor el consentir en la subrogación o si pueden hacerlo su representante legal o voluntario. Respecto de los que tienen poder amplio de representación como los representantes legales (art. 1579 CC) o los mandatarios con poder general de administración (art. 2132) se afirma que no hay problemas en que puedan consentir en el pago con subrogación ya que facilitan su gestión. En cambio, si se trata de un poder especial, de un diputado para el cobro o para recibir el pago, se necesitará que dicho poder contemple expresamente la facultad de convenir un pago con subrogación. Nada impide, sin embargo, que si este diputado para el pago realiza la subrogación del tercero que paga, no pueda luego el acreedor ratificar lo obrado por ese mandatario sin poder.

b) Tercero que paga debe ser ajeno a la deuda

357 El tercero que paga no puede ser codeudor solidario o subsidiario ni tampoco un tercero que haya pagado con el consentimiento expreso o tácito del deudor, ya que en tales casos operará la subrogación legal que excluye la convencional. En el fondo, cuando opera la subrogación legal por el pago la subrogación convencional resulta inútil o superflua.

Por ello, debe tratarse de un tercero que paga sin el consentimiento expreso o tácita del deudor. A este supuesto se refiere el Código cuando habla del tercero que paga sin conocimiento del deudor: "El que paga sin el conocimiento del deudor no

tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue" (art. 1573 CC). Si bien no puede forzar al acreedor a que lo subrogue, este acreedor puede voluntariamente convenir que ese pago sea con subrogación, aunque convencional.

Si el tercero paga contra la voluntad del deudor se discute si procede una acción de reembolso por la antinomia de los arts. 1574 y 2291 del Código Civil, a la que ya nos hemos referido[33]. No se discute en cambio que si el acreedor así lo consiente puede proceder una subrogación convencional.

c) El pago debe hacerse con fondos propios del que paga

358 Parece obvio que si el tercero paga con fondos que provienen del deudor o de otra persona no se producirá la subrogación convencional.

Si los fondos provienen del deudor, en realidad, este tercero es un diputado para el pago y no un tercero ajeno a la deuda.

Si se trata de fondos de otro tercero, en realidad el que paga es un mandatario de éste y la subrogación convencional sólo procedería a favor del tercero de quien proceden los recursos con los que se paga la deuda.

d) Debe ser coetánea al pago

359 La subrogación convencional debe hacerse en el mismo momento en que se paga. Así lo dispone de manera expresa el Código Civil: ".... cuando éste [el acreedor], recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor..." (art. 1611 CC).

Es evidente que no puede hacerse con posterioridad ya que una vez hecho el pago el crédito se habrá extinguido y no podría revivir.

Antes del pago tampoco procedería la subrogación, y lo que podría haber es una novación por cambio de acreedor o una cesión de créditos por parte del acreedor a un tercero. Cuando más podría darse un contrato de promesa de subrogación convencional, pero es dudoso que esta promesa pueda hacerse valer judicialmente.

e) Constancia en la carta de pago

360 El Código Civil exige que la subrogación convencional se haga en la carta de pago, es decir, en el recibo del pago: "la subrogación en este caso [...] debe hacerse en la carta de pago" (art. 1611 CC).

El tono imperativo revela que no se podrá probar que hubo subrogación convencional si no aparece de manera expresa en el recibo, ya sea que éste conste

[33] Véase Nº 281.

de escritura pública o instrumento privado. Se trata de un acto solemne cuya solemnidad es constitutiva por lo que su ausencia producirá nulidad de pleno derecho.

No se requiere que se especifiquen los derechos y garantías del crédito, porque la subrogación los comprenderá todos, como veremos más adelante. No existen términos sacramentales, pero para evitar problemas de interpretación debe hablarse de pago con subrogación o al menos de subrogación en el crédito.

f) Sujeción a regla o reglas de la cesión de créditos

361 Como bien nota Claro Solar, el texto del artículo no se refiere a las "reglas" de la cesión de créditos, sino a la regla en singular, lo que se debió a un cambio del Proyecto Inédito que hablaba de reglas en plural al Código aprobado por el Congreso que hablaba de regla en singular[34].

Por ello nos parece que lleva razón este autor a que no son todas las reglas de la cesión de créditos las que se aplican a la subrogación convencional como se suele sostener en nuestra doctrina y concretamente a la necesidad de entregar el título del crédito (art. 1901 CC). Nos parece que esta alusión tuvo por finalidad llenar la laguna que observaba la doctrina francesa respecto de la disposición equivalente del *Code*, en el sentido de requerir que se informara al deudor que se había producido esta subrogación del acreedor para que así no lo pagara en manos del acreedor subrogante.

De este modo, la regla a que se quiso referir el Código en este caso es la del art. 1902: "La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste". A falta de esta notificación o aceptación del deudor, la subrogación será inoponible al deudor y a otros acreedores (art. 1905 CC).

IV. Efectos del pago con subrogación

1. Generalidad de los efectos y derechos del tercero que paga

a) Efectos comunes

362 Los efectos que produce la subrogación son comunes y se aplican tanto a la subrogación legal como a la subrogación convencional.

La diferencia es sólo el modo en que procede, pero siempre que haya un pago al acreedor subrogado; por el solo ministerio de la ley en el caso de la subrogación legal o por la convención entre acreedor y el tercero que paga en el caso de la subrogación convencional.

[34] Claro Solar, L, *Explicaciones XII. De las obligaciones III*... cit., t. XII, Nº 1572, pp. 268-269.

El principal efecto es que el que paga se subroga en todos los derechos y acciones, garantías y privilegios del acreedor subrogado, ya que el crédito permanece inalterado aunque con un cambio de la persona del acreedor original.

Es lo que dispone el Código Civil: "La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda" (art. 1612 CC).

b) Derechos del tercero subrogante

363 Aunque el Código Civil no lo señala expresamente, es evidente que el tercero que paga y con ello se subroga tiene derecho a exigir al acreedor subrogado el título o documento en el que conste el crédito, ya que por mucho que sea la subrogación si no cuenta con el título no podrá cobrar el crédito ni reclamarlo judicialmente.

Igualmente, el tercero subrogante no pierde sus propias acciones en contra del deudor y perfectamente puede optar por ejercerlas sin que esté obligado a cobrar el crédito que pagó para subrogarse. Esto puede suceder si el crédito en que se subroga está prescrito o si no tiene las garantías que tiene el derecho personal de reembolso.

Siendo un derecho que va en interés individual del renunciante, no se observa obstáculos para que pueda renunciarse (art. 12 CC). Pero el solo hecho de no ejercer el crédito en que se subroga no implica que se haya renunciado a éste.

Igualmente, se ha señalado que si el acreedor acepta un pago menor al crédito condonando el resto, el tercero que paga sólo podrá cobrar el valor de lo que haya efectivamente pagado.

2. Efectos en particular

364 La subrogación traspasa el crédito con todos los derechos y acciones del acreedor subrogado. De esta manera, si el crédito producía intereses los seguirá devengando, y si ha transcurrido un plazo de prescripción ese plazo no se pierde y puede seguir corriendo, aunque si ha sido interrumpido civilmente continuará interrumpido salvo que se produzcan algunos de los hechos previstos en el art. 2503 del Código Civil.

Igualmente, si el crédito constaba de un título ejecutivo el que subroga en él podrá también valerse de dicho procedimiento, si la obligación es líquida y actualmente exigible. Para ello el ejecutante deberá acompañar antecedentes que acreditan el pago en los supuestos del art. 1610 o la carta de crédito donde conste la subrogación convencional y la constancia de la notificación al deudor.

Si el crédito deriva de un acto comercial se regirá para efectos de prueba y de otros aspectos por el Código de Comercio.

Si el crédito, siendo civil y no comercial, debió ser puesto por escrito y no lo fue, no podrá probarse por testigos conforme a los arts. 1708 y ss. del Código Civil.

También se traspasan los *privilegios o preferencias* porque éstas son inherentes al crédito y, por tanto, "pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera" (art. 2470.2 CC). Es más, en algunos supuestos es justamente la mejor preferencia la que impulsa al tercero a pagar al acreedor preferente, como sucede con el caso del acreedor que paga a otro de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca o en el supuesto del comprador de la cosa hipotecada.

3. Cauciones

365 El pago con subrogación traspasa el crédito con sus cauciones o garantías. Se señala expresamente que la subrogación traspasa al nuevo acreedor todas las prendas e hipotecas del antiguo, "así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda" (art. 1612 CC).

De esta manera se traspasan tanto las cauciones reales (prenda, hipoteca) como las personales: fianza y solidaridad obligacional. A ello debe agregarse la cláusula penal por incumplimiento ya que se trata también de una caución (art. 1535 CC).

A este respecto se discute si el pago con subrogación transfiere el derecho real de hipoteca sin necesidad de inscripción de dicho derecho en el Conservador. La unanimidad de la doctrina piensa que como no hay cambio en el crédito como tal, no es necesaria una nueva inscripción, aunque sí podría ser útil una anotación marginal dejando constancia que el acreedor hipotecario ahora es otra persona que se ha subrogado al antiguo acreedor. No la exige el Código Civil al señalar que se traspasan las hipotecas ni tampoco el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

Algo similar debe sostenerse para los créditos prendarios, y también para los créditos con prenda sin desplazamiento que también necesitan inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento que lleva el Registro Civil. Si hay pago con subrogación el acreedor primitivo debe entregar la cosa dada en prenda y si se trata de prenda sin desplazamiento no es necesario inscribirla a nombre del acreedor subrogante.

4. Beneficios otorgados a la persona del acreedor

366 Existen beneficios o derechos que se otorgan no en consideración al crédito sino a la persona del acreedor. Por ejemplo, la suspensión de la prescripción, intereses que las leyes conceden a ciertos servicios públicos, o privilegios procesales para el cobro de créditos del Fisco.

Algunos sostienen que como el art. 1612 no distingue y habla en general de derechos estos beneficios también son traspasables por pago por subrogación. Se

invoca como argumento que en la cesión de créditos se dice expresamente que no se transfieren las excepciones personales del cedente (art. 1906 CC). Pero en general se sostiene lo contrario, ya que el hecho de que el art. 1612 no distinga no implica que estos beneficios que son otorgados no en consideración al crédito sino a la calidad o estatus de la persona del acreedor sean igualmente traspasables. Por otro lado, si en la cesión de créditos se declara que no se transfieren las excepciones personales del acreedor cedente, con mayor razón habrá que concluir que estas excepciones no se traspasan cuando existe pago con subrogación que incluso puede ser contra la voluntad del acreedor.

Finalmente, hemos de convenir que estos beneficios personalísimos no pueden otorgarse al acreedor subrogante sin que se produzca un mejoramiento injustificado de su situación, que rayaría en un enriquecimiento sin causa.

5. Pago con subrogación parcial

367 En caso de que el acreedor sea pagado sólo en parte, al concurrir con el acreedor subrogante tendrá preferencia para el pago en caso de que los bienes del deudor no sean suficientes. Así lo dispone el Código: "Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito" (art. 1612.2 CC). Se trata de una preferencia que se aplica tanto a la subrogación parcial legal como convencional; y que rige incluso para un crédito que no tenga privilegios ni garantías.

Esta preferencia es propia del pago por subrogación y no se da en la cesión de créditos, ni siquiera mediante pacto, ya que las preferencias son de orden público y no cabe que se creen por la voluntad de las partes.

Aunque el Código habla de un solo acreedor subrogante que paga una parte del crédito, lo mismo debe aplicarse si son varios en la medida en que no se pague todo el crédito y quede un saldo insoluto. En tal caso, el acreedor subrogado se pagará con preferencia a los acreedores subrogantes.

Pero si entre varios acreedores subrogantes se paga el total del crédito, ninguno de ellos tendrá preferencia para pagarse y concurrirán a prorrata. Así se desprende lo que se dispone para el caso de que varios hayan hecho un préstamo al deudor: "Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualesquiera que hayan sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones" (art. 1613 CC).

Esto se aplicará también cuando los terceros que pagan, pagan sucesivamente. Así, si un primer tercero paga una parte, y luego viene otro que paga el resto, éste no gozará de la preferencia que la ley otorga únicamente al acreedor original.

El acreedor podrá renunciar a esta preferencia cuando el tercero le ofrece un pago parcial pero le pide que renuncie a esta preferencia; pero esta renuncia no se presume y deberá constar en algún documento. En la subrogación convencional podrá dejarse constancia en la carta de pago.

6. Limitación de los efectos de la subrogación

368 En general, la doctrina señala que no hay mayores problemas para que se acote el traspaso de privilegios o cauciones si acreedor y tercero que paga así lo acuerdan, incluso para el pago con subrogación legal. Por ejemplo, si un crédito es de primera clase o está garantizado por varios fiadores podría acordarse que el tercero se subrogue en un crédito valista o que sólo quede uno de los fiadores en garantía.

Nos parece que esta regla es demasiado amplia. El pago con subrogación legal tiene sus efectos establecidos en la misma ley y no se admitiría que las partes los reduzcan, al menos no en cuanto a las preferencias del crédito.

En la subrogación convencional habrá más libertad a las partes para que se reduzcan los accesorios del crédito objeto de la subrogación; pero siendo las preferencias inherentes al crédito y tratándose de materias de orden público, no parece jurídicamente viable que se dé este convenio; y ello incluye las garantías de prenda e hipoteca.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, "Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación", en *RDJ*, t. 21, Derecho, pp. 5-27; LEDERMANN RODRÍGUEZ, Ricardo, "De la subrogación legal en beneficio del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado (el N° 2 del art. 1610 del Código Civil, ante la doctrina y la jurisprudencia)", en *RDJ*, t. 26, Derecho, pp. 139-165.

CAPÍTULO CUARTO - EL PAGO CON BENEFICIO DE COMPETENCIA

1. Origen

369 El Derecho romano conoció esta institución para los casos en que el deudor hace entrega de todos sus bienes a los acreedores, mediante la llamada *cessio bonorum*; en tal caso, si el deudor adquiere nuevos bienes goza del beneficio de no pagar más de lo que buenamente pueda: *id quod facere potest* (D. 43.3.4; Inst. J. 4.6.40). En tiempos de Justiniano se extendió a otros deudores como parientes, cónyuges y amigos cercanos. Así pasó al Derecho castellano (P. 5.15.1). El Código Civil francés, en cambio, no recepcionó este beneficio y se atuvo a dar facultades al juez para fijar plazos para el pago "en consideración a la persona del deudor", aunque usando este poder con gran reserva (art. 1244.2 *Code*).

Bello, en cambio, siguió los criterios del Derecho romano y castellano y consagró expresamente lo que llamó "beneficio de competencia". No es claro el origen de la denominación: según algunos autores se trata de un beneficio por el cual un deudor no paga más de lo que es competente según sus circunstancias. Según otros, en realidad, se trataría de una competencia entre acreedor y deudor, de modo que en estos casos la ley daría la primacía al interés del deudor. Pareciera que es más explicativa la primera teoría.

2. Concepto y caracteres

370 Se puede conceptualizar esta institución como un beneficio que la ley "concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna" (art. 1625 CC).

Se ha criticado que se hable de "devolución", pero lo que se quiere dar a entender es que esa parte es del acreedor y, por tanto, que debe serle devuelta.

Los caracteres de este beneficio son:

1º) Es un derecho personalísimo, por lo que no puede renunciarse anticipadamente ni cederse o transmitirse.

2º) No requiere declaración previa, basta que se oponga como excepción.

3º) Constituye una obligación para el acreedor (art. 1626 CC).

4º) Es una excepción al principio de integralidad del pago, aunque puede señalarse que más bien es un aplazamiento del cumplimiento para evitar que el deudor caiga en la indigencia.

3. Deudores beneficiados

a) Cónyuge

371 Debe concederse este beneficio al cónyuge del acreedor siempre que no se haya separado judicialmente por culpa del beneficiario (art. 1626.2º CC).

La separación judicial por culpa está regulada en la Ley de Matrimonio Civil (arts. 26 y ss. LMC); pero no parece que la sentencia deba mencionar esta sanción ya que esto sólo se exige para la privación de derechos sucesorios (art. 35 LMC).

b) Descendientes y ascendientes

372 Se dispone que tienen derecho a este beneficio "sus descendientes o ascendientes"; se entiende del acreedor. No se hace distinción de grados, por lo que puede gozar de este beneficio un hijo, un nieto, un bisnieto, o un padre, un abuelo, un bisabuelo, del acreedor.

Se priva de este beneficio a los que hayan irrogado al acreedor alguna ofensa de las clasificadas entre las causales de desheredación (art. 1626.1º CC). Estas causales están previstas expresamente en el Código (art. 1208 CC). Al parecer no se aplica esta privación al cónyuge, ya que el Código sólo lo excluye de este beneficio si ha sido separado judicialmente por su culpa.

c) Hermanos

373 El acreedor debe conceder este beneficio a sus hermanos (art. 1626.3º CC). Se excluyen aquellos hermanos que se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa "igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes y ascendientes" (art. 1626.3º CC). Si es más grave operará también la causal de exclusión del beneficio.

d) Socios y otros deudores

374 Se concede este beneficio a los *consocios* "en el mismo caso; pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad" (art. 1626.4º CC). La referencia al mismo caso quiere decir que no se hayan hecho culpables de una ofensa de gravedad equivalente a las causales de desheredación. Pero esta vez el beneficio se restringe sólo a los créditos que surjan del contrato de sociedad siempre que sean recíprocos.

Sin duda, el Código se refiere a la sociedad colectiva civil, ya que se trata de un contrato *intuitu personae*. Pero el beneficio podría extenderse a la sociedad colectiva comercial y a la de responsabilidad limitada.

Se incluye también en el beneficio al *donante*, pero se restringe el beneficio al donatario que pide que se cumpla la donación: "pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida" (art. 1626.5º CC).

Finalmente, se otorga el beneficio al *deudor que ha hecho cesión de bienes*. Se exige que se trate de un deudor de buena fe y que los acreedores sean los beneficiados por la cesión, y además que se trate de bienes que ha adquirido con posterioridad a la cesión para el pago completo de las deudas anteriores (art. 1626.6º CC).

La Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones agrega un caso de beneficio de competencia en favor del expropiado para que se le deje lo necesario para su subsistencia de la indemnización de la expropiación (art. 25 D.L. 2186, de 1978).

4. Forma de alegación en juicio

375 Como se señalaba, a diferencia de los alimentos que deben ser demandados, el beneficio de competencia debe alegarse como excepción. Si el acreedor demanda en juicio ordinario, deberá oponerse como excepción perentoria ya que no apunta a la corrección del procedimiento. La resolución del beneficio se hará en la sentencia definitiva.

Si el acreedor interpone demanda ejecutiva se opondrá la excepción del Nº 7 del art. 464 del Código de Procedimiento Civil, es decir, la falta de fuerza ejecutiva del título en relación con el demandado. Como señalan los autores, esto aparece así en las actas de la Comisión redactora del Código de Procedimiento Civil. La tramitación será la que corresponde a la oposición a la ejecución.

Una vez interpuesta la excepción, el deudor debe probar que no puede pagar el crédito que se le cobra sin quedar sin lo necesario para su modesta subsistencia, según su clase y circunstancias. Se tratará de una cuestión de hecho que en definitiva será determinada por el juez en la sentencia, conforme a las pruebas que se le hayan presentado.

5. Efectos

376 Otorgado el beneficio se autorizará un pago parcial para así no privar al deudor beneficiario de lo necesario para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias. Es decir, sólo pagará lo que buenamente pueda: *id quod facere potest.*

Esta limitación o reducción del pago no debe confundirse con una especie de condonación o remisión parcial. Si el deudor mejora de fortuna y obtiene bienes que le permiten salir del estado de modesta subsistencia, el acreedor podrá embargar esos bienes y cobrarse de lo que queda de la deuda.

El crédito se extinguirá por la prescripción de modo que el deudor podrá alegar esa excepción cuando el acreedor le demande pagar el saldo del crédito que no se ha pagado por la interposición del beneficio de competencia. La interrupción civil hecha por la demanda sólo durará hasta que se dicta sentencia condenatoria, y allí comenzará un nuevo plazo.

6. Beneficio de competencia y alimentos

377 Como se observa, la mayoría de los beneficiados por el beneficio de competencia tienen derecho a pedir alimentos legales: así, el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y los hermanos. También el donante, aunque aquí se agrega que sea "cuantiosa" y que no haya sido rescindida o revocada (art. 321 CC).

De esta manera se produce una concurrencia entre beneficio de competencia y derecho a demandar alimentos. El Código se preocupa de zanjar esta concurrencia dándole al deudor-alimentario la posibilidad de optar: "No se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia a un mismo tiempo. El deudor elegirá" (art. 1627 CC).

Capítulo quinto - La dación en pago como modalidad del pago

I. Nociones generales

1. Concepto y origen

378 El Código Civil no regula expresamente la llamada dación en pago, pero queda recogida en la disposición que señala que "El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida" (art. 1569.2 CC). La norma es clara en que el acreedor no puede ser obligado, por lo que se entiende que si el acreedor consiente en recibir como pago otra cosa que la debida, se extinguirá la obligación.

Esto se da normalmente en las obligaciones de dar. Por ejemplo, si el acreedor había comprado un automóvil de una determinada marca, y acepta recibir en pago un automóvil de otra marca. No es usual en las obligaciones de hacer o de no hacer, aunque bien puede sustituirse la prestación de hacer por una de dar o por otra de hacer diferente.

Esta forma de pago fue tratada en el Derecho romano, y se la conocía como *datio in solutum*, produciendo también muchas discusiones sobre todo en lo referido a la evicción del objeto que se da en pago.

Los Códigos Civiles, en general, no le han dado una reglamentación sino normas fragmentarias y dispersas. Nuestro Código Civil lo menciona a propósito de la extinción de la fianza (art. 2382 CC).

Algunos autores mencionan como normas que se relacionan con la dación en pago la facultad de retracto de la cesión de derechos litigiosos (art. 1913 CC), el derecho de la mujer a pagarse con bienes del marido elegidos de común acuerdo (art. 1773 CC), el derecho del acreedor prendario o hipotecario a adjudicarse la cosa dada en prenda o hipoteca (arts. 2397 y 2424 CC). No obstante, no parece que en estos casos haya una verdadera dación en pago.

Sí es una propia dación en pago la que se contempla en el art. 1792-22 del Código Civil (redactado por la ley Nº 19.335, de 1994), según el cual "Los cónyuges, o sus herederos, podrán convenir daciones en pago para solucionar el crédito de participación en los gananciales".

2. Requisitos

a) Una obligación preexistente

379 Puede ser cualquier tipo de obligación, aunque suele ser de dar. Puede tratarse de una obligación civil o natural, pura y simple o sujeta a modalidades.

Se distingue la dación en pago de las obligaciones alternativas (de elección del deudor) y facultativas, ya que la posibilidad de pagar con otra cosa se encuentra ya incluida en el momento en que la obligación se contrajo. Por lo tanto, cuando el

deudor elija una cosa en la obligación alternativa o en una obligación facultativa está pagando y no haciendo dación en pago.

b) Ejecución de prestación diversa

380 La prestación debe ser diversa, pero no puede cambiar ni el acreedor ni el deudor. En suma debe tratarse de un *aliud pro alio*. Además, debe ser distinta en aspectos significativos.

Pueden usarse por analogía los criterios que se dan para la novación respecto del aumento o reducción de la cantidad (art. 1646 CC), o ampliación o reducción del plazo (arts. 1649 y 1650 CC) o cambio del lugar del pago (art. 1648 CC). Si no hay novación, tampoco habrá dación en pago, sino simplemente pago.

El cambio no puede consistir en un cambio en las modalidades de la obligación, como si se reemplaza una obligación pura y simple por otra sujeta a condición suspensiva. En tal caso habrá novación, pero no dación en pago.

Si una prestación de dar se reemplaza por una de hacer o viceversa, en principio no habrá dación en pago, ya que es complejo que la prestación distinta se haga al momento del cumplimiento de la obligación. Si se pacta para más adelante, habrá novación por cambio de objeto y no dación en pago.

Tampoco habrá una diferencia de prestación si la convención consiste en añadir garantías a la obligación, primero porque por ello no se extingue y segundo porque no varía la prestación.

c) Consentimiento de deudor y acreedor

381 Un tercer requisito es el consentimiento entre deudor y acreedor. El Código pone el acento en la voluntad del acreedor, pero es evidente que también se requiere la voluntad del deudor. Estamos ante una convención por la que se cambia la cosa debida y se acepta que la obligación se considere pagada con esa cosa.

Los autores hablan de que el deudor debe tener *animus solvendi* o intención de pagar, pero a nuestro juicio esto es parte del consentimiento del deudor, por lo que si no existe la voluntad de entregar en pago una cosa diversa no habrá consentimiento por parte al menos del deudor.

Esta convención debe hacerse al tiempo del pago y no con anterioridad, ya que si es anterior puede haber novación o transformación de la obligación en alternativa o facultativa.

Tanto deudor como acreedor pueden ser representados por un representante legal si son incapaces o personas jurídicas (art. 1579 CC). Más discutible es si pueden pactar dación en pago los mandatarios de deudor o acreedor. Siendo esta una anormalidad del pago, pareciera que se necesitará una cláusula expresa al menos para que el mandatario que actúe por el acreedor consienta en recibir una prestación diferente.

Se discute si así como cualquier persona puede pagar por el deudor también un tercero podría convenir con el acreedor una dación de pago. El Código parece dar a entender que es posible ya que se pone en el caso de una obligación de hacer para la que se ha considerado la aptitud personal del deudor: "si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona contra la voluntad del acreedor" (art. 1572.2 CC). Es decir, si el acreedor lo acepta pareciera que este tercero puede dar en pago. Pero lo cierto es que aquí no varía la prestación sino únicamente la persona del deudor, por lo que no puede hablarse de que hay una dación en pago. Por ello, pareciera que sólo el deudor original puede hacer una dación en pago, con la aceptación del acreedor, y no un tercero que paga.

Un deudor solidario puede dar en pago de la deuda, con la voluntad del acreedor, y así extinguirla, ya que se trata de un medio equivalente al pago (art. 1522.1 CC). Lo mismo si en la solidaridad activa uno de los acreedores consiente en que el deudor haga una dación en pago, ya que si el acreedor puede novar el crédito con mayor razón podrá recibir algo diverso en pago de la deuda.

Si se trata de un fiador el Código señala que el objeto de la fianza siempre será dinero (art. 2343 CC), por lo que difícilmente se podrá alterar por una cosa diversa; y si se lo hace no habrá propiamente fianza (art. 2343.4 CC).

d) Capacidad

382 Siendo una convención o acto jurídico bilateral tanto deudor como acreedor deben ser personas con capacidad de ejercicio. Si se trata de dar una cosa el deudor debe ser dueño o pagarla con el consentimiento del dueño y tener facultad de enajenar (art. 1575 CC).

La dación en pago será nula en los casos en los que se prohíbe el pago al acreedor (art. 1578 CC).

e) Solemnidades

383 Si se trata de dar en pago una cosa diversa de la incluida en la prestación deberá hacerse la tradición de la cosa. Si se trata de un inmueble la tradición deberá constar en escritura pública de dación en pago y ésta inscribirse a nombre del acreedor en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BARRIOS CARO, Hernán y VALLS SAINTIS, Gabriel, *Teoría general de la dación en pago. Estudio de doctrina y legislación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961.

II. NATURALEZA JURÍDICA

1. Una discusión de siglos

384 La *datio in solutum* fue ya forjada en el Derecho romano clásico, y se discutía si extinguía la deuda de pleno derecho o si era necesaria la *exceptio doli* que

concedía el pretor. Se discutía también si la deuda original era de dinero y el deudor entregaba una cosa si esa dación se equipara a la compraventa, de manera que si la cosa no era del deudor el acreedor podía gozar de una *actio empti utilis* en caso de evicción. Así parece sostenerlo Ulpiano (D. 13.7.24); pero en cambio Marciano sostiene que se entiende que el crédito no ha sido extinguido y el acreedor puede cobrarlo (D. 46.3.46).

Posteriormente, los glosadores y comentaristas medievales discutían cuál era la naturaleza jurídica de esta *datio in solutum*, sobre todo para determinar qué reglas debían aplicársele.

Pothier señala que hay que distinguir: si se trata de dar una cosa en vez de otra habría una permuta; si se trata de dar una cosa para pagar una deuda de dinero habría compraventa, con compensación del precio.

Aunque el Código Civil francés no reguló esta forma de pago, muchos de sus comentaristas la explicaron como una novación por cambio de objeto. Se opone Planiol que señala que no se sustituye el crédito original por otro sino que se trata de una forma de pago por equivalente.

Todo esto ha repercutido también en la doctrina chilena.

2. Dación en pago: permuta y compraventa

385 Desde el Derecho romano se ha sostenido que *dare in solutum est quasi vendere* (C. J. 8.45.4), por cierto cuando se da en pago una cosa para cumplir una obligación de dinero. Se sostiene que en tal caso el acreedor es un comprador mientras el deudor el vendedor de la cosa, y que la obligación de pagar el precio se compensa con la obligación existente de dar una suma de dinero.

Si se da una especie o cuerpo cierto para cumplir una obligación de otra especie o cuerpo cierto, se verificaría un contrato de permuta.

Ninguna de estas explicaciones da cuenta de que en realidad la voluntad de las partes no ha sido celebrar un contrato de compraventa o de permuta, sino la de pagar una obligación existente con otra cosa.

Por otro lado, estas explicaciones no cubren todos los supuestos: por ejemplo, si se paga con un género diferente una obligación de género, ya que no hay permuta de cosas genéricas. Ni tampoco da cuenta del supuesto en que se da en pago un hecho para una obligación de dar, o si se da una cosa para pagar una obligación de hacer.

3. La dación en pago como novación

386 Siguiendo a los juristas franceses, autores chilenos (por ejemplo, Arturo Alessandri) han propiciado que en la dación en pago puede entenderse como una novación por cambio de objeto. De esta forma, la convención crea una nueva

obligación que extingue la anterior, la que a su vez se cumple con la prestación pactada en esa nueva obligación.

Esta explicación nuevamente no parece convenir con la voluntad de las partes que no es novar una obligación para cumplir inmediatamente la segunda obligación. La voluntad de las partes es dar en pago por un medio equivalente.

Además, tiene el problema de que si la cosa con la que se paga la segunda obligación es objeto de evicción (por ejemplo, si la reivindica el auténtico dueño), como la primera obligación se extinguió por la novación no puede luego renacer. Por ello, tanto los franceses como chilenos, se fijan en la norma de la fianza, según la cual "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto" (art. 2382 CC, correspondiente al art. 2038 del *Code*).

No obstante, según Planiol, esta norma tiene una explicación histórica en el sentido de que la aceptación del acreedor de una cosa diversa no puede perjudicar al fiador y por ello se declara extinguida la fianza, aunque sobrevenga evicción del objeto. Por lo demás, si fuera novación por cambio de objeto no habría necesidad de establecer la extinción de la fianza de la primera obligación y bastaría con la norma que dispone que "la novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios, que no han accedido a ella" (art. 1645 CC).

Se observa, por tanto, que la extinción de la fianza producida por la dación en pago aceptada por el acreedor es una forma de evitar que el fiador se vea perjudicado, si es que la cosa pagada luego es evicta.

4. La dación en pago como modalidad del pago

387 A nuestro juicio, y coincidiendo con la mayor parte de la doctrina, la dación en pago es una modalidad del pago, de modo que si la cosa es evicta el pago no será eficaz y la obligación debe reputarse como no extinguida.

Es la consecuencia que aparece tratándose de la dación en pago del crédito de participación en los gananciales. Se dispone que "renacerá el crédito... si la cosa dada en pago es evicta" (art. 1792-22.2 CC).

En realidad no es que el crédito renazca, sino sólo que no ha sido extinguido. Se excepciona el caso en que el cónyuge acreedor "haya tomado sobre sí el riesgo de la evicción, especificándolo" (art. 1792-22.2 CC); lo cual es justo y razonable porque en tal caso el cónyuge acreedor aceptó la cosa con el riesgo de que fuera evicta.

5. La dación en pago como institución autónoma o sui generis

388 Al complejizarse tanto la indagación de la naturaleza jurídica de la dación en pago, varios autores señalan que se trata de una institución que no es ni pago ni novación objetiva, ni permuta ni compraventa. Se trataría de una figura jurídica que

tiene sus especiales características y que no puede encasillarse en ninguno de los conceptos anteriores.

Entendemos que esto no es más que admitir que es imposible determinar la auténtica naturaleza jurídica y optar por la vía fácil de señalarla como autónoma o *sui generis*.

III. Efectos

1. Extinción de la obligación

389 El principal efecto de la dación en pago es la de extinguir la obligación que se paga. Al extinguirse la obligación se extingue la solidaridad o la fianza, y las garantías reales como la prenda y la hipoteca.

Puede que haya una dación en pago sólo parcial y en tal caso la extinción de la deuda será también parcial conforme al valor que se haya dado a la cosa. En tal caso, las garantías reales o personales subsistirán por el saldo insoluto.

Si la dación la hace un codeudor solidario se subroga en los derechos del acreedor pero limitado al valor original del crédito. Lo mismo si acepta la dación un acreedor solidario, quedará obligado a pagar a sus coacreedores su parte en el crédito.

2. Evicción de la cosa dada en pago

390 Uno de los problemas que ha desvelado a los autores es qué sucede si se da en pago una cosa que no era propiedad del deudor, y luego el verdadero dueño la reivindica de manos del acreedor.

Quienes piensan que se trata de una novación se apoyan en la norma del Código que dispone que "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal en descargo de la deuda un objeto distinto del que este deudor estaba obligado a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto" (art. 2382 CC), para señalar que en tal caso la obligación original quedó totalmente extinguida y no renace. Siendo así también se extinguirían las cauciones reales como la prenda y la hipoteca.

Los que señalan que se da un caso de permuta o compraventa señalan que, al menos por analogía, debieran aplicarse las normas sobre saneamiento de la evicción que se dan para la compraventa y que rigen también para la permuta.

Como hemos optado por la dación en pago como modalidad del pago, hemos de señalar que al no transferirse la propiedad al acreedor de la cosa que se ha dado en pago, esa convención no puede producir efectos ya que, conforme al art. 1575 no es "válido" el pago en el que se debe transferir la propiedad sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño (art. 1575.1 CC). Como ya hemos señalado, esta dación no es válida en cuanto pago (se trata de nulidad de pleno derecho), pero sí como tradición *a non domino*.

La norma que establece que la fianza queda irrevocablemente extinguida aunque sobrevenga evicción del objeto aceptado por el acreedor en pago de su crédito (art. 2382 CC) es más bien una excepción que debe ser interpretada restrictivamente. Su explicación es histórica y proviene de la doctrina de Pothier; su justificación es impedir que el fiador se vea perjudicado por una dación en pago de cosa ajena que haga el deudor principal.

No siendo compraventa ni permuta no es posible aplicar, ni siquiera por analogía, las normas propias de la responsabilidad por evicción de la cosa vendida.

3. Dación en pago de cosa prendada o hipotecada

391 Si el deudor ha dado en pago una cosa sobre la cual un tercero tiene un derecho de prenda o hipoteca, el acreedor deberá ser considerado tercer poseedor y si hace el pago se subroga y si fuere desposeído de la cosa hipotecada o prendada debe ser indemnizado por el deudor (art. 2429 CC).

Esto sería más complejo si se trata de prenda civil ya que la cosa estará en manos del acreedor, pero puede darse en los casos de prenda sin desplazamiento de la ley especial.

4. Sobrevivencia de las hipotecas si la cosa es evicta

392 Como hemos sostenido que si la cosa es evicta renace el crédito y con ello las hipotecas que lo garantizaban, hemos de estudiar si la hipoteca resurge con su fecha primitiva o si es necesaria una nueva inscripción con lo que la fecha será la de ésta.

Habrá que distinguir. Si la hipoteca no ha sido cancelada en el Registro, renace conservando su fecha y prioridad. El problema es si la inscripción fue cancelada y si procede una nueva inscripción. Aquí se dan diversas opiniones. Para algunos con la cancelación la hipoteca ya no existe y no puede ser opuesta ni al adquirente del inmueble de buena fe ni a acreedores hipotecarios posteriores a la cancelación y anteriores a la nueva inscripción. Pero si se trata de las mismas personas frente a las que podía hacer valer la hipoteca antes de que fuera cancelada, esta hipoteca prevalece sobre ellas desde la fecha de la primera inscripción. Se aduce que esto sería más equitativo.

El problema es si es equitativo, pero para quién; por cierto no para el acreedor que consintió en una dación en pago de cosa ajena, que en los dos primeros casos habrá perdido su garantía hipotecaria.

Nos parece, por tanto, que independientemente de si la inscripción ha sido o no cancelada, la evicción de la cosa dada en pago produce la mantención del crédito con todas sus garantías y sus fechas, salvo la fianza. La cancelación no habrá tenido una causa jurídica por lo que debe estimarse nula de pleno derecho.

Algo similar deberá considerarse con la prenda sin desplazamiento y la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento que lleva el Registro Civil.

393 La ley Nº 20.720, de 2014, contiene la regulación de los procedimientos concursales, y dentro de ella regula acciones revocatorias o paulianas.

Se dispone que iniciados los procedimientos de reorganización o liquidación, los acreedores podrán y el Liquidador o Veedor deberá deducir acción revocatoria concursal respecto de "todo pago de deudas vencidas que no sea ejecutado en la forma estipulada en la convención" celebrado por la empresa deudora en el año inmediatamente anterior al inicio de estos procedimientos (art. 287.2º LRLEP).

Lo mismo se dispone para la persona deudora respecto de los procedimientos concursales de renegociación o de liquidación, pero aquí sólo se da la facultad a los acreedoes (art. 290.2º LRLEP).

En ambos casos se deja en claro que "la dación en pago de efectos de comercio equivale a pago en dinero" (arts. 287.2º y 290.2º LRLEP); es decir, que si se dan efectos de comercio para satisfacer una deuda de dinero no se entiende que haya pago no ejecutado conforme a lo convenido.

CUARTA PARTE - EL INCUMPLIMIENTO Y LOS MEDIOS DE TUTELA DEL ACREEDOR

BIBLIOGRAFÍA GENERAL: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1992, t. XI, pp. 468-812; t. X, pp. 137-224; STITCHKIN, David, *Obligaciones*, Editorial Universitaria, Santiago, 1948, t. II, pp. 29-134-141 y 242-248; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las obligaciones. Volumen del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.,* Ediciones Jurídicas de Santiago, 3ª edic., Santiago, 2016, pp. 167-436; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Thomson Reuters, 6ª edic., Santiago, 2014, t. II, pp. 879-1212; MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª edic., 1997, pp. 175-313; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago, 2003, pp. 197-269 y 347-356; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 205- 310 y 507-600; RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 229-330, 475-519; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *De las obligaciones*, Thomson Reuters, 7ª edic., Santiago, 2011, pp. 163-234; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno III. De la teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 81-144; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de*

las obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edic., 2004, pp. 245-569.

Capítulo primero - El incumplimiento y la responsabilidad del deudor

I. CONCEPTO Y CLASES

1. Concepto

a) El concepto tradicional

394 Los medios de tutela del acreedor que algunos autores, siguiendo la terminología anglosajona, denominan remedios, suponen un incumplimiento ya sea efectivo, ya sea potencial.

Tradicionalmente se ha entendido que el incumplimiento consiste en no desarrollar la prestación por razones imputables al deudor. No serían incumplimientos los derivados de caso fortuito o fuerza mayor, salvo que estos eventos hayan sido expresamente incluidos en la responsabilidad del deudor; ni tampoco aquellos realizados por una culpa del cual el deudor no responde, por ejemplo, si el depositario incurre en culpa levísima. Tampoco lo sería el incumplimiento que el acreedor acepta.

b) El concepto en los instrumentos de armonización del derecho de los contratos

395 Desde la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías llamada Convención de Viena, se viene imponiendo un concepto objetivo o neutro de incumplimiento, que en este tratado es conceptualizado como una falta de conformidad entre la mercadería vendida y la mercadería recibida por el comprador (arts. 35 y 36 Convención de Viena).

Este concepto se amplía al incumplimiento del contrato dejando la cuestión del incumplimiento de una obligación. Se sostiene así que incumplimiento es cualquier desviación del programa de prestación convenido por las partes que produzca insatisfacción del interés del acreedor o parte contratante perjudicada. Este concepto es amplio ya que incluye la falta de cumplimiento, el cumplimiento tardío o el cumplimiento imperfecto.

Con ello el incumplimiento se desvincula de la imputabilidad, es decir, del dolo o la culpa, y para saber si hay o no incumplimiento debe compararse lo que se ha prometido con lo que objetivamente se ha ejecutado.

Se sostiene, sin embargo, que ante un incumplimiento pueden proceder diversos medios de tutela pero algunos, como la indemnización de los perjuicios, exigen que el incumplimiento sea imputable, salvo que haya una especie de responsabilidad contractual objetiva. Otros exigen que el incumplimiento sea esencial, como la resolución del contrato. La ejecución forzada, que estos autores llaman, de nuevo siguiendo la terminología anglosajona, cumplimiento específico,

procede aunque no haya culpa o dolo del deudor pero si hay imposibilidad de cumplimiento, no se dará lugar a ella.

Se señala, igualmente, que en las obligaciones de medio es nuevamente la desviación del programa de la prestación el incumplimiento, sin perjuicio de que para ello deba evaluarse conforme a los criterios de diligencia cuál era el comportamiento debido.

c) Nuestra opinión

396 Por nuestra parte, pensamos que hay incumplimiento de obligaciones que derivan en un incumplimiento del contrato, pero tratándose de otras fuentes de las obligaciones como el delito o cuasidelito, el cuasicontrato o la ley es claro que se trata de incumplimiento sólo de obligaciones.

Por ello es incumplimiento la falta de desarrollo o ejecución, total o parcial, de la prestación incluida en la obligación, teniendo en cuenta la satisfacción del interés del acreedor. Si se desarrolla la prestación de manera íntegra, se entiende satisfecho el interés del acreedor. Si no se desarrolla la prestación tal como ha sido pactada, es posible que el interés del acreedor haya sido satisfecho como sucede con la dación en pago. En tal caso, no habrá incumplimiento. Normalmente la falta de ejecución de la prestación implicará que el interés del acreedor no habrá sido satisfecho.

Sobre la imputabilidad de incumplimiento, hay que distinguir si se trata de imposibilidad absoluta de cumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor; ya que en tal caso no hay incumplimiento sino que la obligación se extingue (cfr. art. 1670 CC). Si se trata de incumplimiento imputable por dolo o culpa, habrá incumplimiento y además éste será imputable. Aunque la carga de la prueba de la diligencia recaerá en el deudor, por lo que en la práctica al acreedor le bastará acreditar el incumplimiento para que se repute culposo (art. 1547.3 CC).

La ejecución forzada de la obligación no requiere probar que el incumplimiento sea imputable pero sí los demás medios de tutela del acreedor.

2. Clases de incumplimiento

a) Incumplimiento total y parcial

397 El incumplimiento es total si la prestación no ha sido ejecutada en ninguna de sus partes. Por ejemplo, el deudor que se ha obligado a pagar cien kilos de harina, no entrega nada.

Es parcial aquel incumplimiento que, siendo aceptado por el acreedor, ejecuta sólo una parte de la prestación, como, por ejemplo, si el deudor que se ha obligado a pagar cien kilos de harina, cumple entregando sólo 50 kilos. El incumplimiento parcial deja un saldo impago de manera que el deudor se hará responsable de ese saldo.

Si se trata de obligaciones de no hacer, cualquier hecho que realice el deudor en contravención a su deber de abstención implicará un incumplimiento total

b) Cumplimiento tardío

398 El Código Civil dispone que "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" (art. 1556 CC).

Por lo que si hay un cumplimiento retardado se entiende que existe incumplimiento cuyos perjuicios deben ser indemnizados. Aunque habrá que determinar si el mero retardo da lugar a la indemnización de los perjuicios o sólo una vez que el deudor haya sido constituido en mora.

c) Cumplimiento imperfecto

399 El Código Civil se pone también en la situación en que la obligación se ha cumplido pero imperfectamente (art. 1556 CC). Es un tipo de incumplimiento parcial pero que no atiende a la cantidad sino al modo en que se ha desarrollado la prestación debida. Es un tipo de cumplimiento imperfecto el del comprador que entrega la cosa pero con vicios ocultos o el del constructor que construye la obra encargada pero con defectos constructivos.

d) Incumplimiento definitivo o no definitivo

400 Hay incumplimiento definitivo si ya es imposible obtener el cumplimiento como si un concertista en piano no puede dar un concierto en cierta fecha porque se dislocó una mano o si una tienda de costura no tuvo el vestido de novia para la fecha de la boda. En tales casos, no puede pedirse la ejecución forzada de la obligación, aunque sí la indemnización de los perjuicios en la medida en que el incumplimiento sea imputable.

El incumplimiento es no definitivo si ha sido provocado por un impedimento meramente temporal como puede ser un corte de caminos que impide que las mercaderías lleguen al lugar comprometido, pero que una vez restablecida la comunicación pueden llegar a dicho lugar. En tal caso, se tratará de un cumplimiento tardío en que lo que se discutirá es si procede o no indemnización por la mora.

e) Incumplimiento esencial o no esencial

401 Se suele hablar de incumplimiento esencial a propósito de la resolución como medio de tutela del acreedor. De esta manera, si el contrato es incumplido en una obligación relevante, no meramente accesoria, y además es un incumplimiento grave, importante, relevante para la obtención del fin práctico del contrato, estaremos ante un incumplimiento esencial, que dará lugar a la resolución del contrato.

Si se trata de un incumplimiento no esencial no podrá resolverse el contrato pero sí procederán otros medios de tutela como la ejecución forzada y la indemnización de los perjuicios.

3. El incumplimiento en las obligaciones de medios y de resultado

402 Si se trata de una obligación de resultado (por ejemplo, preparar una torta o constituir un derecho de usufructo sobre un inmueble), basta que no se haya producido el resultado (la torta no alcanzó a estar preparada o no se constituyó el usufructo) para que exista incumplimiento.

En las obligaciones de medio hay que distinguir si el deudor no desarrolló ninguna actividad para el cumplimiento o hizo algunas cosas pero que son insignificantes, esto es, en ningún momento trató seriamente de obtener el resultado que aunque no debido es orientador de la prestación, hay incumplimiento de la obligación. Pero si actuó y puso los medios para obtener el resultado pero lo hizo de modo negligente, de un modo contrario a las reglas de la *lex artis*, en tal caso el incumplimiento se convierte en cumplimiento imperfecto. Se cumplió pero el cumplimiento no fue el que debía esperarse según la prestación debida.

Sobre la carga de la prueba del incumplimiento, se ha señalado que como la carga de la prueba de la extinción de la obligación recae en quien la alega, es decir, el deudor (art. 1698 CC), es a éste a quien le corresponde la prueba del cumplimiento, esto es, del pago que extingue la obligación. De esta manera, se concluye que tanto para las obligaciones de medio como de resultado es el deudor quien debe probar que cumplió, lo cual tratándose de obligaciones de medio se armoniza con el art. 1547 que establece que "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo" (art. 1547.3 CC).

Por nuestra parte, pensamos que en las obligaciones de medio en que el deudor desarrolló una conducta pero lo hizo de manera negligente por lo que no se logró el resultado esperado, no hay incumplimiento propiamente tal sino cumplimiento imperfecto, de modo que no corresponde al deudor probar que la obligación no se ha extinguido porque puede probar que hubo cumplimiento, por lo que la imperfección del cumplimiento deberá ser acreditada por el acreedor, lo que en el fondo implica que será el acreedor quien deberá probar la negligencia del actuar del deudor.

4. La culpa en las obligaciones de medio y de resultado

403 Se suele hablar de que existen dos formas de diligencia: la integradora y la promotora. La integradora sería aquella que integra la prestación de las obligaciones de medio, mientras que la promotora es aquella que impulsa el cumplimiento desde fuera de la prestación y que tendría relevancia en ambas formas de obligación, de medio y de resultado.

De este modo, entonces la falta de diligencia integradora determina que la obligación no se haya cumplido o, mejor, que su cumplimiento fue imperfecto. Ya

vimos que la carga de la prueba de la diligencia integradora reside en el acreedor ya que aquí hay cumplimiento pero no ajustado al deber de prestación.

Pero incluso, si no puede atribuirse falta de diligencia integradora al deudor de una obligación de medio, es posible que esta haya quedado incumplida, ya sea porque el deudor nunca actuó para poner los medios o porque habiendo puesto algunos medios luego interrumpió su conducta o porque ante un imprevisto no hizo el esfuerzo necesario y razonable para superarlo. En todos estos casos, hay incumplimiento por desajuste de la conducta con la prestación debida y no un cumplimiento imperfecto. De modo que la carga de la prueba del cumplimiento corresponderá al deudor ya que sobre él recae la prueba de la extinción de la obligación (art. 1698.1 CC). No obstante, será necesario además probar que la omisión, interrupción o no superación ha sido negligente (por omisión de la diligencia promotora) según el grado de culpa del que se responda (art. 1547 CC).

Si se trata de cumplimiento imperfecto no se aplicará la regla del art. 1547 inciso 3º de que corresponde al deudor la prueba de la diligencia que ha debido emplearse; de modo que será el acreedor el que deba probar que la obligación se ha incumplido por cumplimiento defectuoso.

Es claro que en las obligaciones de resultado el que no se haya conseguido este cambio de realidad produce un incumplimiento y no un cumplimiento imperfecto, por lo que corresponderá al deudor probar que sí se cumplió demostrando que el resultado sí se obtuvo (art. 1698.1 CC). Pero una vez determinado el incumplimiento surge una controversia sobre si el deudor debe responder sólo ante el incumplimiento (responsabilidad objetiva), si puede excusarse mediante la prueba de un caso fortuito o fuerza mayor (responsabilidad cuasiobjetiva) o si puede demostrar ausencia de culpa en aplicación del art. 1547 inc. 3º.

Por nuestra parte, pensamos que no puede haber responsabilidad objetiva ya que no ha sido ese el sistema de nuestro Código Civil que establece como factores de imputación de responsabilidad el dolo y la culpa, como se observa ya desde el título preliminar (art. 44 CC). En tal caso, al menos el deudor podría excusarse probando caso fortuito a falta de estipulación en contrario y otros casos de excepción. La regla del art. 1547 inc. 2º del Código es clara y amplia: "El deudor no es responsable del caso fortuito..." (art. 1547.2 CC), por lo que incluye todo tipo de obligaciones. En todo caso, la carga de la prueba corresponde al que lo alega, esto es, al deudor (art. 1547.3 CC).

El problema se reduce, en consecuencia, a determinar si es posible en las obligaciones de resultado probar la ausencia de culpa sin que ello implique caso fortuito o fuerza mayor. A nuestro juicio, sí es posible pero la carga de la prueba corresponde al deudor, es decir, que debe probar la diligencia o cuidado debido (art. 1547.3 CC), con la excepción de la culpa lata que, por equipararse al dolo, debe probarse (art. 1549 CC).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: DUCCI CLARO, Carlos, "La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual", en *RDJ*, t. 81, Derecho, pp. 1-8; DOMÍNGUEZ

ÁGUILA, Ramón, "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 185, 1989, pp. 107-139; DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo, "Responsabilidad contractual", en *Revista Chilena de Derecho* 16, 1989, 3, pp. 619-634; LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, "La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones", en AA. VV., *Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 169-188; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, "Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?", en *Actualidad Jurídica* 2, 2000, pp. 347-370; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Los dilemas de la responsabilidad civil", en *Revista Chilena de Derecho* 28, 2001, 1, pp. 671-679; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El ámbito de la responsabilidad contractual: lo extra, lo pre y lo poscontractual", en *Actualidad Jurídica*, 6, 2002, pp. 163-190; PALACIOS MENA, Pablo, "Alcances sobre la responsabilidad objetiva", en *Actualidad Jurídica* 7, 2003, pp. 385-424; LARROUMET, Christian, "A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 1, 2004, pp. 17-32; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "De la responsabilidad delictual de los contratantes", en H. Fábrega (edit.) *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, pp. 23-58; HEVIA, Martín, "Nota sobre Fullery Perdue y las acciones por incumplimiento contractual en el Common Law", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 221-222, 2007, pp. 181-188; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista", en *Revista Chilena de Derecho* 34, 2007, 1, pp. 41-59; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "El incumplimiento contractual y sus modalidades", en A. Guzmán (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 459-478; MAZEAUD, Denis, "Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: el futuro de la distinción en el Derecho francés", en *Anales Derecho* (Universidad Católica) 3, 2008, pp. 13-25; PIZARRO WILSON, Carlos, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 31, 2008, pp. 255-265; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Incumplimiento y atribución de responsabilidad en las obligaciones de medio y resultado (a propósito de una sentencia de la Corte Suprema N° de ingreso 1.771-2008)", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 569-585; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "La exigibilidad de las obligaciones: noción y principales presupuestos (con especial énfasis en las cláusulas de aceleración)", en *Revista Chilena de Derecho* 24, 1997, 3, pp. 503-523; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Incumplimiento contractual y obligaciones de garantía", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 595-602; PIZARRO WILSON, Carlos, "Diligencia, incumplimiento y exoneración de responsabilidad. Comentario a Sentencia Corte Suprema N° de ingreso 1.771-2007", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago,

2010, pp. 587-593; CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, "La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios / obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica)", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 5, 2010, pp. 45-84; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "Procedencia de la indemnización de los daños incidentales por incumplimiento culpable de contrato", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 781-794; VIDAL OLIVARES, Álvaro y BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "Cumplimiento e incumplimiento y responsabilidad del deudor en el Código Civil. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2010", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 19, 2012, pp. 271-291; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La noción de incumplimiento esencial en el 'Código Civil'", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 32, 2009, pp. 221-258 y en A. Morales, I. de la Maza, A.Vidal (coords.), *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 249-289; SUBERCASEUX SOUSA, Germán, "Algunas consideraciones acerca del dolo como agravante de la responsabilidad contractual", en *GJ* 406, 2014, pp. 7-14; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La pretensión de cumplimiento específico de las obligaciones no dinerarias y los costes excesivos para el deudor como límite a su ejercicio", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 555-577; ERBETTA MATTING, Andrés, *La carga de la prueba del incumplimiento contractual en el Código Civil chileno*, DER, Santiago, 2021.

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DEUDOR

1. De la responsabilidad personal a la patrimonial

404 En los primeros tiempos del Derecho romano al deudor que no cumplía una obligación o *nexus* se le aplicaba la *manus iniectio* y el acreedor podía actuar sobre la persona del deudor, llevándolo al río Tíber y vendiéndolo como esclavo o incluso dándole muerte.

Pero más adelante la *lex Poetelia Papiria* (236 a. C.), suprimió este poder del acreedor sobre la persona del deudor y se sustituyó la *manus iniecti* por la *pignoris capio*, con lo que se dio el poder a los acreedores para pagarse con los bienes del deudor.

Más adelante, los acreedores debían interponer una acción del procedimiento formulario para que el deudor fuera condenado a pagar, aunque la sentencia siempre ordenaba pagar una cantidad de dinero. Una vez dictada la sentencia, el acreedor tenía la *actio iudicati* que, si bien permitía la ejecución en la persona del deudor, esta podía evitarse mediante la ejecución de los bienes del deudor; el pretor concedía la *missio in bona* con un aviso para que en 30 días concurrieran todos los acreedores, el conjunto de los acreedores debía designar a uno de ellos como *magister bonorum* para que organizara la venta en pública subasta de los

bienes (*venditio bonorum*), siempre que las bases de licitación fueran aprobadas por el pretor.

En todo caso, para los deudores insolventes y para ciertas deudas particularmente graves se mantuvieron apremios personales como la prisión por deudas.

2. La prisión por deudas

405 Progresivamente ha ido desapareciendo la llamada prisión por deudas, por la cual al deudor incumplidor se le priva de libertad hasta que pague.

En Chile rigió la prisión por deudas por imperio de la Novísima Recopilación (Nov. R. 11.28.12). Ya después de la Independencia fue regulada por el decreto-ley sobre juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837 y que establecía que si el deudor al momento del embargo no daba fianza de saneamiento y no tenía bienes embargables suficientes para el pago, debía ser conducido a una prisión en la que se mantenía hasta que la deuda fuera pagada o pasados seis meses desde que se le declarara insolvente no culpable.

Esta prisión fue derogada por la ley de 23 de junio de 1868, que no obstante la mantuvo para ciertos casos excepcionales: quiebra culpable o fraudulenta; penas que consisten en multas pecuniarias sustituidas por prisión, según las leyes; administradores de rentas fiscales, municipales o de establecimientos de educación o beneficencia, creados o sostenidos por el Estado, o sujetos a la inmediata inspección del Gobierno; y tutores, curadores y ejecutores testamentarios, por lo que hace a la administración de los bienes que les está confiada en virtud de dichos cargos.

La ley Nº 20.720, de 2014, derogó la figura de quiebra culpable o fraudulenta y la sustituyó por delitos que se incorporaron al Código Penal (463, 463 bis, 463 ter, 463 quáter, 464, 464 bis, 464 ter, 465 y 465 bis CP).

La sustitución de multas por prisión está regulada en el art. 49 del Código Penal, y en el art. 169 del Código Sanitario y en el art. 23 de la ley Nº 18.287 sobre procedimiento ante los Jueces de Policía Local. En estos casos se trata de sanciones a faltas por lo que no parece vulnerarse el principio que prohíbe la prisión por deudas.

Se mantienen como casos de prisión por deudas los que provengan de mala administración de administradores de rentas fiscales, de guardadores y de albaceas, pero nos parece que estas deben considerarse inconstitucionales conforme con el art. 5 inc. 2º de la Constitución en relación con los arts. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que nadie será detenido por deudas, pero que esta norma no limita los mandatos de autoridad judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

No obstante, existen casos que son dudosos. Uno ha sido ya despejado por la jurisprudencia de los tribunales: se trata de los arts. 22 y 44 del D.F.L. Nº 707 que contiene la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques que establecía que no se debe conceder la libertad cuando se procesara a alguien por el delito de giro doloso de cheques a menos que pagara el importe del cheque, intereses y costas, y que en caso de pagar esas cantidades debía decretarse el sobreseimiento definitivo, a menos que hubiere ánimo de defraudar. Mediante el acogimiento de recursos de amparo la Corte Suprema ha ido no aplicando estas normas, y con el nuevo Código Procesal Penal no parece que puedan condicionarse las medidas cautelares personales al pago del cheque y sus accesorios. Además, el cheque ha perdido gran parte de la importancia que tenía como medio de pago e incluso como título de crédito (el famoso cheque a fecha).

Otros casos han sido declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional: apremio con arresto por no pago de cotizaciones previsionales (arts. 12 y 14 ley Nº 17.322); apremio por incumplimiento de obligación de enterar en Tesorería impuestos de retención y recargo (arts. 93, 95 y 96 CT) y arresto para quien incumple una resolución judicial (art. 238 CPC).

Un caso de prisión por deudas que sigue estando en el Código Civil es una de las opciones que tiene el acreedor frente al incumplimiento de una obligación de hacer: "Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido" (art. 1553.1º CC); y que se traduce en arresto hasta por quince días o multa proporcional, que puede repetirse hasta obtener el cumplimiento de la obligación (art. 543 CPC).

Por cierto, el arresto nocturno o pleno por el incumplimiento de pensiones alimenticias (art. 14 ley Nº 14.908, de 1962) está amparado por el art. 7.7 de la Convención Americana. Se ha discutido si cabe aplicar esta norma al no pago de cuotas de compensación económica ya que el art. 66 inc. 2º de la Ley de Matrimonio Civil dispone que la cuota respectiva "se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento". El Tribunal Constitucional resolviendo un recurso de inaplicabilidad determinó que no vulneraba la prohibición de prisión por deudas porque se trataba de una obligación legal y además porque tenía carácter asistencial (TC rol 2102-11-INA).

3. El llamado "derecho de prenda general" o responsabilidad patrimonial

a) La responsabilidad patrimonial universal

406 Habiendo desaparecido los apremios a la persona del deudor, salvo algunas excepciones, la responsabilidad del deudor es netamente patrimonial y se extiende a todos su bienes, salvo aquellos que son declarados inembargables.

Esta responsabilidad patrimonial universal suele denominarse "derecho de prenda general"; porque se entiende que cualquier bien es considerado como en prenda o en hipoteca para el cumplimiento forzado de la obligación o para la indemnización de perjuicios que deriva de su incumplimiento. Es probable también que la expresión provenga de la acción romana denominada *legis actio per pignoris*

capio, que daba derecho al acreedor para "tomar en prenda" los bienes muebles del deudor para ejecutar el crédito.

La expresión "derecho de prenda general" es más bien una metáfora, por lo que es más clara la de responsabilidad patrimonial universal.

b) Contenido

407 El Código Civil nos 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..." (art. 2465 CC).

De esta manera esta responsabilidad recae sobre todos los bienes raíces o muebles, corporales o incorporales, y no sólo los que el deudor tuviera al momento de contraer la obligación sino los que adquiera con posterioridad: presentes o futuros.

La ejecución no es de propia mano sino que requiere de un procedimiento ejecutivo donde deberán embargarse bienes suficientes para el pago de la deuda. Pueden solicitarse antes medidas precautorias prejudiciales para que determinados bienes no salgan del patrimonio del deudor.

En suma, todos los bienes que sean de propiedad del deudor al momento de su ejecución son embargables y luego vendidos en pública subasta para que con el producto se haga pago al o a los acreedores.

c) Límites: la inembargabilidad

408 Se exceptúan los bienes que por ley son declarados inembargables y que tienden a mantener lo más indispensable para que el deudor no quede totalmente desposeído. Por eso el Código Civil señala que toda obligación da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre los bienes del deudor, presentes o futuros, y agrega "exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618" (art. 2465 CC).

El art. 1618 señala que "No son embargables: 1º. Las dos terceras partes del salario de los empleados en servicio público, siempre que ellas no excedan de noventa centésimos de escudo; si exceden, no serán embargables los dos tercios de esta suma, ni la mitad del exceso. La misma regla se aplica a los montepíos, a todas las pensiones remuneratorias del Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas; 2º. El lecho del deudor, el de su cónyuge, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas; 3º. Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de veinte centésimos de escudo y a elección del mismo deudor; 4º. 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; 5º. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado; 6º. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual; 7º. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el

consumo de la familia durante un mes; 8º. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente; 9º. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación; 10º. 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 adquirieren".

Lamentablemente, los valores que están expresados en escudos no han sido actualizados; pero el art. 445 del Código de Procedimiento Civil permite clarificar algunos casos. Por ejemplo, son inembargables "los sueldos, las gratificaciones y las pensiones de gracia, jubilación, retiro y montepío que pagan el Estado y las Municipalidades" (art. 445.1º CPC); así como las remuneraciones de los trabajadores "en la forma que determinan los artículos 40 y 153 del Código del Trabajo". Estas disposiciones ya no corresponden y la embargabilidad de las remuneraciones y cotizaciones de seguridad social se dispone para la parte que excedan de las 56 unidades de fomento, salvo que se trate de pensiones alimenticias legales y decretadas judicialmente y otras deudas en que serán embargables hasta el 50% (arts. 57 y 165 CT).

Respecto de los libros y máquinas se establece que serán inembargables hasta 50 unidades tributarias mensuales (art. 445.9º y 10º CPC). Se establece también la inembargabilidad de "El bien raíz que el deudor ocupa con su familia, siempre que no tenga un avalúo fiscal superior a cincuenta unidades tributarias mensuales o se trate de una vivienda de emergencia, y sus ampliaciones [...], los muebles de dormitorio, de comedor y de cocina de uso familiar y la ropa necesaria para el abrigo del deudor, su cónyuge o conviviente civil y los hijos que viven a sus expensas"; pero se aclara que esta inembargabilidad "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" (art. 445.8º CPC). Se añadió por la ley Nº 20.830, de 2015, la mención del conviviente civil a la de cónyuge.

Por cierto, la inembargabilidad de otros bienes puede ser establecida por otras leyes (art. 445.18º CPC).

No son propiamente límites a la responsabilidad patrimonial universal del deudor ni el beneficio de competencia ni el beneficio de inventario, ni tampoco la responsabilidad por las deudas sociales en caso de sociedad de responsabilidad limitada, empresa individual de responsabilidad limitada, sociedad anónima o por acciones. En todos estos casos lo que se limita es el monto de la deuda y por ello la responsabilidad patrimonial es menor. También puede ser limitada la obligación del fiador pero en ningún caso se admite que el fiador se obligue a más de lo que debe el deudor principal (art. 2343 CC).

d) Terceros poseedores de cosas en garantía: sentido de la expresión "obligación personal"

409 El art. 2465 dispone que toda "obligación personal" da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor.

Es claro que no se trata de una mera redundancia, ya que toda obligación corresponde a un derecho personal. Personal quiere decir aquí que el deudor se obliga como tal con todo su patrimonio. Se excluyen entonces las llamadas garantías reales, como la prenda, la hipoteca o el censo, si han sido constituidos por un tercero para garantizar una deuda ajena. En tal caso, el dueño de la cosa prendada, hipotecada o acensuada no responde con su patrimonio personal sino sólo con el bien que está garantizando la deuda ajena.

Lo mismo puede decirse con el adquirente de la cosa que está gravada con prenda, hipoteca o censo, ya que siendo estas garantías derechos reales se transfieren junto con la cosa. Tampoco responderá con todos sus bienes sino únicamente con la cosa que podrá ser ejecutada y vendida en pública subasta en el correspondiente juicio ejecutivo.

Por cierto, el deudor principal sí responderá con todos sus bienes.

4. Derechos o medios de tutela del acreedor

a) ¿Prioridad de la ejecución forzada?

410 El derecho más importante que tiene el acreedor es el de la ejecución forzada de la obligación, pero se discute si los demás medios de tutela son subsidiarios a éste o si el acreedor puede optar entre los diversos medios de tutela que la ley proporciona ante el incumplimiento: resolución, reducción del precio, suspensión del cumplimiento, indemnización de perjuicios, etc.

En un principio, siguiendo a la doctrina francesa, se estimó que el medio que mejor satisfacía el interés del acreedor era el cumplimiento en naturaleza de la obligación y además por ser más compatible con el principio de la fuerza obligatoria del contrato, que se entendía basado en la autonomía de la voluntad. De esta manera, sólo si el cumplimiento forzado era imposible o inviable, era admitido al acreedor recurrir a otros medios como la resolución o la indemnización de perjuicios.

El principio opuesto es el que se sigue en el sistema del *Common Law*, ya que en este ámbito jurídico el cumplimiento forzado es excepcional y la regla general es la indemnización de perjuicios en dinero. En esto, el *Common Law* es más fiel a los criterios del Derecho romano.

En los intentos de armonización del derecho de los contratos se ha tratado de llegar a un equilibrio entre ambos sistemas, estableciendo la libertad del acreedor para optar por cualquiera de los medios de tutela y con ello no tener que probar que la ejecución forzada es inviable.

La doctrina civil más moderna ha ido imponiendo este criterio ya que no hay preceptos en el Código que establezcan la primacía de la ejecución forzada, y por el contrario hay normas que demuestran que el acreedor puede elegir entre cumplimiento y resolución (art. 1489 CC) o entre ejecución forzada e indemnización de perjuicios (art. 1553 CC). Sólo para las obligaciones de no hacer se establece la indemnización de perjuicios si no puede deshacerse lo hecho. Si se puede, el deudor será obligado a ello o el acreedor puede ser autorizado a ejecutar la destrucción de la cosa a expensas del deudor. Pero se matiza esto señalando que si el objeto puede obtenerse por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo (art. 1555 CC).

Se observa, en consecuencia, que el mismo Código Civil establece la opción para el acreedor y que lo previsto para las obligaciones de no hacer depende no sólo de la naturaleza de la cosa realizada en contravención a la obligación sino de la voluntad del acreedor, ya que se exige que la destrucción sea necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato; lo que claramente dependerá de la apreciación del acreedor.

En suma, pensamos que la ejecución forzada no tiene un rol prioritario en nuestro Código Civil y debe estimarse como un medio de tutela al que el acreedor puede recurrir si estima que así se satisface mejor su interés en el cumplimiento.

Es también lo que sucede para los actos de consumo como da cuenta la Ley de Protección de Derechos del Consumidor, que, frente a deficiencias o fallas de un producto, el consumidor puede optar entre la reparación gratuita, la reposición del producto o la devolución del precio (arts. 20 y ss. LPDC). Tratándose de servicios prestados defectuosamente, si el juez considera procedente el reclamo dispondrá que se preste nuevamente el servicio o, en su defecto, la devolución de lo pagado por el consumidor, sin perjuicio del derecho de éste a demandar indemnización de los perjuicios (art. 41 LPDC).

b) Medios de tutela represivos y medios de tutela preventivos

411 Existen medios de tutela que intentan proteger el interés del acreedor una vez producido el incumplimiento, a los que denominados represivos. Son la ejecución forzada, la indemnización de perjuicios, y tratándose de obligaciones derivadas de contratos bilaterales: la resolución por incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido. También pueden ubicarse aquí la rescisión o reducción de precio en caso de vicios ocultos en la compraventa.

Son medios de tutela preventivos aquellos que permiten al acreedor evitar que el deudor incurra en insolvencia. En este sentido tenemos las medidas conservativas, la acción subrogatoria, la acción directa, la acción pauliana o revocatoria y la acción derivada del beneficio de separación.

c) La ejecución en procesos concursales

412 Si el deudor ya ha incurrido en insolvencia y no es posible pagar a todos los acreedores habrá que recurrir al proceso denominado de liquidación concursal ya

sea para una empresa deudora o para una persona deudora. Este proceso está regulado por la ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, ley Nº 20.720, de 2014.

Cabe añadir también aquí la figura de la cesión de bienes que está regulada en los arts. 1617 y siguientes del Código Civil, y que la nueva ley no contempló entre sus procedimientos.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LÓPEZ DÍAZ, Patricia, "Indemnización de daños autónoma por incumplimiento contractual. Vencimiento del término esencial. Infracción de obligaciones de advertencia. Daño moral y esfera de protección del contrato. Corte Suprema, 14 de noviembre de 2016, Rol 5746-2016" en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Universidad Diego Portales) 28, 2017, pp. 307-321; SEVERIN FUSTER, Gonzalo, "Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el Common Law. Perspectiva histórica y aproximación actual", en *Revista Chilena de Derecho* 43, 2016, 1, pp. 7-37; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La llamada cláusula de garantía contractual como concreción de la pretensión de cumplimiento específico", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 841-862.

Capítulo segundo - La ejecución forzada

I. LA VÍA EJECUTIVA

1. Obligaciones de dar

a) Ámbito de aplicación

413 El juicio ejecutivo se aplica a las obligaciones de dar, pero para algunos autores ella se extiende a las obligaciones de mera entrega o de restituir una cosa, ya que la Comisión Mixta que elaboró el Código de Procedimiento Civil suprimió del título "Del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar" la expresión "y de entregar", pero se dio como justificación que la obligación de entregar era parte de la obligación de dar.

Con ello, nos parece que sólo la obligación de entrega que se contiene en la obligación de dar (art. 1548 CC) es susceptible de juicio ejecutivo de obligación de dar, y que la obligación de mera entrega o de restitución de una cosa debe regirse por las normas del procedimiento ejecutivo de las obligaciones de hacer.

b) Requisitos

414 Para que proceda la ejecución en las obligaciones de dar el acreedor debe contar con un título ejecutivo, que la obligación sea actualmente exigible y que sea líquida.

El *título ejecutivo* es un documento al que la ley le otorga confiabilidad sobre la obligación que se establece en él. El Código de Procedimiento Civil enumera los

principales títulos ejecutivos: sentencia firme, bien sea definitiva o interlocutoria; copia autorizada de escritura pública; acta de avenimiento pasada ante el tribunal competente y autorizada por un ministro de fe o por dos testigos de actuación; instrumento privado, reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido; confesión judicial (art. 434 CPC).

También serán títulos ejecutivos algunos instrumentos privados cuando respecto del aceptante de una letra de cambio o subscriptor de un pagaré no hayan puesto tacha de falsedad a su firma al tiempo de protestarse el documento por falta de pago y siempre que el protesto haya sido personal. Igualmente tendrán mérito ejecutivo contra cualquiera de los obligados al pago de una letra de cambio, pagaré o cheque, si puesto el protesto en su conocimiento por notificación judicial, no aleguen tampoco en ese mismo acto o dentro de tercero día tacha de falsedad.

Asimismo, tendrá mérito ejecutivo la letra de cambio, pagaré o cheque, respecto del obligado cuya firma aparezca autorizada por un notario o por un Oficial del Registro Civil a falta de notario (art. 434 CPC).

Si el acreedor no tiene un título ejecutivo puede recurrir a las llamadas gestiones preparatorias de la vía ejecutiva, que son el reconocimiento de firma o la confesión de deuda (arts. 435 y 436 CPC). Si no se cumple con los requisitos exigidos o fracasan dichas gestiones, el acreedor deberá demandar en juicio ordinario al deudor y obtener que su crédito sea declarado por sentencia firme, la que será título ejecutivo.

La *liquidez* de la obligación consiste en que esté determinada tanto en la especie o el género y su cantidad. Se admite que se entenderá cantidad líquida, no sólo la que actualmente tenga esta calidad, sino también la que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas con sólo los datos que el mismo título ejecutivo suministre (art. 438.2 CPC). Normalmente el ejemplo de obligación ilíquida o no liquidada es la de indemnización de perjuicios, ya que para esto es necesario comprobar los daños y cuantificarlos mediante un juicio ordinario. En las obligaciones expresadas en moneda extranjera, la ley dispone que el acreedor deberá indicar en su demanda la equivalencia en moneda corriente al tipo de cambio vendedor, de la cantidad líquida en moneda extranjera por la cual pide el mandamiento, acompañando al efecto el certificado otorgado por un banco de la plaza referido al día de la presentación de la demanda o a cualquiera de los diez días precedentes, y el tribunal ordenará despacharlo por esa equivalencia. Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, se podrá ejecutar por la parte líquida (art. 439 CPC).

La *exigibilidad actual* de la obligación (cfr. art. 437 CPC) consiste en que el título dé cuenta de una obligación que es exigible a la fecha de interposición de la demanda, es decir, que no esté sujeta a plazo o a condición suspensiva, o que estando sujeta a estas modalidades se haya vencido el plazo o cumplido la condición. Las llamadas cláusulas de aceleración permiten que una obligación en cuotas se haga exigible por el total al no pagarse una o más cuotas.

También se suele incluir en este requisito, aunque hay algunos que lo señalan como autónomo, la de que la obligación del título *no debe estar prescrita*. El plazo de prescripción extintiva de la acción ejecutiva es de tres años; vencidos los tres años la obligación se convierte en ordinaria pero sólo por dos años más (art. 2515.2 CC). Si se trata de una letra de cambio o pagaré el plazo de prescripción es de un año (art. 98 ley Nº 18.092, de 1982).

En estos casos, el juez de oficio puede rechazar la demanda por haber prescrito la obligación del título ejecutivo (art. 442 CPC).

c) Síntesis del proceso

415 En la demanda ejecutiva se debe pedir mandamiento de ejecución, pero se distingue si se trata de la especie o cuerpo cierto que se deba y que exista en poder del deudor; el valor de la especie debida y que no exista en poder del deudor, haciéndose su avaluación por perito; y sobre cantidad líquida de dinero o de un género determinado cuya avaluación pueda hacerse por perito (art. 438 CPC).

Los dos primeros casos son obligaciones de especie o cuerpo cierto, mientras que las del tercero son obligaciones de género.

Como vemos, tratándose de obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto debe considerarse si la especie está o no en poder del deudor. Si esta en poder del deudor se embarga esa especie y una vez ejecutoriada la sentencia de pago se ordenará la entrega al acreedor ejecutante (art. 512 CPC). Respecto de ésta no procede la sustitución del embargo (art. 457 CPC). Si no está en poder del deudor, es necesaria avaluarla por perito como gestión previa a la vía ejecutiva. Lo mismo procederá si se trata de una obligación de género determinado que no sea de dinero.

El mandamiento de ejecución se debe dictar sin intervención del ejecutado, y debe contener la orden de requerir de pago al deudor, la de embargar bienes suficientes para el pago, el nombramiento de un depositario provisional pedido por el acreedor y que puede ser el mismo deudor. Si se estima que será desobedecido, se puede pedir el auxilio de la fuerza pública (art. 443 CPC).

El embargo de bienes del deudor es la incautación por orden judicial de ciertos bienes del deudor que se ponen en depósito ante el acreedor, el deudor o un tercero, y que tiene por objeto venderlos en pública subasta por orden del juez y con el producto hacer pago al acreedor. Si lo embargado es dinero se deposita en la cuenta corriente del tribunal y se hará pago con esa cantidad al acreedor. Debe recordarse que una vez embargado el bien, su enajenación tiene objeto ilícito salvo que el juez la autorice o el acreedor consienta (art. 1464.3º CC); y si el deudor la substrae incurre en el delito de depositario alzado (art. 444.3 CPC). En caso de embargo de un bien inmueble, sólo será oponible desde que se inscriba el embargo en el Registro de Interdiccioness y Prohibiciones de Enajenar en el Conservador de Bienes Raíces del lugar donde está situado el bien embargado (art. 453 CPC). El embargo sólo consiste en privar de la administración de la cosa pero no del derecho

de dominio, de manera que si el deudor paga la deuda recuperará los bienes embargados.

Todo lo anterior se reúne en el llamado cuaderno de apremio que se tramita de manera independiende del cuaderno principal o de ejecución.

En este último, el deudor requerido de pago puede presentar oposición con excepciones que están taxativamente señaladas en el Código de Procedimiento Civil (art. 464 CPC), en el plazo de ocho días hábiles más el término de emplazamiento según si el requerimiento se hace en el mismo lugar del tribunal donde se presentó la demanda o en otro tribunal (arts. 459 y 460 CPC). El ejecutante dispone de un plazo de cuatro días para contestar, y el juez decidirá si es necesario recibir la causa a prueba o si se rechazan o aceptan las excepciones de plano. Si estima necesario que se reciba prueba, se abrirá un término probatorio de diez días, terminado el cual el juez citará para oír sentencia, la que debe dictar en diez días. Si la sentencia acoge alguna de las excepciones, se levantará el embargo y no se seguirá adelante la ejecución. Por el contrario, si las rechaza se sigue adelante con la ejecución.

Si el ejecutado no opone excepciones, se omite la sentencia y se procederá a la ejecución ya sea de remate y pago o sólo de pago por medio del mandamiento de ejecución (art. 472 CPC).

La sentencia será sólo de pago si lo embargado es dinero o es la especie debida. Será de remate si se han embargado bienes que no son dinero ni la especie debida. Los bienes muebles se deben vender al martillo sin necesidad de tasación y por el martillero designado por el tribunal (art. 482 CPC). Si son bienes muebles susceptibles de próximo deterioro o cuya conservación sea difícil o muy dispendiosa, será el depositario el encargado de venderlas (art. 483 CPC). Si se trata de efectos de comercio se deben vender a través de un corredor nombrado por el juez (art. 484 CPC).

Si se trata de otra clase de bienes, especialmente inmuebles, debe procederse a su remate en pública subasta, con avalúo fiscal o previa tasación por peritos a solicitud del ejecutado, aprobación de las bases de licitación y publicación de a lo menos cuatro avisos con la fecha del remate. Efectuada la subasta, el que ha ofrecida la postura mayor debe firmar el acta que se levantará del remate. La ley Nº 21.394, de 2021 modificó el Código de Procedimiento Civil para encargar a la Corte Suprema la regulación por autoacordado de subastas por vía remota (art. 485.2 CPC) y para disponer que si el remate se verifica en forma remota, el acta deberá ser firmada por el adjudicatario mediante firma electrónica avanzada o, en su defecto, mediante firma electrónica simple (art. 495. 2 CPC). En todo caso, debe luego firmarse por el juez y el rematante una escritura pública de compraventa, quedando autorizado el rematante para requerir la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces (art. 497 CPC).

Se regulan también las llamadas tercerías que son de cuatro clases: de dominio, de posesión, de prelación y de pago. Las dos primeras alegan que los bienes

embargados no son del deudor. Las dos segundas son de acreedores que alegan que no hay más bienes y que por tanto se les pague con el producto de su remate, de forma preferente o a prorrata de su créditos (cfr. arts. 518-529 CPC).

2. Obligaciones de hacer y de no hacer

a) Obligaciones de hacer

416 El Código Civil da tres opciones al acreedor de una obligación de hacer, conforme a lo que se establece en el art. 1553: "Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1ª. Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2ª. Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3ª. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato".

No siendo líquida la obligación de indemnizar perjuicios ya sean moratorios o compensatorios, aunque haya título ejecutivo no podrá seguirse el procedimiento por vía ejecutiva y habrá que demandar por la vía ordinaria.

Las otras dos: apremio al deudor y ejecución por un tercero, admiten tramitación por vía ejecutiva, siempre que haya título ejecutivo y que la obligación sea determinada y actualmente exigibles (art. 530 CPC). No es actualmente exigible si la acción ejecutiva está prescrita (arts. 531 y 442 CPC).

El apremio al deudor consiste en arresto hasta por quince días o multa proporcional, lo que se podrá repetir hasta obtener el cumplimiento de la obligación. En todo caso, cesa el apremio si el deudor paga las multas y "rinde además caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar la indemnización completa de todo perjuicio al acreedor" (art. 543 CPC). Como se ve, la caución no asegura el cumplimiento sino la indemnización de los perjuicios al acreedor, por lo que en tal caso se deberá demandar por la vía ordinaria si el deudor no cumple.

Si se trata de un hecho hay que distinguir si el hecho es jurídico o material. La obligación de hacer que contiene un hecho jurídico puede ser la de suscribir un instrumento o constituir una obligación. El caso típico es el cumplimiento de un contrato de promesa a lo que el promitente se niega a celebrar. Este supuesto no aparece en el Código Civil pero ha sido agregado por el Código de Procedimiento Civil, para disponer que en tal caso será el juez quien represente al deudor: "Si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder a su nombre el juez que conozca del litigio, si, requerido aquél, no lo hace dentro del plazo que le señale el tribunal" (art. 532 CPC).

El resto de las normas se refiere al cumplimiento de una obra material que podrá llevarse a efectos por un tercero por encargo del acreedor y a expensas del deudor (art. 1553.2º CC). En este caso, el mandamiento de ejecución contendrá la orden de requerir al deudor para que cumpla y el fijamiento de un plazo (art. 533 CPC). El deudor puede oponerse a la ejecución alegando las excepciones para las

obligaciones de dar a la que se agrega una: "imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida" (art. 534 CPC).

Si no se presentan excepciones, se omite la sentencia y basta el mandamiento para seguir adelante la ejecución (art. 535 CPC). El ejecutante debe presentar un presupuesto para las obras y, aprobado este presupuesto, el deudor debe consignar los fondos dentro de tercero día. Si no consigna, se deben embargar bienes del deudor y venderlos por martillo o subasta pública y el producto será entregado al acreedor hasta el monto previsto en el presupuesto. Una vez concluida la obra, el acreedor debe rendir cuenta de cómo se invirtieron los fondos (cfr. arts. 536-542 CPC).

b) Obligaciones de no hacer

417 El Código Civil dispone que si la obligación de no hacer es incumplida y no puede deshacerse lo hecho se resuelve en la obligación de indemnizar los perjuicios (art. 1555.1 CC). En este caso no procederá el juicio ejecutivo porque se trata de una obligación ilíquida.

Si la cosa hecha puede destruirse y la destrucción es necesario para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, el deudor será obligado a destruir la obra. En este caso sí procederá la vía ejecutiva y se aplicará el procedimiento de las obligaciones de hacer ya sea por el mismo deudor o por un tercero a expensas del deudor. Pero para que proceda esta forma de ejecución el título en que conste la obligación de no hacer debe tener fuerza ejecutiva y además debe consignar de un modo expreso todas las circunstancias requeridas por el inciso 2º del art. 1555 del Código Civil; es decir, que la obra hecha en contravención puede ser destruida y que su destrucción es necesaria y que no pueda tener aplicación lo dispuesto en el inciso 3º (art. 544 CPC)

El Código Civil dispone en el inciso tercero que "si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo" (art. 1555.3 CC). En tal caso, esta petición del deudor se tramitará como incidente (art. 544.2 CPC). Estaremos aquí frente a una excepción al principio de conformidad del pago, ya que la obligación podrá cumplirse por un medio equivalente. En todo caso, el Código Civil insiste en que "El acreedor quedará de todos modos indemne", es decir, sin daño.

Se ha discutido si cuando se habla de destruir la cosa se refiere sólo a una destrucción material. Hemos de entender que por regla general será una destrucción material, pero que es posible concebir deshacer obras intelectuales o jurídicas: como retirar del mercado una novela objeto de plagio o cancelar una inscripción que una persona se obligó a no practicar. También será posible que alguien que se ha comprometido a no poner una empresa del mismo rubro en determinado sector (cláusula de no competencia) pueda cerrar ese negocio y llevarlo a otro sector de la ciudad.

Pero se trata de algo excepcional y no procedería demandar la nulidad del contrato celebrado en contra de la obligación de no hacer, porque la infracción de una obligación de no hacer no puede considerarse causal suficiente de invalidez. Lo que corresponde en ese caso es la indemnización de los perjuicios.

Algunos ejemplos pueden ilustrar estos supuestos: si la cosa que infringe la obligación negativa puede destruirse y esa destrucción es necesaria, por ejemplo, si el vecino se ha obligado a no levantar una pared para privar de la vista al mar de la casa del acreedor de esa obligación; y luego construye esa pared bloqueando la vista, será obligado a destruirla él mismo o el acreedor lo hará a expensas del deudor.

Pero el deudor puede alegar que el objeto puede cumplirse con un medio equivalente, por ejemplo abriendo una ventana para que no se tape la vista a la playa.

Si lo hecho no puede deshacerse como si se reveló un secreto comercial o si un cantante de ópera se había comprometido a solo cantar en un teatro y luego lo hace en otro de la competencia, sólo procederá la indemnización de perjuicios y no se podrá proceder por vía ejecutiva.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Obligación contractual que supone aptitudes personales del deudor. Legislación sobre la libre competencia. Ejecución forzada e indemnización de perjuicios. (Informe en Derecho)", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 1, 1977, pp. 43-75; CORRAL TALCIANI, Hernán, "Posibilidad de cobrar la cláusula penal en un procedimiento ejecutivo", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 451-470; RUZ LÁRTIGA, Gonzalo, "El derecho a la ejecución in natura en el cumplimiento de las obligaciones en Chile", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 603-616; SEVERIN FUSTER, Gonzalo, "Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el *Common Law*. Perspectiva histórica y aproximación actual", en *Revista Chilena de Derecho* 43, 2016, 1, pp. 7-37; BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia, *El cumplimiento específico de los contratos*, DER, Santiago, 2018; BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia, "Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 7, 2011, pp. 253-270; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2018.

II. La vía ordinaria

1. Procedencia

2.

418 Si la obligación no consta en un título ejecutivo o no se cumplen las demás exigencias para la vía ejecutiva, como la liquidez, la exigibilidad actual y la prescripción.

Si la obligación consiste en dinero, que sea líquida o liquidable por una operación aritmética, vencida, no prescrita y actualmente exigible y siempre que conste en un antecedente escrito, el acreedor podrá preparar la vía ejecutiva citando al deudor a reconocer firma o confesar la deuda. Si el citado no comparece o da respuestas evasivas, se dará por reconocida la firma o confesada la deuda (art. 435 CPC). Lo mismo sucederá si se reconoce la firma aunque se niegue la deuda (art. 436 CPC).

Son las llamadas gestiones preparatorias de la vía ejecutiva y que proceden cuando el acreedor no tiene un título ejecutivo. Pensamos que también pueden intentarse estas gestiones si la acción ejecutiva ha prescrito, aunque el Código de Procedimiento Civil señala que en tal caso se podrá acreditar la subsistencia de la acción por un nuevo título, que será la sentencia (art. 442 CPC).

Si el deudor durante el juicio ejecutivo opone excepciones, el ejecutante en el plazo de cuatro días puede desistirse de la demanda ejecutiva con reserva de su derecho para plantear la acción ordinaria sobre los mismos puntos (art. 467 CPC).

Por otro lado, si el ejecutado deduce oposición pero expresa que no tiene medios de justificarla en el término probatorio, puede solicitar que se le reserve su derecho para un juicio ordinario, y que no se ha haga pago al acreedor sin que caucione las resultas del juicio ejecutivo. En tal caso, el tribunal dictará sentencia de pago o remate y accederá a la reserva y a la caución solicitadas. En este supuesto, el deudor debe presentar la demanda ordinaria en el plazo de quince días desde que se notifique la sentencia definitiva (arts. 473 y 474 CPC).

2. Reserva de cuantificación de frutos y perjuicios

419 Si una de las partes debe ser condenada a devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que deba abonarse o declarará su improcedencia si no han sido probados en la especie o monto de lo que se cobra, o por lo menos las bases que deban servir para su liquidación en la ejecución de la sentencia (art. 173.1 CPC). En estos casos, sin embargo, las partes suelen pedir una cantidad pero dan libertad al juez para conceder menos de lo pedido.

Se agrega que "En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso" (art. 173.2 CPC). La norma establece un mandato al juez, pero normalmente son las partes las que formulan la reserva para litigar sobre la especie y monto de frutos o perjuicios en la ejecución del fallo o en un juicio diverso.

Como la obligación no será líquida el otro juicio necesariamente deberá ser declarativo ordinario.

3. La sentencia firme como título ejecutivo

420 El Código de Procedimiento Civil señala que "el juicio ejecutivo tiene lugar en las obligaciones de dar cuanto para reclamar su cumplimiento se hace valer alguno de los siguientes títulos: 1º Sentencia firme, bien sea definitiva o interlocutoria" (art. 434.1º CPC).

Como vemos, la sentencia tiene que estar firme o ejecutoriada o al menos que cause ejecutoria. Puede ser una sentencia definitiva, o sea "la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio" (art. 158.2 CPC); o una sentencia interlocutoria, esto es, "la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria" (art. 158.3 CPC).

En todo caso, no es frecuente que se invoque como título ejecutivo una sentencia interlocutoria, como sí lo es respecto de una sentencia definitiva. Debe tratarse de una sentencia de condena y en que la obligación sea líquida, actualmente exigible y que no haya prescrito. Tratándose de condena en costas, la sentencia debe complementarse con la tasación de ellas, personales o procesales (art. 140 CPC).

En todo caso, el Código da dos alternativas al litigante vencedor para ejecutar la condena en sentencia firme o que cause ejecutoria. La primera es la de promover un juicio ejecutivo ante el mismo tribunal o el tribunal que resulte competente a elección de la parte que haya obtenido en el juicio (art. 232 CPC); en tal caso la sentencia será el título ejecutivo y el juicio se tramitará conforme a los preceptos que ya hemos señalado.

La segunda alternativa, y que normalmente será la más sencilla, es la ejecución incidental o con citación antes el mismo tribunal que la dictó en única o primera instancia. Esta ejecución debe solicitarse en el plazo de un año desde que la ejecución se hizo exigible, y se regula por los arts. 233 a 241 del Código de Procedimiento Civil. Si el plazo ha vencido, el litigante que obtuvo en el pleito deberá pedir el cumplimiento a través del juicio ejecutivo (art. 237 CPC).

Capítulo tercero - La indemnización de perjuicios

I. Pretensión indemnizatoria y responsabilidad civil

1. Pretensión indemnizatoria

421 El incumplimiento puede generar daños al acreedor y por ello desde sus orígenes en el Derecho romano se ha provisto de una medida para reparar esos perjuicios por medios equivalentes y principalmente con una avaluación en dinero. En Derecho romano clásico la ejecución forzada era una excepción, y la reparación de daño en dinero era la regla general. De aquí pasó a los sistemas de *Common Law* en los que la *specific performance* es también una medida excepcional, mientras que la indemnización de perjuicios es la regla general.

En cambio, en los sistemas latinos de tradición codificada por influencia del principio de obligatoriedad de los contratos se entendió que la ejecución forzada era una mejor forma de garantizar dicha obligatoriedad, y por lo tanto la indemnización de los perjuicios fue entendida como una medida subsidiaria para los casos en los que el cumplimiento no producía una satisfacción completa al acreedor ante el incumplimiento.

Es más, incluso se distinguió entre el valor de prestación y los demás daños producidos por el incumplimiento; así tratándose de una pérdida imputable al deudor de la cosa debida, se obliga al deudor a pagar "el precio de la cosa" y a indemnizar los demás perjuicios (art. 1672 CC), lo que también se reconoce respecto de obligaciones solidarias en que la deuda por el valor de prestación se mantiene como solidaria, mientras que los perjuicios deben reclamarse del deudor por cuya culpa se perdió la cosa (art. 1521 CC).

2. Una distinción fundamental: ¿cumplimiento por equivalencia o indemnización de daños?

a) La controversia

422 En la doctrina civil nacional se suele denominar como cumplimiento por equivalencia a la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento, aunque sin mayores precisiones.

Esto nos parece impropio porque no puede a la vez indemnizarse daños y perjuicios y cumplirse la obligación incumplida.

Pero surge una cuestión que sí podría considerarse cumplimiento por equivalencia, y que es la restitución del valor de la prestación (*aestimatio rei*), como diferente de los perjuicios colaterales o conexos (*id quod interest*). Para algunos la compensación del valor de prestación sería un cumplimiento por equivalencia conforme a la distinción que se encuentra en la regulación de la pérdida de la cosa debida (art. 1672 CC) y que repercute en la responsabilidad de los deudores solidarios (art. 1521 CC).

El problema es que el valor de prestación puede ser considerado un daño emergente, ya que constituye una pérdida patrimonial actual para el acreedor.

La doctrina moderna en materia de contratos tiende a negar que exista cumplimiento por equivalencia y estima que la restitución del valor de prestación forma parte de la indemnización de los perjuicios.

Esto, por cierto, no para las obligaciones de dinero, ya que estas se cumplen con una suma de dinero que es fungible, y sólo en caso de mora o retardo pueden producirse perjuicios adicionales.

b) Nuestra opinión

423 Nos parece sensata esta posición, pero pensamos que tratándose de obligaciones de dar, al aplicarse la regla del art. 1672 debe distinguirse entre el daño por pérdida del valor de prestación y otras formas de perjuicios (lucro cesante, daño moral).

Siendo un daño emergente atípico que sustituye el valor de la prestación (la *aestimatio rei*) no se necesitará imputabilidad a título de dolo o culpa. Pero si la pérdida de la cosa es fortuita, al extinguir la obligación, impedirá que el deudor responda por el precio de la cosa.

Esto se ratifica con la norma del Código que establece 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" (art. 1678 CC). Es decir, incluso si no hay culpa del deudor igual debe responder por el precio (valor de prestación) de la cosa.

Esto último se confirma con las normas del Código de Procedimiento Civil que consideran como una modalidad de ejecución de la obligación de dar la ejecución del valor de la especie debida que no exista en poder del deudor (art. 438.2º CPC), así como de un género de cosas determinado (art. 438.3º CPC). En ambos casos se establece la necesidad de avaluar por peritos la cosa o el género.

En el fondo se trata de una indemnización de daños que se asimila al cumplimiento y por ello no requiere imputabilidad por dolo o culpa.

3. Indemnización de perjuicios y responsabilidad contractual

424 En el último tiempo se ha tratado de identificar la indemnización de los perjuicios del incumplimiento contractual como una modalidad de responsabilidad civil: la responsabilidad civil contractual por oposición a la surgida por delitos o cuasidelitos que sería la responsabilidad civil extracontractual. Se señala que en ambos casos la función es reparatoria de perjuicios, que surgen de una conducta ilícita y que se exige alguna imputación y un nexo de causalidad.

Este problema va muy ligado a cómo se entiende la indemnización de perjuicios. Según la postura más clásica que sigue la idea de la *perpetuatio obligationis*, la

indemnización de perjuicios no es una nueva obligación sino la misma obligación que cambia de objeto: "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" (art. 1672.1 CC). También se suele invocar la norma que señala que "toda obligación de no hacer se resuelve en la de indemnizar perjuicios y no puede deshacerse lo hecho" (art. 1555.1 CC).

Siendo la misma obligación las cauciones o garantías que aseguraban su pago se mantienen y no se extinguen. La variación del objeto no produce novación y se puede entender como una especie de subrogación real, por el que la indemnización normalmente en dinero pasa a ocupar el lugar de la prestación contenida en la obligación incumplida.

No obstante, según otra posición la obligación de indemnizar es una nueva obligación que surge del incumplimiento imputable, de modo que la obligación anterior se extingue y surge para el deudor el deber de reparar o indemnizar los perjuicios al acreedor derivadados de ese hecho ilícito. Esta teoría se ha venido imponiendo y con ello su calificación como de responsabilidad contractual, llegándose al extremo de pretender unificar ambos regímenes, como ha hecho el Código Civil y Comercial argentino, aunque sin mucho éxito porque subsisten las diferencias.

Es posible hablar de responsabilidad contractual pero no corresponde su asimilación a la responsabilidad extracontractual, ya que se trata de regímenes que, si bien tienen zonas de confluencia, son esencialmente diferentes. De partida porque la responsabilidad contractual no se identifica con la indemnización de perjuicios y comprende todas las acciones que puede ejercer el acreedor para evitar o superar el incumplimiento, como la ejecución forzada, la resolución del contrato, la excepción de contrato no cumplido, reducción del precio, etc.

Además, en la indemnización de los perjuicios existen reglas que la diferencian claramente de la indemnización de perjuicios de ilícitos extracontractuales: diferentes plazos de prescripción, mayor amplitud para la autonomía privada, distinción de grados de culpa, y sobre todo la limitación a los daños previsibles a la época del contrato.

En el fondo, habiendo una obligación contractual la indemnización de perjuicios toma otra configuración que en el fondo tiende a poner al acreedor en la misma posición en que estaría si el deudor hubiera cumplido su deber (interés positivo).

De esta manera, puede señalarse que sí hay una subsistencia de la obligación y no un reemplazo por una obligación diferente. Y es la subsistencia de la obligación convenida la que delimita los umbrales y límites de los perjuicios que van a ser indemnizables.

4. Autonomía o subsidiariedad de la indemnización de perjuicios

a) Opcionalidad general entre cumplimiento e indemnización

425 Nuestra doctrina civil tradiciomal, a pesar de que el Código no lo establece, piensa que por el principio de fuerza obligatoria de los contratos debe darse primacía a la ejecución forzada y sólo cuando esta no fuera posible, de manera subsidiaria, procedería la indemnización de perjuicios.

De esta manera la opción entre cumplimiento e indemnización serían casos excepcionales, como sucede en la acción resolutoria (art. 1489 CC) o tratándose de obligaciones de hacer (art. 1553 CC) o de no hacer (art. 1555 CC).

Según una posición aún más estricta cuando se trata de contratos bilaterales, el contratante sólo puede pedir indemnización de los perjuicios como anexa a la acción de cumplimiento o a la resolutoria, incluso aunque el contrato genere obligaciones de hacer o de no hacer, ya que primaría la regla del art. 1489 por sobre la de los arts. 1553 y 1555 del Código Civil. En estos casos, la indemnización de perjuicios no sólo sería subsidiaria sino accesoria a la acción de cumplimiento o resolutoria.

La doctrina más actual, y sobre todo la que se identifica con la armonización del derecho de los contratos, sostiene que la indemnización de perjuicios goza de autonomía y que el acreedor, cumpliéndose los requisitos, puede optar entre ella y el cumplimiento e incluso de la resolución. La jurisprudencia se ha comenzado a abrir a esta tesis.

Por nuestra parte, pensamos que es claro que incluso respecto de obligaciones de dar no es necesario que el acreedor pruebe que es imposible la ejecución forzada, y puede perfectamente elegir la indemnización de perjuicios. No hay regla en nuestro Código Civil que establezca la primacía de la ejecución por sobre el cumplimiento, por lo que debe extenderse la regla de la opción contenida en los arts. 1553 y 1555. Es más, el mismo Código dispone 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" (art. 1557 CC).

En el sistema del *Common Law* en que predomina este medio de tutela no se observa que se haya mermado la fuerza obligatoria de los contratos.

b) Opcionalidad de la indemnización frente a la resolución

426 Si bien tratándose de contratos bilaterales (incluidos los que establecen obligaciones de hacer o de no hacer) el art. 1489 del Código Civil permite elegir al contratante no incumplidor el cumplimiento forzado o la resolución, ambas con indemnización de perjuicios, esta puede ser la regla general, pero ella no se aplicará en los casos siguientes:

1º) Si la obligación incumplida es secundaria o el incumplimiento no es grave o sustancial para determinar la resolución. En tal caso, el acreedor elegirá entre el cumplimiento o la indemnización de los perjuicios. El contrato al no ser resuelto

mantendrá su vigencia. Es lo que sucede con una norma que aparece en el pago de especie deteriorada por el que se concede al acreedor si el deterioro no es de importancia pedir indemnización de perjuicios: "pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios" (art. 1590.2 CC).

2º) Si la resolución se observa como inútil en la práctica, con lo que al reclamarse la indemnización de perjuicios debe considerarse implícitamente alegada la resolución. Es lo que sucede cuando se reclama indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de prestaciones médicas. Es obvio que las restituciones mutuas son insignificantes en comparación con los daños o puede que no se haya pagado el costo de los servicios médicos o de hospitalización. En estos casos, el contrato se entenderá implícitamente resuelto.

3º) Si por razones de conveniencia para el acreedor, se prefiere invocar no la resolución sino la indemnización de los daños. Aunque la resolución pueda ser útil, la indemnización de los daños cubrirá las partidas que incluye la restitución de lo pagado, en la forma de daño emergente. En tal caso, procederá también implícitamente la resolución del contrato.

En todos estos supuestos podrá aceptarse que el acreedor o contratante diligente en vez de pedir la resolución o el cumplimiento demande la indemnización de los perjuicios.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LÓPEZ DÍAZ, Patricia, "La autonomía de la indemnización de daños en la jurisprudencia nacional reciente: ¿un cambio de paradigma?", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 23, 2014, pp. 139-207; LÓPEZ DÍAZ, Patricia, "Indemnización de daños autónoma por incumplimiento contractual. Vencimiento del término esencial. Infracción de obligaciones de advertencia. Daño moral y esfera de protección del contrato. Corte Suprema, 14 de noviembre de 2016, Rol 5746-2016" en *Revista Chilena de Derecho* Privado (Universidad Diego Portales) 28, 2017, pp. 307-321; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Comentario de Jurisprudencia. Indemnización de perjuicios contractual. Acción independiente", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 233-234, 2013, pp. 387-390; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 763-779; POLIT CORVALÁN, Joaquín, "Algunas reflexiones sobre la indemnización de perjuicios como remedio autónomo frente al incumplimiento de obligaciones de, dar una especie o cuerpo cierto, en particular a la luz del caso 'Zorín S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato'", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 759-772; CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo, "Sobre la autonomía de la acción indemnizatoria. Reflexiones a propósito del caso 'Zorín con Cía. Siderúrgica Huachipato 2012'", en *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* (Universidad de Chile) 5, 2015, pp. 377-386 y en M. Barría (edit.), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*, Thomson Reuters, 2015, pp. 647-660; LÓPEZ DÍAZ, Patricia,

"La indemnización de daños por vicios redhibitorios como medio de tutela precontractual autónomo en el Código Civil chileno: un tópico cuya procedencia y alcance aun permanecen difusos", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 659-683; LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

II. CLASES DE INDEMNIZACIÓN

1. Según el tipo de incumplimiento

a) Compensatoria y moratoria

427 El Código señala que "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" (art. 1556.1 CC).

La doctrina ha señalado que el incumplimiento total o parcial, o imperfecto de la obligación produce la indemnización que se denomina compensatoria, porque viene a compensar el daño que ha sufrido el acreedor por esa forma de incumplimiento.

En cambio, si el incumplimiento consiste en un retardo la indemnización se denomina moratoria porque tiende a reparar los daños del retardo o mora en el cumplimiento.

b) Acumulación entre ejecución forzada e indemnización compensatoria o moratoria

428 Es evidente que no procede acumular el cumplimiento de la obligación con una indemnización compensatoria, porque ello llevaría a un enriquecimiento sin causa por parte del acreedor. No puede una empresa demandar la entrega de ciertas mercaderías y además los perjuicios que consisten en su valor.

Esto se permite respecto de la cláusula penal pero siempre que se haya establecido expresamente la posibilidad de acumulación declarando que el pago de la pena no extingue la obligación (art. 1537 CC).

No habría, sin embargo, obstáculos para pedir el cumplimiento forzado y además los perjuicios conexos (no el valor de prestación) que se hayan derivado al acreedor por el incumplimiento, por ejemplo, si por no haberle llegado oportunamente las mercaderías la empresa perdió la oportunidad de comercializarlas a un precio mayor (lucro cesante). Pero esta indemnización, no siendo líquida, no podrá cobrarse en juicio ejecutivo.

c) Acumulación entre ejecución forzada e indemnización moratoria

429 La indemnización moratoria tiene por función reparar los perjuicios que ha causado el cumplimiento tardío de la obligación, por lo que ella supone que haya cumplimiento. Por ello no hay problemas en pedir la ejecución forzada y la indemnización moratoria.

El problema que surge es la falta de liquidez de la indemnización moratoria por lo que no sería aplicable el juicio ejecutivo. Pero tratándose de obligaciones de dinero la ley presume que los perjuicios moratorios corresponden a los intereses pactados o en caso de que se pacte uno inferior el interés corriente; y en tal caso, si bien no son líquidos son liquidables, por lo que procede la ejecución forzada de la obligación y la indemnización moratoria.

d) Acumulación de indemnización compensatoria y moratoria

430 En esto hay división de opiniones en nuestra doctrina. Para algunos la indemnización compensatoria siendo sustitutiva del cumplimiento es perfectamente compatible con la indemnización moratoria.

Según otras opiniones, no puede hablarse de cumplimiento tardío si la obligación no ha sido cumplida y el incumplimiento es definitivo. Por ello se piensa que en estos casos la indemnización sólo es compensatoria y comprende el valor de prestación y los demás perjuicios conexos, como lucro cesante y daño moral.

Pensamos que esta segunda opinión es la que parece más sensata. El Código Civil tratándose de las obligaciones de hacer señala que "si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya" (art. 1553.1 CC). Pero no habrá problemas en interpretar la frase "junto con la indemnización de la mora" circunscrita a las opciones de apremio al deudor o de ejecución forzada con cargo de un tercero. En cambio, si el acreedor opta por la indemnización de los perjuicios derivados de la infracción del contrato los perjuicios moratorios se incluirán entre los perjuicios producto del incumplimiento.

También sólo se originarán perjuicios por la mora cuando la especie debida haya perecido fortuitamente pero después de la mora del deudor y en el entendido de que el caso fortuito hubiere hecho perecer la cosa incluso si se encontraba en manos del acreedor (art. 1672.2 CC). Pero cuando el caso fortuito no hubiere hecho perecer la cosa si hubiere sido oportunamente entregada se deberá el valor de la cosa y los perjuicios de la mora (art. 1672. CC). Este caso debe aplicarse sólo a la pérdida de la especie debida cuando el caso fortuito ocurre durante la mora del deudor y el caso fortuito no hubiere afectado la cosa si ésta hubiere sido entregada de manera oportuna al acreedor.

2. Compensatoria sustitutiva del valor de prestación o de otros perjuicios

431 Sobre todo en las obligaciones de dar se puede distinguir en la indemnización compensatoria la compensatoria del valor de prestación y la compensatoria de otros

perjuicios conexos. Los perjuicios conexos pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Los patrimoniales pueden ser la pérdida de una ganancia (lucro cesante), la pérdida de una chance (para algunos casos) y otros perjuicios que sean consecuencia directa del incumplimiento. Los extrapatrimoniales se resumen en la noción de daño moral.

En las obligaciones de hacer o de no hacer no es viable determinar el valor de prestación o *aestimatio rei*, porque generaría subjetividad en el cálculo. Mientras que si se trata de dar una cosa, el precio de la cosa puede hacerse con mayor seguridad por una tasación pericial.

III. Requisitos de la pretensión indemnizatoria

1. Incumplimiento

a) Nociones generales

432 Gran parte de la doctrina más moderna prefiere hablar de incumplimiento del contrato más que de incumplimiento de una obligación, y lo entiende como cualquier desviación del programa del contrato. Agregan que se trata de un incumplimiento objetivo o neutro y que no necesita que se acredite dolo o culpa ni tampoco que esta se presuma de algún modo. Por ello se sostiene que el caso fortuito o fuerza mayor da lugar a un incumplimiento aunque no permitiría demandar indemnización de perjuicios pero sí la resolución del contrato.

Por nuestra parte, pensamos que el incumplimiento del contrato es consecuencia del incumplimiento de una obligación y que este debe ser conceptualizado como cualquier desviación de la prestación que forma parte de su objeto.

Si bien el incumplimiento puede ser neutro, es decir, no necesariamente imputable, nos parece que el caso fortuito no da lugar a un incumplimiento sino la extinción de la obligación ya que a lo imposible nadie puede estar obligado y porque así lo señala expresamente el Código para la pérdida fortuita de la cosa en las obligaciones de dar (art. 1670.1 CC).

b) Clases de incumplimiento según el tipo de perjuicios

433 El Código Civil dispone que "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" (art. 1556.1 CC).

Tenemos entonces tres clases de incumplimiento: el incumplimiento total o parcial, el incumplimiento derivado de un cumplimiento defectuoso o imperfecto y el incumplimiento moratorio.

Nos remitimos a lo que expusimos al comenzar este capítulo[35].

c) Carga de la prueba del incumplimiento

434 Aplicando la regla general del art. 1698 al acreedor le bastará probar la existencia de la obligación, mientras que al deudor le tocará acreditar que la obligación se ha extinguido por el cumplimiento. Si no lo acredita, se entiende que ha incumplido la obligación.

Sin embargo, esto no se aplica a las obligaciones de no hacer, puesto que en estos casos la obligación nace como cumplida y será el acreedor quien tenga la carga de la prueba del hecho del deudor que la contraviene.

La carga de la prueba del incumplimiento corresponde también al acreedor cuando éste ha aceptado el pago expresa o tácitamente, ya que en tal caso hay un indicio de que hay cumplimiento, y corresponderá al mismo acreedor el acreditar que ese indicio no es suficiente por haberse descubierto vicios en la prestación supuestamente cumplida. Si en la compraventa se declara en la escritura pública haberse pagado el precio se admite al vendedor que pruebe lo contrario aunque no se trate de nulidad o falsificación de la escritura, ya que se entiende que esta es una regla aplicable sólo a terceros (cfr. art. 1876.2 CC), pero lo cierto es que el vendedor tendrá que probar que no ha recibido el precio, es decir, el acreedor deberá probar el incumplimiento.

Otro caso en que la carga de la prueba del incumplimiento corresponde al acreedor lo proporciona el Código tratándose del contrato de construcción de edificios, ya que se señala que "El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte..." (art. 2003.4º CC); por ello si luego se descubren vicios de construcción puede demandar su reparación pero deberá probarlos.

Finalmente, hemos de sostener que si hay un incumplimiento derivado de un cumplimiento defectuoso o imperfecto, como el deudor puede probar ese cumplimiento, la carga de la prueba de la imperfección o defectuosidad del incumplimiento recaerá en el acreedor y no en el deudor. Esto es aplicable a las obligaciones de medio cuando ellas se han cumplido pero imperfectamente por no haberse el deudor atendido de la diligencia comprometida en la prestación.

2. Imputabilidad

a) Nociones generales

435 Existe consenso en que para la indemnización de perjuicios es necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor. Esta imputabilidad es subjetiva, es decir,

[35] Véase Nº 427.

requiere que exista culpa o dolo, o que el incumplimiento se produzca después de la mora, lo que equivale a culpa.

Algunos autores estiman que en las obligaciones de resultado la responsabilidad sería objetiva, es decir que la sola no obtención del resultado genera la obligación de indemnizar los perjuicios. Sólo el caso fortuito o la fuerza mayor podría excusar al deudor de dicha obligación, aunque el incumplimiento puede acarrear otros medios de tutela como la resolución.

b) Imputabilidad a título de culpa

b.1) Concepto

436 El Código Civil habla de culpa o descuido (art. 44.1 CC); de manera que puede conceptualizarse la culpa como la falta del cuidado exigible en el cumplimiento de una obligación o en la realización de conductas en la sociedad que causen daños. La doctrina suele referirse a la falta de diligencia.

La culpa debe apreciarse en abstracto, es decir, con independencia de las características individuales del deudor incumplidor. La comparación la hace el Código en la culpa es con la figura del buen padre de familia, concepto que hunde sus raíces en el Derecho romano, y que quiere decir un ciudadano razonablemente cuidadoso.

b.2) Grados de culpa

437 En nuestro sistema de responsabilidad contractual, la culpa se gradúa en tres diferentes grados: grave o lata, leve y levísima.

La *culpa grave* o *lata* es aquella "que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios" (art. 44.2 CC). Como se ve, el modelo de comparación es bastante bajo: la falta de cuidado que aun los negligentes e imprudentes suelen emplear en sus propios asuntos. Esta culpa está muy próxima al dolo.

Culpa leve es "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios" (art. 44.3 CC). El Código agrega que "esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano" (art. 44.3 CC), así como que "el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa" (art. 44.4 CC).

La *culpa levísima* es "la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes" (art. 44.5 CC). El Código aclara que "esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado" (art. 44.5 CC).

b.3) ¿De qué culpa responde el deudor?

438 El Código determina como regla supletoria el grado de culpa que corresponde al deudor según la utilidad que reporta el contrato a las partes: "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio" (art. 1547.1 CC).

Lo normal es que los contratos sean en beneficio recíproco para ambas partes por lo que la culpa de que responderán por el incumplimiento será la culpa leve. Esta es la regla general de manera que cuando no se especifica la culpa de que se responde se entiende culpa leve: "Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve" (art. 44.3 CC). Es la regla que se sigue en la mayoría de los contratos. El Código lo explicita para la sociedad (art. 2093 CC), el mandato (art. 2129.1 CC) y el arrendamiento (art. 1939 CC).

Esta es la culpa por la que responden quienes administran bienes ajenos, como el padre o madre que ejerce la patria potestad (art. 256 CC), los tutores o curadores (art. 391 CC) y los albaceas (art. 1291 CC).

La excepción es que los contratos sean útiles sólo para una de las partes. Si son útiles para el acreedor el deudor responde sólo de culpa lata o grave; un ejemplo puede ser el contrato de depósito, ya que el depositario no recibe contraprestación y va en interés del depositante (art. 2222.2 CC); en cambio, si es remunerado o se ha ofrecido o pretendido que se le prefiera para el cargo o tiene algún interés personal en el depósito, el depositario responde de culpa leve (arts. 2219.2 y 2222.3 CC).

Si sólo son útiles al deudor, éste responderá de culpa levísima. El ejemplo clásico es el contrato de comodato: el comodatario es el único beneficiado por este préstamo gratuito e incluso responde del caso fortuito si ha sobrevenido por culpa suya levísima (cfr. art. 2178.1 y 3 CC). No obstante, si el comodato es de utilidad para ambas partes responderá de culpa leve, y si es en solo interés del comodante responderá sólo de culpa grave o lata (art. 2179 CC).

Estas reglas son supletorias y prima sobre ellas la disposición de la ley o la autonomía de las partes, como deja claro el mismo Código: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes" (art. 1547.4 CC).

Por ejemplo, la ley determina que el fiador responde de culpa leve a pesar de que se trata de un contrato que va en utilidad del acreedor (art. 2351 CC); lo mismo sucede con el contrato de prenda (art. 2394 CC). Si se trata de un depósito necesario, la ley dispone que el depositario responda de culpa leve (art. 2239 CC).

También se reitera que las partes pueden estipular el grado de culpa, por ejemplo, en el caso del depósito (art. 2222 CC).

No obstante, en materia de mandato se distingue entre culpa leve más estricta (si es remunerado) o menos estricta (si ha manifestado repugnancia y ha terminado por aceptarlo por la insistencia del mandante) (art. 2129 CC).

Al final, determinar si hubo o no culpa quedará a la decisión del juez, ya que será muy difícil distinguir entre culpa leve o levísima. Más fácil de determinar puede ser la culpa grave. Mucho más complejo será determinar si la culpa leve es más o menos estricta como se establece para el mandatario.

b.4) Distinción entre diligencia integradora y diligencia promotora

439 La diligencia integradora es aquella que está incluida en la misma prestación objeto de la obligación, mientras que la promotora es aquella que debe desarrollar el deudor para ejecutar la obligación y que de algún modo es externa a la prestación.

En realidad, la imputabilidad del incumplimiento debe atribuirse a la falta de diligencia promotora que existe tanto en las obligaciones de resultado como en las de medio. La diligencia integradora al formar parte de la prestación forma parte del cumplimiento y no de su imputabilidad. Por ello si no falta la diligencia integradora, aunque no se logre el resultado, la obligación debe entenderse cumplida, y por ello no procederá la indemnización de perjuicios.

b.5) Carga de la prueba de la culpa

440 La carga de la prueba de la culpa es una cuestión sumamente debatida y compleja.

Primero debe despejarse quién prueba el incumplimiento; como ya hemos dicho, al acreedor le basta probar la existencia de la obligación mientras al deudor le corresponde la carga de la prueba del cumplimiento ya que es una forma de extinción (art. 1698.1 CC). No obstante, la obligación de medios que ha sido ejecutada debe entenderse cumplida y corresponderá al acreedor el probar que fue un incumplimiento imperfecto o defectuoso por carecer de la diligencia integrada a la prestación. Si el acreedor no prueba esto no habrá incumplimiento. Este criterio aparece en el contrato de mandato, ya que la obligación del mandatario es de medios y no de resultado: "No podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo; salvo que le pruebe culpa" (art. 2158.2 CC). La culpa aquí prueba que no hubo cumplimiento por parte del mandatario.

Pero, como hemos dicho, existe la diligencia promotora que no integra la prestación y que es exigible al deudor para superar los obstáculos que puedan oponerse al cumplimiento, y esta diligencia se aplica igualmente a las obligaciones de medio y de resultado, aunque tiene mayor relieve en las de resultado.

Aquí tenemos una regla de distribución de la carga de la prueba específica: "La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo" (art. 1547.3 CC). El que debe emplear la diligencia y cuidado en el cumplimiento es el deudor.

Normalmente, se habla entonces que asentado el incumplimiento este se presume imputable a culpa o negligencia, en la medida en que corresponda al grado de culpa que es exigible al deudor. Pero en estricto rigor esto no es una presunción simplemente legal contra la cual se prueba probar en contra. Es más bien una regla de distribución de la carga de la prueba: la prueba de la diligencia incumbe al deudor, si no la acredita deberá responder e indemnizar los perjuicios derivados de incumplimiento.

Lo mismo debe decirse de la norma que se encuentra en sede de pérdida de la cosa debida: "Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya" (art. 1671 CC). Aunque aquí el Código señala que se presume, nuevamente habrá que negar que esto sea técnicamente una presunción, y es más bien una regla que invierte la carga de la prueba si la cosa perece en poder del deudor.

De esta manera, si el deudor no prueba que actuó con la diligencia debida o que la cosa pereció a pesar de haber actuado con el cuidado debido para evitar su perecimiento, se tendrá su incumplimiento como imputable a título de culpa.

b.6) La mora como equivalente de negligencia

441 La mora pone de cargo del deudor el caso fortuito a menos que éste haya afectado la obligación incluso si ésta se hubiere cumplido oportunamente. Así se dispone que "el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor)..." (art. 1547.2 CC); lo que coincide con una regla de la pérdida de la cosa debida: "si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora" (art. 1672.2 CC).

Como se ve, si el caso fortuito hubiere afectado igualmente la obligación si se hubiere cumplido oportunamente, se deberán los perjuicios de la mora.

Siendo un incumplimiento, la mora debe ser atribuida a culpa del deudor y se aplicará la regla de la prueba del art. 1547 que señala que es el deudor quien debe acreditar la diligencia que debía (art. 1547.3). Pero esto será muy difícil, salvo que la mora se haya producido por caso fortuito, lo que deberá ser probado por el deudor moroso: "La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios" (art. 1558.2 CC), y además porque la prueba del caso fortuito corresponde al que lo alega, es decir, al deudor (art. 1547.3 CC).

c) Imputabilidad a título de dolo

c.1) Concepto

442 El Código define el dolo: "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro" (art. 44.6 CC).

Se trata de una definición general ya que se encuentra en el parágrafo 5 del título preliminar: "Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes".

Como sabemos el dolo tiene tres formas de presentación en el Derecho Civil: como vicio del consentimiento del acto jurídico (art. 1458 CC), como elemento del delito civil (art. 2284.3 CC) y como factor de imputabilidad del incumplimiento obligacional (art. 1558.1 CC).

En este lugar, nos ocuparemos del dolo en esta última dimensión. Debe tratarse de una intención de inferir injuria a la persona o propiedad del otro.

El primer elemento es la intencionalidad, el actuar a sabiendas o conscientemente. Un segundo elemento es que se trata de inferir injuria. Muchas veces los autores tratan este vocablo como si fuera sinónimo de daño, y piensan que el dolo se compone de un *animus nocendi*. Pero la verdad es que normalmente el dolo sólo implicará la conciencia de estar incumpliendo pero no, al menos directamente, la intención de provocar daño al acreedor. Por ello injuria debe entenderse más bien como algo ilícito, contra lo justo. Basta esa conciencia sin que se requiera probar que hubo intención de provocar daño al acreedor.

Por eso, el llamado incumplimiento eficiente que se usa en el *Common Law*, entre nosotros sería claramente un incumplimiento doloso, ya que el deudor incumple para lograr un beneficio y se aviene a indemnizar los perjuicios al acreedor que ha sufrido el incumplimiento. Hay clara conciencia del incumplimiento y por tanto habrá un incumplimiento con dolo.

No es necesario que haya fraude para que exista dolo. Basta la conciencia de estar incumpliendo.

c.2) Irrenunciabilidad del dolo

443 Aplicando una regla que se encuentra en las normas sobre vicio del consentimiento se señala que no puede eximirse anticipadamente de un incumplimiento doloso ni siquiera aunque se pacte expresamente en el contrato del que surge la obligación. El Código es claro y enfático: "La condonación del dolo futuro no vale" (art. 1465 CC). Lo enfático de la expresión revela que aquí existe una nulidad de pleno derecho y que no es necesario pedir la declaración de la nulidad de este acuerdo.

Para eximir de un dolo pasado la ley requiere que sea exoneración sea expresa: "El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente" (art. 1465 CC). Por

ello si aprobada una cuenta se señala que quedan condonadas todas las posibles deudas, ello no incluirá los incumplimientos dolosos. Sólo si expresamente se señala que se condona incluso el incumplimiento doloso podrá luego el deudor alegarlo como causal de exoneración.

c.3) Prueba del dolo

444 El Código exige que el dolo sea probado por quien lo alega: "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse" (art. 1459 CC). Aunque la norma se encuentra en tema de vicios del consentimiento, debe aplicarse de manera general y especialmente al incumplimiento doloso.

Se reconocen casos especiales en que la ley dispone que el dolo se presume, pero estos casos se refieren a causal de indignidad por detener u ocultar el testamento del causante (art. 968.5º CC) o de administración dolosa del albacea (art. 1301 CC).

La prueba se rendirá conforme a las reglas probatorias y los medios admitidos en el juicio civil. Como es difícil probar que hubo intención dolosa, se preferirán testigos o presunciones judiciales.

c.4) Equiparación de la culpa grave al dolo

445 La historia de esta equiparación se remonta al Derecho romano, donde se acuñó la máxima: *culpa lata dolo aequiparatur* (cfr. D. 16.3.32). Nuestro Código Civil recogió expresamente esta equiparación, que se aplica exclusivamente a la imputabilidad del incumplimiento: después de conceptualizar la culpa grave o lata, dispone "Esta culpa en materias civiles equivale al dolo" (art. 44.2 CC).

Esta equiparación permite aplicar a la culpa lata efectos que la ley atribuye al dolo, así la invalidez de la condonación anticipada (art. 1465 CC).

Algunos piensan que se da también aquí solidaridad entre los deudores porque interpretan el inciso segundo del art. 2317 como aplicable a la responsabilidad contractual, pero lo cierto y como hemos visto es que el art. 1526 Nº 3 sólo habla de hecho o culpa en general, de manera que no parece ser esto exacto y bastará que se incurra en el grado de culpa que era exigible según la ley o el contrato, para que la indemnización pueda reclamarse por el total de cualquiera de los deudores culpables.

Se sostiene igualmente que si el deudor actúa con culpa lata debe responder de los perjuicios imprevisibles a la época del contrato con tal que sean consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, ya que este es un efecto del dolo (art. 1558.1 CC). Nos parece que no es así: aquí debe reconocerse, como sostiene Claro Solar[36], que sólo si se acredita dolo se responde de los perjuicios imprevisibles. En primer lugar, porque se trata de una sanción y las sanciones deben interpretarse

[36] CLARO SOLAR, L., *Explicaciones XI. De las obligaciones II*... cit., Nº 1070, p. 527.

restrictivamente y, además, porque la norma es clara en distinguir culpa y dolo y habla de que "si no se puede imputar dolo al deudor" no responderá de los perjuicios imprevisibles. Es claro, entonces, que aquí debe tratarse de dolo y que éste debe ser probado.

Se ha discutido mucho sobre si la equiparación de la culpa grave al dolo alcanza el *onus probandi*, es decir, a la carga de la prueba. Porque si aplicamos la regla de prueba de la culpa su carga recaerá en el deudor quien debe acreditar que actuó con la debida diligencia, mientras que si se aplica la regla probatoria del dolo debe ser el acreedor quien debe acreditarlo. Algunos piensan que este es un caso de equiparación, y que la culpa grave, en caso de que se responda de ese grado de culpa, se deduce del incumplimiento, a menos que el deudor pruebe que actuó con la diligencia debida (cfr. art. 1547.3 CC). Otros piensan que aquí también debe regir la asimilación ya que se trata de una materia civil (art. 44.6 CC), por lo que la culpa lata debe probarse al igual que el dolo. Finalmente, una tercera posición considera que si lo que se pide son los efectos de la culpa, es decir, indemnización ordinaria, rige la exigencia de que el deudor pruebe su diligencia, pero que si se quieren los efectos particulares del dolo, la culpa grave debe probarse.

En realidad esta tercera posición coincide con la primera, ya que si el acreedor sólo busca los efectos de la indemnización no será necesario que pruebe la culpa grave. Por otro lado, es lógico que si se quieren los efectos del dolo la culpa grave debe probarse, ya que aquí regirá la regla de la equiparación (art. 44.6 CC).

c.5) El "hecho" del deudor

446 En muchos preceptos del Código se habla de "hecho o culpa" para atribuir responsabilidad a quien ejerce un cargo, un derecho real, un deudor o un contratante.

Así sucede en los arts. 531, 758 inc. 2º, 788 inc. 1º, 900, 906, 1093 incs. 2º y 3º, 1496 Nº 2, 1526 Nº 3, 1533 inc. 3º, 1590, 1677, 1679, 1826 inc. 2º, 1855, 1883, 1925, 1926, 1961, 2018, 2101, 2381 Nº 2 y 2394 del Código Civil.

Al contraponer "hecho" a la culpa, se debe entender que este hecho debe ser considerado como una conducta dolosa, ya sea por acción o por omisión. Otros autores piensan que por hecho debe entenderse una acción con culpa.

Si se trata de un hecho voluntario del deudor que destruye la cosa pero ignorando la obligación, sólo se deberá el valor de la cosa y no la indemnización de los perjuicios: "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" (art. 1678 CC). Esto es justo porque se trata de un hecho voluntario del deudor (es decir, doloso), de allí que deba responder por el precio de la cosa destruida.

d) Imputabilidad por garantía

447 Existen obligaciones que van más allá que las de resultado y en las que se garantiza la satisfacción del interés del acreedor. Si esto luego no se cumple, el deudor debe responder aunque no haya ocurrido por dolo o culpa. Se trataría por tanto de una responsabilidad objetiva o estricta.

Una típica obligación de garantía es la de saneamiento de la evicción o de los vicios redhibitorios que se regula como obligación del vendedor en el contrato de compraventa (art. 1824 CC). Pero se extiende a otros contratos como el arrendamiento (art. 1916.2 CC), censo (art. 2033 CC), la sociedad (art. 2085 CC) o la partición (art. 1345 CC).

La responsabilidad se traduce en la rescisión del contrato o el ajuste del precio o el beneficio. Pero si existe dolo o culpa del deudor garante se añade la indemnización de perjuicios.

La obligación de garantía por defectos de bienes y servicios es impuesta al proveedor en beneficio del consumidor, por la ley Nº 19.496 (arts. 21 y ss. y 41 LPDC). Se trata de una garantía legal que da derecho al consumidor para la reparación, la sustitución o la devolución del precio en el caso de productos. Si se trata de servicios, el consumidor puede reclamar para que se repare el servicio, o en su defecto, se le devuelva el precio. En ambos casos, se admite la demanda de indemnización de perjuicios, pero en tal caso deberá acreditarse incumplimiento atribuible a dolo o culpa; aunque la carga de la prueba de la diligencia debida corresponderá al proveedor.

En el comercio habitual se estipulan garantías voluntarias por mal funcionamiento o desperfecto del producto. Esta es una típica obligación de garantía aunque pactada contractualmente.

e) Imputabilidad por hecho ajeno

448 No se regula esta imputabilidad por hecho de personas que dependen del deudor como sí se hace en materia de responsabilidad extracontractual. Pero existen normas que se refieren a ella. Por ejemplo, tratándose de pérdida de la cosa debida se dispone que "En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable" (art. 1679 CC).

También se alude a familiares, agentes o dependientes o sirvientes, por ejemplo respecto del arrendador (arts. 1925, 1926 y 1929 CC), del arrendatario (arts. 1941 y 1947.4 CC), del artífice (art. 2000.2 CC), del constructor (art. 2003.3º CC), del acarreador o transportista (arts. 2014 y 2015.3 CC) y del posadero (arts. 2242 y 2243 CC).

Según algunas opiniones la norma del art. 1679 sólo se referiría a los casos especiales ya mencionados. Para otros autores debieran aplicarse por analogía las normas que regulen la responsabilidad por hecho ajeno de los arts. 2320 y 2322 del Código Civil, y por lo tanto se aplicarían las normas sobre excusas.

Pensamos, sin embargo, que se trata de una regla general aplicable a cualquier deudor que se vale de auxiliares, dependientes o agentes para cumplir una obligación. Se debe aplicar también a mandatarios y a los que gestionan negocios ajenos y en general a cualquiera que administre bienes ajenos o a personas jurídicas que emplean a personas naturales para cumplir sus contratos.

En estos casos, el acreedor debe probar la existencia de la obligación y el deudor debe probar el cumplimiento. Si no se prueba hay incumplimiento, salvo que se trate de una obligación de medios que se ha cumplido imperfectamente, en que el acreedor deberá acreditar la imperfección del cumplimiento normalmente probando la negligencia en su ejecución.

Si se trata de obligaciones de resultados o de medios en que el deudor ni siquiera intentó cumplir, el incumplimiento se entenderá imputable a título de culpa (art. 1547.3 CC), y no será necesario entrar a determinar si la culpa fue del dependiente o del deudor. Por cierto, si se pretende acreditar la diligencia debida esto no será posible si el dependiente actuó con dolo o culpa. Habría que acreditar que también el dependiente o auxiliar encargado del cumplimiento se comportó con la diligencia exigida por el contrato.

Tratándose de obligaciones de medio que se han ejecutado imperfectamente, el acreedor deberá acreditar la imputación a título de culpa, y si ella corresponde a dependientes o auxiliares del deudor se entenderá que el deudor mismo debe responder a ese título.

El deudor no puede alegar que no pudo impedir el hecho o que el dependiente no estaba a cargo de ese contrato ni otras causales. En el fondo, aquí la conducta del dependiente o auxiliar se reputa como conducta del deudor; por ello el Código señala que "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable" (art. 1679 CC).

f) Caso fortuito o fuerza mayor

f.1) Concepto y requisitos

449 El Código Civil define el caso fortuito o fuerza mayor en su art. 45 que dispone: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".

En derecho chileno fuerza mayor y caso fortuito son lo mismo por lo que no es necesario distinguir una de otro y no se aplican las teorías que ha forjado la doctrina extranjera para diferenciarlos.

Los requisitos del caso fortuito son tres: dos mencionados por la disposición legal y una que es agregado por la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, debe tratarse de un *hecho imprevisto*. Esto significa que las partes no lo han podido prever al momento de celebrar el contrato, ni el deudor al

momento en que se presenta; vale decir, las partes no se representaron su ocurrencia ni imaginaron su producción al momento de contratar.

Según una más reciente doctrina es necesario añadir a la previsibilidad, entendida como mera operación intelectual de representarse la posibilidad de un suceso, la idea de probabilidad, en el sentido de que podría suceder si se dan ciertas condiciones.

Una forma de acreditar la imprevisibilidad es verificar si se pudieron haber tomado medidas que pudieran evitar la ocurrencia del caso.

En segundo lugar, debe ser un *hecho inevitable*. El hecho fortuito, además de imprevisible, debe ser imposible de resistir. La doctrina ha dicho que esta irresistibilidad debe ser absoluta pero siempre midiendo esta imposibilidad por las circunstancias y lo que habría hecho un deudor razonable en su lugar.

La doctrina suele agregar que el hecho sea ajeno o extraño a la voluntad del deudor, es decir que no se deba a su culpa: "El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que [...] el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa" (art. 1547.2 CC). Esto parece obvio porque si el impedimento proviene de culpa del deudor no es un auténtico caso fortuito o fuerza mayor.

Últimamente, sobre todo en doctrina extranjera, se ha señalado que el hecho que constituye el caso fortuito debe caer fuera de la esfera de control o de riesgos del contrato. Por lo que en esto consistiría la ajenidad del hecho, que vendría a sumarse a los dos requisitos anteriores.

La exterioridad no dice relación con la necesidad de que la causa del daño sea extraña o exterior con respecto a la cosa que la motiva, sino que debe ser extraña o exterior a la voluntad del sujeto obligado al cumplimiento de la obligación. Así, por ejemplo, si se produce un daño como consecuencia del defecto de un artefacto eléctrico (lo que significa que la causa del daño es intrínseca a la cosa), ello no obsta a que pueda configurarse una hipótesis de caso fortuito, en cuanto el sujeto obligado a operar o mantener dicho artefacto (el deudor) haya tomado todas las medidas razonablemente exigibles, según el grado de diligencia de que responde, para que el artefacto opere de manera eficaz y segura.

f.2) Caso fortuito y diligencia

450 La imprevisibilidad y la inevitabilidad no deben considerarse como juicios de carácter absoluto y abstractos, ya que si fuera así nada podría ser imprevisto y todo podría ser resistido. Se trata de un juicio normativo, a saber, si tomando las circunstancias concretas, la situación de las partes al momento de contratar, la economía del contrato y la distribución de riesgos establecida en él, el hecho no "debía" ser previsto ni "debía" ser evitado por el deudor.

Otros autores avanzan un poco más y señalan que tanto la imprevisibilidad como la irresistibilidad deben ser valoradas según el grado de diligencia exigible al deudor, dependiendo de la naturaleza del contrato. Así, lo que es caso fortuito para un

deudor que responde de culpa grave no lo será para el que responda de culpa leve o levísima. La idea de delimitar los contornos jurídicos de la previsibilidad y de la inevitabilidad, ya no sólo según la naturaleza y distribución de riesgos del contrato, sino con el deber de diligencia exigible al deudor, es también defendida por la doctrina más moderna: se trataría de un obstáculo que, siendo ajeno al deudor, se ubica más allá de la previsión y resistencia que le es exigible según la diligencia debida.

Nos parece que esta vinculación tan estrecha entre caso fortuito y culpa no se compadece con la distinción clara que hace nuestro Código entre exoneración de responsabilidad contractual por el caso fortuito (art. 45) CC y por la acreditación de haber desarrollado en la ejecución del contrato la debida diligencia (art. 1547.3 CC). Se termina diluyendo la noción de caso fortuito, al hacerla relativa al deber de comportamiento de cada deudor, al concepto de culpa, con lo que la noción misma de fuerza mayor o caso fortuito carecería de sentido.

Sin propiciar una noción completamente absoluta del caso fortuito, nos parece que debe tratarse de un hecho cuya imprevisibilidad e irresistibilidad no dependa del grado de culpa, sino únicamente de un contratante medio y razonable que esté en la misma situación del deudor. La naturaleza del contrato, la distribución de los riesgos asumida por las partes, las circunstancias y el contexto socio-económico en el que se desarrolla la ejecución del programa contractual pueden ser criterios para valorar la imprevisibilidad o la irresistibilidad pero no el grado de culpa del que responde el deudor.

En consecuencia, aunque un deudor responda de culpa grave no puede cruzarse de brazos y dejar que sobrevenga un caso fortuito que frustre el interés del acreedor sólo por el hecho de que las medidas para evitar su acaecimiento corresponden al cuidado propio del deudor que responde de una culpa leve. Si así omite actuar, no podrá luego alegar caso fortuito o fuerza mayor.

f.3) Caso fortuito y mora

451 La mora del deudor hace inoperante el caso fortuito o fuerza mayor. Por ello se dispone que "El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor)..." (art. 1547.2 CC).

Lo mismo se repite en sede de pago de una cosa deteriorada; el acreedor debe recibir la cosa en estado en que se encuentra "a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor" (art. 1590.1 CC).

Igual regla se da para la pérdida de la cosa debida: si la cosa perece durante la mora del deudor por caso fortuito que no la habría afectado de haberse cumplido oportunamente la obligación, deberá el precio y la indemnización de perjuicios. Ahora, según el Código, "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" (art. 1672 CC). Esto es justo porque efectivamente el deudor estaba en mora y debe responder por esos perjuicios aunque se exima por caso fortuito, esto salvo que la mora se haya debido al caso fortuito (art. 1558.2 CC).

También tratándose de obligaciones solidarias se afirma la responsabilidad de todos los deudores solidarios en caso de culpa o mora en el cumplimiento respecto del precio de la cosa, aunque los perjuicios deben demandarse del deudor culpable o moroso (art. 1521 CC).

f.4) Efectos del caso fortuito

452 Si el caso fortuito impide de manera definitiva el cumplimiento de la obligación, la mayor parte de la doctrina estima que es una causa de exoneración de responsabilidad, ya sea por falta de imputabilidad del incumplimiento o por falta de causalidad entre el incumplimiento y el daño que sufre el acreedor al no ver satisfecha su expectativa de cumplimiento.

No obstante, pensamos que más que causa de exoneración de responsabilidad contractual el caso fortuito, al hacer imposible el cumplimiento de la obligación, la extingue. Así lo dispone el Código para las obligaciones de dar una especie o cuerto cierto: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación..." (art. 1670 CC). Esta regla debe extenderse también a las causales de imposibilidad absoluta y definitiva de las obligaciones de hacer y de no hacer.

No se aplica la regla a las obligaciones de género ya que el género no perece (art. 1510 CC). Si se trata de un género limitado y se pierden todos los ejemplares del género por caso fortuito se extinguirá la obligación.

Si la mora procede de fuerza mayor o caso fortuito no generará indemnización de perjuicios: "La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios" (art. 1558.2 CC).

Si el impedimento que genera el caso fortuito es temporal no se extingue la obligación, sino que produce sólo su falta de exigibilidad mientras dure el impedimento.

f.5) Prueba del caso fortuito

453 La carga de la prueba sobre el caso fortuito o fuerza mayor corresponde al deudor que pretende eximirse de la obligación, lo que coincide con la regla del art. 1698 inc. 1º del Código, ya que se trata de una causa de extinción de la obligación.

El Código reafirma esto al señalar que la prueba del caso fortuito incumbe al que lo alega (art. 1547.3).

Se aplicarán los medios de prueba admisibles en un juicio civil.

g) Otras causales de inimputabilidad

g.1) Ausencia de dolo o culpa

454 Gran parte de la doctrina nacional considera que la falta de culpa no es una causal de exoneración, siendo la única posible la de fuerza mayor o caso fortuito. Lo mismo parecen sostener los autores que se identifican con el nuevo derecho de contratos, aunque para ellos el incumplimiento por caso fortuito sigue siendo incumplimiento y puede dar lugar a la resolución del contrato.

Nos parece, y en esto coincidimos con Abeliuk[37], que no es necesario probar caso fortuito para eximirse de la indemnización de los perjuicios, puesto que el art. 1547 regula la carga de la prueba de la diligencia y del caso fortuito como elementos separados. Le bastará al deudor probar que sí actuó con la diligencia debida según el grado de culpa de que responde para eximirse de tener que indemnizar perjuicios.

Se agrega que en sede de pérdida de la cosa debida se señala que si la pérdida ha ocurrido por culpa o durante la mora del deudor la obligación subsiste y se deben indemnizar los perjuicios (art. 1672.1 CC). Si bien el Código establece una presunción de culpa si la cosa perece en poder del deudor (art. 1671 CC), es obvio que se trata de una regla de carga de la prueba y que por tanto le será admitido al deudor acreditar que a pesar de haber perecido la cosa en su poder no fue por su culpa ya que habría actuado con la diligencia debida. Además, se distingue claramente en varios artículos la ausencia de culpa del caso fortuito (arts. 1672.2; 1673, 1674 y 1676 CC).

g.2) Estado de necesidad

455 El estado de necesidad no es exactamente un caso fortuito, sino que una circunstancia que se da en que el deudor debe elegir entre cumplir la obligación o sufrir un daño grave en su patrimonio. Por ejemplo, si el deudor debe cumplir con una deuda de alto monto y es sancionado con una multa cuantiosa, y se ve en el dilema de cumplir o de pagar la multa.

No se trata de caso fortuito porque la deuda no se hace imposible de cumplir, sigue siendo posible aunque a un costo importante para el deudor. Tampoco hay falta de culpa porque si no cumple el incumplimiento será doloso.

Ninguna disposición legal parece aceptar esta eximente de responsabilidad por incumplimiento contractual. Más aún en materia de comodato se señala que el comodatario responde "cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya" (art. 2178.3º CC). Y aquí se trata de un caso de estado de necesidad que no exime de responsabilidad al deudor que incumple.

[37] ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Thomson Reuters, 6ª edic., 2014, t. II, p. 979.

g.3) Hecho de un tercero. Commodum repraesentationis

456 Se trata aquí de un hecho de un tercero, por el cual el deudor no responde, que hace imposible el cumplimiento. Se trata de un caso fortuito o fuerza mayor por intervención de una persona ajena al contrato y a la obligación; de modo que se necesita acreditar imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad del hecho (que esté fuera de la esfera de control del deudor según los riesgos del contrato).

De esta manera, el deudor no deberá indemnizar los perjuicios aunque debe acreditar el hecho del tercero que hizo imposible el incumplimiento; incluso quederá liberado por la extinción de la obligación.

No obstante, se reconoce la institución del *commodum repraesentationis* en sede de pérdida de la cosa debida. El Código dispone que "aunque por haber perecido la cosa se extinga la obligación del deudor, podrá exigir el acreedor que se le cedan los derechos o acciones que tenga el deudor contra aquellos por cuyo hecho o culpa haya perecido la cosa" (art. 1677 CC).

Para algunos esto sería una acción subrogatoria, lo que no parece correcto, y más bien se trataría de una acción indirecta por la cual el acreedor puede exigir la cesión del derecho personal que tiene el deudor contra el tercero que dolosa o culposamente hizo perecer la cosa.

No parece que el acreedor pueda optar entre la resolución y la acción indirecta para cesión forzosa, ya que siendo un caso fortuito el hecho del tercero extingue la obligación, como lo dice expresamente la norma del Código que consagra esta institución (art. 1677 CC).

Normalmente esto se aplicará a las obligaciones de dar o de entregar una cosa. También podría aplicarse a obligaciones de hacer, como por ejemplo si una cantante de ópera es intoxicada por un tercero y no puede cumplir con su contrato o si un tercero impide a un artífice realizar la obra para la que fue contratado, por ejemplo, secuestrándolo.

Si el deudor no se allana a esta cesión, podrá exigírsele judicialmente y será el juez el que proceda, en su representación, a ceder las acciones en contra del tercero.

También el acreedor podrá usar la llamada tutela aquiliana por lesión del crédito invocando los arts. 2314 y siguientes del Código Civil. Esto normalmente resultará más sencillo que pedir al deudor que le ceda sus derechos, aunque puede haber dificultades para acreditar el dolo o la culpa del tercero[38].

[38] Véase Nº 804-812.

h) Cláusulas sobre imputabilidad por incumplimiento

h.1) Nociones generales

457 En cuanto a la imputabilidad por culpa o la falta de imputabilidad por caso fortuito prevalecen las leyes especiales y la autonomía privada: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes" (art. 1547.4 CC).

La norma se refiere a los grados de culpa de que responde el deudor según la naturaleza del contrato, a la falta de responsabilidad por caso fortuito salvo que esté en mora, a la carga de la prueba de la diligencia y al caso fortuito.

Además, el Código al disponer que el deudor que actúa con culpa sólo responde los perjuicios previsibles a la época del contrato y que la mora producida por caso fortuito no da lugar a la indemnización de perjuicios, dispone que "Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas" (art. 1558.3 CC).

De estas normas podemos extraer cláusulas que agravan la imputabilidad y que la atenúan o eximen.

h.2) Cláusulas que agravan la imputabilidad

458 Varias posibilidades existen para agravar la responsabilidad:

1º) Cláusulas que disponen que se responderá por caso fortuito, de todos o de alguno en particular.

2º) Cláusulas que establecen que el deudor responderá por un grado de culpa más elevado del que correspondería según el contrato, por ejemplo, si se pacta que el depositario aunque no tenga beneficio del depósito responde de culpa leve, o que el socio de una sociedad colectiva responde por culpa levísima.

3º) Cláusulas que incluyen perjuicios no previstos a la época del contrato para el deudor que actúa con culpa.

4º) Una cláusula penal por la cual se establece una indemnización tasada de los perjuicios.

h.3) Cláusulas que reducen o eximen de imputabilidad

459 Existen cláusulas que en vez de agravar la imputabilidad, la atenúan o incluso son eximentes.

Ejemplos de cláusulas que morigeran la imputabilidad son las siguientes:

1º) Cláusulas que establecen que el deudor responderá por un grado de culpa menor del que le era exigible, por ejemplo, si se conviene en un comodato que el comodatario sólo responderá de culpa grave o leve.

2º) Cláusulas que invierten la carga de la prueba a favor del deudor ya sea para acreditar la diligencia debida o para acreditar el caso fortuito.

3º) Cláusulas que limitan los perjuicios hasta cierta cantidad por algún incumplimiento.

4º) Cláusulas que eximen de responsabilidad por alguna forma de incumplimiento.

5º) Cláusulas que invierten la carga del riesgo del contrato poniéndolo de cargo del deudor en vez del acreedor.

h.4) Cláusulas inválidas

460 Hay cláusulas que, por estar prohibidas, son inválidas:

1º) Cláusulas que eximen de responsabilidad por dolo: Como sabemos, la condonación del dolo futuro no vale y es un caso de objeto ilícito (art. 1465 CC)

2º) Cláusulas que eximen de responsabilidad por culpa grave, ya que la culpa grave se equipara al dolo (art. 44.6 CC) y se aplicará la prohibición de su condonación futura (art. 1465 CC).

Algunos autores piensan que cláusulas que alteren la carga de la prueba serían inválidas porque irían contra el orden público. No obstante, parece claro que el Código sí lo permite ya que el art. 1547 regula la carga de la prueba de la culpa y del caso fortuito y a continuación dispone "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio [...] de las estipulaciones expresas de las partes".

En el ámbito del consumo, se estiman cláusulas abusivas, y por tanto nulas, aquellas que "inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor" (art. 16, d LPDC); y las que "contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio" (art. 16, e LPDC); si bien se discute el sentido de limitaciones "absolutas" de responsabilidad.

3. Relación causal y previsibilidad de los perjuicios

a) Distinción

461 El Código Civil chileno se alineó con el modelo francés consagrando la previsibilidad como canon de la limitación de la extensión de la responsabilidad contractual del deudor no doloso. El art. 1558, inc. 1º CC, reunió en un solo precepto las dos reglas de los arts. 1150 y 1551 del *Code*, al disponer que "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". El inciso tercero

de la norma advierte que "Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas".

El paralelismo con las normas napoléonicas es manifiesto. Sólo pueden señalarse como diferencias, además del aspecto formal de reunir en una sola norma las dos francesas, la explicitación de la primacía de la autonomía privada y el cambio en la referencia al origen de los perjuicios, sustituyendo la expresión francesa "de la inejecución de la convención", por la más detallada "de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento". A ello hay que agregar un cambio que no ha llamado la atención de nuestros autores: el codificador chileno prefirió la proposición "o" para conectar los términos "inmediata" y "directa" reemplazando la proposición "y" que utiliza el Código Civil francés. El *Code* reza "consecuencia inmediata *y* [*et*] directa", mientras que el nuestro señala "consecuencia inmediata *o* directa".

De este modo, en el Derecho civil chileno la relación causal tiene dos momentos de análisis: como atribución de un daño al incumplimiento contractual, y segundo como limitación de dichos daños en beneficio del deudor no doloso.

Por ello se hace necesario distinguir la exigencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento y los perjuicios, que se resume en que los perjuicios deben ser una consecuencia inmediata o directa de esa conducta ilícita, de la reducción de estos perjuicios a los que se hayan previsto o podido prever a la época del contrato que beneficiará al deudor que incumple con culpa.

b) La relación de causalidad. Aspectos generales

b.1) Autoría, causalidad e imputabilidad

462 La exigencia de la relación de causalidad es aplicable a la responsabilidad por incumplimiento contractual. Se invocan varios preceptos del Código Civil como el que dispone que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante que "provengan" del incumplimiento (art. 1556.1 CC), el que señala que el deudor doloso debe indemnizar incluso los perjuicios imprevistos al tiempo del contrato, pero siempre que fueren "una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento" (art. 1558.1 CC), o el que permite al acreedor de una obligación demandar que el deudor le indemnice de los perjuicios "resultantes" de la infracción del contrato (art. 1553.3º CC).

Nuestra doctrina se ha uniformado para exigir como requisito de la indemnización de perjuicios como efecto de las obligaciones, la relación causal entre el hecho que infringe el contrato y el daño producido al acreedor, elemento que se une a los demás presupuestos de este tipo de responsabilidad como el incumplimiento, su imputabilidad al deudor, la constitución en mora y la existencia y prueba de los perjuicios.

En general se aplican los mismos criterios que se dan para la causalidad en materia de responsabilidad extracontractual. Pero existen algunas diferencias,

como que la causa necesariamente deberá tener la calificación de incumplimiento contractual. Es la infracción del contrato la que debe considerarse causa del daño que se demanda. Si el daño no es considerado efecto del incumplimiento, no habrá responsabilidad contractual (puede haberla extracontractual si el hecho constituye una infracción a un deber legal o del principio del *neminem laedere*)

De esta manera, la causa del daño en la responsabilidad contractual adquiere la connotación de típica (la contenida en la estipulación convencional), mientras que por regla general los hechos causantes de responsabilidad delictual son atípicos, en el sentido de que no se necesita que estén definidos expresamente en forma previa al surgimiento de la acción para pedir reparación de los daños. Además, como ya hemos señalado, la causalidad en su función limitativa debe tener en cuenta igualmente las previsiones y los riesgos asumidos por las partes a través del contrato.

Para esto conviene intentar una delimitación entre conceptos de incumplimiento, autoría y culpa. Ello nos permitirá depurar el papel que debe desempeñar la causalidad en este entramado de elementos que se conjugan en la responsabilidad por infracción del contrato.

La noción de incumplimiento está en la base de toda la responsabilidad contractual. El incumplimiento es su condición necesaria, aunque no suficiente. El incumplimiento permite identificar al autor del eventual perjuicio. Si hay incumplimiento contractual el autor de los daños que se deriven de dicha inobservancia del contrato está ya identificado: es el deudor. La noción de causalidad vincula el daño con el incumplimiento, y en éste viene dado ya el elemento de la autoría. El deudor incumplidor es el causante de los perjuicios que se sigan de ese incumplimiento. Pero para que haya responsabilidad contractual debe haber imputabilidad a título de dolo o culpa.

En línea de principio, el caso inverso es factible: puede haber relación causal entre el incumplimiento y el perjuicio sufrido por el acreedor, pero aquel no ser imputable al deudor por falta de culpa o dolo. En un análisis meramente empírico de la causalidad (con la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*) esto es plausible, pero no sucede lo mismo con las doctrinas normativistas de la causalidad, que introducen en el análisis de estas valoraciones como la previsibilidad del resultado, el ámbito de protección de la norma, el incremento del riesgo permitido, etc. En esta concepción de la causalidad, es muy posible que coincida el juicio de negligencia con el de causalidad.

A nuestro juicio, es posible distinguirlos, aunque ello no siempre será fácil en el terreno de los hechos, si pensamos que el deber de cuidado tiene por objeto únicamente el riesgo de que se produzca un daño genéricamente expuesto. Habrá culpa toda vez que el deudor haya podido representarse que con su conducta está incumplimiendo el contrato y pudiendo ocasionar algún tipo de daño al acreedor, sin que sea necesario que se represente o pueda representarse la específica naturaleza de dicho perjuicio. El examen de la causalidad introducirá una previsibilidad que tiene en cuenta el daño concreto que se ha producido. Si el daño

que efectivamente sufrió el acreedor es de tal naturaleza que no puede ser considerado como una consecuencia previsible, en la valoración estándar de un hombre medio razonable, de la conducta del deudor, faltará el nexo de causalidad.

Puede discutirse si este análisis de la previsibilidad del hecho dañoso puede hacerse al margen y con prescindencia de las estipulaciones contractuales. Si fuera así, no habría diferencia entre la determinación del nexo causal en la responsabilidad por hecho ilícito y la responsabilidad debitoria. Nos parece, sin embargo, que no es posible configurar el juicio de previsibilidad y de adecuación del incumplimiento como causa de los perjuicios sin atender al marco de expectativas y de riesgos que constituyen la completa relación obligacional entre las partes.

b.2) Valor de prestación y causalidad

463 Como hemos visto, en las obligaciones de dar puede distinguirse el valor de prestación, en cuanto daño emergente, y los demás perjuicios consecuenciales. El valor de prestación debe entregarse en dinero por el deudor después de una tasación pericial en juicio ejecutivo. Aunque se trata de un daño emergente por sustituir la prestación se le asimila al cumplimiento y no requiere imputabilidad por dolo o culpa.

En cambio, la responsabilidad por los perjuicios consecuenciales necesitará de la imputación subjetiva.

Ahora bien, debemos preguntarnos ¿cómo se desenvuelve el requisito de la causalidad ante estas dos formas de responsabilidad contractual? La doctrina parece haber advertido que la diferencia de finalidad y contenido de la indemnización condiciona también el examen de la causalidad.

En efecto, la causalidad de la responsabilidad por el valor de la prestación puede darse por establecida por el solo hecho del incumplimiento. La ausencia de la prestación debida es causa directa y necesaria de la pérdida de su valor en el patrimonio del acreedor. No es necesario efectuar análisis ni de previsibilidad, adecuación o probabilidad. Si el deudor no cumplió sigue debiendo y debe pagar el valor de lo prometido. Sólo el caso fortuito o la imposibilidad sobrevenida de la obligación exonerarán de responsabilidad al deudor, ya que la causa del daño será el caso fortuito o la imposibilidad sobrevenida.

Por lo tanto, el problema tradicional de la causalidad queda reservado para los daños que no consisten en la reposición del valor de la prestación de dar, es decir, para los perjuicios que concurren o acompañan al incumplimiento. El art. 1558 CC al hablar de perjuicios previsibles o que sean consecuencia inmediata o directa del incumplimiento se refiere a este tipo de daños, puesto que poner estas exigencias para el daño consistente en el valor de la prestación incumplida sería superfluo y hasta absurdo: el juicio de previsibilidad y de inmediatez no es algo que pueda ponerse en duda respecto de este daño, que siempre será previsible e inmediato.

b.3) Criterios para establecer el nexo causal contractual

464 Los criterios para determinar la causalidad en la responsabilidad contractual son los mismos que se barajan en sede de responsabilidad delictual. Algunos se fundan en la conexión fáctica o física de los acontecimientos; otros proponen fórmulas normativas para denegar el nexo causal cuando los criterios empíricos parecen ampliar excesivamente la responsabilidad.

La teoría de la *conditio sine qua non* (el incumplimiento es causa del daño toda vez que se pueda afirmar que sin el incumplimiento el daño no se habría verificado), por su sencillez, siempre ha gozado de aceptación por parte de los tribunales. Pero su consistencia lógica es puesta en duda porque supone un prejuicio sobre la capacidad del acontecimiento para producir ese resultado. Su aplicación, además. produce una ampliación enorme de la imputación causal ya que todo puede ser causa de todo.

Como rectificación de la doctrina de la equivalencia de las condiciones, se elaboró la teoría de la adecuación, que tiende a discriminar de entre los múltiples hechos que confluyen o se suceden en la causación, aquellos que pueden ser razonablemente "adecuados" para producir el resultado. El juicio de adecuación es, en el fondo, una valoración de probabilidad. Se descartan los hechos que si bien son naturalísticamente causas del daño, no parecen adecuados para producirlo por haberlo provocado de un modo improbable o contrario al curso ordinario o normal de los acontecimientos. Si bien esta teoría permite moderar la expansión exagerada de la responsabilidad a la que conduce la *conditio*, no resulta convincente en la justificación de por qué se descartan los daños considerados improbables.

Se constata, así, lo infructuoso de analizar el problema de la causalidad pretendiendo que se trata de una cuestión meramente fáctica, susceptible de precisar por medio de la observación neutra y prejurídica de la cadena de hechos en los que se inserta el resultado dañoso. El concepto mismo de concatenación es una toma de postura, una interpretación de cómo suceden los hechos. En la causalidad la valoración normativa es insoslayable, puesto que lo que nos preguntamos es si deben ponerse de cargo del autor de una acción todas las consecuencias a ella conectadas empíricamente. La causalidad física no basta, es necesario un juicio de "imputabilidad" de ese resultado lesivo. Esta es la línea desarrollada primeramente para el derecho civil por Karl Larenz (1903-1993), y adoptada luego por la dogmática penal liderada por Claus Roxin (1931-) bajo la denominación de teoría de la "imputación objetiva" (por oposición a la subjetiva basada en la culpabilidad). Desde el terreno penal, la teoría regresa para arraigar en la responsabilidad civil.

En materia de obligaciones, la doctrina alemana más autorizada parece inclinarse por aplicar los criterios forjados por la teoría de la imputación objetiva pero recurriendo a la adecuación para los casos que caen fueran de dichos criterios

En todo caso, dos criterios elaborados por la teoría de la imputación objetiva pueden ser muy útiles cuando se enfrentan casos de responsabilidad por incumplimiento contractual.

El primero es el llamado "ámbito (o fin) de protección de la norma", que sugiere que si una persona realiza una conducta que transgrede una norma no debe responder, en virtud de ella, de los daños que efectivamente se derivaban de su actuación pero que no son de aquellos que la norma intentaba prevenir prohibiendo dicha conducta. Así, por ejemplo, si alguien maneja un auto con sus focos defectuosos no responde de la colisión que se produce a plena luz del día.

El criterio del ámbito de protección de la norma es utilizable cuando las conductas de las que deriva la responsabilidad están tipificadas, como sucede en materia penal y también tratándose de la responsabilidad contractual. Es innegable que la causalidad deberá afirmarse o negarse en sede contractual atendiendo al fin o ámbito de protección que tenían las estipulaciones contractuales, expresas o tácitas, relacionadas con la distribución de los riesgos entre las partes.

Otro criterio de la doctrina de la imputación objetiva es la del incremento general de los riesgos de la vida ordinaria. Se excluye así la causalidad para aquellos casos en los que la conducta del demandado intervino en la producción del resultado, pero debe ser considerada inidónea como causa por cuanto no incrementó el riesgo general de la vida que se daría incluso sin su presencia. Es el típico ejemplo de quien aconseja un viaje en avión esperando que la víctima muera en un desastre aéreo, lo que efectivamente se produce.

Si aplicamos el criterio en materia contractual, debemos considerar excluibles como causas aquellas conductas del deudor que no incrementan el riesgo general que soportan las partes como integrantes del tráfico comercial en el que están insertos. Así, por ejemplo, si hay un riesgo general de que parte de la fruta transportada se malogre, no habrá causalidad en un deficiente embalaje si se prueba que la forma defectuosa en que se embaló la mercadería no incrementó el riesgo de descomposición.

b.4) La relación causal en las omisiones

465 Los casos más frecuentes de incumplimiento se producen simplemente por una inacción del deudor. Es decir, la responsabilidad contractual en la mayoría de los casos será una responsabilidad por omisión: por no haber hecho lo que se debía hacer. En este caso, el deber de actuar proviene del contrato y no de la ley como en la responsabilidad por omisión penal o extracontractual. Es el contrato el que inviste en "posición de garante" al deudor en favor de los intereses del acreedor tutelados por la prestación.

Es un hecho que si la causalidad es siempre un asunto complejo, lo es aún más en el terreno de las omisiones, porque aquí fallan hasta las teorías más empíricas: la omisión no puede ser nunca causa porque lo que no es acción no puede tener efecto. La omisión puede ser causa jurídica de un daño cuando el comportamiento era exigible y es posible determinar o prever que, de haber actuado el deudor, el daño se hubiera evitado.

b.5) Concurrencia de causas

466 Una de las mayores complicaciones para afirmar el nexo causal es el de la concurrencia o concurso de causas, que se manifiesta cuando el daño resulta de un complejo de hechos o conductas, siendo una de ellas la del presunto responsable.

Una primera forma de concurso de causas es la del *incumplimiento conjunto* de varios deudores. En sede de responsabilidad extracontractual existe una norma para establecer la solidaridad entre los varios partícipes del delito o cuasidelito (art. 2317 inc. 2º CC). En materia contractual, la cuestión se plantea cuando existe pluralidad de deudores: si todos concurren en el hecho que constituye el incumplimiento, ¿puede considerarse solidaria su responsabilidad? La doctrina nacional sostiene que debe distinguirse: si de varios deudores uno de ellos actúa y determina por su culpa el incumplimiento, solamente éste debe reparar los perjuicios (con la excepción de la obligación solidaria respecto del precio de la cosa: art. 1521 CC). Si son varios los deudores a los cuales es imputable el incumplimiento por dolo o culpa lata, todos son considerados responsables por el total. Se argumenta en favor de esta solución sobre la base del art. 2317 inciso segundo, que dispone que "todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso". Como el inciso primero se refiere a la coautoría del delito o cuasidelito, se concluye que el inciso segundo, so pena de inoperancia, ha de referirse a la responsabilidad contractual. Al dolo se suma la culpa grave como equivalente al dolo.

La aplicabilidad del art. 2317 inc. 2º CC a la responsabilidad contractual es dudosa por la ubicación de la regla. Pareciera que la causalidad común y la solidaridad en la indemnización queda mejor resuelta sobre la base del art. 1526 Nº 3 CC, el que, previa corrección del defecto de dicción (al hablar de "un" deudor que responde solidariamente), nos sirve para fundar la indivisibilidad de la responsabilidad por perjuicios de los varios codeudores que por su hecho o culpa hacen imposible el incumplimiento de la obligación. Esta interpretación permite que los deudores respondan aunque no hayan actuado con dolo o culpa grave, sino con culpa leve o levísima, según el grado de culpa que se aplique al contrato.

Es necesario analizar, además, el caso en que los deudores se comprometen a realizar acciones independientes, pero en colaboración, para obtener la prestación. Si ambos rehúsan, ninguno puede eludir su responsabilidad aduciendo que la prestación hubiera permanecido incumplida de todos modos por la falta de cumplimiento del otro. Si sólo uno de los deudores es renuente éste sólo será la causa del incumplimiento y deberá responder por los perjuicios resultantes. Es lo que se puede extrapolar de la norma que dispone que "Si de dos codeudores de un hecho que deba efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo, y el otro lo rehúsa o retarda, éste sólo será responsable de los perjuicios que de la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor" (art. 1534 CC).

Quedan por estudiar los supuestos de los que en doctrina suele denominarse *"causalidad alternativa",* es decir, cuando existe una pluralidad de deudores pero no es posible atribuir el hecho que supone el incumplimiento a

ninguno en particular, siendo claro sin embargo que uno de ellos es el que lo determinó. Son los casos que la doctrina alemana llama de "causalidad alternativa" y que, aunque más frecuentes en sede extracontractual, pueden presentarse también en sede contractual, sobre todo tratándose de contratos complejos que involucran varios deudores y prestaciones colaborativas. Por ejemplo, si se encarga a un equipo de arquitectos, pintores, etc., la restauración de los vitrales de un templo medieval y uno de ellos se rompe. No es posible saber cuál de los miembros del equipo fue quien produjo el daño pero está fuera de duda que el responsable es uno de sus integrantes, ya que solamente ellos tenían acceso al recinto donde trabajaban.

En el caso de la responsabilidad extracontractual se suele afirmar la solidaridad cuando la agrupación de los posibles causantes está determinada por una actividad ilícita (casos de riñas). No sucede lo mismo cuando se trata de una concertación para una actividad lícita, como lo sería por principio, la derivada de contrato, caso en el cual no es posible hacer responder por los perjuicios a alguien cuya conducta no ha sido la causa probada del daño. En nuestro sistema civil, habría que distinguir entre el valor de prestación y los perjuicios consecuenciales. Tratándose de una obligación de dar, el valor de prestación debe ser restituido al acreedor por los deudores, en forma solidaria si la deuda tenía ese carácter (art. 1521 CC) o en proporción a sus cuotas si era simplemente conjunta. En cambio, los perjuicios consecuenciales o anexos no pueden imputarse a ninguno, salvo que se pruebe que con su hecho o culpa provocó el incumplimiento (arts. 1521 y 1526.3º CC).

La causalidad por *hecho de un tercero dependiente* del deudor que se constate respecto de su conducta se vincula directamente con la del deudor. Este principio está recogido en nuestro Código Civil que establece que "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa por quienes fuere responsable" (art. 1679 CC). La norma, aunque situada en sede de extinción de la obligación por pérdida de la cosa debida, trasunta una regla general.

Si el incumplimiento se debe *en parte a la conducta del deudor y en parte a la conducta de un tercero por el cual no responde*, se plantea el problema de si el deudor ha de responder por el total de los daños o sólo por la parte en que contribuyó a su desarrollo.

La intervención en el curso causal de un tercero por el cual el deudor no responde en la órbita contractual constituirá un caso fortuito o fuerza mayor si se cumplen los dos requisitos adicionales a la exterioridad (que se da por sentada en el hecho del tercero): la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

Si la intervención del tercero no constituye caso fortuito, sea porque no era imprevisible para el deudor o, siéndolo, no era inevitable, se produce un concurso de causas que permite considerar dos soluciones: atribuir, siguiendo la doctrina de la *conditio sine qua non*, la totalidad de la causación al deudor y hacerle responder por la totalidad de los daños (sin perjuicio de su derecho a pedir reembolso al tercero), o considerar que la contribución a la causación del resultado lesivo ha sido parcial, por lo que se impone una disminución proporcional de la indemnización. Lo

más razonable sería considerar la primera postura para la indemnización netamente compensatoria, es decir, para la que consiste en el valor de prestación tratándose de una obligación de dar, y de dejar la facultad al juez de disminuir la responsabilidad respecto de los perjuicios consecuenciales ocasionados al acreedor. Dejamos a salvo la acción del acreedor contra el tercero por la lesión del crédito en que ha incurrido, ya sea directa (responsabilidad extracontractual) o por cesión legal impuesta al deudor (art. 1677 CC).

En todo caso, el hecho de un tercero no interrumpirá la causalidad si el sentido de la obligación del deudor estaba en la evitación del hecho del tercero (ej. el depositario negligente responde por el robo de la cosa realizada por un tercero).

b.6) Casos de causa hipotética

467 La doctrina ha discurrido sobre los casos en los que el hecho del deudor debería haber sido la causa del daño, pero no la ha sido porque el resultado que se esperaba del incumplimiento se ha producido por obra de otro acontecimiento que le impidió desplegar su potencialidad dañosa. Por ejemplo, si un veterinario inocula negligentemente una droga a un caballo que debiera ocasionarle la muerte en tres días, pero ello no llega a ocurrir porque el animal perece antes por un incendio del establo en el que se encontraba. O si un arrendatario ha descuidado la conservación de la casa de modo que amenaza ruina inminente, pero el edificio se cae por obra de un terremoto que sobreviene con anterioridad. En estos casos, el incumplimiento queda en calidad de causa hipotética pero no de causa real, por lo que debiera descartarse la responsabilidad derivada de contrato.

Por el contrario, si la conducta del deudor es la que ha provocado el incumplimiento pero se prueba que el daño hubiera sobrevenido igual de haber cumplido oportunamente, la causalidad se ha dado en realidad y el deudor deberá responder sin que pueda invocar que el acreedor de todas maneras hubiera tenido que hacer la pérdida incluso no mediando su inejecución. A esto se opone la regla según la cual si el caso fortuito que impide el cumplimiento se produce estando en mora del deudor éste se exonerará de responder si prueba que el caso hubiera sobrevenido igual de haber cumplido oportunamente (arts. 1547.3 y 1672.2). Pero queda la duda de si estamos frente a una regla general aplicable a todos los casos fortuitos o de una excepción que se circunscribe únicamente a los que ocurren durante una circunstancia que hace cargar al deudor con los efectos de todo caso fortuito. Nos parece que la última debe ser la solución razonable. El deudor que incumple la obligación produce realmente un daño al acreedor y el hecho de que éste lo hubiera padecido igualmente de haber cumplido queda en el terreno de las hipótesis que no pueden perjudicar al acreedor. Otra cosa es que si por ley el deudor deba responder incluso de los casos fortuitos que le alcancen, como sucede si se encuentra en mora, la ley le levante ese gravamen considerando que de todas maneras el acreedor habría sido afectado por ese caso a pesar de haberse ejecutado correctamente el contrato.

Con todo, si la causa hipotética que habría determinado el daño incluso en caso de cumplimiento oportuno del deudor cernía ya su riesgo destructor sobre la

prestación, la disminución de valor de ésta debería tomarse en cuenta para evaluar sus daños. Así, por ejemplo, si se da muerte a un caballo que padecía una enfermedad que le habría matado igualmente. El caballo al que se dio muerte es un caballo enfermo y por tanto su valor será menor.

b.7) Causalidad y víctimas indirectas o "en cascada"

468 En la responsabilidad extracontractual se acepta que no sólo puedan accionar los afectados directamente por el hecho ilícito, sino también aquellos terceros que sufren como consecuencia del daño sufrido por la víctima principal. Es usual que se concedan indemnizaciones, sobre todo por daño moral, a cónyuges o parientes de las víctimas de muerte o lesiones corporales causadas ilícitamente.

La cuestión puede presentarse también en materia de responsabilidad contractual. Pensemos, por ejemplo, en un incumplimiento de un deber de seguridad por el cual la víctima sufre un accidente o muere. ¿Podrán los miembros de la familia pedir indemnización de los daños materiales y morales sufridos por la pérdida del ser querido? La dificultad que puede observarse nace de la relatividad del contrato, que no cubre intereses de personas que no han sido partes de la relación obligacional. No parece posible que estas personas que sufren daños por repercusión puedan hacer valer la responsabilidad contractual, ya que en estricto rigor son terceros ajenos al contrato. Pero si la lesión es por sí misma un hecho ilícito, con prescindencia de la existencia de contrato, podrán hacer valer la responsabilidad extracontractual. Siendo terceros ellos no pueden perjudicarse por la pretendida imposibilidad del cúmulo de responsabilidades.

Distinto del daño por repercusión es el llamado "daño en cascada" y que consiste en la propagación del daño sufrido por la víctima principal a terceros que sufren un nuevo daño que es causado por la pérdida sufrida por la primera víctima. En responsabilidad contractual esto puede ser más común de lo que parece a primera vista, sobre todo en los supuestos de contratos coligados. Así el deudor omite la prestación debida, y por causa de ello el acreedor también deja de cumplir con su propia obligación respecto de un tercero. ¿Puede este tercero invocar la responsabilidad contractual del primer deudor como causa del segundo incumplimiento? De nuevo pareciera que este acreedor que sufre el daño en cascada no podrá invocar la responsabilidad contractual toda vez que él no es parte del primer contrato. Podría, sí, considerar que con su incumplimiento el primer deudor lesionó su derecho de crédito e invocar la responsabilidad extracontractual de éste, pero tendría que probar culpa o dolo del primer incumplimiento y que ese ilícito fue la causa de que su deudor incumpliera el contrato.

En ambas hipótesis la relación de causalidad deberá ser considerada a la luz de los criterios normativos que hemos visto y que son los mismos para la responsabilidad extracontractual.

b.8) La prueba del nexo causal y control de casación

469 La relación de causalidad, siendo un elemento de la responsabilidad contractual, debe ser probada por el demandante. Se emplearán todos los medios

de prueba admisibles. En casos complejos, el informe pericial será de gran ayuda para estimar la conexión de los distintos hechos.

No obstante, no debe olvidarse que la relación causal no se satisface con un examen meramente empírico de las circunstancias fácticas, y requiere una valoración normativa de previsibilidad y de imputación objetiva. Esta valoración deberá ser hecha por el juez, teniendo en cuenta los elementos de hecho acreditados en el proceso.

Surge el problema de si la relación causal en la responsabilidad contractual puede ser revisada por el Tribunal de casación. Clásicamente la Corte Suprema se ha negado a apreciar el nexo causal en sede de casación, estimando que el vínculo de causalidad es un elemento de hecho cuya determinación es privativa de los jueces de instancia. Empero, en sentencias más recientes se distingue entre los elementos fácticos y el juicio normativo que se incluyen en la causalidad, lo que en principio permitiría a la Corte revisar la causalidad sobre la base de los hechos acreditados en el proceso, a menos que se impugne una norma reguladora de la prueba.

c) La relación causal como límite de los daños consecuenciales

c.1) Distinción entre daño inicial y daños consecuenciales

470 La distinción entre daño inicial y sus consecuencias ulteriores es un tema que ha preocupado por largo tiempo a la doctrina, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad contractual. Las reflexiones de los juristas medievales sobre los daños próximos y los daños remotos, y la consideración de Pothier de que los daños que resultan ser efectos demasiado lejanos del incumplimiento para imponer al deudor, incluso doloso, el deber de repararlos, no hacen sino atisbar soluciones para discernir cuándo el incumplimiento ha producido una cadena de acontecimientos dañinos que se diseminan después de la "explosión" principal constituida por el incumplimiento.

Es un hecho que el daño inicial producido por el incumplimiento es la merma en el patrimonio del deudor (daño emergente) por la falta del valor de la prestación incumplida. Pero ese incumplimiento puede dar motivo a daños consecuenciales, que se producen simultáneamente: la privación de una ganancia (lucro cesante), la repercusión del daño en terceros relacionados con el acreedor, o sucesivamente: el incumplimiento a su vez del acreedor que había comprometido a otro la mercadería adeudada, la insolvencia del acreedor, el remate de sus bienes, etc.

La causalidad se presenta así en su función discriminante entre los varios perjuicios sobrevivientes por o después del incumplimiento buscando cuál de ellos debe ser puesto de cargo del deudor. Se trata de una valoración normativa que supera la mera causalidad fáctica o naturalística de los acontecimientos.

En nuestro Derecho civil la regla llamada a resolver esta materia está en el inciso primero del art. 1558 del Código Civil, que señala que el deudor doloso, si bien responde de los perjuicios previsibles, no es responsable de los perjuicios que no

fueron "una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento".

La norma no se refiere al daño inicial: la falta del valor de prestación en las obligaciones de dar, porque es obvio que en relación a este daño el deudor debe responder: la causa manifiesta de ese perjuicio es el incumplimiento. No sucede lo mismo con los perjuicios que se derivan de la omisión de la prestación, y que son efectos del incumplimiento en el análisis naturalístico del suceder causal. Respecto de estos perjuicios dispone el art. 1558 del Código Civil: por eso habla de que el deudor doloso será responsable de "todos los perjuicios" que fueron consecuencia inmediata o directa.

c.2) "Consecuencia inmediata o directa".

471 Una primera cuestión que debemos plantear, antes de pasar a estudiar en qué consiste la frontera demarcada por el precepto, es si se trata de un único criterio que se denomina con dos vocablos sinónimos o si se trata de dos conceptos diferentes cada uno con su denominación propia.

Como ya hemos advertido, nuestro codificador varió sutilmente la fórmula consagrada en el art. 1151 del *Code* que hablaba de consecuencia inmediata "y" directa, para aludir a una consecuencia inmediata "o" directa. Nos parece que el cambio revela la intención de no asimilar ambos criterios en uno solo, aunque con una denominación plural, sino de distinguir dos tipos de criterios: hay responsabilidad si la relación causal del daño consecuencial es inmediata al incumplimiento; hay responsabilidad si se acredita que es una consecuencia directa del incumplimiento, aun cuando sea mediata.

Para apoyar este aserto, que nuestra doctrina ha pasado por alto, invocamos la diferencia tan marcada con la norma que sirvió de modelo indudable a nuestro codificador. Es una de las pocas locuciones en las que Bello se sintió en la necesidad de alterar el contenido de la regla que le servía de inspiración. No puede haberse tratado de una mera inadvertencia, menos atendiendo sus conocimientos de lenguaje y gramática del idioma español.

c.3) La inmediatez como criterio de causalidad

472 La consecuencia es inmediata cuando se sigue a continuación del incumplimiento, sin que exista algún hecho que se agregue entre el ilícito y el daño, como por ejemplo si el médico por impericia receta un fármaco equivocado que agrava la dolencia del paciente o si el deudor retrasa el pago de la obligación y el acreedor por esa falta de recursos incurre en mora en sus propias obligaciones. El incumplimiento trae inmediatamente el daño en cuestión. Ese daño debe ser reparado porque hay causalidad.

El juicio de inmediatez no es necesariamente cronológico, sino lógico-normativo: por lo que habrá inmediatez incluso cuando el daño ocurra tiempo después del incumplimiento, sin que haya operado ningún hecho adicional que interfiera en su despliegue y que no sea invariable acompañamiento de la inejecución.

c.4) Perjuicios mediatos y directos

473 Cuando falla la inmediatez hemos de preguntarnos por las consecuencias mediatas del incumplimiento, es decir, aquellas que operan a distancia del incumplimiento aunque conectadas causalmente con él, de modo empírico. Es decir, sin el incumplimiento no se hubieran producido (*conditio sine qua non*).

Aquí el codificador ha introducido el criterio de la vinculación directa, rechazando aquellas consecuencias que si bien son empíricamente efectos en cuanto integran la serie o cadena causal, resultan, en una valoración normativa, demasiado lejanas o remotas (indirectas). La significación natural de la palabra nos induce a pensar que el vínculo directo requiere una apreciación no empírica sino valorativa de la cadena causal: se trata de determinar cómo una determinada consecuencia que no es inmediata al incumplimiento puede ser atribuida como efecto a ese hecho fundamental por considerarse no significativos o relevantes los hechos sucedidos en el intermedio. De alguna manera el incumplimiento estaba llamado a desembocar en esa consecuencia, y por ello esta es un efecto directo de aquél.

En la consecuencia mediata pero directa el daño es producido por el incumplimiento pero unido a otro hecho que, sin embargo, no tiene la significación o fuerza para transformarse en la única causa del daño ni para disminuir la calidad de causa fundamental y principal atribuida al incumplimiento.

Para determinar si la consecuencia es directa habrá que recurrir a los criterios de adecuación y de imputación objetiva que hemos visto.

c.5) Causalidad y lucro cesante

474 Respecto del lucro cesante la causalidad opera en sentido inverso al daño emergente. No se trata de acreditar que el incumplimiento causó una pérdida, sino que el cumplimiento habría podido ser causa de la ganancia. El juez debe establecer un juicio de causalidad hipotética: ¿qué habría sucedido si el deudor hubiera ejecutado oportunamente la obligación? Habrá que atender a las circunstancias particulares del acreedor y al medio en el que se desenvuelve, y además a su probable intención de hacer la ganancia.

Aunque es lógico suponer que si había probabilidad según el curso ordinario de las cosas de hacer el lucro, el acreedor lo habría querido hacer. En todo caso, es necesario que se hayan aportado antecedentes probatorios para que el juez pueda avaluar el lucro cesante reclamado.

Si con posterioridad al incumplimiento ocurre un hecho que, de haberse cumplido la obligación, hubiera de todos modos impedido la ganancia, habrá una interrupción del curso causal hipotético y deberá negarse el lucro cesante.

También se negará la indemnización de la ganancia frustrada por el incumplimiento si el acreedor no adoptó las medidas razonables que hubieran impedido o aminorado esa frustración. En tal caso, la frustración es atribuible más

a la inacción del acreedor que al hecho del deudor, ya que pesa sobre el acreedor una carga de adoptar las medidas razonables para aminorar el impacto del daño.

c.6) ¿Pueden las partes ampliar los perjuicios indemnizables?

475 El art. 1558 del Código Civil en su inciso tercero señala que las estipulaciones de los contratantes pueden alterar las reglas que él da sobre la causalidad de los daños.

Pareciera, entonces, que es posible pactar que el deudor responderá incluso por las consecuencias que no sean inmediatas ni directas del incumplimiento. Esto quiere decir que el deudor se hará responsable de perjuicios que no tengan un vínculo de causalidad jurídica con su actuación. Pero ya hemos asentado que el vínculo causal es un elemento esencial de la responsabilidad, de manera que si falta podemos hablar de indemnización pero no de responsabilidad civil.

A nuestro juicio, sucedería algo similar a lo que ocurre en la cláusula penal, donde la indemnización se devenga con el solo incumplimiento y con prescindencia de que haya o no perjuicio al acreedor. No puede hablarse entonces propiamente de responsabilidad, sino de caución o garantía.

Del mismo modo, el pacto por el que se ponen de cargo del deudor consecuencias que no reconocen causalidad con su incumplimiento parece más una convención de garantía que de responsabilidad agravada.

El pacto de ampliación de la indemnización no es sin embargo una forma de cláusula penal, aunque se haya puesto un monto máximo a los daños indemnizables, ya que en este caso el acreedor se compromete a probar que se han producido esos perjuicios, lo que no sucede en la cláusula penal.

Además, el hecho de que se amplíe la causalidad a las consecuencias remotas o indirectas, no supone que se comprenda cualquier daño que sufra el acreedor. Será necesario que se trate de perjuicios conectados en la cadena causal del incumplimiento. En este caso, la teoría de la *conditio sine qua non* será útil para excluir aquellos daños que no son consecuencias, ni siquiera indirectas o remotas, del incumplimiento.

d) Interrupción del nexo causal

d.1) Caso fortuito o fuerza mayor

476 Aunque existe una fuerte tendencia a relacionar caso fortuito y culpa, de manera de conceptualizar el caso fortuito como ausencia de la diligencia debida, la doctrina comparada se inclina por desvincular el caso fortuito de la culpa y posicionarlo en sede de relación de causalidad. Se señala de esta manera que no deben reconducirse los elementos del caso fortuito a los de la culpa por medio de calificar la previsibilidad y la inevitabilidad sobre la base de la diligencia debida por el deudor según el tipo de contrato, sino que debe reconocerse en él un evento exterior que viene a romper el vínculo de causalidad entre el comportamiento del deudor y el

incumplimiento. Es la falta de causalidad y no la ausencia de culpa la que justifica la exoneración del deudor.

d.2) Hecho de un tercero que no depende del deudor

477 Al caso fortuito puede asimilarse el hecho de un tercero, que no depende del deudor, si esa acción interrumpe la causalidad de modo que el resultado dañoso no puede ser imputable, según el criterio de la causalidad adecuada, a la conducta del deudor. Por ejemplo, si alguien, que no depende del deudor, destruye la cosa depositada e impide el cumplimiento debido del depositario.

En todo caso, el quiebre del nexo de causalidad sólo se producirá cuando la actuación del tercero no haya sido posibilitada o, al menos, no suficientemente prevenida por el deudor. En principio, como en el caso fortuito, la acción del tercero debe ser también imprevisible o irresistible para el deudor.

Si el hecho del tercero es la causa del perjuicio sufrido por el acreedor ante el incumplimiento contractual, este podrá perseguir al tercero por la lesión ocasionada al crédito, pero en este caso se aplicará el estatuto extracontractual.

El acreedor también podrá exigir que el deudor le ceda sus acciones contra el tercero cuando se ha producido la imposibilidad sobrevenida de la obligación (art. 1677 CC).

d.3) Culpa del acreedor y carga de minimizar el daño

478 La exposición temeraria al daño produce en sede de responsabilidad extracontractual una atenuación de la responsabilidad en virtud del art. 2330 del Código Civil. La doctrina agrega que si el hecho de la víctima llega a romper el nexo causal constituyéndose en la causa exclusiva del perjuicio, el demandado no responderá.

Estos principios parecen aplicarse al régimen contractual, de manera que si el incumplimiento se debe a un hecho del acreedor que desplaza la causalidad del comportamiento del deudor, no habrá responsabilidad contractual para este último.

Si la conducta del acreedor si bien interviene o facilita el incumplimiento no lo determina causalmente, se podrá moderar la indemnización que el deudor debe pagarle.

El caso más típico de culpa de la víctima en materia contractual es el de la mora del acreedor, que se configura por la negativa no justificada del acreedor a recibir la prestación a la que el deudor está dispuesto. La mora del acreedor puede eximir o al menos moderar la indemnización de perjuicios debida por el deudor. Parece seguro que se exonerará de los perjuicios moratorios y de los que provengan de la falta de realización de la prestación prometida (art. 1548 CC). Esta mora, sin embargo, no exonera al deudor del deber de cumplir, ya que puede hacerlo mediante el pago por consignación. Tampoco le exime del deber de conservación

de la cosa debida, aunque reduce el grado de diligencia a la culpa grave o lata (art. 1680 CC).

También debe notarse que pesa sobre el acreedor la carga de adoptar la medidas que razonablemente contribuyan a paliar los efectos dañinos del incumplimiento, lo que tiene especial relevancia en la causalidad del lucro cesante. Se trata de una carga y no una obligación, pero si no adopta estas medidas para minimizar los perjuicios ellos le serán descontados.

e) La regla de la previsibilidad como límite a la causalidad

e.1) Sentido general de la limitación: previsibilidad, causalidad y culpa

479 Hemos visto que la regla general es que se responde de todos los perjuicios que tengan una relación de causalidad jurídica con el incumplimiento, es decir, de aquellos que pueden calificarse de consecuencias inmediatas o, al menos, directas del hecho en que consiste la infracción del contrato.

La ley, sin embargo, establece una limitación a la causalidad que favorece a todo deudor al que no pueda imputarse dolo, señalando que se responderá sólo de aquellos perjuicios directos que hayan sido efectivamente previstos por las partes al momento de celebrar el contrato o que, aunque no lo han sido, habrían podido ser previstos por ellas: "sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato" (art. 1558 inc. 1º CC). El criterio en definitiva es el último, ya que lo que expresamente se prevé en el contrato no tiene mayor dificultad para ser reconocido y aplicado. Lo que interesa es el canon de la previsibilidad como criterio que limita o restringe el deber de reparar.

Esta posición surge del error sobre el momento en el que se sitúa el juez para efectuar el juicio de previsibilidad. Para la causalidad de la responsabilidad ese momento es el del hecho ilícito que causa el daño, es decir, tratándose de responsabilidad contractual, el momento del incumplimiento. En cambio, la regla legal de la limitación establece claramente que el momento en que debe valorarse la previsibilidad no es el de la violación del contrato, sino aquél en que el contrato se celebra. En este sentido, debe entenderse la expresión "al tiempo del contrato" que utiliza el art. 1558 CC.

Se trata, por tanto, de una norma especial sin la cual el deudor debiera responder de todos los perjuicios que son efectos del incumplimiento, al igual que en la responsabilidad extracontractual. Es, en consecuencia, una regla que impone una cierta excepción al principio de reparación integral del daño.

A la inversa, es posible que un daño que sea previsible al tiempo del contrato no sea, sin embargo, una consecuencia causal del incumplimiento por la forma en la que se desencadenaron los sucesos que lo determinaron. En este caso, no operará la limitación del art. 1558, pero sí la exigencia de causalidad.

Tampoco debe confundirse la previsibilidad como medida de limitación de los daños indemnizables con la previsibilidad que suele incluirse en el concepto de

culpa o negligencia, en el que se basa normalmente la responsabilidad por infracción de los deberes contractuales. La culpa tiene su propio juicio de previsibilidad que se refiere no a todos los daños consecuenciales sino únicamente al evento dañoso, basta que el deudor haya podido saber que con su actuación lesionaría los intereses del acreedor, sin que sea necesario que cada uno de los daños causados haya sido incluido en ese juicio de previsión o previsibilidad. Aunque como en el incumplimiento contractual la carga de la prueba de la diligencia la tiene el deudor, no parece que esto produzca los problemas que se dan en la responsabilidad extracontractual.

e.2) Las críticas a la regla

480 Hay autores que piensan que en el moderno Derecho de la responsabilidad la limitación de los daños contractuales no tiene ningún fundamento plausible. Es inadecuada tanto para las nuevas concepciones sobre las que se opera en materia contractual, donde ya no es posible seguir funcionando sobre la idea de un acuerdo de voluntades de individuos con la misma capacidad de negociación, como para la nueva forma de entender la responsabilidad, donde la protección de la víctima y el principio de reparación integral del daño son reconocidos como elementos irrenunciables. Además, se señala, la presencia de esta regla constituiría una separación entre responsabilidad contractual y extracontractual que se opone a la tendencia unificadora que se defiende como más coherente.

Discrepamos de este planteamiento porque nos parece que el principio de la reparación integral del daño no es un principio absoluto. Incluso en la responsabilidad extracontractual se contemplan criterios para moderar las indemnizaciones exageradas como la previsibilidad de los resultados como elemento de la causalidad. No parece injustificado que en materia contractual, por la especificidad del instrumento de distribución de riesgos, el legislador contemple un criterio propio para la extensión del daño. En el fondo, la responsabilidad contractual no puede dimensionarse ni justificarse sin tener en cuenta la disciplina jurídica del incumplimiento, y esto constituye un obstáculo fuerte a las tendencias unificadoras.

Afirmada la conveniencia de preservar la regla, queda por discernir cuál es su fundamento.

e.3) Fundamentación de la regla

481 La explicación más recurrida de la limitación recurre al *principio de la autonomía privada* sobre el cual se elaboró la teoría general del contrato en los tiempos de la codificación. Si los contratos obligan porque son queridos por las partes, es lógico que, en caso de incumplimiento, sólo den lugar a indemnizaciones que hayan sido queridas expresa o implícitamente por los mismos contratantes. Ha sido también la justificación preferida de la doctrina, no sólo en el ámbito latino-continental sino anglosajón desde que en el mismo precedente que estableció la regla: *Hadley vs. Baxendale* (1854), la funda en la "*contemplation of the parties*".

Una segunda tesis que intenta justificar la regla desprendiéndola de la teoría del acuerdo tácito es la que quiere ver en ella una manifestación más del *principio de la buena fe contractual*, que entre nosotros contiene la norma que exige que los contratos se ejecuten de buena fe (art. 1546 CC). La indemnización por el incumplimiento es una forma de ejecución del contrato en su sentido amplio y, por lo tanto, debe estar regida por este criterio. La buena fe se opondría a permitir que se indemnicen al acreedor perjuicios que se producen de un modo imprevisto e inesperado para el deudor y que podían preverse solamente por informaciones que el acreedor omitió revelar al deudor.

Se aduce igualmente en apoyo de la regla de la limitación su mejor adaptación a la *justicia contractual y a la distribución de los riesgos* entre las partes. La justificación reside, en consecuencia, en la naturaleza misma del contrato y de la obligación contractual. En el fondo, la previsibilidad es el elemento que conecta el daño con el contrato y hace posible hablar de responsabilidad contractual. Se critica esta tesis porque el equilibrio contractual y la justicia conmutativa se logra por la regla de la previsibilidad pero desde la óptica del deudor, mientras que en la del acreedor la justicia exigiría que gozara de una reparación plena del daño causado.

Un nuevo intento de explicar la regla de la limitación dice relación con *la naturaleza del daño* que se produce por el incumplimiento contractual. Así, se piensa que la justificación puede remontarse a la doctrina de la restitución del daño injusto de Santo Tomás de Aquino (1225-1274), quien distingue dos formas de daño: el daño efectivo y el daño potencial. En el daño efectivo se produce la igualdad de la restitución respecto de lo quitado (por ejemplo si se destruye la casa debe pagarse su valor). Pero existe un daño potencial, que se produce cuando "se damnifica a alguno impidiendo que alcance lo que está en vías de tener". En este caso, no se justifica que haya restitución por igual entre la indemnización y la pérdida de la adquisición potencial ya que ésta no había sido lograda al momento de producirse el daño: "tal daño —enseña el Aquinate— no es preciso recompensarlo por igual. Puesto que es menos poseer algo en potencia que tenerlo en acto. Y el que está en vías de alcanzar algo lo posee sólo virtualmente o en potencia. Y por eso si se le devolviese de modo que lo tuviese en acto, se le restituiría lo que se le quitó no simplemente, sino multiplicado, lo cual no es necesario para la restitución... Sin embargo, está obligado a hacer alguna compensación según la condición de las personas y de los negocios" (*Suma Teológica*, II-II, q. 62, a. 4). La tesis es sugerente pero plantea dificultades porque parece confundir la noción de daño imprevisible con la de lucro cesante. Este último es indemnizable y cae dentro de la lógica del contrato aunque también respecto de él podría afirmarse que es un daño de una adquisición potencial. De hecho los ejemplos de Santo Tomás son ejemplos de lo que hoy llamaríamos lucro cesante.

La constatación de que existen regímenes contractuales, como el alemán, que no contemplan la regla de la limitación, conduce a dudar de que ella sea un elemento tan esencial y estructural de la justicia contractual o de la responsabilidad por incumplimiento. Una derogación de la regla puede ser efectuada sin que se altere sustancialmente el modo en que entendemos los contratos. Los deudores deberán

quizás tomar precauciones mayores, tener mayor solvencia económica o recurrir al seguro. Nada de ello afectaría a principios irrenunciables o estructurales del Derecho de los contratos, tal como se le concibe en las sociedades contemporáneas.

¿Dónde estaría entonces el fundamento de la existencia de la regla? Si no está en los principios ni son razones de justicia las que la justifican deberán ser simples motivos de oportunidad o conveniencia. Se trataría simplemente de una opción de política legislativa que pretende descargar a los deudores de un peso excesivo en los riesgos de las obligaciones que asumen y facilitar así la celebración de contratos cuyo costo se incrementaría notablemente si el deudor tuviera que asegurarse contra riesgos que no puede prever al momento de celebrar el contrato.

La teoría que intenta justificar la regla no en principios sino en razones de conveniencia, puede tener un buen aliado en el análisis económico. Los acreedores pueden categorizarse según la valoración que atribuyen a la prestación y, por tanto, a su incumplimiento, de modo que hay algunos que la valoran mucho y otros poco. Si la regla no existiera y el deudor debiera indemnizar por los daños imprevisibles, no habría incentivo alguno para que el acreedor que estima más la prestación informe de ello al deudor. Como el deudor no puede discriminar entre los acreedores cuál de ellos aprecia más o menos la prestación, debe prepararse para responder a todos como si fuera el más interesado en la prestación y, al tener que adoptar las máximas precauciones, subirá el precio uniformemente para todos, con lo cual pierden los acreedores que podrían haber accedido a un precio menor porque su interés en la prestación es inferior. Estos acreedores terminan subsidiando a los otros.

El panorama cambia si existe la regla legal que limita los daños a los previsibles. En este caso, el acreedor que por circunstancias especiales estima más la prestación de lo que sería la media estará incentivado a traspasar esa información al deudor para así, en caso de incumplimiento, poder ser indemnizado en correspondencia a su interés. Por cierto, el deudor en ese caso podrá subir el precio de ese contrato para hacer frente a los mayores costos en precauciones que deberá adoptar. Pero, al mismo tiempo, el deudor puede reputar que la categoría de acreedores que no le transfiere información especial se contenta con la indemnización de los perjuicios ordinarios, y por ello podrá ofrecerles un precio más bajo.

La regla permite al deudor diferenciar los tipos de contrato que puede ofrecer, por medio de la suposición de que los acreedores que necesitan un grado de protección especial se autodenunciarán, so pena de ser tratados como los acreedores ordinarios en caso de que se produzca el incumplimiento. Es cierto que el mismo resultado podría darse si se obliga a los acreedores ordinarios a informar su categoría al deudor, pero como estos son más numerosos el costo sería mayor. En resumen, la regla puede ser entendida mejor que en las explicaciones tradicionales que la conectan a la voluntad de las partes, si se la concibe siguiendo el análisis económico del Derecho, como un mecanismo que incentiva al acreedor a transferir información al deudor.

Como vemos, la diversidad de opiniones sobre las razones que existen para mantener la vigencia de la regla son muy variadas. Aunque se nos acuse de sincretismo, pensamos que las razones que hemos mencionado no son necesariamente excluyentes entre sí y que pueden complementarse para dar con una fundamentación de carácter pluridimensional.

En una primera dimensión, nos parece plausible pensar que estamos ante una política legislativa que obedece a razones de conveniencia, entre las que puede estar el favorecer la asunción de compromisos contractuales, no incrementar excesivamente las indemnizaciones o incentivar la entrega de información de los acreedores que tienen circunstancias especiales de aprecio de la prestación, lo que redunda en la posibilidad de que existan contratos diferenciados según el tipo de riesgo.

Pero la dimensión política de la justificación no empece a que también pueda ponerse de relieve, si no la necesidad estricta de que la regla integre el régimen contractual (ya que éste es factible con la regla inversa como lo prueba el derecho alemán), su mejor adaptabilidad o coherencia con la justicia contractual y la especial naturaleza del daño que resulta del incumplimiento. En especial, nos parece atendible el recurso al principio de la buena fe. No nos parece que la culpa de la víctima sea suficiente para moderar la indemnización y que por ello no se requiera utilizar el canon de la buena fe. En efecto, si el acreedor no fue negligente al omitir información que podía alertar al deudor sobre el mayor riesgo al que se exponía, de todas maneras funciona la buena fe, no como sanción al acreedor, sino como moderación de los deberes de precaución exigibles al deudor. Si el deudor no recibió esa información no puede pedírsele que asuma un comportamiento más protector que el ordinario, y por ende no es justo que indemnice por las pérdidas en las que se concretó el mayor riesgo no avisado. Por lo demás, en la mayoría de los casos la información relevante está a disposición del acreedor y no del deudor. Parece lógico, en consecuencia, que la buena fe dispense al deudor de obligarse por antecedentes que obraban en la esfera de control del acreedor y que no le fueron oportunamente comunicados.

La mayor coherencia con la economía y la justicia contractual, no impide tampoco reconocer la dimensión subjetiva de la explicación fundada en la presunción de voluntad del deudor. Las razones que se aducen en contra no nos parecen convincentes. La idea de que la autonomía contractual está en crisis no se corresponde con el predominio de la libertad de empresa como sistema económico ampliamente predominante. Si pudo hablarse alguna vez de la "muerte" del contrato, hoy tenemos que constatar su resurrección (si es que alguna vez llegó a morir). El acuerdo de las partes sigue siendo el elemento clave en la formación de todo contrato, incluso en los de adhesión o en la contratación electrónica. Si la existencia y contenido del contrato se mide de acuerdo con el consentimiento, parece lógico que también este sea la medida de los riesgos que se contemplan y se asumen en él. Se dice en contra que lo que las partes querrían en verdad es que se indemnizaran todos los daños. Esto puede ser cierto si se contempla la situación una vez ocurrido el daño imprevisible, pero no si las partes se sitúan al momento de

celebrar el contrato y sin conocer cómo se desenvolverá la ejecución del contrato. Debe tomarse en cuenta en que, por regla general, ambas partes son acreedores y deudoras recíprocamente. En esta situación, parece lógico suponer que si nada han dicho es porque han limitado su responsabilidad a lo que podía preverse en ese momento y no a sucesos que caen fuera de esa previsión. Si hubieran querido que la responsabilidad fuera plena, lo habrían dicho expresamente. Por eso, además, se justifica que el test de la previsibilidad se haga al tiempo del contrato y no en un momento posterior.

De esta forma, la regla de la limitación parece conveniente desde el punto de vista económico y político-legislativo, es más congruente con la racionalidad del contrato como instrumento de transferencia de bienes y servicios y resulta más sensata como presunción de lo que las partes han querido cuando no ha habido convención expresa en contrario.

Considerada la fundamentación de la norma podemos realizar un análisis del contenido del juicio de previsibilidad y de la oportunidad en la que debe hacerse.

e.4) Contenido del juicio de previsibilidad

482 El juicio de previsibilidad no se aprecia en concreto, según si el deudor de acuerdo a sus habilidades y conocimientos podía haberse representado el acaecimiento del daño. La norma señala que se responde por los perjuicios, no que el deudor haya podido prever sino por los que hayan podido preverse. Es decir, emplea el canon del hombre medio o persona razonable.

Pero esta apreciación en abstracto no debe prescindir de las circunstancias especiales de la relación contractual y del rubro comercial o profesional del deudor. La consideración de la posición del deudor hace que el juicio de previsibilidad se subjetivice hasta cierto punto, de modo de diferenciarlo de la previsibilidad propia de la causalidad.

El daño imprevisible proviene de lo que la doctrina francesa llama un "factor de acrecentamiento de los riegos" que es desconocido por el deudor. Este factor puede originarse en múltiples causas. El incremento del riesgo puede originarse en una información reservada que el acreedor no comunicó al deudor, el que también puede provenir de circunstancias personales del acreedor. No siempre podrá tacharse de culpable esta omisión, por lo que no basta el remedio de la compensación de culpas.

También la causa del daño imprevisible puede residir en un cambio de las circunstancias exteriores que no dependen del acreedor, como una guerra o una crisis económica inesperada.

Una clásica discusión que se generó en los primeros comentaristas del Código Civil francés es la de si lo imprevisible debía ser la causa o hecho que genera el daño (incumplimiento) o si también debía extenderse al importe o cuantía del daño. La cuestión se planteaba en los contratos con obligaciones de custodia en las que el deudor ignoraba el valor real de los objetos custodiados. Por ejemplo, si se dan

en depósito los muebles de una casa, y en un cajón de un escritorio hay una valiosa joya, cuya presencia es ignorada por el depositario. Si este objeto es hurtado, se produce la duda: el daño en que consiste la pérdida de la joya ¿es imprevisible? Si consideramos que la regla sólo excluye la indemnización del daño cuya causa es imprevisible, tendríamos que el depositario debe restituir el valor de la joya, ya que en este caso la causa del incumplimiento, el hurto, no era imprevisible. Si, al revés, se sostiene que es el importe o extensión del daño el objeto de la imprevisibilidad, él debería ser exonerado porque no podía haber previsto incurrir en una responsabilidad de tamaño valor.

En nuestra opinión ni el texto de la norma (art. 1558.1 CC) ni las razones que le sirven de fundamento hacen admisible la exclusión de los casos en los que la imprevisibilidad versa sobre la cuantía o extensión de los daños.

La conclusión anterior no puede ser extrapolada a la variación del costo de la vida que requerirá muchas veces corregir el importe monetario del daño causado y que se ha desvalorizado por los efectos de la inflación. Abandonado ya el principio nominalista que regía nuestro Derecho de obligaciones, no habrá dificultades para entender que la corrección monetaria no es un aumento del daño por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sino una forma de computar su valor inicial.

Cuestión distinta es la plusvalía de los bienes involucrados en la obligación, ya que si se construye un camino aledaño a la propiedad ese es un hecho que no podría preverse a la época del contrato.

e.5) Oportunidad del juicio de previsibilidad

483 El texto del art. 1558 inc. 1º del Código Civil establece que el momento en el que debe establecerse si un determinado daño era previsible o no es el "tiempo del contrato".

Esta expresión debe ser entendida como el momento de la perfección del contrato y no de la ejecución o incumplimiento. De lo contrario se confundiría la previsibilidad de la causalidad con la previsibilidad de la limitación de los daños contractuales en favor del deudor no doloso.

Por eso, el deudor no aumenta su responsabilidad por el hecho de que el acreedor le haga saber después del contrato nuevos datos que incrementan el riesgo a que se expone su interés contractual, salvo que se modifique el contrato, caso en el cual la previsibilidad se contará desde la fecha de la modificación.

e.6) La no aplicabilidad de la limitación al incumplimiento doloso

484 El art. 1558 inc. 1º del Código Civil es claro al excluir de la limitación a los daños previsibles los casos en los que "se puede imputar dolo al deudor". ¿Cuál es el concepto de dolo que debe aplicarse para configurar la ampliación de responsabilidad a todos los perjuicios causalmente vinculados al incumplimiento?

Nos remitimos aquí a lo que señalamos al momento de examinar el dolo como factor de imputabilidad del incumplimiento[39].

Nuestro Código Civil dispone que en materias civiles la culpa grave o lata equivale al dolo (art. 44 CC).

¿Es aplicable esta equiparación de manera de hacer responder al deudor que incumple con culpa lata por los perjuicios imprevisibles a la época del contrato? La respuesta casi unánime de nuestra doctrina es afirmativa. Pero existe la voz solitaria de Claro Solar quien aboga por la exclusión de la equiparación[40]. La consideración de este autor es valedera. El texto del art. 1558 inc. 1º CC abona esta conclusión puesto que no señala simplemente que el deudor doloso debe responder sino que reserva la excepción a los casos en los que pueda "imputarse" dolo al deudor, es decir, en la medida en que se pruebe dolo y no simple culpa, aunque sea grave.

Se han dado varias explicaciones para la exclusión del deudor doloso. La más recurrida es la que atribuye una función sancionatoria a la norma: el dolo es repudiado por la ley y por ello debe ser sancionado. Se trataría por tanto de una pena privada. Otra justificación dice relación con eliminar el incentivo a incumplir en que se encontraría el deudor que compara el beneficio que le reportaría omitir la prestación debida allanándose a pagar los perjuicios previstos al tiempo del contrato. Hay quienes quieren ver una conversión en este caso de responsabilidad contractual en responsabilidad aquiliana[41].

A nuestro juicio, más que una sanción del deudor doloso estamos ante una ventaja que se reconoce al deudor de buena fe. Se trata de la falta de acceso a un beneficio por falta del requisito esencial que da derecho a él. El deudor doloso no pierde nada porque nunca ha tenido derecho a la limitación de la responsabilidad. Además, se evita así que el deudor incumpla deliberadamente cuando calcule que el costo de no cumplir es menor al cumplimiento si el primero resulta limitado a lo previsible a la época del contrato.

e.7) Renunciabilidad de la regla

485 El derecho a la limitación para el deudor no doloso es renunciable ya que mira a su interés individual, de manera que la ley acepta que en el contrato se establezcan reglas diferentes sobre la extensión de la responsabilidad. El art. 1558 inc. 3º del Código Civil lo señala expresamente.

La doctrina reconoce sin dificultades que es posible que se pacte que el deudor responda por los prejuicios imprevisibles a la época del contrato. Este pacto se diferencia de la cláusula penal en que el acreedor se obliga a probar los perjuicios. También debe distinguirse de la simple constancia que se deja en un contrato de los intereses y valoraciones del acreedor. Esto puede servir para preconstituir la

[39] Véase Nº 442 y ss.

[40] CLARO SOLAR, L., *Explicaciones XI. De las obligaciones II*... cit., N° 1245, p. 752.

[41] Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. II, pp. 516-519.

prueba de la previsibilidad del perjuicio que los vulnere, pero en tal caso se estará aplicando simplemente la regla y no haciéndose una excepción a ella.

El que se pacte la responsabilidad por los perjuicios imprevisibles a la época del contrato no releva de la necesidad de demostrar la causalidad jurídica de los daños, esto es, que son consecuencias inmediatas o directas del incumplimiento, salvo que se haya pactado expresamente que la responsabilidad se extiende a los daños indirectos.

No vemos problemas para que el pacto de ampliación de la indemnización de los daños se refiera no a cualquier tipo de incumplimiento del contrato, sino que se le circunscriba a ciertas obligaciones o a ciertas formas de inejecución especialmente riesgosas.

Por cierto, el contenido de la estipulación especial puede dirigirse no a ampliar, sino a restringir los perjuicios indemnizables, ya que también es un derecho renunciable del acreedor el obtener una satisfacción completa de su crédito. Se podrá pactar, por ejemplo, que el deudor sólo responda de los perjuicios efectivamente previstos y no por los que sean previsibles según el canon del hombre medio.

Más incierta es la situación de la convención por la cual se reduce la responsabilidad del deudor a los perjuicios previsibles incluso aunque incumpla con dolo. Podría argumentarse que tratándose de una pena privada no hay razón para que el beneficiado por ella no pueda dispensarla. Pero, por otro lado, si por anticipado se consiente en que el comportamiento doloso será indiferente a la hora de fijar los daños se construye un incentivo para el comportamiento doloso, que está prohibido por la regla de que el dolo futuro no puede condonarse válidamente. Habría aquí una condonación de uno de los efectos del dolo que adolecería de objeto ilícito (art. 1465 CC).

f) Tipología de los daños contractuales y su previsibilidad

f.1) El daño emergente y el valor de prestación

486 El daño emergente es la pérdida patrimonial que sufre el acreedor por la ausencia del incumplimiento. Su rubro principal, aunque no el único, estará constituido por el valor de la prestación omitida. Nos parece que tratándose de la reposición del valor de la prestación no opera la limitación de la regla de la previsibilidad, que se refiere más bien a los perjuicios consecuenciales que acompañan al valor perdido de la obligación inejecutada.

En todo caso, al mismo resultado se arriba diciendo que por su naturaleza este daño es siempre previsible.

f.2) El lucro cesante

487 No suele la doctrina considerar la situación del lucro cesante en relación con la limitación basada en la previsibilidad al tiempo del contrato. Sin embargo, la cuestión

resulta relevante. No sólo es necesario reconstruir la falta de ganancia sobre la base de la causalidad, es decir, lo que se habría conseguido en caso de no haber mediado el incumplimiento, sino también sobre lo que era previsible para el deudor a la hora del contrato.

Así, por ejemplo, el deudor de un vehículo no responderá por la falta de lucro que como taxista podría haber obtenido el acreedor si al tiempo del contrato éste aún no se dedicaba a ese rubro o si no informó sobre el destino que esperaba darle al vehículo. Ello sucederá así aunque se demuestre la causalidad, porque a la fecha del incumplimiento sí era previsible ese tipo de pérdida.

De nuevo puede darse la discusión de si basta que sea previsible la causa de la falta de ganancia o también el monto al que ella asciende. Por las razones ya vistas, parece que ambos elementos deben quedar incluidos en la regla de la previsibilidad.

En todo caso, la previsibilidad del lucro cesante no determina necesariamente su indemnizabilidad, ya que será necesario afirmar la causalidad de la frustración de la ganancia. Para ello deberá tenerse en cuenta la conducta exigible del acreedor para mitigar o moderar la falta de ganancia, ya sea buscando un equivalente o bien de reemplazo.

f.3) Los perjuicios moratorios

488 Los perjuicios derivados del retardo en el cumplimiento quedan comprendidos en la regla de la limitación. En esto, nuestro Código Civil es más explícito que su modelo francés, ya que incluye expresamente los perjuicios derivados de "haberse demorado" el cumplimiento de la obligación (art. 1558.1 CC).

f.4) Daños extrapatrimoniales contractuales

489 La regla de la previsibilidad aplicada a los daños morales derivados de contratos puede ser invocada para negar su reparación. Se dirá en efecto que, por la naturaleza patrimonial del contrato, todo daño causado a bienes o derechos extrapatrimoniales es de por sí imprevisible. Con ello, sólo el deudor doloso sería obligado a hacerse cargo de ellos.

Nos parece que no es posible aceptar una conclusión tan absoluta. Sabemos que existen contratos que incluyen obligaciones de seguridad o deberes de protección de esferas no patrimoniales. No es razonable que, en tales casos, se parta de la premisa de que los daños morales son imprevisibles. Más bien, podría asumirse el criterio inverso: a saber, que si se produce un daño moral que resulta del incumplimiento de estos deberes de seguridad o protección, la misma existencia de estas obligaciones aboga en favor de su previsibilidad.

Fuera de los casos en los que el mismo contrato expresa o implícitamente contiene una extensión a bienes extrapatrimoniales, tampoco ha de negarse por principio la previsibilidad y deberá juzgarse caso por caso, aunque debemos convenir que lo normal será que daños emotivos o sentimentales serán por regla general imprevisibles, no tanto porque no sea posible imaginarlos sino porque no

son contemplados como materia de la relación contractual. Como excepción el acreedor puede haber informado al deudor de que el objeto que da en depósito o custodia tiene un valor afectivo para él.

g) Facultades judiciales para apreciar la previsibilidad

g.1) Pruebas o indicios para juzgar la previsibilidad

490 El juez debe tener en cuenta todos los medios de prueba admisibles. En general, considerará las declaraciones que hayan hecho las partes sobre el estado de las cosas objeto del contrato o su valor (inventarios, tasaciones), las informaciones proporcionadas en las gestiones preparatorias, las apariencias exteriores de la cosa o su embalaje, el comportamiento y la situación patrimonial y profesional de las partes, y el monto de la contraprestación.

También pueden usarse las presunciones judiciales en la medida en que sean fundadas en hechos probados.

g.2) ¿Puede el juez aplicar de oficio la limitación?

491 No parece que la norma sea de carácter imperativo. Más bien establece un derecho para el deudor que bien puede ser renunciado por su no alegación. De esta forma, puede llegarse a la conclusión de que el juez no está habilitado para aplicar la limitación si ello no ha sido pedido por las partes y que al concederlo de oficio se incurrirá en ultra petita.

No obstante, nuestros tribunales han declarado que no habría *ultra petita* si el demandado se ha limitado a negar la existencia y efectividad de los perjuicios reclamados por la demanda.

g.3) Competencia de la casación

492 Nuestra Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre si puede controlarse por la casación el juicio de previsibilidad y ha resuelto que se trata de una cuestión de hecho que corresponde fijar exclusivamente a los tribunales de instancia.

En verdad, la previsibilidad a la época del contrato de los perjuicios es una cuestión que mezcla aspectos de hecho y de derecho. De hecho son las cuestiones sobre las cuales es posible establecer o no el juicio de previsibilidad: informaciones proporcionadas, gestiones preparatorias, aspecto de las cosas materia del contrato, etc. Pero el juicio mismo que se pronuncia sobre esos elementos de hecho es un juicio normativo: es decir, que una persona media colocada en la situación del deudor debería o no haber previsto el perjuicio, lo que ha sido reconocido por fallos más recientes de la misma Corte Suprema.

Entendemos, en consecuencia, que la fijación de los elementos fácticos del juicio de previsibilidad corresponde a la competencia exclusiva de los tribunales de instancia y que no podrían alterarse en casación (salvo vulneración de las leyes

reguladoras de la prueba). Pero la decisión sobre si un deudor medio, sobre la base de tales antecedentes, habría previsto o no el daño, es controlable en casación puesto que se trata de una cuestión jurídica.

h) Inaplicabilidad de la limitación a la responsabilidad extracontractual

493 La doctrina común ha visto en la limitación de la indemnización a los daños previsibles una de las principales diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual. Se asume, en consecuencia, que la regla de la previsibilidad a la época del contrato (art. 1558.1 CC) no es de ningún modo aplicable a la responsabilidad derivada de delito o cuasidelito.

No obstante, la conclusión podría discutirse. El argumento de que la norma está en la regulación de los efectos de las obligaciones y no en el título de los "Delitos y cuasidelitos", no es decisivo, ya que se reconoce que algunos de estos preceptos son aplicables en materia de responsabilidad extracontractual, como sucede con el art. 1556 del Código Civil que distingue entre daño emergente y lucro cesante.

Los partidarios de extender la regla dan por hecho que la previsibilidad contractual es la misma que la extracontractual, por lo que la aplicación de la regla no daría como resultado una restricción de la responsabilidad extracontractual sino una agravación en caso de dolo. Pero esto es un error: la previsibilidad del ilícito aquiliano es componente del juicio de causalidad. En cambio, la previsibilidad es una previsibilidad anticipada al hecho ilícito (al tiempo del contrato) que limita los daños causales (art. 1558.1 CC). Si es así, la norma es excepcional, sin ella se daría una indemnización de todo daño causado por el incumplimiento. Siendo excepcional sólo puede aplicarse al régimen para el cual fue concebida: el régimen del contrato.

Además, la justificación para esta limitación sólo se da en caso de existencia de un vínculo contractual, puesto que es allí donde las partes pueden haber hecho la evaluación de los riesgos. No parece que ello sea posible respecto del deber de reparar que surge del hecho ilícito. La exclusividad de la aplicación al régimen contractual es apoyada por el análisis económico, que hace ver que los incentivos para la entrega de información sobre la valoración de los daños sólo es posible en un marco reducido que rebaje los costos de transacción en la entrega de la información, lo que no se da en el terreno extracontractual.

4. Mora

a) Concepto y distinción con mero retardo

494 La exigibilidad de la obligación produce el retardo en el cumplimiento si el deudor no ejecuta la prestación debida. El retardo es ya un incumplimiento de la obligación, salvo que se trate de término esencial o que haya imposibilidad absoluta total o parcial de cumplir. No obstante, desde el Derecho romano, se afirma que no basta el simple retardo para que el acreedor pueda demandar la indemnización de los perjuicios, y se ha acuñado el término jurídico de mora para calificar el retardo (expresión que viene del término "demora").

El Código lo señala en forma expresa: "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" (art. 1557 CC). Lo que se reitera en materia de cláusula penal (art. 1538 CC).

Por ello se suele definir la *mora debitoris* como el retardo imputable al deudor que persiste después de la interpelación del acreedor.

Por regla general, la mora permite reclamar la indemnización de perjuicios tanto compensatoria como moratoria. Aunque esta última sólo procederá si el cumplimiento se produce tardíamente.

b) Requisitos de la constitución en mora

b.1) Requisitos en general

495 Los requisitos de la mora en nuestro Código Civil son cuatro: en primer lugar, debe tratarse de obligaciones positivas, en segundo lugar debe tratarse de obligaciones exigibles, en tercer lugar debe tratarse de un retraso que sea imputable al deudor y finalmente debe haber interpelación por parte del acreedor.

b.2) Obligación positiva

496 La mora se produce en las obligaciones de dar y de hacer, es decir, en las obligaciones positivas (arts. 1557 y 1438 CC). La sola contravención de la obligación de no hacer genera la obligación de indemnizar perjuicios: "Se debe la indemnización de perjuicios [...] si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención" (art. 1557 CC); "Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse" (art. 1538.2 CC).

Según algunos autores la mora en las obligaciones negativas se da justamente por la contravención. Pero no es eso lo que dicen las normas del Código Civil: uno se refiere a la indemnización de perjuicios y otro a la pena convencional.

Es lógico que sea así ya que no es posible concebir un cumplimiento retrasado de una obligación de no hacer. La contravención produce un incumplimiento definitivo, sin perjuicio de la posibilidad que tiene el acreedor de pedir la destrucción de la obra hecha (art. 1555 CC).

Se ha intentado forjar casos en los que el incumplimiento moratorio procedería en obligaciones negativas. Así se ha dicho que en un pacto de no concurrencia se ha obligado el deudor a sacar su negocio de cierta zona, si se demora en esto habría mora. Pero lo cierto es que en ese caso se trata de una obligación de hacer accesoria a la obligación de no competir.

b.3) Exigibilidad de la obligación

497 No hay retraso si la obligación no es exigible. De esta manera, si se trata de una obligación natural o sujeta a plazo o bajo condición suspensiva el deudor no

puede ser constituido en mora, porque no está incumpliendo ni demorando el cumplimiento.

Se ha señalado que la obligación debe ser líquida o liquidable, pero no parece que esto sea requerido por las normas del Código Civil, por lo que por ejemplo una indemnización de delito o cuasidelito, que no es líquida, podrá constituirse en mora desde que se la demanda en juicio.

b.4) Imputabilidad del retardo

498 El Código Civil sólo parece excluir la mora si ella se debe a caso fortuito o fuerza mayor: "La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios" (art. 1558.2 CC). Si no da lugar a la indemnización es porque el deudor no está técnicamente en mora. Al deudor corresponderá probar la fuerza mayor o caso fortuito, ya que su prueba corresponde al que lo alega (art. 1547.3 CC).

¿Pero qué sucede con el dolo o la culpa? Consideramos que se aplicará en estas circunstancias la carga de la prueba del incumplimiento que dice que recae en el deudor la prueba de la diligencia debida (art. 1547.3 CC). En consecuencia, mientras no se pruebe que el deudor tuvo una imposibilidad de cumplir que no era superable con la diligencia debida, habrá mora.

Estas reglas son disponibles para las partes, de manera que ellas podrían convenir que incluso la mora por caso fortuito puede producir indemnización de perjuicios o los demás efectos atribuidos al deudor moroso.

b.5) Interpelación del acreedor

499 El mero retardo, aunque sea incumplimiento, no produce los efectos propios de la mora mientras no haya una actividad del acreedor dirigida a manifestar que el retardo le produce perjuicios y, en el fondo, destinada a que se cumpla la obligación.

Las formas de interpelación que reconoce nuestro Código las veremos en el párrafo siguiente.

c) Formas de interpelación

500 El Código señala tres supuestos de interpelación: "El deudor está en mora, 1º. 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; 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; 3º. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor" (art. 1551 CC).

La doctrina nacional habla así de interpelación convencional y de interpelación judicial.

La interpelación convencional puede ser expresa o tácita.

La *interpelación convencional expresa* proviene de un plazo que ha sido estipulado. Normalmente se piensa que se trata de plazo contenido en una convención o contrato, pero lo cierto es el plazo previsto en un acto jurídico unilateral como un testamento o una oferta son también plazos estipulados. Esto viene del Derecho romano donde se decía que "*dies interpelat pro homine*", es decir, que el día interpela por el hombre. No se aplica sí a los plazos legales ni a los judiciales, ya que la estipulación revela la manifestación de al menos una voluntad negocial.

Se señala como excepción los casos especiales en los que la ley exija que se requiera al deudor para constituirle en mora.

Es decir, cuando se exija que se requiera judicialmente al deudor, como sucede con la obligación de restituir del arrendatario cuyo contrato ha terminado: "Para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador..." (art. 1949 CC). Aunque no es claro que haya aquí un término estipulado y más bien parece una obligación exigible desde que el contrato termine. Tampoco parece que haya una excepción en el caso de mora en el pago de las rentas del arrendamiento ya que las dos reconvenciones exigidas son para poner término al contrato (art. 1977 CC).

Un caso más manifiesto es el de las letras de cambio y pagarés que no son firmados ante notario, puesto que en este caso no basta que el plazo esté vencido para que el aceptante o deudor sean constituidos en mora, sino que es necesario efectuar la diligencia de protesto (arts. 59 y ss. LLCP).

Por cierto, si la obligación es pagadera en cuotas a plazo, el deudor estará en mora de la cuota cuando venza el respectivo plazo, a menos que haya lo que se denomina una cláusula de aceleración imperativa y que por el solo hecho de no cumplirse una cuota en el plazo se incurre en mora respecto de toda la deuda.

La *interpelación convencional tácita* tiene que ver con la existencia de un plazo tácito, es decir, "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" (art. 1551.2º CC). Esta norma debe ponerse en relación con la disposición sobre el plazo que señala que "es tácito el indispensable para cumplirlo" (art. 1494.1 CC). Por ejemplo, si se encarga un vestido de novia para un matrimonio hay un plazo tácito, que es la fecha del matrimonio; o si se conviene la entrega de un *stand* para una exposición se entiende que deberá estar listo para cuando tenga lugar la feria o exposición.

La regla general es la *interpelación judicial*: "En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor" (art. 1551.3º CC). En este caso, el Código usa la palabra reconvención, no en su sentido técnico procesal, como la demanda del demandado, sino como una demanda interpuesta en contra del deudor. Aunque el Código no lo diga, es manifiesto que la mora correrá desde que se notifique esa demanda.

Por la imperatividad de la norma hemos de entender que no puede atribuirse a un aviso o carta extrajudicial la función de constituir en mora al deudor. Pero sí si trata de gestiones judiciales encaminadas a que se cumpla la obligación o reclamar perjuicios, como gestiones preparatorias de la vía ejecutiva o una demanda de resolución de contrato o incluso ante un tribunal incompetente serían eficaces para constituir en mora al deudor que retarda el cumplimiento.

También nos parece que, a pesar del tono categórico de la norma: "El deudor está en mora", no habría obstáculos para que en ejercicio de la autonomía privada se modifiquen estas normas, ya sea estableciendo como requisito para la constitución en mora la interpelación judicial, aunque haya un plazo, o para establecer que un aviso o carta del acreedor baste para que el deudor se considere constituido en mora.

Lo que no podría obviarse es la necesidad de que el deudor sea constituido en mora, porque el Código es claro respecto de la imposibilidad de demandar indemnización de perjuicios si no existe mora del deudor.

d) Mora purga la mora

501 Tratándose de contratos con obligaciones de cumplimiento simultáneo o al menos actualmente exigibles, dice el Código que "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" (art. 1552 CC).

Aunque el Código se refiere a los contratos bilaterales en forma amplia lo que impide la mora de uno de los contratantes es que la otra parte tenga una obligación que sea también exigible. De esta manera se aplica al adagio "la mora purga la mora", en el sentido de que no está en mora el contratante dejando de cumplir su obligación si el otro contratante no cumple con su obligación o no se allana a cumplir lo pactado en la forma y tiempo debidos.

El precepto ha sido interpretado para crear la llamada excepción de contrato no cumplido, aunque en realidad la norma sólo señala que el contratante no está en mora dejando de cumplir lo pactado. Estudiaremos más adelante esta excepción[42].

e) Efectos de la mora

502 Los efectos de la mora son básicamente tres: permite al acreedor demandar la indemnización de los perjuicios, pone de cargo del deudor el caso fortuito y traslada el riesgo de la especie debida del acreedor al deudor.

El primer y más importante efecto de la constitución en mora del deudor es *la posibilidad de demandar perjuicios*: "Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora..." (art. 1557 CC), en la medida en que se

[42] Véase Nº 555-556.

trate de obligaciones positivas. Si se trata de una negativa la sola contravención permitirá al acreedor demandar los perjuicios.

Según alguna opinión esto se circunscribiría a los perjuicios derivados de la mora, llamados por eso moratorios. Pero la doctrina que predomina, y que compartimos, dada la amplitud en que se concibe la norma del art. 1557, es que también para reclamar la indemnización compensatoria es necesario constituir al deudor en mora.

Lo que sí puede señalarse es que hay una distinción, porque mientras las indemnización compensatoria incluirá todos los perjuicios incluso los sobrevenidos durante el mero retardo, la indemnización moratoria sólo cubrirá los perjuicios que se causen después de la constitución del deudor en mora.

Un segundo efecto de la mora es poner de cargo del deudor el caso fortuito salvo que éste hubiere afectado al deudor incluso si se hubiere cumplido oportunamente. De esta manera, el Código dispone que "El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor)..." (art. 1547.2 CC).

Esto se repite en sede de pérdida de la cosa debida: "Si el cuerpo cierto perece [...] 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" (art. 1672.1 CC). En tal caso se entiende que se debe el valor de la cosa y la indemnización de los perjuicios moratorios (art. 1672.2 CC).

Pero aquí el Código señala que si el caso fortuito hubiere hecho perecer la cosa incluso si hubiere estado en manos del acreedor, el deudor deberá los perjuicios de la mora: "Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora...." (art. 1672.2 CC). Nuevamente, pensamos que se trata de una norma excepcional aplicable sólo a la pérdida de la cosa debida.

Coincide con estas reglas la norma del pago que dispone que si la cosa se ha deteriorado el acreedor debe recibirla en el estado en que se halle "a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor" (art. 1590.1 C). En tal caso, el acreedor puede pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios o si prefiere llevarse la cosa o el deterioro no es de importancia, se concederá solo la indemnización de perjuicios (art. 1590.2 CC).

En estos casos, la mora debe ser acreditada por el acreedor y que el caso fortuito o el deterioro hubiera sucedido igual si la cosa hubiere estado en manos del acreedor, debe probarlo el deudor.

Un tercer efecto de la mora es *modificar la regla del riesgo de la cosa* en contratos bilaterales. Dispone el Código Civil 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..." (art. 1550 CC).

Si está en mora de entregar la cosa, el riesgo es del deudor, de modo que si la cosa perece por caso fortuito se extinguirá la obligación que tiene el acreedor de la cosa de pagar su valor o precio. Aunque esta regla se aplica únicamente a las obligaciones de dar o entregar una especie o cuerpo cierto.

No son propiamente efectos de la mora los que se prevén como sanción a determinadas situaciones, como la de pagar intereses corrientes cuando el tutor o curador haya incurrido en mora en exhibir la cuenta (art. 424 CC) o que el juez debe fijar un plazo para que comparezca el albacea de manera que si estuviere en mora de comparecer caduca su nombramiento (art. 1276 CC). En ambas situaciones, la mora se usa en sentido no técnico jurídico sino simplemente como retardo. Lo mismo sucede si una vez fijado un plazo para aceptar o repudiar la herencia o legado, el heredero o legatario se constituye "en mora de declarar si acepta o repudia" ya que en tal caso se entenderá que repudia (art. 1233 CC).

f) Mora del acreedor

503 Normalmente se trata la mora del acreedor después de haber examinado la mora del deudor, pero son instituciones claramente diferentes, por lo que preferimos tratarla dentro de las llamadas cargas del acreedor[43].

5. Perjuicios

a) Nociones generales

504 Para que se devengue la indemnización de los perjuicios es necesario que estos se hayan derivado del incumplimiento. Se trata de un daño o lesión que haya sufrido el acreedor como consecuencia del incumplimiento.

Aunque normalmente el daño será patrimonial, se reconoce que un incumplimiento contractual también puede ocasionar perjuicios no patrimoniales.

b) Perjuicios patrimoniales: daño emergente y lucro cesante

505 La tradición, que viene del Derecho romano, clasifica el daño patrimonial en daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*). Nuestro Código Civil la recibe de la siguiente forma: "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" (art. 1556.1 CC).

[43] Véase Nº 522-527.

El Código no define qué se entiende por daño emergente ni por lucro cesante, pero la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en conceptualizarlos como la pérdida actual en el patrimonio derivada del incumplimiento (daño emergente) y la falta de utilidad o ganancia que el acreedor podría haber probablemente obtenido de haberse cumplido la obligación (lucro cesante).

Un ejemplo puede aclarar el tema: supongamos que en un contrato de venta de mercaderías el vendedor no cumple con la remesa acordada: el daño emergente será el valor de esas mercaderías, mientras que el lucro cesante será la pérdida de la ganancia que habría obtenido al vender esas mercaderías si le hubieran llegado a tiempo.

La prueba del daño emergente es relativamente sencilla, no así la del lucro cesante ya que se trata de la pérdida de una ganancia que no se hizo y que podría haberse hecho, es decir, envuelve un juicio de probabilidad razonable que queda a la apreciación del juez. No se trata de una partida cierta y mensurable, sino de un daño hipotético: que podría haber sucedido.

El Código señala que hay casos en los que la ley limita la indemnización al daño emergente: "Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente" (art. 1556.2 CC).

Algunos casos de limitación del lucro cesante se observan en el contrato de arrendamiento: así en caso de terceros que acrediten derechos sobre la cosa arrendada no se incluirá el lucro cesante si la causa del derecho "no era ni debía ser conocida del arrendador al tiempo del contrato" (art. 1930.5 CC); o si el vicio de la cosa arrendada ha tenido una causa anterior a una venta, pero el vicio no era conocido del arrendador al tiempo del contrato, o no era tal que el arrendador debiera por los antecedentes preverlo o por su profesión conocerlo (art. 1933.2 CC).

c) Los perjuicios extrapatrimoniales

506 Durante gran parte del siglo XX, la jurisprudencia interpretaba la norma del art. 1556 del Código Civil como una norma que excluía el daño extrapatrimonial en materia de responsabilidad contractual. Se fueron haciendo algunas excepciones en contratos que implicaban obligaciones de seguridad, como el de transporte, el de trabajo o el de prestaciones médicas.

Finalmente, se observó que el hecho de que la norma del art. 1556 sólo mencionara el daño emergente y el lucro cesante (que son partidas de perjuicios patrimoniales) no podía llevar a excluir sin más el daño moral en el incumplimiento de contratos.

Es claro que la molestia, disgusto o mal rato del incumplimiento no son daños que superen el umbral de tolerancia, porque no son significativos. Pero otros tipos de perjuicios extrapatrimoniales como la cancelación de un viaje de bodas o luna de miel, el servicio defectuoso de provisión de una cena de alto relieve, la pérdida de fotografías de especial importancia para la persona que las manda a revelar, etc., son daños de carácter moral que autorizan la indemnización.

En todo caso, debe tratarse de daños morales que sean previsibles a la época del contrato. Por ello si alguien manda a un lavaseco una prenda por la cual tiene un aprecio afectivo y no lo declara, y la prenda resulta deteriorada, al no ser previsible para la empresa ese perjuicio no será indemnizable.

Últimamente la jurisprudencia ha ido reconociendo el daño extrapatrimonial de las personas jurídicas, incluyendo a aquellas que tienen fines de lucro como las sociedades. Se habla de lesión al crédito o a la reputación comercial de la empresa. A nuestro juicio, no se trata de un daño extrapatrimonial (que sólo podría proceder respecto de personas jurídicas sin fines de lucro) por lo que habría que probar que ese desprestigio causó una pérdida de clientela o de ventas de la empresa, traduciéndose en un daño emergente o en un lucro cesante.

d) Requisitos comunes de los perjuicios

507 Los perjuicios deben ser directos, en el sentido de ser una consecuencia inmediata o directa del incumplimiento. Si se trata de perjuicios indirectos, es decir, si no son consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, no se cumple el requisito de la relación de causalidad.

Además, si se trata de incumplimiento culposo sólo se deberán los perjuicios que se previeron o pudieron preverse a la época de celebración del contrato. Si el deudor incumplió con dolo se indemnizarán también los perjuicios imprevisibles a la época del contrato siempre que sean una consecuencia directa o inmediata del incumplimiento (art. 1558.1 CC).

Los perjuicios deben ser ciertos y no eventuales. Puede tratarse de daños futuros pero siempre que haya certeza de su acaecimiento.

e) Modificación de los perjuicios por acuerdo de las partes

508 Sin duda, el Código parece aceptar que las partes determinen qué perjuicios se indemnizarán, ya que se dispone que "Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas" (art. 1558.3 CC). Se podrá así pactar que la mora por caso fortuito sea indemnizable, o que el deudor culposo responda por los perjuicios imprevisibles a la época del contrato.

Más dudoso es que se pacte que se indemnizarán los perjuicios indirectos, ya que la relación de causalidad es un requisito constitutivo de la indemnización de perjuicios. Si se llegara a pactar, ello podría funcionar como una convención que amplía los perjuicios indemnizables, pero prescindiendo del requisito de la causalidad.

No cabe pactar que el deudor doloso sólo responde de los perjuicios previsibles, ya que la condonación, aunque sea parcial, del dolo adolece de objeto ilícito.

f) Prueba de los perjuicios

509 La carga de la prueba de la existencia y la cuantía de los perjuicios recae en el acreedor. Para ello procederán los medios de prueba que se reconocen en un juicio civil, ya sea ordinario o sumario.

La prueba de los perjuicios extrapatrimoniales es más compleja, pero no debe descuidarse, ya que está claramente afirmada la tendencia en doctrina —no así en jurisprudencia— de que el daño moral debe ser probado. Procederán la prueba testimonial, la pericial y, siempre que estén debidamente fundadas, las presunciones judiciales.

Muchas veces los abogados no prueban el daño emergente ni el lucro cesante y prefieren alegar daño moral pidiendo cifras de dinero realmente excesivas, por cierto añadiendo la fórmula tradicional de "o lo que Su Señoría determine según su entender" para evitar que se alegue luego *ultra petita*.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BUTRÓN FIRPO, Roberto, "La indemnización del daño moral en nuestra legislación", en *RDJ*, t. 17, Derecho, pp. 27-32 y 33-51; CHADWICK VALDÉS, Tomás, "De la naturaleza jurídica del dolo", en *RDJ*, t. 35, Derecho, pp. 141 — 172 y en t. 36, Derecho, pp. 5-32 y 33-64, 65-96, 97-107; VALDIVIESO VALDÉS, Emilio, "Responsabilidad de los Ferrocarriles del Estado por la carga que reciben", en *RDJ*, t. 8, Derecho, pp. 220-224; BECQUÉ, EMILIO, "De la responsabilidad por el hecho de otro en materia contractual", en *RDJ*, t. 12, Derecho, pp. 26-32; 33-48; 73-96 y 97-105; ESMEIN, PAUL, "De las cláusulas de irresponsabilidad", en *RDJ*, t. 24, Derecho, pp. 47-66; MAZEAUD, HENRI, "Responsabilidad delictual y responsabilidad contractual", en *RDJ* t. 27, Derecho, pp. 1-36 y 37-74; LOEWENWARTER, V., "Responsabilidad limitada e ilimitada", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 13, 1935, pp. 513-528; FUENZALIDA PUELMA, Sergio, "Los terceros en la responsabilidad contractual", en *RDJ*, t. 57, Derecho, pp. 104-117; DUCCI CLARO, Carlos, "La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual", en *RDJ*, t. 81, Derecho, pp. 1-8; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho* 24, 1, 1997, pp. 151-177; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La responsabilidad objetiva por custodia en el Derecho romano y en el Derecho moderno con una referencia especial a la regla *periculum est emptoris*", en *Revista Chilena de Derecho* 24, 1997, 1, pp. 179-199, DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, "Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español", en *Revista Chilena de Derecho* Privado, 4, 2005, pp. 33-80; PIZARRO WILSON, Carlos, "Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual", en A. Guzmán (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 395-402; JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, "Los principios del Derecho Europeo de Contratos y el incumplimiento esencial. Síntesis comparativa con el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 16, 2009, pp. 193-219; LÓPEZ DÍAZ, Patricia, "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio

autónomo en el Derecho civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 15, 2010, pp. 65- 113; WAHL SILVA, Jorge, "El dolo en el incumplimiento contractual. El incumplimiento deliberado ante la jurisprudencia", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 617-623; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Incumplimiento contractual y obligaciones de garantía", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 595-602; PIZARRO WILSON, Carlos, "Diligencia, incumplimiento y exoneración de responsabilidad. Comentario a Sentencia Corte Suprema N° de ingreso 1.771-2007", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 587-593; URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, "El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil", en *Revista Chilena de Derecho* Privado*,* 17, 2011, pp. 27-69; PIZARRO WILSON, Carlos, "El control de las cláusulas exclusivas y limitativas de responsabilidad. Algunas pistas para su régimen legal", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 557-566; PIZARRO WILSON, Carlos, "Responsabilidad contractual por el hecho de otro", en *GJ* 375, 2011, pp. 75-80; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 185, 1989, pp. 107-139; DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo, "Responsabilidad contractual", en *Revista Chilena de Derecho* 16, 1989, 3, pp. 619-634; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 188, 1990, pp. 125-168; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, "Los daños patrimoniales que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato", en *Revista Chilena de Derecho* 34, 2007, 1, pp. 7-22; BANFI DEL RÍO, Cristián, "Reflexiones acerca del daño puramente patrimonial", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 685 -703; PIZARRO WILSON, Carlos, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 31, 2008, pp. 255-265; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "Algunas consideraciones sobre el retraso en el cumplimiento de las obligaciones: su configuración y eficacia", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 369-384; LÓPEZ DÍAZ, Patricia, "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el Derecho civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 15, 2010, pp. 65-113; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "Procedencia de la indemnización de los daños incidentales por incumplimiento culpable de contrato", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 781-794; BANFI DEL RÍO, Cristián, "Reflexiones acerca del daño puramente patrimonial", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 685-703; GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, "Las cláusulas limitativas, agravantes o exonerativas de responsabilidad en materia

contractual. Validez y límites", en G. Figueroa, E. Barros, y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 543-555 y en *Revista Chilena de Derecho* 38, 2011, 1, pp. 89-100; AEDO BARRENA, Cristián, "La función de la culpa en el sistema de la responsabilidad civil: Una lectura desde el Derecho romano es posible", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 777-795; AEDO BARRENA, Cristián, "El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial", en *Revista Chilena de Derecho* 41, 2014, 2, pp. 705-728; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "La culpa del deudor y la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 543-559; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Una mirada desde el derecho contractual", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 641-661 y en A. Morales, I. de la Maza, A.Vidal (Coords.), *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 337-363; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Mora y obligaciones ilíquidas", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 281-285; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, "La previsibilidad como límite al resarcimiento del daño por incumplimiento contractual", en S. Turner, y J. Varas (edits.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 649-668; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el 'Código Civil'", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 43, 2014, pp. 77-116; SUBERCASEUX SOUSA, Germán, "Algunas consideraciones acerca del dolo como agravante de la responsabilidad contractual", en *GJ* 406, 2014, pp. 7-14; RÍOS LABBÉ, Sebastián, "La voluntad de las partes en las cláusulas limitativas y exoneratorias de responsabilidad", en S. Turner y J. Varas (edits.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 637-648; RUTHERFORD PARENTTI, Romy, "La reparacion del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española", en *Revista Chilena de Derecho* Privado 40, 2013, pp. 209-26; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Criterios para la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Una mirada desde el derecho contractual", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 641-661 y en A. Morales, I. de la Maza, A. Vidal (coords.), *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 337-363; PRADO LÓPEZ, Pamela, "El dolo incidental: ¿una manifestación de dolo contractual?", en A. Vidal, G. Severin, C. Meji´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 725-737; PIZARRO WILSON, Carlos, "El hecho del acreedor en la responsabilidad contractual", en A. Vidal, G. Severin, C. Meji´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 623-631; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, "Análisis preliminar de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre daños morales en

causas por incumplimientos contractuales civiles de los años 2002 a 2007", en *Revista Chilena de Derecho* 37, 2010, 1, pp. 163-170; RABAT CELIS, Fernando José, "Algunas notas acerca de la culpa como elemento subjetivo de la responsabilidad civil contractual", en *Revista de Derecho* (Universidad del Desarrollo), 35, 2016, pp. 183-211; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "La responsabilidad contractual por terceros. Una explicación a partir de la asunción de riesgos en el contrato", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 493-509; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "Exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación: la delimitación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación", en A. Guzmán (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 479-501; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato", en *Revista de Derecho (P. Universidad Católica de Valparaíso)* 33, 2009, pp. 39-102; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "El caso fortuito: concepto y función límite de la responsabilidad contractual", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 7, 2011, pp. 47-82; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "La irresistibilidad en el caso fortuito y el deber de actuación del deudor como condición para su exoneración", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 737-749; SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, "El 'deber de aviso' ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile'?", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 547-560; GONZÁLEZ CAZORLA, Fabián, "Imputación objetiva de los daños por incumplimiento contractual", en *Revista Chilena de Derecho* 46, 2019, 3, pp. 971-986; PRADO LÓPEZ, Pamela, "La pretensión indemnizatoria por vicios de la voluntad: entre el error y el dolo", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 773-785; PRADO LÓPEZ, Pamela, "El dolo causal: su repercusión en el contrato", en *Ius et Praxis* 22, 2016, 2, pp. 425-456; ULLOA VALENZUELA, Pablo, "Una mirada por parte de la Corte Suprema al artículo 1558 inciso 1º del Código Civil", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 27, 2020, p. 18; BANFI DEL RÍO, Cristián, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual*, LexisNexis, Santiago, 2003; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2018; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad contractual*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010; CAMPOS MICIN, Sebastián, *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de los contratos*, DER, Santiago, 2020; AWAD SIRHAN, Álvaro, *La culpa grave en el derecho chileno*, Ediciones UC, Santiago, 2022.

IV. Determinación de la indemnización y avaluación de los perjuicios

1. Nociones generales

510 La determinación de la indemnización y la cuantificación de los daños debe determinarse en un juicio ordinario. De esta manera, la regla general es la determinación judicial.

La doctrina chilena suele agregar una determinación legal y una determinación convencional. La legal se aplicaría a las obligaciones dinerarias y se traduciría en intereses moratorios. La convencional se reflejaría en la llamada cláusula penal, pero nos parece que se trata más bien de una cláusula de avaluacion o liquidación anticipada de perjuicios.

2. La ley como elemento que determina los perjuicios

a) Supuestos de avaluación legal

511 La ley determina los perjuicios que se deben tratándose de una obligación de pagar una suma de dinero y tratándose de perjuicios moratorios: "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes" (art. 1559 CC).

Es lógico que sea así ya que tratándose de obligaciones dinerarias no existe indemnización compensatoria, aunque podrían darse casos de lucro cesante. El perjuicio fundamental es el de la mora, y la ley entiende que el interés de uso será el que reemplace ese valor.

Hacemos ver que, a nuestro juicio, la reajustabilidad o valoración del dinero debido es un elemento de la naturaleza de la obligación de dinero.

b) ¿Se requiere mora para que se devenguen intereses?

512 La duda surge del Nº 2 del art. 1559 del Código, ya que señala que el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; "basta el hecho del retardo". Esta regla ha llevado algunos a conjeturar que no es necesario constituir en mora al deudor de una obligación de dinero y que bastaría el hecho del retardo.

Pero es evidente que aquí se está hablando de un retardo constitutivo de mora, como lo deja claro el comienzo de la norma: si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios "por la mora" está sujeta a las reglas siguientes (art. 1559 CC).

No obstante, para el deudor de operaciones de crédito de dinero sólo se habla de retardo y no de mora (art. 16.1 LOCD); aunque como estas operaciones suelen estar sujetas a plazo no parece que haya diferencia, ya que se aplicará la interpelación del plazo estipulado (art. 1551.1º CC).

c) Reglas que determinan la indemnización moratoria

513 El Código determina que después de la mora del deudor de una obligación de dinero "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" (art. 1559.1º). No obstante, la ley Nº 18.010 determinó que cuando las leyes u otras disposiciones se refieran a interés legal debe aplicarse el interés corriente (art. 19 LOCD), es decir, el interés promedio ponderado que cobren las entidades financieras por operaciones en el país durante el mes anterior y que es fijado por la Comisión para el Mercado Financiero y se publica en la página web de ésta y en el Diario Oficial.

De esta manera, la regla es que se deben los intereses pactados, ya sea para el crédito o para su mora, siempre que se haya pactado un interés superior al interés corriente. Si el interés pactado es inferior al interés corriente, funcionará como interés moratorio el corriente.

Para las operaciones de crédito de dinero se dispone que si el deudor retarda el pago deberá intereses corrientes desde la fecha del retardo, y a las tasas que correspondan según el período de retardo, salvo estipulación en contrario o que se haya pactado legalmente un interés superior (art. 16.1 LOCD). Por reforma de la ley Nº 21.314, de 2021, se añadió un inciso a la norma citada por la cual se dispuso que este interés moratorio no podrá aplicarse conjunta ni adicionalmente, sobre un mismo monto, con ningún otro interés y que este interés sólo podrá cobrarse sobre aquella parte del capital que se encuentre efectivamente vencida y no podrá ser capitalizada para el cálculo de intereses de ningún tipo (art. 16.2 LOCD).

Como se ve, las reglas coinciden en que se debe el interés pactado y si este fuere inferior o no se hubiere pactado se deben intereses corrientes. Si se ha pactado un interés moratorio superior al máximo convencional este pacto se tendrá por no escrito y se aplicará el interés corriente (art. 8 LOCD).

d) ¿Deben probarse los perjuicios?

514 El Código señala claramente que "El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo" (art. 1559.2º CC).

Esta norma ha dado pie para que se discuta si el acreedor puede probar perjuicios adicionales por el hecho de la mora, y en general la respuesta es positiva, pero esto sucederá muy pocas veces porque normalmente el acreedor se contentará con los intereses pactados o en su defecto los corrrientes.

e) Intereses atrasados ¿se capitalizan? El anatocismo

515 El Código Civil dispone tratándose de intereses moratorios que "Los intereses atrasados no producen interés" (art. 1559.3º CC). Se agrega que "La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas" (art. 1559.4º CC).

Es decir, parece prohibirse la capitalización de intereses de modo que esos intereses produzcan nuevos intereses. De esta manera, la doctrina nacional sostiene que las rentas, cánones y pensiones atrasadas no producen intereses, salvo que así se haya pactado.

De este modo, parece prohibirse que el interés moratorio produzca otros intereses. Es dudoso si las partes podrían pactarlo justamente para el interés moratorio. Los intereses de uso pueden capitalizarse según lo dispuesto por el art. 9 de la ley Nº 18.010, de 1981, con ciertas limitaciones. No obstante, si se trata de un crédito regido por la Ley de Protección a los Derechos del Consumidor se debe tener en cuenta la norma que establece que "Los intereses se aplicarán solamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido..." (art. 37 LPDC). Pareciera que la regla se extiende a los intereses moratorios, por lo que parece excluirse la posibilidad de pacto en contrario.

3. Determinación judicial

a) La acción para pedir perjuicios

516 La pretensión indemnizatoria se traduce en una acción para demandarla. Su contenido es ilíquido y por tanto debe acreditarse que existen perjuicios y cuál sería su monto o cuantía. Normalmente, la indemnización será en dinero porque es raro que un acreedor pida una reparación en especie o cuerpo cierto (*in natura*).

La legitimación activa corresponderá al o los acreedores en la medida en que hayan sufrido los perjuicios. Más compleja es la legitimación pasiva: si hay un solo deudor es obvio que la demanda se interpondrá en su contra. El problema que produce dificultades es la pluralidad de deudores. Si se trata de obligaciones solidarias, como hemos visto, si se pierde la cosa la solidaridad subsiste sobre su valor, mientras que la indemnización de los perjuicios recae sólo en el deudor que ha incurrido en mora o culpa (art. 1521 CC). En tal caso, se demandará a todos los deudores solidarios por el precio de la cosa destruida y al moroso o culpable por el monto de los demás perjuicios.

Tratándose de obligaciones simplemente conjuntas nos parece que se debe aplicar la indivisibilidad de pago que establece el art. 1526 Nº 3º, de manera que puede perseguirse el total de los perjuicios respecto de todos o de uno solo de los deudores. No nos parece que se aplique aquí el inciso segundo del art. 2317 ya que exige dolo y claramente está pensado para la responsabilidad por delito o cuasidelito civil.

No obstante, si la obligación es indivisible tenemos una regla especial: si hay varios deudores que han incumplido la obligación, la indemnización se divide entre los deudores respondiendo cada uno en la parte que le quepa (art. 1533.1 CC).

La prescripción de esta acción se rige por las reglas generales, ya que se tratará de una acción ordinaria y se aplicará el art. 2515, es decir, cinco años desde que la obligación se hizo exigible (esto es, desde el incumplimiento).

Si la indemnización se pide como anexa a otra acción principal, por ejemplo, la de resolución, el plazo será el mismo y también se contará desde el incumplimiento. Lo mismo debe señalarse para la indemnización de los perjuicios en caso de vicios redhibitorios que seguirá la prescripción de la acción redhibitoria o la de rebaja del precio (arts. 1861 y 1867 CC).

b) Procedimiento

517 La regla general de determinación de los perjuicios es la que dispone su apreciación por un juez en un procedimiento judicial. Normalmente será un juicio ordinario ante el juez civil que puede ser únicamente para cobrar perjuicios o en concurrencia con otras acciones como la de resolución de un contrato o de cumplimiento forzado del contrato, de evicción o de vicios ocultos, etc. La razón de esto es que la pretensión indemnizatoria no es líquida ni liquidable y está sujeta a la prueba que se rinda sobre los perjuicios.

Si la indemnización está determinada por la ley, como sucede con los intereses moratorios, no habrá problemas para interponer una acción ejecutiva, ya que los perjuicios estarán liquidados o serán liquidables, siempre que la obligación de dinero conste en un título ejecutivo.

c) Reserva para la fijación de la cuantía de los perjuicios

518 El Código de Procedimiento Civil da la atribución al juez para reservar la fijación de la cuantía de los perjuicios. Se dispone que "en el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso" (art. 173.2 CPC).

Esto normalmente no se decretará de oficio y será necesario pedir esa reserva por el demandante. No obstante, hay que tener cuidado de probar que se han producido perjuicios, porque ese es un requisito de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual, y reservar únicamente la labor de cuantificar y traducir en una indemnización en dinero ya sea para la ejecución del fallo o para un juicio diverso.

Si se presenta prueba de perjuicios y de su cuantía el juez puede entender que la parte ha renunciado a la reserva.

Durante mucho tiempo, se estimó que esta era una facultad aplicable sólo a la responsabilidad contractual, excluyéndosela de la responsabilidad extracontractual. Pero la verdad es que no vemos razón para restringir la aplicación dados los términos generales de la norma y de su ubicación en el título XII (De las resoluciones judiciales) del libro I (Disposiciones comunes a todo procedimiento) del Código de Procedimiento Civil.

4. Determinación convencional. Cláusula penal

a) Cláusula de liquidación anticipada de daños vs. cláusula penal

519 En la doctrina chilena, se suele confundir la cláusula penal que en estricto rigor es una caución, con el pacto de liquidación anticipada de daños, que existe sin mayores problemas en los sistemas de *Common Law*, ya que las *penalty clause* son declaradas ilícitas en ese contexto. Sólo se admiten las *liquidated damages clauses.*

La diferencia principal es que las *liquidated damages clauses* contemplan una indemnización que es razonable para daños que eran previsibles del incumplimiento en tiempo del contrato, mientras que las *penalty clauses* contemplan un monto de indemnización extravagante y desproporcionado, lo que produce una coacción del deudor o una sanción punitiva al incumplimiento.

b) Recepción de las cláusulas de avaluación anticipada de perjuicios

520 Nos parece que dada la internacionalización del derecho contractual chileno es posible adaptar las llamadas cláusulas de avaluación anticipada de perjuicios, como figuras diversas de las multas contractuales o cláusulas penales.

La autonomía privada permitiría que ante un incumplimiento las partes puedan prever un monto que debe pagarse a título de indemnización de perjuicios, lo que ahorraría el litigio de tener que probar esos perjuicios, en la medida en que esa fijación no sea superior a una razonable estimación de los perjuicios que probablemente se causarían por el incumplimiento. Si es superior estaremos ante una cláusula penal que tiene su régimen propio.

La configuración de este tipo de cláusulas puede permitir, por ejemplo, probar que en realidad no hubo perjuicios. También obligará al acreedor a sujetarse a esa previsión no pudiendo demandar perjuicios más altos que aquellos previstos.

c) La cláusula penal

521 Es efectivo que en la práctica el contrato penal, conocido como cláusula penal, es utilizado para determinar los perjuicios de manera convencional, pero dogmáticamente el contrato penal no tiene esa función principal. Su función esencial es la de constituir una caución o garantía del cumplimiento, aunque a veces también adopta la función de una pena privada.

La estudiaremos cuando tratemos de las garantías o cauciones de las obligaciones.[44]

Capítulo cuarto - Lesión del crédito por el acreedor y por un tercero

I. Lesión del crédito por parte del acreedor

1. Incumplimiento de las cargas

522 El acreedor puede estar sometido a cargas de información. Así, por ejemplo, el viajero en el contrato de alojamiento "si trajere consigo efectos de gran valor, de los

[44] Véase Nº 669-704.

que no entran ordinariamente en el equipaje de personas de su clase, deberá hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si lo exigiere, para que se emplee especial cuidado en su custodia; y de no hacerlo así, podrá el juez desechar en esta parte la demanda" (art. 2245 CC).

Lo mismo sucede si el incumplimiento del deudor se debe a que el acreedor se niega a cumplir con las cargas de cooperación. Esto se aplica especialmente en las obligaciones de hacer, por ejemplo, tratándose de contratos de construcción: si el dueño de la obra no proporciona el terreno donde debe construirse, el incumplimiento de esa carga impedirá al acreedor exigir el cumplimiento del contrato.

2. Culpa del acreedor

523 Si el incumplimiento se debe a dolo o culpa del mismo acreedor, es claro que no podrá reclamar perjuicios por el incumplimiento. Así sucede en el contrato de hospedaje en que si el hecho fuere, de algún modo, imputable a negligencia del alojado, será absuelto el posadero (art. 2246 CC).

Lo mismo si la imposibilidad de la prestación ha sido causada por el acreedor, como si el depositante (acreedor) destruye la cosa dada en depósito o en comodato. Igualmente, si quien encarga la obra proporciona una materia con vicios salvo que el artífice haya podido conocerlos o que conociéndolos no dio aviso (art. 2000.3.3º CC).

En estos casos, el deudor no responde por el incumplimiento y en ocasiones si hay caso fortuito o fuerza mayor se extinguirá su obligación.

Si hay concurrencia de culpas, es decir, tanto del deudor como del acreedor, podría aplicarse por analogía la regla sobre compensación de culpas prevista en materia de responsabilidad extracontractual, y el juez podría reducir la indemnización que debe pagar el deudor (art. 2330 CC).

3. Mora del acreedor

a) Concepto

524 Se define la mora del acreedor (*mora credendi*) como la renuencia a recibir la prestación sin tener razones justificadas para la negativa. Por ello no se trata de una mora imputable a dolo o culpa, basta que no existan razones para la demora en recibir la prestación.

La mora del acreedor no exige más que el retardo injustificado, y no requiere de interpelación o demanda del deudor.

b) Regulación

525 Nuestro Código Civil, al igual que sus contemporáneos no regula de un modo orgánico esta institución, aunque sí aluden a ella algunos artículos. Es lo que sucede

con el art. 1604 que hace soportar al acreedor los gastos del pago por consignación. Pero los preceptos que más directamente se refieren a la mora del acreedor son los arts. 1548, 1680 y 1827 del Código Civil.

El primer precepto señala que la obligación de dar una especie o cuerpo cierto contiene la de entregar y conservar dicha especie "so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir" (art. 1548 CC). Esta norma hay que complementarla con la disposición que señala 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" (art. 1680 CC). Finalmente, tratándose de la compraventa se agrega la obligación del acreedor de la cosa de pagar los costos de almacenaje y otros: "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..." (art. 1827 CC), y luego se reitera el criterio anterior en el sentido de que el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave (art. 1827 CC).

c) Requisitos

526 Para que el acreedor se constituya en mora, el deudor debe iniciar el acto de cumplimiento, pero se encuentra con que el acreedor no coopera o no concurre al cumplimiento que, siendo ajustado a la obligación y oportuno, de modo que la negativa del acreedor se vea como injustificada.

Si ya anticipadamente el acreedor notificó al deudor de que no recibiría la prestación, entonces estará en mora desde ese momento.

No es necesario que la mora se deba a culpa o dolo del acreedor ni tampoco que exista interpelación o requerimiento por parte del deudor.

Se ha discutido desde cuándo el acreedor se encuentra en mora. Algunos sostienen que desde que se hace la oferta del pago por consignación. Pero la opinión mayoritaria es que basta que el deudor ofrezca el pago para que el acreedor se encuentre en mora de recibir. El art. 1680, hablando de obligación de dar una cosa, señala que "después que ha sido ofrecida al acreedor" este estará en mora. Pero es al deudor a quien corresponde la carga de la prueba de que hizo lo posible para cumplir y que, a pesar de ello, el acreedor se negó a aceptar el pago.

Si hay incertidumbre o ausencia del acreedor, éste se encontrará en mora desde la fecha de la oferta del pago por consignación ante el tesorero comunal (art. 1602 CC).

d) Efectos

527 La mora del acreedor no excusa al deudor de cumplir; lo que deberá hacerse, por la negativa del acreedor a recibir, mediante el procedimiento del pago por consignación[45].

Deben abonarse al deudor los gastos que le ha generado la negativa del acreedor a recibir la prestación, tal como se señala para la mora del comprador a recibir la cosa vendida (art. 1827 CC).

Además, el deudor se exonera de indemnizar los perjuicios por los deterioros de la cosa debida salvo que se deriven de dolo o culpa grave (arts. 1680 y 1827 CC), es decir, se reduce el nivel de responsabilidad del deudor. No obstante, si se trata del deber de conservar la cosa con posterioridad a la mora del acreedor que debe recibirla, se dispone que ello es "so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir" (art. 1548 CC). Pareciera que aquí no se pagan perjuicios ni aun si se han debido a dolo o culpa lata, pero esto no nos parece razonable al menos respecto del dolo, porque sería legitimar un comportamiento fraudulento.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: DUCCI CLARO, Carlos, "La culpa del acreedor en la responsabilidad contractual", en *RDJ*, t. 81, Derecho, pp. 1-8; PRADO LÓPEZ, Pamela, "La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) 29, 2, 2016, pp. 59-83; PIZARRO WILSON, Carlos, "El hecho del acreedor en la responsabilidad contractual", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 623-631; VIDAL OLIVARES, Álvaro, "La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento", en A. Guzmán (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 429-457; PRADO LÓPEZ, Pamela, *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

II. LESIÓN DEL CRÉDITO POR PARTE DE TERCERO

1. Por hecho exclusivo del tercero

528 Estamos ante el caso de que un tercero obstaculiza el cumplimiento, como por ejemplo si bloquea el camino por el cual deben transitar las mercaderías para llegar a su destino o si secuestra al deudor para que no pueda cumplir la obligación o si destruye o hurta la cosa con la que debe cumplirse.

En general, y salvo que el tercero sea un dependiente del deudor (art. 1679 CC), la conducta del tercero que imposibilita el cumplimiento debe calificarse de caso fortuito, pero "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" (art. 1677 CC). Es la institución que se conoce como *commodum repraesentationis*.

[45] Véase Nº 314-334.

Para ser caso fortuito el hecho del tercero debe cumplir con las exigencias de imprevisibilidad, irresistibilidad y ajenidad. Pero si no es caso fortuito o aunque lo sea, la pregunta es si puede el acreedor demandar al tercero por los perjuicios invocando la responsabilidad extracontractual. El deudor si ha sufrido daño por la conducta del tercero evidentemente puede demandar su reparación por el tercero, pero ¿puede hacerlo el acreedor?

Una primera dificultad para admitir esta acción es el principio del efecto relativo de la obligación, de manera que los terceros no están obligados por ella. No obstante, la doctrina más moderna ha señalado que en estos casos se trata de un derecho personal que debe ser respetado por los terceros. La infracción de este deber de respeto es lo que produciría la responsabilidad y el deber de reparar.

No obstante, una vez establecida esta responsabilidad quedan por aclarar dos cuestiones. Primero el nexo de causalidad; en muchos de estos casos los daños sufridos por el acreedor son daños indirectos, es decir, que no son efectos del hecho ilícito del tercero, incluso si se aplican los criterios normativos de la causa.

En segundo término, debe considerarse el factor de imputación. La mayoría de los autores piensa que aquí debe exigirse dolo, o al menos culpa lata, ya que de lo contrario el derecho personal se transformaría en derecho real oponible a todos. El dolo debe considerarse aquí la conciencia de interferir en un contrato u obligación y no el propósito de inferir daño al derecho del acreedor.

2. Incumplimiento con complicidad entre deudor y tercero

529 Esto suele suceder cuando para incumplir una obligación el deudor se colude con un tercero y enajena simuladamente sus bienes a un tercero, o si habiendo una prohibición válida de enajenar el deudor igualmente enajena a un tercero que conoce dicha prohibición. También podría suceder con los casos en los que se incumple una promesa de compraventa para vender el bien a un oferente que ofrece un mayor precio, sabiendo éste que el bien ya estaba comprometido por ese contrato de promesa.

En estos casos, normalmente se demandará al deudor incumplidor, pero no se excluye que pueda demandarse al tercero. El problema es que el régimen de responsabilidad será diverso: ya que al deudor se le aplicará la responsabilidad por incumplimiento contractual, mientras que al tercero se le aplicará la responsabilidad extracontractual, que tiene diversas características, por ejemplo, en la carga de la prueba de la culpa o en los plazos de prescripción. Lo que sí resulta relevante es que el acreedor sólo puede ser indemnizado por el daño que ha sufrido y no más allá de ese daño.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALCALDE SILVA, Jaime, "El '*Commodum Repraesentationis*' del artículo 1677 del 'Código Civil' de Chile", en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) 31, 2008, pp. 37-161; SCHOPF OLEA, Adrián, "Responsabilidad civil por inducir el incumplimiento contractual ajeno", en S. Turner y J. Varas (edits.), *Estudios de Derecho Civil*

IX, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 669-689; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "La responsabilidad contractual por terceros. Una explicación a partir de la asunción de riesgos en el contrato", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 493-509.

Capítulo quinto - Resolución en las obligaciones sinalagmáticas

I. LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL COMO MEDIO DE TUTELA EN LAS OBLIGACIONES SINALAGMÁTICAS

530 La resolución del contrato es un mecanismo legal por el cual se permite a una de las partes dejar sin efecto un contrato que produce obligaciones recíprocas ante el incumplimiento de una de ellas. Si bien es una forma de ineficacia sobrevenida del contrato, ella puede ser concebida igualmente como uno de los instrumentos de tutela del interés del acreedor que contempla la ley civil ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales del deudor.

Desde un tiempo a esta parte, se niega que sea una verdadera condición resolutoria, a pesar de que el Código la regula dentro de las obligaciones condicionales (art. 1489 CC), y se le da la naturaleza de un medio de tutela del acreedor por el incumplimiento del deudor. Se trata de la facultad de desligarse del contrato y tenerlo por no celebrado, negándose así también a cumplir la obligación que le competía al acreedor o pidiendo la restitución de lo que hubiera dado en ejecución del contrato.

Por razones históricas, y al igual que sus contemporáneos, el Código Civil contempla la resolución contractual como el efecto de una condición resolutoria que, por ir envuelta en todo contrato bilateral, se denomina tácita (art. 1489 CC).

No obstante, no hay propia condición puesto que el incumplimiento no resuelve el contrato, sino que sólo da derecho al otro contratante pedir el cumplimiento forzado o la resolución, ambas con indemnización de perjuicios. Por eso, la resolución requiere que se demande ante el juez y que el contrato se declare resuelto por sentencia judicial ejecutoriada.

Se han ofrecido diversas teorías para explicar la razón de ser de esta excepción a la vinculatoriedad permanente del contrato. Se recuerda que en el Derecho romano la resolución por incumplimiento no existía, y que fue el derecho canónico, y más tarde el derecho común medieval el que la introdujo como un expediente para introducir una moderación de equidad al rigor de la obligatoriedad del contrato. Durante la época de la codificación, se explicaba la resolución como una especie de consecuencia de la voluntad presunta de las partes (de allí su inclusión en los códigos como una condición resolutoria implícita, presunta o tácita). Más adelante, al observarse que el argumento puede ser artificial y poco realista, se ha tratado de fundar la resolución en el principio de reciprocidad contractual y en la causa funcional. Al incumplirse el contrato se violaría la reciprocidad que exigiría todo

contrato bilateral o se produciría una falta de causa sobrevenida. Ante las debilidades de estas explicaciones, que no dan cuenta de por qué simplemente no se soluciona el problema por el expediente de otorgar la acción de cumplimiento o de por qué se admite generalmente que la resolución es renunciable incluso anticipadamente por los contratantes, se ofrecen explicaciones más vagas como la equidad o el principio del enriquecimiento sin causa.

La doctrina actual se funda, con mayor acierto a nuestro juicio, en la necesidad de proteger el interés del acreedor o contratante diligente, que muchas veces no querrá mantener el contrato y ante el incumplimiento preferirá desligarse del mismo para buscar otra forma de satisfacer su propósito económico (por ejemplo, reemplazando el contrato incumplido con otro).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CLARO SOLAR, Luis, "Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio", en *RDJ*, t. 8, Derecho, pp. 175-204; PICARD, Maurice y PRUDHOMME, André, "De la resolución judicial por inejecución de las obligaciones", en *RDJ*, t. 9, Derecho, pp. 75-106; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación", en *Actualidad Jurídica*, 8, 2003, pp. 69-93; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, "El concurso entre el error con trascendencia anulatoria y el incumplimiento resolutorio", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Universidad Diego Portales) 7, 2011, pp. 213-234; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "El rol de la buena fe en materia de resolución y de excepción de contrato no cumplido", en *GJ* 384, 2012, pp. 19-26; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, "Algunas reformas a la resolución por incumplimiento", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 231-232, 2012, pp. 7-59; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "Buena fe y resolución de contratos por incumplimiento", en L. San Martín (edit.) *La Buena Fe en la Jurisprudencia. Comentarios y Análisis de Sentencias*", Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 75-89; MEJÍAS ALONZO, Claudia, *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011.

II. REQUISITOS DE LA RESOLUCIÓN

1. Contrato bilateral

531 El art. 1489 del Código Civil es claro al disponer que la condición resolutoria tácita va envuelta en "todo contrato bilateral", esto es, en aquellos contratos en que ambas partes se obligan recíprocamente (art. 1439 CC).

Quedan excluidos, en consecuencia, los contratos unilaterales, como el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. Si bien se ha sostenido la extensión de la resolución también a estos contratos, esta opinión no ha prevalecido ni en doctrina ni en jurisprudencia.

Se ha hecho ver que, de todos modos, la cuestión no tiene mayor relevancia práctica porque en casi todos estos contratos la ley ha previsto especialmente la posibilidad de ponerles término anticipado por incumplimiento de la parte obligada.

Es lo que sucede, por ejemplo, en el comodato (art. 2177 CC) y en la prenda (art. 2396 CC). En el depósito la restitución procede a voluntad del depositante (art. 2215 CC) por lo que no se presenta el problema. Más complejo puede ser el incumplimiento en el contrato de mutuo, pero los acreedores suelen introducir una caducidad convencional del plazo en caso de incumplimiento (las llamadas cláusulas de aceleración).

No se aplicará a los contratos bilaterales a los que la ley ha negado expresamente la resolución por incumplimiento, como sucede con la renta vitalicia (art. 2271 CC). Pero sí en los que se asimilan a una compraventa, como las ventas forzadas por autoridad de la justicia.

2. El incumplimiento resolutorio

532 El art. 1489 del Código Civil dispone que procederá la resolución cuando lo pida una de las partes "para el caso de no cumplirse lo pactado".

Surge entonces la duda sobre a qué se refiere la norma con "lo pactado". Una parte importante de la doctrina, basándose en que la norma no distingue, sostiene que basta cualquier incumplimiento del contrato para demandar la resolución. Otros autores, alineándose con las tendencias unificadoras del derecho de los contratos, piensan que el incumplimiento resolutorio es más estricto que el incumplimiento que genera indemnización de perjuicios, por lo que la infracción de deberes u obligaciones secundarios o de menor entidad no daría derecho a demandar una sanción tan radical como la resolución. Se habla así de que el incumplimiento resolutorio debe ser significativo o esencial para que la resolución no sea utilizada para deshacerse de contratos molestos o meramente inconvenientes.

Por eso la jurisprudencia actual señala que cuando las normas guardan silencio el incumplimiento que autorice la resolución debe ser suficientemente grave, importante o esencial.

La confianza con la parte incumplidora puede tener incidencia en la calificación de resolutorio del incumplimiento.

3. Imputabilidad del incumplimiento y mora

533 Tradicionalmente se ha sostenido que la resolución sólo procede ante un incumplimiento imputable al deudor, y que debe estar constituido en mora.

Por ello, si el demandado se excepciona haciendo ver que el demandante tampoco ha cumplido ni se encuentra llano a cumplir su obligación recíproca, en virtud del art. 1552 CC hará improcedente la resolución porque no podrá decirse que él se encuentra en mora: su mora habrá sido purgada por la mora del demandante.

La cuestión es compleja porque permitiría dejar relaciones contractuales vigentes pero sin eficacia, en una especie de bloqueo mutuo que sólo podría

resolverse al producirse la extinción de las respectivas obligaciones por la prescripción.

Ante esta dificultad, la doctrina actual ha acertadamente distinguido el derecho del acreedor a pedir la resolución del contrato y el derecho a reclamar indemnización de perjuicios por el incumplimiento. Si bien el art. 1489 del Código menciona ambas posibilidades, ello no significa que ambas acciones exijan los mismos requisitos. La imputabilidad no es exigida para la resolución, sólo sería necesaria para la obligación de indemnizar perjuicios. Y lo propio cabe decirse respecto de la mora: sólo es necesaria para pedir los perjuicios de las obligaciones de dar o hacer, pero no para resolver el contrato, aunque lo más probable es que el deudor incumplidor estará en mora después de la notificación de la demanda de resolución.

Debe notarse, sin embargo, respecto de la imputabilidad del incumplimiento que si este se debe a fuerza mayor o caso fortuito y la obligación es de dar una especie o cuerpo cierto cuya entrega se encontraba pendiente, la resolución no será posible ya que se aplicará con preferencia el art. 1550 CC que dispone que el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba pertenece al acreedor, es decir, que, no obstante extinguirse la obligación del deudor al perecer fortuitamente la cosa debida, el acreedor debe cumplir la suya y no podría obtener su liberación por medio de la resolución del contrato.

4. Falta de renuncia

534 El derecho a pedir la resolución del contrato por incumplimiento, siendo un instrumento de tutela del interés del acreedor, es renunciable por éste. La renuncia puede hacerse con anticipación en el mismo contrato o con posterioridad al incumplimiento. El art. 1487 del Código Civil que permite al acreedor renunciar a la condición resolutoria establecida en su beneficio exclusivo, confirma esta solución.

5. Sentencia judicial

535 En el régimen chileno la resolución no se produce ni por el incumplimiento ni por la demanda, sino por la sentencia firme que declara que el contrato ha sido resuelto.

En Derecho comparado, sin embargo, este es uno de los tres modelos que puede contemplarse para proceder a la resolución contractual como medio de tutela ante el incumplimiento. Si bien legislaciones como la francesa, la italiana, la belga y la española coinciden con la alternativa de la resolución judicial, otros ordenamientos optan por el modelo de la declaración unilateral del acreedor: así el *Common Law*, el BGB alemán y el Código Civil holandés (aunque también permite al acreedor acudir a la vía judicial). Un tercer modelo es de la resolución automática o *ipso facto* que se produce por el solo hecho del incumplimiento. Este tercer modelo sólo es adoptado para casos especiales y excepcionales por algunas legislaciones como la italiana, la suiza y la alemana.

Debe señalarse que parte de la doctrina chilena actual, con buenos argumentos, sostiene que si las partes acuerdan que el contrato se resolverá *ipso facto* por el

mero incumplimiento, y no resulta aplicable el art. 1879 CC (es decir, no se trata de compraventa y del incumplimiento de la obligación de pagar el precio), la resolución se produce por el hecho de incumplirse el contrato. Si ello se controvierte, la sentencia será meramente declarativa de la extinción del contrato por la verificación de hecho previsto como condición resolutoria.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: VIDAL OLIVARES, Álvaro, "El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 347-368; UGARTE GODOY, José Joaquín, "La acción resolutoria del donante por incumplimiento del modo", en H. Corral y M. S. Rodríguez (edits.), *Estudios de Derecho Civil II,* LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 665-682; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "Procedencia de la indemnización de perjuicios en la resolución de contrato por incumplimiento recíproco", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 541-551; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "La resolución por anticipación o por incumplimiento previsible. Intento de construcción a partir de los artículos 1826 del Código Civil y 147 del Código de Comercio", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 267-280; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, "Rescisión, resolución y redhibición: ¿puede hablarse de un "cúmulo de acciones"?", en A. Zúñiga (Edit.), *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al jurista Rene Abeliuk Manasevich*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 111-120; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "El incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia nacional", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 751-762; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "El incumplimiento que faculta a resolver el contrato a la luz de las disposiciones del Código Civil", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 7, 2011, pp. 171-212; LÓPEZ DÍAZ, Patricia, "El término esencial y su incidencia en la determinación de las acciones o remedios por incumplimiento contractual del acreedor a la luz del artículo 1489 del Código Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 20, 2013, pp. 51-103; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Comentario de jurisprudencia. Acción resolutoria de contrato bilateral. Necesidad de acreditar cumplimiento de las obligaciones del actor", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 235-236, 2014, pp. 303-304; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "El plazo de gracia y el plazo adicional para el cumplimiento como límites a la facultad resolutoria", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 541-552; ALCALDE SILVA, Jaime, "El tratamiento de los incumplimientos recíprocos en el Derecho chileno", en P. Carvajal, y M. Miglietta (edits.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito,* Edizioni dell'Orso, t. 1, 2011, pp. 37-86.

III. La acción resolutoria

1. Derecho de opción

536 El art. 1489 del Código Civil dispone en forma clara que "podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato...".

Se trata por lo tanto de un derecho potestativo o de configuración jurídica. La elección corresponde al contratante que alega el incumplimiento del otro. Esta opción no está sujeta al control del abuso del derecho. Que se trata de un derecho absoluto lo pone de manifiesto la expresión "a su arbitrio" con la que califica la elección la norma señalada.

Siendo acciones incompatibles no puede el demandante interponerlas conjuntamente, a menos que lo haga en forma subsidiaria, conforme a lo previsto en el art. 17 del Código de Procedimiento Civil.

Si la cosa objeto del contrato ha sido enajenada o gravada en favor de un tercero, el demandante puede interponer la acción real correspondiente (normalmente la reivindicatoria) en contra del tercero en el mismo proceso, haciendo uso de la posibilidad que le ofrece el art. 18 del Código de Procedimiento Civil. Esta acumulación es conveniente no sólo por economía procesal, sino también para que el tercero participe en el mismo proceso resolutorio y tenga la posibilidad de intervenir en él y ser afectado por la sentencia que falle todas las acciones.

2. Posibilidad de variar la acción interpuesta

537 Existe consenso en que la interposición de una de las acciones: de cumplimiento o resolución, conforme a la opción que le concede el art. 1489 del Código Civil al acreedor, no implica la renuncia de la otra.

Por ello, mientras no haya sentencia que declara la resolución el demandante puede desistirse de la acción resolutoria y pedir el cumplimiento forzado. Y a la inversa es posible que abandone la acción de cumplimiento e interponga una demanda pidiendo la resolución.

3. Posibilidad de reclamar separadamente la indemnización de perjuicios

538 El art. 1489 del Código Civil dispone que el otro contratante puede pedir el cumplimiento o la resolución, "con indemnización de perjuicios". La indemnización puede ser reclamada, tanto si se pide el cumplimiento como si se ejerce la acción resolutoria. Pero será necesario solicitarla expresamente, ya que no se entiende que el incumplimiento haya necesariamente causado perjuicios al acreedor.

La reclamación de perjuicios debe hacerse conjuntamente con la acción resolutoria. No cabría que, después de pronunciada la sentencia de resolución, se abriera un segundo proceso para demandar los perjuicios producidos por el incumplimiento resolutorio. Es posible sí que el demandante que interpone la acción resolutoria ejerza la opción de reservarse la determinación de los perjuicios para la

fase de ejecución de la sentencia, conforme a lo previsto en el art. 173 del Código de Procedimiento Civil.

Otra cuestión es si puede pedirse la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de una obligación emanada de un contrato bilateral, sin que se ejerza la acción resolutoria (ni la de cumplimiento forzado). Algunos han sostenido que ello no es posible, porque en este caso en virtud del art. 1489 la indemnización debe ser solicitada como accesoria a la resolución (o cumplimiento). Según otra opinión, ello es así pero únicamente para las obligaciones de dar, ya que respecto de las obligaciones de hacer y no hacer se permite que el acreedor elija por si mismo la indemnización de perjuicios (arts. 1553 y 1555 CC).

A nuestro juicio, esto último también es aplicable a las obligaciones de dar, ya que el art. 1672 CC dispone que si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, éste es obligado "al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor".

Pero debe advertirse que en todos estos casos si el acreedor opta por pedir únicamente la indemnización de perjuicios por el incumplimiento y no ejerce la acción resolutoria, el contrato subsiste y por tanto queda obligado a cumplir su propia obligación en favor del deudor incumplidor, con la excepción de que el contrato no pueda subsistir porque ya ha terminado su ejecución.

De todas maneras esta opción puede ser interesante para el contratante diligente cuando el incumplimiento sea poco significativo y no sea seguro que invocándolo podrá obtener la resolución, o cuando el contrato sea de larga duración y le interese mantener su vigencia, a pesar del incumplimiento puntual de su contraparte (contrato de arrendamiento, suministro, franquicia, concesión de obra o servicio público, etc.).

4. Formas de pedir la resolución: demanda, excepción, reconvención

539 La resolución, en principio, debe ser reclamada como acción y se procederá a través de una demanda. Pero es posible que sea el contratante incumplidor el que inicie el juicio, ya sea pidiendo la nulidad del contrato, su cumplimiento o resolución alegando un incumplimiento de la otra parte. En este caso, surge la duda de cómo puede invocar la resolución el demandado, si como excepción o como acción mediante una reconvención. Pensamos que si lo único que se pide es la liberación de la propia obligación, puede interponerse la resolución como excepción: se invoca una causa de extinción de la obligación. Pero si se pretende pedir restituciones o indemnización de perjuicios, no será suficiente la excepción y el demandado deberá alegar la resolución mediante reconvención.

5. Pluralidad de partes

540 Si son varios los legitimados para interponer la acción o varios los posibles demandados, lo que puede proceder por tratarse de un contrato compuesto de varias partes o de varias personas por parte, o por que se ha producido una sucesión en beneficio de una pluralidad de herederos, se plantea el problema de si puede dividirse la acción resolutoria, de modo que algunos de ellos demanden o

sean demandados de resolución mientras los otros lo hagan o lo sean de cumplimiento.

A falta de una norma expresa como la contemplada respecto de la acción de nulidad (art. 1690 CC), la doctrina se ha uniformado en afirmar la indivisibilidad de la acción. De esta manera, si son varios los legitimados activos deberán concertarse para elegir de consuno una de las acciones. Si hay pluralidad de demandados la acción debe ser la misma para todos ellos. El fundamento, más que en los de la presencia de una obligación indivisible (asimilable al caso del art. 1526 Nº 6 CC), se encuentra en la integridad del contrato que no admite que se le modifique por una resolución meramente parcial[46].

6. Procedimiento aplicable

541 El procedimiento que se aplica al proceso de resolución es el juicio ordinario, aunque el contrato conste de un título ejecutivo. La razón es que el juicio ejecutivo tiene por finalidad la ejecución o cumplimiento de una obligación y no la declaración de su extinción.

La resolución puede ser materia también de un juicio arbitral si así se ha convenido en el contrato o lo acuerdan posteriormente las partes.

7. Carga de la prueba

542 De acuerdo con el art. 1698 del Código Civil la parte que alega la extinción de una obligación tiene la carga de probarla. En principio, en consecuencia, la carga de la prueba de los requisitos de la resolución recae sobre el demandante. Pero esta regla debe matizarse, en relación con los requisitos del incumplimiento y de su imputabilidad (si es que se considera exigible).

En efecto, no puede recaer sobre el contratante diligente la carga de probar un hecho negativo como que el deudor no ha cumplido su obligación. Le bastará probar la existencia de la obligación e invocar que ella no ha sido cumplida. Será el demandado quien tenga la carga de la prueba del cumplimiento o de que el incumplimiento no ha sido relevante como para decretar la resolución del contrato.

Si se estima que la imputabilidad del incumplimiento se debe a dolo o culpa del deudor, tampoco deberá gravarse al demandante con la carga de probar este presupuesto de la acción. Conforme al art. 1547 CC es al deudor a quien corresponde acreditar la diligencia y probar el caso fortuito.

Sólo si el demandante pretende probar que el deudor incumplió dolosamente, para ampliar su pretensión indemnizatoria conforme al art. 1558 del Código Civil y reclamar incluso los perjuicios imprevisibles, deberá probar el dolo, ya que éste no se presume (art. 1459 CC).

[46] PEÑAILILLO, D., *Obligaciones*... cit., p. 445.

8. Prescripción

543 La acción resolutoria no tiene un plazo especial de prescripción extintiva, por lo que se aplicará la norma del art. 2515 del Código Civil. Como hemos señalado, que no se aplica el juicio ejecutivo, el plazo que corresponde aplicar es el de las acciones ordinarias, esto es, cinco años.

El plazo se cuenta, según la misma norma, desde que se ha hecho exigible la obligación. Esta regla debe ser entendida, en materia de resolución, desde que se produjo o se inició el incumplimiento resolutorio, pues desde ese momento el otro contratante puede hacer valer su derecho a pedir la resolución.

En caso de tratarse de obligaciones de ejecución parcelada, como la de pagos en cuotas o de rentas periódicas, la prescripción se computará desde que se incumpla cualquiera de las cuotas o rentas.

Como hemos dicho que la pretensión indemnizatoria es accesoria a la acción de resolución, debemos ahora agregar que el derecho a la indemnización se extingue por la misma prescripción que hace cesar la acción resolutoria.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, "La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones", en AA. VV., *Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 169-188; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "La resolución por incumplimiento previsible y la suspensión del cumplimiento como medios de tutela anticipatorios del acreedor. Lectura desde los instrumentos de Derecho Contractual uniforme hacia la compraventa del Código Civil y de Comercio chileno", en I. Henríquez (Coord.), *La Compraventa. Nuevas Perspectivas Doctrinarias*, Thomson Reuters, 2015, pp. 155-180; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución", en *Ius et Praxis* 22, 2016, 1, pp. 271-322; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, *Indemnización y resolución por incumplimiento*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

IV. ¿PUEDE EL DEUDOR ENERVAR LA ACCIÓN PAGANDO DURANTE EL JUICIO?

1. La posición tradicional

544 Al combinar lo previsto en el art. 1489 del Código Civil que sólo dice que el acreedor puede demandar la resolución, con lo prevenido en el art. 310 del Código de Procedimiento Civil que señala que la excepción de pago, cuando se funde en un antecedente escrito, puede ser interpuesta en todo estado del juicio hasta la citación para oír sentencia en primera instancia y hasta antes de la vista de causa en segunda, la doctrina tradicional ha sostenido que, a pesar de que se hayan cumplido los requisitos de la acción resolutoria, la resolución no podría pronunciarse si el deudor cumple o paga la obligación durante el curso del juicio hasta antes de los referidos trámites procesales. Se habla así de la facultad del deudor casi hasta último minuto del juicio, incluso llevado a la apelación, de enervar la acción

resolutoria y mantener la vigencia del contrato. Si el acreedor se opone, procederá el pago por consignación.

Esta doctrina es congruente con el principio del *favor debitoris* que parece recepcionar nuestro Código y con el principio de conservación del contrato. Además, resulta coherente con lo que el art. 1879 del Código Civil dispone para el pacto comisorio calificado por no pago del precio en la compraventa, para el cual la ley civil dispone la posibilidad de enervar la acción por el pago del precio hasta 24 horas después de notificada la demanda.

2. Una reformulación de la facultad de enervar

545 En el último tiempo se viene forjando una interpretación diversa que excluye la posibilidad del deudor de hacer pago durante el proceso de resolución. Con razón, se sostiene que al darse esta facultad al deudor se frustra la opción que el art. 1489 del Código Civil otorga exclusivamente al acreedor o contratante diligente de pedir el cumplimiento o la resolución. Si el acreedor ya ha hecho la elección no procede que se le prive de ella por un pago que puede ser totalmente inoportuno, tomando en cuenta que estamos ante un juicio ordinario que puede durar varios años.

Se hace ver que no procede interpretar el art. 1489 del Código Civil conforme al art. 310 del Código de Procedimiento Civil, ya que esta última norma es muy posterior al Código Civil y con seguridad no estaba pensada para los casos de resolución contractual, sino de ejecución de una obligación. Es lógico que si el acreedor demanda el pago y este ya ha sido hecho, se le pueda oponer la excepción de pago, para evitar una doble solución de la obligación y un enriquecimiento indebido. Por eso, el art. 310 no está pensando en que, durante el proceso, el deudor pague la obligación debida, sino únicamente que interponga la excepción de un pago ya realizado antes de iniciarse el juicio.

Por ello, una interpretación más adecuada, incluso del tenor literal de la norma, permite arribar a la consecuencia de que el deudor no puede enervar la acción resolutoria pagando o cumpliendo la obligación durante todo el proceso, sino únicamente probando que ella ya ha sido pagada con anterioridad a la notificación de la acción. Se entiende así que el precepto condicione el éxito de la excepción a que se funde en un antecedente escrito: si se aplicara a un pago realizado por consignación en el mismo juicio sería absurda esta exigencia.

Los principios de *favor debitoris* y de conservación del contrato no pueden alegarse en contra de esta interpretación. En primer lugar, la tutela de los intereses y derechos del deudor parece suficientemente obtenida con el hecho de que la resolución no se produzca por el mero incumplimiento y ni aun con la notificación informal de la voluntad del acreedor de resolver el contrato, sino a través de una demanda judicial que debe traducirse en un proceso donde se discutirá si hubo o no incumplimiento y su relevancia para poner término al contrato. Algo similar puede decirse en relación con el principio de conservación del contrato: la ley hace bastante por él al no disponer la resolución automática, al permitir al deudor evitar la resolución si paga antes de que se le demande formalmente, etc.

Tal vez el único punto que presenta una incoherencia con esta postura es la contenida en el art. 1879 del Código Civil respecto del pacto comisorio calificado por no pago del precio en la compraventa, porque no se entiende bien por qué si aquí las partes han expresamente previsto la resolución por el incumplimiento del comprador en su obligación de enterar el precio y han además querido que la resolución se produzca *ipso facto*, la ley no sólo obligue al acreedor a demandar judicialmente la resolución, sino que permita al deudor evitar la terminación del contrato pagando dentro de las 24 horas siguientes a la notificación judicial de la demanda del vendedor. Puede señalarse que la norma se explica por una tradición histórica que sólo concierne a la compraventa y por su función social, pero la incoherencia se mantiene, y de prevalecer la interpretación moderna de negar al deudor la facultad de enervar la acción resolutoria debería propiciarse la modificación del art. 1879 del Código Civil para suprimir la facultad del comprador de pagar después de notificada la acción resolutoria derivada del pacto o, incluso más, para disponer el plazo de 24 horas, pero contados desde que le da a conocer por cualquier medio comprobable la voluntad del vendedor de pedir la resolución del contrato de compraventa.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: GALAZ RAMÍREZ, Sergio, "¿Puede el deudor demandado enervar la acción resolutoria, pagando?", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de la Santísima Concepción) 12, 2004, pp. 111-127; RABAT CELIS, Fernando, "Algunas reflexiones acerca de la oportunidad en la cual el deudor puede enervar la acción resolutoria", en *Actualidad Jurídica* 33, 2016, pp. 409-420.

V. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

1. Procedencia del efecto retroactivo y su justificación

546 Es doctrina común que, declarada la resolución por sentencia judicial, esta opera con efecto retroactivo: esto es, el contrato se tiene como no celebrado. Por ello las obligaciones que no hayan sido ejecutadas se entienden como no nacidas y las obligaciones que hayan sido ejecutadas serán objeto de restitución, dándose lugar a las prestaciones mutuas entre las partes.

La retroactividad de la resolución se ha fundado generalmente en la voluntad presunta de las partes, pero la cuestión es discutible ya que es posible que las partes no se hayan puesto en el evento del incumplimiento. Otra explicación de la retroactividad residiría en la forma de condición resolutoria que le ha otorgado la regulación del Código, pero también puede resultar esto insuficiente ya que tampoco existe unanimidad de que la regla general en materia de condiciones sea que el cumplimiento opera con efecto retroactivo y existen bastantes restricciones a esa retroactividad, ya sea respecto de las partes y para proteger los intereses de terceros de buena fe (cfr. arts. 1490 y 1491 CC).

Una justificación más congruente de la operatividad retroactiva general de la resolución puede encontrarse en que ella permite una tutela más efectiva y adecuada de los derechos e intereses de la parte diligente.

2. La no retroactividad de la resolución de los contratos de tracto sucesivo

547 Usualmente se sostiene que en los contratos de tracto sucesivo, como en el contrato de arrendamiento, en el contrato de suministro o en el contrato de trabajo, la resolución no procede *ex tunc* sino *ex nunc*, es decir, sin efecto retroactivo. Por esta razón, se suele dar el nombre de terminación a la resolución de este tipo de contratos. ¿Cuál es la razón de que la retroactividad no se aplique a la resolución de esta especie contractual?

Se sostiene que la falta de retroactividad no proviene de que el contrato sea o no de tracto sucesivo, sino más bien de la naturaleza de alguna de las obligaciones envueltas en la relación contractual. Así, si el precio de una compraventa se paga en cuotas, hay contrato de ejecución diferida pero la resolución procederá *ex tunc*, y deberán restituirse las cuotas pagadas. En cambio, si se trata de una obligación de hacer, como en el contrato de trabajo o en el arrendamiento, la resolución normalmente será imposible de aplicar retroactivamente. Ahora bien, como sería imposible devolver el trabajo ya realizado o el uso de la cosa arrendada, tampoco procedería la devolución de las remuneraciones o de las rentas ya pagadas.

En doctrina extranjera, se ha hecho ver que esta pretendida imposibilidad de restitución jurídicamente no es tal, ya que bien se podría avaluar en dinero el uso por parte del arrendatario o los servicios prestados por el trabajador y proceder a la restitución en valor. Por eso, se explica la falta de retroactividad en la autonomía y reciprocidad de los singulares grupos de prestaciones que contempla la estructura de estos contratos, que, una vez consumadas, no resulta razonable ni conveniente hacerlos desaparecer, ni siquiera jurídicamente a través de restituciones en valor.

De nuevo, parece ser que la retroactividad no es un elemento estructural de la resolución sino únicamente un medio por el cual la resolución puede tutelar de mejor manera el interés del acreedor o parte diligente. En los casos en los que ello no es necesario, como en los contratos de tracto sucesivo, no hay problemas en admitir la resolución no retroactiva o terminación.

3. Resolución e indemnización de perjuicios

548 No está claro qué perjuicios deben indemnizarse en el caso en que el contratante diligente opte por la resolución. El art. 1489 del Código Civil es extremadamente parco: sólo expresa que puede pedirse la resolución o el cumplimiento, "con indemnización de perjuicios".

Como la resolución hace desaparecer retroactivamente el contrato, las obligaciones mutuas entre las partes, o bien se extinguen (si alguna o ambas no han sido aún ejecutadas) o bien deben restituirse en especie o valor (si ya han sido cumplidas en forma total o parcial).

Por ello, parte de la doctrina comparada ha dicho que en estos casos se indemniza sólo el interés negativo, pero no el positivo, utilizando la distinción acuñada por Rudolf von Ihering (1818-1892) para los supuestos de responsabilidad precontractual. Es decir, sólo se repararían los gastos efectuados por el contratante

que no se habrían hecho si el contrato no se hubiere celebrado (interés negativo), pero no correspondería reparar todos los perjuicios de manera de dejarlo en la misma posición económica en que se encontraría si el contrato hubiese sido oportunamente cumplido por el deudor. La cuestión tiene importancia sobre todo para resolver sobre la posibilidad de indemnizar el lucro cesante en caso de resolución.

La doctrina más actualizada tiende a entender que no basta con la indemnización del interés negativo para proteger debidamente al acreedor. Se señala que son cosas diversas el efecto restitutorio o liberatorio de la resolución (que no tiene naturaleza indemnizatoria) y la reparación de los daños y perjuicios; y que la retroactividad de la resolución no puede hacer desaparecer el hecho del incumplimiento de la obligación y los daños sufridos por el contratante diligente.

No obstante, tampoco podría pretenderse que el contratante diligente obtenga la extinción o restitución de su prestación y la vez la indemnización compensatoria que representa el valor de la obligación recíproca incumplida, puesto que esto le supondría ya no una reparación sino un enriquecimiento: el contratante diligente recuperaría lo suyo y además se quedaría con el valor de lo que el otro le prometió en cambio. Por ello, pensamos que no procede la indemnización compensatoria que pretende sustituir el valor de prestación de la obligación incumplida (esta queda suficientemente reparada con la extinción o la recuperación de la prestación propia del contratante que demanda la resolución). Sí deben indemnizarse los perjuicios conexos a lo que corresponde al valor de prestación, como perjuicios derivados o extrapatrimoniales en los casos en los que este tipo de daños sea procedente.

Entre los perjuicios conexos tiene especial gravitación el lucro cesante. En la doctrina que propicia la indemnización amplia, no puede sino aceptarse su reclamación en caso de resolución contractual. Pero hay que tener en cuenta que la doctrina moderna exige al acreedor una conducta activa ante el incumplimiento, de modo que él no podrá reclamar ganancias si pudo evitarlas ejecutando su deber o carga de mitigar los daños del incumplimiento.

Respecto de todos los daños, rige también la norma limitativa del art. 1558 del Código Civil, que señala que sólo se indemnizarán los daños que hayan sido consecuencia inmediata y directa del incumplimiento (relación de causalidad) y que el deudor no doloso sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato (límite especial de la responsabilidad contractual).

Finalmente, digamos que no parece posible reclamar conjuntamente con la resolución los perjuicios derivados de la mora, ya que estos sólo son calculables separadamente cuando hay cumplimiento (aunque forzado) y no cuando ya el incumplimiento es definitivo, como sucede por hipótesis en caso de resolución.

4. Protección de terceros

549 La resolución declarada por sentencia judicial podría afectar a terceros que hayan adquirido la cosa objeto del contrato resuelto o hayan constituido en su favor derechos reales sobre ella. El Código Civil ha establecido una protección a estos terceros adquirentes en las normas de los arts. 1490 y 1491, que se aplican a los efectos de las condiciones resolutorias, pero que ni la jurisprudencia ni la doctrina han dudado en aplicarla a los efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento, ya que el mismo Código asimila este mecanismo a una condición resolutoria que no necesita expresarse.

En síntesis, y más allá de las críticas que se han realizado a los términos en los que se expresan las normas, puede decirse que se distingue entre si la cosa objeto del contrato resuelto es mueble o inmueble. Si es mueble, el tercero adquirente resulta protegido si actuó de buena fe, es decir, sin previo conocimiento de la existencia de la posibilidad de resolución del contrato de su antecesor, es decir, habiendo ignorado que este último tenía pendiente de cumplimiento alguna de las obligaciones derivadas de dicho contrato. La buena fe se presumirá (art. 707 CC), por lo que será el demandante que ha vencido en el juicio resolutorio quien deberá probar la mala fe del tercero si quiere reivindicar la cosa o extinguir el derecho real constituido en ella en favor del tercero.

Si el objeto del contrato es inmueble, la ley establece que el tercero será protegido y quedará eximido de cualquier acción que intente el demandante que ha ganado el juicio resolutorio siempre que la condición resolutoria conste en el contrato resuelto (título) y que este haya sido inscrito u otorgado por escritura pública (art. 1491 CC). La norma no es del todo clara, pero la doctrina ha afirmado que si trata de un contrato que necesita inscripción en el Conservador de Bienes Raíces para que se produzca el efecto traslativo o constitutivo de derechos reales, la inscripción del contrato (que deberá constar de escritura pública para ingresar a registro) es necesaria para que el tercero sea afectado. En los casos en los que el efecto de transferencia del dominio o de constitución de derechos reales no se haga necesariamente previa inscripción, es menester solamente que la condición conste en escritura pública (por ejemplo, si se grava un inmueble con servidumbre).

La cuestión más ardua se ha presentado para interpretar qué quiere decir el Código cuando habla de que la condición "conste" en el título. En contraposición al art. 1432 del Código Civil que para la donación exige que se exprese la condición resolutoria para afectar a terceros, se ha llegado a la conclusión de que no es necesario que la condición sea expresada. Esto es congruente con la aplicabilidad de estos preceptos a la resolución contractual, ya que el mismo Código señala que ésta no requiere que se exprese.

Por ello, se llega a la conclusión de que el posible cumplimiento de la "condición resolutoria tácita" consta en el título toda vez que de su tenor queda claro que existen obligaciones que aun no han sido ejecutadas y cuyo incumplimiento posterior podría dar lugar a una demanda resolutoria. Es conveniente señalar que la ley no exige que esto conste en la inscripción, por lo que bien podría ser que en

la inscripción no se haya dejado constancia de que existen obligaciones pendientes, y el tercero sí resulte afectado por la resolución, si se comprueba que en el contrato que sirvió de título a la inscripción constaba esa pendencia. Se exige por tanto no sólo examinar la inscripción sino el título que se menciona en ella.

Pero la sola circunstancia de que la posibilidad de resolución conste en el título inscrito u otorgado por escritura pública no significa que el tercero deba considerarse de mala fe. Por ello, podría alegar contra el demandante de resolución y reivindicante, la prescripción ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: GONZÁLEZ VON MARÉES, Jorge, "Los artículos 1490 y 1491 del Código Civil", en *RDJ*, t. 17, Derecho, pp. 69-86 y 87-104; PESCIO VARGAS, Victorio "La acción resolutoria ejercitada por uno de los herederos del vendedor", en *RDJ*, t. 49, Derecho, pp. 88-91; ROZAS VIAL, Fernando y VIAL DEL RÍO, Víctor, "Análisis del artículo 1490 del Código Civil", en *Revista Chilena de Derecho* 1, 1974, 1, pp. 83-87; AGUAD DEIK, Alejandra, "Algunas reflexiones sobre los efectos del incumplimiento recíproco frente a la acción resolutoria", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6, 2006, pp. 9-28; RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, "El principio 'nadie debe hacerse más rico en detrimento de otro' (D. 12, 6, 14) en la resolución de un contrato de promesa por incumplimientos recíprocos: una tendencia jurisprudencial chilena", en H. Corral y M. S. Rodríguez (edits.), *Estudios de Derecho Civil II,* LexisNexis, Santiago, 2007, pp. 29-40; BÉCAR LABRAÑA, Emilio José, "Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato: algunas perspectivas de reforma para el Derecho chileno", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de la Santísima Concepción) 20, 2009, pp. 155-178; PIZARRO WILSON, Carlos, "Contra el efecto retroactivo de la resolución por' incumplimiento contractual", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 449-460; ALCALDE SILVA, Jaime, "Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento", en A. Vidal, G. Severin, C. Meji´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 579-600.

VI. PACTOS RESOLUTORIOS

1. Las cláusulas resolutorias. Tipología

a) Cláusula resolutorias y pacto comisorio

550 En nuestro Código Civil el pacto comisorio está regulado como un pacto accesorio al contrato de compraventa y por incumplimiento del comprador del pago del precio. La doctrina distingue entre el pacto comisorio simple que en el fondo reproduce la condición resolutoria tácita (art. 1877 CC), y el pacto comisorio calificado, que es aquel en que se estipula expresamente que por no pagarse el precio al tiempo convenido se resuelva *ipso facto* el contrato de venta (art. 1879 CC).

Por cierto, por ninguno de estos pactos el vendedor pierde la facultad de exigir forzadamente el precio (art. 1878 CC).

Si se estipula que el contrato se resolverá *ipso facto* por el no pago del precio, el Código ordena que el comprador podrá hacerlo subsistir pagando el precio en las veinticuatro horas siguientes a la notificación judicial de la demanda (art. 1878 CC). No parece que esta facultad sea renunciable dado el tenor imperativo de la disposición legal.

A esta disposición bastante restrictiva, se agrega otra que incluye todo pacto comisorio y que es el plazo de prescripción: son cuatro años contados desde la fecha del contrato o el plazo inferior a cuatro años que se haya pactado (art. 1880 CC). Se ha dicho que si transcurre este plazo, que se cuenta desde la fecha del contrato y no del incumplimiento, se podrá demandar por la condición resolutoria tácita (art. 1489 CC).

Se discute si se trata de un estatuto propio del contrato de compraventa y de la obligación del comprador de pagar el precio, o de un estatuto que debiera aplicarse a otras obligaciones sea del vendedor o del comprador o a otros contratos. En nuestra opinión, las normas del Código que limitan los efectos del pacto comisorio en cuanto a la prescripción y al pacto calificado en cuanto a la demanda judicial enervable en el plazo de 24 horas, son de carácter excepcional, y no cabe aplicarlas a otros contratos o incluso a otras obligaciones del mismo contrato de compraventa.

b) Cláusulas resolutorias extrajudiciales

551 Ya hemos visto que la limitación del Código relativa a la demanda judicial y la facultad del comprador de hacer subsistir el contrato pagando el precio en el plazo fatal de 24 horas desde su notificación, es excepcional y sólo aplicable al contrato de compraventa y a la obligación del comprador de pagar el precio.

Por tanto nada impide que respecto de otros contratos bilaterales, o incluso en contratos unilaterales o respecto de otras obligaciones en la compraventa, se establezca que el incumplimiento de una de las partes posibilitará a la otra resolver o terminar el contrato por el solo hecho del incumplimiento y sin necesidad de demanda judicial. Normalmente se pactará un aviso que se enviará por carta certificada u otro medio que deje constancia de la voluntad de la parte diligente.

En tal caso, el solo incumplimiento o el aviso que expresa la voluntad de la parte diligente de poner término a la relación contractual hará las veces de declaración judicial de la resolución. No hay dudas de que la parte imputada de incumplidora podrá recurrir al juez para que se compruebe el incumplimiento o las formalidades que se han pactado en la cláusula. Pero en tal caso la sentencia no será constitutiva sino declarativa de una resolución que se ha producido con el incumplimiento o el aviso dado por la parte cumplidora.

Si la parte diligente pretende indemnización deberá ejercer una acción judicial para reclamarla, lo que constituye otro caso de autonomía de la pretensión indemnizatoria.

c) Cláusulas resolutorias con otros contenidos

552 También pueden usarse estas cláusulas para declarar que ciertos incumplimientos se considerarán esenciales y por tanto resolutorios.

Si no se expresa que el solo incumplimiento resolverá el contrato, será necesario que se demande judicialmente la resolución.

En la práctica contractual se suelen denominar cláusulas resolutorias aquellas estipulaciones que, además de la resolución, regulan otros aspectos como: qué tipos de incumplimientos se considerarán resolutorios, cómo se liquidará el contrato terminado, formas de restitución de ciertas prestaciones, etc.

d) Cláusulas de terminación unilateral

553 Aunque no requiere que se invoque un incumplimiento, la cláusula de terminación unilateral es también un medio de tutela del acreedor frente a un incumplimiento de la otra parte en que no se necesita la prueba del mismo. Se trata de una estipulación contractual por la cual se da derecho a una o a ambas partes para poner término a un contrato sin invocar incumplimiento ni otro hecho sobreviniente, bastando la sola voluntad de terminación comunicada a la contraparte. Aunque la terminología es variada: desistimiento unilateral, revocación, terminación unilateral, etcétera.

La doctrina ha conceptualizado a las cláusulas de terminación unilateral como una forma de extinción del contrato que se produce cuando una parte ejerce la facultad concedida a una o ambas partes para ponerle término, por su sola voluntad, sin necesidad de un incumplimiento de la contraria.

El efecto principal de la cláusula es que, ejercido el derecho por una de las partes, el contrato llegará su fin pero sólo con efectos *ex nunc* y no retroactivamente. No se requiere demanda ni declaración judicial, basta un aviso que respete el plazo pactado.

Debe tenerse presente que existen contratos en los que la misma ley permite que una de ellas les ponga término, como sucede con la revocación o renuncia del mandato, el desahucio en el arrendamiento, el desistimiento en el caso de compraventa con arras penitenciales, etc. En tales casos, no puede hablarse de cláusula de terminación unilateral, ya que el derecho de terminación tiene fuente legal y no convencional.

Las cláusulas de terminación unilateral pueden tener diversas modalidades según lo que pacten las partes, pero se suele distinguir entre cláusulas de terminación *ad nutum* y las "cláusulas de salida". Las primeras sólo dependen de la voluntad de una de las partes, que debe ser comunicada a la otra parte, y a las que suele agregarse un plazo de espera. Las cláusulas de salida, en cambio, establecen

que el derecho a «liberarse» del contrato tiene una contraprestación, la que normalmente consistirá en el pago de una cantidad de dinero.

2. Efectos de estas cláusulas

554 Las cláusulas resolutorias presentan diversos efectos para los cuales hay que atender a la forma en las que han sido redactadas o acordadas por las partes.

En general, puede decirse que pondrán término al contrato sin necesidad de declaración judicial si se ha dado el incumplimiento o el hecho que se ha previsto en la cláusula. Si se trata de cláusula de salida dan derecho a la otra parte a una contraprestación.

Los efectos, por regla general, se producirán *ex nunc*, es decir, sin retroactividad, ya que estas cláusulas suelen plantearse en contratos de tracto sucesivo o de larga duración.

Si la cláusula estipula un plazo para que termine el contrato, la terminación se producirá al vencer dicho plazo. Si basta el aviso deberá considerarse que desde la fecha de recepción del aviso el contrato ha terminado.

Puede haber necesidad de liquidar las operaciones pendientes, por lo que si la cláusula no establece nada sobre ello, igualmente se procederá a cerrar dichas operaciones haciéndose las compensaciones y pagos que correspondan.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CLARO SOLAR, Luis, "Ligeras observaciones sobre la condición resolutoria y el pacto comisorio", en *RDJ*, t. 8, Derecho, pp. 175-204; HERRERA ARRAU, Alberto, "El pago que autoriza el art. 1879 del Código Civil. Cuándo y cómo debe hacerse", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 1, 1933, pp. 31-42; MEJÍAS ALONSO, CLAUDIA y SEVERIN FUSTER, GONZALO, "La justificación funcional del pacto comisorio en la compraventa", en *Revista de Derecho* (U. Austral de Valdivia), V. XXX-Nº2, (2017), p. 88; SEVERÍN FUSTER, Gonzalo, "El derecho al desistimiento unilateral del cliente en la regulación de los contratos de servicio del Código Civil chileno, con especial referencia al artículo 1999", en *Ius et Praxis* (U. de Talca), Año 24, Nº 2, (2018), pp. 308-312; en un sentido similar, CAPRILE BIERMANN, BRUNO, *El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos*, en *Estudios de Derecho Civil VI,* FIGUEROA, Gonzalo y otros, Abeledo Perrot, 1ª edic., 2011, p. 271; PIZARRO WILSON, Carlos, *Cláusula resolutoria y pacto comisorio calificado. Tan lejos, tan cerca,* Estudios de Derecho Civil VIII, LegalPublishing AbeledoPerrot, p. 357; PIZARRO WILSON, Carlos, "Las cláusulas resolutorias en el Derecho Civil chileno", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Universidad Diego Portales) 3, 2006, pp. 245-258; PIZARRO WILSON, Carlos, "¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?", en *Ius et Praxis* 13, 2007, 1, pp. 11-28; CANOSA SUÁREZ, Ulises, "El pacto comisorio", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago,

2008, pp. 665-686; ÁLVAREZ CID, Carlos, "¿El pacto comisorio simple no es más que la condición resolutoria tácita expresada?", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V,* AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 449-453; BOTTESELLE M., Andrea, "El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 17, 2011, pp. 71-103; PIZARRO WILSON, Carlos, "Compatibilidad de la acción resolutoria con la resolución convencional", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Universidad Diego Portales), 38, 2022, pp. 109-130.

Capítulo sexto - Excepción de contrato no cumplido como medio de tutela en las obligaciones sinalagmáticas

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Origen histórico

555 La formulación de la institución revela sus orígenes romanos: *exceptio non adimpleti contractus,* pero la verdad es que su acuñación proviene de los posglosadores. En el Derecho romano sólo podía alegarse esto tratándose de contratos de buena fe, y se lo hacía por medio de la *exceptio doli*.

Luego fue asumida por el derecho canónico y por los comentaristas del *Corpus Iuris*, incluido Bártolo di Sassoferrato, pero no fue recogida por el *Code Civil* francés, ya que la institución fue olvidada en el antiguo derecho francés. Sólo para la compraventa se señala que el vendedor no es obligado a entregar la cosa si el comprador no ha pagado el precio y si no ha sido estipulado un plazo para pagarlo (art. 1612).

En Chile se ha usado el texto de art. 1552 del Código Civil para recoger esta excepción. Su tenor es el siguiente: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" (art. 1552 CC).

El texto sólo señala que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora al incumplir lo pactado mientras el otro no cumple o no se allana a cumplir. La mora se exige sólo para la indemnización de perjuicios, pero la jurisprudencia y la doctrina han ampliado esta institución para paralizar las demandas de cumplimiento o de resolución. El demandado puede alegar que el demandante no ha cumplido con su propia obligación por lo que no puede pretender que cumpla con la suya.

2. Fundamentos

556 Se aducen varias teorías para justificar este medio de defensa. La primera es que habría una falta de causa sobreviniente, ya que en los contratos bilaterales cada

obligación es causa de la otra. Pero lo cierto es que el contrato es válido porque el requisito de la causa fue cumplido al tiempo de su celebración.

Otros sostienen que se trataría aquí del principio de la buena fe contractual o más aún de un mecanismo para evitar inequidades. Sería una defensa que buscaría mantener la equidad de los contratos.

Por nuestra parte, pensamos que estamos frente a un medio de tutela ante el incumplimiento que evita que una parte tenga que cumplir su obligación en tanto la otra no lo cumple. De allí que muchas veces en los instrumentos de armonización del derecho de los contratos se hable de suspensión de cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, "El *onus probandi* en la excepción del contrato incumplido", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 176, 1984, pp. 107-110; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "Una aproximación al incumplimiento que hace procedente la excepción de contrato no cumplido", en F. Elorríaga de Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 481-493; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "El rol de la buena fe en materia de resolución y de excepción de contrato no cumplido", en *GJ* 384, 2012, pp. 19-26; BOZZO HAURI, Sebastián, "La excepción del contrato no cumplido en materia concursal en España", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) 26, 1, 2013, pp. 29-47; BOZZO HAUR, Sebastián, "La eficacia de la excepción de contrato no cumplido frente al incumplimiento de contratos vinculados en el ámbito del consumo", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 25, 2018, pp. 47-75; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "La excepción de contrato no cumplido, en rigor, una manifestación del principio de simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 339-356; RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, "Precisiones sobre la excepción del contrato no cumplido", en *Actualidad Jurídica* 10, 2004, pp. 295-298; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "Sobre la excepción del contrato no cumplido", en *Actualidad Jurídica* 9, 2004, pp. 121-130; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "A propósito de la excepción del contrato no cumplido", en *Actualidad Jurídica* 10, 2004, pp. 299-302; PIZARRO WILSON, Carlos, "La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho Civil chileno", en J. Varas, S. Turner (edits.), *Estudios de Derecho Civil* [1], LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 317-342; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido. Algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación", en *Actualidad Jurídica* 8, 2003, pp. 69-93; CAPRILE BIERMANN, Bruno, "Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 39, 2012, pp. 53-93; TOMARELLI RUBIO, Feliciano, "La excepción de contrato no cumplido frente a los remedios del acreedor", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 601-621; VIAL DEL RÍO, Víctor, "Algunas reflexiones en tomo a la excepción de

contrato no cumplido", en *Actualidad Jurídica* 32, 2015, pp. 57-64; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Incumplimiento recíproco en contrato bilateral, resolución del contrato y excepción de contrato no cumplido", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 248, 2020, pp. 365-374.

II. REQUISITOS

1. Contrato bilateral

557 El art. 1552 del Código Civil aplica la regla de la mora purga la mora a los contratos bilaterales, es decir, a aquellos que crean obligaciones recíprocas entre las dos partes (art. 1439 CC).

Es posible su aplicación a contratos sinalagmáticos imperfectos cuando ya ha nacido la obligación de la otra parte, aunque hay más dificultades en la reciprocidad y en la simultaneidad de la ejecución de las obligaciones. Además, en estos contratos (por ejemplo, el comodato o la prenda) suele concederse al comodatario o acreedor prendario un derecho de retención para forzar al deudor a cumplir con su obligación.

No parece posible aplicar esta excepción a obligaciones mutuas que tenga origen en distintas fuentes, ni siquiera en contratos diferentes, aunque sean relacionados.

2. Exigibilidad de ambas obligaciones

558 Las obligaciones, además, de ser recíprocas deben ser actualmente exigibles, aunque no es necesario que se pruebe que sean de cumplimiento simultáneo, ya que difícilmente se producirá esta forma de ejecución y siempre un contratante puede cumplir primero que otro.

Esta cuestión es más compleja de verificar en contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento, en que hay obligaciones de ambas partes pero que no son propiamente equivalentes: por ejemplo, la obligación del arrendador de mantener la cosa para el estado para el que fue arrendada y la del arrendatario de asumir las reparaciones locativas o de pagar mensualmente la renta. Si se interpone la excepción en estos casos quedará a la prudencia del juez el acogerla si se da el requisito de ser actualmente exigibles y de cumplimiento relativamente simultáneo.

3. Incumplimiento significativo o relevante

559 Al igual que para la resolución se ha uniformado la opinión de que no basta un incumplimiento menor o insignificante para que proceda la excepción. Por ejemplo, si el vendedor hizo entrega del inmueble pero no de sus llaves y se opone la excepción por ese incumplimiento a la demanda de pagar el precio. Aunque existe una opinión discrepante que piensa que cualquier incumplimiento es alegable a través de esta excepción.

Por cierto, la apreciación de la relevancia del incumplimiento del demandante quedará reservado a la prudencia del juez que conoce de la demanda.

También se ha acogido la *exceptio non rite adimpleti contractus* para suspender el cumplimiento de la propia obligación alegando que hubo un cumplimiento meramente formal (ritual) de la obligación de la contraparte, pero que ha sido un cumplimiento imperfecto o defectuoso. Nuevamente, este incumplimiento debe ser relevante de modo que no satisfaga el interés del acreedor demandado.

En general, la excepción no suele acogerse por un incumplimiento tardío, aunque si se piden perjuicios es posible alegar el incumplimiento de la contraparte de su propia obligación.

4. Demandante no debe estar llano a cumplir

560 El demandante para evitar la excepción puede cumplir o allanarse a cumplir. La norma es clara se suspende el cumplimiento de la obligación del demandado "mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" (art. 1552 CC).

No especifica la norma qué significa que se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, porque es claro que no bastará con la mera palabra del demandante, sino que se necesitará alguna gestión extrajudicial, como el pago por consignación o judicial como el depósito en la cuenta corriente del tribunal de la suma de dinero debida, o depositando un vale vista con instrucciones notariales para que se entregue al demandado una vez que se resuelva el pleito, etc.

III. Carga de la prueba de los requisitos

561 Quien opone la excepción debe probar la existencia de la obligación del demandante y su exigibilidad, pero no el incumplimiento.

Esto siguiendo la regla de la carga de la prueba del art. 1698 del Código Civil, ya que corresponde probar la existencia de una obligación al que la alega. Probada la obligación corresponderá al demandante la carga de la prueba del cumplimiento (la extinción de la obligación) o que está llano a cumplir la suya.

Respecto de la *exceptio non rite adimpleti contractus,* será el acreedor demandado quien tenga la carga de probar que el cumplimiento ha sido imperfecto o no suficiente para satisfacer su interés. Dado que el deudor ha cumplido, él puede probar el cumplimiento máxime si existe una carta de pago, de modo que será el demandado, quien alega la excepción, el que tenga la carga de probar que el cumplimiento ha sido defectuoso o imperfecto.

IV. Efectos de la excepción

1. Generales

562 El efecto general de la excepción, una vez cumplidos sus requisitos, es paralizar o suspender la acción intentada por el demandante, lo que conllevará un incentivo

para que este cumpla con su obligación. En este sentido la excepción cumple una cierta función de garantía.

Si el demandante es un deudor en concurso o insolvencia, el demandado opondrá la excepción evitándose participar en el proceso concursal, salvo que quiera pedir el cumplimiento de la obligación recíproca.

El problema es que, salvo reconvención subsidiaria, no se admite que el demandado ejerza acción de cumplimiento de la obligación del demandante o de resolución del contrato, por lo que opuesta la excepción el juicio quedará suspendido a la espera de que las obligaciones prescriban o se extingan por otro medio.

2. Demanda de cumplimiento forzado y demanda ejecutiva

563 La excepción de contrato no cumplido tiene su ámbito más habitual en la demanda de cumplimiento forzado. Se tratará de una excepción perentoria, ya que probados los supuestos de la excepción la demanda debe ser rechazada.

También se admite que sea opuesta ante una demanda ejecutiva para alegar el incumplimiento de la otra parte siempre que ambas obligaciones provengan del mismo contrato. Si se trata de una letra de cambio, pagaré o cheque sólo se podrá alegar el incumplimiento cuando el demandante no ha hecho circular el documento y lo presente a cobro. Se utilizará en el Nº 7 del art. 464 del Código de Procedimiento Civil, que habla de falta de fuerza ejecutiva del título. Si se prueba la excepción la demanda será rechazada.

3. Acción que reclama indemnización de perjuicios

564 Aquí nos ponemos en el caso en que se demanda sólo la indemnización de perjuicios y no como pretensión accesoria a la demanda de cumplimiento o de resolución contractual. Si se trata de una obligación de dar o de hacer se necesitará la constitución en mora del deudor, por lo que se aplicará más propiamente la norma del art. 1552 del Código Civil, que señala que ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado si el otro no cumple o se allana a cumplir.

Si se prueba la excepción la sentencia deberá rechazar la demanda indemnizatoria. Surge el problema con la obligación de no hacer ya que aquí sólo se exige contravención de la conducta omisiva debida. No obstante, aunque el art. 1552 no pueda aplicarse en su tenor literal, es manifiesto que la contravención hace que se equipare a la mora y por tanto la excepción de contrato no cumplido será eficaz.

4. Acción resolutoria

565 Ya hemos visto que para la resolución del contrato no se requiere mora, por lo que si sólo se demanda la resolución del contrato no procederá la excepción de contrato no cumplido. Aunque sí, si se pide una indemnización adjunta a la resolución, ya que la indemnización requiere que el deudor esté en mora y

tratándose de obligaciones de no hacer se debe la indemnización desde la contravención (art. 1557 CC).

5. La suerte del contrato tras la aceptación de la excepción

566 El efecto de la excepción de contrato no cumplido es sólo suspender la ejecución del contrato. Se habla de que sólo tiene un efecto paralizador de las obligaciones del contrato bilateral, por lo que no puede conceptualizarse como una forma de extinción contractual. Rechazadas las demandas de cumplimiento o de indemnización, el contrato seguirá rigiendo e incluso podría impedirse que las partes recuperen lo que hubieren entregado a la otra, lo que implicaría un enriquecimiento sin causa.

Si se pide la resolución del contrato los tribunales deberán acoger la acción de manera que el contrato quedará resuelto y procederán las restituciones mutuas, aunque no la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento.

Una posición doctrinal y jurisprudencial observa que en casos de incumplimientos recíprocos se debe aplicar el art. 1489 del Código Civil ya que ambos contratantes son incumplidores. De esta manera, aunque no se haya solicitado, procederá siempre que se reúnan los requisitos de la resolución, la declaración de que el contrato ha quedado resuelto, procediendo las restituciones mutuas. Nos parece razonable esta solución.

V. Excepción por incumplimiento anticipado

567 El Código Civil no contempla de manera general que pueda oponerse la excepción de contrato no cumplido antes del incumplimiento de la otra parte, por más que se vea que lo más probable es que no cumplirá.

Sólo respecto de la compraventa y de la obligación del comprador del pago del precio existe una norma sobre el punto: "si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago" (art. 1826.4 CC). No estamos de acuerdo con que esto sea un supuesto de derecho legal de retención ya que en este caso se retiene una cosa que es propiedad del vendedor; por lo que sólo hay una suspensión del cumplimiento de la obligación de entrega.

Aquí la carga de la prueba de la probabilidad del incumplimiento recaerá en quien alega la excepción para suspender la entrega.

Se ha sostenido que la excepción preventiva de contrato no cumplido no sólo se aplica en este caso sino en otros en los que se den los mismos supuestos: que haya probabilidad fuerte de que el contratante no vaya a cumplir. Se trataría de aplicar por analogía la norma relativa a la compraventa para así colmar una laguna legal. El problema es que no es seguro de que allá aquí una laguna legal, porque bien puede señalarse que el legislador no quiso consagrar este medio de defensa

preventivo y que sólo lo reguló para la compraventa y para la obligación de pagar el precio.

Es efectivo que esta excepción preventiva ha sido consagrada en la Convención Internacional de Compraventa de Mercadería (art. 71), pero nuevamente debiera aplicarse esa norma sólo en el ámbito de competencia de este tratado.

Si ocurre la caducidad del plazo, ya sea legal (art. 1496 CC) o convencional, entonces la obligación será exigible y procederá la excepción de contrato no cumplido ante el incumplimiento de la otra parte.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "La resolución por anticipación o por incumplimiento previsible. Intento de construcción a partir de los artículos 1826 del Código Civil y 147 del Código de Comercio", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 267-280; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "Por un sistema de medidas anticipatorias frente al incumplimiento contractual", en S. Turner y J. Varas (edits.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 551-564; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, "Prever y asegurar", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 553-583; YÚSARI KHALILIYEH, Tarek, *Incumplimiento recíproco y remedios contractuales*, Thomson Reuters, Santiago, 2012.

Capítulo séptimo - Medios de tutela para precaver la insolvencia

I. ACCIÓN DE MEDIDAS CONSERVATIVAS

1. Medidas conservativas en general

568 El Código Civil en esta materia ha sido bastante genérico e inespecífico, e incluso sólo establece medidas conservativas para el acreedor condicional y entre ellos para el fideicomisario.

Respecto de este último se dispone que aunque el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, puede, sin embargo, impetrar las providencias conservatorias que le convengan, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del fiduciario (art. 761.2 CC). Este derecho se extiende a los ascendientes del fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; a los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y al defensor de obras pías, si el fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia (art. 761.3 CC).

Se amplían estas medidas al acreedor condicional para asegurar que, al cumplirse la condición, la obligación pueda ejecutarse: "El acreedor podrá impetrar durante dicho intervalo las providencias conservativas necesarias" (art. 1092.3 CC). Esto se reitera tratándose de las asignaciones testamentarias condicionales (art. 1078 CC).

De estas normas la doctrina nacional es unánime en señalar que si se otorgan estas medidas conservativas a un acreedor condicional, con mayor razón se la deberá conceder a un acreedor de una obligación pura y simple.

2. Medidas conservativas en particular

569 Varias medidas conservativas están reguladas a propósito de la sucesión por causa de muerte. La *guarda y aposición de sellos* es una diligencia que tiene por objeto custodiar los bienes y papeles de una sucesión, y que puede ser solicitada por cualquier persona que tenga interés o se presuma que pueda tener en la sucesión. Debe demandarse al juez de letras del lugar donde se abre la sucesión, el que puede exhortar a otros jueces del lugar donde existan bienes del causante (arts. 1222, 1223 y 1224 CC). Entre los interesados, sin duda, estarán los acreedores del causante. La diligencia esta regulada en los arts. 872 a 876 del Código de Procedimiento Civil.

Los acreedores que presenten el título de su crédito pueden asistir a la *confección de inventario solemne* y reclamar cuando consideren que es inexacto (art. 1255 CC). Este derecho se regula en el Código como una facultad de los acreedores para asistir al inventario solemne solicitado por el heredero que quiere aceptar con beneficio de inventario.

Como se sabe, la confección de inventario solemne es una diligencia judicial regulada en el Código de Procedimiento Civil (arts. 858-865 CPC). Nos parece que cualquier acreedor puede pedir como resultado de la guarda y aposición de sellos que se practique inventario solemne de los bienes de la herencia o incluso sin necesidad de que preceda dicha diligencia.

Cualquier interesado, entre ellos los acreedores del causante, pueden *requerir judicialmente a uno o más herederos que se pronuncien sobre si aceptan o repudian* sus asignaciones; si en el plazo fijado (40 días y máximo un año) no se pronuncia, se entiende que repudia (arts. 1232 y 1233). Esta gestión tiene efectos para todos los acreedores conforme al Código: "El que a instancia de un acreedor hereditario o testamentario ha sido judicialmente declarado heredero, o condenado como tal, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio" (art. 1246 CC).

Una gran medida conservativa es la *declaración de herencia yacente* y el nombramiento de un curador de bienes, que pague las deudas hereditarias (arts. 481 y 1240 CC). Se trata también de una diligencia judicial regulada en el Código de Procedimiento Civil (arts. 885 y 886 CPC).

También puede considerarse una acción de medida conservativa el nombramiento de un *curador de bienes a un ausente,* entre los que se incluye al deudor que se oculta (art. 474.2 y 3 CC).

En *materia de familia*, el Código Civil permite al juez adoptar a petición de la mujer todas las providencias que estime conducentes a la seguridad de los intereses de ésta durante el juicio de separación de bienes e incluso antes de éste si la causal

es el mal estado de los negocios del marido (art. 156 CC). También se permite adoptar este tipo de medidas provisorias en el proceso de separación judicial de los cónyuges (art. 30 LMC).

3. Medidas precautorias o prejudiciales precautorias

570 La mayoría de las medidas conservativas que pueden adoptar los acreedores están reguladas en el Código de Procedimiento Civil bajo el nombre de medidas precautorias (arts. 290 y ss. CPC). En principio estas son cuatro: el secuestro de la cosa objeto de la demanda, el nombramiento de interventores, la retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados (art. 290 CPC).

Estas medidas pueden pedirse antes de la contestación de la demanda e incluso se puede pedir que no sean notificadas al demandante sino una vez decretadas (art. 302 CPC).

Para su acogimiento el demandante deberá proporcionar antecedentes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, y cuando el juez lo estime necesario o si se trata de medidas autorizadas por la ley deberá ordenar la constitución de una caución para responder por los perjuicios que resulten (art. 298 CPC).

El Código de Procedimiento Civil advierte que estas providencias no excluyen las demás autorizadas por las leyes (art. 300 CPC).

En el juicio ejecutivo puede considerarse una medida conservativa el embargo de bienes, que se ordenará por la resolución denominada mandamiento de ejecución y embargo (art. 443.2º CPC).

Estas medidas pueden interponerse antes de presentar la demanda, y se les conoce entonces como medidas prejudiciales precautorias, siempre que existan motivos graves y calificados, que se determine el monto de los bienes y que se rinda fianza u otra garantía suficiente a juicio del tribunal (art. 279 CPC). En tal caso, si la solicitud es acogida, el demandante debe en el plazo de diez días presentar la demanda y pedir que se mantengan las medidas decretadas (art. 280 CPC).

También hay medidas cautelares en los procedimientos de familia (art. 22 ley Nº 19.968, de 2004) y del trabajo (art. 444 CT).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "Las providencias conservativas del acreedor condicional suspensivo y a plazo", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 493-504; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2018.

II. Acción oblicua o subrogatoria

1. Cuestiones generales

571 La acción oblicua o subrogatoria será ejercida por uno o más acreedores cuando el deudor omite ejercer derechos para adquirir bienes y así incrementar su patrimonio. Cuando el deudor está en peligro de insolvencia no tiene mayor interés en adquirir nuevos bienes ya que asume que ellos serán embargados y rematados en beneficio de sus acreedores.

De esta manera, las leyes suelen conceder a veces de manera general, cumplidos ciertos requisitos o para algunos casos, el derecho a un acreedor para que se subrogue en los derechos del deudor y pueda ejercerlos para así incrementar su patrimonio y no ver perjudicados sus intereses.

Puede definirse esta acción como aquella de que dispone el acreedor para subrogarse y sustituir al deudor cuando éste omite ejercer sus derechos a obtener bienes en la medida en que esa omisión le resulta perjudicial para sus intereses de cobrar el crédito.

Se pregunta si esta acción es renunciable anticipadamente. No habiendo una norma expresa que prohíba su renuncia y siendo de interés exclusivo del acreedor, no vemos obstáculo para que se renuncie anticipadamente a esta acción.

2. Requisitos generales

572 Hay un cierto consenso en que los requisitos para el ejercicio de la acción son, en primer lugar, que el acreedor tenga *interés en el ejercicio de la acción*, lo que se supone por la existencia del crédito en contra del deudor

En segundo término, el crédito que autoriza al acreedor a ejercer la acción debe ser *actualmente exigible*. Si es un crédito a plazo, la insolvencia notoria puede llevar a la caducidad del plazo.

No es necesario que el derecho en el que se subroga sea anterior o posterior al crédito ni tampoco que su monto no sea muy superior al crédito del acreedor subrogante, ya que la acción subrogatoria no funciona sólo para ese acreedor sino para los demás que pueda tener el deudor.

En tercer lugar, debe probarse que el *deudor de manera negligente ha omitido ejercer los derechos que permitirían un aumento del patrimonio*. Esta prueba corresponde al acreedor. No siendo indemnización de perjuicios no es necesario que el deudor esté constituido en mora. Tampoco es necesario emplazar al tercero deudor pero conviene hacerlo para que la sentencia le sea oponible.

Hay consenso que para que pueda proceder la acción subrogatoria u oblicua debe tratarse de un *derecho que no sea de ejercicio personal*, como por ejemplo un derecho de uso o habitación o el derecho de alimentos legales, que son inembargables.

Finalmente, digamos que no se requiere autorización judicial previa, sino que el acreedor ejercerá la acción subrogatoria de pleno derecho. Obviamente, si el deudor se opone deberá demandarse la procedencia de la acción. No obstante, la ley puede exigir autorización judicial como sucede en el supuesto de repudiación de herencia, legado o donación (arts. 1238 y 1294 CC). Aunque aquí la autorización del juez se dará en un proceso contencioso, normalmente en juicio ordinario o sumario, que terminará en sentencia que declare rescindida la aceptación y aceptada la asignación hereditaria o la donación.

3. ¿Es una acción general o sólo para ciertos supuestos?

573 Salvo por la opinión aislada de Claro Solar[47], la doctrina nacional advierte que no existe, como en el Código Civil francés, una norma que consagre la acción subrogatoria para todos los casos, salvo aquellos derechos que sean exclusivos de la persona del deudor (art. 1166 *Code*, y después de la reforma de 2016, art. 1341-1). De esta manera, la recepción de esta acción es bastante escasa y se limita a los casos establecidos en la ley.

Esto puede deberse a que es complejo que un tercero se inmiscuya en la administración del patrimonio de una persona, y además que la acción de un acreedor puede terminar favoreciendo a otros.

4. Supuestos legales

a) Acción subrogatoria en derechos reales del deudor

574 El Código Civil mezcla en la disposición la no embargabilidad de bienes de terceros con la acción subrogatoria. Dispone que "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 las leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores" (art. 2466.1 CC).

Según una opinión, aquí no habrá propiamente una acción subrogatoria, sino que se estaría diciendo que los derechos reales del deudor siendo cosas incorporales (usufructo o crédito prendario) de su propiedad pueden embargarse y rematarse para satisfacer el crédito del acreedor que demanda. Es obvio que esto puede ser así, pero en tal caso el precepto sería superfluo. Por ello, y con la mayor parte de la doctrina, entendemos que aquí hay una propia acción subrogatoria; es decir, el acreedor puede sustituirse en el derecho real de usufructo y ejercerlo para que los frutos puedan entrar en el patrimonio del deudor.

Más complejo es el caso del derecho de prenda ya que este es un derecho de garantía y no de goce, y lo mismo sucede con el derecho legal de retención. En tal supuesto, pensamos el acreedor se subroga en el ejercicio del crédito prendario o garantizado por el derecho de retención, para así lograr que se incremente el

[47] CLARO SOLAR, L., *Explicaciones XI. De las obligaciones II*... cit., Nº 1113, pp. 582-584.

patrimonio del deudor. No se trata de embargar el crédito, sino de ejercerlo y conseguir el pago.

Dado que la norma habla de derechos reales del deudor sobre bienes de terceros, pensamos que cabe aquí también si el deudor tiene un crédito garantizado por hipoteca.

Por cierto, para que esto proceda el crédito prendario o hipotecario debe ser actualmente exigible.

No procedería esta acción ni para los usufructos legales, ni para los derechos de uso y habitación que son personalísimos y por tanto inembargables (art. 2466.3 CC).

b) Acción subrogatoria en derechos del arrendador o arrendatario

575 El Código añade que "podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 1965 y 1968" (art. 2466.2 CC).

El art. 1965 dispone que "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" (art. 1965.1 CC).

Aquí se pone como condición que se haya trabado embargo de la cosa arrendada; en tal caso, el o los acreedores ejecutantes se substituirán en los derechos y obligaciones del arrendador subsistiendo el contrato de arriendo. De esta manera, los acreedores durante la duración del juicio ejecutivo podrán percibir las rentas que pague el arrendatario. Pero hay que tener en cuenta que también asumen las obligaciones.

La subrogación en todo caso sólo procederá hasta que se remate el bien arrendado. Si el acreedor o acreedores se adjudican el inmueble en propiedad el arriendo se extinguirá salvo en los casos del art. 1962 (art. 1965.2 CC).

Para los acreedores del arrendatario se señala que la insolvencia declarada del arrendatario no pone necesariamente fin al arriendo, ya que el acreedor o acreedores podrán substituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador (art. 1968.1 y 2 CC). Esto es aún más difícil de que ocurra, pero podría interesar a los acreedores hacer subsistir el arrendamiento de un local comercial o de un predio para que el deudor pueda generar utilidades de su explotación.

En todo caso, en ambos supuestos: arrendador y arrendatario, más que una acción subrogatoria, estamos ante casos de subrogación en todo un contrato, con derechos y obligaciones.

c) Pérdida de la cosa debida

576 Se suele poner como un caso de acción subrogatoria la pérdida de la cosa debida por culpa o dolo de un tercero, ya que en tal caso el acreedor puede exigir al deudor que le ceda sus derechos y acciones contra ese tercero (art. 1677 CC). Pero aquí más bien estamos ante una cesión forzosa de derechos y no de una acción subrogatoria.

d) Repudio de donación, herencia o legado

577 El Código autoriza a los acreedores del que repudia una herencia o legado a aceptar en su nombre: "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 en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste" (art. 1238 CC).

La regla anterior se extiende a la donación y a quien no cumple una condición con el objeto de favorecer a un tercero: "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" (art. 1394.1 y 2 CC).

En este caso, existe una privación de efectos del acto jurídico de repudiación (lo que lo asemeja a la acción pauliana), pero además los acreedores son autorizados para ejercer el derecho del deudor de aceptar la herencia, legado o donación o de cumplir la condición de la que depende un derecho eventual para así incorporar al patrimonio del deudor bienes en los cuales puedan pagarse de sus créditos. Si existe un sobrante no puede beneficiarse el deudor que repudió, pero sí el tercero que se aprovecha del no cumplimiento de la condición de la que depende el derecho eventual (art. 1394.2 CC).

Como se ve, aquí se exige una previa autorización del juez, la que se tramitará mediante demanda interpuesta en juicio ordinario o sumario.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALTAMIRANO SÁNCHEZ, Emilio, "De la subrogación real", en *RDJ*, t. 33, Derecho, pp. 37-76; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "La acción subrogatoria", en *Revista Chilena de Derecho* 14, 1987, 2, pp. 335-394; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "La resolución y la nulidad y el ejercicio de la acción reivindicatoría por terceros: dos hipótesis de subrogación", en *Revista Chilena de Derecho* 27, 2000, 3, pp. 461-467; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2018.

III. Acción directa

1. Concepto

578 La acción directa es aquella que corresponde al acreedor de un deudor para ejercer directa y a su propio nombre un crédito que el deudor tiene en contra de un tercero.

En estos casos, por excepción y transgrediendo el principio de eficacia relativa de los actos jurídicos, el acreedor del deudor puede cobrar por sí mismo, sin subrogarse en la situación del deudor, un derecho que el deudor podría haber ejercido en contra de un tercero. Siendo así, los bienes no ingresan al patrimonio del deudor sino que van directamente al patrimonio del acreedor, de manera que, a diferencia de lo que sucede con la acción subrogatoria, su ejercicio no beneficia a los demás acreedores de ese deudor.

Siendo excepcional esta acción sólo procede en casos expresamente autorizados por la ley.

2. Supuestos de acción directa

a) Acción directa en el seguro de responsabilidad civil

579 La reforma al contrato de seguros introducida en el Código de Comercio por la ley Nº 20.667, de 2013, no explicita que se haya consagrado una acción directa del tercero víctima en contra de la compañía de seguros que debe responder por un seguro de responsabilidad civil a favor del asegurado. No obstante, nos parece claro que se la ha admitido al menos de manera implícita.

De hecho la definición del seguro contempla que la compañía se obliga a indemnizar al tercero víctima: "Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado, por un hecho y en los términos previstos en la póliza" (art. 570.1 CCom). A lo que se agrega que "en el seguro de responsabilidad civil, el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado, en virtud de sentencia ejecutoriada, o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento" (art. 570.2 CCom).

Esto se confirma con la definición de beneficiario: "Beneficiario: el que, aun sin ser asegurado, tiene derecho a la indemnización en caso de siniestro" (art. 513, c CCom).

Algunos han sostenido que este derecho de la víctima sólo sería para reclamar la indemnización ya determinada por sentencia o transacción. Pero nos parece que las normas aludidas pueden también entenderse como la concesión de una acción directa del perjudicado en contra de la compañía de seguros para que se determine la indemnización, juicio en el que debería participar también el asegurado ya sea como demandado o como tercero coadyuvante.

Siendo este derecho nacido de la ley y no del contrato de seguros no se aplicará el arbitraje forzoso que contempla el art. 543 del Código de Comercio, y la demanda se interpondrá en los tribunales ordinarios.

b) Acción de trabajadores de contratista contra dueño de la obra

580 En este caso se distingue si los artífices u obreros han contratado directamente con el dueño de la obra en construcción se mirarán como contratistas independientes y tendrán acción para cobrar sus remuneraciones en su contra. Pero "si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta concurrencia de lo que éste deba al empresario" (art. 2003.5º CC).

De esta manera se reconoce una acción directa de los trabajadores del contratista en contra del dueño de la obra, pero de manera subsidiaria y sólo hasta concurrencia de lo que el dueño deba al empresario o contratista por la misma obra. Se trata de una acción directa ya que los trabajadores en este caso ejercen sus propios derechos para cobrar lo que el dueño de la obra debía al empresario constructor.

c) Acción del mandante contra el delegado del mandatario

581 Es posible que el mandatario delegue el mandato a un tercero para que este actúe por cuenta del mandante. Más allá de los efectos de si la delegación ha sido autorizada o no, el Código dispone que "El mandante podrá en todos casos ejercer contra el delegado las acciones del mandatario que le ha conferido el encargo" (art. 2138 CC).

Algunos piensan que aquí se trata de un caso de acción oblicua o subrogatoria, pero concordamos con la mayoría de que aquí estamos ante un supuesto de acción directa ya que la norma no señala que el mandante se subrogue en la situación del mandatario para ejercer las acciones, sino que actúa como mandante.

De esta manera, si el delegado hubiere vendido un automóvil del mandante y retuviere parte del precio, el mandante podrá reclamar esa parte del precio que retiene el delegado.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SALINAS UGARTE, Gastón, "La responsabilidad civil y la acción directa en el seguro", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 8, 2002, pp. 233-246.

IV. ACCIÓN PAULIANA O REVOCATORIA

1. Concepto, origen, naturaleza y caracteres

a) Origen

582 La acción pauliana proviene del Derecho romano, aunque se discute de dónde viene la denominación. Algunos sostienen que ha sido obra de un pretor llamado

Paulo, mientras otros piensan que un glosador le dio este nombre porque ella aparecía en un texto del Digesto atribuido al jurisconsulto Paulo (D. 22.1.38).

En todo caso, el Derecho romano otorgaba un interdicto fraudatorio (D. 42.8.10) a los acreedores para revocar los actos de disposición que se hacían en fraude de sus derechos, y que debía ejercerse en el procedimiento colectivo de ejecución de bienes. El *curator bonorum* la ejercía a nombre de los acreedores una vez realizada la *venditio bonorum* sin que se satisficieran los créditos de los acreedores y se pusiera de manifiesto la insolvencia del deudor (*eventus damni*). El plazo era de un año y recuperados los bienes enajenados por el deudor se realizaba una nueva venta forzada.

El *fraus creditorum* era un delito privado sancionado justamente con la reintegración de bien enajenado o con una condena pecuniaria por el valor del bien, si éste se había deteroriado.

Esta acción fue muy estudiada durante la Edad Media, y llegó a un artículo del Código Civil francés, del cual pasó al nuestro.

b) Fundamento, concepto y consagración normativa

583 La acción pauliana o revocatoria permite evitar el perjuicio de los acreedores cuando un deudor observa que no podrá pagar y comienza a disponer de bienes o a contraer nuevas deudas con garantías reales en sus bienes.

Muchas veces estos serán actos simulados, por lo que se podrá intentar la nulidad de pleno derecho o, para algunos autores, la acción de simulación. Pero la acción pauliana en estos casos no será útil, ya que ella supone actos o contratos reales, aunque perjudiciales para la garantía universal de los acreedores constituida por el patrimonio del deudor. Por ejemplo, si el deudor vende un inmueble por un precio en dinero que luego no se logra ubicar, o si lo vende a un precio muy inferior a su valor. Por cierto si hace donación de uno o más bienes a un tercero el acreedor se verá perjudicado.

De esta manera la ley concede al acreedor una acción que evite el perjuicio de la insolvencia por medio de la privación de efectos de los actos realizados por el deudor.

La acción pauliana o revocatoria puede conceptualizarse como aquella acción que permite a un acreedor el dejar sin efectos actos y contratos del deudor que, al provocar o agravar la insolvencia, vayan en perjuicio de la ejecución de su crédito y en la medida en que el deudor haya procedido con fraude o mala fe.

Nuestro Código Civil la regula en un solo precepto: "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, inclusos 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" (art. 2468 CC).

c) Naturaleza jurídica

584 En general son tres las teorías que en el Derecho Civil actual se han propuesto para explicar esta acción. La primera señala que la norma del Código que consagra la acción señala que los acreedores tienen derecho para que se "rescindan" los contratos onerosos o que los actos gratuitos serán "rescindibles", con lo que se llega a la conclusión de que estaríamos frente a una *invalidez o nulidad* del acto jurídico. Pero lo cierto es que el Código usa la palabra rescisión sólo como privación de efectos. De hecho el mismo Código distingue entre la nulidad relativa y el derecho a la rescisión del acto (art. 1682.3 CC). Por ello esta teoría es descartada por nuestra doctrina. El acto es válido y real.

Una segunda teoría propuesta en Francia por Marcel Planiol (1853-1931) es la que ve esta acción como una *acción reparatoria de perjuicios*. Siendo el fraude pauliano un acto ilícito que provoca perjuicios procede esta acción como forma de reparación de este daño mediante la reintegración de los bienes enajenados al patrimonio del deudor. Esta tesis, sin embargo, llega a confundir lo que es una acción de tutela de los derechos de acreedor con una acción de responsabilidad civil extracontractual, lo que no parece acertado.

En nuestro país la tesis que parece predominar es que se trataría de una *acción de inoponibilidad por fraude*. El acto sería válido pero no oponible al acreedor en el perjuicio que experimentaría. Esta inoponibilidad debería, sin embargo, declararse judicialmente.

Proponemos, en cambio, que aquí estamos ante una acción revocatoria de un acto jurídico que permite dejarlo sin efectos en cuanto perjudica a uno o más acreedores, y en tal sentido se trataría de un medio de tutela preventivo del crédito.

d) Caracteres

585 Se discute si se trata de una acción real o de una acción personal, ya que implica a terceros adquirentes o subadquirentes. La doctrina se ha uniformado en que se trata de una *acción personal* que nace de un derecho personal como lo es el crédito, y si se extiende a terceros es porque este ha participado con el deudor en la celebración de actos que van en perjuicio del o los acreedores.

Además, se trata de una *acción directa* que el demandante ejerce a su propio nombre y no en subrogación del deudor.

Se trata de una *acción patrimonial*, por lo que puede ser cedida si se cede el crédito o transmitida *mortis causa* si el crédito se transmite a los herederos del acreedor.

Más dudas produce la *renuncia anticipada* porque en tal caso estaríamos frente a una condonación del dolo futuro que, como sabemos, es nula por objeto ilícito.

Finalmente, se trata de una acción que se extingue por prescripción extintiva (art. 2468.3º).

2. Requisitos

a) Actos susceptibles de revocación

586 El art. 2468 del Código Civil menciona a los contratos onerosos, a los que se asimilan las hipotecas, prendas y anticresis. Por oposición se mencionan contratos gratuitos, y se mencionan expresamente remisiones de deuda y pactos de liberación. Como se ve, la norma es amplia, por lo que permite que se incluya todo tipo de actos, hasta pagos de deudas no exigibles o anticipados.

Se observa que deben ser actos voluntarios del deudor y no contratos forzados, como lo sería una venta en juicio ejecutivo y además siempre que se refieran a bienes embargables.

También el otorgamiento de garantías a créditos ya existentes, si es fraudulento, cae dentro del ámbito de la acción pauliana.

No es necesario que se trate de actos de disposición o enajenación y basta que contengan la obligación de enajenar como sería la promesa de compraventa.

Actos personalísimos o del derecho de familia caen fuera del ámbito de esta acción, como sucedería con el reconocimiento de un hijo o el matrimonio del deudor que produce la obligación de alimentos.

Se ha señalado que el pacto de separación total de bienes y liquidación de la sociedad conyugal tampoco puede ser objeto de esta acción, pero pensamos que esto se debe a que hay una protección mucho más enfática respecto de los acreedores: "El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer" (art. 1723. 2 CC). Esta norma hace innecesaria la interposición de una acción revocatoria, ya que aquí la inoponibilidad es de pleno derecho y bastará que el acreedor ejerza sus acciones sin atender al pacto de separación total de bienes.

Se ha discutido si el acto puede ser anterior al surgimiento del crédito. Por regla general, predomina la negativa, ya que el acreedor al momento de otorgar el crédito debe analizar el patrimonio del deudor. Pero algunos han planteado que el deudor puede prepararse para evitar hacer frente a un crédito que puede surgir, como por ejemplo si una persona después de atropellar a alguien con su vehículo está siendo objeto de un juicio de responsabilidad civil, y enajena previamente sus bienes. Nos parece que para estos casos bastarán las medidas precautorias o conservativas para evitar que el demandado enajene sus bienes.

b) Perjuicio de los acreedores

587 En dos números, el art. 2468 del Código se refiere explícitamente a que los contratos onerosos, garantías o gratuitos deben ser aquellos que "el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos [acreedores]", de los (Nº 1) y que "serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores" (Nº 2).

Primero, digamos que basta que sea un acreedor el perjudicado para que pueda ejercer la acción. La norma habla de acreedores en plural porque se pone en el caso de un deudor con múltiples deudas, pero no es necesario que haya dos o más acreedores.

El perjuicio consiste en que el acto produce o agrava la insolvencia, entendida como la imposibilidad del deudor de hacer frente a todas sus deudas con los bienes embargables de su patrimonio.

Este perjuicio debe darse a la hora de celebración del acto que se pretende revocar pero también a la fecha de interposición de la demanda, ya que si el deudor inesperadamente ha adquirido nuevos bienes (ya sea por una herencia o por un premio de lotería) no podrá probarse la insolvencia.

Se discute si el acreedor que tiene un crédito condicional o a plazo puede ejercer esta acción. La doctrina nacional mayoritariamente se pronuncia de manera negativa, salvo que el crédito a plazo por insolvencia notoria haya sufrido de caducidad del plazo.

Nos parece que los términos amplios del art. 2468 al hablar de acreedores sin distinción y la posibilidad de que incluso el acreedor condicional pueda reclamar medidas conservativas en razón de su derecho, debiera admitirse que acreedores condicionales o incluso a plazos no caducados puedan ejercer esta acción. Se explica esto porque se trata de actos realizados en fraude de estos acreedores que, cumpliéndose la condición suspensiva o el plazo, verán mermados sus derechos y sufrirán el perjuicio de la insolvencia del deudor.

Por cierto, el perjuicio (la insolvencia o su agravamiento) debe ser probado por el o los acreedores demandantes. Así se deduce del Nº 2 del art. 2468 que dispone: "probándose [...] el perjuicio de los acreedores" (art. 2468.2º CC).

c) Mala fe (fraude pauliano)

588 Nuestro Código Civil prefirió hablar de mala fe en vez de fraude, pero objetivizó esta mala fe haciéndola consistir en el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor.

Pero distinguió para exigir la mala fe. Si se trata de contratos onerosos, hipotecas, prendas y anticresis se exige que tanto el deudor como el tercero estén de mala fe: "estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero" (art. 2468.1º CC). La Ley Concursal dispone que se presumirá el conocimiento del mal estado de los negocios por parte de la persona deudora para actos a título oneroso celebrados antes del inicio del Procedimiento Concursal respectivo (art. 290.4 LRLEP).

En cambio, para los actos que no sean contratos onerosos, ni hipotecas prendas o hipotecas (en general actos gratuitos), sólo exigió que se probara la mala fe del deudor (art. 2468.2º CC). Es claro que aquí también se aplica la regla de que mala fe constituye conocimiento del mal estado de los negocios, es decir, de la insolvencia del deudor.

El Código no reguló la situación de los subadquirentes, es decir, de aquellos a los cuales el adquirente inicial enajenó los bienes comprendidos en el acto otorgado por el deudor. Así, por ejemplo, el deudor vendió a Juan sus acciones en una sociedad anónima, y luego Juan las vende o dona a María. ¿Puede el acreedor demandar la restitución de las acciones adquiridas por María, en tanto subadquirente?

La doctrina concuerda en que si la acción no procede para el tercero adquirente porque no estaba de mala fe cuando se otorgó el acto o contrato oneroso, o si el deudor no estaba de mala fe en caso de un acto que no sea oneroso, tampoco procederá contra el subadquirente.

Pero se discute si la acción procede contra el adquirente porque éste estaba de mala fe o el deudor estaba de mala fe al otorgar un acto gratuito. Para algunos, especialmente aquellos que piensan que estamos ante una acción de nulidad, procede en todos los casos la acción contra el subadquirente aunque haya estado de buena fe. Pero la mayoría de los autores se decanta por la opinión de que al subadquirente deben aplicarse las mismas reglas que para el adquirente: por tanto, si se trata de un acto oneroso debe probarse que está de mala fe, no así si se trata de un contrato gratuito.

d) ¿Debe estar el deudor en concurso o cesión de bienes?

589 La duda la produce el texto del art. 2468 que se debe relacionar con el art. 2467 que dispone: "Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores". El art. 2468 parte señalando que "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:".

Esto hizo que algunos tribunales, al inicio, exigieran que el deudor estuviera declarado en concurso de liquidación para que procediera la acción revocatoria siempre que se trate de actos anteriores.

Pero lo cierto es que el encabezado del art. 2468 se entiende si se lo relaciona con el art. 2467. Como este precepto declara nulos los actos realizados después de que se ha abierto concurso o que se ha hecho cesión de bienes, parece lógico que a los actos ejecutados antes, se les apliquen las normas de la acción revocatoria o pauliana, pero esto no implica que se esté exigiendo que haya apertura de concurso o cesión de bienes, y perfectamente puede proceder la acción pauliana aunque el deudor no se ha sometido a concurso ni haya hecho cesión de bienes.

3. Procedimiento

590 La acción pauliana o revocatoria debe ejercerse ante los tribunales en procedimiento de juicio ordinario y demandando tanto al deudor como a los terceros adquirentes y subadquirentes.

Baste que demande un acreedor, aunque los demás podrían comparecer al juicio como terceros coadyuvantes, para así aprovecharse del fallo que acoja la acción.

Obtenida la sentencia, podrá embargarse el bien objeto de la acción ya sea en el proceso de ejecución del fallo o mediante un juicio ejecutivo en el que servirá de título ejecutivo la misma sentencia.

Una acción más rápida podría tramitarse conforme al juicio ejecutivo siempre que el crédito del acreedor conste de un título ejecutivo y concurran las demás exigencias para la admisibilidad de la acción ejecutiva. La acción pauliana se ventilará como incidente y aprobado el incidente podrá embargarse bienes del tercero adquirente como lo autoriza el mismo Código de Procedimiento Civil, pudiendo sacarlos el acreedor a remate judicial (art. 454 CPC). Este puede ser un procedimiento riesgoso porque no siempre el juez podrá considerar que la acción pauliana pueda tramitarse por medio de un mero incidente.

4. Efectos

591 A diferencia de la acción subrogatoria, la acción pauliana tiene efectos relativos, es decir, sólo aprovecha al o los acreedores que hayan intervenido en el juicio, ya que en la subrogatoria el acreedor ejerce los derechos del deudor, mientras que en la acción pauliana o revocatoria el acreedor actúa a su propio nombre.

La relatividad de la acción tiene otra manifestación, y es que el acto se revoca sólo hasta concurrencia del perjuicio del o los acreedores que hayan demandado, es decir, en general hasta el monto del crédito. Lo que sobre aprovechará al tercero. Así, por ejemplo, si se revoca una donación de un bien inmueble y el acreedor tiene un crédito por seis millones de pesos y sacado a remate la venta produce diez millones de pesos, el donatario tendrá derecho a los cuatro millones de pesos restantes.

Se discute si el bien objeto del contrato hecho en fraude de los acreedores reingresa al patrimonio del deudor o si se le debe embargar directamente en el patrimonio del adquirente. La verdad no vemos qué diferencia puede haber entre estas dos opciones, porque lo que importa es que el bien sea embargado para que se venda ejecutivamente y así se haga pago al acreedor o acreedores demandados.

El tercero adquirente podrá retener el bien o mantener la garantía constituida si hace pago al acreedor demandante. En este caso, el pago no dará derecho a la subrogación aunque sí a un reembolso en contra del deudor. Pero podría aplicarse el supuesto de quien paga una deuda ajena consintiéndolo tácitamente el deudor (art. 1610.5º CC).

Lo normal es que se trate de actos por los que han salido bienes del patrimonio del deudor, pero también podrá quedar sin efecto una hipoteca, prenda o anticresis, o que sea privada de eficacia una condonación o remisión de deuda. En este último caso, deberá ejercerse la acción subrogatoria para ejercer el crédito del deudor, aunque este supuesto no está autorizado por el Código, pero el hecho de que se admita la revocación de esta condonación da para que implícitamente se reconozca aquí una acción subrogatoria.

Al perder el bien el tercero adquirente a título oneroso, hará valer su derecho a ser saneado de la evicción de la cosa, aunque sea parcialmente. No empece a este derecho el que haya sido cómplice en el fraude con el deudor.

5. Prescripción de la acción

592 Dados los problemas que podrían presentarse por la impugnación de actos que el deudor ha celebrado en el ejercicio de su libertad contractual, el Código ha dispuesto una prescripción de plazo muy breve: "Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato" (art. 2468.3º CC).

Se observa que el plazo se cuenta no desde que se conoce el acto o contrato, sino desde la fecha de su celebración.

Siendo una prescripción especial de corto tiempo, el plazo corre contra toda persona y no se suspende (art. 2524 CC).

6. Acciones revocatorias concursales

593 La Ley Concursal regula en su capítulo VI las acciones revocatorias concursales (arts. 287 a 294 LRLEP), y distingue aquellas que proceden respecto de la empresa deudora y aquellas que se admiten para la persona deudora.

Respecto de la empresa deudora se distinguen casos de revocabilidad objetiva y de revocabilidad subjetiva. Los de revocabilidad objetiva deben verificarse dentro del año anterior al inicio de los procedimientos de reorganización o liquidación y afecta a pagos anticipados, pagos hechos en forma distinta de la convenida, y la hipoteca, prenda o anticresis sobre bienes de la empresa deudora para garantizar obligaciones contraídas con anterioridad.

El plazo se amplía dos años anteriores al inicio de esos procedimientos si se trata de actos gratuitos o de los actos anteriores con personas relacionadas.

La revocabilidad subjetiva se produce frente a cualquier acto o contrato celebrado por la empresa deudora con cualquier persona siempre que concurran: conocimiento del contratante del mal estado de los negocios de la empresa deudora y que el acto cause perjuicio a la masa o altere la posición de igualdad de los acreedores en el concurso. El plazo es el de dos años anteriores al inicio de los procesos de Reorganización o Liquidación. Se añade que en el plazo de seis meses

anteriores al inicio de dichos procesos, podrán revocarse las reformas a los pactos o estatutos sociales si disminuyen el patrimonio del deudor.

Para la persona deudora se aplican las mismas reglas: a saber, serán revocables los pagos anticipados, no hechos conforme a lo estipulado en hipotecas, prendas y anticresis constituidas con posterioridad a la obligación en el plazo de un año anterior al inicio del procedimiento de renegociación o de liquidación; para estos mismos actos pero con personas relacionadas el plazo se amplía a dos años y este plazo también se aplica a actos y contratos a título gratuito. Si el demandado prueba que estos últimos actos no han producido perjuicio a la masa, desechará la demanda. Para los actos a título oneroso ejecutados con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal respectivo, se aplicará el art. 2468 del Código Civil pero se presume que la Persona Deudora conocía el mal estado de sus negocios antes del inicio del Procedimiento Concursal.

Estas acciones deben ser interpuestas por el Veedor o el Liquidador y pueden serlo por los acreedores. Se interponen ante el juez que conoce o debiera conocer del proceso concursal, se tramitan con arreglo al procedimiento sumario y las sentencias son apelables en ambos efectos. El plazo para interponerlas es de un año desde la Resolución de Reorganización o de Liquidación o de Admisibilidad, según corresponda.

El juez puede decretar medidas cautelares para asegurar el resultado de las acciones ejercidas. El juez debe ordenar la restitución, y además debe fijar la diferencia de valor entre el acto o contrato revocado y el valor de mercado bajo similares condiciones a las existentes a la época del acto o contrato revocado. El tercero puede pagar esta diferencia para evitar la restitución. También tiene derecho a que se le devuelva lo que hubiere pagado en virtud del acto o contrato revocado, pero debe verificar este crédito que será pospuesto incluso a los valistas. Si la parte no restituye la cosa o el valor fijado en la sentencia, podrá exigirse el cumplimiento forzado.

La sentencia que revoque estos actos afectará al contratante y a terceros "cuando estos últimos conozcan el mal estado de los negocios del Deudor al momento de ejecutar el acto o celebrar el contrato respectivo" (art. 294 LRLEP). Parece claro que estos terceros son terceros subadquirentes que han contratado con el contratante del deudor.

Se ha discutido sobre la naturaleza de estas acciones revocatorias concursales, y resurgen las tres teorías que se ofrecen para la acción pauliana: nulidad, inoponibilidad y reparatoria en especie. La nueva ley no habla ni de nulidad ni de inoponibilidad, sino de acciones revocatorias, aunque la revocación es más bien una facultad de las partes de un contrato como por ejemplo el mandato. Nuevamente, pensamos que estamos ante acciones tutelares del interés de los acreedores cuando el deudor ha sido declarado tal en un proceso concursal.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, "El interés jurídico como condición de ejercicio de las acciones de simulación y pauliana y el derecho

para deducirlas perteneciente a los acreedores posteriores al acto de enajenación del deudor", en A. Guzmán (edit.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo,* Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, pp. 305-329; PARRA VERGARA, Álvaro, "Algunas consideraciones sobre las revocatorias e inoponibilidades en el Derecho concursal chileno moderno", en *GJ* 357, 2010, pp. 7-12; ROMERO SEGUEL, Alejandro, "La acción para la declaración de inoponibilidad de un acto o contrato", en A. Zúñiga (edit.), *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 251- 264.; SEVERIN FUSTER, Gonzalo y CARVAJAL ARENAS, Lorena, "La acción pauliana civil en el procedimiento concursal. A propósito de la regulación de las acciones revocatorias en la Ley N° 20.720", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 803-815; GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "El perjuicio como justificación de la revocación concursal", en *Ius et Praxis* 22, 2016, 1, pp. 87-128; JEREZ DELGADO, Carmen, "La acción pauliana en el Derecho Civil chileno y español: conexiones con el enriquecimiento injustificado y con la responsabilidad extracontractual", en *Revista Jurídica Digital* (Universidad de los Andes) 1, 2017, pp. 57-75; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, *La responsabilidad contractual*, Ediciones UC, Santiago, 2018.

V. ACCIÓN DE BENEFICIO DE SEPARACIÓN

1. Concepto

594 Se trata de una institución regulada en el título XII del libro III sobre sucesiones, por lo que aquí sólo corresponde dar algunas nociones mínimas. Basándonos en la disposición del art. 1378 del Código Civil podemos conceptualizar este beneficio diciendo que es aquel por el cual los acreedores hereditarios y testamentarios pueden pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero para así tener derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero.

Este beneficio debe demandarse judicialmente y por ello es necesario hablar de una acción de beneficio de inventario.

2. Legitimación activa y pasiva

595 Se trata de una acción que constituye un medio de tutela del acreedor que puede ejercerse por acreedores hereditarios (por deudas que el causante contrajo en vida) o acreedores testamentarios (legatarios). Basta que uno la ejerza para que aproveche a los demás (art. 1382 CC).

No es necesario que el acreedor que interpone esta acción tenga un crédito actualmente exigible; basta que esté pendiente de plazo o condición (art. 1379 CC). Pero el crédito no debe estar prescrito (arts. 1380 y 1382.1 CC). Se excluye al acreedor que haya renunciado al beneficio, renuncia que puede ser tácita: no

procede el beneficio si "el acreedor ha reconocido al heredero por deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del dicho heredero, o un pago parcial de la deuda" (art. 1380.1º y 1382.1 CC).

La legitimación pasiva es discutida, pero en general se sostiene que debe demandarse al heredero.

La acción debe ejercerse en procedimiento ordinario o sumario ante el juez competente, que será el de la apertura de la sucesión.

La sentencia que acoge la acción de beneficio de separación si hubiere bienes raíces en la sucesión, se inscribirá en el Registro o Registros que por la situación de dichos bienes corresponda, con expresión de las fincas a que el beneficio se extienda (art. 1385).

3. Efectos

596 El beneficio de separación acogido judicialmente aprovecha a todos los acreedores hereditarios y testamentarios (art. 1382.1 CC), y produce una auténtica separación de los patrimonios: los bienes del causante por una parte y los bienes del heredero por otra. Por eso se dispone que la acción no procederá "cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero, o se han confundido con los bienes de éste, de manera que no sea posible reconocerlos" (art. 1380.2º CC).

No obstante, si sólo algunos bienes hubieren sido enajenados por el heredero se autoriza el ejercicio de una acción pauliana o revocatoria extraordinaria: "Las enajenaciones de bienes del difunto hechas por el heredero dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas o censo" (art. 1384 CC). Nuevamente el Código habla de rescisión, pero hemos de entender que se refiere sólo a la pérdida de eficacia sobrevenida de la enajenación.

Una vez agotados los bienes del causante, el sobrante "se agregará a los bienes del heredero, para satisfacer a sus acreedores propios, con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio" (art. 1382.2 CC).

En tal caso, los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación, o aprovechándose de ella "no tendrán acción contra los bienes del heredero, sino después que se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente; mas aun entonces podrán oponerse a esta acción los otros acreedores del heredero hasta que se les satisfaga en el total de sus créditos" (art. 1383 CC).

Capítulo octavo - Liquidación concursal, cesión de bienes y prelación de créditos

I. Nociones generales sobre los procesos concursales

1. La Ley Concursal y su espíritu general

597 La ley Nº 20.720, de 2014, conocida como la Ley Concursal, aunque su título oficial es Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, vino a sustituir la anterior Ley de Quiebras, ley Nº 18.575, y su espíritu fue el de evitar que se entendiera que por la insolvencia la empresa o la persona estaban ya arruinadas o hubieran fracasado. Por eso se sustituyó la expresión "quiebra" y otras como la "deudor fallido", la de "síndico de quiebras", la de "rehabilitación del deudor", etc. La Superintendencia de Quiebras se denomina ahora Superintencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

La idea fundamental que guía la nueva normativa es que las empresas y las personas naturales pueden tener fracasos en sus emprendimientos sin que ello tenga que ser una especie de infamia que les acompañará en el futuro.

Todo negocio, toda inversión, todo emprendimiento tiene el riesgo de no ser exitoso y, ante ello, lo que cabe es, primero, intentar una reorganización que dé viabilidad al proyecto o, a falta de esto, que se liquiden los activos haciendo pago a todos los acreedores según sus preferencias, ojalá de un modo rápido y eficiente.

Si el deudor ha cometido ilícitos, ellos deberán castigarse aparte, conforme al derecho penal y en la jurisdicción criminal que corresponde. La ley introduce, en consecuencia, varios tipos penales nuevos en el Código Penal (nuevo párrafo 7 del título IX del libro II: arts. 463 a 465 bis). Esto sustituye la antigua calificación de la quiebra en fortuita, culpable o fraudulenta.

La ley distingue entre empresa deudora y persona deudora. En la denominación de empresa deudora se incluyen las personas jurídicas y las personas naturales que tributan en primera categoría o según el art. 42 Nº 2 del D.L. 824, de 1974, Ley de la Renta. Los demás son personas deudoras (arts. 2.13º y 25º LRLEP). Además, se habla de personas relacionadas para comprender parientes, sociedades y personas a las que se refiere el art. 100 de la ley Nº 18.045, de Mercado de Valores, para impedir que haya fraudes o elusiones de las prohibiciones de la ley (art. 2.26º LRLEP).

2. Procedimientos concursales de Reorganización y de Renegociación

598 Para las empresas deudoras se diseña un *Procedimiento Concursal de Reorganización,* que debe ser solicitada al tribunal del domicilio de la empresa. Se debe nombrar un Veedor que supervise el proceso y cuyo nombramiento es certificado por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. Una vez presentados los antecedentes por parte de la peticionaria el tribunal debe dictar la Resolución de Reorganización que dispondrá que por los 30 días siguientes a la notificación de la Resolución la empresa gozará de lo que se denomina un período

de protección financiera concursal que impide que se presenten solicitudes de liquidación, suspende los juicios ejecutivos, excepto los laborales que reclamen créditos de la primera clase, se suspenden los plazos de prescripción y todos los contratos y créditos mantienen vigencia y sus mismas condiciones de pago.

Publicada la resolución en el Boletín Concursal (que está en la página web de la Superintendencia) se citará a una Junta de Acreedores y diez días antes la empresa debe presentar una propuesta de acuerdo que tenga por objeto reestructurar sus activos y pasivos para seguir operando. Si no la presenta, se decreta de inmediato la liquidación. La propuesta debe ser informada por el Veedor. En la Junta concurrirán los acreedores con créditos reconocidos en el informe del Veedor y la propuesta de acuerdo será aprobada si cuenta con el consentimiento de la empresa y de al menos dos tercios de los acreedores presentes que representen dos tercios del total del pasivo. El acuerdo puede establecer condiciones diferentes para categorías de acreedores, y en ese caso se votarán separadamente, pero condicionados a la aprobación de todos. El texto íntegro del acuerdo debe publicarse en el Boletín Concursal. El acuerdo puede ser objeto de impugnaciones ante el juez, pero si no se deducen o ellas son rechazadas, el acuerdo obliga al deudor y a todos los acreedores de cada clase o categoría de éste, hayan o no concurrido a la Junta que lo acuerde.

Si se incumple el acuerdo, cualquier acreedor puede demandar ante el mismo tribunal en que se tramitó y, acreditado el incumplimiento, se dictará de oficio y sin más trámite la Resolución de Liquidación de la Empresa Deudora.

La ley regula también un Acuerdo de Reorganización Extrajudicial o simplificado que debe otorgarse ante ministro de fe o ante ministro de fe de la Superintendencia, pero luego debe ser presentado al juez competente para su aprobación con informe de un Veedor. La aprobación debe ser hecha por dos o más acreedores que representen las tres cuartas partes del pasivo correspondiente a su clase o categoría. Publicado el acuerdo en el plazo de diez días el juez puede citar a los acreedores para que manifiesten su aprobación y si aprueban o los acreedores no comparecen o se vence el plazo sin que se les haya notificado, el juez dictará una sentencia por la que aprobará el Acuerdo simplificado, la que el Veedor publicará en el Boletín Concursal.

Para la persona deudora se regula un *Procedimiento Concursal de Renegociación* en los arts. 260 a 272 de la Ley Nº 20.720, de 2014. Este procedimiento procede a solicitud del deudor ante la Superintendencia si tuviere dos o más obligaciones vencidas por más de 90 días corridos, actualmente exigibles, provenientes de obligaciones diversas, cuyo monto total sea superior a 80 unidades de fomento. Se exige además que no haya sido notificado de una demanda que solicite un Procedimiento Concursal de Liquidación o de cualquier otro juicio ejecutivo iniciado en su contra que no sea de origen laboral. La solicitud debe acompañarse de varias declaraciones juradas y de una propuesta de renegociación de todas las obligaciones vigentes. Si se cumplen los requisitos o si estos han sido subsanados en el plazo que se ha otorgado, la Superintendencia emitirá una Resolución administrativa de Admisibilidad, la que da lugar a efectos semejantes a

la protección financiera concursal, es decir, no pueden interponerse solicitudes para un procedimiento concursal de liquidación o demandas en juicios ejecutivos, se suspenden plazos de prescripción extintiva, no corren intereses moratorios, y mantienen vigencia los créditos y contratos y sus condiciones de pago. En compensación, el deudor no podrá ejecutar actos ni celebrar contratos relativos a sus bienes embargables que sean parte de Procedimiento Concursal de Renegociación, bajo amenaza de sanción penal por el delito de depositario alzado.

La resolución de admisibilidad debe fijar una fecha para una audiencia de determinación del pasivo a la que deben concurrir los acreedores y que se realiza ante el Superintendente o a quien este designe. Determinado el pasivo se publicará la resolución en el Boletín Concursal y se citará a una audiencia de renegociación, la que se acordará por el voto conforme de la Persona Deudora y de dos o más acreedores que en conjunto representen más del 50% del pasivo reconocido. Se dan reglas especiales para los acreedores que gozan de garantías personales o reales.

En caso de no lograrse acuerdo de renegociación, se procederá a una audiencia de ejecución de los bienes del deudor. El Superintendente o quien haga sus veces hará una propuesta de ejecución, la que debe ser acordada por la persona deudora y dos o más acreedores que representen a lo menos el 50% del pasivo reconocido con derecho a voto. El acuerdo de ejecución contendrá la forma en que serán realizados los bienes y el pago a los acreedores en la forma establecida en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, De la Prelación de Créditos, para lo cual puede nombrarse un liquidador. Si no se llega a acuerdo, la Superintendencia declarará el término anticipado del procedimiento y remitirá los antecedentes al juez competente para que se inicie el Procedimiento Concursal de Liquidación.

Si hay acuerdo de renegociación, las obligaciones respecto de los créditos que conforman dicho acuerdo se entenderán extinguidas, novadas o repactadas, según lo acordado. Si hay acuerdo de ejecución, se entenderán extinguidos, por el solo ministerio de la ley, los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por la Persona Deudora respecto de los créditos parte de dicho acuerdo, a contar de la publicación de esa resolución en el Boletín Concursal.

3. Procedimientos concursales de liquidación

599 La ley Nº 20.720 regula minuciosamente el *Procedimiento Concursal de Liquidación de la Empresa Deudora* en los arts. 115 a 259, distinguiendo Liquidación voluntaria y Liquidación forzosa.

La voluntaria es la que solicita la misma Empresa ante el juez de letras competente, acompañando una serie de antecedentes. El juez, si cumple con los requisitos, dictará la Resolución de Liquidación.

La Liquidación Forzosa, en cambio, es la que solicitan uno o más acreedores. Para ello deben configurarse las siguientes causales: 1ª) Si cesa en el pago de una obligación que conste en título ejecutivo con el acreedor solicitante; 2ª) Si existieren

en su contra dos o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, encontrándose iniciadas a lo menos dos ejecuciones, y no hubiere presentado bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos; y 3ª) Cuando la Empresa Deudora o sus administradores no sean habidos, y hayan dejado cerradas sus oficinas o establecimientos sin haber nombrado mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas. En este último caso, el demandante podrá invocar como crédito incluso aquel que se encuentre sujeto a un plazo o a una condición suspensiva.

El o los acreedores deben presentar demanda acompañando los antecedentes que justifiquen las causales, y vale vista o boleta bancaria por cien unidades de fomento a la orden del tribunal para subvenir los gastos iniciales. Propondrá el nombre de un Veedor para el caso de que la empresa deudora se oponga y el nombre de un Liquidador titular y suplente para el caso de que la empresa no comparezca o no se presente a la audiencia inicial. El juez verifica que se cumplan los requisitos y si es así decreta una audiencia para el quinto día desde la notificación personal de la empresa deudora. En la audiencia inicial la empresa puede enervar la demanda pagando el o los créditos vencidos mediante consignación, allanarse a la demanda, acogerse al procedimiento de renegociación u oponerse a la demanda por las causales señaladas en el art. 464 del Código de Procedimiento Civil. Si la empresa no comparece o compareciendo no realiza alguna de estas actuaciones, el juez dictará la Resolución de Liquidación y nombrará al liquidador propuesto.

Si deduce oposición el juez deberá hacerlo por escrito alegando las excepciones, ofreciendo la prueba y acompañando los documentos pertinentes. El juez debe verificar el cumplimiento de las exigencias para la oposición y decretar una audiencia de prueba, concediendo al acreedor la opotunidad de rendir prueba. Rendidas las pruebas, el juez debe citar a una audiencia de fallo donde dictará sentencia: si rechaza la oposición, debe declarar la liquidación de la empresa, si la acoge la empresa deudora podrá demandar de perjuicios al demandante si ha procedido con dolo o culpa.

La Resolución de Liquidación debe contener, entre otras circunstancias, la designación de un Liquidador y un suplente, y la orden para que se incauten todos los bienes de la empresa deudora, con auxilio de la fuerza pública, orden de acumular todos los juicios pendientes con efectos sobre sus bienes, la advertencia al público que no pague ni entregue mercaderías al Deudor, la orden de inscribir la Resolución de Liquidación en los conservadores de bienes raíces correspondientes a cada uno de los inmuebles y de anotarla al margen de la inscripción social de la Empresa Deudora en el Registro de Comercio, y la indicación de lugar, fecha y hora de la primera Junta de Acreedores.

Una vez ejecutoriada esta resolución, el deudor queda inhabilitado para administrar los bienes presentes sujetos al Procedimiento Concursal. La administración pasa de pleno derecho al Liquidador designado. Se excluyen los bienes inembargables. La administración del usufructo legal queda sujeta a la

intervención del Liquidador, pero el tribunal, con audiencia del Liquidador y del Deudor, puede determinar la cuota de los frutos para su subsistencia y la de su familia, habida consideración de sus necesidades y la cuantía de los bienes bajo intervención.

Se establecen diversas reglas sobre bienes futuros, suspensión de ejecuciones individuales, exigibilidad y reajustabilidad de obligaciones y de otros instrumentos, determinación del valor actual de los créditos, reajuste de intereses, impedimento para las compensaciones legales, derecho legal de retención, acumulación de procesos, medidas cautelares, acciones reivindicatorias, resolución de compraventas, mercaderías en tránsito, incautación e inventario de bienes,

Se regula la determinación del pasivo, mediante un proceso de verificación ordinaria de créditos. Los acreedores tienen plazo de 30 días desde la notificación de la Resolución de Liquidación para verificar sus créditos y alegar las preferencias. El Liquidador deberá publicar en el Boletín Concursal todas las verificaciones presentadas. En el plazo de diez días, el Liquidador, el deudor y cualquier acreedor pueden objetar los créditos verificados, los que se considerarán impugnados si no se subsanan o aclaran las objeciones. Las impugnaciones serán resueltas en una audiencia única y verbal, que puede ser suspendida y reanudada por una vez. La sentencia es apelable en el solo efecto devolutivo. El período de verificación extraordinaria corre desde que vence la verificación ordinaria y mientras no esté firme la Cuenta Final de Administración del Liquidador, pero sólo para ser considerados en los repartos futuros.

Los acreedores adoptarán acuerdos por los quórums legalmente señalados en Juntas, las que pueden ser constitutiva, ordinarias y extraordinarias. La Junta constitutiva será presidida por el juez, y en ella el Liquidador presentará la cuenta, se ratificará o se nombrará un nuevo Liquidador, se fijarán las fechas de las Juntas ordinarias, la designación de un presidente y un secretario, y un plan de realización de los bienes del deudor. Las Juntas ordinarias se abocarán a las materias en general del Procedimiento Concursal, mientras que las extraordinarias deben ser citadas para revocar liquidadores, presentación de propuesta de Acuerdos de Reorganización Judicial, acuerdos sobre contrataciones especializadas y anticipos de honorarios que solicite el Liquidador.

Se distingue un proceso de realización de bienes ordinaria y simplificada o sumaria. Esta última implica que los valores mobiliarios con presencia bursátil se venderán en remate en bolsa, y los demás bienes muebles e inmuebles se liquidarán mediante venta al martillo. En cambio, la realización de bienes ordinaria incluye venta al martillo de bienes muebles e inmuebles, venta por medio de remate en bolsa de valores si se trata de valores mobiliarios con presencia bursátil y otra forma distinta de realización de bienes, incluyendo entre ellas la venta como unidad económica y ofertas de compra directa. Por acuerdo de la Junta de Acreedores podrá procederse a la venta de un conjunto de bienes como unidad económica. Los bienes que integran la unidad económica se entenderán constituidos en hipoteca o prenda sin desplazamiento, según su naturaleza, por el solo ministerio de la ley,

para caucionar los saldos insolutos de precio y cualquiera otra obligación que el adquirente haya asumido como consecuencia de la adquisición.

También la Junta de Acreedores podrá acordar la continuación de actividades económicas, que podrá ser provisional o definitiva. La definitiva tiene un plazo de un año, pero prorrogable. Se puede nombrar un administrador que sea diverso del Liquidador, y que responde de culpa levísima.

El pago del pasivo se efectuará en conformidad a lo dispuesto en el Título XLI del Libro IV del Código Civil y, en el caso de los acreedores valistas, con pleno respeto a la subordinación de créditos establecida. Se dispone que los créditos de la primera clase del art. 2472 del Código Civil preferirán a todo otro crédito con privilegio establecido por leyes especiales. Los acreedores prendarios o retencionarios podrán tramitar un concurso especial sobre los bienes que garantizan sus créditos, y para los acreedores hipotecarios se dispone que se debe proceder conforme con los arts. 2477 a 2480 del Código Civil. Se dan reglas para los pagos administrativos que provengan de créditos de la primera clase. Luego, habiendo fondos suficientes para que ningún acreedor reciba menos del 5% del monto de su crédito, se procederá a repartos que calculará y propondrá el Liquidador. La propuesta debe presentarse ante el juez y puede ser impugnada por los acreedores que representen el 20% del pasivo con derecho a voto.

Rendida la cuenta final del Liquidador, y aprobada por la Junta de Acreedores, el juez deberá dictar la Resolución de Término del Procedimiento Concursal de Liquidación, la que es susceptible de apelación en el solo efecto devolutivo. La ley dispone que una vez firme o ejecutoriada la señalada resolución "se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación" y que "extinguidas las obligaciones [...] el Deudor se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales, salvo que la resolución señalada en el artículo precedente establezca algo distinto" (art. 255 LRLEP). Esta extinción de deudas por el solo ministerio de la ley puede considerarse inconstitucional por afectar el derecho de propiedad sobre los créditos, además que se presenta el problema de los terceros garantes como fiadores o codeudores solidarios: si se extingue la deuda principal también se extinguirán sus cauciones.

El *Procedimiento Concursal de Liquidación de la Persona Deudora* pasa por las mismas fases. Puede ser voluntaria o forzosa. La solicitud de Liquidación voluntaria debe ser presentada al juez competente, el que deberá proponer un Liquidador. El juez dictará la Resolución de Liquidación nombrando al Liquidador, que producirá los mismos efectos que para la Empresa Deudora. Se citará una Junta de Acreedores y se realizarán los bienes del deudor y pago de los acreedores conforme a las reglas del concurso de la empresa deudora. Rendida la cuenta final del liquidador, deberá dictarse la Resolución de Término del Procedimiento Concursal, y se aplicarán los efectos del párrafo del título V del Capítulo IV, sobre término del Procedimiento Concursal de Liquidación. Se aplicará entonces el art. 255 que dispone la extinción de los saldos insolutos por el solo ministerio de la ley.

La Liquidación forzosa se dará cuando la pida un acreedor si existieren en contra del deudor dos o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, encontrándose iniciadas a lo menos dos ejecuciones, y no se hubieren presentado dentro de los cuatro días siguientes al requerimiento, bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas. La demanda debe presentarse ante el juez competente con los antecedentes que comprueben la causal y además con un vale vista o depósito de a lo menos 200 Unidades de Fomento para los gastos del procedimiento.

El juez, si la acoge, deberá decretar una audiencia de inicio a la que se citará al deudor y a otros acreedores. El deudor que comparece puede consignar fondos para pagar, oponerse a la demanda, o allanarse a ella. Si no comparece o se allana a la demanda, el juez debe dictar la Resolución de Liquidación, que nominará un Liquidador. En lo demás, regirán las reglas dadas para el Procedimiento Concursal de Liquidación de la empresa deudora.

II. Cesión de bienes

1. Origen y desarrollo histórico

600 Esta institución tiene sus raíces en el Derecho romano y se la conocía como *cessio bonorum*. Se permitía que un deudor hiciera abandono de todos su bienes para que los acreedores se pagaran con su venta y se liberaba de la ejecución sobre la persona. De allí pasó al derecho castellano que la estableció como un beneficio para el deudor de buena fe que por no poder pagar sus deudas había caído en prisión. La institución pasó al Código Civil francés, que distinguió entre cesión voluntaria y cesión judicial (arts. 1265 y ss.).

De allí la tomó nuestro Código Civil pero la consideró una modalidad del pago y sólo admitió la cesión judicial. La principal utilidad de esta cesión era que el deudor quedaba libre de todo apremio personal, es decir, se libraba de la prisión por deudas.

2. Concepto y caracteres

601 El Código Civil define esta cesión como "el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas" (art. 1614 CC).

Los principales caracteres de la cesión son:

1º) Es judicial: debe tramitarse ante el juez competente quien debe declararla (art. 1615 CC).

2º) Es de orden público por lo que se prohíbe su renuncia anticipada: el Código Civil dispone que el "el deudor podrá implorarla no obstante cualquier estipulación en contrario (art. 1615 CC).

3º) Es obligatorio para los acreedores aceptarla (art. 1617 CC).

4º) No transfiere el dominio de los bienes sino sólo la facultad de disponer de ellos y sus frutos (art. 1619.2 CC).

5º) Es revocable mientras los bienes no hayan sido vendidos si el deudor paga sus deudas (art. 1621 CC).

6º) Es personalísima: no aprovecha a codeudores solidarios o subsidiarios ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario (art. 1623 CC).

3. Requisitos

a) El deudor no debe tener culpa en la gestión de sus negocios

602 La misma definición señala que el deudor puede solicitarla cuando a consecuencia de accidentes inevitables no se halla en estado de pagar sus deudas (art. 1614 CC). Si algún acreeedor lo exige, el deudor debe probar "su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios" (art. 1616 CC).

b) Falta de causales de improcedencia de la cesión

603 Los acreedores estarán obligados a aceptar la cesión. Pero el Código exceptúa algunos casos:

1.º Si el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado, como propios, bienes ajenos a sabiendas;

2.º Si ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o cualquiera de los delitos señalados en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal;

3.º Si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores;

4.º Si ha dilapidado sus bienes;

5.º Si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios;

6.º Si se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores (art. 1617 CC).

Tocará al acreedor o acreedores probar estas causales. Para la de condena por hurto, robo, falsificación o delitos relacionados con los procesos concursales, bastará copia de la sentencia firme o ejecutoriada.

c) Exclusión de bienes inembargables

604 El deudor deberá abandonar sus bienes para que los acreedores dispongan de ellos, pero se excluirán todos los bienes que la ley declara como inembargables. Por ello se dispone que "la cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables" (art. 1618.1 CC).

Esta misma norma enumera los bienes que se consideran inembargables, pero que debe complementarse con la lista que proporciona el art. 445 del Código de Procedimiento Civil.

d) Procedimiento judicial

605 El Código señala que debe procederse a su declaración por sentencia del juez: "Esta cesión de bienes será admitida por el juez con conocimiento de causa..." (art. 1615 CC).

Cuando se dictó el Código de Comercio se reguló la quiebra del comerciante aunque sin mayores precisiones sobre el procedimiento (Libro IV, arts. 1325 y ss.). Esto fue completado por Código de Procedimiento Civil de 1902 que reguló en el título III del libro III una regulación sobre el concurso de acreedores y al tratar del concurso voluntario se reguló el procedimiento de la cesión de bienes (arts. 585 y ss.). Estas normas fueron suprimidas por la ley Nº 4.558 de 1929, que reglamentó la quiebra y también el procedimiento de la cesión de bienes (arts. 212 a 226), normativa que en general se reproduciría en la ley Nº 18.575, de 1982.

El procedimiento de la cesión de bienes estaba contemplado en la ley Nº 18.175, luego incorporado al Código de Comercio por la ley Nº 20.080, de 2005, pero que mantuvo su articulado por lo que la cesión de bienes fue contenida en los arts. 241-255.

Estas normas exigían que la cesión de bienes se limitara al deudor que no ejerciera una actividad comercial, industrial, minera o agrícola ni al deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos vencidos y que estuvieren iniciadas a lo menos dos ejecuciones o si el deudor se hubiere fugado. En tales casos procedía el procedimiento de quiebra. La regulación del procedimiento distinguía ente la cesión hecha a un acreedor y la cesión hecha a varios acreedores. En el primer caso, el acreedor recibía los bienes como depositario; en el segundo los bienes eran entregados al síndico. Si la sentencia rechazaba la cesión, debía declarar la quiebra del deudor.

Además, el art. 254 de la ley Nº 18.175 disponía que la obligación del Nº 3 del art. 1619 de pagar cuando adquiera nuevos bienes prescribe en el plazo de cinco años desde que se aceptó la cesión.

No obstante, la ley Nº 20.720, de 2014, derogó la ley Nº 18.175 que contenía una reglamentación del procedimiento de la cesión de bienes (art. 344 LRLEP), y en ningún artículo señala qué procedimiento se aplicará a esta institución. Es más, tampoco parece que se hayan derogado las normas del Código Civil referentes a ella, ya que la misma ley modifica el Nº 2 del art. 1617, con lo que podemos concluir que este estatuto no ha sido derogado tácitamente.

En consecuencia, no se aplicarán los requisitos de los deudores que establecía la anterior regulación, ni tampoco la prescripción de la obligación del art. 1619 del Código Civil.

El problema es cómo se tramitará la cesión de bienes, ya que el Código Civil sólo señala que debe hacerse ante un juez con conocimiento de causa. Pensamos que debieran aplicarse las reglas comunes a las gestiones no contenciosas o voluntarias (Título I del Libro IV del Código de Procedimiento Civil). Como se exige conocimiento de causa se podrán acreditar los hechos con informaciones sumarias (art. 818 CPC). Obviamente, se deberá citar a los acreedores señalados por el deudor y si se presenta oposición por parte de alguno ellos se convertirá en juicio contencioso, ajustándose al procedimiento que corresponda (art. 823.1 CPC), que podría ser el juicio sumario (art. 680 CPC). Se incluirán los acreedores a plazo, ya que siendo la cesión una insolvencia notoria habrá caducado el plazo y se harán exigibles estos créditos (art. 1496.1º CC).

En todo caso, se aplicarán los preceptos del Código Civil que se refieren al procedimiento, como que "hecha la cesión de bienes podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos, y hacer con él los arreglos que estimaren convenientes, siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes" (art. 1621 CC). Pero se dispone que "el acuerdo de la mayoría obtenido en la forma prescrita por el Código de Enjuiciamiento, será obligatorio para todos los acreedores que hayan sido citados en la forma debida. Pero los acreedores privilegiados, prendarios o hipotecarios no serán perjudicados por el acuerdo de la mayoría, si se hubieren abstenido de votar" (art. 1622 CC).

4. Efectos

606 El efecto más importante de la cesión de bienes es que el *deudor queda libre de todo apremio personal* (art. 1619.1º CC). Pero con la desaparición de la prisión por deudas, este efecto ha perdido toda utilidad práctica.

El deudor entrega sus bienes embargables a los acreedores para que *dispongan de ellos y de sus frutos, pero no transfiere la propiedad a los acreedores*: "La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos" (art. 1619.2 CC).

Pero cualquier *acto jurídico que realice el deudor después de aceptada la cesión de bienes será nulo*: "Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión... " (art. 2467 CC). Se ha dicho que si se enajena un bien por parte del deudor los acreedores no pueden reivindicarlo. En realidad sí lo pueden hacer pero pidiendo la nulidad del acto de enajenación y ejerciendo la acción reivindicatoria contra el tercero adquirente. Congruente con esta norma es la que declara nulo el pago hecho al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso (art. 1578.3º CC). Aquí concurso debe entenderse incluyendo la cesión de bienes.

Los *actos anteriores podrán revocarse* haciendo uso de la acción pauliana (art. 2468 CC).

Pero *si el deudor paga los créditos puede recuperar los bienes* que no se hayan vendido: "Podrá el deudor arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos, y recobrar los que existan, pagando a sus acreedores" (art. 1620 CC). Si se han vendido, han pasado a dominio del comprador y no será posible recobrarlos.

Las deudas se extinguirán hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos (art. 1619.2º CC). Si queda un remanente debe ser retornado al deudor.

Si no alcanzan a satisfacer todas las deudas, el deudor permanecerá obligado y responderá con los bienes que adquiera: "Si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere después otros bienes, es obligado a completar el pago con éstos".

En el cumplimiento de esta obligación goza del beneficio de competencia pero solo si está de buena fe y respecto de los acreedores a los que se hizo la cesión: "Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo" (art. 1626.6º CC).

Derogada la norma del art. 254 de la ley Nº 18.575, tenemos que resolver el problema de la prescripción de estas deudas conforme a las reglas generales. La cesión de bienes constituye una interrupción natural de la prescripción, que se producirá cuando el deudor la solicite. Desde allí se contará un nuevo plazo para la prescripción de estas deudas, que si derivan de títulos ejecutivos será de tres años (aunque subsistirán por dos años más como ordinarias) o cinco si derivan de fuentes que no son títulos ejecutivos (arts. 2515 y 2518.2 CC).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: OPAZO, Mario y ROJAS, Mariana, "¿Qué queda del pago por cesión de bienes después de la entrada en vigencia de la ley Nº 20720", en *Revista de Ciencias Sociales* 81, pp. 49-78.

III. PRELACIÓN DE CRÉDITOS. CUESTIONES GENERALES

1. Estatuto de la prelación

607 La palabra prelación proviene del latín *praelatio*, y significa preferencia o antelación de una cosa frente a otra. De esta manera, cuando se habla de prelación de créditos se refiere a qué créditos deben pagarse antes cuando los bienes del deudor no alcanzan a satisfacerlos a todos.

El principio general es la *par conditio creditorum*, es decir, que todos los acreedores de una persona concurren en igualdad de condiciones y si los bienes no alcanzan para pagarlos a todos, deberán ser pagados a prorrata de su cuantía.

No obstante, existen reglas de concurrencia de los acreedores que establecen preferencias y privilegios conforme a la naturaleza y circunstancias de sus créditos

y la forma en que deben concurrir cuando los bienes del deudor no alcanzan para satisfacer todas las deudas.

Se trata de un estatuto legal de orden público y que por tanto no puede ser modificado por acuerdo de las partes.

El Código Civil reguló estas normas en el título XLI del Libro IV que se titula: "De la prelación de créditos".

Estas reglas se aplican cuando el deudor está en insolvencia y se abre un proceso de liquidación concursal (o cesión de bienes). Pero es posible que tenga lugar fuera de un concurso de acreedores, por ejemplo, si un acreedor persigue al deudor en juicio ejecutivo, otro acreedor cuyo crédito sea preferente puede interponer una tercería de prelación (arts. 518 y 525 CPC).

2. Preferencias: el privilegio y la hipoteca. ¿Derechos reales?

608 Dice el Código que "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca" (art. 2470.1 CC). La verdad es que esta distinción tiene un carácter histórico que hoy en día no tiene mayor sentido, dado que el crédito prendario que se asemeja más al hipotecario es considerado privilegiado. Es decir, la prenda sería un privilegio, pero no una hipoteca.

Se agrega que "gozan de privilegio los créditos de la 1.a, 2.a y 4.a clase" (art. 2471 CC). Por exclusión, no gozan de privilegio los créditos de la tercera clase que es donde se encuentran los créditos hipotecarios (art. 2477 CC).

Se ha discutido si los privilegios son derechos reales y por lo tanto pasan a terceros poseedores o no. Esto en Chile está claramente zanjado: los privilegios no pasan a terceros poseedores, como queda claro de lo que se dispone para los créditos de la primera clase (art. 2473.2 CC) y los de cuarta clase (art. 2486 CC). Se excluyen los créditos prendarios e hipotecarios ya que la preferencia deviene justamente de un derecho real (prenda e hipoteca) que sí afectan a terceros adquirentes, aunque sólo para perseguir el bien prendado o hipotecado. Pero la preferencia no constituye por sí un derecho real, sino que proviene de la voluntad de las partes.

La preferencia de la segunda clase del posadero y del acarreador se mantiene mientras los bienes están en la posada o los efectos acarreados que estén en poder del acarreador o sus agentes, por lo que el privilegio se pierde si los bienes salen del poder del posadero o del acarreador (art. 2474.1º y 2º CC).

3. Caracteres de las preferencias

609 Las preferencias *son establecidas por la ley* y no pueden ser modificadas por la voluntad de acreedores y deudor. Aunque hace excepción a esto el acto jurídico de subordinación que se introdujo para los créditos valistas o de la quinta clase. También la prenda y la hipoteca (donde se incluye el censo) surgen de un contrato, pero no es el contrato el que les da la preferencia sino la ley.

Otro carácter de las preferencias que se suele afirmar es que son *de derecho estricto*, como queda de manifiesto del principio *par conditio creditoris* que se establece en el Código Civil: "Los acreedores [... podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, inclusos 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" (art. 2469 CC). Se habla de causas especiales de preferencia establecidas por el mismo Código. Se agrega que "La ley no reconoce otras causas de preferencia que las indicadas en los artículos precedentes" (art. 2488 CC). Por cierto, hay créditos preferentes en leyes especiales como lo reconoce el mismo Código aludiendo al Código de Comercio y de Minería (art. 2475 CC), pero esto no permite que las preferencias puedan aplicarse por analogía o semejanza, ya que son consideradas normas de excepción que sólo admiten interpretación restrictiva.

Las preferencias son *inherentes a los créditos* que garantizan: "Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera" (art. 2470.2 CC). Aunque el otorgamiento de una preferencia puede estar fundada en alguna consideración personal, como sucede en los créditos de la cuarta clase, el crédito mantiene la preferencia aunque el acreedor original lo haya cedido o transmitido. Esto se reitera para la cesión de créditos (art. 1906 CC) y para el pago con subrogación (art. 1612 CC).

Las preferencias son *transmisibles por causa de muerte*, tanto activa como pasivamente. Si fallece el acreedor sus herederos pueden cobrar el crédito con la preferencia que le es inherente; si fallece el deudor, el acreedor gozará de la misma preferencia con la que se ha revestido su crédito. El legatario de un crédito lo adquirirá con la preferencia que tenía en su origen cuando el acreedor por testamento se lo haya legado.

Si se trata de privilegios especiales sólo podrán hacerse efectivos en los bienes sobre los que ellos recaen. Pero el problema es tratándose de preferencias generales y que admiten que se ejerzan sobre todos los bienes del deudor. No obstante, la solución que da Bello pasa por considerar si el heredero acepta con beneficio de inventario o si los acreedores del causante invocan el beneficio de separación.

Se establece así que "Las preferencias de la primera clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero, salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separación, pues en ambos casos afectarán solamente los bienes inventariados o separados" (art. 2487.1 CC). La misma regla se aplica a los créditos de la cuarta clase, "los cuales conservarán su fecha sobre todos los bienes del heredero, cuando no tengan lugar los beneficios de inventario o de separación, y sólo la conservarán en los bienes inventariados o separados, cuando tengan lugar los respectivos beneficios" (art. 2487.2 CC).

Por ello si hay un crédito de la primera clase (por ejemplo, remuneraciones de trabajadores), y el heredero del deudor no acepta con beneficio de inventario, el crédito podrá cobrarse en todos sus bienes. A su vez, si los acreedores del deudor fallecido no invocan el beneficio de separación, deberán concurrir con los acreedores personales del deudor que pueden también tener privilegios. Al gozar del beneficio de separación, podrán hacer valer las preferencias respecto de los bienes del causante.

Si se trata de herederos del acreedor que fallece, podrán estos herederos decidir si invocan el beneficio de separación o si les conviene más ejercer la preferencia sobre los bienes personales del deudor.

Finalmente, hemos de decir que las preferencias son *garantías* pero no cauciones, ya que su objetivo es permitir que el acreedor se pague antes que otros, pero no se trata de obligaciones accesorias que tienen por fin asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Hacen excepción a esto la prenda y la hipoteca que junto con ser preferencias son también cauciones.

4. Extensión de la preferencia

610 La preferencia contiene por cierto el crédito, pero se extiende a sus accesorios, como serían los intereses de uso o moratorios. Así lo señala expresamente el Código Civil: "Los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales".

La Ley Concursal agrega los reajustes: "Los reajustes y los intereses, en su caso, gozarán de iguales preferencias que el respectivo capital al cual acceden" (art. 139.4 LRLEP).

Se entienden como accesorios al crédito y que por tanto gozan de su misma preferencia los gastos de cobranza como se deduce de la norma del art. 2469, que dispone "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, inclusos 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". Es indudable que perteneciendo los gastos de cobranza al crédito también lo serán de las preferencias.

Se discute si la indemnización por incumplimiento de un crédito preferente goza o no de la misma preferencia. Algunos sostienen que como la indemnización subroga el contenido del crédito sí procedería. Otros, entre los que nos contamos, pensamos que se trata de una obligación diferente y que no goza de la preferencia del crédito incumplido.

5. Clases de preferencia

611 Las preferencias, como ya vimos, se clasifican en privilegios e hipotecas, aunque esta distinción no tiene mayor relevancia, salvo para la precisión del lenguaje jurídico.

Mayor importancia tiene la distinción entre preferencias especiales y generales. Son preferencias especiales aquellas que sólo pueden hacerse efectiva en determinados bienes, mientras que las preferencias generales se aplican a todos los bienes del deudor, salvo los no embargables.

Son preferencias especiales el privilegio de la segunda clase de créditos, y la hipoteca de la tercera clase de créditos. Los demás (primera y cuarta clase) son generales, es decir, afectan a todo el patrimonio del deudor.

La distinción tiene importancia ya que la preferencia especial sólo puede ejercerse al ejecutarse el respectivo bien (efectos de la posada o del transporte, bien dado en prenda, inmueble hipotecado o acensuado). Si la realización de esos bienes no alcanza para cubrir el crédito, el saldo insoluto dejará de ser preferente y deberá cobrarse junto con los de la quinta clase, es decir, los créditos no preferentes o valistas.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *La prelación de créditos*, versión de A. Vodanovic, Nascimento, 1940; BAHAMONDES PRIETO, Luis Felipe, *La prelación de créditos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

IV. CLASES DE CRÉDITOS EN RELACIÓN CON SU PREFERENCIA

1. Créditos preferentes de la primera clase

a) Análisis particular

1º Costas judiciales

612 Se establece que gozan de la preferencia de primera clase "Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores" (art. 2472.1 CC). Se da la preferencia a las costas judiciales, sean personales o procesales, pero se exige que sean causadas en interés general de los acreedores, es decir, de la masa tratándose de un procedimiento concursal.

Pero debe señalarse que los créditos preferentes incluyen en la preferencia los gastos de cobranza, entre los cuales se encuentran las costas judiciales (art. 2469 CC).

Las costas personales de un procedimiento de liquidación forzosa y de acciones revocatorias concursales interpuestas por un acreedor gozarán de la preferencia de este número (arts. 245.1º y 293 LRLEP).

2º Expensas de funerales

613 Gozan también de preferencia de primera clase los créditos que corresponden a "Las expensas funerales necesarias del deudor difunto" (art. 2472.2 CC). Se trata de los gastos necesarios para sepultar o inhumar el cadáver de una persona. No es necesario que sean deudas del difunto, porque los gastos se harán después de su muerte y, por tanto, serán contraídos por sus herederos o familiares.

Deben ser expensas necesarias y no funerales lujosos y pomposos, como queda de manifiesto por una nota de Bello al Proyecto Inédito que señala que "los honores que se hagan a los restos mortales, no deben ser a expensas de los acreedores". El que las expensas sean necesarias deberá ser resuelto por el juez si ello es discutido.

3º Gastos de enfermedad del deudor

614 Son también de la primera clase los créditos que se deban a "Los gastos de enfermedad del deudor", pero se agrega que "Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia" (art. 2472.3 CC).

Se trata de créditos por atenciones médicas, hospitalizaciones, tratamientos, medicinas o fármacos y otras prestaciones necesarias para la salud del enfermo. No se incluyen tratamientos de cirugía plástica que no sean necesarios para la salud del enfermo.

Si la enfermedad dura más de seis meses, será decisión del juez extender o no la preferencia según las circunstancias.

4º Gastos de procesos concursales

615 Se establece que serán créditos de la primera clase "Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del deudor, los gastos de administración del procedimiento concursal de liquidación, de realización del activo y los préstamos contratados por el liquidador para los efectos mencionados" (art. 2472.4º CC).

Este número fue introducido por la ley Nº 18.175, y su redacción fue adecuada por la ley Nº 20.720, de 2014, que sustituyó completamente el art. 2472 del Código Civil (art. 346.4º LRLEP). La preferencia incluye: créditos por gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del deudor, gastos de administración del procedimiento concursal de liquidación (se entiende tanto para la Empresa como para la Persona Deudora) y gastos de realización del activo. Se añaden los créditos contraídos por el liquidador para lograr estos efectos.

La Ley Concursal agrega que se entenderán incluidos en este número del art. 2472 el vale vista o boleta bancaria que debe presentar el solicitante para subvenir los gastos iniciales del procedimiento de liquidación, siempre que se dicte la Resolución de Liquidación (art. 118.2º LRLEP). Se incluyen también en esta preferencia otros créditos (arts. 28, 72, 73, 74, 171 y 239 LRLEP).

5º Remuneraciones, cotizaciones y alimentos

616 Se dispone que tendrán preferencia de la primera clase los créditos por "Las remuneraciones de los trabajadores, las asignaciones familiares, la indemnización establecida en el número 2 del artículo 163 bis del Código del Trabajo con un límite de noventa unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere, las cotizaciones adeudadas a las instituciones de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, y los alimentos que se deben por ley a ciertas personas de conformidad con las reglas previstas en el Título XVIII del Libro I, con un límite de ciento veinte unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere" (art. 2472.5º CC).

Hay que detallar un poco: las remuneraciones de trabajadores, asignaciones familiares e indemnización del Nº 2 del art. 163 bis del Código del Trabajo (indemnización sustitutiva de aviso previo en procedimiento concursal de liquidación) con el límite de 90 unidades de fomento. El límite se entiende por cada trabajador, y en el exceso se considerará valista.

Esto debe coordinarse con lo que se dispone en el Código del Trabajo que amplía este privilegio no sólo a lo que se consideran remuneraciones conforme con el inc. 1º del art. 41 de dicho Código sino también "las compensaciones en dinero que corresponda hacer a los trabajadores por feriado anual o descansos no otorgados" (art. 61.3 CT).

Se agrega que gozan de este privilegio "las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los organismos o entidades de previsión o de seguridad social" y "los impuestos fiscales devengados de retención o recargo" (art. 61.1 CT).

Se aclara que sólo gozan del privilegio los créditos laborales ya devengados (art. 61.5 CT), pero que se incluyen en el privilegio los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito (art. 61. 2 CT).

La ley Nº 21.389, de 2021, incluyó en esta preferencia de primera clase los créditos por alimentos legales hasta un límite de 120 unidades de fomento. El exceso de este máximo se considerará un crédito valista.

6º Créditos del fisco contra entidades administradores de fondos de pensiones

617 Tienen también preferencia de la primera clase: "Los créditos del fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso cuarto del artículo 42 del decreto ley Nº 3.500, de 1980" (art. 2472.6º CC). La norma de este Decreto Ley se pone en el caso en que la Administradora de Fondo de Pensiones no alcance la rentabilidad mínima y que con el encaje no sea suficiente, caso en el cual el Estado debe completar la diferencia.

Este crédito goza de la preferencia de primera clase, sobre todo si la Administradora entra en proceso concursal de liquidación (art. 42.6 D.L. 3500).

7º Artículos de subsistencia suministrados al deudor y su familia

618 Gozan de la preferencia de primera clase, los créditos por "Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses" (art. 2472.7º CC). Por cierto, los acreedores o el deudor pueden recurrir al juez para que se declare esta preferencia y se señale qué artículos eran necesarios para la subsistencia del deudor y su familia, y también para que se aclare qué se entiende por familia a este respecto. Algunos piensan que se puede aplicar por analogía el concepto del familia para los efectos de los derechos reales de uso y habitación (art. 815.3, 4 y 5 CC), pero nos parece que es claro que familia en este caso quiere comprender cónyuge o conviviente civil, hijos y personas que conviven con el deudor en el mismo hogar, y no a los sirvientes o a quienes el deudor deba alimentos.

8º Indemnizaciones de origen laboral

619 El Código dispone que gozarán de preferencia de primera clase "Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales remuneracionales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador, con un límite de once años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas". Se agrega que "la indemnización establecida en el párrafo segundo del número 4 del artículo 163 bis del Código del Trabajo estará sujeta a los mismos límites precedentemente señalados". Pero para calcular el pago de los créditos "los límites máximos indicados en los párrafos primero y segundo serán determinados de forma independiente" (art. 2472.8º CC).

Se trata de los créditos por indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que estén devengadas al momento en que se hagan valer. Estas indemnizaciones se regulan en los arts. 163, 163 bis, 168, 169, 170 y 171 del Código del Trabajo. Se deben agregar las indemnizaciones que se establezcan como consecuencia de la sentencia que acoja la acción de tutela laboral del trabajador (art. 489 CT). Los límites de la preferencia son: tres ingresos mínimos remuneracionales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador, sin que se pueda superar los once años. El exceso de este límite será un crédito valista.

Se agrega la terminación del contrato de trabajo por el procedimiento de liquidación de la empresa o la persona deudora y las indemnizaciones que correspondan a los meses que resten para el fuero maternal: "el liquidador, en representación del deudor, deberá pagar una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada por cada uno de los meses que restare de fuero", pero se descuentan las semanas que el trabajador hubiere gozado de subsidios derivados del descanso maternal y del permiso posnatal parental (art. 163 bis.4 CT).

Se aplican a esta preferencia los límites fijados para las indemnizaciones laborales, pero se calcularán de manera independiente.

9º Créditos por impuestos

620 Gozan de la preferencia de primera clase: "Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo" (art. 2472.9º CC).

Originalmente, este privilegio incluía los créditos de las municipalidades por impuestos municipales, pero la ley Nº 18.175 los limitó a los impuestos fiscales.

Son impuestos de retención varios que deben ser retenidos por el recaudador de ganancias de rentas mobiliarias, remesas al exterior por impuesto adicional, ingresos de trabajadores o de honorarios conforme al párrafo 2º del título V de la Ley de la Renta, D. L. Nº 824, de 1974 (arts. 73 y ss.). Debe tratarse de impuestos de retención y el crédito debe ejercerse contra el agente retenedor.

Los impuestos de recargo son aquellos que el contribuyente puede trasladar a otras personas. Tal es el llamado impuesto al valor agregado regulado por el D.L. Nº 825, de 1974.

b) Caracteres

621 Las preferencias de los créditos de la primera clase se caracterizan por ser *generales*, de modo que pueden hacerse efectivas en todos los bienes embargables del deudor y no sobre alguno de ellos.

Por lo mismo son créditos *transmisibles por causa de muerte*. Si el deudor fallece los acreedores pueden ejercer su preferencia en todos los bienes del o los herederos del deudor, pero esto tiene dos excepciones: el beneficio de inventario y el beneficio de separación. El primero puede ser invocado por el heredero y en tal caso las preferencias sólo podrán hacerse efectivas sobre los bienes inventariados. El beneficio de separación es invocado por los acreedores y en tal caso las preferencias se ejercerán sobre los bienes separados. El Código lo dispone así: "Las preferencias de la primera clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero, salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separación, pues en ambos casos afectarán solamente los bienes inventariados o separados" (art. 2487.1 CC).

Además, estas preferencias son *personales*, es decir, no se pueden ejercer si los bienes salen del patrimonio del deudor: "Los créditos enumerados en el artículo precedente no pasarán en caso alguno contra terceros poseedores" (art. 2473.2 CC).

2. Créditos preferentes de la segunda clase

a) Análisis particular

1º Crédito del posadero

622 Pertenecen a la segunda clase de créditos preferentes los del "posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños" (art. 2474.1º CC).

Se agrega que "se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada". Se trata por cierto de una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario.

El posadero es el dueño de una posada, pero en la actualidad este privilegio debe aplicarse a las empresas hoteleras de toda clase, así como los *apart hotel,* residencias, moteles y otras formas de contratos de hospedaje. También podría aplicarse a las empresas que ofrecen campings para familias o grupos que deseen acampar.

El crédito es por lo que se deba por el alojamiento, gastos y los daños que haya causado el deudor con motivo de su hospedaje.

Es efectivo que estos efectos se entienden depositados en manos del posadero y que en virtud de ello puede ejecer el derecho de retención por lo que se le deba por gastos y perjuicios (arts. 2241, 2240, 2234 y 2235 CC). Al ser susceptibles del derecho legal de retención, una vez declarado judicialmente se entenderán dados en prenda (art. 546 CPC). No obstante, el privilegio de que tratamos es más extenso ya que cubre el valor del alojamiento u hospedaje; y además para su ejercicio no se requiere declaración judicial previa.

2º Crédito del transportista o del cargador

623 También goza de preferencia de la segunda clase el acarreador o transportista por los efectos que transporta y que sean de propiedad del deudor: "El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor" (art. 2474.2º CC).

Nuevamente se presume que son propiedad del deudor los efectos acarreados de su cuenta (art. 2474.2º CC).

El Código Civil dispone que "sobre la preferencia de ciertos créditos comerciales, como la del consignatario en los efectos consignados, y la que corresponde a varias causas y personas en los buques mercantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio" (art. 2475.1 CC).

El Código de Comercio regula estos privilegios hablando del porteador (arts. 212 y 213 CCom) y también regula los privilegios marítimos (arts. 839 y ss. CCom). Además el Código de Comercio señala que el cargador tendrá preferencia sobre otros acreedores del porteador para el pago de indemnizaciones por retardo, pérdidas, falta y averías, y que se ejerce sobre los instrumentos principales o accesorios del transporte (art. 180 CCom).

3º Crédito del acreedor prendario

624 El acreedor prendario goza de un crédito preferente de la segunda clase. El Código Civil dispone que "a la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran: 3º El acreedor prendario sobre la prenda" (art. 2474.3º CC).

Por cierto, en este número el Código se refiere al contrato de prenda que se regula en los arts. 2384 a 2406 del mismo Código. Pero debe entenderse incluido el contrato de prenda mercantil (art. 814 CCom).

4º Crédito del acreedor retenedor de cosa mueble del deudor

625 El derecho legal de retención sobre cosa mueble da al acreedor la misma preferencia que la del acreedor prendario: "los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garatizan" (art. 546 CPC).

5º Crédito del acreedor de prendas sin desplazamiento

626 La ley de prenda sin desplazamiento contenida en el art. 14 de la ley Nº 20.190, de 2007, establece que el acreedor prendario de esta clase de prenda que no se entrega al acreedor sino que permanece en poder del deudor, "tendrá derecho a pagarse, con la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, del total del monto del crédito, incluidos los intereses, gastos y costas, si los hubiere" (art. 15 LPSD).

Esta ley derogó la mayor parte de las leyes de prendas sin desplazamiento (agraria, industrial, de compraventa de cosas muebles), pero dejó subsistentes algunas, como la ley de prenda de valores mobiliarios en favor de los bancos, la que establece que la preferencia será la de la prenda mercantil (art. 814 CCom) sin que se cumplan los requisitos exigidos por el Código de Comercio (art. 4 ley Nº 4287, de 1928).

b) Caracteres

627 La preferencia del crédito de segunda clase se aplica sólo a ciertos bienes, en general muebles, de manera que se trata de una preferencia *especial*. No se aplica a todos los bienes del deudor; de hecho, si ejecutado el bien sobre el que recae permanece un saldo insoluto, deberá pagarse concurriendo con los créditos de la quinta clase y a prorrata.

Siendo especial es *transmisible por causa de muerte* siempre que el bien sobre el que recae sea adquirido como heredero o legatario por el sucesor del deudor difunto.

En general, la preferencia es *personal* y no pasa a terceros poseedores, como lo señala el Código respecto del crédito del posadero o del transportista, ya que se

condiciona al hecho de que los efectos permanezcan en la posada o que estén en poder del transportista o de sus dependientes. De esta manera si pasan a manos de terceros no podrá ejercerse la preferencia. Lo mismo sucederá si el bien retenido por el acreedor pasa a poder de un tercero.

No obstante, si se trata de un bien dado en prenda, sea civil o sea sin desplazamiento, como se genera un derecho real el acreedor puede perseguir la cosa en manos de quien se encuentre la cosa, y aunque haya sido enajenada.

c) Extensión del privilegio por subrogación real

628 La cosa dada en prenda puede ser subrogada por el valor que se paga en el proceso de expropiación (art. 924 CPC), de manera que el crédito puede ejercerse con la preferencia de la segunda clase sobre el dinero que represente lo que el Estado pague por el bien expropiado.

Igualmente, si la cosa es destruida y estaba asegurada, la indemnización del seguro se subroga en la cosa para que los acreedores puedan hacer valer sus privilegios o hipotecas: "La cosa que es materia del seguro será subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquélla" (art. 565.1 CCom). Se agrega que las mismas reglas se aplicarán si la cosa está afecta al derecho legal de retención (art. 565.3 CCom). Esto se repite para las prendas sin desplazamiento: el privilegio se extiende al valor del seguro sobre la cosa dada en prenda, si lo hubiere; pero esta ley agrega que también se extenderá a "cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios que ella sufriere" (art. 15 LPSD).

3. Créditos preferentes de la tercera clase

a) Análisis particular

1º Créditos hipotecarios

629 El Código Civil dispone que "La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios" (art. 2477.1 CC). Se incluyen todos los créditos que son garantizados por una hipoteca, sea convencional o legal (cfr. art. 662 CPC). También se incluye la hipoteca del derecho de usufructo (art. 2418.1 CC).

Se comprenden también los créditos garantizados por hipotecas de naves mayores (arts. 866 y ss. CCom) o aeronaves (arts. 114 CA).

La preferencia no sólo se extiende al inmueble hipotecado sino también a los bienes inmuebles por adherencia o destinación (art. 2420 CC), a los aumentos y mejoras introducidas en el inmueble (art. 2421 CC), a las pensiones o rentas devengadas por el arrendamiento del inmueble (art. 2422 CC).

2º Créditos garantizados por un censo

630 El Código Civil dispone que "para los efectos de la prelación los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas" (art. 2480.1 CC). Por tanto, si el canon no se paga este crédito será preferente de la tercera clase.

3º Crédito del acreedor retenedor de cosa inmueble del deudor

631 El Código de Procedimiento Civil señala que, una vez declarado el derecho legal de retención, sobre un inmueble del deudor, será considerado como hipotecado para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantiza. En este caso, el decreto judicial que declare procedente la retención sí deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces (art. 546 CPC).

b) Caracteres

632 Las preferencias de la tercera clase, que recordemos no son privilegios, son *especiales*, es decir, sólo pueden hacer efectivas en la realización del bien hipotecado, acensuado o retenido. Si el acreedor hipotecario decide ejercer la acción personal, y no la hipotecaria, no gozará de esta preferencia (art. 2425 CC). Lo mismo si una vez subastado el bien, el precio obtenido no alcanza a satisfacer el crédito, de esta manera el saldo insoluto pasará a ser un crédito de la quinta clase o común.

Enseguida, la preferencia se *transmite mortis causa* si fallece el acreedor o si muere el deudor. En este último caso, siendo un derecho real, la hipoteca podrá hacerse efectiva en el inmueble que haya sido transmitido a los herederos.

Tanto el crédito hipotecario como el derivado del censo *pasan a terceros poseedores*, ya que en ambos casos existe un derecho real que da la facultad de persecución a los acreedores. No sucede lo mismo con el inmueble afecto al derecho legal de retención, ya que si se pierde, al no ser un derecho real, no otorga facultad de persecución al acreedor retenedor.

c) Extensión de la preferencia por subrogación real

633 Nuevamente, tratándose de hipoteca o censo, si es expropiado el inmueble la preferencia puede ser ejercida sobre la indemnización que deberá pagarse al expropiado (art. 924 CPC). La Ley Orgánica del Procedimiento de Expropiaciones dispone que "La indemnización subrogará al bien expropiado para todos los efectos legales" (art. 20.5 D.L. Nº 2186, de 1978), y que los acreedores, una vez citados por el juez, pueden hacer valer sus créditos con la preferencia de la hipoteca.

La indemnización dada por un seguro se subroga también en el inmueble hipotecado o acensuado. Esto es recogido en el mismo Código Civil al señalar que la preferencia se aplica "a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes" (art. 2422 CC). Lo que concuerda con el Código de Comercio que dispone "La cosa que es materia del seguro será subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas

constituidos sobre aquélla" (art. 565.1 CCom). Igualmente, se extiende la preferencia en caso de que el inmueble fue objeto de un derecho legal de retención.

4. Créditos preferentes de la cuarta clase

a) Análisis particular

1º Créditos contra recaudadores y administradores de bienes

634 El Código Civil concede preferencia de la cuarta clase a los créditos "del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales" (art. 2481.1º CC) y a los "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" (art. 2481.2º CC).

Se trata de créditos por la restitución de los bienes recaudados y por las indemnizaciones por gestión descuidada o dolosa. Obviamente, el Fisco tiene un crédito preferente sobre los que recaudan o administran bienes fiscales, pero sólo los establecimientos nacionales de caridad o de educación, las municipalidades, las iglesias y comunidades religiosas, donde deben entenderse incluidas las confesiones religiosas que tienen personalidad jurídica de derecho público según la ley Nº 19.638, de 1999.

2º Créditos por regímenes matrimoniales

635 Dos formas de créditos de la cuarta clase tenemos en relación con los regímenes matrimoniales. En primer lugar, el Código señala que gozan de esta preferencia los créditos "de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste" (art. 2481.3º CC).

Obviamente, se refiere a la mujer casada en sociedad conyugal (cfr. art. 2483.1 CC). La norma señala que es por los bienes de su propiedad que administra el marido, y debe entenderse que se trata de indemnizaciones por mala gestión de los bienes propios que administra el marido (cfr. art. 2483.2 CC). Pero la doctrina nacional extiende la preferencia a los créditos por restitución de bienes del haber relativo, recompensas y reembolsos de deudas del marido o de la sociedad pagadas por la mujer.

No parece posible que se extienda la preferencia a los gananciales que se deban a la mujer, ya que sobre ellos existe no un crédito sino un derecho de propiedad en común.

La frase "sobre los bienes de éste" (del marido) debe entenderse no sólo sobre los bienes propios sino también sobre su parte de gananciales.

La ley Nº 19.335, de 1994, que reguló el régimen de participación en los gananciales agregó a este número la siguiente oración "o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales". La expresión "en su caso" revela que se trata del régimen de participación en los gananciales y no el de sociedad conyugal

o separación total de bienes, y de un crédito, el crédito de participación en los gananciales regulado ahora en los arts. 1792-20 y ss. del Código Civil. Este crédito tiene preferencia de la cuarta clase, pero hay que tener en cuenta que se dispone que "los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales" (art. 1792-25 CC). Es decir, la preferencia de cuarta clase sólo se aplicará tratándose de créditos contra un cónyuge cuya causa sea posterior al término del régimen matrimonial.

Se señala que "los matrimonios celebrados en país extranjero y que según el artículo 119 deban producir efectos civiles en Chile, darán a los créditos de la mujer sobre los bienes del marido existentes en territorio chileno el mismo derecho de preferencia que los matrimonios celebrados en Chile" (art. 2484 CC). Primero hay que advertir que el art. 119 fue derogado y debe entenderse que la remisión es a la norma del art. 80 de la ley Nº 19.947, de 2004. Evidentemente la norma se refiere al caso de que al inscribir su matrimonio en Chile hayan pactado sociedad conyugal (art. 135.3 CC). Pero no se entiende que no se aplique la misma preferencia a los que, habiéndose casado en el extranjero, pacten el régimen de participación en los gananciales.

3º Créditos de hijos bajo patria potestad

636 El Código Civil incluye entre los créditos de la cuarta clase "Los 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" (art. 2481.4º CC).

Se trata de créditos por mala administración o pérdida y deterioro de los bienes de propiedad del hijo que fueron administrados por el padre o madre que ejerce la patria potestad. Según el mismo Código este padre o madre es responsable en la administración de los bienes del hijo hasta la culpa leve. Por cierto, si además tiene el goce, no responde por los frutos ya que el padre o madre los hace suyos (art. 256 CC).

4º Créditos de incapaces bajo tutela o curaduría

637 Se añaden como preferencia de la cuarta clase los créditos "de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores" (art. 2481.5º CC). Al no distinguir, pensamos que se aplican no sólo a las tutelas o curadurías generales, sino también a las curadurías de bienes e incluso a los curadores adjuntos y especiales. La preferencia debe ejercerse sobre los bienes del respectivo tutor o curador, ya sea por créditos por el valor de bienes perdidos o deteriorados o por indemnización de los perjuicios derivados de una mala gestión, dado que responden por culpa leve (art. 391 CC).

Si se trata de varios guardadores que administran conjuntamente, responderán solidariamente (art. 419.1 CC), pero si se han dividido responden subsidiariamente si no han ejercido la facultad de pedir al juez que el tutor o curador exhiba la cuentas de su administración o manifieste las existencias a otro tutor o curador (arts. 419,1 y 416.2 CC).

El Código originalmente preveía que también eran de la cuarta clase los créditos de "todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del artículo 511". Este artículo en su tenor original señalaba que si la ascendiente legítima o madre natural, tutora o curadora, quisiere casarse lo denunciará al juez para que se nombre la persona que ha de sucederle en el cargo, y que, de no hacerlo, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración. De esta manera, se trataba de este crédito del pupilo contra el que se casa con la madre o abuela tutora o curadora. Pero la ley Nº 5.521, de 1934, suprimió el impedimento y permitió a la mujer que se casa mantener la tutela o curaduría, a menos que el pupilo quedara bajo patria potestad. El texto definitivo de la norma fue redactado por la ley Nº 18.802, de 1989: "Si la mujer que ejerce la tutela o curaduría contrajere matrimonio, continuará desempeñándola, siempre que por el hecho del matrimonio no haya de quedar sujeto el pupilo a la patria potestad del marido o de la mujer. En este caso cesará dicha guarda" (art. 511 CC).

Suprimido el impedimento ya no puede aplicarse la responsabilidad solidaria de la mujer que se casa y su marido, por lo que la preferencia ha quedado sin vigencia práctica.

5º Créditos por obligaciones ecónomicas en régimen de copropiedad inmobiliaria

638 La ley Nº 24.442, de 2022, que establece la nueva Ley de Copropiedad Inmobiliaria, establece el deber de cada copropietario de contribuir a todas las obligaciones económicas del condominio y/o sector o edificio en que se emplace su unidad, en proporción al derecho que le corresponda en los bienes de dominio común. Se trata de una obligación *propter rem*, ya que sigue al dueño de la unidad aun respecto de los créditos devengados antes de su adquisición. La ley da a este crédito la preferencia de la cuarta clase: "El crédito correspondiente gozará de un privilegio de cuarta clase, que preferirá, cualquiera que sea su fecha, a los enumerados en el artículo 2.481 del Código Civil" (art. 6.2 Ley Nº 24.442, de 2022).

Estos créditos se refieren básicamente a gastos comunes, pero se extienden a otras obligaciones de carácter económico como la contribución a un fondo de reserva o la contratación de seguros.

En realidad se trata de una preferencia especial ya que recae sobre la unidad, y si no se satisface debe sacarse a remate la unidad y no afecta a los demás bienes del deudor.

b) Caracteres

639 Los créditos de la cuarta clase gozan de una preferencia general y personal, es decir, pueden ejercerse sobre todos los bienes del deudor y no dan preferencia si los bienes son adquiridos por terceros. Así lo dispone el Código Civil: "Las preferencias de los créditos de la cuarta clase afectan todos los bienes del deudor, pero no dan derecho contra terceros poseedores, y sólo tienen lugar después de

cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquiera fecha que éstos sean" (art. 2486 CC).

Tratándose de créditos de la segunda y tercera clase, si una vez ejecutado el bien sobre el que recae la preferencia queda un saldo que pagar, este saldo al ser crédito valista se va a pagar después de los créditos de la cuarta clase.

También estos créditos gozan de la misma preferencia en caso de muerte del deudor, pero si el heredero invoca el beneficio de inventario o los acreedores el beneficio de separación, la preferencia sólo puede ejercerse respecto de los bienes inventariados o separados. Por eso se dispone que estos créditos de la cuarta clase, siguiendo la misma regla que los de primera clase, "conservarán su fecha sobre todos los bienes del heredero, cuando no tengan lugar los beneficios de inventario o de separación, y sólo la conservarán en los bienes inventariados o separados, cuando tengan lugar los respectivos beneficios" (art. 2487 CC).

c) Reglas especiales de prueba

640 El Código se preocupa de dar algunas reglas especiales de prueba. Así, junto con señalar sobre qué bienes puede ejercerse el privilegio, se señala: "La preferencia del número 3.º, en el caso de haber sociedad conyugal, y la de los números 4.º, 5.º y 6.º, se entienden constituidas a favor de los bienes raíces o derechos reales en ellos, que la mujer hubiere aportado al matrimonio, o de los bienes raíces o de derechos reales en ellos, que pertenezcan a los respectivos hijos bajo patria potestad, y personas en tutela o curaduría y hayan entrado en poder del marido, padre, madre, tutor o curador; y a favor de todos los bienes en que se justifique el derecho de las mismas personas por inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales, de donación, venta, permuta, u otros de igual autenticidad" (art. 2483.1 CC).

Lo relevante es probar que se trata de bienes en los que se pruebe el derecho de la mujer casada, hijo o pupilo por escrituras públicas o documentos de igual autenticidad. Se trata de un crédito por la restitución de bienes de la sociedad conyugal, del hijo sujeto a patria potestad y del pupilo sujeto a guarda.

Si se trata de un crédito por mala administración se dispone que "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" (art. 2483.2 CC). Aquí por tanto caben todos los medios probatorios admitidos en el proceso civil: instrumentos, testigos, peritos, etc.

No obstante, se restringe el valor de la confesión, para así evitar fraudes a terceros: "La confesión de alguno de los cónyuges, del padre o madre que ejerza la patria potestad, o del tutor o curador fallidos, no hará prueba por sí sola contra los acreedores" (art. 2485 CC). Aquí la ley Nº 20.720 olvidó eliminar la expresión

"fallidos", pero debe entenderse que son aquellos que han sido declarados en procedimiento concursal de liquidación. Cuando se habla de confesión de alguno de los cónyuges se entiende que también incluye el crédito de participación en los gananciales.

En todo caso, no se impide la procedencia de este medio de prueba, sino que únicamente se dispone que no hará prueba por sí sola, es decir, unida a otros medios probatorios, sí puede tenerse en cuenta por el juez.

5. Créditos de la quinta clase

a) Créditos sin preferencia

641 El Código Civil dispone que "La quinta y última clase comprende los créditos que no gozan de preferencia" (art. 2489.1 CC). Se trata, por tanto, de créditos que son denominados valistas o quirografarios, y que no tienen preferencia por lo que no se pagan conforme a las fechas sino a prorrata de su monto (art. 2489.2 CC). Se trata de la regla común ya que las preferencias son excepcionales y sólo para los casos establecidos por la ley.

Se deben incluir aquí los saldos de créditos impagos después de la ejecución de las preferencias de la segunda y la tercera clase que recaen sobre bienes determinados.

b) Créditos subordinados

b.1) Acto unilateral o contrato

642 La ley Nº 20.190, de 2007 incorporó al Código Civil la posibilidad de que por convenio o acto unilateral créditos de la quinta clase se subordinaran a otros, es decir, que se pagaran con posterioridad a éstos. Por eso se señala que "si entre los créditos de esta clase figuraren algunos subordinados a otros, éstos se pagarán con antelación a aquéllos" (art. 2489.3 CC).

El Código Civil define la subordinación como "un acto o contrato en virtud del cual uno o más acreedores de la quinta clase aceptan postergar, en forma total o parcial, el pago de sus acreencias en favor de otro u otros créditos de dicha clase, presentes o futuros" (art. 2489.4 CC). Como vemos, el crédito subordinado se paga en forma total o parcial después del crédito subordinante, que puede ser actual o puede ser futuro.

Se agrega que la subordinación puede ser establecida por acto unilateral (el acreedor manifiesta su voluntad de pagarse después de otro crédito) y además que "la subordinación también podrá ser establecida unilateralmente por el deudor en sus emisiones de títulos de crédito" (art. 2489.4 CC). Siendo un título de crédito que es emitido por el deudor puede establecerse que ese crédito se pagará sólo después de uno o más créditos que se designen.

En estos casos, cuando es establecida por títulos de créditos emitidos por el deudor o cuando proviene de una declaración unilateral del acreedor, la subordinación será irrevocable (art. 2489.4 CC).

b.2) Solemnidades

643 El Código exige que el establecimiento de la subordinación deberá constar por escritura pública o documento privado firmado ante notario y protocolizado (art. 2489.5 CC). La forma imperativa en la que se expresa nos indica que estamos ante una solemnidad constitutiva, cuya omisión produce nulidad de pleno derecho.

La exigencia se aplica al contrato de subordinación y al acto unilateral de subordinación. También debiera aplicarse a los títulos de crédito emitidos por el deudor, los que deberán ser identificados en la escritura pública o el documento privado firmado ante notario y protocolizado.

b.3) Efectos de la subordinación

644 Los efectos de la subordinación pueden ser entre los acreedores y entre los acreedores y el deudor.

El deudor queda obligado por este pacto si ha concurrido al acto o contrato o lo acepta por escrito con posterioridad. También resultará obligado si es notificado del acto o contrato de subordinación por un ministro de fe, con exhibición del instrumento (art. 2489.6 CC).

Entre el acreedor subordinado y el subordinante el acto o contrato permitirá al subordinante pagarse previamente al subordinado. Se indica que "la subordinación comprenderá el capital y los intereses, a menos que se exprese lo contrario" (art. 2489.5 CC). Si se trata de un crédito reajustable incluirá también el reajuste.

La subordinación se transmite *mortis causa* o por acto entre vivos: "La subordinación obligará a los cesionarios o herederos del acreedor subordinado" (art. 2489.7 CC). Por lo mismo, salvo pacto en contrario, el acreedor del crédito subordinante lo transmitirá con esa calidad a sus propios herederos o cesionarios.

La subordinación puede ser indefinida o a plazo. La relevancia de esta característica es que mientras esté vigente la subordinación no corre el plazo para la prescripción: "el tiempo durante el cual se encuentre vigente no se considerará para el cómputo de la prescripción de las acciones de cobro del crédito" (art. 2489.7 CC).

Si se trata de un deudor concursado, deberá verificarse el crédito subordinante y el subordinado, y la subordinación deberá ser alegada al momento de la verificación del crédito por parte del acreedor beneficiario o bien notificarse al Liquidador, si se establece en una fecha posterior (art. 241.1 LRLEP). Se dispone que en los repartos el o los acreedores subordinados contribuirán al pago de sus respectivos acreedores beneficiarios, a prorrata, con lo que les correspondiere en dicho reparto de su crédito subordinado (art. 248.9º LRLEP).

b.4) Incumplimiento de la subordinación

645 Si el deudor, a pesar de estar obligado a pagar primero al acreedor subordinante, paga al subordinado, se hace responsable de los perjuicios que se derivan para el acreedor subordinante y este puede pedir el reembolso de lo recibido por el acreedor subordinado: "El incumplimiento de la subordinación dará lugar a indemnización de perjuicios en contra del deudor y a acción de reembolso contra el acreedor subordinado" (art. 2489.6 CC). El deudor responde de los perjuicios en la medida en que el contrato o acto unilateral de subordinación le sea oponible, ya sea porque concurrió o aceptó por escrito posteriormente o fue notificado.

Por cierto si el deudor no es quien ha pagado sino que se ha visto forzado a pagar por demanda en juicio ejecutivo del acreedor subordinado, la demanda por indemnización de perjuicios, además de la de reembolso, deberá presentarse exclusivamente contra el acreedor subordinado que incumplió el acuerdo o acto unilateral que estableció la subordinación.

b.5) Término de la subordinación

646 La subordinación termina cuando se paga el crédito subordinante ya sea total o parcialmente conforme se haya convenido en el contrato de subordinación o se haya declarado en el acto unilateral.

Si la subordinación es a plazo, llegado el plazo esta llegará a su término.

No obstante, se permite que haya un término anticipado, pero se exigen para ello las mismas solemnidades que se ordenan para convenir o declarar por acto unilateral la subordinación, es decir, escritura pública o documento privado firmado ante notario y protocolizado (art. 2489.5 CC).

V. ¿Cómo concurren los acreedores?

1. Acreedores de la primera clase

a) Con otros acreedores preferentes

647 Los acreedores de la primera clase pueden concurrir con acreedores de la segunda y de la tercera clase, pero como estos últimos acreedores tienen una preferencia especial, la ley dispone que con los demás bienes se paga a los acreedores de primera clase y sólo si no logran pagarse podrá hacerse efectivo en los bienes afectados por las preferencias de segunda y tercera clase.

Respecto de los de segunda clase, se dispone 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..." (art. 2476 CC).

Algo similar sucede con los acreedores de la tercera clase, es decir, los acreedores hipotecarios y los que se equiparan a estos. Se dispone que "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" (art. 2478.1 CC). Pero como aquí puede haber varios inmuebles hipotecados, el Código dispone que "El déficit se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas a proporción de los valores de éstas..." (art. 2478.2 CC). Por ello no pueden pagarse los acreedores de la primera clase ejecutando uno solo de los inmuebles hipotecados, sino que deben ejecutarse todos en proporción a sus valores de mercado.

Cuando concurren con créditos de la cuarta clase se pagan con preferencia, y esta vez sobre todos los bienes del deudor. Por ello se señala que los créditos de la cuarta clase "sólo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquiera fecha que éstos sean" (art. 2486 CC).

Los créditos de la primera clase van a pagarse antes que los créditos valistas o de la quinta clase. Pero si superan los límites fijados para la preferencia de la primera clase, pasarán por el saldo a cobrarse como créditos de la quinta clase: "Los créditos preferentes que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit a la lista de los créditos de la quinta clase, con los cuales concurrirán a prorrata" (art. 2490 CC).

b) Entre sí

648 Hay que distinguir si se trata de créditos de distinta numeración en el art. 2472, o si están en el mismo número.

Si son de distinta numeración se pagarán en el orden en que están enumerados: "no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha" (art. 2473.1 CC).

De esta manera el crédito contenido en el Nº 2, relativo a expensas funerarias, se pagará con preferencia a las remuneraciones de trabajadores que está en el Nº 5, y éste se pagará con preferencia a los créditos del fisco por impuestos de retención o recargo, que se encuentra enlistado en el Nº 9 del art. 2472.

Ahora bien, si los créditos son propios de un mismo número, por ejemplo, si son varios trabajadores que concurren por remuneraciones, se aplicará el principio de la *par conditio creditores*, es decir, concurrirán a prorrata o en proporción a su monto. El Código Civil lo dispone de esta manera: "los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata" (art. 2473.1 CC).

2. Acreedores de la segunda clase

a) Con otros acreedores preferentes

649 Como ya vimos, los acreedores de la segunda clase tienen preferencia para pagarse con el bien sobre el que recae la preferencia, siempre que los créditos de la primera clase puedan pagarse con los otros bienes del deudor. Pero si estos bienes no son suficientes, los acreedores de primera clase podrán pagarse primero con los bienes sobre los que recae la preferencia de segunda clase (art. 2476 CC).

Con acreedores de la tercera clase, en principio, no debiera haber concurrencia ya que la naturaleza de los bienes afectados es diferente: muebles para la segunda clase e inmuebles para la tercera clase. Pero la cuestión se presenta respecto de los inmuebles por destinación o adherencia que por su naturaleza son bienes muebles. La Ley de Prenda de Desplazamiento se pone en el caso en que el acreedor hipotecario saca a remate la finca hipotecada y en que los inmuebles por destinación están gravados con prenda: "Cuando se trate de la realización de inmuebles por destinación o adherencia... , el acreedor hipotecario ejecutante deberá citar a los acreedores prendarios de conformidad con el artículo 2428 del Código Civil, teniendo lugar lo previsto en los artículos 492 y 762 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que resulten aplicables" (art. 37.2 LPSD). Es decir, se trata a los acreedores prendarios como hipotecarios para efectos de su concurrencia al remate, pero no se señala cuál sería la preferencia con la que concurrirían.

Si se trata de la prenda de inmuebles por destinación o adherencia se entiende que se trata de prenda de bienes futuros para el caso en que se separen del inmueble. Cuando son separados, por voluntad del propietario y consentimiento del acreedor hipotecario, la prenda se constituye en la fecha de la inscripción (arts. 14.1 y 9 LPSD). Dado que ya no serán bienes inmuebles, y a que el acreedor hipotecario ha consentido en la separación, el acreedor prendario podrá ejecutar esos bienes muebles sin intervenir en el juicio hipotecario. Cabe la posibilidad de que el acreedor hipotecario no consienta, en tal caso no se concretará la transformación en bienes muebles, sino que seguirán siendo inmuebles y por tanto sólo concurrirá en el remate el acreedor hipotecario.

La ley se pone en el caso de una prenda sin desplazamiento que se constituye sobre bienes corporales muebles que posteriormente se transforman en inmuebles por destinación o adherencia. En tal caso, subsistirá la prenda sin que sea necesario el acuerdo del acreedor hipotecario y gozará de preferencia sobre la hipoteca, si se anotare al margen de la correspondiente inscripción hipotecaria. A falta de anotación al margen, la ejecución de la hipoteca producirá la purga de la prenda, sin necesidad de notificación al acreedor prendario (art. 14.2 LPSD). Aquí vemos que la prenda, si se anota al margen de la inscripción, preferirá por sobre la hipoteca, obviamente sólo respecto del remate del bien prendado. A falta de anotación, la prenda se extingue con la ejecución de la hipoteca.

Los acreedores de la segunda clase prefieren respecto del bien sobre el que recae la preferencia por sobre los acreedores de la cuarta clase. Así lo señala el Código Civil: los créditos de la cuarta clase "sólo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquiera fecha que éstos sean" (art. 2486 CC). En realidad, los créditos de la segunda clase tienen preferencia en la realización del bien mueble afectado por el privilegio, pero si queda un saldo, ese saldo se pagará después de los créditos de la cuarta clase.

Lo mismo sucede con los créditos de la quinta clase en la medida en que los créditos de la segunda clase sean pagados con el remate del bien sobre el que recaía la preferencia. Pero si queda un remanente impago, ese crédito concurrirá

con los créditos de la quinta clase a prorrata de su monto: "Los créditos preferentes que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit a la lista de los créditos de la quinta clase, con los cuales concurrirán a prorrata" (art. 2490 CC).

La Ley Concursal permite que los acreedores de la segunda clase a los que añade acreedores que gocen del derecho de retención declarado judicialmente (se entiende sobre bienes muebles) opten por ejecutar individualmente los bienes gravados, pero debiendo siempre asegurar los créditos de mejor derecho, pero esta ejecución individual debe hacerse ante el juez que conoce del Procedimiento de Liquidación ya sea porque se demanda ante él o porque se acumula un proceso anterior (242.1 LRLEP).

Lo mismo se reitera como excepción a la suspensión de los procesos ejecutivos: "los acreedores hipotecarios y prendarios podrán deducir o continuar sus acciones en los bienes gravados con hipoteca o prenda, sin perjuicio de la posibilidad de realizarlos en el Procedimiento Concursal de Liquidación"; pero en ambos casos, para percibir deberán garantizar el pago de los créditos de primera clase (art. 135.2 LRLEP).

b) Entre sí

650 En principio, y en la lógica del Código, no era posible que sobre el mismo bien hubiera más de un acreedor de segunda clase, ya que tanto para el posadero como para el acarreador y para el acreedor prendario, la preferencia suponía la tenencia de la cosa mueble.

No obstante, la llamada prenda sin desplazamiento, al permitir que la cosa permaneciera en poder del deudor, admitió la pluralidad de prendas. En tal caso, los acreedores preferirán según el orden de sus inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (art. 16 LPSD). Es decir, se aplica el mismo criterio que para las hipotecas.

3. Acreedores de la tercera clase

a) Con otros acreedores preferentes

651 Los acreedores de la tercera clase son los acreedores hipotecarios y los que se asimilan a ellos, es decir, ejercen la preferencia sobre un bien inmueble. Por ello gozan de preferencia para ejecutar ese bien incluso respecto de los acreedores de primera clase: "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" (art. 2478.1 CC).

Si existen varios inmuebles hipotecados y no logran cubrirse los créditos de la primera clase, se ordena que: "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", es decir, por la numeración y si están en el mismo número a prorrata.

Ya vimos la concurrencia entre acreedores de la segunda clase con acreedores de tercera, que básicamente se refiere a bienes muebles considerados inmuebles por destinación o adherencia y que podían estar sujetos a prenda.

Respecto de los acreedores de la cuarta clase, se dispone que sólo se cubrirán después de satisfechos los acreedores de las tres primeras clases (art. 2486 CC). En realidad, la preferencia se ejerce sobre el bien hipotecado, pero si el crédito no es cubierto con la subasta del inmueble, ese saldo se pagará después de los créditos de la cuarta clase.

Por lo mismo, el saldo que reste después de la ejecución de las hipotecas, será considerado un crédito de la quinta clase y concurrirá a prorrata de su monto (art. 2490 CC).

El Código admite que los acreedores puedan gestionar un concurso particular: "A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular para que se les pague inmediatamente con ella..." (art. 2477.2 CC), y se señala que en este concurso se pagarán primero las costas judiciales causadas en él (art. 2477.4 CC).

Se dispone igualmente que "Los acreedores hipotecarios no estarán obligados a aguardar las resultas del concurso general para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas". Para proceder a un concurso particular, "bastará que consignen o afiancen una cantidad prudencial para el pago de los créditos de la primera clase en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de cubiertas sus acciones" (art. 2479 CC).

Ambas normas deben combinarse, de modo que si hay acreedores de primera clase y se reclama un concurso particular sobre una sola finca, deben los acreedores consignar o afianzar una cantidad prudencial para el pago de los créditos de la primera clase, y que restituyan a la masa lo que sobre después de cubiertos sus créditos. Si hay discusión, esto deberá resolverse por el juez que conoce del proceso concursal de liquidación, a menos que sea el mismo liquidador el que fije esa cantidad o garantía. La Ley Concursal dispone que "Los acreedores hipotecarios se pagarán en la forma que determinan los artículos 2477, 2478, 2479 y 2480 del Código Civil" (art. 243 LRLEP).

En todo caso, el o los acreedores hipotecarios pueden ejecutar la hipoteca fuera del procedimiento concursal mediante un juicio ejecutivo. La Ley Concursal así lo señala: "los acreedores hipotecarios y prendarios podrán deducir o continuar sus acciones en los bienes gravados con hipoteca o prenda, sin perjuicio de la posibilidad de realizarlos en el Procedimiento Concursal de Liquidación"; pero en ambos casos, para percibir deberán garantizar el pago de los créditos de primera clase que hayan sido verificados ordinariamente o antes de la fecha de liquidación de los bienes afectos a sus respectivas garantías (art. 135.2 LRLED).

En ese juicio se podrá presentar otro acreedor preferente ejerciendo la tercería de prelación. Para que las hipotecas y censos queden purgados deberán cumplirse

los requisitos del art. 2428 del Código Civil con la excepción prevista en el art. 492 del Código de Procedimiento Civil.

b) Entre sí

652 Los acreedores hipotecarios entre sí concurren según el orden de las fechas de las hipotecas, que se entiende es la fecha de la inscripción, y las de la misma fecha según el orden de su inscripción (art. 2477.3 y 4 CC).

Para los inmuebles gravados con censo se dispone que serán considerados como hipotecas y que concurrirán indistintamente entre sí y con las hipotecas según las fechas de las respectivas inscripciones (art. 2480 CC). Si hay dos o más censos o un censo y una hipoteca que han sido inscritos en la misma fecha, se aplicará el orden en que han sido inscritos.

Si se aplica al derecho legal de retención sobre inmueble, debe contarse la fecha desde que se inscribe en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces.

4. Acreedores de la cuarta clase

a) Con otros acreedores preferentes

653 Si concurren acreedores de la primera clase con acreedores de la cuarta clase, se pagan primero con los de primera clase y si restan bienes pasan a pagarse luego los de cuarta clase. Es lo que señala el Código Civil: "Las preferencias de los créditos de la cuarta clase afectan todos los bienes del deudor [...] sólo tienen lugar después de cubiertos los créditos de las tres primeras clases, de cualquiera fecha que éstos sean" (art. 2486 CC).

Un poco diferente es la concurrencia de acreedores de la segunda y la tercera clase dado que se trata de preferencias especiales, es decir, que concurren sobre un bien mueble o inmueble determinado. Por cierto si estos acreedores ejercen la acción personal no podrán invocar preferencia alguna y se pagarán después de los de cuarta clase. Pero si invocan la preferencia ejerciendo la acción real prendaria o hipotecaria tendrán derecho a pagarse con el producto de la subasta del bien con preferencia a los acreedores de la cuarta clase. Si después de realizado el bien sobre el que recae la preferencia de segunda o tercera clase permanece un saldo que no ha sido satisfecho, el saldo se considerará un crédito de la quinta clase por lo que en este caso tendrán preferencia los acreedores de la cuarta clase.

No hay duda de que los acreedores de la cuarta clase se pagan antes que los acreedores de la quinta clase, es decir, los valistas.

No obstante, el crédito de participación en los gananciales sólo puede alegar la preferencia respecto de los acreedores cuyos créditos se han constituido una vez disuelto el régimen de bienes: "Los créditos contra un cónyuge, cuya causa sea anterior al término del régimen de bienes, preferirán al crédito de participación en los gananciales" (art. 1792-25 CC).

b) Entre sí

654 Los acreedores de la cuarta clase concurren entre sí por las fechas de la causas de sus créditos. El Código se encarga de precisar cuál es la fecha de la causa de cada preferencia.

Así para los créditos de los Nºs. 1 y 2 del art. 2481, relativo a administradores y recaudadores, la fecha del crédito será la del nombramiento (art. 2482.2 CC). Para los créditos derivados de la sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, la fecha será la del respectivo matrimonio (art. 2482.3 CC). Para los créditos derivados de la administración de la patria potestad la fecha será la del nacimiento del hijo (art. 2482.4 CC), y para la gestión del tutor o curador la fecha de la causa del crédito será la del discernimiento de la tutela o curatela (art. 2482.5 CC), es decir, desde la fecha del decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer el cargo (art. 373.2 CC).

No señala el Código qué sucede si los créditos tienen la misma fecha de causa. En tal caso se volverá a la regla general de la *par conditio creditoris*, por lo que los créditos concurrirán a prorrata.

El crédito por obligaciones económicas de la unidad en régimen de copropiedad inmobiliaria, siendo de la cuarta clase, debe pagarse antes que los demás créditos de la cuarta clase cualquiera sea su fecha: "El crédito correspondiente gozará de un privilegio de cuarta clase, que preferirá, cualquiera que sea su fecha, a los enumerados en el artículo 2.481 del Código Civil" (art. 6.2 ley Nº 21.442, de 2022).

5. Acreedores de la quinta clase

a) Con otros acreedores preferentes

655 Los acreedores de la quinta clase, al no tener preferencia, se pagan después de todos los créditos preferentes. Así lo señala el Código Civil: "La quinta y última clase comprende los créditos que no gozan de preferencia" (art. 2489.1 CC).

No obstante, volvemos a reiterar que si se trata de preferencias especiales como las de segunda y tercera clase, si después de ejecutado el bien queda aún un remanente sin pagar, ese saldo se contará como crédito de la quinta clase.

No obstante, los acreedores de la quinta clase tendrán preferencia frente a los que la Ley Concursal llama créditos pospuestos. Así créditos con personas relacionadas con el deudor que no se haya documentado antes de 90 días de iniciado el Procedimiento Concursal de Reorganización (art. 63 LRLEP). Se dispone igualmente que "Los acreedores Personas Relacionadas del Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes de la Resolución de Liquidación, serán pospuestos en el pago de sus créditos aun después de los acreedores valistas" (art. 241.3 LRLEP).

b) Entre sí

656 Los acreedores de la quinta clase concurren a prorrata de sus montos, sin consideración a su fecha: "Los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha" (art. 2489.2 CC). Aunque el Código solo señala que se pagan a prorrata es evidente que se refiere a la proporción de sus montos.

En todo caso, después de la reforma de la ley Nº 21.190, de 2007, que incorporó al art. 2489 la posibilidad de un contrato o acto unilateral de subordinación, ha de señalarse que el crédito subordinante se pagará primero ya sea en su totalidad o en la parte que corresponda, respecto del crédito subordinado. Así lo señala la Ley Concursal: "Los acreedores serán pagados de conformidad a lo dispuesto en el Título XLI del Libro IV del Código Civil y, en el caso de los acreedores valistas, con pleno respeto a la subordinación de créditos establecida en la referida normativa" (art. 241.1 LRLEP). En todo caso si la subordinación es anterior a la resolución de liquidación debe ser alegada por el acreedor beneficiario al momento de la verificación del crédito, y si es posterior debe ser notificada al Liquidador (art. 241.1 LRLEP).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: UGARTE GODOY, José Joaquín, "Créditos refaccionarios y créditos hipotecarios. Si el privilegio de los créditos refaccionarios establecidos por la Ley de Quiebras (4.558) puede perjudicar a los acreedores hipotecarios", en *Revista Chilena de Derecho* 10, 1983, 2, pp. 451-474; GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "El tratamiento privilegiado del crédito como medio de protección al acreedor sin poder de negociación", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 301-311; GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, "Alcance del privilegio de los créditos garantizados con prenda industrial", en *RDJ*, t. 81, Derecho, pp. 97-102; VERGARA BEZANILLA, José Pablo, "La purga de la hipoteca en el juicio de quiebra", en *RDJ*, t. 82, Derecho, pp. 75-80; BARRÍA PAREDES, Manuel, "Algunas consideraciones sobre la prenda sin desplazamiento y la prelación de créditos en la Ley N° 20.190", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 221-222, 2007, pp. 45 -69; UGARTE GODOY, José Joaquín, "Sobre la posibilidad de pactar que una obligación tenga el carácter de subordinada en el Derecho chileno", en J. Varas y S. Turner (edits.), *Estudios de Derecho Civil* [1], LexisNexis, Santiago, 2005, pp. 373-389; GÓMEZ PINTO, Rafael, "Las preferencias: alcance y limitaciones", en *Actualidad Jurídica* 16, 2007, pp. 299-330; GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, "Análisis crítico de la prelación de créditos", en E. Jequier (edit.) *Estudios de Derecho Comercial. IV Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Thomson Reuters, 2014, pp. 569-602.

QUINTA PARTE - OBLIGACIONES DE GARANTÍA O CAUCIONES

BIBLIOGRAFÍA GENERAL: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1992, t. X, pp. 504-545; STITCHKIN, David, *Obligaciones*, Editorial Universitaria, Santiago, 1948, t. II, pp. 116-135; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las obligaciones. Volumen del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.,* Ediciones Jurídicas de Santiago, 3ª edic., Santiago, 2016, pp. 299-321; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Thomson Reuters, 6ª edic., Santiago, 2014, t. II, pp. 1043-1064; MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª edic., 1997, pp. 283-293; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago, 2003, pp. 239-251; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 270-280; RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 299-315; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *De las obligaciones*, Thomson Reuters, 7ª edic., Santiago, 2011, pp. 221-226; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno III. De la teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 115-122.

Capítulo primero - Función de las obligaciones de garantía

I. CAUCIÓN Y GARANTÍA

657 Existen obligaciones cuyo objeto es servir de garantía en caso de incumplimiento de una obligación principal, de manera que si ésta no se cumple el acreedor puede recurrir a un bien gravado o a un tercero que se ha comprometido como fiador o codeudor solidario.

Se trata de lo que el Código Civil llama cauciones, y que las define como "cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena", y apunta que "son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda" (art. 46 CC).

No obstante, debe distinguirse la obligación de garantía que tienen algunos contratos: por ejemplo, contra la evicción o los vicios ocultos de la cosa, ya que estas obligaciones son obligaciones principales y no tienen como propósito asegurar el cumplimiento de otra obligación principal. Se les llama de garantía porque si se incumplen el deudor debe responder ya sea por medio de la resolución

del contrato o por una reducción del precio; es decir, hay aquí una especie de responsabilidad objetiva o de resultado.

II. CONTRATOS DE GARANTÍA

658 Las cauciones son normalmente contratos, de manera que se ajustan a la definición que da el Código Civil respecto de estos contratos: "El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella" (art. 1442 CC).

Por ello, la fianza, la prenda y la hipoteca son contratos accesorios, ya que no pueden subsistir sin la obligación principal que garantizan. Se discute si la cláusula penal es realmente un contrato, pero nos parece que así es y que puede considerársele un contrato accesorio, ya que puede pactarse por separado del contrato principal.

La obligación del codeudor solidario no interesado pareciera que es sólo la obligación, aunque el pacto de solidaridad puede darse en cualquier contrato.

De esta manera, los contratos accesorios generan siempre una caución, es decir, una obligación de garantía de otra principal.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CAPRILE BIERMANN, Bruno, "La reserva de propiedad: ¿garantía eficaz en el Derecho chileno?", en *Revista Chilena de Derecho* 27, 2000, 1, pp. 29-49;-477; CAPRILE BIERMANN, Bruno, "La reforma al Derecho de las cauciones en Francia: perspectiva para un devenir en Chile", en A. Guzmán (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 531-565; LARROUMET, Christian, "La ley del 19 de febrero 2007 sobre el fideicomiso. Comentarios críticos", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 469; FERNÁNDEZ, Leonardo, "La causa-fin en las garantías personales", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 69-101; GALLEGOS ZÚÑIGA, Jaime, "Algunas garantías en el Derecho bancario latinoamericano", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 585-600; OLIVA MOL, Paula y OLEA JONQUERA, Macarena, "Las garantías en el Derecho de Familia", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 723-733; PAREDES LÓPEZ, Juan Carlos, "La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al*

profesor Manuel Somarriva Undurraga, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 687-704; PEDRALS GARCÍA DE CORTÁZAR, Antonio, "Las garantías en las operaciones jurídicas de la economía de la pobreza", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 29-38; RUZ LÁRTIGA, Gonzalo y BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Las garantías autónomas: un análisis frente al incumplimiento", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 211-235; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Noción de garantía", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 21-28; TERNERA BARRIOS, Francisco, "Propiedad como garantía", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 343-358; Turner Saelzer, Susan, "Cauciones en el Derecho de Alimentos y en el Derecho del Matrimonio chilenos", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 709-721; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, "Incumplimiento contractual y obligaciones de garantía", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 595-602; ALCALDE SILVA, Jaime, "Notas sobre la reserva de dominio", en S. Turner y J. Varas (edits.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 259-281.

Capítulo segundo - Obligación del fiador y del codeudor solidario no interesado

I. LA OBLIGACIÓN SUBSIDIARIA

1. Obligación y contrato de fianza

659 El Código define la fianza como una obligación "en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple" (art. 2335.1 CC).

En realidad, toda fianza es también un contrato de carácter accesorio. El Código parece señalar que existen fianzas legales y judiciales, pero en realidad la fianza misma es un contrato, y lo que puede tener fuente en la ley o en la sentencia del juez es la obligación de presentar un fiador: "La fianza puede ser convencional, legal o judicial. La primera es constituida por contrato, la segunda es ordenada por la ley, la tercera por decreto de juez" (art. 2336 1 y 2 CC). Se observa, así, que la convencional es constituida por un contrato, mientras que la fianza legal o judicial

es la "ordenada" por la ley o por decreto judicial, pero la forma de constitución es siempre convencional, es decir, a través de un contrato.

Las partes en el contrato de fianza son el acreedor y el fiador, mientras que el deudor es un tercero. De esta manera se explica que se pueda afianzar sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor (art. 2345 CC).

La fianza es esencialmente gratuita ya que si el acreedor remunera al fiador por ese servicio, el contrato se asemeja a un contrato de seguro contra la insolvencia del deudor. No se opone a la gratuidad del contrato de fianza el hecho de que el deudor remunere al fiador (art. 2341 CC), ya que tal remuneración es ajena al contrato de fianza, y más bien es un contrato entre el deudor y el fiador.

El contrato de fianza acepta que se pacte una subfianza; es decir, que la obligación del fiador sea garantizada a su vez por otra fianza: "La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador" (art. 2335.2 CC), con lo que es posible que exista fiador y subfiador. Y si renuncia el fiador esa renuncia no se extiende al subfiador (art. 2360 CC).

2. Limitaciones de la obligación subsidiaria

660 En primer lugar, la obligación del fiador (y la del subfiador) es siempre de dinero, de modo que "La obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa o de una suma de dinero, no constituye fianza" (art. 2343.4 CC). Por ello se señala que si se afianza una obligación de hacer (hecho ajeno) se afianza sólo la indemnización en que el hecho por su inejecución se resuelva (art. 2343 CC).

El fiador no puede obligarse a más que el deudor principal (art. 2343.1 CC) ni tampoco en términos más gravosos en materia de monto, tiempo, lugar del pago, condiciones y cláusula penal (art. 2344.2 CC). Si la fianza excede estos aspectos debe reducirse (art. 2344.3 CC). Sí se acepta que el fiador se obligue en términos más eficaces, por ejemplo, constituyendo una hipoteca (art. 2344.2 CC).

El subfiador no puede obligarse a más de lo que se obliga el fiador principal, pero sí puede que la subfianza sea más eficaz si se pacta una hipoteca o prenda.

3. Pluralidad de deudores subsidiarios. La cofianza

661 No existen problemas para que haya varios fiadores, los que se denominarán cofiadores. En este caso, los cofiadores gozan del beneficio de división de la deuda, siempre que no se hayan obligado solidariamente a la deuda y que inequívocamente uno de esos cofiadores haya limitado su participación en la deuda a una suma o parte determinada, caso en que la deuda no se dividirá por partes iguales (arts. 2367 CC).

Pero debe tratarse de una misma deuda y de un mismo deudor, aunque las fianzas se hayan celebrado en distintas épocas (art. 2368 CC).

4. Efectos entre el fiador o los cofiadores y el acreedor

662 Frente al acreedor el fiador goza de varios beneficios, y principalmente el de excusión. El Código lo describe de esta manera: "El fiador reconvenido goza del beneficio de excusión, en virtud del cual podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda" (art. 2357 CC).

En ciertos casos, el fiador no goza de este beneficio como cuando se obligó solidariamente, dando lugar a una fianza solidaria (art. 2358.2º CC), si se trata de fianza de una obligación natural (art. 2358.3º CC), o si se ha renunciado expresamente al beneficio (art. 2358.1º CC).

El beneficio se opone como excepción en el juicio ejecutivo (art. 464.5º CPC) y como excepción dilatoria en el juicio ordinario (art. 303.5º CPC).

El fiador que opone este beneficio como excepción debe señalar bienes del deudor donde el acreedor pueda pagarse y está obligado a costear los gastos que hará el acreedor al ejecutar estos bienes, aunque puede hacer la ejecución de los bienes por sí mismo (art. 2361 CC). Sólo puede oponerse una vez, a menos que el deudor adquiera nuevos bienes durante el proceso (art. 2363 CC) y el acreedor estará obligado a ejecutar los bienes incluso si con ellos sólo se paga parcialmente la deuda (art. 2364 CC). El subfiador goza de este beneficio tanto respecto del fiador como del deudor principal (art. 2366 CC).

Junto al beneficio de excusión, tenemos también el beneficio de subrogación. En este caso si el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poderse subrogar en su crédito en contra del deudor principal o los demás fiadores, tendrá derecho a que se rebaje todo lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal (art. 2355 CC). Si ha sucedido por hecho o culpa del acreedor, la fianza se extingue (art. 2381.2º CC).

En caso de cofianza, los fiadores gozan también del beneficio de división, es decir, de pagar sólo su cuota en la deuda, salvo que se hayan obligado solidariamente al pago (art. 2367 CC).

Si existen dos o más fiadores de una misma deuda, cada uno de los fiadores podrá alegar el beneficio de división, conforme a lo que se dispone en el Código Civil: "Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa" (art. 2367.1 CC). Las cuotas se presumen iguales, salvo que inequívocamente algunos de los cofiadores haya limitado su responsabilidad en la deuda a una suma o cuota determinada (art. 2367.3 CC). Se dispone que "la insolvencia de un fiador gravará a los otros; pero no se mirará como insolvente aquel cuyo subfiador no lo está" (art. 2367.2 CC).

5. Efectos entre el fiador o cofiadores y el deudor

663 El fiador que ha pagado la deuda tiene al menos dos acciones: una, la del mismo acreedor ya que habrá operado un pago con subrogación legal (art. 1610.3º

CC). Esta vía le permitirá al fiador gozar de los privilegios y de las garantías de ese crédito para obtener su pago.

En sede de contrato de fianza, en cambio, el Código regula una acción de reembolso en contra del deudor principal. Se dispone que tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él con intereses y gastos, y además con derecho a la indemnización de perjuicios "según las reglas generales". Pero no podrá pedir el reembolso de gastos inconsiderados, ni de los que haya sufrido antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra dicho fiador (art. 2370 CC).

Además, el fiador que paga y que ha sido encargado por mandato de un tercero tiene la acción de este contrato para que el mandante le reembolse los gastos en los que ha incurrido en la ejecución de ese negocio: "Cuando la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero, el fiador que ha pagado tendrá acción contra el mandante; sin perjuicio de la que le competa contra el principal deudor" (art. 2371 CC). Si ha sido el deudor el que ha dado mandato para que una persona afiance la deuda, la acción contra el mandante se unirá a la acción del pago con subrogación y a la acción personal de reembolso.

No obstante, el Código niega la acción de reembolso si se trata de fianza de una obligación natural (art. 2375.1º CC), si el pago no ha sido válido (art. 2375.3º CC) y cuando el fiador se obligó contra la voluntad del deudor principal, pero se agrega "salvo en cuanto se haya extinguido la deuda" (art. 2375.2º CC). Pero si la deuda no se ha extinguido por el pago del fiador es obvio que no puede proceder la acción de reembolso, de modo que la excepción aquí es inoperante. Se agrega el caso en que el acreedor haya condonado el total o parte de la deuda al fiador (art. 2374 CC).

Si quien paga es un cofiador y paga más de lo que corresponde, se subroga por el exceso en contra de los demás fiadores: "El fiador que paga más de lo que proporcionalmente le corresponde, es subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los cofiadores" (art. 2378 CC). Por su parte, los cofiadores no pueden oponer las excepciones puramente personales del deudor ni las personales del cofiador y de las que no quiso valerse ante el acreedor (art. 2379 CC).

Al ser fiador goza del pago con subrogación y de la acción personal de reembolso en contra del deudor principal.

6. Extinción de la obligación subsidiaria

664 Los modos de extinción de esta obligación son los que corresponden a todas las obligaciones, y en particular la extinción de la obligación principal, ya que siendo una caución accesoria no puede subsistir sin la obligación garantizada (art. 2381.3º CC).

Se extingue por el relevo del fiador total o parcial por parte del acreedor (art. 2381.1º CC) y por la pérdida por hecho o culpa del acreedor de las acciones en que el fiador podría subrogarse (art. 2381.2º CC); y además por la dación en pago que hace el deudor con la aceptación del acreedor (art. 2382 CC).

Finalmente, se extingue por confusión entre las calidades de acreedor y fiador o de deudor y fiador, aunque en este último caso subsiste la obligación del subfiador (art. 2383 CC).

II. Otras garantías similares a la fianza

665 El avalista es el garante similar al fiador que surge del *contrato de aval*, que es una garantía típica del derecho cambiario. Su regulación procede respecto de letras de cambio y pagarés. Como es propio del Derecho comercial, no nos corresponde estudiarlo.

Digamos sí que está contenido en los arts. 46 y 47 de la ley Nº 18.092, de 1982, que regulan la forma de su celebración, formalidades y efectos. La ley define este contrato como "un acto escrito y firmado en la letra de cambio, en una hoja de prolongación adherida a ésta, o en un documento separado, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella" (art. 46.1 LLCP). En este caso, el avalista, si no ha limitado su responsabilidad, responde del pago de la letra en los mismos términos que la ley impone al aceptante (art. 47.2 LLCP). Si el avalista se ve obligado a pagar, tiene acción de reembolso cambiaria respecto de quien él ha garantizado y respecto de los que hayan firmado la letra sobre los que la persona avalada tuviere acción de reembolso (art. 82.3 LLCP). En caso de pluralidad de avalistas, se aplicará la regla del Código Civil prevista en el art. 2378 (art. 82.4 LLCP), por lo que si uno de los avalistas paga más de lo que le corresponde se subroga en el exceso en los derechos del acreedor contra los demás avalistas.

Todas estas reglas son aplicables también al pagaré (art. 107 LLCP). La Ley General de Bancos establece la atribución de los bancos de otorgar avales o fianzas conforme a la regulación del ente fiscalizador (la Comisión para el Mercado Financiero), como se observa en el Cap. 8-10 de la Circular Nº 2409, de 1988 sobre normas aplicables a bancos y financieras, y que lleva por título Avales y fianzas.

Otra garantía de mucho uso en la práctica es la llamada *Boleta Bancaria de Garantía*, que se constituye como una garantía a primer requerimiento. Se regula en las normas propias de los bancos (Cap. 8-11 Circular 2409 de 1988), las que la conceptualizan como "La boleta de garantía es una caución que constituye un banco, a petición de su cliente llamado el tomador a favor de otra persona llamada beneficiario que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario". Esta boleta la emite el Banco ya sea por un depósito del Tomador o de un crédito documentado en un pagaré u otro título de crédito. La boleta no admite endoso, y debe ser pagada si el beneficiario acusa incumplimiento de la obligación garantizada de manera inmediata o con aviso previo de 30 días u otro plazo que se hubiere estipulado.

Siendo una caución la boleta no puede cumplir otra finalidad y si el tomador ha cumplido su obligación el beneficiario debe devolverla a ese tomador para que este

la restituya al banco y sea cancelada la garantía. Se recomienda que las boletas de garantía tengan un plazo de vigencia o no sean indefinidas.

También es muy utilizada como garantía, ya sea fuerte o débil, la carta de patrocinio o *confort letter*. Se trata de una declaración unilateral por la cual una persona natural o jurídica patrocina a otra persona o empresa para que un Banco le dé en crédito una cierta cantidad de dinero. Las cartas pueden ser débiles, y en ese caso valdrán jurídicamente como una recomendación o apoyo, o fuertes de manera que van a generar la obligación de pagar o de indemnizar si el deudor del Banco incumple sus obligaciones para con éste. Se trata de una caución atípica y similar a la fianza o aval.

La práctica bancaria ha dado lugar a las llamadas *cartas de resguardo* que normalmente se dan en compraventas de inmuebles que están hipotecados en favor de un banco y en que el comprador pide un crédito hipotecario a otro banco, el que emite una carta de resguardo comprometiéndose a pagar el crédito pendiente con el primer banco. Estas cartas de resguardo están reguladas en el Cap. 8-13 de la Circular 2409 de 1988.

En materia de seguros, tenemos el *seguro de crédito* y el *seguro de caución*. Por el seguro de crédito el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas que experimente por el incumplimiento de una obligación de dinero (art. 579 CCom), mientras que en seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales (art. 582 CCom). En este último caso la aseguradora actúa como garante del tomador del seguro, como lo señala la misma norma al aludir al tomador como "afianzado".

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CUADRA FOLLE, Reinaldo, "La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria y la codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 139-152; GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto, "Fianza y obligación solidaria", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 103-124; TOMILLO URBINA, Jorge, "La caracterización autónoma del fiador en la estructura obligacional subjetiva", en *Revista de Derecho Comercial* (Universidad de Chile), 2, 2011, pp. 69-89.

III. LA SOLIDARIDAD EN GARANTÍA

1. El deudor solidario no interesado

666 Frente al acreedor no se distingue entre los codeudores solidarios, pero en las obligaciones internas o la contribución a la deuda sí es necesario efectuar esa distinción, conforme a lo que ordena el art. 1522 inc. 2º del Código Civil: "Si el

negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores".

Estos deudores solidarios, a los que el negocio para el que se contrajo la deuda no les concernía, han accedido a ella en función de garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación. De allí que, una vez hecho el pago, se le considere un fiador y por tanto se subroga contra el o los demás deudores solidarios por el total, como ya hemos visto[48].

2. La fianza solidaria

667 En el contrato de fianza se puede pactar que el fiador responda solidariamente junto con el deudor principal, y la consecuencia de este pacto será que el fiador no podrá oponer el beneficio de excusión (art. 2358.2º CC) y deberá responder por el total de la obligación. Por cierto, se subrogará legalmente al acreedor cuando paga (art. 1610.3º CC) y podrá ejercer la acción del acreedor por el total contra cada uno de los deudores solidarios.

En todo caso, aquí la fianza continúa siendo fianza y por tanto deben cumplirse los requisitos propios de este contrato. El estatuto de la fianza solidaria no se agota en la mera excepción del beneficio de excusión, sino que muchos otros efectos son propios de esta figura y la regla es que si se trata de materias accesorias a la obligación de la fianza son aplicables a la fianza solidaria por encima de las reglas de la solidaridad. Así, por ejemplo, el que la fianza no puede ser más gravosa que la obligación principal, la excepción de subrogación, la acción de reembolso propia del fiador, la extinción de la deuda por ampliación del plazo, si hay varios fiadores el que pagó de más puede subrogarse por el exceso contra los demás, tiene derecho al relevo si se dan las condiciones legales, etc.

No obstante, esta forma de caución es poco practicada en nuestro país, y lo que se observa en la práctica es la cláusula "se obliga como fiador y codeudor solidario".

3. Obligación como fiador y codeudor solidario

668 La doctrina tradicional ha distinguido las figuras del fiador solidario y la del fiador y codeudor solidario. La primera sería una fianza con la única particularidad de que carecería del beneficio de excusión (art. 2358.2ª CC); mientras que la cláusula "se obliga como fiador y codeudor solidario" sería la constitución de una solidaridad por mera garantía, es decir, se colocaría dicha frase para indicar que ese codeudor solidario es un deudor no interesado en el negocio por el que se otorgó el crédito (cfr. art. 1522.2 CC).

Nos parece que esto no es correcto ni se ajusta a una interpretación rigurosa de los preceptos. El codeudor solidario no interesado no es fiador, sino que es considerado como fiador en las relaciones internas entre los codeudores, mientras

[48] Véase Nº 230.

que el fiador solidario es fiador tanto para las relaciones externas con el acreedor como en las internas. Por eso, pensamos, la cláusula "se obliga como fiador y codeudor solidario" debe considerarse la constitución de una fianza solidaria propiamente tal, y no una mera indicación de que se trata de un codeudor solidario no interesado.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, "Codeudores solidarios", en *RDJ*, t. 85, Derecho, pp. 27-32; CUADRA FOLLE, Reinaldo, "La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria y la codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 139-152; GAITÁN MARTÍNEZ, José Alberto, "Fianza y obligación solidaria", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 103- 124; MARTÍNEZ CÁRDENAS, Betty Mercedes y TAPIAS ROCHA, Hernando, "La solidaridad como especie de garantía", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 125-138; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Notas sobre la regla que la solidaridad debe pactarse expresamente", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 473-482.

Capítulo tercero - La cláusula (contrato) penal

I. ORIGEN HISTÓRICO Y RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

1. La stipulatio poenae *en el Derecho romano y canónico*

669 Por el estudio de las fuentes, los romanistas llegan a la conclusión de que existían básicamente dos formas de estipulación penal, que ellos denominan propia e impropia. La estipulación penal propia es aquella por la cual un sujeto prometía pagar una pena (generalmente una cantidad de dinero) en el caso de que él mismo no cumpliera con una obligación, la cual podía constar en la misma estipulación que contenía la pena o provenir de una fuente distinta, por ejemplo, un contrato. La estipulación penal impropia, en cambio, no suponía la existencia de una obligación garantizada por la pena, sino sólo la promesa de efectuar una prestación (no debida): por ejemplo, se prometía dar una pena para el caso de no entregar en propiedad un fundo.

El acreedor, producido el incumplimiento, debía optar entre exigir la obligación principal o la pena, pero no podía acumular ambas pretensiones salvo que la pena se hubiere pactado para el caso de retardo de la obligación principal.

Los romanos no admitían la moderación de la pena, pero en el derecho canónico esto se permitió, ya que se asimila la cláusula penal a la indemnización de perjuicios

y por tanto se propicia la aplicación del límite que figura en el Código de Justiniano (C. 7.47), esto es, el doble de la obligación principal, aunque esto se discute porque algunos autores no coinciden en que se trata de indemnización de perjuicios sino más bien de una sanción.

2. La cláusula penal en el Code *de 1804 y en los Códigos Civiles*

670 A través de autores como Dumoulin y Pothier la cláusula penal es recogida por el Código Civil francés de 1804 como una clase o especie de obligación: "*obligations avec clauses pénales*" (arts. 1226-1233), y le da una función más bien resarcitoria de daños, aunque no permite ni la reducción de la pena exorbitante ni tampoco que el acreedor pueda reclamar los perjuicios probándolos. Esto será reformado más adelante para dar al juez el poder de disminuir la pena exorbitante o aumentar la pena irrisoria (ley Nº 597, de 9 de julio de 1975, que modificó el art. 1152 CC).

La regulación napoleónica pasó íntegramente al Código Civil belga (arts. 1226-1233) y con algunas modificaciones al Código Civil italiano de 1865 (arts. 1209-1217) y al Código Civil español de 1889 (arts. 1152-1155), y también a los principales Códigos de América, entre ellos el de Chile.

Pero el *BGB* y el Código Civil italiano de 1942 intentarán una nueva mirada a esta institución.

3. La cláusula penal en el Common Law

671 En el *Common Law* inglés y luego en el estadounidense se repudia por ilícita la *penalty clause*, es decir aquella que por su monto tiene una función de coaccionar al deudor a cumplir, mientras que si la cláusula es sólo para liquidar los daños probables causados por el incumplimiento (*liquidated damages clause*) es válida. La distinción se funda en lo siguiente: es admisible, si es "*a genuine pre-estimate of the damage wich world probable arise from breach of contract*" (*liquidated damages*); en cambio es nula si se ha estipulado exclusivamente *in terrorem* del deudor, es decir, para coaccionar el cumplimiento o sancionar el incumplimiento.

La distinción, no sin discusiones, ha sido acogida por el *Restatement of Contracts (Second)* y por el *Uniform Commercial Code* (§ 2-718, 1).

4. Recepción de la cláusula penal en el Código Civil chileno

672 La institución de la cláusula penal es recibida por el Código Civil chileno sin mayores dudas y con la ubicación que le diera Pothier y el Código Civil francés. Se la regula como una clase de las obligaciones, cerrando la clasificación de éstas y antes de referirse a sus efectos: título XI del libro IV: "De las obligaciones con cláusula penal", arts. 1535 a 1544.

No obstante, se aprecian diferencias importantes respecto de la normativa francesa, básicamente en tres aspectos: primero, en que no se define la cláusula penal como la compensación de daños e intereses; segundo, que se permite al

acreedor optar entre la pena y la indemnización ordinaria (art. 1543 CC), y en tercer lugar, en que se fijan límites a cláusulas penales excesivas (art. 1544 CC).

II. Concepto, naturaleza y funciones

1. Concepto

673 El Código Civil 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" (art. 1535 CC).

Se destaca la función de garantía que es asegurar el cumplimiento de una obligación, así como que la pena consiste en una obligación de dar o de hacer. Los autores no ven inconvenientes para que se convenga una pena consistente en una obligación de no hacer. Aunque lo más frecuente es que la pena consista en una obligación de dar y de dinero.

De esta manera, la cláusula penal se configura como caución, es decir, cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena (art. 46 CC). Dentro de la clasificación de cauciones reales o personales, hemos de ubicarla junto con la fianza y la solidaridad en garantía junto a las cauciones personales.

2. Naturaleza contractual

674 Pese a su nombre, que proviene de la tradición histórica y de la práctica más frecuente, la cláusula penal no es necesariamente una disposición inserta dentro del contenido global de un contrato escriturado, como generalmente se entiende la palabra "cláusula".

Es posible que se establezca en un instrumento separado, coetáneo o posterior al contrato en el que se contrae la obligación principal. Nuestra doctrina incluso admite que el obligado a la pena no sea el deudor principal sino un tercero.

Si estamos ante un acuerdo de voluntades que produce una obligación, que tiene caracteres y estructura funcional típica, no parece haber dudas de que debemos reconocer que la cláusula penal es un contrato autónomo y diferente de la convención contractual donde se recoge la obligación principal que pretende asegurar.

A esta caracterización de la cláusula penal como un contrato no se opone que pueda incluirse en el mismo acto en el que se escritura la obligación principal (como sucede frecuentemente en la práctica por obvias razones de economía y seguridad). Es manifiesto que en una sola escritura pueden contenerse —y de hecho se contienen— varios actos o negocios jurídicos diferentes, aunque vinculados en la operación práctica querida por las partes (compraventa, mutuo, hipoteca, mandato, etc.).

Tampoco se opone a la autonomía contractual de la cláusula el que su ejecución dependa de la existencia e incumplimiento de la obligación principal. Se tratará de un contrato accesorio mencionado en el art. 1442 CC, es decir, de aquellos que tienen por objeto "asegurar el cumplimiento de una obligación principal", lo que coincide con la definición de cláusula penal contenida en el art. 1535.

3. Autonomía, accesoriedad y condicionalidad

675 Afirmada la autonomía contractual de la "cláusula penal", debe enseguida aclararse que se trata de una autonomía relativa, ya que una de las características fundamentales de la institución es la de ser accesoria de una obligación cuyo cumplimiento la pena pretende asegurar. El Código Civil indica que la cláusula penal se pacta "para asegurar el cumplimiento de una obligación" (art. 1535 CC).

Pero esta accesoriedad no niega ni se contrapone a la naturaleza contractual de la cláusula penal, aunque se trate de un contrato accesorio y por ende una caución.

Respecto de la accesoriedad el Código Civil dispone que "La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal" (art. 1536 CC). De este modo si la obligación principal es nula, al extinguirse dicha obligación se extingue también la obligación penal (a menos que la nulidad deje subsistente la obligación como natural). Se reafirma esto cuando se establece la nulidad de pleno derecho por faltar el instrumento público en cuanto solemnidad: en tal caso "se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno" (art. 1701.1 CC). Pero esto no sucede al revés: la nulidad del contrato accesorio no conlleva la nulidad del contrato principal.

Se afirma por la mayoría de nuestros autores que la cláusula penal es un contrato sujeto a condición suspensiva, ya que sólo puede cobrarse la pena si ocurre el hecho futuro e incierto que es el incumplimiento de la obligación principal. Pero esto no es así, porque si así fuera todo contrato accesorio sería condicional, como la fianza, la prenda, la hipoteca que también se hacen efectivas por el incumplimiento de la obligación garantizada. No estamos ante una obligación condicional sino a una obligación pura y simple, que surge una vez sucedido el incumplimiento de la obligación principal.

4. Funciones

676 La doctrina chilena es uniforme en reconocer que la cláusula penal puede cumplir tres funciones: garantizar el cumplimiento de la obligación principal, avaluar o liquidar los perjuicios derivados del incumplimiento y sancionar civilmente al deudor incumplidor

Los perjuicios contractuales admiten una avaluación o liquidación convencional y anticipada a través del pacto de una o más cláusulas penales. Los autores estudian normalmente en este punto la cláusula penal, y no en la clasificación de las obligaciones como la contempló el codificador. Nos parece, sin embargo, que

esta no es la función más propia del contrato penal y que este pacto bien puede denominarse como los sistemas de *Common Law* de liquidación de perjuicios.

Se reconoce que la cláusula penal es una forma de caución de carácter personal ya que con ella el acreedor pretende asegurar el cumplimiento de la obligación principal. Es posible sí que la pena sea a su vez garantizada por otra caución, como una fianza o una prenda o hipoteca. El Código prevé expresamente la existencia de una pena con hipoteca (art. 1541 CC).

El mismo nombre y la raíz histórica de la institución indican que una de sus funciones es la de sancionar la conducta incumplidora del deudor. El Código Civil admite expresamente este carácter al expresar que la pena puede cobrarse aunque se alegue que el acreedor no ha sufrido perjuicios de la infracción del contrato o incluso que esta le ha producido beneficios (art. 1542 CC) y, sobre todo, al contemplar la posibilidad de pactar la acumulación de la pena al cumplimiento de la obligación principal (art. 1537 CC) o a la indemnización ordinaria de los daños y perjuicios (art. 1543 CC).

Es posible identificar otras funciones, quizás residuales pero igualmente relevantes, porque buscan tutelar el interés del acreedor en casos especiales. Es lo que sucede cuando la obligación principal tiene un contenido extrapatrimonial o el interés del acreedor en su cumplimiento es más moral que económico. En estos casos, la pena, avaluada pecuniariamente, permite un mejor reconocimiento del deber principal como obligación, y ofrece un medio indirecto de coerción.

Finalmente, la cláusula penal puede desempeñar una función de liberación de la carga de la prueba, incluso en los casos en los que su monto coincida con el importe de los daños. El acreedor no necesitará acreditarlos.

Sin perjuicio de que se reconozca que la cláusula penal puede cumplir diversas funciones jurídicas y económicas, es necesario preguntarse cuál de ellas es la esencial, en el sentido de que debe concurrir siempre para que podamos hablar de contrato o cláusula penal. En nuestra doctrina prevale la tesis de que la función esencial es la resarcitoria. Pero en otros ámbitos se asume la idea de que la función de sanción al incumplimiento la configura la institución de la cláusula penal, y no la mera liquidación de la reparación de los perjuicios, dado que estos no son tomados en cuenta para demandar la pena convencional.

Para otros autores la cláusula penal tiene una función polivalente en el sentido de que es a la vez resarcitoria y punitiva.

Para verificar estas funciones tenemos que elegir un punto de mira adecuado. La función puede ser analizada desde la intención de las partes al celebrar el contrato penal o en el momento posterior al incumplimiento que permite la ejecución de la pena. Creemos que muchas de las confusiones que se dan en este terreno proceden de no clarificar la perspectiva desde la que se hace la pregunta sobre la función. Así, una pena que puede haber querido ser sancionatoria en la intención de las partes, resulta después tener carácter meramente reparatorio porque los

daños efectivamente causados coinciden con el valor de la pena; o viceversa, una cláusula que fue concebida como una avaluación anticipada de perjuicios, puede adquirir el carácter de sanción o pena privada si los daños producidos son mucho menores a los que las partes estimaron como probables.

¿Cuál criterio debe ocuparse para definir la función típica del contrato? Pensamos que debe ser la de la intención de las partes y no la de la comparación con el daño producido efectivamente. Justamente, lo que justifica la existencia de la cláusula penal es que ella puede reclamarse con independencia del daño causado, por lo que todo análisis del daño efectivamente causado no puede tenerse en cuenta desde un punto de vista jurídico: no podemos saber con precisión cuál es el daño realmente causado, porque abrir la posibilidad para determinarlo es incompatible con el concepto de cláusula penal. En el fondo, que haya habido o no daño no puede saberse efectivamente, ni siquiera el acreedor debe calcularlo. Centrar por tanto en este elemento la base de la determinación de la función de la cláusula penal sería desconocer su misma virtualidad como institución específica.

Elegido el punto de vista, debemos verificar qué tipos de cláusulas penales son posibles en relación con la función sancionatoria o reparatoria. Debemos concluir que ni la función punitiva ni la resarcitoria son por sí mismas esenciales en la cláusula penal, porque existen cláusulas penales que cumplen la una pero no la otra. A continuación, debemos inquirir si existe una función, distinta de la resarcitoria o punitiva, que esté presente en las tres formas de cláusulas penales analizadas y que, por tanto, pueda reconocerse como la función típica o esencial de la figura contractual.

La respuesta a esta interrogante ha de ser afirmativa. En las tres formas de cláusula penal se da la función asegurativa o de garantía. Todas ellas cumplen la exigencia formulada en el art. 1535 del Código Civil, sea por medio de la sanción o de la avaluación anticipada del resarcimiento o de ambas, obtienen que se "asegure" el cumplimiento de la obligación principal. Este aseguramiento coincide con la finalidad propia de toda caución, conforme a la definición contemplada en el Código: "obligación que se contrae para la seguridad propia o ajena" (art. 46 CC).

En resumen, pensamos que ni la función punitiva ni la función resarcitoria son por sí solas suficientes para dar lugar a la cláusula penal, y que debe añadirse a ellas la función de garantía consistente en la independencia de la pena del daño o perjuicio derivado del incumplimiento. Esta función de garantía o seguridad del cumplimiento de la obligación principal, unida a alguna de las otras dos o a ambas, es la que puede reconocerse como esencial y típica de la institución de la cláusula penal en nuestro Derecho.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CORRAL TALCIANI, Hernán, "La cláusula penal: origen y recepción en el Derecho Privado contemporáneo y en el Código Civil chileno", en *Anales Derecho* (Universidad Católica) 7, 2011, pp. 71-91; GALAZ RAMÍREZ, Sergio, "¿Al buen pagador duelen penas? Notas sobre la cláusula penal como garantía", en C. Céspedes (coord.), *Estudios de Derecho Patrimonial en Homenaje a los 35 años de la Facultad de Derecho de la UCSC*, Thomson

Reuters, 2013, pp. 195-205; SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto, "La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 6, 2006, pp. 87-111; ALTERINI, Atilio Aníbal, "La cláusula penal flexible", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 153-179; CORRAL TALCIANI, Hernán, "Cláusula penal y convenciones modificatorias de la responsabilidad", en A. Zúñiga (edit.), *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 51-69; CORRAL TALCIANI, Hernán, *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

III. REQUISITOS CONSTITUTIVOS

1. Las partes

677 Siendo un contrato, la estructura esencial de la cláusula penal requiere dos partes: es una convención o acto jurídico bilateral. Una de ellas es el deudor penal, que debe la pena en caso de que no se cumpla la obligación principal, y la otra el acreedor penal que tiene derecho a reclamar esa pena en caso de inejecución de la obligación principal.

Ambas partes deben ser capaces de ejercicio y es posible que concurra un mandatario representando al deudor penal con poder especial o con poder general de administración (art. 2132 CC) siempre que la contratación de cauciones sea parte del giro ordinario de la administración de los negocios.

Es posible que el deudor penal sea un tercero, es decir, alguien que asegure con una pena pecuniaria una obligación ajena, la que puede ser una obligación natural (art. 1472 CC). Este tercero no es un fiador, pero algunas de las normas de la fianza podrían aplicarse por analogía. La acción de reembolso no procedería si la obligación asegurada es natural.

La obligación penal puede ser a favor de un tercero, de manera que no sea el acreedor el beneficiario de esa pena sino una persona ajena al contrato penal.

2. La obligación principal

a) Elemento esencial

678 La existencia de una obligación garantizada es indispensable para que pueda hablarse de contrato penal, dada que su función esencial es la de garantía. La cláusula penal constituye una caución, y las cauciones suponen siempre una obligación principal garantizada. No un contrato principal, pero sí una obligación principal que la pena garantiza.

La obligación puede ser actual o futura, ya que es lo que se aplica a los contratos accesorios: el contrato puede existir sin la obligación principal, pero no puede subsistir después de que ella se extinga (art. 1442 CC).

b) Obligación natural y deberes morales o sociales

679 No hay dudas en que una obligación natural puede ser objeto de cláusula penal una vez ya contraída y por un tercero, ya que lo contempla expresamente el Código: "Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán" (art. 1472 CC).

Más discutible es si es válida la cláusula penal respecto de deberes meramente morales o de usos sociales, ya que para exista este contrato debe haber una obligación como vínculo jurídico propiamente tal. Algunos sostienen que la misma cláusula penal transforma el deber moral o social en una obligación jurídica, y esta sería una de sus funciones. Por cierto, si las partes han dado determinación y juridicidad al deber moral o social, no hay duda de que la cláusula penal sería válida, ya que operaría como garantía de su cumplimiento.

Las llamadas cartas de patrocinio suelen tener cláusulas penales para reforzar su eficacia jurídica, y en este caso la carta pasará a ser vinculante, es decir, una carta de patrocinio fuerte, ya que la cláusula penal transmitirá al compromiso principal su carácter jurídico.

c) Obligaciones no contractuales

680 El caso común es que la cláusula penal tenga como obligación principal una obligación contractual. ¿Pero qué sucede con obligaciones surgidas de otras fuentes?

Si se trata de la obligación de indemnizar un daño causado por un delito o cuasidelito, habrá que distinguir si el daño ya se produjo o es meramente eventual. Si el daño ya está causado, habrá surgido la obligación de repararlo, por lo que no habrá obstáculo para que se pacte una cláusula penal para su incumplimiento.

Más complejo es determinar si la cláusula penal puede imponerse para eventuales obligaciones de reparar el daño causado. Por ejemplo, si la empresa constructora de un edificio pacta con los vecinos que cualquier daño ilícito que se cause esté garantizado por una pena pecuniaria. Tres obstáculos se presentan para considerar la validez de este contrato penal: primero, la no existencia de una obligación principal y sólo de un deber general de no causar daño injusto; segundo, que la cláusula penal convertiría la obligación de no dañar en contractual, y, tercero, que en la cláusula penal no es necesario probar el daño.

Pensamos que las tres objeciones pueden ser superadas: la primera porque bien puede sostenerse que estamos ante una cláusula penal de una obligación futura y eventual; la segunda porque el hecho de pactar una caución contractual no puede alterar la naturaleza de la obligación garantizada, y en tercer lugar porque

debe acreditarse que hay un hecho ilícito que ha causado daño, ya que la obligación garantizada es la de repararlo, pero no será necesario probar la cuantía del daño.

Se sostiene que esto puede dar pie para pactar cláusulas de limitación de la responsabilidad extracontractual, pero en nuestro Código Civil esto no es efectivo, ya que el acreedor siempre podrá pedir la indemnización judicial y desestimar la pena convencional. Si es posible convenir un contrato penal para la obligación de reparar un daño extracontractual no debiera haber problemas para admitirla por el incumplimiento de deberes precontractuales.

No parece haber problemas para que la cláusula penal se pacte respecto de obligaciones surgidas de un cuasicontrato o de la disposición de la ley. Tampoco en que la cláusula penal se disponga para una obligación testamentaria, por ejemplo, de entregar un legado.

d) Obligación divisible o indivisible

681 El Código Civil admite que se refuerce una obligación indivisible con una cláusula penal, y se pone en el caso en que la obligación indivisible por muerte del deudor ha sido transmitida a varios herederos.

Dispone así que cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias, pero si un heredero es el que incumple "incurre pues en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación" (art. 1540.1 CC).

Si la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible, como si la cláusula penal es puesta con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, y uno de los herederos ha impedido el pago total: podrá el acreedor exigir a este heredero toda la pena o a cada uno su respectiva cuota, los que podrán pedir reembolso al heredero infractor (art. 1540 2 y 3 CC).

Aunque el precepto se pone en el caso de que la obligación divisible o indivisible ha sido transmitida por causa de muerte, no hay razón para no aplicar esta misma disposición cuando hay una pluralidad de deudores, ya sea en una obligación divisible y también en una obligación indivisible.

3. La obligación penal

682 El Código Civil señala que la cláusula penal es aquella en que una persona "se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal" (art. 1535 CC).

La pena es, por tanto, una obligación que se genera cuando el deudor de la obligación no la ejecuta o la retarda. Nuestra doctrina añade que también puede ser obligación penal una obligación de no hacer.

No es necesario que la obligación penal tenga el mismo contenido que la obligación principal, pero es necesario que se sea una obligación, y no una pérdida de derechos o una aceleración de las cuotas del crédito o una caducidad de un derecho.

La obligación penal es susceptible de garantías. Así lo dispone el mismo Código Civil: "Si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podrá perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar" (art. 1541 CC). Si la obligación penal puede estar garantizada por hipoteca, también podrá ser garantizada por una fianza o una prenda, e incluso por otra cláusula penal, que es denominaba subpena.

La obligación penal puede estar determinada o ser determinable, incluso si se deja la determinación a un tercero, pero no a la determinación discrecional de una de las partes: acreedor o deudor (cfr. art. 1809 CC).

La cláusula penal puede ser impuesta tanto a la estipulación a favor de tercero como a la promesa de un hecho ajeno, aunque el Código parece plantear estas situaciones como excepciones a la accesoriedad. Así se dispone que "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" (art. 1536.2 CC), y 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" (art. 1536.3 CC).

Pero en ambos casos la obligación principal es la de quien promete el hecho ajeno o quien debe estipular en favor de un tercero, de modo que la cláusula penal accede a esa obligación principal, que si no se cumple (porque el tercero no realiza el hecho prometido o porque el estipulante no estipula o no cumple con lo estipulado) se deberá la pena en favor de la persona que pactó con el promitente del hecho ajeno o con el estipulante a favor de tercero.

4. Formalidades

683 El contrato penal no es solemne por lo que no cabe exigir solemnidades, aunque si se pacta en un contrato que sí es solemne, como una compraventa de bienes raíces que debe constar en escritura pública o una promesa de contrato que debe constar por escrito, deberá dejarse constancia de ella en la misma escritura.

El contrato penal es, por tanto, consensual y se perfecciona por el solo consentimiento, pero si se trata de una pena de más de dos unidades tributarias deberá constar por escrito (arts. 1709 y ss. CC).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto, "La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 6, 2006, pp. 87-111; ALTERINI, Atilio Aníbal, "La cláusula penal flexible", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y*

personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 153-179; SELMAN NAHUM, Arturo, "La cláusula penal en el contrato de leasing y su nulidad por falta de causa. Una evolución en la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho* 38, 2011, 3, pp. 611-622; GALAZ RAMÍREZ, Sergio, "¿Al buen pagador duelen penas? Notas sobre la cláusula penal como garantía", en C. Céspedes (coord.), *Estudios de Derecho Patrimonial en Homenaje a los 35 años de la Facultad de Derecho de la UCSC*, Thomson Reuters, 2013, pp. 195-205; OPAZO GONZÁLEZ, Mario, "Sobre la posibilidad de incorporar una cláusula penal en las capitulaciones prematrimoniales", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 267-282; CORRAL TALCIANI, Hernán, *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

IV. CLASES DE CLÁUSULAS PENALES

1. La división tradicional: compensatoria y moratoria

684 La doctrina suele dividir las cláusula penales en compensatorias y en moratorias. Las compensatorias son aquellas que se exigen cuando se incumple la obligación principal, mientras que las moratorias son las que son exigibles si la obligación principal es retardada.

Pensamos que dentro de las cláusula penales compensatorias caben dos categorías: la compensatoria sustitutiva del valor de prestación y la compensatoria indemnizatoria de perjuicios conexos. Normalmente, la cláusula penal es a la vez sustitutiva e indemnizatoria, pero en ocasiones puede ser necesario distinguirlas, sobre todo cuando se produce la resolución del contrato principal, ya que en tal caso las restituciones mutuas serán incompatibles con la cláusula penal sustitutiva del valor de prestación.

2. Otras clasificaciones

685 Existe una variedad de clasificaciones posibles para la cláusula penal. Así puede hablarse de pena puramente punitiva, de pena progresiva, de pena de retención y pena novatoria.

La *cláusula penal punitiva* se da cuando se estipula expresamente que es posible acumular la ejecución forzada de la obligación principal con la obligación penal (art. 1537 CC) o que se puede acumular la obligación penal con la indemnización de perjuicios ordinaria (art. 1543 CC). En ambos casos, la pena, además de servir de garantía, es una forma de pena privada.

La *pena progresiva* se suele pactar para penas por retardo o moratorias, y supone que por cada unidad de tiempo de retardo se debe un porcentaje o parte de alguna medida de valor.

La *pena anticipada o de retención* se suele dar cuando el acreedor recibe del deudor una cantidad de dinero o documentos representativos de dinero para el caso

en que incumpla la obligación principal. Esta forma de contrato penal se suele dar en los contratos de construcción en los que se va reteniendo parte de los pagos para garantizar posibles indemnizaciones. Sucede también cuando junto a la cláusula penal se entregan boletas bancarias de garantía.

3. Cláusula penal y novación

686 El Código Civil se pone en el caso en el que 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. En tal situación, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena. Se observa que aquí no hay novación aunque sí una pena punitiva, pero las garantías no se extienden a la obligación penal.

Pero si se pacta que en 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 (art. 1647 CC). De esta manera, aunque se pacte que la obligación penal será únicamente exigible si se infringe la pena, la novación se producirá sólo desde que el acreedor exige la obligación penal. Por ello el acreedor puede exigir el cumplimiento de la primera obligación y en tal caso no se producirá la novación.

V. EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN PENAL

1. Incumplimiento de la obligación principal

687 El incumplimiento que da lugar a la pena puede ser total o parcial, o puede tratarse también de un cumplimiento imperfecto, así como moratorio. La cláusula penal puede contemplar diversas clases de incumplimiento, pero la más relevante es la pena compensatoria y la pena moratoria.

La prueba del incumplimiento no recae en el acreedor, ya que conforme al art. 1698 del Código Civil corresponde al deudor la carga de probar la extinción de la obligación, y en este caso el cumplimiento o pago. Si se trata de cumplimiento imperfecto, al haber cumplimiento corresponderá al acreedor la carga de probar por qué el cumplimiento ha sido defectuoso.

Si la obligación es de no hacer, cualquier conducta que la contradiga dará lugar a la pena. Por ejemplo, si se pone como pena una obligación para la obligación de no impugnar una transacción, la pena se deberá aunque la sentencia rechace la demanda impugnatoria.

2. ¿Imputabilidad del incumplimiento?

688 Si la obligación se incumple por caso fortuito o fuerza mayor de los que el deudor no responde, la obligación principal se extingue, y con ello se extingue la obligación accesoria en que consiste la cláusula penal. El deudor debe probar el

caso fortuito. No obstante, es posible que se pacte que la obligación penal se deba incluso si el incumplimiento se debe a caso fortuito.

Respecto de la ausencia de culpa, salvo que se trate de una obligación de resultado, corresponderá al deudor probar que actuó con la debida diligencia (art. 1547.3 CC), y a falta de esta prueba la obligación penal será exigible

3. Mora

689 El Código parece dar a entender que el deudor debe incurrir en mora en la obligación principal y en la obligación penal, ya que dispone que "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva" (art. 1538.1 CC). Sin embargo, esto se descarta si nos fijamos en el inciso segundo: "Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse" (art. 1538.2 CC).

En consecuencia, basta que el deudor esté incurso en mora en la obligación principal si es positiva o desde que ejecutó el hecho al que se obligó a abstenerse si la obligación principal es negativa, para que pueda demandarse la obligación penal.

La expresión "háyase o no estipulado un término" podría dar a entender que siempre la constitución en mora debería ser mediante interpelación judicial, pero la doctrina ha rechazado este criterio ya que se dispone que el deudor incurre en la pena desde que se ha constituido en mora, sin que se señale una forma diversa de la común, por lo que regirá el art. 1551 del Código Civil. Además, se sostiene que en el Proyecto de 1853 la norma era la interpelación judicial, pero que la Comisión Revisora cambió este criterio por el transcurso del plazo de la obligación, pero olvidó adaptar lo que hoy es el art. 1538 del Código.

La necesidad de constituir en mora se aplica a las penas compensatorias, moratorias y a las meramente punitivas. No se aplica, en cambio, si la obligación garantizada por una cláusula penal es una obligación natural.

No es efectivo que la mora en la obligación principal se comunique a la obligación penal, ya que lo que el acreedor va a pedir es la ejecución forzada de esta última y para ello no es necesaria la constitución en mora. Aunque si la pena es una obligación de especie o cuerpo cierto el riesgo será del acreedor salvo que el deudor esté en mora (art. 1550 CC).

Será aplicable aquí la regla de que la mora purga la mora, por lo que si se trata de un contrato bilateral el contratante que está sujeto a la cláusula penal no estará en mora si el otro contratante no cumple o no se allana a cumplir (art. 1552 CC).

4. ¿Perjuicios?

690 Para que proceda reclamar la obligación penal no es necesario que el acreedor pruebe los perjuicios, es más, incluso podría haber reportado beneficio del

incumplimiento e igual se deberá la pena: "Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio" (art. 1542).

En esto se distingue la cláusula penal de la cláusula de avaluación anticipada de perjuicios, ya que si estos no se han producido o al menos no en un monto equivalente al evaluado, el acreedor podrá demandar que se ajusten los perjuicios a la realidad.

VI. Medios de tutela de la obligación penal

1. Ejecución forzada

691 La obligación penal puede pedirse en juicio ordinario o sumario, e incluso arbitral.

Si la pena consta en un título ejecutivo procederá su cobro en un juicio ejecutivo. Insistimos en que no se trata de una obligación sujeta a la condición del incumplimiento de la obligación principal, por lo que debe considerarse una obligación actualmente exigible. Por cierto deberá ser una obligación líquida o liquidable con los datos que proporcione el título y no deberá estar prescrita.

Si la pena es de retención bastará que el acreedor alegue el incumplimiento para retener la pena o para cobrar la boleta de garantía bancaria que la contiene. En tal caso, será el deudor quien deberá interponer una demanda en juicio ordinario o arbitral para comprobar que no ha incumplido y pedir la restitución de lo retenido.

2. Indemnización de perjuicios

692 El acreedor puede reclamar perjuicios por el incumplimiento de la pena convenida en la cláusula penal. La obligación penal es una obligación, cuyo incumplimiento produce también el derecho del deudor a pedir reparación de los daños directos y previsibles. Claro que estos daños deberán ser probados por el acreedor demandante.

No es usual que convenga al acreedor pedir los perjuicios en vez de la pena, pero puede haber ocasiones en que sea útil. Así sucederá, por ejemplo, si se ha pactado como pena una obligación de hacer o de no hacer, o una obligación de dar una especie o cuerpo cierto que se deteriora o pierde por culpa del deudor. También procederá indemnización de perjuicios por la mora en el pago de la pena. Si se trata de una obligación de dinero, su retardo generará intereses moratorios

3. Acumulación de medios de tutela

a) Ejecución de obligación principal y de obligación penal

693 El *principio general es la opción*. Se distingue si el deudor ha sido constituido en mora o no. Si no ha sido constituido en mora, el acreedor sólo puede pedir la ejecución de la obligación principal; si se constituye el deudor en mora el acreedor

puede elegir a su arbitrio entre ejecutar la obligación principal o la pena: "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..." (art. 1537 CC).

Se ha discutido sobre si este derecho de opción admite revocación, si se ha ejercido mediante demanda judicial. Como el art. 1647 del Código Civil se pone en la situación en que la obligación penal extingue por novación la obligación principal, pareciera que es posible en la medida en que la ejecución de la obligación principal o de la pena se haga imposible o al menos muy difícil.

Nada se opondría a que el acreedor demande en lo principal la obligación principal y en subsidio la pena, o viceversa, conforme al art. 17 del Código de Procedimiento Civil. Si interpone ambas conjuntamente, nos parece que el juez no debe rechazar la demanda sino que debe acoger la de ejecución forzada de la obligación principal.

Se conocen, sin embargo, *excepciones a esta prohibición de acumulación*. Por ejemplo, se puede reclamar la obligación principal y la *cláusula penal moratoria*. Dice el Código que la regla de la opción procederá "a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo" (art. 1537 CC). Esto puede extenderse a cláusulas penales que no son sustitutivas del valor de prestación sino de perjuicios conexos al incumplimiento.

También procede *estipulación en contrario* que permita la acumulación. Dice el Código que la regla de la opción se aplicará "a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal" (art. 1537 CC). Por cierto, no se trata de una fórmula sacramental y lo mismo se puede expresar con otras palabras como la de permitir expresamente la acumulación de la obligación principal y de la pena.

Los autores suelen aludir a la cláusula penal en el *contrato de transacción*, para la cual el Código dispone que "Si se ha estipulado una pena contra el que deja de ejecutar la transacción, habrá lugar a la pena, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes" (art. 2463 CC). La norma se justifica por la necesidad de mantener la transacción y evitar que prosiga el conflicto. Además que muchas veces la pena se pondrá para reforzar el cumplimiento o para avaluar perjuicios conexos al incumplimiento. Las partes, sin embargo, podrían establecer lo contrario.

Sobre la suerte de las garantías de la obligación principal, tenemos la norma del art. 1647 que establece que las garantías sólo cubrirán el monto de la obligación principal sin la pena, salvo que se hayan pactado para garantizar la obligación penal.

Finalmente, el Código Civil considera que si el acreedor se ha obligado, en caso de incumplimiento, a demandar la pena en vez de la obligación principal se produce

una novación por cambio de objeto desde que el acreedor demanda la pena, por lo que se extinguen las cauciones que garantizaban la obligación principal y quedan exonerados los deudores solidarios o subsidiarios que no accedieron a la estipulación penal (art. 1647 CC). La novación se produce desde que el acreedor exige judicialmente la pena.

b) Indemnización de perjuicios y obligación penal

694 Nuevamente, en este caso *la regla es la de la opción*: el acreedor puede elegir entre la indemnización de perjuicios ordinarias o la establecida en la cláusula penal. No obstante, el acreedor, al contrario del sistema francés, no está obligado demandar la pena y puede siempre demandar la indemnización de perjuicios. El Código lo dispone de la siguiente manera: "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, [...]; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena" (art. 1543 CC).

Se discute si este derecho de opción es renunciable. El término "siempre estará al arbitrio del acreedor" parece dar a entender que se trata de una norma indisponible. No obstante, pensamos que es posible renunciar a esta opción ya que se trata de un derecho que mira el interés individual del acreedor y cuya renuncia no está prohibida (art. 12 CC), y pactar que el acreedor deba exigir sólo la pena y no la indemnización de perjuicios.

En otras legislaciones, como en Alemania e Italia, se permite aumentar la pena mediante la prueba de perjuicios mayores. Esto no es admitido en nuestro Código: si se demanda la pena no pueden cobrarse perjuicios no cubiertos por la pena. La única posibilidad es demandar la indemnización de los perjuicios ordinaria probando el monto de los perjuicios reales. El acreedor podría demandar indemnización de perjuicios fijando una suma, y en subsidio la cláusula penal. De esa manera, el juez, al no poder otorgar la suma solicitada, deberá rechazar la demanda indemnizatoria y acoger la demanda subsidiaria que reclama la obligación penal.

La pena puede ser acumulada a la indemnización de perjuicios si así se conviene expresamente: "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente..." (art. 1543 CC). En este caso, la pena, además de la función de garantía, cumple una función punitiva y no indemnizatoria.

c) Cláusula penal y resolución de contrato

695 No es infrecuente que se pacten cláusulas penales en un contrato bilateral que, por el incumplimiento de una de las partes, pueda ser resuelto. Algunos sostienen que como la resolución opera con efecto retroactivo y desaparece el contrato, la cláusula penal siendo accesoria debería extinguirse. Pero nos parece que esto no es así: la retroactividad de la resolución sólo es un medio para tutelar mejor el interés de las partes, y hay contratos bilaterales en los que la resolución no opera con efecto retroactivo sino *ex nunc*, como los de tracto sucesivo.

Para ver la compatibilidad de la cláusula penal con la resolución del contrato hemos de analizar los diversos tipos de cláusulas penales. La cláusula penal compensatoria sustitutiva del valor de prestación será incompatible con las restituciones mutuas. La cláusula penal compensatoria de otros perjuicios es compatible con la resolución. La cláusula penal moratoria en principio no debiera proceder ya que los perjuicios de la mora se deben cuando existe un cumplimiento tardío, y aquí lo que se pide es la extinción de las obligaciones. Distinto sería el caso de un contrato de arrendamiento en que se pide la terminación y además la pena moratoria por las rentas impagas. Aquí lo que se pide es la ejecución forzada de esas rentas impagas y, por lo tanto, cabe la pena moratoria.

Tal vez lo más complejo se produce cuando se trata de cláusulas penales compensatorias que sustituyen el valor de prestación y además sirven para indemnizar perjuicios conexos como lucro cesante y otros. En tal caso, una solución podría ser que de la cláusula penal se descuente el valor de las restituciones a las que tiene derecho el contratante del contrato que se resuelve.

Si las cláusulas penales se han pactado como punitivas o por el solo hecho de la resolución, serán compatibles con la acción resolutoria.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CORRAL TALCIANI, Hernán, "Posibilidad de cobrar la cláusula penal en un procedimiento ejecutivo", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 451-470; CORRAL TALCIANI, Hernán, "La cláusula penal en la resolución del contrato", en E. Alcalde y H. Fábrega (coords.) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 331-360; CORRAL TALCIANI, Hernán, *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

VII. CONTROL JUDICIAL DEL CONTRATO PENAL

1. Nulidad del contrato

696 Lo primero es revisar si el contrato penal es válido o nulo, ya sea por nulidad de pleno derecho (por falta de objeto o causa), por nulidad absoluta (por objeto o causa ilícita) o por nulidad relativa (incapacidad, error, fuerza y dolo). En todo esto, se aplicarán las reglas generales de la nulidad del acto jurídico.

Una multa convencional convenida en un contrato de adhesión podría ser considerada nula por ser abusiva, si "en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato" (art. 16, f LPDC). Para el caso de servicios de estacionamiento se prohíbe, en caso de pérdida del comprobante de ingreso, cobrar una multa (art. 15 A.4 LPDC).

Un caso que ha debido resolverse por los tribunales ha sido el de contratos de *leasing* en que se pacta como pena la retención de las cuotas pagadas y la exigencia de las no pagadas hasta el término del contrato. Como se sabe, el *leasing* es un contrato de arrendamiento con promesa de venta, por lo que en estos casos la cláusula penal equivale al precio pero el arrendatario debe pagar el precio y no recibe la cosa.

Muchas sentencias han solucionado el problema mediante la nulidad del contrato de *leasing* ya sea por falta de causa o por causa ilícita, de modo que la pena sería ineficaz por falta de obligación principal. Pensamos que en estos casos hay un acto en fraude de ley ya que, si bien con contratos apegados a la legalidad, se obtiene un resultado reprochado por el ordenamiento jurídico. Por otro lado, también podría solucionarse el tema mediante la reducción de la cláusula penal por ser excesiva o enorme (art. 1544 CC).

2. Reducción por cumplimiento parcial

697 El Código Civil contiene una regla para el caso de que el deudor cumpla parte de la obligación y el acreedor la acepta. En tal caso, la pena deberá reducirse proporcionalmente: "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal" (art. 1539 CC).

Por ejemplo, si el deudor cumple un tercio de la deuda (en dinero) y el deudor la acepta, la pena deberá reducirse proporcionalmente y se deberán solo los dos tercios de la obligación penal.

No hay problemas en que el deudor pueda renunciar a este derecho al momento de pactar la cláusula penal, pero la renuncia debe constar de manera expresa.

Para conocer si hay ejecución parcial hay que fijarse en la satisfacción del interés del acreedor, lo que debe presumirse ya que ha aceptado esa ejecución parcial, aunque el acreedor puede probar en contrario: por ejemplo, si un pintor deja a medio terminar un retrato de la mujer del que encargó la obra. El incumplimiento defectuoso o cumplimiento imperfecto es una forma de cumplimiento parcial, por lo que procederá la reducción.

En cambio, la cláusula penal moratoria no admite reducción ya que el incumplimiento moratorio es un incumplimiento total y no parcial. Pero podría reducirse si se ha cumplido parcialmente la obligación principal y se ha retardado una parte de ella.

La pena que se reduce es la "estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal", por lo que aquí caben la pena compensatoria sustitutiva de la prestación, la pena compensatoria de perjuicios conexos, la pena puramente punitiva y también la pena de retención.

La reducción debe ser alegada por el deudor como excepción ante el tribunal, probando que se ha producido un cumplimiento parcial que ha sido aceptado por el acreedor. En las penas de retención procederá por vía de acción. No siempre es sencillo establecer la proporción en la que debe reducirse la pena. En principio, si está claro el porcentaje de cumplimiento no habrá problema en reducir la pena en ese mismo porcentaje. Pero existen penas más complejas, entre ellas las que son obligaciones indivisibles. En tales casos, el deudor tendrá derecho a que el acreedor le devuelva parte del valor de la cosa indivisible en proporción al cumplimiento parcial.

En todo caso, siendo un derecho del deudor, el juez está obligado a reducir la pena si se prueban los supuestos en los que ello procede.

3. Reducción por enormidad

a) Fundamento

698 Se han propuesto varios fundamentos para la reducción de la pena por enormidad. Primero, que se trata de un vicio del consentimiento o que transgrede el orden público, ya que si así fuera el contrato penal sería nulo de nulidad relativa o absoluta. Tampoco se fundamenta en un desequilibrio originario o vulnerabilidad de una de las partes, ya que la pena puede no ser enorme al contratarse y devenir enorme cuando se produce el incumplimiento.

Se ha propuesto que hay aquí un supuesto de excesiva onerosidad sobrevenida o lo que en Chile llamamos imprevisión contractual, pero no se requiere cambio de circunstancias y la enormidad de la pena puede ser originaria desde que se pactó el contrato penal. También se ha sugerido que estamos ante un desequilibrio originario como sería la rescisión por lesión enorme en el contrato de compraventa, pero nuevamente hemos de decir que la enormidad de la pena no se mide al momento del contrato penal sino del incumplimiento que hace surgir la obligación penal.

Pensamos que lo que justifica la reducción es la exacerbación de las funciones de la pena convencional, de manera que resulta desproporcionada en atención a una tutela satisfactoria del interés del acreedor. La pena es reducible cuando es de tal magnitud que sobrepasa no sólo el fin resarcitorio, sino también la finalidad garantizadora y la punitiva, transformándose en un instrumento de opresión o explotación del acreedor en contra del deudor, no justificada ya por el interés del cumplimiento. Por ello, la sanción no es la nulidad del contrato penal sino la moderación de la pena para que pueda cumplir sus funciones como medio de tutela del crédito.

b) La regla del duplo

699 El Código, siguiendo los precedentes históricos del derecho justinianeo que limitaban al duplo la indemnización de los perjuicios, establece una regla para controlar que puedan reducirse penas convencionales exorbitantes. Se dispone 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, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él" (art. 1544.1 CC).

La regla es bastante enrevesada. Primero, porque parece restringirse a contratos onerosos conmutativos: por el pacto principal una parte se obliga a pagar una cantidad determinada como equivalente a lo que por la otra debe prestarse. En segundo lugar, porque se exige que la pena consista también en una cantidad determinada, y, en tercer lugar, porque la Comisión revisora añadió la frase "incluyéndose ésta en él".

Respecto de lo primero, aunque no será lo normal, pero es posible que existan cláusulas penales en contratos unilaterales como el comodato o el depósito, o en contratos gratuitos, como en la fianza, prenda e hipoteca, o aleatorios, como una renta vitalicia. El texto de la norma parece excluir estas cláusulas penales. Si la obligación principal es de valor inapreciable o indeterminado podrá aplicarse la regla del inciso 4º del art. 1544. Pero si la obligación principal es de cantidad determinada lo mismo que la obligación penal, no vemos inconveniente en aplicar la regla del inciso primero, y hemos de señalar que el texto de la norma se pone en los casos más frecuentes en la práctica, pero no excluye otros en los que se cumple la exigencia principal.

Que se exija que la obligación principal sea la de pagar una cantidad determinada y la pena consiste en el pago de una cantidad determinada, nos restringe a las obligaciones de dar genéricas, y en que los géneros sean los mismos: fanegas de trigo, litros de vino, dinero o unidades representantivas de dinero (unidad de fomento, unidad tributaria). Sólo de esta manera podría calcularse si la pena supera el doble.

La frase "incluyéndose ésta [la obligación principal] en él [el duplo]" ha posibilitado que se señale que la obligación principal debe calcularse como base y sobre ella el doble de su cantidad, lo que alcanzaría al triple. Esta interpretación ha sido rechazada unánimemente por la doctrina nacional, que enseña que la pena no puede superar el duplo de la obligación principal, incluyendo el valor de ésta en ese duplo.

La reducción se verificará por el juez en todo lo que exceda al duplo de la obligación principal.

c) Obligaciones de valor inapreciable o indeterminado

700 El Código Civil dispone que la regla del duplo no se aplica "a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado" (art. 1544.2 CC). Entendemos que no sólo se refiere a la obligación principal sino también a la obligación penal.

Si cualquiera o ambas son de valor inapreciable (es decir, imposible de cuantificar patrimonialmente) o indeterminado (imposible de determinar en una

cantidad precisa), "se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme" (art. 1544.4 CC).

El juez debe juzgar las circuntancias y conforme a su prudencia deberá reducir la pena si la considera enorme. Aunque no se aplique exactamente, la regla del duplo puede ser de ayuda para el juez en esta labor. No parece que deba hacerse un cálculo de los perjuicios reales sufridos por el acreedor, ya que la cláusula penal tiene como propósito el liberarse de la prueba de dichos perjuicios.

d) Pena moratoria en el mutuo

701 El Código exceptúa de la regla del duplo al contrato de mutuo, para disponer que "se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximum del interés que es permitido estipular" (art. 1544.3 CC). Se trata de una pena por la mora y no a los llamados intereses de uso.

Se remite así a la regla que se da para el contrato de mutuo: "El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial; salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente" (art. 2206 CC). Como se ve, el criterio de reducción es distinto, mientras el art. 1544 señala que deben reducirse al máximo interés que es permitido estipular, el art. 2206 señala que deben rebajarse al interés corriente. La doctrina nacional soluciona este conflicto aplicando el art. 2206 a los intereses de uso, y la del art. 1544 a los intereses moratorios (pena moratoria).

Pero existen mutuos que si son en dinero se rigen por la ley de operaciones de crédito de dinero, y aquí nos encontramos con una norma similar respecto de las penas moratorias: "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" (art. 16.1 LOCD). Si se ha pactado un interés superior al corriente, hemos de entender que se ha convenido una cláusula penal moratoria. Pero esta debe reducirse a los intereses corrientes dado que se ordena tener por no escrito todo pago de intereses que exceda el máximo convencional y se ordena que se reduzcan los intereses, en este caso moratorios, al interés corriente vigente al momento de la convención o, tratándose de tarjetas de créditos, al momento en que se devenguen los intereses (art. 8.1 LOCD).

e) Cuestiones procesales

702 La reducción por enormidad puede oponerla el deudor o los terceros que la hayan garantizado como excepción perentoria a la demanda del acreedor que reclama la obligación penal. Si se trata de juicio ejecutivo se opondrá la excepción del Nº 7 del art. 464 del Código de Procedimiento Civil. También pueden pedir la reducción los codeudores solidarios o subsidiarios en la medida en que resulten afectados por la obligación penal y en que esta no haya operado la novación de la obligación principal.

También procedería por acción, pero sólo después del incumplimiento y siempre que el acreedor pueda reclamar conjuntamente la pena con la obligación principal. Lo mismo si se trata de penas de retención, ya que en tal caso el acreedor retiene la pena incluso excesiva.

El juez no puede reducirla de oficio, ya que en tal caso procederá el vicio de *ultra petita*. No obstante, el juez bien podría reducir de oficio la cláusula penal en el caso de las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, ya que en tal caso se señala que se deja a la prudencia del juez moderar la pena si pareciere enorme.

La apreciación de la enormidad no debe hacerse al tiempo del contrato sino al tiempo en que se demanda la pena. Por ello en caso de intereses en el mutuo debieran considerarse los intereses que rigen al momento del retardo conforme lo dispone el art. 1544 inc. 3º del Código Civil, aunque la ley de operaciones de crédito de dinero dispone que deben reducirse a los intereses corrientes vigentes a la época de celebración del mutuo y, en el caso de operaciones con tarjetas de crédito, al vigente al momento en que se devenguen los intereses. Pero esta norma parece estar pensada para los intereses de uso, y no para los penales.

Alegada la enormidad por el deudor, entendemos que el juez está obligado a reducirla, incluso si se trata de obligaciones de valor inapreciable o indeterminada, ya que en tal caso aunque se deje a su prudencia deberá fundamentar por qué la pena no es excesiva ni enorme, y si la considera enorme debe reducirla.

Se pregunta si el derecho del deudor a pedir la reducción por enormidad es o no renunciable. Nos parece que debe distinguirse: la renuncia no procede anticipadamente, por ejemplo en el mismo contrato o antes del incumplimiento.

Pero una vez surgida la obligación penal por el incumplimiento, el deudor podrá renunciarla incluso tácitamente, por ejemplo si no alega la reducción en el juicio en el que el acreedor pide el cumplimiento de la pena, salvo que se trate de pena impuesta a una obligación de valor inapreciable o indeterminada, en que la falta de alegación no debe entenderse renuncia tácita.

f) Reducción de la cláusula penal y resolución del contrato principal

703 Nos parece que la reducción por cumplimiento parcial no procedería si el acreedor exige la resolución del contrato, ya que en tal caso el acreedor deberá restituir lo que hubiera pagado el deudor, y no se cumpliría la exigencia de que el acreedor haya aceptado el pago parcial previsto en el Código (art. 1539 CC).

En cambio, la reducción por enormidad de la pena puede reclamarse contra la demanda de resolución del contrato en la medida en que proceda la resolución y la obligación penal.

g) Aumento de la cláusula penal irrisoria

704 Al contrario de lo que sucede en el Código Civil francés, en que el acreedor está obligado a demandar la pena convencional y por ello se reformó el Código para

permitir al juez aumentar la pena cuando esta sea irrisoria. Después de la reforma al derecho de los contratos de 2016 esto se estableció en el art. 1231-5: "Cuando el contrato estipule que la parte que no lo cumpla pagará cierta cantidad en concepto de daños y perjuicios, no podrá concederse a la otra parte mayor o menor cantidad.— No obstante, el juez podrá, aun de oficio, moderar o aumentar la pena así convenida si fuere manifiestamente excesiva o irrisoria".

Pero como en nuestro Código el acreedor siempre puede elegir entre la indemnización ordinaria (judicial) y la cláusula penal, no se advierte la necesidad de que el acreedor pida elevar el monto de una pena muy inferior. Le bastará con probar los perjuicios reales que superen lo establecido en la pena convencional.

Sólo si se pacta expresamente que el acreedor renuncia a esta opción, podría proceder el aumento de la pena, pero estamos ante un caso casi inexistente.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: SELMAN NAHUM, Arturo, "La cláusula penal en el contrato de leasing y su nulidad por falta de causa. Una evolución en la jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho* 38, 2011, 3, pp. 611-622; CORRAL TALCIANI, Hernán, "La reducción de la cláusula penal excesiva en el Derecho Civil de los países del Cono Sur", en *Revista Chilena de Derecho* 27, 2000, 3, pp. 469-484; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, "El secreto está en la técnica: los límites a la cláusula penal", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 7, 2006, pp. 19-50; CORRAL TALCIANI, Hernán, *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

Capítulo cuarto - Las arras en garantía

I. LAS ARRAS. CONCEPTO Y FUNCIONES

705 Las arras están reconocidas tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio. Se distinguen las arras confirmatorias o en señal de quedar convenidos y las arras penitenciales o en garantía. Doctrinalmente se agregan las arras penales.

Las arras confirmatorias son definidas por el Código Civil para el contrato de compraventa como aquellas cosas muebles que se dan como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes (art. 1805.1 CC), mientras que las arras penitenciales son aquellas cosas muebles que se dan "en prenda de la celebración o ejecución del contrato" (art. 1803 CC).

La expresión "en prenda" revela que la función de esta entrega de cosas muebles es para garantizar ya sea la celebración o la ejecución del contrato. Si se garantiza la celebración se dispone que "se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas; y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas" (art. 1803 CC). El plazo de retractación puede ser fijado por las partes, pero en subsidio rige un plazo de dos meses subsiguientes a la convención y en todo caso caduca dicho plazo si se otorga escritura pública o ha principiado la entrega de la cosa vendida (art. 1804 CC).

Las arras en garantía de la ejecución del contrato parecen garantizar el pago del precio, ya que si no se paga el precio y el vendedor pide la resolución, ello "dará derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas" (art. 1875.1 CC). No obstante, pueden pactarse arras que garanticen el cumplimiento de otras obligaciones del contrato de compraventa, y también en el contrato de arrendamiento (art. 1921 CC).

Que las arras pueden pactarse en cualquier contrato lo comprueba el Código de Comercio que da normas sobre las arras en general para todos los contratos mercantiles y no sólo para la compraventa.

El Código Civil presume que las arras son en garantía o penitenciales, ya que para que sean confirmatorias es necesario que las partes así lo establezcan de manera expresa: "Si expresamente se dieren arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta; sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1801, inciso 2.º [ventas solemnes]". Se agrega que "no constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes" (art. 1805. 1 y 2 CC). Mientras que el Código de Comercio establece la regla contraria: "La dación de arras no importa reserva del derecho de arrepentirse del contrato ya perfecto, a menos que se hubiere estipulado lo contrario" (art. 107 CCom).

II. Clases de arras

1. Arras en garantía

706 Las arras penitenciales o de arrepentimiento permiten que cualquiera de las partes se desista del contrato abandonando las arras entregadas o exigiéndolas dobladas. Esta regla proviene del Derecho romano justinianeo, ya que en el Derecho romano clásico las arras servían sólo como prueba de la celebración de un contrato. Son las que se presumen en las compraventas civiles, aunque no en los contratos mercantiles. Pero en todo caso, se puede pactar aunque no sea con este nombre la entrega de una cantidad para que la otra parte la retenga en caso de que una de ellas se desista del contrato.

Estas arras tienen una función de garantía, aunque no del cumplimiento de una obligación, sino de la celebración del contrato, ya que se permite que una o ambas partes puedan desistirse del compromiso adquirido por el contrato. En la compraventa civil las partes pueden fijar un plazo y si no lo hacen se entiende que es dos meses desde el acuerdo, salvo que haya precedido escritura pública o principio de la entrega. Pero no habrá inconveniente en que se pacte como modalidad de arras la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble para garantizar que una de las partes no se desista del contrato, y que si lo hace la otra parte retendrá esa cantidad o una parte de ella.

2. Arras penales

707 Las arras penales son aquellas que garantizan el cumplimiento de una o más obligaciones de las partes. No son propiamente cláusulas penales, ya que el acreedor siempre puede pedir además la ejecución forzada del contrato o la indemnización de los perjuicios. Esto es lo que sucede con los depósitos de dinero que se dejan para reservar una casa o departamento mediante un cierre de negocios que establece que, si no se materializa el contrato de promesa, el vendedor podrá retener ese dinero como indemnización del daño que le ocasionó mantener la reserva.

Las arras que garantizan la ejecución, como la prevista en el art. 1875 inc. 1º del Código Civil, asumen una función penal, ya que si se pide la resolución del contrato por falta de pago del precio se da derecho al vendedor para retener las arras, o exigirlas dobladas. Estas formas de arras son muy semejantes a las cláusulas penales de retención, en que una parte entrega por anticipado una cosa para el caso de que incumpla su obligación.

La entrega aquí de una cosa en calidad de arras y no de cláusula penal tiene una sutil diferencia, ya que en estos casos el incumplimiento de una de las partes permitirá a la parte diligente hacerse dueña de las arras. Pero si no es la parte incumplidora que entrega las arras sino la diligente, va a tener el derecho de exigirlas dobladas.

Las arras penales tienen también una función de garantía pero no de la celebración del contrato, sino del cumplimiento de sus obligaciones.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Ignacio, "Las arras penitenciales en la tradición romanística del derecho civil español", en *Revista Chilena de Derecho* 32, 2005, 2, pp. 299-327; CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Ignacio, "Las arras en la jurisprudencia chilena", en *Temas de Derecho* 20-21, 1 y 2, 2005-2006, pp. 97-126; CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Ignacio, "Las arras en el Derecho justinianeo", en *Revista Chilena de Derecho* 33, 2006, 3, pp. 529-560; CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Ignacio, "Las arras perfeccionadas a través de un cheque. Sentencia de Corte Suprema de 6 de mayo de 2008", en *Revista Chilena de Derecho* 35, 2008, 3, pp. 525-531; CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio Ignacio, "Nota sobre las arras penitenciales y obligacionales del Código Civil", en E. Alcalde y H. Fábrega (coords.) *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, pp. 319-330.

Capítulo quinto - El derecho de retención

I. CASOS EN LOS QUE LA LEY ESTABLECE ESTE DERECHO

708 El Código Civil, al igual que el francés, no regula el derecho de retención de manera general, sino que regula ciertos casos en los que procede la retención de la cosa del deudor por parte del acreedor para garantizar que el deudor le pague un

crédito relacionado con la cosa. Normalmente, se trata de perjuicios o expensas o mejoras de la misma cosa, como sucede en el caso del propietario fiduciario (art. 756.1 CC), el usufructuario (art. 800 CC), el poseedor vencido (art. 914 CC), el comodatario (art. 2193 CC), el depositario (art. 2234 CC) o el arrendatario (art. 1937 CC)[49].

En ocasiones se extiende al valor de la cosa, como sucede con la especificación (art. 662.2 CC) del mandatario que puede retener los efectos del mandante para garantizar lo que éste deba al mandatario (art. 2162 CC) y del arrendador que puede retener los frutos y los bienes muebles con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido y provisto para garantizar el pago de la renta y otras indemnizaciones a las que tenga derecho (art. 1942 CC).

En todo caso, la regla general es que el acreedor no puede retener una cosa del deudor para seguridad de su crédito a menos que sea con su consentimiento: "No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan" (art. 2392.2 CC). Como se señala que puede ser con su consentimiento, se observa que es posible que en otros casos que los legales puede proceder un derecho de retención convencional.

En el Código de Comercio existen también casos de derechos legales de retención como el del vendedor de mercaderías que puede retenerlas mientras no se le pague el precio (art. 151 CCom), el de comisionista para retener las mercaderías consignadas hasta que se le paguen anticipaciones y otras deudas (arts. 284, 288, 300 y 301 CCom), el del astillero que construye o repara la nave por los créditos resultantes de tales trabajos (arts. 856 y 857 CCom). En otras ocasiones, y sobre todo respecto del arraigo y retención de naves en algún puerto, la retención opera como medida precautoria o prejudicial (cfr. arts. 1231 y ss. CCom).

Con estos materiales la jurisprudencia y la doctrina han ido forjando, como en otros países, la institución del derecho legal de retención. En Chile este derecho ha sido recepcionado por el Código de Procedimiento Civil (arts. 545-548 CPC).

Se agregan a veces como ejemplos de derecho legal de retención la retención preventiva del vendedor si se observa que el comprador mengua su fortuna de modo que se ve en el peligro inminente de perder el precio, en tal caso no está el vendedor obligado a la entrega de la cosa ni aunque se haya estipulado plazo para pagar, salvo si el comprador paga o asegura el pago del precio (art. 1826.4 CC) o el caso de la llamada prenda tácita que se da cuando el Código autoriza a retener la prenda por otros créditos del mismo deudor que sean ciertos y líquidos, contraídos después de la obligación principal y que se han hecho exigibles antes del pago (art. 2401 CC).

[49] Vease *Curso. Bienes*, pp. 568-569.

No obstante, el caso del vendedor en realidad es una excepción de contrato no cumplido ante un incumplimiento previsible, de allí que se autorice al vendedor a no cumplir su obligación de entrega. Por otro lado, la posibilidad de retener la cosa dada en prenda por otros créditos no es un derecho de retención sino un derecho de prenda cuya fuente es la ley.

II. Requisitos de procedencia

1. Tenencia de una cosa del deudor

709 El acreedor debe mantener la tenencia de una cosa corporal del deudor. No se trata de posesión sino de que es un mero tenedor que está obligado a entregar o restituir la cosa. Por ello el caso del poseedor vencido es un acreedor que tiene ya la mera tenencia, porque ha perdido el juicio reivindicatorio.

La única excepción es el caso del derecho legal de retención del arrendador ya que éste es poseedor de la cosa arrendada, pero en este caso el Código de Procedimiento Civil dispone que el arrendador puede solicitar a cualquier funcionario de la policía para impedir que se saquen las cosas del arrendatario de la propiedad arrendada. El policía debe prestar este auxilio hasta por dos días, salvo que el arrendador le exhiba copia autorizada de la resolución judicial que ordena la retención de dichas cosas (art. 598 CPC).

La tenencia de una cosa impide que se trate de cosas fungibles y en general de cosas incorporales, salvo que consten de un título que pueda ser retenido, ya que se admite la prenda de créditos (art. 2389 CC).

Normalmente, la cosa será de propiedad del deudor, pero puede ser que haya sido dada en arriendo, comodato o depósito con la voluntad del dueño. En tal caso, si el dueño desea reivindicar la cosa deberá pagar el crédito que el derecho de retención está garantizando. Si el deudor la entregó sin consentimiento expreso o tácito del dueño, la cosa puede ser reivindicada por éste sin necesidad de pagar el crédito garantizado por el derecho legal de retención.

2. Obligación del acreedor de restituir la cosa

710 El acreedor debe estar obligado a entregar o restituir la cosa, de modo que si existe un crédito relacionado con la cosa podrá retener legítimamente la cosa en garantía del pago. Y si es declarado judicialmente se permitirá ejecutar esos bienes como prendados o hipotecados y con la preferencia que corresponda.

3. Crédito actualmente exigible

711 El crédito garantizado debe ser actualmente exigible, es decir, que no esté sujeto a modalidades y que no haya prescrito. No parece ser necesario que el crédito sea líquido, ya que en varios supuestos se habla de expensas, mejoras o indemnizaciones por daños que son créditos ilíquidos, y que debieran ser liquidados en el correspondiente proceso judicial. Durante todo ese tiempo, el acreedor mantendrá la tenencia de la cosa en garantía del crédito.

4. Supuestos legales

712 Siendo un derecho legal sólo procederá en los casos expresamente autorizados por las leyes. No obstante, hay quienes sostienen que puede aplicarse a casos en los que no está previsto en la medida en la que el crédito del acreedor retentor tenga alguna conexión con la obligación de entregar o restituir la cosa.

La dificultad que presenta esta extensión es la regla del art. 2392 inc. 2º del Código Civil: "No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan". Pero debe notarse que se trata de una norma que se da para la prenda y que el inciso primero se refiere expresamente a ella, por lo que bien podría restringirse su interpretación a la retención como prenda de la cosa.

5. ¿Declaración judicial?

713 El Código de Procedimiento Civil reguló en el título III del libro III, los efectos del derecho legal de retención y en primer lugar para exigir que sea declarado judicialmente: "Para que sea eficaz el derecho de retención que en ciertos casos conceden las leyes, es necesario que su procedencia se declare judicialmente a petición del que pueda hacerlo valer" (art. 545.1 CPC). Puede solicitarse como excepción ante la demanda del deudor de restitución de la cosa o como acción en un juicio sumario declarativo. Igualmente puede ser solicitado como medida precautoria y en tal caso se aplicarán los arts. 299, 300 y 302 del Código de Procedimiento Civil (art. 545.2 CPC).

El juez tiene la facultad de restringir la retención a parte de los bienes del deudor: "Podrá el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, restringir la retención a una parte de los bienes muebles que se pretenda retener, que basten para garantizar el crédito mismo y sus accesorios" (art. 548 CPC). Se trata de bienes muebles, no de inmuebles.

Un tanto enigmática es la regla que se da para las cauciones legales que se otorguen en sustitución de los bienes retenidos: "De la misma preferencia establecida en el artículo anterior gozarán las cauciones legales que se presten en substitución de la retención" (art. 547 CPC). Si se trata de fianza, siendo una obligación mueble, gozará de preferencia de segunda clase.

Entendemos que la expresión "para que sea eficaz" se refiere a los efectos que permiten la asimilación de los bienes retenidos a bienes hipotecados o constituidos en prenda, a la equiparación de la cauciones legales que sustituyan a los bienes retenidos y a la facultad del juez de reducir los bienes muebles retenidos. Es decir, la eficacia se refiere a los efectos del propio Código de Procedimiento Civil, pero no a la facultad de retención que legitima la suspensión de la entrega de la cosa, salvo que se trate del derecho legal de retención del arrendador que necesariamente deberá solicitarse judicialmente.

III. EFECTOS

1. Efecto general

714 El efecto principal del derecho de retención es justamente la facultad de suspender la entrega o restitución de la cosa al deudor mientras no se pague el crédito que esté relacionado con ella.

Esto se aplica al derecho de retención convencional y al derecho de retención general, es decir, cuando no existe disposición expresa que lo consagre.

Si la cosa que está afecta a un derecho legal de retención está asegurada, el acreedor podrá ejercer el derecho sobre la cantidad asegurada (art. 565.3 CCom).

2. Asimilación a la prenda y a la hipoteca

715 Conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, si se declara el derecho de retención por sentencia judicial ejecutoriada, los bienes retenidos según su naturaleza mueble o inmueble se asimilarán en lo referente a la ejecución y a la preferencia a bienes prendados o hipotecados: "Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan" (art. 546 CPC).

Se exige que el decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles sea inscrito en el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces (art. 546 CPC).

3. El derecho legal de retención en los procesos concursales

716 Los acreedores que gocen del derecho legal de retención deben hacerlos valer al momento de verificar sus créditos, y podrán mantenerse en la retención de las cosas. Si ha sido reconocido este derecho judicialmente antes de la Resolución de Liquidación deberá asimilarse a los acreedores prendarios o hipotecarios, por lo que se podrá continuar la ejecución de esas garantías en el procedimiento concursal: "los acreedores hipotecarios y prendarios podrán deducir o continuar sus acciones en los bienes gravados con hipoteca o prenda, sin perjuicio de la posibilidad de realizarlos en el Procedimiento Concursal de Liquidación" (art. 135.2 LRLEP).

En ambos casos, para percibir deberán garantizar el pago de los créditos de primera clase que hayan sido verificados ordinariamente o antes de la fecha de liquidación de los bienes afectos a sus respectivas garantías, por los montos que en definitiva resulten reconocidos (art. 135.2 LRLEP). Pensamos que el derecho legal de retención no resulta impedido por el paso de los bienes del deudor al liquidador. Esto concuerda con lo que se dispone más adelante en la ley: "Los acreedores de la segunda clase y aquellos que gocen del derecho de retención judicialmente declarado podrán optar por ejecutar individualmente los bienes gravados, en cuyo caso deberán iniciar ante el tribunal que conoce del Procedimiento Concursal de Liquidación, los procedimientos que correspondan, o continuarlos en él previa

acumulación, debiendo siempre asegurar los créditos de mejor derecho" (art. 242.1 LRLEP).

Ahora bien, si se trata de un acreedor que es a su vez arrendador, el derecho legal de retención no puede ser declarado después de la Resolución de Liquidación (art. 141.1 LRLEP). Si ya se ha dictado esta Resolución durante los treinta días siguientes a su notificación de dicha resolución, el arrendador no podrá perseguir la realización de los bienes muebles destinados a la explotación de los negocios del Deudor por los arrendamientos vencidos, sin perjuicio de su derecho para solicitar providencias conservativas (art. 141.2 LRLEP).

La ley concursal contempla un nuevo caso de derecho legal de retención: "el derecho legal de retención tendrá lugar siempre que la persona que ha pagado o que se ha obligado a pagar por el Deudor tenga en su poder mercaderías o valores de crédito que pertenezcan a éste, con tal que la tenencia nazca de un hecho voluntario del Deudor, anterior al pago o a la obligación, y que esos bienes no hayan sido remitidos con un destino determinado" (art. 160 LRLEP).

En todo caso, el Liquidador puede oponerse a la retención pagando la deuda: "el Liquidador podrá oponerse a la resolución o retención y exigir la entrega de las cosas vendidas o retenidas, pagando la deuda, intereses, costas y perjuicios, o dando caución que asegure el pago" (art. 161 LRLEP).

Más adelante se dispone que "El Liquidador podrá, si lo considera conveniente para la masa, exigir la entrega de la cosa dada en prenda o retenida, siempre que pague la deuda o deposite, a la orden del tribunal, su valor estimativo en dinero, sobre el cual se hará efectiva la preferencia" (art. 242.2 LRLEP). El valor en dinero opera como una subrogación real.

El deudor concursado puede también tener derecho de retención sobre cosas, y en tal caso será el liquidador el llamado a ejercerlo (art. 153 LRLEP).

IV. ¿EL DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN ES UN DERECHO REAL?

717 Con los efectos que le da el Código de Procedimiento Civil, el derecho legal de retención se acerca mucho a un derecho real, pero lo cierto es que se trata de una figura híbrida, en la que el estatuto de los derechos reales debe primar.

Pero si se trata del derecho de retención convencional o legal, en la medida en que sólo faculta al acreedor para retener la cosa, si bien la facultad recae en la cosa, se trata de un derecho de carácter personal. Porque sólo puede ejercerse respecto del deudor y no de terceros y además porque no concede la facultad de perseguir la cosa si ella ha pasado a manos de otras personas.

Si se trata de derecho legal de retención en los casos previstos expresamente y declarado judicialmente, la equiparación a la prenda y a la hipoteca lo aproxima más a los derechos reales, pero sólo se le da este carácter para efectos de realización y preferencia, pero no para perseguir la cosa en manos de terceros poseedores, por

lo que este derecho debe considerarse una figura híbrida entre derecho personal y real.

V. Funciones del derecho de retención y excepción de contrato no cumplido

718 El derecho legal de retención tiene básicamente una función de garantía, en el sentido de que el acreedor puede retener la entrega o restitución de la cosa hasta que el deudor que tiene derecho a exigir la cosa no pague el crédito relacionado con ella. Se trata, por tanto, de una especie de prenda o hipoteca legal aunque limitada sólo a la retención de la cosa que es propiedad del deudor.

Ahora bien, el derecho legal de retención cumple también la función de permitir la ejecución forzada del crédito cuando se da en los casos especialmente determinados por la ley y así es declarado judicialmente. En tal caso, el crédito puede ser ejecutado por la realización de la cosa mueble, en cuanto prenda, y de la cosa inmueble, en cuanto hipoteca.

Otra función que debe atribuirse al derecho legal de retención es la de otorgar preferencia de segunda o tercera clase al crédito, en la medida en que sea judicialmente declarado en los casos en los que la ley lo considera procedente. Por cierto, esta preferencia es especial y sólo puede aplicarse al producto de la subasta del bien retenido.

Para algunos autores, el derecho legal de retención tiene semejanzas con la excepción de contrato no cumplido, ya que el acreedor se dispensa de la obligación de entregar o restituir la cosa mientras el deudor no cumpla con el crédito. Pero existen diferencias en cuanto a la procedencia y a los efectos. En cuanto a la procedencia la excepción de contrato no cumplido requiere que ambas obligaciones procedan del mismo contrato bilateral, mientras que el derecho de retención procede aunque las obligaciones no provengan del mismo contrato o se trate de contratos unilaterales (como el comodato o el depósito). Además, aquí el incumplimiento consiste en la suspensión de la entrega de una cosa corporal y no es cualquier incumplimiento. Finalmente, en cuanto a los efectos, el derecho legal de retención declarado judicialmente otorga derecho a la realización de la cosa y a preferencia para el pago, mientras que la excepción de contrato no cumplido sólo tiene un efecto paralizante del contrato.

Bibliografía especial: Del Campo, Máximo, "El derecho de retención del arrendador", en *RDJ*, t. 3, Derecho, pp. 196-200; Crisosto Bustos, Esteban, "Naturaleza jurídica y caracteres del derecho legal de retención", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 33-34, 1940, pp. 2729-2758; Crisosto Bustos, Esteban, "El derecho de retención convencional", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 39-40, 1942, pp. 79-92; Castro de Cifuentes, Marcela, "El derecho de retención", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 545-581; Ternera Barrios, Francisco y Mantilla Espinosa, Fabricio, "Posesión y retención: ¿hechos, derechos o

quimeras'?", en *Revista Chilena de Derecho* Privado 15, 2010, pp. 115-141; PIZARRO WILSON, Carlos, "El derecho de retención: una garantía bajo sospecha", en *Ius et Praxis* 15, 2009, 1, pp. 339-352.

Capítulo sexto - Obligaciones derivadas de derechos reales de garantía

I. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

719 Aunque esto tiene su lugar natural de estudio en la Parte de Bienes[50], podemos mencionar que los derechos reales de garantía son aquellos que permiten a un acreedor gozar no de la cosa misma sino de su valor de cambio para lograr el pago de su crédito.

Son derechos reales de garantía el derecho real de prenda, tanto civil (arts. 2384 y ss. CC) como el derecho real de prenda sin desplazamiento (art. 14 ley Nº 20.190, de 2007) y otras prendas reguladas especialmente, y el derecho real de hipoteca. Menos frecuente es el derecho real de censo que tiene esas dos caras: el derecho personal a exigir el canon del originalmente obligado y el derecho real de garantía que se ejerce sobre la finca acensuada. Se regula el censo ordinario (art. 2022 CC) y el censo vitalicio (art. 2279 CC).

No son derechos reales de garantía el derecho que tiene el acreedor en el contrato de anticresis (art. 2438.1 CC), ni tampoco, como hemos concluido más arriba, el derecho de retención, aunque puede ser asimilado a los derechos reales de prenda e hipoteca.

II. LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y LA GARANTÍA REAL

720 La obligación principal es la obligación que resulta garantizada por estos derechos reales: prenda, hipoteca, censo. Normalmente será una obligación de dar y de dinero, pero no es necesario que sea así, ya que también puede garantizarse una obligación de hacer o de no hacer, aplicándose por analogía lo que se dispone para la fianza de un hecho ajeno y en que lo que se garantiza es la indemnización por el incumplimiento (art. 2343.3 CC).

La garantía real se distingue de la obligación principal ya que ella se manifiesta como derecho real que opera sin respecto a determinada persona. Si quien ha constituido la garantía sobre bienes de su propiedad es el deudor principal, en tal caso el acreedor dispondrá de dos acciones: la de carácter personal que es la que demanda el cumplimiento del crédito o la indemnización por el incumplimiento, y una acción real que se aplica sobre la cosa que se haya dado en prenda, hipoteca o censo, y que puede ser ejercida cualquiera sea el poseedor de la cosa.

Puede tratarse de alguien que gravó un bien de su propiedad con prenda o hipoteca para caucionar una deuda ajena, o puede ser alguien que compró o

[50] Véase *Curso. Bienes*, pp. 559 y ss.

adquirió la cosa gravada con prenda o hipoteca. En ambos casos se habla de tercer poseedor prendario o hipotecario.

III. Ejecución de la garantía

721 Si se ejerce la acción real de garantía sólo podrá obtenerse el pago del crédito una vez subastado el bien gravado con prenda o hipoteca. Si se trata de un tercer poseedor hipotecario se regula un procedimiento llamado de desposeimiento de la finca hipotecada (arts. 758 y ss. CPC).

Si queda un sobrante, ese sobrante será o del deudor o del tercer poseedor, según quien sea el dueño del bien.

Si no se alcanza a satisfacer el crédito con el producto de la subasta del bien prendado o hipotecado, el acreedor deberá embargar otros bienes del deudor (no de los terceros poseedores), pero en estos el acreedor no podrá alegar preferencia y será considerado valista o de la quinta clase.

En todos estos casos, podrá ser necesario citar a otros acreedores prendarios (de prenda sin desplazamiento) o hipotecarios para que concurran a la subasta y se paguen con lo producido por el remate de los bienes, con lo que se purgarán las prenda e hipotecas, salvo el caso previsto en el art. 492 del Código de Procedimiento Civil en que se da a ciertos acreedores hipotecarios la opción de pagarse con el resultado de la subasta o mantener sus hipotecas, siempre que los créditos no estén devengados.

Los efectos de los derechos reales de garantía en los procesos concursales están regulados de manera detallada en la ley Nº 20.720, de 2014 (arts. 241 y ss. LRLEP).

Bibliografía especial: Toro, Gaspar, "De la anticresis convencional y judicial. Prenda pretoria minera", en *RDJ*, t. 5, pp. 226-243; Fernández Pradel, Arturo, "Del acreedor prendario y del hipotecario. Sus derechos respectivos sobre la cosa empeñada y la hipotecada", en *RDJ*, t. 11, Derecho, pp. 215-224; Alessandri Rodríguez, Arturo, "De la responsabilidad del legatario de especie gravada con prenda o hipoteca. (Estudio de los arts. 1135 inc. 3° y 1366 del C.C.)", en *RDJ*, t. 24, Derecho, pp. 99-108; López Santa María, Jorge, "Informe sobre contrato de línea de crédito. Cláusula de garantía general prendaria. Distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles", en *RDJ*, t. 74, Derecho, pp. 39-42 y en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 4, 1980, pp. 121-128; De la Maza Rivadeneira, Lorenzo, "Estudio sobre el censo y el censo vitalicio, particularmente en la relación que pueden tener con hipotecas constituidas sobre la finca acensuada", en *Revista Chilena de Derecho* 10, 1983, 2, pp. 475-492; López Santa María, Jorge, "Acción de desposeimiento en contra del usufructario del inmueble hipotecado, intentada por el acreedor adjudicatario de la nuda propiedad", en *RDJ*, t. 82, Derecho, pp. 67-73; Rossel Cowper, Sergio, "Efectos de derechos reales constituidos sobre el bien hipotecado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca",

en *Revista Chilena de Derecho* 12, 1985, 2, pp. 345-355; ROZAS VIAL, Fernando, "La purga del censo vitalicio y de la hipoteca de una renta vitalicia", en *Revista Chilena de Derecho* 13, 1986, 3, pp. 499-502; CÚNEO MACCHIAVELLO, Andrés, "El usufructo constituido con posterioridad a una hipoteca: su eficacia frente al acreedor hipotecario", en *RDJ*, t. 85, Derecho, pp. 113-123; ILLANES RÍOS, Claudio, "La obras de urbanización en relación a la extensión de la hipoteca", en AA. VV., *Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 159-167; PRADO PUGA, Arturo, "El contrato de prenda sin desplazamiento sobre cosechas o frutas futuras", en *GJ* 160, 1993, pp. 7-21; GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, "Cláusula de garantía general hipotecaria", en *GJ* 173, 1994, pp. 7-16; SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, "Las garantías a primer requerimiento. Situación en el Derecho chileno", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 198, 1995, pp. 61-70; OBANDO CAMINO, Iván, "La prenda especial de derechos de aguas: antecedentes sobre derechos de aguas y contratos de garantía en perspectiva histórica (1855-1981)", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 26, 2005, pp. 251-313; RAMÍREZ FRÍAS, Tomás, "Informe en Derecho. Recuerdos de antaño. Subasta pública, hipoteca e indivisibilidad del pago", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 6, 2006, pp. 139-142; de Carrasco Delgado, Nicolás, "Hipoteca legal en la legislación chilena de quiebras, a propósito de la enajenación como unidad económica", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 403-426; ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, "La obligación de garantía en la partición", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 745-766; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 39-63; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La indivisibilidad de la garantía prendaria e hipotecaria", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 509-548; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Notas sobre la prescripción de las acciones de garantía, en especial la acción hipotecaria frente al principio de lo accesorio", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 399-430; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y la hipoteca", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 321-355; (685) GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Dos hipotecas sobre derechos reales administrativos inmuebles: las hipotecas de una concesión de acuicultura y de una concesión de energía geotérmica", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 36, 2011, pp. 69-116; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La prenda sin desplazamiento de valores desmaterializados o emitidos sin impresión física del título que los evidencie", en *Revista Chilena de Derecho* 38, 2011, 1, pp. 57-88; BARCIA LEHMANN, Rodrigo y RUZ LÁRTIGA,

Gonzalo, "La teoría de prohibición de estatuto como sustento de la prohibición del pacto comisorio calificado en los contratos de garantía", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 357-374; GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "Régimen jurídico de las garantías reales constituidas a favor de una pluralidad de sujetos, con especial referencia a los contratos de crédito sindicado", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 341 -350; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "La hipoteca de cosa ajena como un problema de incumplimiento contractual", en S. Turner y J. Varas (edits.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 283-301; KUNCAR ONETO, Andrés, "Obligación divisible, pluralidad activa y ejercicio de la acción hipotecaria", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 483-492; CAPRILE BIERMANN, Bruno, "La hipoteca inversa o el préstamo vitalicio hipotecario", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 511-525; KUNCAR ONETO, Andrés, "La extinción de la hipoteca por el ejercicio de la acción hipotecaria", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 627-638; GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, "Formas de perfeccionamiento y mecanismos de realización de la prenda sobre créditos", en *Revista Chilena de Derecho* Privado 14, 2010, pp. 41-68; BARRÍA PAREDES, Manuel, "Algunas consideraciones sobre la prenda sin desplazamiento y la prelación de créditos en la Ley Nº 20.190", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 221-222, 2007, pp. 45-69; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 549-561.

SEXTA PARTE - MODIFICACIONES, TRANSMISIÓN Y ASUNCIÓN DE OBLIGACIONES

BIBLIOGRAFÍA GENERAL: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1992, t. XII, pp. 383-468; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las obligaciones. Volumen de la modificación y extinción de las obligaciones. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.,* Ediciones Jurídicas de Santiago, 3ª edic., Santiago, 2016, pp. 9-100; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Thomson Reuters, 6ª edic., Santiago, 2014, t. II, pp. 1213-1358; MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª edic., 1997, pp. 315-320 y 395-415; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago, 2003, pp. 327-345; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 311-316 y 381-398; RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 405-

418; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *De las obligaciones*, Thomson Reuters, 7ª edic., Santiago, 2011, pp. 234 y 279-291; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno III. De la teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 176-186.

Capítulo primero - La novación

I. ORIGEN HISTÓRICO Y RECEPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

722 La novación se origina en el derecho clásico romano, dado que la obligación era concebida como un vínculo estrictamente personal. De esta manera, si había una obligación, cualquiera fuera su fuente, podía ser novada mediante una estipulación novatoria que daba lugar a una nueva obligación siempre que contuviera un *aliquid novum*, que mantuviera la identidad de la obligación anterior.

En el Derecho Justinianeo, desaparecida la *stipulatio* como acto jurídico formal, se consagra la novación como dependiente de la voluntad de las partes mediante lo que se denomina *animus novandi*, que puede ser expreso o tácito.

De aquí la institución pasó al derecho medieval y a los Códigos Civiles decimonónicos, como el francés y el chileno.

No obstante, la novación al extinguir la antigua obligación extingue también sus privilegios, intereses y garantías, lo que la hace muy peligrosa. Por ello en el derecho actual existe la cesión del crédito y el pago por subrogación y últimamente la cesión del contrato y la asunción de deudas, que si bien varían los sujetos de la relación obligatoria no extinguen la obligación.

II. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES

1. Concepto

723 La novación es definida por el Código Civil como "la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida" (art. 1628 CC).

Se la regula como un modo de extinción de las obligaciones (art. 1567.2º CC), aunque como crea obligación el pacto novatorio puede calificarse de contrato, como lo señala en forma expresa el Código (art. 1630 CC).

2. Naturaleza jurídica

724 En realidad, el contrato de novación es a la vez un contrato y un modo de extinción de la obligación, que se asemeja al mutuo disenso o resciliación. Lo importante es que se realicen en un mismo momento.

Pero más que una institución autónoma de carácter dogmático, en realidad lo que interesa es su perfil funcional. En este sentido, puede señalarse que es un *effectum iuris*.

Para que se dé este efecto novatorio debe haber, aparte de voluntad de novación, una incompatibilidad entre la nueva obligación y la primitiva, de manera que no puedan coexistir a la vez, y que la segunda implique la extinción de la antigua.

3. Caracteres

725 La novación tiene un *efecto extintivo* de una obligación y a la vez *sustitutivo* ya que la nueva obligación viene a ocupar el lugar de la antigua.

La novación es una *convención* y a la vez un *contrato*. Es una convención porque a veces involucra el consentimiento de un tercero (nuevo deudor o nuevo acreedor), y es un contrato porque crea una nueva obligación que viene a sustituir a la anterior.

Si la nueva obligación es de dar, ese contrato servirá como *título traslaticio de dominio* que si se refiere a inmuebles deberá constar por escritura pública, para efectos de posibilitar su tradición mediante inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

III. El contrato de novación

1. Requisitos generales

726 Los requisitos generales del contrato novatorio son los mismos de todo contrato. Pero aquí hay dos que merecen una mayor atención: la capacidad de las partes y el consentimiento.

La capacidad del acreedor para novar consiste en la facultad para disponer del crédito y la del deudor para contraer obligaciones. Si son incapaces deberán actuar por medio de sus representantes legales. Lo mismo si se trata de una o más personas jurídicas.

El consentimiento se traduce aquí en el ánimo de novar o *animus novandi*, que puede ser expreso o tácito siempre que sea inequívoco porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua: "Para que haya novación, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente, que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua" (art. 1634.1 CC).

Si no aparece la intención de novar subsisten ambas obligaciones: "Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera" (art. 1634.2 CC).

En todo caso, para la novación por cambio de deudor se requiere la voluntad expresa del acreedor (art. 1635 CC).

La novación, en general, es un contrato consensual, sin perjuicio de que para que pueda ser probado por testigos debe constar por escrito si al menos una de las obligaciones tiene un valor superior a dos unidades tributarias (arts. 1708 y 1709 CC). Si la nueva obligación es una obligación de dar un cosa inmueble, deberá constar por escritura pública ya que si no, no podrá inscribirse como título traslaticio en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

2. Requisitos específicos

a) Existencia de una obligación previa válida a lo menos naturalmente

727 Debe existir entre las partes una obligación anterior, cualquiera sea su fuente, y debe ser válida, porque si no es posible que el contrato novatorio no sea eficaz como modo de extinción. En todo caso, la obligación previa puede ser una obligación natural: "Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente" (art. 1630 CC).

Si se trata de una obligación anterior nula pero natural del art. 1470 Nº 1, es posible considerar el pacto novatorio como una confirmación y saneamiento del acto, pero en tal caso no habría contrato de novación sino simple validación del acto jurídico. Esto no puede ocurrir respecto de las obligaciones naturales que provegan de actos a que faltan las solemnidades, ya que en tal caso se tratará de nulidad absoluta (art. 1470.3º CC).

La obligación primitiva puede estar sujeta a condición suspensiva. En tal caso, la novación queda condicionada al cumplimiento de esa condición: si la antigua obligación "pende de una condición suspensiva y la nueva es pura, no hay novación, mientras está pendiente la condición" y si la condición falla o si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, no habrá novación (art. 1633.1 CC).

Pero esto puede ser modificado por las partes: "Con todo, si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido, sin aguardar el cumplimiento de la condición pendiente, se estará a la voluntad de las partes" (art. 1633.2 CC). Aquí no hay propiamente novación, ya que la primitiva obligación nunca nació, por estar pendiente la condición suspensiva.

b) Creación de una nueva obligación válida a lo menos naturalmente

728 Al mismo tiempo en que se extingue por un pacto la obligación anterior, debe crearse una nueva obligación, que sea válida a lo menos naturalmente (art. 1630 CC).

También la nueva obligación puede estar sujeta a condición suspensiva, por lo que mientras no se cumpla la condición no habrá novación. Si se cumple sí la habrá, pero si falla se frustra la novación (art. 1633.1 CC).

c) Diferencia sustancial entre ambas

729 Para que pueda darse la novación debe haber una diferencia sustancial entre la obligación antigua y la nueva, ya sea porque cambia el acreedor, el deudor o el objeto de la obligación, es decir, la prestación.

Se discute si existiría novación por cambio de causa, porque el Código Civil no la reconoce (art. 1631 CC).

Si no existe esta diferencia sustancial hay una modificación no novatoria.

3. Poder para novar

730 El Código señala que el mandatario puede tener poder para novar una obligación, ya que dispone que "El procurador o mandatario no puede novar si no tiene especial facultad para ello, o no tiene la libre administración de los negocios del comitente o del negocio a que pertenece la deuda" (art. 1629 CC).

Esta norma viene a suplir añadiendo el poder de novar al mandatario con administración general de los negocios del mandante (art. 2132 CC).

4. Novación y cláusula penal

731 La cláusula penal, por regla general, no constituye novación ya que siempre le queda al acreedor la opción de pedir el cumplimiento de la obligación principal o la indemnización de perjuicios ordinaria. Es posible que se pacte que sean simultáneamente exigibles la obligación principal y la obligación penal. En tal caso se dispone que "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" (art. 1647 CC). Es decir, subsisten ambas obligaciones y no hay novación, sólo que las garantías de la obligación principal no se extienden a la obligación penal.

Pero si se pacta de que en caso de incumplimiento sólo es exigible la pena, habrá novación desde que el acreedor la pida judicialmente: "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" (art. 1647 CC).

En este caso, debe haberse pactado que en caso de incumplimiento sólo será exigible la pena, por lo que se producirá una novación. Pero la novación tendrá efectos desde que el acreedor exige la pena judicialmente, y no antes. Por lo tanto el acreedor puede reclamar la obligación principal o la indemnización de perjuicios ordinaria. Si pide el cumplimiento forzado de la obligación principal podrá ejercer los privilegios, prendas, hipotecas y hacer valer la responsabilidad de los coedeudores solidarios y subsidiarios.

IV. Clases de novación

1. Novación por cambio de objeto

732 El Código Civil señala que la novación puede efectuarse de tres modos, y el primero es "Substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor" (art. 1631.1.1º CC).

La norma es un tanto oscura, ya que habla de nueva obligación, por lo que supone que haya una diferencia sustancial en el objeto, de manera que, por ejemplo, si Pedro debe un millón de pesos a Juan, y luego se conviene que esa obligación será sustituida por la obligación de Pedro de dar un automóvil en vez del millón de pesos, indudablemente habrá novación.

No obstante, para otros aspectos, el Código ha precisado si hay o no novación, aunque en algunos de ellos ha declarado inoponible a los terceros garantes la modificación. Lo veremos más adelante[51].

Como ya explicamos, si hay dación en pago no hay novación por cambio de objeto, sino una modalidad especial de pago por excepción al principio de adecuación del pago previo consentimiento del acreedor[52].

2. Novación por cambio de acreedor

733 Una segunda forma de novación la contempla el Código en los siguientes términos: "Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor" (art. 1631.1.2º CC).

En esta modalidad el contrato novatorio exige la concurrencia de tres partes: el primitivo acreedor, el deudor y el nuevo acreedor. Se utiliza en casos en los cuales el primitivo acreedor es deudor del nuevo, y de esta manera le paga al nuevo acreedor mediante la novación ya que el nuevo acreedor podrá exigir al deudor el pago de esa obligación.

En todo caso, no es muy frecuente ver esta forma de novación en la práctica jurídica.

Esta novación se asemeja pero no es igual al pago con subrogación (art. 1632.2 CC) y a la cesión de créditos (art. 1636 CC, aunque aquí el Código habla de cesión de acciones). En ambas operaciones la obligación si bien cambia de acreedor es la misma obligación y no una nueva, y por lo tanto mantiene sus accesorios y garantías.

---

[51] Véase Nº 722 y ss. y 755 y ss.

[52] Véase Nº 384-388.

3. Novación por cambio de deudor

734 La tercera forma de novación contemplada por el Código es la que se ejecuta "substituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre" (art. 1631.1.3º CC).

En estos casos, el contrato novatorio puede hacerse entre dos o tres partes. Se hace en tres partes si el antiguo deudor comparece en el pacto, pero no es necesario ya que bastará que el nuevo deudor contraiga para con el acreedor primitivo, con lo que bastará la concurrencia de sólo dos partes.

El Código aclara que "Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero" (art. 1631.2 CC). De esta forma, no es necesario el consentimiento del deudor primitivo, pero si lo hay se hablará de delegación perfecta o novatoria.

En esta forma de novación, el acreedor debe consentir de manera expresa: "La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor" (art. 1635 CC). Si no se da esta voluntad expresa y el pretendido nuevo deudor manifiesta su voluntad de pagar la obligación: "se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto". Es decir, no hay novación, pero el juez puede entender, conforme al tenor o espíritu del acto, que este tercero es diputado para el pago, codeudor solidario o fiador.

4. ¿Novación por cambio de causa?

735 La novación por cambio de causa es aquella que modifica la causa de la obligación. Así, por ejemplo, si el comprador que adeuda el saldo de precio conviene con el vendedor que la deuda pase a ser la de un mutuo.

Se discute si esta clase de novación es admitida en nuestro ordenamiento. La mayor parte de los autores sostienen que, dada la generalidad de la descripción de la novación por cambio de objeto, sí resultaría admisible: "Substituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor" (art. 1631.1.1º CC). Justamente aquí hay una nueva obligación sin intervención de nuevo deudor y de nuevo acreedor.

El problema de esta forma de novación es que se extingue la obligación de pagar el precio y el vendedor no podrá pedir la resolución de la compraventa ni el comprador podrá oponer la excepción de contrato no cumplido si el vendedor no cumple con su obligación de entrega o de saneamiento. Al vendedor devenido en mutuante sólo le queda cobrar al comprador-mutuario la cantidad debida en mutuo.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: PIZARRO WILSON, Carlos, "¿Es posible calificar de novación objetiva por cambio de causa el pacto de anatocismo acordado en un

contrato de crédito?", en *Revista Chilena de Derecho Privado,* 10, 2008, pp. 131-158.

V. Figuras de novación por cambio de deudor: delegación, expromisión y adpromisión

1. La delegación

736 Si el antiguo deudor consiente en que un tercero asuma como nuevo deudor, se habla de delegación: "Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero" (art. 1631.2 CC). Es posible que el nuevo deudor tenga una deuda con el deudor primitivo y que por ello se ofrece a reemplazarlo en la obligación nueva. En todo caso, este consentimiento puede ser expreso o al menos tácito.

La delegación incluye tres partes: el deudor primitivo (delegante), el tercero que se ofrece como nuevo deudor (delegado) y el acreedor (delegatario). La delegación implica la voluntad de asumir el tercero la nueva deuda, ya que si no existe esta voluntad, podrá haber cesión de créditos, aunque el Código dice cesión de acciones, pero no novación (art. 1636 CC).

La delegación puede ser perfecta o imperfecta. Es perfecta si el acreedor consiente en liberar al primer deudor y por ello se produce la novación. Si el acreedor no consiente, la delegación devendrá en imperfecta y no se producirá novación. Pero el juez podrá considerarlo diputado para el pago o deudor solidario o subsidiario: "A falta de esta expresión [la del acreedor de dar por libre al primer deudor], se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto" (art. 1635 CC).

La delegación perfecta o novatoria puede contener errores: por ejemplo, si el delegado creía erróneamente ser deudor del delegante (deudor anterior); en tal caso, el Código dispone que "El que delegado por alguien de quien creía ser deudor y no lo era, promete al acreedor de éste pagarle para libertarse de la falsa deuda, es obligado al cumplimiento de su promesa; pero le quedará a salvo su derecho contra el delegante para que pague por él, o le reembolse lo pagado" (art. 1638 CC). Si está obligado a cumplir se supone que es porque ya hubo consentimiento expreso del acreedor y se verificó la novación. En tal caso, habría que distinguir si pagó o no. Si pagó tiene derecho al reembolso de lo pagado; si aún no lo ha hecho puede compeler al primitivo deudor para que pague la deuda.

También puede suceder que el delegante se crea deudor sin serlo, y que aún así consiente en delegar a un tercero para que lo sustituya en la novación. En tal caso, el que fue delegado por alguien que se creía deudor y no lo era, no es obligado al acreedor (art. 1639 CC). Justamente porque de pagar habría un pago indebido dada la inexistencia de la primera obligación.

Si paga pensando que es verdadera la deuda, se va a encontrar en la misma posición de que la deuda hubiera existido: "si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si la deuda hubiera sido verdadera" (art. 1639 CC), y dependerá de las relaciones que existan entre el delegante y el delegado. Pero al delegante le corresponde la acción de pago de lo no debido: "quedando a salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado" (art. 1639 CC). En realidad, aquí tenemos una novación que no tiene causa ya que no existe la primera obligación, y por ello tampoco puede existir la segunda.

2. Expromisión y adpromisión

737 La novación por cambio de deudor puede darse sin el consentimiento del antiguo deudor, y concurriendo sólo la voluntad del nuevo deudor y del acreedor. Aunque el Código no lo mencione, la doctrina suele darle a esta operación el nombre de expromisión. Esta expromisión al contar con el consentimiento expreso del acreedor produce novación por cambio de deudor.

El criterio que se sigue aquí es que cualquiera puede pagar por el deudor, de modo que también cualquiera puede novar incluso sin la voluntad o contra la voluntad del deudor (art. 1572 CC). Pero en estos casos no se dan acciones de reembolso o de pago con subrogación, como sucede con el pago de una deuda ajena.

Si el acreedor no consiente en dar por libre al primitivo deudor, se habla de *adpromisión*, y no se produce novación. Se aplicará aquí la norma que señala que a falta de expresión del acreedor se entenderá que este tercero es diputado para el pago o un codeudor solidario o subsidiario, según el tenor o espíritu del acto, que sería aquí la oferta del tercero de novación. En todo caso, no habiendo aquí voluntad del primer deudor, no parece posible configurar una diputación para el pago, ya que ésta es un mandato.

VI. Efectos de la novación

1. Efectos generales

738 Como ya sabemos, el pacto novatorio produce la extinción de una obligación y la creación de otra que la sustituye, habiendo entre ellas diferencias sustanciales.

Por cierto, la novación puede sujetarse a condiciones, pero no a plazo, ya que la extinción y creación de obligaciones no puede depender de un plazo suspensivo. Pero sí de una condición suspensiva, por ejemplo, si se pacta que la novación sólo tendrá lugar si acceden a ella los codeudores solidarios o subsidiarios de la primera obligación. Así lo dispone el Código: "Si el acreedor ha consentido en la nueva obligación bajo condición de que accediesen a ella los codeudores solidarios o subsidiarios, y si los codeudores solidarios o subsidiarios no accedieren, la novación se tendrá por no hecha" (art. 1651 CC); es decir, subsiste la obligación antigua.

En materia de obligaciones solidarias se da una regla un tanto distinta: "La novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida" (art. 1519 CC). Aquí se produce la novación, pero si los deudores solidarios acceden a la nueva obligación garantizarán esta nueva. No es necesario que todos accedan a la nueva obligación, y basta que sea uno de ellos. En tal caso, la nueva obligación será solidaria.

La nueva obligación que se crea puede ser meramente natural, y por tanto no podrá exigirse su cumplimiento o una obligación sujeta a condición suspensiva y por consiguiente no habrá novación si la condición falla. En suma, la obligación que sustituye a la antigua puede ser de cualquier tipo: de especie o cuerpo cierto, de género, de dar, hacer o no hacer, mancomunada, solidaria o indivisible, etc.

2. Efectos derivados de la extinción

739 Como se extingue la primera obligación, se entienden extinguidas sus cauciones o accesorios. Así los intereses de la primera deuda se entienden también extinguidos, aunque no se hayan pagado. Es lo que establece el Código: "De cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario" (art. 1640 CC).

Lo mismo sucede con los privilegios, es decir, las preferencias que no son hipotecas: "Sea que la novación se opere por la substitución de un nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación" (art. 1641 CC).

Respecto de las prendas e hipotecas de la primera obligación se dispone que "aunque la novación se opere sin la substitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior..." (art. 1642.1 CC). Veremos que el Código Civil admite lo que llama reserva de las prendas e hipotecas, pero siempre que las partes lo acuerden y se cumplan determinados requisitos[53].

En cuanto a las cauciones personales, estas también se extinguen: "La novación liberta a los codeudores solidarios o subsidiarios, que no han accedido a ella" (art. 1645 CC).

También el deudor dejará de estar en mora por la primera obligación, se extinguen las modalidades de la primera obligación, si se trata de contrato bilateral el acreedor no podrá ejercer la acción resolutoria o la excepción de contrato no cumplido, si se trataba de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto cesa también el deber de conservación, etc.

[53] Véase Nº 742-743.

3. Posibilidad de que las partes convengan algo diferente

740 En todos los efectos anteriores, las partes pueden disponer lo contrario: que los intereses de la primera deuda se sigan debiendo, que las prendas e hipotecas sigan garantizando la nueva obligación y que los deudores solidarios o subsidiarios sigan caucionando la nueva obligación.

La única extinción que parece no admitir pacto en contrario es la extinción de los privilegios, ya que es indicativo que en ella no se agregue la excepción del pacto en contrario y, además, puesto que los privilegios siendo excepcionales y de orden público no admiten que las partes los pacten por sí mismas. Se confirma esto con el retiro del pago por consignación consentido por el acreedor, en que la obligación se mira del todo nueva (hay novación) y el acreedor no conservará sus privilegios o hipotecas (art. 1607 CC).

4. Insolvencia del nuevo deudor

741 En la novación por cambio de deudor, es posible que este segundo deudor caiga en insolvencia. El Código señala que el acreedor no podrá demandar al antiguo deudor y que debe asumir el riesgo de que no pueda pagar. No obstante, establece algunas excepciones: "El acreedor que ha dado por libre al deudor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el nuevo deudor caiga en insolvencia; a menos que en el contrato de novación se haya reservado este caso expresamente, o que la insolvencia haya sido anterior, y pública o conocida del deudor primitivo" (art. 1637 CC).

Si se reserva expresamente, se está constituyendo una condición resolutoria del pacto novatorio. Es curioso que además se establezca como excepción que la insolvencia haya sido anterior a la novación y pública o conocida del deudor primitivo, porque si era pública hay también negligencia del acreedor y no parece sensato permitirle dejar sin efecto la novación.

VII. RESERVA Y RENOVACIÓN DE PRENDAS E HIPOTECAS

1. Reserva de prendas e hipotecas

742 La reserva de las prendas y las hipotecas de la antigua obligación tiene una utilidad práctica evidente ya que tanto las prendas como las hipotecas tienen preferencia desde sus fechas.

Los requisitos para la reserva son:

1º) Pacto expreso: las prendas e hipotecas de la antigua obligación se extinguen, "a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva" (art. 1642.1 CC).

2º) El pacto debe ser simultáneo con la novación, ya que si ésta tiene lugar antes, la obligación primitiva y sus prendas e hipotecas se habrán extinguido.

3º) Debe tratarse de bienes prendados o hipotecados del deudor o de terceros siempre que estos accedan a la reserva: "la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación" (art. 1642.2 CC). Puede tratarse de terceros que hayan constituido la garantía real por una deuda ajena, o que por enajenación o transmisión por causa de muerte del propietario tengan el dominio de la cosa prendada o hipotecada.

4º) Los bienes prendados o hipotecados deben ser los mismos: "Si la novación se opera por la substitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento" (art. 1643.1 CC). Esto se explica porque si el nuevo deudor consiente, perjudicaría a sus propios acreedores al pasar a tener prendas o hipotecas de fechas anteriores a las que gravan sus bienes.

Se aclara sí que la novación se produce respecto de una obligación solidaria: "si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste"; de modo que "Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria". Se excepciona el caso en que estos codeudores accedan expresamente a la segunda obligación (art. 1643.2 CC).

En todo caso, la reserva está limitada a la cuantía de la primera deuda que era la garantizada por las prendas e hipotecas. Nuevamente se trata de evitar el perjuicio de los acreedores del nuevo deudor: no vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera (art. 1642.3 CC). El Código Civil pone un ejemplo: "si [...] la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses" (art. 1642.3 CC).

2. "Renovación" de prendas e hipotecas

743 Para los casos en los que no sea procedente la reserva de prendas e hipotecas, podrán pactarse para la nueva obligación: "En los casos y cuantía en que no puede tener efecto la reserva, podrán renovarse las prendas e hipotecas; pero con las mismas formalidades que si se constituyesen por primera vez, y su fecha será la que corresponda a la renovación" (art. 1644 CC).

Se comprende que se aclare esto, pero en realidad no se trata de una renovación, sino de prendas e hipotecas distintas que se pactan por primera vez.

Capítulo segundo - Modificaciones subjetivas no novatorias

I. Delegación imperfecta y adpromisión

744 Como ya vimos, la delegación es aquella en que el primitivo deudor de una obligación delega a un tercero para que lo sustituya mediante una novación siempre que el acreedor consienta expresamente. Pero si es imperfecta porque el acreedor

no consiente, se podrá entender que este tercero es un diputado para el pago o que asume como codeudor solidario o subsidiario (art. 1635 CC). Si es meramente un diputado para el pago, y paga, no habrá modificación de la obligación, aunque sí pago con subrogación legal (art. 1610.5º CC). Si se le considera codeudor solidario o fiador, existe modificación de la obligación ya que pasará a estar garantizada por estas cauciones personales.

En la *adpromisión*, es decir, en que un tercero se ofrece para sustituir al deudor sin que éste consienta y el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor, no habrá diputación para el pago, pero podría entenderse que este tercero se obliga como codeudor solidario o fiador, con lo que también se producirá una modificación no novatoria de la obligación (art. 1635 CC).

II. CESIÓN DE CRÉDITOS Y DE DERECHOS

1. Cesión de créditos

745 Esto no era admitido en el Derecho romano, y fue lo que permitió el surgimiento de la estipulación novatoria. Pero hoy está perfectamente admitido e incluso regulado. Por eso se señala que "si el delegado es substituido contra su voluntad al delegante, no hay novación, sino solamente cesión de acciones del delegante a su acreedor, y los efectos de este acto se sujetan a las reglas de la cesión de acciones" (art. 1636 CC).

Hemos de entender que con la expresión de cesión de acciones se refiere a la cesión de créditos, por lo que si el delegante tiene un crédito con un tercero y lo cede a su acreedor (como dación en pago, por ejemplo), este podrá demandar al nuevo deudor pero siendo la misma obligación. Habrá cambiado el acreedor pero el crédito y la obligación sigue siendo la misma.

La cesión de los créditos está regulada como un contrato en los arts. 1901 y siguientes del Código Civil. Esta cesión se produce por la entrega del título del crédito del cedente al cesionario, pero para que sea oponible al deudor y terceros debe ser aceptada por el deudor o notificada de manera personal al mismo deudor (arts. 1902-1905 CC). Se dispone que "la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente" (art. 1906 CC).

El que cede un crédito a título oneroso no se hace responsable de la insolvencia del deudor, salvo que se disponga lo contrario (art. 1907 CC).

En todo caso, para la cesión de créditos que constan en títulos de créditos como letras de cambio, pagarés, acciones al portador se aplicarán las reglas especiales (art. 1908 CC).

2. Cesión de derechos

746 La cesión de derechos hereditarios puede implicar variaciones no novatorias en cuanto a los sujetos de la obligación, ya que si la herencia tiene créditos el

cesionario deberá cobrarlos. Se discute sobre la responsabilidad del cesionario en las deudas de la herencia. Nos parece que si los acreedores demandan al cesionario lo aceptan como deudor y por ello este deberá pagar la deuda, sin perjuicio de que pueda pedir reembolso al cedente (arts. 1909 y 1910 CC).

La cesión de un derecho litigioso es una forma de cesión aleatoria porque lo que se cede es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente (art. 1911 CC). Si el deudor pierde el juicio, tiene derecho a mantener el derecho pagando al cesionario lo que hubiere recibido por la cesión con intereses, siempre que ejerza este derecho en el plazo de nueve días desde notificación del decreto que manda a ejecutar la sentencia. Se exceptúan varios casos, entre ellos la cesión hecha a un acreedor en pago de lo que le debe el cedente (art. 1913.2º CC).

Si la cesión se trata de un crédito o derecho personal y si se gana el juicio, cambia el acreedor y se da una modificación subjetiva de la obligación no novatoria. Más aún si la cesión se hace en pago de lo que el cedente le deba al cesionario, caso en que no podrá ejercerse el derecho de retracto litigioso.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: URRUTIA, Leopoldo, "Cesión de derechos hereditarios", en *RDJ*, t. 6, Derecho, pp. 222-230, 231-254; t. 7, Derecho, pp. 1-7; GUTIÉRREZ M., José Ramón, "Cesión de derechos hereditarios", en *RDJ*, t. 7, Derecho, pp. 8-24 y 25-38; SILVA S., Clodomiro, "Cesión de derechos, petición de herencia y acción reivindicatoría", en *RDJ*, t. 8, Derecho, pp. 96-103; URRUTIA, Leopoldo, "De la rescisión por lesión enorme de la venta de derechos hereditarios y de la legislación que debe aplicarse en caso de haberse celebrado en el extranjero sobre bienes situados en Chile", en *RDJ*, t. 33, Derecho, pp. 5-25; RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, "Naturaleza jurídica de la cesión de derechos litigiosos", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 41-42, 1942, pp. 187-216 y 43-44, 1943, pp. 57-82; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, "Cómo se efectúa la cesión de derechos litigiosos", en *RDJ*, t. 40, Derecho, pp. 141-162; GESCHE MÜLLER, Bernardo, "Algunas consideraciones sobre la cesión del derecho de herencia", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 66, 1948, pp. 539-549; MEDINA LEBEL, María Antonieta, "Comentarios respecto de cesiones de derechos (hereditarios)", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 2, 1995, pp. 109-114; SOZA RIED, María de los Ángeles, "La cesión del 'derecho real' de herencia. y de una cuota hereditaria", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) 17, 2004, pp. 91-111; SOZA RIED, María de los Ángeles, "Derecho real' de herencia ¿existe en realidad? Reflexiones relativas a la cesión de los derechos hereditarios", en *GJ* 291, 2004, pp. 22-32; LARA AGUAYO, Edinson, "Cesión de créditos y endoso de la letra de cambio: un análisis comparativo", *en GJ* 310, 2006, pp. 7-25; NIETO OLIVAR, Germán Eduardo, "La transferencia de la propiedad con funciones de garantía: el caso de la cesión de créditos", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 387-401.

III. Pago con subrogación (remisión)

747 Otra forma de modificación subjetiva de la obligación es el pago con subrogación, en el que cambia el acreedor pero el crédito sigue siendo el mismo. Nos remitimos a lo que ya estudiamos sobre el tema[54].

IV. Asunción de deudas

1. Dificultades conceptuales y denominación

748 La asunción de deudas se opone al carácter personal de la obligación que era lo que predominaba en Derecho romano, pero más adelante se admitió la cesión de un crédito, finalmente en el derecho alemán e italiano se reguló la llamada "cesión de deudas" en varias y diversas modalidades.

Pero en realidad no puede cederse la posición de deudor o legitimado pasivo de una obligación, porque lo que no es una cosa corporal o incorporal no puede ser transferida. Se ha hablado también de transmisión de deuda, pero en nuestro Derecho la transmisión se asocia a la sucesión por causa de muerte.

De allí que la expresión que gana aceptación es la de asunción de una deuda.

2. Recepción en el Código Civil

749 Al igual que todos los Códigos decimonónicos, el chileno no contempló esta figura, salvo en casos de acción oblicua o subrogatoria en el contrato de arrendamiento (arts. 1965 y 1968 CC) o de sucesión en dicho contrato (art. 1962 CC).

Sin embargo, hay disposiciones que parecen aceptar la asunción de deudas. Así se establece, tratándose de la fuerza probatoria del instrumento público que "Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular" (art. 1700.2 CC). Como se ve, se habla de obligaciones que se transfieren a título singular.

Además, se permite la asunción acumulativa como en la delegación imperfecta o la adpromisión, en la que el tercero puede asumir como codeudor solidario o fiador del deudor principal, en la medida en que el acreedor lo acepte, subsistiendo la obligación original pero modificada por tener más de un deudor.

[54] Véase Nº 337 y ss.

3. Formas de asunción de deudas

750 La forma más clásica es el acuerdo entre las tres partes: el acreedor, el antiguo deudor y el nuevo deudor. El acreedor da por libre al primitivo deudor y acepta que en la misma obligación se sustituya un tercero como nuevo deudor.

Otra fórmula también admitida es la de un convenio entre el nuevo deudor y el acreedor. Si no es necesaria la voluntad del deudor primitivo en la novación, con mayor razón no será necesaria la voluntad de éste si la obligación no se extingue y se mantiene, si bien modificada. En el fondo, se trata de una estipulación a favor de otro (art. 1449 CC). Lo mismo sucede si existe un convenio entre el antiguo deudor y el nuevo deudor. Si se conviene por el antiguo deudor y el acreedor que un tercero asumirá su deuda, estaremos ante la promesa de un hecho ajeno (art. 1450 CC).

Es usual esta asunción de deuda en la adquisición de un inmueble hipotecado con deuda pendiente, en que el comprador asume el saldo de la deuda para con el banco y éste lo acepta y exime al vendedor y primitivo deudor.

4. Limitaciones

751 Nos parece que, por el principio de autonomía privada, es posible reconocer en nuestro ordenamiento la asunción de deudas, pero con algunas limitaciones.

La más importante es que consienta de manera expresa el acreedor y también el nuevo deudor.

Si la obligación tiene a terceros por garantes, estos deben acceder de manera expresa al cambio de deudor, ya que si no acceden las cauciones deberán extinguirse o al menos serles inoponibles al nuevo deudor.

Las excepciones que puede oponer el nuevo deudor son las personales suyas y no las del deudor antiguo.

Se discute si es admisible en nuestro derecho la llamada asunción liberatoria, es decir, aquella en la que queda libre el primitivo deudor. Es efectivo que para que haya novación se requiere declaración expresa o que aparezca indudablemente que la intención de las partes ha sido novar porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua (art. 1634.1 CC). Por lo tanto, las partes, ya sea el acreedor y el antiguo deudor, o el acreedor, el nuevo deudor y el antiguo deudor, podrían declarar expresamente que no es su ánimo efectuar una novación, sino mantener la misma obligación aunque con un nuevo deudor.

Se invoca en contra la disposición que establece: "Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera" (art. 1634.2 CC), para señalar que la asunción liberatoria no tiene lugar en nuestro Código. Discrepamos de este aserto ya que el supuesto se pone en el caso de dos obligaciones y no de la modificación de una obligación como es el supuesto de la asunción liberatoria.

V. Cesión de derechos contractuales

1. La cesión de contrato en el Derecho Civil chileno

752 La cesión de la posición contractual es admisible si así lo han previsto ambas partes. El Código Civil la admite al menos para el contrato de arrendamiento en el art. 1962 que señala los casos en los que el contrato de arrendamiento es oponible a los adquirentes del bien arrendado. Si resulta oponible es porque hay sucesión no sólo en las obligaciones sino también en los derechos, pero en este caso lo que hay es una cesión legal de contrato.

En cambio, el Código Civil autoriza a ceder el contrato de arrendamiento si así se ha concedido en el contrato original: "El arrendatario no tiene la facultad de ceder el arriendo ni de subarrendar, a menos que se le haya expresamente concedido; pero en este caso no podrá el cesionario o subarrendatario usar o gozar de la cosa en otros términos que los estipulados con el arrendatario directo" (art. 1946 CC). Lo mismo se dispone para el contrato de mediería o aparcería (art. 15 D.L. 993, de 1975).

El contrato de subarriendo no es una cesión del mismo contrato, sino de un nuevo contrato en que el arrendatario subarrienda a un tercero denominado subarrendatario. Pero es claro que el arrendatario puede tener la facultad de ceder el arriendo si expresamente se le ha concedido, aunque condicionado a usar o gozar de la cosa en los términos pactados con el arrendatario original.

El Código de Comercio autoriza la cesión del contrato de sociedad colectiva mercantil, aunque con el acuerdo de todos los socios (art. 404.3º CCom).

Si se trata de sociedad por acciones o sociedades anónimas la posición contractual se produce por el traspaso de las acciones que son representativas de los derechos de socios (arts. 431.1 y 12 y 14 LSA). Pero aquí en realidad no estamos ante la figura de la cesión de contrato.

2. Requisitos de la cesión

753 Debe tratarse de un contrato bilateral, es decir, en que dos partes están recíprocamente obligadas una en beneficio de la otra.

En segundo lugar, debe tratarse de un contrato cuya ejecución está pendiente, de tracto sucesivo o de larga duración, y además debe haber consentimiento de la parte cedente, del tercero cesionario y de la parte cedida.

El consentimiento puede estar en el contrato original, mediante una cláusula que autoriza la cesión a una o ambas partes, o si no existe la cláusula puede pactar la cesión mediante un instrumento anexado al contrato cedido.

3. Efectos de la cesión

754 En estos casos de cesión de contrato la parte que es la cesionaria asumirá los derechos y obligaciones del contrato cedido, sin que sea necesario efectuar cesión de créditos o asunción de cada una de las deudas. Además, el cedente quedará liberado del contrato cedido.

No obstante, puede pactarse que el cedente responda por la validez del contrato o en forma subsidiaria con el cesionario.

BIBLIOGRAFÍA: DÖRR ZEGERS, Juan Carlos, "De la cesión de deudas y contratos", *Revista Chilena de Derecho* 16, 1989, pp. 13-25; RÍOS LABBÉ, Sebastián, "Algunas reflexiones sobre la cesión de contrato. Estudio de derecho comparado", en M. Tapia, M. P. Gatica y J. Verdugo (coords.), *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 309- 334; RÍOS LABBÉ, Sebastián, "Las cesiones legales de contrato. Una contribución al régimen de la cesión convencional de contrato", en F. Mantilla y C. Pizarro (coords.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al profesor Christian Larroumet,* Fundación Fernando Fueyo, 2008, pp. 169-197; RÍOS LABBÉ, Sebastián, "Reflexiones sobre el régimen de la cesión convencional de contrato", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 385-397; RÍOS LABBÉ, Sebastián, "Definiendo la cesión convencional de contrato por medio de las cesiones legales de contrato", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 483-497; RÍOS LABBÉ, Sebastián, "La cesión de contrato y su recepción por la jurisprudencia", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 263-269.

Capítulo tercero - Modificaciones objetivas no novatorias

I. MODIFICACIÓN DE MODALIDADES

1. Ampliación del plazo

755 La mera ampliación del plazo no constituye novación, aunque sí una modificación de la obligación pactada. Pero esta ampliación no puede perjudicar a terceros como el fiador o los terceros poseedores de bienes dados en prenda o hipoteca. Por ello se dispone que "La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor..." (art. 1649 CC). La extinción se produce desde que se amplía el plazo para pagar del deudor.

Se excepciona si los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas acceden expresamente a la ampliación (art. 1649 CC). Se observa que la voluntad debe ser aquí expresa.

Llama la atención que el Código no se refiera aquí a los codeudores solidarios, y sólo mencione a los fiadores, lo que contrasta con lo que se señala respecto de la reducción del plazo en el artículo siguiente (art. 1650 CC).

De allí que la mayor parte de los autores señalen que la ampliación del plazo afecta a los codeudores solidarios, y lo fundan en el supuesto mandato tácito que habría entre ellos. Pero como ya hemos visto no existe tal mandato tácito, y la única manera de justificar la responsabilidad es porque se trata de una sola obligación que si es modificada afecta a los codeudores solidarios[55].

2. Reducción del plazo

756 La mera reducción del plazo acordada entre el acreedor y el deudor no constituye novación, pero a los codeudores solidarios o subsidiarios no podrá requerírselos si no en el plazo original y no en el reducido. Así se dispone que "tampoco la mera reducción del plazo constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios sino cuando expire el plazo primitivamente estipulado" (art. 1650 CC).

Nada dice esta norma sobre los terceros garantes de cauciones reales, pero entendemos que debe seguirse la misma regla, es decir, que no pueden ser requeridos en el plazo reducido sino en el plazo original.

3. Agregación o supresión de una condición o gravamen modal

757 El Código no menciona esta modificación, pero es manifiesto que las partes pueden modificar la obligación condicional suprimiendo la condición y transformándola en pura y simple o a plazo. Lo mismo si acreedor y deudor pactan añadir una condición suspensiva o resolutoria que transforme la obligación de pura y simple a condicional. Igual cosa puede suceder con el gravamen modal, ya sea que se agregue o que se suprima.

II. MODIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN Y DEL LUGAR DE PAGO

1. Añadir o quitar una especie, género o cantidad

758 Dado que no hay una diferencia sustancial en la prestación y se trata de cambios accidentales, no se produce novación. Así, por ejemplo, si se modifica la cantidad de aceite debida de mil litros a mil quinientos litros, la prestación es esencialmente la misma, aunque la cantidad haya variado.

En tal caso, sin embargo, los terceros sólo responderán en aquello en que "ambas obligaciones convienen": "Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen" (art. 1646 CC).

[55] Véase Nº 210.

En realidad, aquí no hay una segunda obligación, sino que es una que se ha modificado por acuerdo de acreedor y deudor, por lo que no es correcto de hablar de aquello en que convienen ambas obligaciones. En el fondo es aquello en lo que conviene la obligación modificada con la originalmente pactada.

Por ello las cauciones constituidas por terceros no se extinguen y quedan subsistentes aunque limitadas a aquello en que la obligación modificada conviene con la obligación originalmente pactada. Aunque el texto de la norma hable sólo de codeudores solidarios y subsidiarios, nos parece que igual regla se aplicará a los terceros garantes de cauciones reales en bienes ajenos al deudor.

Uno de los problemas que suscita la regla es qué sucede si quita una especie, género o cantidad, y así si se disminuye la cantidad de trigo o se rebaja la tasa de interés. En tal caso, las obligaciones convienen en lo que tiene de menos la obligación modificada, ya que no podría cobrarse a los deudores solidarios o subsidiarios (o terceros garantes) la cantidad originalmente pactada, si ha sido reducida.

2. Lugar del pago

759 La mutación del lugar del pago no constituye novación, sino una modificación de la obligación, por lo que se mantiene la responsabilidad de deudores solidarios o subsidiarios y terceros garantes, pero sin nuevo gravamen. El Código Civil lo dispone de esta manera: "La simple mutación de lugar para el pago dejará subsistentes los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios, pero sin nuevo gravamen" (art. 1648 CC).

Es decir, si se muda el lugar del pago de Santiago a Iquique, los codeudores solidarios y subsidiarios y terceros garantes deberán responder sólo por los costos del pago en Santiago, y no por los costos de remesar la mercadería a Iquique.

3. Otras modificaciones

760 Si la deuda constaba en un instrumento privado y luego es constatada por escritura pública, se refuerza la obligación al darle mayor fuerza probatoria y además constituir un título ejecutivo para su cobro.

Si se agregan cauciones como la solidaridad, la fianza, la prenda o la hipoteca, se refuerza la obligación asegurándose el cobro incluso en caso de insolvencia del deudor, pero no hay novación, sino sólo modificación de la obligación original. Lo mismo si se eliminan o se reducen la solidaridad, fianza y demás cauciones reales, tampoco habrá novación, y la obligación subsistirá sin las garantías originales o con estas disminuidas.

Si la deuda es reconocida ya sea por la firma o por su existencia como gestión preparatoria de la vía ejecutiva (arts. 435 y 436 CPC), la obligación se mantiene pero resulta modificada ya que pasa a tener mérito ejecutivo.

Lo mismo sucede si por sentencia firme se tiene por establecida una obligación, esta es la misma, pero también ahora podrá ser materia de ejecución de la sentencia en el mismo juicio o en otro diferente pero ejecutivo (arts. 231 y ss. CPC).

Si la obligación se documenta a través de un título de crédito, por ejemplo, una letra de cambio o un pagaré, la ley señala que no hay novación: "El giro, aceptación o transferencia de una letra no extinguen, salvo pacto expreso, las relaciones jurídicas que les dieron origen, no producen novación" (art. 12 ley Nº 18.092, de 1982), lo cual se aplica al pagaré (art. 107 ley Nº 18.092, de 1982). Se observa que se señala que esto es salvo pacto expreso, es decir, si hay voluntad expresa se podrá afirmar que hubo novación. Es usual en las compraventas de inmuebles que el precio se sustituya por letras de cambio o pagarés, de modo que se pacta expresamente la novación y así se extingue la obligación de pagar el precio por parte del comprador, lo que puede ser útil para que los adquirentes del inmueble no queden sujetos a la condición resolutoria tácita por incumplimiento de pago del precio.

Capítulo cuarto - Transmisión de las obligaciones

I. Transmisión mortis causa

761 La sucesión por causa de muerte constituye un modo de adquisición de los créditos, lo que da lugar a un cambio de acreedor, o un modo de transmisión de las obligaciones, lo que produce un cambio de deudor.

Por cierto, la transmisión a título de herencia sólo se da respecto de créditos y obligaciones cuyos titulares son personas naturales. No procede en el caso de personas jurídicas, aunque en estos casos puede producirse por división o fusión de sociedades.

Se excluyen los derechos intransmisibles y las obligaciones intransmisibles. Por ejemplo, no se transmite el derecho real de usufructo ni tampoco son transmisibles las obligaciones propias de contratos *intuitu personae*, como el mandato (art. 2163.5º CC), la sociedad (art. 2103.1 CC) o el matrimonio (art. 42.1º y 2º LMC). Tampoco son transmisibles las obligaciones que sólo puede satisfacer una persona atendidas sus cualidades personales (como la de hacer una escultura).

Es intransmisible el derecho a pedir alimentos (art. 334 CC), pero no la obligación de darlos que sí se transmite *mortis causa*. El derecho del asignatario *mortis causa* condicional sujeto a condición suspensiva no se transmite por causa de muerte (arts. 1078 y 1492 CC). Pero si se trata de una obligación sujeta a condición que proviene de un testamento o de una donación sí es transmisible a los herederos del deudor condicional.

Se hace excepción respecto del mandato si el encargo ha de ejecutarse después de la muerte del mandante (art. 2169 CC) y de la sociedad si se pacta que la sociedad puede seguir con los socios sobrevivientes o con ellos y los herederos del socio fallecido (art. 2103.1 CC).

Si los miembros de una corporación se obligan con la corporación, la obligación no se transmite a los herederos a menos que así se declare expresamente (art. 549.3 CC).

II. Transmisión de las deudas hereditarias

762 A título universal suceden los herederos, y estos reciben el patrimonio del causante y dentro de ese patrimonio el pasivo compuesto por las obligaciones transmisibles: "El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto" (art. 951.2 CC). En lógica consecuencia, se dispone que los herederos, con cualquier nombre con que se los llame, "representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" (art. 1097.1 CC).

Las deudas hereditarias, si existe un único heredero, se transmiten todas a ese heredero. Pero si son más herederos se dividirán conforme a las cuotas en la herencia: "Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Así el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias" (art. 1354.1 y 2 CC). De esta manera las deudas se dividen automáticamente al morir el causante y no es necesario esperar a la partición para que los acreedores puedan demandar el cobro de ellas. Por cierto, si se cede el derecho real de herencia el cesionario deberá hacerse cargo del pago de las deudas impagas, aunque esto puede ser modificado por las estipulaciones entre cedente y cesionario (art. 1910 CC).

El testador puede hacer una división distinta de las deudas hereditarias y también los mismos herederos pueden convenir en la partición o en otro convenio que las deudas se dividan de otra manera. En tal caso, los acreedores pueden sujetarse a la distribución legal u optar por la testamentaria o la convencional (arts. 1340 y 1358 CC). Concuerda con estas normas la que prevé que por testamento, convención entre los herederos o acto de partición se impone a uno de los herederos el pago del total de la deuda (art. 1526.4º CC); nuevamente el acreedor puede optar entre cobrar el total al heredero designado o a cada heredero su cuota en la deuda.

También puede encargar el pago de las deudas al albacea, y en tal caso debe pagarlas con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente (art. 1288 CC). Si el albacea encargado de pagar las deudas estuviera en mora, los acreedores podrán demandar a los herederos (art. 1289 CC). Pero cualquiera sea la modalidad del albacea "será éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas" (art. 1280 CC). Si no hay herederos que hayan aceptado ni albacea con tenencia de bienes que hubiere aceptado el cargo, los acreedores podrán solicitar al juez la declaración de herencia yacente y el nombramiento de un curador de bienes (art. 1240 CC).

En todo caso, el o los herederos pueden limitar su responsabilidad por las deudas a través del beneficio de inventario (arts. 1247 y ss. CC), de modo que "el heredero beneficiario no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda" (art. 1354.3 CC).

Se discute si este beneficio separa los patrimonios, de modo que los acreedores del causante sólo pueden embargar bienes del patrimonio hereditario, o si sólo es una limitación por el valor, con lo que los acreedores pueden embargar bienes personales del heredero pero sin superar el valor del activo de la sucesión. Pareciera que es sólo sobre el valor, pero hay preceptos que parecen indicar lo contrario. En materia de deudas, se señala que "el heredero beneficiario no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda" (art. 1354.3 CC). No obstante, se dispone que no se produce la confusión (art. 1259 CC) y que el heredero beneficiario que paga con bienes propios deudas del causante se beneficia de un pago con subrogación (art. 1610.4º CC), y se señala que pueden abandonarse en manos de los acreedores los bienes de la herencia (art. 1261 CC).

Los legatarios tienen una responsabilidad subsidiaria en el pago de las deudas y también limitada al valor de sus legados (art. 1374 CC) y si tienen causa onerosa se descuenta lo que se haya invertido en satisfacer la carga (art. 1367 CC).

Si el heredero recibe un inmueble gravado con hipoteca, el acreedor puede dirigirse en su contra por el total de la deuda en la medida en que ejerza la acción hipotecaria, sin perjuicio de que este heredero pueda subrogarse en los derechos del acreedor hipotecario aunque limitada a la cuota que corresponde a cada uno de los coherederos: "Si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria [sic] contra cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda" (art. 1365.1 CC). El Código habla de varios inmuebles pero lo cierto es que la norma se aplicará también a un solo inmueble hipotecado si consta que el testador no quiso imponer esa deuda a ese heredero. Se agrega que "aun cuando el acreedor haya subrogado al dueño del inmueble en sus acciones contra sus coherederos, no será cada uno de éstos responsable sino de la parte que le quepa en la deuda" (art. 1365.2 CC). En tal caso, "la porción del insolvente se repartirá entre todos los herederos a prorrata" (art. 1365.3 CC).

Nos parece que lo mismo debe suceder si se asigna a un heredero una cosa gravada con prenda, dada la indivisibilidad de la acción prendaria (art. 1526.1º CC).

Si se lega una cosa gravada con prenda o hipoteca pero sin que se asigne a ese legatario el pago de la deuda procede también un pago con subrogación: "El legatario que en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada ha pagado una deuda hereditaria con que el testador no haya expresamente querido gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos" (art. 1366.1 CC), por lo que podrá demandar a los herederos en conformidad a sus cuotas en la herencia. Hay aquí un caso de pago con subrogación legal.

Pero si la hipoteca o prenda ha sido accesoria a la obligación de otra persona que el testador mismo, "el legatario no tendrá acción contra los herederos" (art. 1366.2 CC). En tal caso, el legatario que ha pagado se subrogará para ir contra el deudor de la obligación principal.

Se regula también el legado en pago de una deuda: "Lo que se lega a un acreedor no se entenderá que es a cuenta de su crédito, si no se expresa, o si por las circunstancias no apareciere claramente que la intención del testador es pagar la deuda con el legado" (art. 1131.1). Si se expresa o aparece, "se deberá reconocer la deuda en los términos que lo haya hecho el testador, o en que se justifique haberse contraído la obligación; y el acreedor podrá a su arbitrio exigir el pago en los términos a que estaba obligado el deudor o en los que expresa el testamento" (art. 1131.2 CC).

III. Asignación de las deudas testamentarias

763 Las deudas testamentarias son aquellas que surgen del mismo testamento, es decir, los legados que el testador puede imponer a un heredero o a un legatario, dando origen al sublegado (art. 1364 CC), o dejar sin asignar y en tal caso será de competencia del albacea o de todos los herederos que hayan aceptado la herencia a prorrata de sus cuotas en la herencia (arts. 1097.2, 1290, 1271 y 1360 CC).

Los legados se pagan una vez cubiertas las deudas de la herencia, aunque es posible pagarlos antes si la herencia no aparece como excesivamente gravada y los legatarios rinden caución de cubrir lo que les quepa en cubrir esas deudas. Se les exime de rendir esta caución si la herencia está manifiestamente exenta de cargas que pueda comprometer a los legatarios (art. 1374 CC).

Si no hay suficiente para el pago de los legados, estos se reducen a prorrata (art. 1376 CC).

IV. Transmisión de los créditos

764 La transmisión de los créditos importa una modificación del sujeto activo de la relación obligacional, es decir, del acreedor. En principio, y dado el principio de que los herederos representan al causante en todos sus derechos transmisibles: "El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto" (art. 951.2 CC).

De esta manera, si el causante tiene un solo heredero todos los créditos transmisibles le pertenecerán, y si son más de dos herederos cada crédito se dividirá según las cuotas de los herederos en la herencia. Se discute si la división debe esperar la partición o si los herederos pueden accionar por su cuota en el crédito sin necesidad de esperar la partición.

Es posible también que un crédito sea legado a un sucesor a título singular. El Código lo admite expresamente: "Pueden legarse no sólo las cosas corporales, sino los derechos y acciones" y se agrega que "Por el hecho de legarse el título de un

crédito, se entenderá que se lega el crédito". El legado de un crédito comprende los intereses devengados (art. 1127.1,2 y 3 CC). Pero aquí se establece una forma de revocación tácita del legado: "no subsiste sino en la parte del crédito o de los intereses que no hubiere recibido el testador" (art. 1127.3 CC).

Se pone el Código en el caso en que se legue un derecho de prenda en cosa mueble: "Si la cosa que fue empeñada al testador, se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda, sino el derecho de prenda; a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda" (art. 1128 CC). Si el propósito fue extinguir la deuda, habrá un legado de condonación.

SÉPTIMA PARTE - LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

BIBLIOGRAFÍA GENERAL: CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Edit. Jurídica de Chile, reimp., Santiago, 1992, t. XII, pp. 470-574; VODANOVIC H., Antonio, *Tratado de las obligaciones. Volumen del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, de la protección de los derechos del acreedor, de la insolvencia y las formas de pago de los deudores insolventes. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.,* Ediciones Jurídicas de Santiago, 3ª edic., Santiago, 2016, 141-164; *Tratado de las obligaciones. Volumen de la modificación y extinción de las obligaciones*. *Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U.,* Ediciones Jurídicas de Santiago, 3ª edic., Santiago, 2016; pp. 103-226; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, Thomson Reuters, 6ª edic., Santiago, 2014, t. II, pp. 849-875 y 1359-1471; MEZA BARROS, Ramón, *De las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª edic., 1997, pp. 321-485; VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Santiago, 2003, pp. 271-346; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Teoría general de las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2002, pp. 316-457; RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 331-474; TRONCOSO LARRONDE, Hernán, *De las obligaciones*, Thomson Reuters, 7ª edic., Santiago, 2011, pp. 235-315; BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno III. De la teoría de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 145-207; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Extinción convencional de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, vol. 1 y *Extinción no convencional de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, vol. 2.

Capítulo primero - Nociones generales

I. CONCEPTO Y ENUMERACIÓN

765 Puede señalarse que los modos de extinción de las obligaciones son los hechos o actos jurídicos por los cuales la obligación deja de tener efectos jurídicos.

Así lo regula el título XIV del libro IV del Código Civil que se denomina "De los modos de extinguirse las obligaciones, y primeramente de la solución o pago efectivo".

El art. 1567 contiene una enumeración de estos modos de extinción, partiendo por el mutuo disenso o resciliación. Su texto señala: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula.

Las obligaciones se extinguen además en todo o parte:

1º. Por la solución o pago efectivo;

2º. Por la novación;

3º. Por la transacción;

4º. Por la remisión;

5º. Por la compensación;

6º. Por la confusión;

7º. Por la pérdida de la cosa que se debe;

8º. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;

9º. Por el evento de la condición resolutoria;

10º. Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este Libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales".

Aquí ya hemos estudiado el pago y la dación en pago como modalidad del pago efectivo[56] y de la condición resolutoria en materia de obligaciones condicionales[57]. La nulidad o rescisión se estudió cuando vimos la teoría del acto o negocio jurídico[58]. La transacción se estudiará en materia de Contratos.

El listado no es completo, ya que falta el plazo extintivo, la muerte del deudor o del acreedor para obligaciones o créditos intransmisibles, la revocación de ciertos contratos como el mandato y la Resolución de Término del Proceso de Liquidación Concursal (art. 255 LRLEP). Tampoco se regula la dación en pago, aunque ya la hemos estudiado[59].

[56] Véase Nº 273 y ss.

[57] Véase Nº 127 y ss.

[58] Véase *Curso. Parte General*, pp. 681 y ss.

[59] Véase Nº 378 y ss.

La pérdida de la cosa que se debe es un modo de extinción que se aplica únicamente a las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, pero que la doctrina ha extendido a otras obligaciones hablando de la imposibilidad absoluta derivada de caso fortuito de cumplir la obligación.

II. Clasificación

766 Los modos de extinción pueden clasificarse en *pago efectivo* y *otros modos de extinción*. El pago efectivo más que extinción es el cumplimiento de la prestación por parte del deudor que satisface plenamente el interés del acreedor. Por lo tanto, la extinción proviene o es un efecto del cumplimiento. Por ello el Código define el pago como la prestación de lo que se debe (art. 1568 CC).

También se habla de *modos de extinción onerosa y modos de extinción no onerosa*, o de modos en los que de alguna manera se satisface el interés del acreedor y otros en los que no se satisface dicho interés de ninguna forma. También se habla de modos equivalente al pago o modos no equivalentes al pago. Los modos equivalentes al pago son la dación en pago, la novación, la compensación, la confusión, la transacción, mientras que no son modos que satisfagan el interés del acreedor o no son onerosos: la remisión, la prescripción o la pérdida de la cosa debida.

Por otra parte se distingue en *modos que actúan directamente sobre la obligación y otros que afectan a la fuente de la obligación*. La mayoría de los modos extinguen directamente la obligación: pago, dación en pago, remisión, confusión, compensación, novación, etc. Pero la nulidad, la condición resolutoria y el mutuo disenso pueden afectar al acto que contiene la obligación, es decir, su fuente.

Los modos pueden clasificarse en *aquellos que provienen de actos o convenciones y los que son producto de hechos jurídicos*. El pago, el mutuo disenso, la dación en pago, la novación, la transacción, la remisión, etc. son actos jurídicos bilaterales o convenciones. En cambio, son hechos jurídicos los modos que operan por el solo ministerio de la ley como la compensación legal, la prescripción o la pérdida fortuita de la cosa debida, sin perjuicio de que el deudor deba alegarlas en el juicio respectivo.

III. Efectos

767 En muchos modos se extingue la obligación, ya sea de manera total o parcial. Pero si se trata de pago con subrogación, la obligación subsiste pero cambiando el acreedor. El pago por consignación tiene sus propios efectos y nos remitimos al lugar donde lo estudiamos[60].

Por otro lado, si se paga o se extingue por un modo de extinción onerosa una obligación solidaria pasiva, se producen los efectos de la subrogación o reembolso derivados de las relaciones internas o contribución a la deuda entre los codeudores

[60] Véase Nº 314 y ss.

solidarios (arts. 1522 CC). Esto también sucede cuando se paga a un acreedor en la solidaridad activa (cfr. art. 1668.2 CC).

Si se paga una obligación indivisible, ya sea del art. 1526 o de los arts. 1527 y ss., el deudor que ha pagado puede pedir reembolso al resto de los codeudores (arts. 1530 y 1532 CC).

Ya hemos estudiado cómo se aplican estos modos: la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa debida a estas obligaciones con pluralidad de sujetos[61].

La obligación, una vez que se ha extinguido, no puede renacer. Pero si el modo extintivo se declara nulo (por ejemplo la convención de resciliación o mutuo disenso), el efecto retroactivo de la nulidad permitirá que la obligación se tenga por no extinguida.

Si se trata de novación de obligaciones naturales y se declara la nulidad del contrato novatorio, revive la obligación como natural.

Al extinguirse la obligación principal, se extinguen también las obligaciones accesorias, como las derivadas de los contratos de fianza, prenda o hipoteca. Lo propio sucede con el contrato penal (cláusula penal).

Capítulo segundo - Mutuo disenso y voluntad unilateral

I. MUTUO DISENSO

1. Concepto y fundamento

768 El fundamento de esta forma de extinción es el principio de la autonomía privada, ya que si acreedor y deudor de una obligación deciden extinguirla de común acuerdo, no hay razones para oponerse a ello.

De esta manera el encabezamiento del artículo que enumera los modos de extinción de las obligaciones comienza con la frase: "Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula" (art. 1567.1 CC).

Si se trata de obligaciones derivadas de contrato, puede aplicarse la regla del art. 1545: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

En ambos casos se alude a la nulidad, pero esta es una forma de mencionar la extinción de la obligación o del contrato, no del todo correcta dogmáticamente.

[61] Véase N° 199 y ss.

Podemos formular un concepto de este modo de extinción señalando que es una convención por la cual las partes de una obligación o de un contrato ponen término a la obligación o al contrato que las liga.

Las denominaciones son variadas: se habla de mutuo consentimiento, de mutuo disenso o, siguiendo a la doctrina francesa, de resciliación. Aunque el Código Civil francés usa el término "*résilation*" en general para la voluntad unilateral.

Este modo de extinción se aplica a todo tipo de obligaciones, pero si se trata de la obligación de reparar el daño causado por un hecho ilícito o de una obligación derivada de un cuasicontrato, la convención no será propiamente mutuo disenso sino que se identificará con la remisión o condonación del crédito. Las obligaciones de fuente legal muchas veces son de orden público y no pueden extinguirse por la mera voluntad de las partes (por ejemplo, si se trata de la obligación de dar alimentos legales).

Lo más frecuente es que la resciliación opere para extinguir obligaciones derivadas de contratos, sobre todo si se trata de contratos de tracto sucesivo o de larga duración, en los que las partes pueden ponerle término de manera anticipada si ambas consienten en su extinción. No procede en contratos como el matrimonio ya que para ponerle término debe tramitarse un proceso judicial de divorcio (arts. 53 y ss. LMC).

2. Requisitos

769 En primer lugar, las partes deben *ser capaces de disponer libremente de lo suyo*, como lo precisa el art. 1567; en realidad, deben ser capaces de ejercicio o si son incapaces deben obrar con la autorización o representación de sus tutores o curadores o de los padres que ejercen la patria potestad.

En un segundo lugar, *las partes, acreedor y deudor, deben acordar que la obligación que existe entre ellas debe extinguirse*. Si hay pluralidad de acreedores o de deudores todos los acreedores y todos los deudores deben consentir. Si el contrato contiene varias partes, todas ellas deben también acordar su terminación.

Para que opere este modo de extinción, *la obligación no debe estar extinguida por otros modos*, como el pago, la novación, la remisión, etc. Es decir, debe tratarse de una obligación pendiente de ejecución y plenamente vigente. Si se trata de obligaciones sujetas a modalidad, incluidas las condicionales sujetas a condición suspensiva, la resciliación las dejará sin efecto, aunque la condición no se haya cumplido.

No se exige ninguna solemnidad para este pacto, pero será necesario que conste por escrito si la obligación que se va a dejar sin efectos vale más de dos unidades tributarias mensuales. Si no consta por escrito no podrá probarse por testigos (arts. 1708 y ss. CC).

3. Efectos

770 El principal efecto del mutuo disenso o resciliación es la extinción de la obligación o del contrato ya sea en su totalidad o en alguna de sus partes.

Al extinguir totalmente la obligación se extinguen también sus garantías y accesorios. Si se extingue parcialmente, dada la indivisibilidad de la prenda o hipoteca, estas subsistirán pero sólo para garantizar el saldo que ha quedado sin extinguir.

Se discute si este modo de extinción opera con efecto retroactivo o no. La referencia a la nulidad pareciera dar a entender que habría eficacia retroactiva, pero la mayoría de la doctrina nacional señala que los efectos operan no retroactivamente sino únicamente para el futuro (*ex nunc*). Dado lo anterior, es posible que queden efectos que es necesario liquidar u ordenar, por ejemplo, si se pone término a un arrendamiento, será necesario devolver la cosa, pagar indemnizaciones por su eventual deterioro, devolver rentas que se hubieren anticipado, etc.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: NAUDON DELL'ORO, María José, "La resciliación en los contratos cumplidos", en *Revista Chilena de Derecho* 25, 1998, 4, pp. 897-913; ÁLVAREZ CID, Carlos, "Lo que abunda sí hace daño: la aplicación de la renuncia, la donación y la transacción en una cláusula de estilo", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 231-232, 2012, pp. 81-90.

II. VOLUNTAD UNILATERAL

1. Carácter excepcional

771 Nuestro Código Civil recoge en algunas ocasiones la posibilidad de poner término a un contrato por la voluntad unilateral de una de las partes, pero le da diversos nombres: desistimiento, desahucio, revocación, renuncia, etc.

En varios artículos se habla del derecho de una de las partes a desistir el contrato; para la compraventa (arts. 1814.2, 1822, 1826, 1832 CC) y para el arrendamiento de cosa (arts. 1925 y 1926 CC). Para el mandato, se dispone que si el mandante no cumple con sus obligaciones ello autoriza al mandatario para desistir el encargo (art. 2159 CC). Es también lo que sucede con las arras de arrepentimiento en la compraventa y en el arrendamiento (arts. 1803, 1804 y 1921 CC).

Si las partes no han fijado tiempo para el arrendamiento o si este no se desprende del servicio al que se destina la cosa o la costumbre, ninguna de las dos partes podrá hacerlo cesar sino desahuciando a la otra, esto es, noticiándoselo anticipadamente (arts. 1951, 1976 y 1985 CC). Lo mismo sucede en el contrato de prestación de servicios inmateriales, aunque no se hubiere pactado (art. 2009 CC).

También procede la voluntad unilateral para extinguir el contrato de mandato. Se habla así de la facultad de revocación del mandato por parte del mandante (art. 2163.2º CC) y de la renuncia del mandatario (art. 2163.3º CC). Se dispone que el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio (art. 2165 CC) y que la renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados (art. 2167.1 CC).

El contrato de sociedad expira igualmente por la renuncia de uno de los socios (art. 2108.1 CC), pero esto se limita si la sociedad se ha contratado por tiempo fijo o para un negocio de duración limitada, en que la renuncia sólo procede si se hubiere contemplado en el contrato de sociedad o hubiere grave motivo (art. 2108.2 CC). En todo caso, no vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente (art. 2110 CC).

La ley de protección de los derechos del consumidor permite que en ciertos casos el consumidor pueda poner término unilateral al contrato, por ejemplo, tratándose de reuniones convocadas o concertadas por el proveedor, en contratos celebrados por medios electrónicos o en compras presenciales en las que el consumidor no tuvo acceso directo al bien, o en contratos de matrícula en instituciones de educación superior siempre que se ejerza en el plazo de diez días desde que se publiquen los resultados de las postulaciones a las universidades del Consejo de Rectores (arts. 3 bis y 3 ter LPDC).

2. Extensión de esta extinción contractual

772 Por cierto, la extensión puede provenir de un pacto entre las partes, por el que se permite a una de ellas o a ambas que dejen sin efecto el contrato entre ellas, ya sea por una causal o simplemente por su voluntad[62].

No obstante, también se podría extender a contratos sin plazo de término o con plazos muy extensos (99 años, 120 años, etc.), en la medida de que opere la confianza entre las partes, es decir, que sea una relación *intuitu personae.*

3. Requisitos para la terminación unilateral

773 Primero debe haber un caso legal o contractual que faculte a una de las partes a poner término a la relación obligatoria, o, si no, puede aplicarse con restricciones la extensión señalada en el plazo anterior.

El ejercicio debe, en general, hacerse mediante un aviso escrito ya que se trata de un acto recepticio. Dado que sólo se exige buena fe para la renuncia a la sociedad, no parece en que los demás casos deba requerirse. Sí es posible aplicar la teoría del abuso del derecho, salvo en el caso de la revocación por parte del mandante de su mandato, ya que el Código señala que puede hacerlo a su arbitrio

[62] Véase Nº 768 y ss.

(art. 2165 CC). También habrá deberes de liquidación entre las partes para cerrar el negocio, ya sea pagando saldos atrasados, restituyendo cosas o materiales, etc.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CAPRILE BIERMANN, Bruno, "El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 271-296; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, "El retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 3, 2006, pp. 131-158; KUNCAR ONETO, Andrés, "Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato", en Departamento de Derecho Privado U. de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, pp. 553-567; BÉCAR LABRAÑA, Emilio José, "El desistimiento como un régimen de resolución extrajudicial del contrato: propuesta de la doctrina colombiana y su discusión para el derecho privado chileno", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de la Santísima Concepción) 27, 2013, pp. 41-63.

Capítulo tercero - Remisión, confusión y compensación

I. REMISIÓN O CONDONACIÓN

1. Concepto, clases y requisitos

774 Los autores nacionales, a falta de un concepto normativo, señalan que la remisión o condonación es el perdón de la deuda por parte del acreedor que envuelve la renuncia a reclamarlo. Si fuera así, sería un acto unilateral recepticio, que no requeriría el consentimiento del deudor.

Pero como el Código asimila las remisiones que proceden de mera liberalidad a la donación (art. 1653 CC) pareciera que estuviéramos ante una convención o contrato, que requiere la aceptación del deudor remitido e incluso la notificación de su voluntad de aceptación para que ella quede irrevocable (arts. 1411 y 1412 CC). Y es lógico que sea así, ya que no es posible que alguien adquiera derechos o beneficios sin su voluntad a lo menos tácita.

Por eso, puede conceptualizarse la remisión como un modo de extinguir las obligaciones por el cual el acreedor renuncia a exigir su crédito, y el deudor lo acepta a lo menos tácitamente.

Las *clases de remisión* pueden ser expresa o tácita, total o parcial, voluntaria o forzada y gratuita u onerosa. La remisión onerosa puede ser lucrativa o no lucrativa, según si constituye una atribución de cosas de valor económico que incrementan el patrimonio del deudor y que disminuye el patrimonio del acreedor.

La *remisión forzada* es aquella que puede ser impuesta por las mayorías que aprueban un Acuerdo de Reorganización Judicial (art. 93 LRLEP) o de un Acuerdo de Reorganización Extrajudicial o Simplificado (art. 106 LRLEP). Aquí, si se

aprueban por las mayorías exigidas legalmente, se impone la remisión a todos los acreedores.

Entre los *requisitos* de la remisión, tenemos, en primer lugar, la *capacidad del acreedor* remitente: "La remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella" (art. 1652 CC). Es bastante lógico aunque la norma debiera decir que el acreedor debe ser hábil para disponer del crédito que se condona, y no de la cosa objeto de la deuda.

Enseguida, es necesaria la *voluntad del deudor remitido* que acepte la remisión. De esta manera, la remisión no es un acto unilateral sino bilateral que se perfecciona por el acuerdo entre acreedor y deudor. Por cierto, tanto la voluntad del acreedor como la del deudor pueden manifestarse de manera tácita, y tratándose del deudor esto será lo normal. Pero si se equipara a donación, se debe aplicar la norma que exige notificar la aceptación para que el donante no pueda revocarla (art. 1412 CC).

Al no haber exigencia de solemidades, la remisión es un acto jurídico consensual. Pero aquellas remisiones que se equiparan a las donaciones deben cumplir con las solemnidades propias de éstas, y sobre todo la de insinuación si superan los dos centavos (art. 1401.1 CC). Esta falta de actualización resulta absurda, ya que, salvo disposición legal especial, toda remisión debe ser insinuada.

Si se trata de remisión de una deuda inmueble deberá constar de escritura pública (art. 1400.2 CC).

Por cierto, el legado de condonación debe cumplir con las solemnidades del testamento (arts. 1129 y 1130 CC).

2. La remisión donatoria

775 La *remisión gratuita* es aquella que procede de mera liberalidad y que no constituye más que un acto de benevolencia por parte del acreedor.

Pero existen también las *remisiones onerosas*, en que el acreedor remite un crédito pero buscando alguna ventaja pecuniaria para él, aunque en realidad no se trata de actos jurídicos onerosos (cfr. art. 1440 CC).

Es lo que sucede, por ejemplo, en las remisiones incluidas en contratos de transacción, aunque se señala que "no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa" (art. 2446.2 CC), pero hemos de entender que el derecho de crédito sí estaba disputado o que el crédito se condona como parte de las concesiones recíprocas que permiten llegar a una transacción que ponga fin a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Se sostiene igualmente que una remisión se haga contra el compromiso del deudor de hacer un servicio personal al acreedor, o a su vez de condonar un crédito que tenía contra el acreedor serían remisiones onerosas, pero esto no es así. Aquí hay una remisión gratuita, y el nacimiento de otra obligación o dos remisiones pero que no están conectadas entre sí. Lo que sí puede haber es un interés del acreedor más allá del

beneficiar al deudor, como si se le condona una deuda menor para posibilitarle cumplir una mayor, o si se acuerda condonar deudas para posibilitar un Acuerdo de Reorganización Judicial o un Acuerdo de Reorganización Extrajudicial o Simplificado. Estas serían remisiones no gratuitas pero tampoco onerosas.

Ahora bien, las remisiones gratuitas y lucrativas son asimiladas por el Código a las donaciones: "La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita" (art. 1653 CC). Se ratifica esta equiparación en otras normas como cuando se dispone que "hace donación el que remite una deuda" (art. 1397 CC) o que "la remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación" (art. 403 CC), y que hay donación "en la remisión [...] del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o a censo" (1395.3 CC), y que se exige escritura pública para remitir una deuda inmueble: "Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes" (art. 1400.2 CC).

Para que pueda hacerse esta equiparación la deuda debe ser de una obligación de dar ya sea un bien mueble o inmueble. Si se trata de una obligación de hacer o de no hacer no se producirá esta equiparación.

Siendo la remisión que procede de mera liberalidad una donación, deberá estarse a todos los requisitos de esta en materia de consentimiento, capacidad, solemnidades y efectos. Así si la deuda condonada es superior a dos centavos, deberá insinuarse (arts. 1653 y 1401 CC) y si la deuda es de dar un inmueble debe constar por escritura pública (art. 1400.2 CC). No debe confundirse la remisión onerosa con la remisión donatoria con carga onerosa (arts. 1404, 1405, 1420, 1421 y 1423 CC).

Las remisiones pueden ser objeto de la acción de inoficiosa en caso de lesión de las asignaciones forzosas (arts. 1425 y 1187 CC), y están sujetas a perder efectos en caso de resolución por ingratitud (arts. 1428 y ss. CC). No parece que sea viable que una remisión constituya una donación remuneratoria, pero no sería imposible siempre que conste en escritura pública o privada que la condonación se hace en pago de ciertos servicios (art. 1433 CC).

Las remisiones gratuitas no lucrativas (por ejemplo, de una obligación de hacer o la que exonera al comodatario de restituir la cosa al comodante) o que son onerosas, no se rigen por las reglas de la donación, y por tanto serán consensuales, sin perjuicio de que deban constar por escrito privado si la cosa es de más de dos unidades tributarias mensuales (arts. 1708 y ss. CC). No están sujetas a insinuación ni a escritura pública.

3. Casos de remisión tácita

776 El Código reconoce tres casos en los que se entiende, salvo prueba en contrario, que el acreedor ha querido remitir la deuda:

1º) Si el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación con ánimo de extinguir la deuda.

2º) Si el acreedor destruye el título de la obligación con ánimo de extinguir la deuda.

3º) Si el acreedor cancela el título de la obligación con ánimo de extinguir la deuda (art. 1654.1 CC). La cancelación es la escritura que hace el acreedor poniendo la palabra cancelado (es decir, pagado) o tachando el escrito.

Debemos entender por título de la obligación el documento en el que consta, ya sea público o privado. Si se trata de escritura pública, es obvio que lo que se entregará, destruirá o cancelará será una copia de dicha escritura. Si se trata de títulos de crédito, como letras o pagarés, bastará con que se entregue, destruya o cancele el documento en el que consta la deuda.

Sobre si es necesaria la aceptación del deudor, nos parece que en todos estos casos lo que existe, siguiendo a Guzmán Brito[63], es una oferta de remisión que puede ser aceptada expresa o tácitamente por el deudor. Evidentemente si el deudor alega la remisión ante la demanda del acreedor es porque la habrá aceptado. Lo mismo si el deudor declara aceptarla. No pareciera que por el hecho de cobrar el crédito, el acreedor estuviera revocando su oferta de remisión, por lo que igualmente el deudor podrá alegar la remisión.

Es curioso que se exija "ánimo de extinguir la deuda", si luego este se presume de la sola conducta: "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" (art. 1654.1 CC).

Pero se aclara que la remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda (art. 1654.2 CC), lo que debe extenderse a todas las garantías, como si se remite la obligación del fiador. No obstante, el mismo Código señala que hay donación si se exonera de sus obligaciones al fiador, o se remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor (art. 1397 CC), lo que induce a pensar que si el deudor está insolvente, al remitirse la garantía se remite también la obligación garantizada.

4. La remisión en las obligaciones de restituir

777 Cuando se trata de una obligación de restituir, por ejemplo, de un comodatario o de un arrendatario, la remisión puede ser considerada un título traslaticio de dominio, de modo que la misma remisión debe fungir como tradición en cuanto modo de adquirir el dominio, tratándose de bienes muebles (art. 684.5º CC). Si se trata de restituir un inmueble la remisión deberá constar por escritura pública para

[63] GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La remisión de deudas en el Derecho Civil", en *Revista de Derecho* (U. Católica de Valparaíso), XIII, pp. 75-76.

que se inscriba a nombre del deudor en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

Algo similar ocurriría si el vendedor de un inmueble del que es dueño fuera remitido por el comprador de esa obligación de entrega. Aquí sin duda la remisión funciona como donación, por lo que la remisión deberá constar en escritura pública para que conste el nuevo título a nombre del vendedor en el Registro inmobiliario.

Si el acreedor no era dueño de la cosa, la remisión podrá considerarse un título posesorio que habilitará para adquirir la cosa por prescripción; en general, extraordinaria ya que se tratará de un título injusto (es un título nulo por no tener la facultad de disponer el acreedor de la cosa que constituye el objeto de la deuda: art. 704.3º CC).

5. Efectos de la remisión

778 La remisión o condonación extingue total o parcialmente la obligación, pero si es onerosa, el acreedor puede obtener una contraprestación, por ejemplo, un servicio gratuito del deudor.

La remisión al extinguir la obligación principal extingue todos sus accesorios, entre ellos los privilegios y las garantías.

Tratándose de la remisión a un deudor solidario, el acreedor puede perseguir el total de la deuda respecto de sus codeudores pero con descuento de la parte remitida (art. 1518 CC). Por cierto, la remisión puede extinguir la totalidad de la deuda solidaria.

Si se paga la deuda remitida se podrá luego repetir como no debida.

6. Prueba de la remisión

779 Se señala que la remisión haría excepción a dos normas sobre la carga de la prueba: primero, al art. 1698 inc. 1º y, segundo, a la no presunción de donación del art. 1393 del Código Civil. Pero en ambos casos el razonamiento es equivocado. Respecto del art. 1698 es el deudor quien tiene la carga de la prueba de la extinción de la obligación, aunque esta le resulta facilitada por los casos de remisión tácita del art. 1654. Tampoco puede decirse que en estos casos se presume la donación, ya que lo que hay es una expresión tácita de voluntad de remitir.

Ahora bien, si se trata de una remisión donatoria y no se ha cumplido con la insinuación, el acreedor podría alegar su nulidad que, siendo de pleno derecho, debería ser declarada sin más por el juez.

7. El pacto de no pedir más

780 Muy relacionado con la remisión está el pacto de no pedir más, o *pactum de non petendo*. En estos casos, el acreedor conviene con el deudor no la remisión de la deuda, sino que la obligación de no exigir su pago. Debe tratarse de un convenio indefinido, ya que si es plazo en realidad lo que se está haciendo es modificar el

plazo de cumplimiento de la obligación. En sustancia, el acreedor renuncia a la acción de cobro y de otros medios de tutela, pero la obligación no se extingue y queda a la prudencia del deudor el pagarla o no.

Por cierto esta figura está bajo el amparo del principio de la autonomía privada (art. 1545 CC) y es muy útil en los casos de cuentas del mandatario, finiquitos por término de la relación laboral u otras formas de liquidación de contratos de tracto sucesivo.

En el Código Civil aparece mencionado en dos artículos: el art. 1465 y el art. 2468 inc. 2º. El que lo recibe con más precisión es el primero que dispone que "El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente" (art. 1465 CC). La norma señala que si hay obligaciones pendientes ellas no pueden exigirse a menos que surjan de conductas dolosas pasadas que no hayan sido condonadas expresamente.

Respecto de la llamada acción pauliana se señala que puede pedirse la rescisión de "las remisiones y pactos de liberación a título gratuito", siempre que se pruebe la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores (art. 2468.2º CC). Aquí se observa que el Código distingue entre remisión y pacto de liberación a título gratuito.

La utilidad de estos pactos es que, a diferencia de la remisión lucrativa y gratuita, no deben someterse a las formalidades de la donación.

BIBLIOGRAFÍA: GUZMÁN BRITO, Alejandro, "La remisión de deudas en el Derecho Civil", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso), 13, 1989-1990, pp. 51-104.

II. LA CONFUSIÓN

1. Concepto y caracteres

781 La confusión puede producir la extinción de derechos reales (aunque aquí recibe el nombre de consolidación) o de derechos personales.

Así, por ejemplo, se extingue el derecho real de usufructo si recae en la misma persona la nuda propiedad y el usufructo (art. 806.4 CC), o si los predios dominante y sirviente de una servidumbre pasan a ser del mismo dueño (art. 885.3º CC), o si la cosa dada en prenda pasa a ser propiedad del acreedor (art. 2406.2 CC), lo que cabe aplicar a la hipoteca. El fideicomiso también se extingue si se confunde la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario (art. 763.3º CC).

Pero nos corresponde aquí estudiar la confusión como modo de extinción de las obligaciones o créditos. Para conceptualizar la confusión puede decirse que es la concurrencia sobreviniente de las calidades de acreedor y de deudor de una misma obligación, lo que deriva en la extinción de la misma. Así la define el Código Civil: "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" (art. 1665 CC).

Los caracteres de la confusión obligacional son los siguientes:

1º) Se trata de un modo de extinción de la obligación, ya sea total o parcial.

2º) Es un modo equivalente al pago, así lo señala el mismo Código: "produce iguales efectos que el pago"; porque aunque como acreedor no recibe la prestación, en tanto deudor se evita la pérdida patrimonial que implica el pago.

3º) Opera de pleno derecho: así lo señala el Código: "se verifica de derecho una confusión": basta que en una persona se reúnan las calidades de acreedor y deudor para que se produzca la extinción de la obligación.

4º) Opera en todo tipo de obligaciones: de dar, hacer o no hacer.

2. Causas y requisitos

782 La confusión puede producirse por acto entre vivos o por causa de muerte. La confusión por acto entre vivos puede tener lugar, por ejemplo, cuando el acreedor cede su crédito al deudor; o cuando el acreedor asume la deuda. En ambos casos se identifican acreedor y deudor en una misma obligación. También puede producirse la confusión si se cede un derecho real de herencia en el que va incluido el crédito contra el deudor siendo éste el cesionario, o si el crédito está en litigio y se produce una cesión de derechos litigiosos y el demandante, una vez vencido en el juicio, ejerce la facultad de retracto pagando al cesionario el precio de la cesión.

Pero los casos más frecuentes son aquellos que se producen por transmisión derivada de una sucesión por causa de muerte. Así, por ejemplo, si el deudor es único heredero del acreedor, o si el acreedor al testar lega el crédito al deudor. También puede producirse al revés: si el acreedor es heredero único del deudor o si el deudor en su testamento le asigna el pago de la deuda como heredero o legatario al acreedor. Si el acreedor es sucedido por varios herederos y sólo uno es su deudor, se producirá la confusión pero sólo en la cuota del heredero deudor. También es posible, pero menos probable, que un tercero suceda tanto al acreedor como al deudor y que por ello se reúnan las calidades de sujeto activo y pasivo de la misma obligación. Todo esto en la medida en que estas asignaciones sean aceptadas y no repudiadas.

Los requisitos para que opere la confusión son:

1º *Concurrencia sobreviniente* de calidades de deudor y acreedor: obviamente, no puede darse esa concurrencia al inicio porque entonces no habrá obligación.

2º Operatividad de alguna *causa de concurrencia,* ya sea por acto entre vivos o *mortis causa*.

3º Que no haya separación de patrimonios: el Código regula la confusión tratándose del beneficio de inventario y dispone que "los créditos y deudas del heredero que aceptó con beneficio de inventario no se confunden con las deudas y créditos hereditarios" (art. 1669 CC), y que luego se repite al regularse este beneficio: "las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión" (art. 1259 CC). Esto constituye un fuerte argumento para sostener que el beneficio de inventario implica una separación de patrimonios. Algo similar ocurre con el beneficio de separación, en que el heredero puede satisfacer el crédito que tenía contra su causante ejecutando los bienes de la herencia.

Esto mismo puede darse en patrimonios de la sociedad conyugal o en el peculio profesional o industrial del hijo sujeto a patria potestad.

3. Efectos

783 El efecto más notorio es el que la confusión opera como modo de extinción de la obligación, y también de todos sus accesorios o garantías. Así lo dispone respecto de la fianza: "La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza" (art. 1666 CC), pero se aclara que "la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal" (art. 1666 CC), lo cual parece obvio pero se agradece que se lo explicite.

Pero puede tratarse de una extinción parcial, como lo señala el Código Civil: "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" (art. 1667 CC). Por ejemplo, si un acreedor fallece y tiene tres herederos, uno de los cuales es el deudor, en tal caso la confusión sólo procederá en la cuota que corresponda al heredero deudor. Los dos restantes podrán demandar el crédito según su cuota en la herencia al heredero deudor. Así lo aplica el Código a la sucesión por causa de muerte: "Si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria la cuota que en este crédito o deuda le quepa, y tendrá acción contra sus coherederos a prorrata por el resto de su crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda" (art. 1357 CC).

Tratándose de obligaciones solidarias se regula el caso de confusión entre uno de los codeudores y el acreedor. En tal caso, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda (art. 1668.1 CC). En este caso, la confusión, nos parece, por aplicación del art. 1522 del Código Civil y teniendo en cuenta que la confusión produce los mismos efectos del pago (art. 1665 CC), da lugar al pago con subrogación; es decir, el deudor respecto del cual se produce la confusión puede subrogarse en el crédito del acreedor.

Si se trata de solidaridad activa, la confusión entre uno de los acreedores y el deudor, "será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito" (art. 1668.2 CC). Esta

norma es la que sirve para aclarar la contribución al crédito en el caso de solidaridad activa.

4. Extinción de la confusión

784 La confusión puede cesar si se declara nulo el acto por la cual se produjo: por ejemplo, el testamento o la cesión del crédito. Más que extinguirse, dado el efecto retroactivo de la nulidad, en realidad se tendrá como nunca acaecida.

Lo mismo podría suceder si así se conviene entre acreedor y deudor, aunque este acuerdo puede hacer revivir la obligación, pero no será oponible a los terceros garantes.

La cuestión se ha planteado respecto de la cesión de derechos de herencia. Si la confusión se ha producido al suceder al acreedor el deudor como heredero único, y luego éste cede su derecho en la herencia a un tercero, ¿puede renacer la deuda o permanece extinguida? Dado que la causa de concurrencia en definitiva no operó, se dan razones para señalar que la deuda o crédito subsiste y por tanto el cesionario será obligado o podrá cobrar el crédito. Pero otros señalan que sí operó y por tanto que la deuda ya se extinguió, sin perjuicio de aplicarse las restituciones previstas en el art. 1910, es decir, si la confusión operó en favor del heredero debe reembolsar al cesionario el valor de ese crédito (art. 1910.1 CC). Por el contrario, si el heredero era acreedor del causante debe considerarse pagada la deuda, y el cesionario deberá abonar el valor del crédito (art. 1910.2 CC). Por cierto todo esto puede ser modificado por estipulaciones expresas de las partes.

III. LA COMPENSACIÓN

1. Origen histórico, concepto y fundamento

785 La compensación tiene antecedentes en el Derecho romano clásico, si bien no se la reguló ni se la incluye en los modos de extinción de la obligación, se la consideraba un efecto de la reciprocidad de las obligaciones: "*Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*" (Modestino, D. 16.2.1). Las partes pueden convenir la compensación a través de una recíproca *aceptilatio*, pero en general se limitan a casos específicos, como el del *argentarius* (banquero), la *deductio* del *emptor bonorum*, o en los contratos de buena fe.

En el derecho justinianeo se acuñó la regla *compensationes ex omnibus ipso iure fieri sanctionamus* (C. J. 4.31.14), pero se discute el sentido de la expresión *ipso iure*, sosteniendo algunos que basta que se produzcan los requisitos para que opere la compensación, y otros que no es necesario oponer una excepción formal y queda a la prudencia del juez. Como se extendió a todas las obligaciones, cumpliéndose ciertos requisitos, la compensación aparece ahora como una institución jurídica general en derecho de obligaciones.

La compensación suele conceptualizarse como el modo de extinguir obligaciones recíprocas entre dos personas hasta concurrencia de la de menor valor. Nuestro Código no las define pero 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" (art. 1655 CC).

El fundamento de la compensación es evitar la duplicidad de pagos y de juicios de ejecución forzada, además de impedir que uno de los deudores-acreedores no pague su deuda y luego demande el crédito. En el fondo, al elemento práctico se une también uno ético que es el de evitar que alguno de los deudores recíprocos actúe con dolo o de mala fe.

Por ejemplo, si Juanita le debe a Pedro tres mil dólares, y a su vez Pedro le debe a Juanita cinco mil dólares, siendo ambas obligaciones de dinero, líquidas y actualmente exigibles, se extinguirán ambas obligaciones hasta concurrencia de la de menor valor, es decir, Juanita mantendrá un crédito de dos mil dólares en contra de Pedro.

El Código Civil considera la compensación como un modo de extinguir las obligaciones, pero es algo más que eso, ya que constituye una forma de cumplimiento similar al pago. Aquí el cumplimiento se hace por medio de la neutralización de una obligación recíproca.

Dado el incremento de contratos y operaciones de dinero en la economía moderna, la compensación cumple un rol clave para el buen funcionamiento de las instituciones financieras. Los bancos y otras instituciones han organizado diversas cámaras de compensación para hacer frente a sus diversas operaciones en moneda nacional, en moneda extranjera, de cajeros automáticos, etc. (cfr. Recopilación Actualizada de Normas de Bancos, Cap. 5-1). Una de las principales ha sido creada por la Asociación Nacional de Bancos y lleva el nombre de Sistema Nacional de Comunicaciones Financieras S.A. (SINACOFI), que administra una Cámara de Compensación.

2. La compensación legal: requisitos

a) Reciprocidad de las obligaciones

786 El Código señala este requisito de la siguiente manera: "Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras" (art. 1657.1 CC). La doctrina agrega que, además de ser recíprocamente deudores y acreedores, deben serlo personalmente.

Por ello se comprende que el deudor de un pupilo no pueda oponer en compensación un crédito que tenga contra su tutor o curador (art. 1657.3 CC), lo que se extiende a todos los representantes legales. Respecto de las cauciones personales, se señala que el deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador (art. 1657.2 CC).

Por no ser personalmente deudores, un deudor solidario no puede oponer lo que el acreedor le deba a algunos de sus codeudores, salvo que éste le haya cedido el crédito, aunque en tal caso el titular del crédito será el acreedor cedido y por tanto podrá oponer en compensación dicho crédito (art. 1657.4 CC).

Algo similar sucede con la sociedad colectiva civil que es una persona diversa de sus socios, de manera que no procede la compensación de crédito o deudas de los socios con créditos y deudas de la sociedad.

Una excepción se reconoce a este respecto, y es a propósito del mandato. Se dispone que "el mandatario puede oponer al acreedor del mandante no sólo los créditos de éste, sino sus propios créditos contra el mismo acreedor, prestando caución de que el mandante dará por firme la compensación" (art. 1658 CC); pero, como vemos, la compensación no se tendrá por efectuada si el mandante no la confirma. No obstante, se dispone que el mandatario "no puede compensar con lo que el mismo mandatario debe a un tercero lo que éste debe al mandante, sino con voluntad del mandante" (art. 1658 CC). Si es el mandatario el que demanda el pago de un crédito del mandante, habrá que distinguir si actúa a nombre propio, caso en el cual no podrá el demandado oponer en compensación un crédito contra el mandante. Si actúa a nombre del mandante procede dicha compensación, pero siempre que se trate de un crédito contra el mandante y no contra el mandatario.

b) Obligaciones de dinero o cosas fungibles de igual género y calidad

787 El Código Civil dispone que la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y que ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: "1a. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad" (art. 1656.1º CC).

No hay problema si ambas obligaciones son de dinero, aunque deben coincidir en la moneda. Más discusiones se dan si se trata de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.

Como hemos señalado, las cosas fungibles son aquellas que pueden intercambiarse unas por otras sin que pierdan su poder de liberación. Por ejemplo, si ambas partes deben diversas cantidades de trigo de mediana calidad, podrá darse la compensación entre ellas. Más discutible es si se trata de cosas fungibles inmuebles, ya que es mucho más complejo que puedan cumplirse las condiciones de la fungibilidad tratándose de esta clase de bienes.

Pero no basta que las obligaciones sean de cosas fungibles, sino que deben ser de igual género y calidad. Nótese que aquí se exige que la calidad sea la misma, y no que sea a lo menos mediana.

Por esto no puede funcionar la compensación legal si al menos una de las obligaciones es de dar una especie o cuerpo cierto o si se trata de obligación de hacer o no hacer. Si se permitiera la compensación en estos casos se vulneraría el principio de la adecuación del pago a la obligación.

c) Obligaciones líquidas

788 Siendo un pago abreviado, la compensación no puede realizarse si ambas obligaciones no son líquidas. El Código así lo exige: "Que ambas deudas sean líquidas" (art. 1656.2º CC).

Ya nos hemos referido a esta exigencia al tratar de la ejecución forzada de las obligaciones de dar[64], y aquí reiteramos que para que sean líquidas deben estar determinadas en cuanto a su existencia y a su monto o cuantía, o por lo menos ser fácilmente liquidables, mediante simples operaciones aritméticas con sólo los datos que el mismo título suministre (art. 438.2 CPC).

Si hay dudas o se discute sobre la existencia de la obligación no se cumplirá este requisito y será necesario determinar, en su caso judicialmente, la existencia de la obligación.

De esta manera, por ejemplo, no es compensable la obligación de reparar perjuicios mientras ella no sea liquidada por una transacción, avenimiento o sentencia judicial.

d) Obligaciones actualmente exigibles

789 También nos hemos ya referido a este requisito al tratar de la ejecución forzada en juicio ejecutivo[65]. El Código expresa esta exigencia de la siguiente manera: "Que ambas sean actualmente exigibles" (art. 1656.3º CC).

No son actualmente exigibles las obligaciones sujetas a condición suspensiva que no se ha cumplido y las que tienen plazo pendiente.

Se discute qué sucede si la obligación está sujeta a condición resolutoria. Al parecer puede efectuarse la compensación legal, pero si se cumple la condición resolutoria se debe entender que no se ha producido la compensación y que debe pagarse la obligación con la que se ha compensado.

Las obligaciones sujetas a plazo se hacen actualmente exigibles cuando el plazo se vence, cuando el deudor renuncia al plazo en los casos en los que procede dicha renuncia, y en los casos de caducidad del plazo, aunque tratándose de concurso la ley impide la compensación que no haya operado antes de la dictación de la Resolución de Liquidación por el solo ministerio de la ley, salvo algunas excepciones (art. 140 LRLEP).

El Código 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" (art. 1656.2 CC). Aquí se distinguen las esperas concedidas al deudor (se entiende que hay una prórroga del plazo convenida con el acreedor), con el llamado "plazo de gracia" que no es más que una concesión graciosa del acreedor al deudor para no exigirle el pago de la deuda.

---

[64] Véase Nº 413 y ss.

[65] Véase Nº 413 y ss.

La unanimidad de la doctrina excluye la compensación de obligaciones naturales, ya que estas no serían actualmente exigibles, pero lo cierto es que la obligación natural nunca es exigible, de manera que tampoco lo serán de manera actual. Si es posible pagar voluntariamente una obligación no vemos razón para que el acreedor de una obligación natural no pueda oponerla en compensación de una obligación civil que deba. Por otro lado, el acreedor de la obligación civil podría ejercer su derecho a una compensación facultativa al renunciar al requisito de la exigibilidad.

e) La compensación no debe ser en perjuicio de terceros

790 Aun cumpliéndose los anteriores requisitos, el Código exige que la compensación legal no perjudique a terceros: "La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero" (art. 1661.1 CC).

La regla es aplicada a un crédito que haya sido embargado o mandado retener el pago por un acreedor del sujeto activo del crédito. Si se trata de créditos anteriores al embargo se habrá producido la compensación legal y por tanto sólo permanecerá el saldo en caso de que el crédito embargado sea mayor que el compensado. Pero no procede la compensación legal si el crédito ha sido adquirido después del embargo: "Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo" (art. 1661.2 CC). Lo importante aquí es que el embargo esté ya trabado y notificado, no interesa que el adquirente del crédito haya conocido o no el embargo, ya que en cualquier caso la compensación producirá un perjuicio al acreedor embargante.

Lo mismo sucede si el deudor es declarado en liquidación, ya que en tal caso, salvo que la compensación se haya producido con anterior a la resolución de liquidación, no procederá la compensación con los créditos que aduzca el acreedor del deudor concursado; ello significaría otorgarle un privilegio de pago por sobre los demás. En tal caso, el acreedor deberá verificar su crédito y estarse a las resultas de la realización de los bienes del deudor.

f) Obligaciones deben ser pagaderas en el mismo lugar

791 El Código exige que las deudas compensables sean pagaderas en el mismo lugar. De lo contrario, ninguna de las partes podrá oponer la compensación: "Cuando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación..." (art. 1664 CC).

Se exceptúa el caso en que ambas deudas sean de dinero y que quien opone la compensación asuma los costos de la remesa: "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" (art. 1664 CC). Cuando se señala que quien opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa, se señala que el costo debe aumentar el valor de la deuda y así producirse la compensación.

3. Casos en los que no procede la compensación legal

a) Créditos inembargables

792 Aunque el Código Civil no lo dice más que en un caso, es lógico que la compensación legal no proceda si uno de los créditos es inembargable, ya que si no procede la ejecución forzada para el cumplimiento, menos procederá su pago por medio de compensación.

El Código sólo menciona el caso del crédito de alimentos: "Tampoco podrá oponerse compensación [...] a la demanda de alimentos no embargables" (art. 1662.2 CC). Esto se reitera en materia de alimentos: "El que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él" (art. 335 CC). Esto porque los alimentos legales futuros son inembargables (art. 1618.1º CC). No obstante, los alimentos atrasados sí son embargables y por tanto compensables (art. 336 CC).

b) Demanda de restitución de un comodato, depósito o despojo

793 En estos casos, no se trata de restitución de la cosa dada en comodato, depósito o arrebatada al dueño, ya que en tales casos no se cumple el requisito de que deba tratarse de dinero o cosas fungibles de la misma cantidad o calidad. Por ello el Código dispone que "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" (art. 1662.1 CC).

En realidad, la compensación no puede proceder sino cuando se ha perdido o destruido la cosa y subsiste la obligación de pagar su valor en dinero.

Hace excepción a esto el depósito irregular (art. 2221 CC) que, consistiendo en dinero o cosas fungibles, es posible de compensar.

c) Demanda de indemnización de actos de violencia o fraude

794 Tampoco procede la compensación legal ante una demanda de indemnización por violencia o fraude (art. 1662.2 CC). Si la indemnización no está liquidada no procederá por falta de liquidez, pero aun cuando se llegue a liquidar no será posible que el autor de la violencia o el fraude condenado a pagar una indemnización oponga al demandante un crédito que él tiene en su contra. Sí podría oponer la excepción de compensación el acreedor de la indemnización respecto de un crédito suyo contra el deudor.

d) ¿Demanda de créditos del Fisco u organismos públicos en contra de particulares?

795 La doctrina civil, en general, sostiene que no es posible oponer la compensación de créditos de particulares en contra de las demandas de cobro de créditos del Fisco

o de otros organismos públicos, ya que los pagos en estos casos deben ser objeto de resoluciones admninistrativas que se cargan a los presupuestos.

Nos parece que no es así. Si se está en un juicio suscitado por el Fisco representado por el Consejo de Defensa del Estado, no se entiende por qué no podría el demandado oponer la compensación legal si cuenta con un crédito en contra del Fisco, en la medida en que se trate del Fisco o del mismo organismo público con personalidad jurídica que está demandando.

De hecho, el Código Tributario dispone que procede la compensación de propia iniciativa de la Tesorería General de la República (art. 51 CT), y acepta que se oponga como excepción en el cobro ejecutivo de obligaciones tributarias (art. 177.4 CT), pero para solicitar la compensación se exige que se haya emitido la orden de pago correspondiente (art. 177.5 CT).

4. Alegación, renuncia y cesión de créditos

a) Alegación

796 La compensación debe ser alegada frente a la demanda de cobro del crédito del demandante. El demandado debe oponer esta excepción probando el crédito en contra del demandante y los demás requisitos de la compensación legal. Es lógico que sea así ya que, dado el principio dispositivo de nuestro proceso civil, el juez no tiene por qué conocer la existencia de un crédito del demandado contra el demandante.

De hecho, tratándose del juicio ejecutivo se reconoce que la compensación puede oponerse como excepción a la ejecución (art. 464.13º CPC). En juicio ordinario, la compensación deberá alegarse como excepción perentoria o como reconvención. Al alegar la compensación estará reconociendo su deuda para con el demandante, salvo que oponga la excepción en subsidio y para el caso de que la sentencia acoja la demanda de cobro del crédito.

En estos casos, sin embargo, la sentencia no será constitutiva sino meramente declararativa de la compensación que se produce en el momento en que se cumplieron los requisitos exigidos.

b) Renuncia

797 La renuncia a la compensación puede ser expresa, si se declara explícitamente, o tácita si procede de hechos que revelen la voluntad de renunciar de manera inequívoca. Se trata de un derecho que va en interés individual del renunciante y cuya renuncia no está prohibida (art. 12 CC). Por lo tanto, procede tanto en forma anticipada (antes de que se cumplan los requisitos para que opere la compensación legal) o en forma posterior, caso en el cual revivirán las dos obligaciones.

En todo caso, la renuncia de la compensación mantiene el crédito subsistente y el renunciante podrá cobrarlo, aunque también deberá pagar la deuda a su acreedor.

Se hace excepción aquí si el deudor al momento de poder alegar la compensación no conocía el crédito, pues en tal caso no se entenderá renunciada la compensación legal: "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" (art. 1660 CC).

Si desconoce el crédito el deudor demandado no tiene voluntad de renuncia y por tanto se mantiene el crédito, junto con las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas. Del mismo modo si se trata de un codeudor solidario que desconoce el crédito que tiene contra su acreedor, la solidaridad se mantendrá.

La unanimidad de los autores piensan que, aplicando *a contrario sensu* la norma del art. 1660, si el deudor conocía del crédito y aún así no opone la compensación, mantendrá su crédito, pero sin que eso perjudique a terceros, es decir, se extinguirán las cauciones personales y reales constituidas por terceros. Se alega que esta es la solución que da expresamente el Código Civil francés

Esta solución no nos convence del todo porque no estamos ante una compensación, sino a una renuncia de un beneficio del renunciante que sólo él puede considerar si le perjudica o aprovecha. Los terceros garantes no ven afectados sus intereses, porque que no se produzca la compensación es algo que ellos podían prever.

c) Cesión de crédito

798 Cuando se cede un crédito, el deudor cedido puede que haya tenido créditos en contra del acreedor cedente que pudiera oponerlos en compensación a su deuda. Por eso, se distingue si se acepta sin reservas la cesión o si esta es notificada al deudor. En el caso de la aceptación sin reservas se señala que "no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente" (art. 1659.1 CC). En este caso, lo que hay es una renuncia tácita a la compensación. Por cierto, el deudor al aceptar puede hacer reserva de su derecho a oponer la compensación legal.

Si la cesión opera por notificación al deudor, se dispone que "podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación" (art. 1659.2 CC). En este caso, no puede haber renuncia y por tanto el deudor cedido puede oponer al cesionario los créditos que haya adquirido contra el cedente sea que hayan sido ya exigibles o que lleguen a ser exigibles después de la notificación.

5. Efectos

a) Opera de pleno derecho

799 Una vez cumplidos los requisitos de la compensación legal esta opera de pleno derecho, aunque como hemos visto es necesario alegarla. Pero en este caso la sentencia se limitará a declarar que la compensación ha tenido lugar.

Por lo mismo, procede si se trata de deudores o acreedores incapaces, en la medida en que sea alegada por sus representantes legales.

b) Efecto extintivo

800 Las obligaciones recíprocas se extinguen aunque será raro que sean del mismo monto, lo normal es que sean de cuantías diferentes. En tal caso, las obligaciones se extinguen hasta concurrencia de la de menor valor. Esto lo sugiere el Código al señalar que "la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores" (art. 1656.1 CC).

De esta manera, si Carlos debe cincuenta millones de pesos a Sergio y éste a su vez debe setenta millones a Carlos, la compensación tendrá lugar hasta los cincuenta millones, y Sergio deberá pagar veinte millones a Carlos.

Se suele señalar que esta sería una excepción a la integralidad del pago, ya que se admitiría un pago parcial, pero la verdad es que no estamos frente a un cumplimiento de la obligación sino a un modo de extinción diferente[66].

c) Pluralidad de deudas compensables

801 El Código señala que en el caso de que haya varias deudas compensables se aplicarán las reglas de imputación del pago: "Cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago" (art. 1663 CC). No es necesario que haya muchas deudas compensables, como señala el artículo, basta que haya más de una.

Las reglas de imputación del pago dan derecho a imputar al deudor, pero en materia de compensación ambas partes tienen la calidad de deudores. Por eso, se suele distinguir entre compensación entre varias deudas de una parte para con otra que sólo tiene un crédito. En tal caso, se reputará deudor al que es deudor de más de dos obligaciones, las que podrá elegir, con las limitaciones legales (art. 1596 CC), con cuál compensar.

Si ambas partes tienen más de una obligación para compensar, se entenderá que cada una puede elegir con cuál deuda operará la compensación, también con las limitaciones legales (art. 1596 CC).

---

[66] Véase Nº 296.

Si el deudor de la o las obligaciones no imputa, la facultad pasará al acreedor que deberá imputarla en el recibo de pago. Si no imputa el acreedor, la facultad vuelve al deudor.

6. Compensación voluntaria y judicial

802 La compensación voluntaria puede ser convencional o facultativa. La compensación convencional puede convenirse antes de la procedencia de la compensación (por ejemplo, si se trata de un contrato con varias obligaciones) o cuando no proceda la compensación legal por falta de alguno de los requisitos.

La compensación voluntaria puede ser facultativa. Así cuando el deudor que está siendo demandado por el acreedor opone la compensación y el acreedor acepta renunciar a alguno de los requisitos que le favorecen, por ejemplo, que su deuda no sea líquida o no sea actualmente exigible. En todo caso, la compensación requiere que se trate de obligaciones recíprocas y que sean en dinero o en cosas fungibles de igual calidad. Si se renunciara a alguno de estos requisitos estaríamos no frente a una compensación, sino a una dación en pago u otra figura semejante.

La compensación judicial tiene lugar cuando se invoca por parte de unas de las partes una deuda ilíquida, por lo que no ha procedido la compensación legal. No obstante, si la sentencia liquida la deuda, ella misma reconocerá la compensación. La alegación de esta compensación debe hacerse por vía reconvencional, por lo que no procedería en el juicio ejecutivo. El ejemplo que se suele dar consiste en la demanda de cobro de un crédito líquido y actualmente exigible y en que el deudor tiene derecho a una indemnización de perjuicios que debe el demandante y reconviene por esa indemnización, pide su liquidación y que se compense con el crédito que se le cobra.

En verdad, en este caso se da una compensación legal, pero que se obtiene una vez liquidada la obligación por sentencia firme.

Capítulo cuarto - Imposibilidad absoluta sobrevenida y riesgo del contrato

I. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA Y PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA

803 Nuestro Código Civil, siguiendo en esto al francés, sólo regula, como causa de extinción de la obligación de dar una especie o cuerpo cierto, la pérdida de la cosa debida.

Así se dispone que las obligaciones se extinguen en todo o en parte: "Por la pérdida de la cosa que se debe" (art 1567.7º CC), la que se regula en el título XIX del libro IV, en los artículos 1670 a 1680 del Código Civil.

En realidad, esto no es sino la aplicación de una causal más amplia, cual es la imposibilidad sobrevenida y fortuita de la prestación debida, que se traduce en el

adagio *ad impossibilia nemo tenetur*, que se traduce como a lo imposible nadie está obligado.

Digamos sí que la imposibilidad de la prestación debe ser sobrevenida, ya que si es imposible desde que se pacta el contrato, se aplicará la nulidad absoluta o de pleno derecho por falta de objeto, ya sea porque este es incomerciable o porque tratándose de un hecho es física o moralmente imposible (art. 1461 CC).

La imposibilidad debe ser objetiva, aunque a veces puede depender de una calidad personal ya sea del deudor o del acreedor. Por ejemplo, si un pianista, que se ha obligado a dar un concierto, sufre un accidente cuando iba de camino al lugar del concierto. No obstante, para analizar la imposibilidad debe considerarse la forma de la prestación y cómo fue pactada. Por ejemplo, si se pactó un transporte de mercaderías con camiones para un país vecino como Argentina, aunque las mercaderías pudieran transportarse por avión, la prestación, tal como fue pactada, se ha hecho imposible por el cierre de fronteras debido al mal tiempo.

La imposibilidad, contra lo que piensan algunos autores actuales, no constituye incumplimiento, ya que no puede hablarse de extinción de la obligación y a la vez de obligación no cumplida.

II. La pérdida de la cosa debida en las obligaciones de dar

1. Formas de pérdida

804 El Código Civil dispone que "cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación..." (art. 1670 CC).

De esta manera, las formas de pérdidas son: la destrucción de la cosa, su incomerciabilidad sobrevenida y su extravío.

Debe recordarse la norma que dispone que "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" (art. 1486.3 CC), que aunque se ubica en materia de obligaciones condicionales, debe aplicarse aquí.

2. Requisitos para que la pérdida dé lugar a la extinción

a) Obligación de especie o cuerpo cierto

805 Sólo en estas obligaciones la pérdida de la cosa debida puede producir la extinción de la obligación. No así en las de género, en que el deudor no puede excusarse por el hecho de que se hayan perdido las cantidades del género que haya adquirido para cumplir la obligación (art. 1510 CC). Por eso, esta causa no se aplica a las obligaciones de dinero, salvo que se trate de moneda extranjera cuya circulación esté prohibida.

Se excluyen también las obligaciones de género limitado, en que si desaparecen o se destruyen fortuitamente todos los ejemplares de dicho género, se producirá la extinción de la obligación.

b) La pérdida debe provenir de caso fortuito o fuerza mayor

806 Ya hemos analizado el concepto de caso fortuito o fuerza mayor, de manera que si la pérdida se debe a dolo o culpa del deudor o si el deudor se encuentra en mora que si la cosa estuviera en manos del acreedor no la habría afectado, la obligación no se extingue sino que se produce la *perpetuatio obligationis* que consiste en la obligación de indemnizar perjuicios: el valor de la cosa y la indemnización de perjuicios (art. 1672.1 CC).

Si el deudor está en mora y la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor habría afectado a la cosa si estuviera en manos del acreedor, se deben solo los perjuicios derivados de la mora. En caso contrario, se deberá el valor de la cosa y los perjuicios de la mora (art. 1672.2 CC).

Se dispone que "en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable" (art. 1679 CC).

Este requisito no se aplica en dos casos:

1º Si el deudor ha estipulado la responsabilidad por cualquier caso fortuito o alguno en particular (art. 1673 CC).

2º Si la ley lo hace responsable del caso fortuito: "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" (art. 1676 CC).

Si el caso fortuito consiste en un hecho de un tercero por el cual el deudor no responde, el acreedor puede obligar al deudor a cederle su acción contra el tercero: "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" (art. 1677 CC).

Se dispone que el deudor debe probar la pérdida fortuita de la cosa y si estaba en mora, que la cosa hubiera también perecido si estuviera en poder del acreedor: "El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega" y "si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo" (art. 1674 CC).

En algunos supuestos se limita la responsabilidad del deudor. Así, si la cosa se destruye después de que el acreedor se encuentre en mora de recibir, el deudor sólo responde por dolo o culpa grave: "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" (art. 1680 CC). Igualmente, si la cosa se destruye por un hecho del deudor que inculpablemente

ignoraba la obligación de dar la cosa, solamente se deberá el valor de la cosa: "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" (art. 1678 CC).

c) La pérdida debe ser total

807 La pérdida de la cosa debe ser total, ya que si es sólo parcial no procederá la extinción de la obligación.

La pérdida parcial, si se produce por caso fortuito o fuerza mayor, obliga al acreedor a recibirla en el estado en que se encuentre la cosa.

Pero si la cosa ha sufrido deterioros por hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable o si los deterioros han sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor, el Código da al acreedor la facultad de optar entre la resolución del contrato con indemnización de perjuicios o llevarse la cosa y reclamar la indemnización de perjuicios por los deterioros. Lo mismo sucederá si el deterioro no pareciere de importancia (art. 1590.1 y 2 CC).

Si el deterioro ha sobrevenido antes de constituirse el deudor en mora, pero no por hecho o culpa suya, sino de otra persona por quien no es responsable, será válido el pago de la cosa en el estado en que se encuentre. No obstante, el acreedor podrá exigir que se le ceda la acción que tenga su deudor contra el tercero, autor del daño (art. 1590.3 CC). Esto es congruente con la regla del art. 1677 del Código Civil, aunque se refiere sólo a los deterioros, es decir, a una pérdida parcial.

d) Reaparición de la especie extraviada

808 El Código se pone en el caso en que el deudor ha debido indemnizar al acreedor por ser responsable de la pérdida de la cosa debida: "Si reaparece la cosa perdida cuya existencia se ignoraba, podrá reclamarla el acreedor, restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio" (art. 1675 CC). Si debe restituirse lo que ha recibido el acreedor en razón del valor de la cosa, es porque el deudor ha sido considerado responsable de su pérdida.

No señala la norma si deben restituirse los demás perjuicios, por ejemplo, los de la mora, pero pareciera que los perjuicios de la mora se han sufrido y por tanto se han indemnizado, por lo que el acreedor no tendrá que restituirlos para recuperar la cosa.

En caso de reaparecer la especie, cuyo extravío ha sido fortuito, renacerá la obligación y el acreedor podrá ejercer el derecho a su ejecución forzada. El tiempo que estuvo extraviada debe considerarse como interrupción natural de la prescripción, ya que en este caso habría una especie de reconocimiento del deudor de la deuda al declarar extraviada la cosa debida (art. 2518.2 CC).

III. Imposibilidad en obligaciones de hacer y no hacer

1. Obligaciones de hacer

809 El Código Civil no regula la extinción de las obligaciones de hacer por la imposibilidad de cumplirlas, pero el Código de Procedimiento Civil señala que el deudor puede oponer como excepción a la ejecución "la de imposibilidad absoluta para la ejecución actual de la obra debida" (art. 534 CPC).

Debe tratarse de una imposibilidad absoluta, que provenga de un caso fortuito y que sea total. Además, la imposibilidad debe ser actual y no pasada o futura.

El ejemplo típico que se suele poner es el de un pintor retratista que se ha obligado a pintar un retrato de la persona que lo contrata, y que se ve impedido de hacerlo por un accidente o una enfermedad inhabilitante. También si muere, ya que los herederos no podrán efectuar esta obra que supone una aptitud personal del deudor (art. 1582.2 CC). Sólo en este caso se reconoce la imposibilidad absoluta de ejecución de la obra en el Código Civil.

Si no se dan los requisitos para que la imposibilidad sea causa de la extinción de la obligación, puede proceder la indemnización de los perjuicios (art. 1553.3º CC).

2. Obligación de no hacer

810 Tratándose de obligaciones negativas o de no hacer, aunque es más raro también puede presentarse la imposibilidad absoluta como causal de extinción de la obligación, en la medida en que sea absoluta, derivada de caso fortuito o fuerza mayor, y total. También debe aplicarse el que sea actual. Ni el Código Civil ni el Código de Procedimiento Civil se ponen en esta situación, aunque el Código Civil dispone que la obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene (art. 1555.1 CC), es decir si incumple la obligación. El Código de Procedimiento Civil señala que serán aplicables las disposiciones precedentes "cuando se convierta en la de destruir la obra hecha" (art. 544 CC).

Un ejemplo que suelen colocar nuestros autores es el de quien se obligó a no demoler una casa, y sin embargo por orden judicial en caso de querella de obra ruinosa se ve forzado a demolerla.

También puede considerarse un caso de imposibilidad si el deudor se obligó a guardar confidencialidad de secretos industriales y luego se ve forzado a revelar dicho secreto al ser citado a declarar en tribunales penales sobre esos secretos.

IV. IMPOSIBILIDAD PARCIAL Y TEMPORAL

1. Imposibilidad parcial

811 Como ya hemos visto, el Código reguló la imposibilidad parcial sólo para las obligaciones de dar específicas y relativas al deterioro o menoscabo de la cosa y en materia de pago (art. 1590 CC) y respecto del cumplimiento de la condición (art. 1486 CC).

Si la imposibilidad es parcial e imputable al deudor y de importancia, el acreedor puede pedir la resolución del contrato o exigir el cumplimiento parcial con indemnización de perjuicios. Si no es de importancia, el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento parcial (la entrega de la cosa deteriorada) más la indemnización de perjuicios (arts. 1590.2 y 1486.2 CC).

Si la imposibilidad parcial no es imputable al deudor, se entiende que la obligación se ha exinguido en esa parte, pero que igualmente debe el deudor cumplir con la parte que no se ha hecho imposible. Por ello, en caso de deterioros de la cosa el acreedor debe recibir la cosa en el estado en que se encuentre (art. 1590.1 CC).

Recordemos que "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" (art. 1486.3 CC).

2. Imposibilidad temporal

812 Si se trata de una imposibilidad transitoria y no definitiva, en la medida en que sea causada por un caso fortuito o fuerza mayor, la obligación no se extingue, pero sí se suspende su exigibilidad durante todo el tiempo que dure la imposibilidad.

En todo caso, si la imposibilidad dura más allá de lo que resulta razonable esperar y eso hace frustrar el propósito práctico del contrato, debe entenderse que la obligación se extingue.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: WAHL, Alberto, "La guerra considerada como fuerza mayor, especialmente en materia de venta de mercaderías", en *RDJ*, t. 14, Derecho, pp. 103- 126; PIZARRO WILSON, Carlos, "La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la restricción de suministro de gas a Chile", en *GJ* 288, 2004, pp. 7-15; ALCALDE SILVA, Jaime, "La reaparición de la cosa perdida y la facultad del acreedor para reclamarla", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 31, 2008, pp. 39-76; ALCALDE SILVA, Jaime, "El *commodum repraesentationis* del artículo 1677 del Código Civil", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 487-507 y en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 31, 2008, pp. 37-161; GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, "Responsabilidad por la pérdida de la cosa debida y imposibilidad de la prestación", en P. Carvajal, y M. Miglietta (edits.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito,* Edizioni dell'Orso, t. 2, 2011,

pp. 565-580; BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, "El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 7, 2011, pp. 47-82; ALCALDE SILVA, Jaime, "Notas sobre el artículo 1675 del Código Civil", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 525-546;; BÉCAR LABRABA, Emilio, "La destrucción y el deterioro culpable de la especie o cuerpo cierto debido como una hipótesis de incumplimiento y la procedencia de la resolución del contrato", en *Actualidad Jurídica*, 29, 2013, pp. 387-429; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo: VIDAL OLIVARES, Alvaro y MORALES MORENO, Antonio, "Incumplimiento por inhabilidad de objeto e indemnización de daños: comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2012", en *Revista Chilena de Derecho* 41, 2014, 3, pp. 1155-1178; ALCALDE SILVA, Jaime, "Notas sobre el artículo 1676 del Código Civil", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 423-438.

V. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR EL RIESGO

1. Configuración del supuesto

813 La cuestión se aplica a los contratos bilaterales, no a los contratos unilaterales. En estos casos, se plantea el problema de qué sucede si una de las obligaciones de un contrato bilateral se extingue por imposibilidad fortuita y no imputable, si debe considerarse extinguida la obligación recíproca o debe ésta subsistir.

La teoría del riesgo que proviene del Derecho romano señala que el riesgo va a recaer en el comprador ya que si se extingue la obligación del vendedor de entregar la cosa, por pérdida fortuita de ésta, el comprador debe necesariamente pagar el precio, a pesar de no recibir nada a cambio.

Para identificar a las partes, se asume que son las partes de la obligación que se extingue por imposibilidad: el deudor y el acreedor de esta obligación. Si el riesgo es del deudor, se entiende que extinguida su obligación también se extingue la obligación recíproca, es decir, aquella en la que el acreedor es deudor. Se señala que el riesgo es del acreedor, si, por el contrario, el deudor se ve liberado de su propia obligación, pero el acreedor debe cumplir con la obligación recíproca.

Se trata de obligaciones principales y no secundarias.

2. Requisitos

814 Para que opere la teoría del riesgo se exigen los siguientes requisitos:

1º Que se trate de un *contrato bilateral*: sólo en estos contratos puede plantearse el problema de la subsistencia de la obligación correlativa a aquella que se ha extinguido por caso fortuito o fuerza mayor. En los contratos unilaterales no se da esta problemática, ni tampoco en los sinalamágticos imperfectos ya que en estos la obligación no es correlativa sino impuesta por el desarrollo del contrato unilateral.

2º Que una de las obligaciones esté pendiente de cumplir: se entiende que el contrato ya ha sido perfeccionado, pero que al menos una de las obligaciones está pendiente.

3º Que la obligación que está pendiente de cumplir se extinga por fuerza mayor o caso fortuito, es decir, por la imposibilidad absoluta de cumplir.

En estos casos, puede aplicarse dos grandes soluciones: el riesgo es del acreedor (*res perit creditori*), si extinguida la obligación del deudor se mantiene la obligación recíproca del acreedor; el riesgo es del deudor (*res perit debitori*) si una vez extinguida la obligación del deudor también se extingue la obligación del acreedor. Se suele agregar una tercera alternativa (*res perit domino*), es decir, que las cosas perecen para su dueño.

En este caso deberá analizarse si el contrato como tal transfiere el dominio de la cosa, o si sólo produce derechos personales: si pendiente el contrato la transferencia del dominio se ha producido (como sucede en Francia), el riesgo pertenece al comprador no en cuanto comprador sino en cuanto dueño de la cosa; si el contrato (como sucede en Chile) sólo produce derechos personales y la transferencia del dominio requiere de un acto diverso como es la tradición, en tal caso el riesgo recaerá en el propietario, es decir, el deudor de la cosa.

3. La regla legal y sus fundamentos

815 La regla legal sobre la teoría del riesgo contractual aparece en el título XII del libro IV, relativo al efecto de las obligaciones y dispone lo siguiente: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor..." (art. 1550 CC), o sea, nuestro Código se decanta por la regla *res perit creditori*.

Nuestro Código atribuye el riesgo al acreedor, por lo que si se extingue la obligación de dar una especie o cuerpo cierto por pérdida fortuita, el acreedor de esta obligación debe mantener su contraprestación.

Así, por ejemplo, si se vende un departamento por cien millones de pesos y antes de que se haga la tradición el edificio es destruido completamente por un incendio, el riesgo lo va a soportar el comprador, que es el acreedor de la entrega de la cosa vendida, y deberá pagar el precio o si ya lo ha pagado no podrá pedir restitución. No se aplica a las obligaciones de género, ya que este no perece (art. 1510 CC).

La regla es reiterada en materia de compraventa, aunque se extiende ahora al deterioro y las mejoras: "La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa...." (art. 1820 CC). Al aplicarse a la compraventa, se aplica también al contrato de permuta (art. 1900 CC). La misma regla se contiene para la compraventa mercantil (art. 142 CCom).

La unanimidad de la doctrina critica esta regla porque se considera injusto que una parte no reciba nada y que aún así deba cumplir con la obligación correlativa.

No obstante, hay fundamentos que explican la regla, por ejemplo, que si el deudor no puede cumplir con la entrega de la cosa también sería injusto que se quedara sin su precio. También se corresponde el que si la cosa ha aumentado de valor, el comprador no está obligado a adecuar el precio.

En ocasiones se señala que esto es una copia del Código Civil francés pero sin advertir que en este sistema el contrato tiene efectos reales por lo que no se hace más que aplicar la regla de *res perit domino,* es decir, que las cosas perecen para su dueño. Pero la verdad es que esto proviene del Derecho romano donde sí se hacía la distinción entre el contrato de compraventa y la tradición que transfería el dominio, lo que luego fue acogido por las Siete Partidas. Seguramente Bello buscó una solución que fuera compatible con el sistema tradicional.

4. Excepciones a la regla legal

816 El mismo art. 1550 dispone dos excepciones:

1º *Si el deudor se encuentra en mora*; se dispone que "será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega" (art. 1550 CC). En este punto se discute si el caso fortuito hubiera o no destruido la cosa de haber estado en poder del acreedor, ya que el artículo sólo señala que el deudor se encuentra en mora. No obstante, parece más lógico que se interprete la regla conforme a los arts. 1547, 1590 inc 2º, 1672 inc. 2º del Código Civil y que se exija que el caso fortuito que se produce en mora del deudor haya destruido la cosa si hubiere estado en manos del acreedor. Además, así lo expresa claramente el Código de Comercio: "si estando dispuesto el comprador a recibir la cosa, el vendedor incurriere en mora de entregarla, a no ser que hubiera debido perecer igualmente en poder del comprador si éste la hubiera recibido" (art. 143.5º CCom).

2º *Si se ha comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas*. Nuevamente se dispone que "será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega" (art. 1550 CC). Esta excepción se debe a la intención de sancionar la mala fe del que se ha comprometido a entregar la misma cosa a personas distintas, pero también a evitar un enriquecimiento injusto, ya que si se pierde la cosa fortuitamente el deudor podría pedir a dos acreedores el precio de la cosa.

Se agregan como excepciones las previstas en los arts. 1820 del Código Civil y 1486, las de las obligaciones alternativas (arts. 1503 y 1504 CC), la estipulación en contrario y las obligaciones de hacer y no hacer.

3º *Pérdida bajo condición suspensiva*. En materia de compraventa se dispone que el riesgo será del comprador "salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador" (art. 1820 CC). Aquí se invierte el tema, si la cosa vendida bajo condición se pierde fortuitamente, el riesgo es del vendedor, es decir,

queda sin efecto su obligación de pagar el precio. Aún así, la mejora o deterioro pertenecerán al comprador.

Concuerda con este criterio la regla que se establece en materia de condición suspensiva: "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación..." (art. 1486.1 CC), y que la mayor parte de la doctrina piensa que se refiere a la obligación correlativa, es decir, la del acreedor. Coincide también con la regla de la compraventa el precepto que establece que "si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio..." (art. 1486.2 CC)[67]. Debe aclararse que esto sólo se aplica a la condición suspensiva, porque si se trata de una compraventa sujeta a condición resolutoria y la cosa se pierde por caso fortuito, el riesgo será del comprador, volviéndose a la regla general del art. 1820.

5º *Obligaciones alternativas:* en este caso si se pierde solo unas de las cosas por caso fortuito, la obligación subsiste con las demás y si solo una resta, el deudor se entiende obligado a ella (art. 1503 CC). De esta manera, aunque se pierdan por caso fortuito algunas cosas debidas en alternativa, se mantiene la obligación y por tanto la obligación de la contraparte, suponiendo que estamos ante un contrato bilateral. Si se destruyen todas las cosas, se extinguirá la obligación del deudor (art. 1504.1 CC) pero subsistirá la de la contraparte si estamos frente a un contrato bilateral, es decir, el riesgo será del acreedor.

6º *Estipulación en contrario*: nada impide que las partes estipulen, de manera expresa, una forma diversa de distribución de los riesgos del contrato, es decir, que el riesgo no sea del acreedor sino del deudor, o de ambos, haciendo uso de sus facultades derivadas de la autonomía privada. El Código de Comercio así lo permite: "La pérdida, deterioro o mejora de la cosa, después de perfeccionado el contrato, son de cuenta del comprador, salvo el caso de estipulación en contrario..." (art. 142 CCom).

7º *Obligaciones de hacer y no hacer*: aunque no aparece en el Código Civil, la regla del art. 1550 se refiere a las obligaciones de dar un cuerpo cierto, de modo que si una obligación de hacer o no hacer se extingue por imposibilidad absoluta y total, el riesgo no será del acreedor, sino del deudor. De esta manera, la obligación de la contraparte también se extinguirá tratándose de un contrato bilateral.

5. El riesgo en algunas modalidades de contrato de compraventa

817 La compraventa de cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida puede realizarse de varias formas. Si se trata de cosas que están ya señaladas, como todo el trigo de cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora corresponderá al comprador, siempre que se haya ajustado el precio (art. 1821.1 CC). En realidad, aquí el

[67] Véase Nº 125.

contrato de venta se ha perfeccionado ya que se ha determinado la cosa (que se entiende mueble) y el precio, por lo que no se hace más que seguir la regla de que el riesgo pertenece al comprador.

No sucede lo mismo si las cosas no están determinadas, por lo que se dispone que "si de las cosas que suelen venderse a peso, cuenta o medida, sólo se vende una parte indeterminada, como diez fanegas de trigo de las contenidas en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora no pertenecerá al comprador, sino después de haberse ajustado el precio y de haberse pesado, contado o medido dicha parte" (art. 1821.2 CC). En tal caso, lo que faltaba era la determinación de la cosa aunque sí hay compraventa, pero condicionada al ajuste del precio y la actividad de pesar, contar o medir las cosas, de modo que el riesgo de las especies pertenece al vendedor y no al comprador.

En los dos casos, si avenidos vendedor y comprador en el precio, señalaren día para el peso, cuenta o medida, y el uno o el otro no compareciere en él, será éste obligado a resarcir al otro los perjuicios que de su negligencia resultaren; y el vendedor o comprador que no faltó a la cita podrá, si le conviniere, desistir del contrato (art. 1822 CC). En estos casos, si ya se ha convenido en el precio y falta la determinación de las cosas vendidas por el peso, cuenta o medida y una de las partes falta, será éste obligado a los perjuicios que resultaren de su negligencia y el vendedor o comprador que no faltó a la cita podrá desistirse del contrato. En realidad, se trata de una resolución por incumplimiento de la obligación de comparecer a la actividad de pesar, contar o medir las cosas.

En las ventas a prueba, el riesgo va a pertenecer al vendedor mientras el comprador no manifiesta su voluntad de comprar: "si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata", por lo que "la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor" (art. 1823 CC). En realidad se aplica aquí la venta sujeta a condición suspensiva que es una de las excepciones a la regla de que el riesgo es del comprador (art. 1820 CC), de manera que la expresión "se entiende no haber contrato" es porque ha fallado la condición y esta opera retroactivamente.

Si se trata de ventas sobre muestras, el Código de Comercio señala que este tipo de ventas "lleva implícita la condición de resolverse el contrato si las mercaderías no resultaren conformes con las muestras" (art. 135 CCom). En realidad, más que condición resolutoria, aquí no hay una venta propiamente tal, por lo que el riesgo de las cosas pertenecerá al vendedor.

6. El riesgo en otros contratos bilaterales

a) Contrato de arrendamiento de cosas

818 El Código Civil determina que la destrucción total de la cosa arrendada pondrá fin al arrendamiento: "El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente: 1º. Por la destrucción total de la cosa arrendada..." (art. 1950.1º CC). Se afirma aquí que el riesgo es del arrendador ya

que no podrá seguir cobrando el precio o renta del arrendamiento, mientras que el arrendatario se libera de esta obligación. En todo caso, el arrendador durante la vigencia del arrendamiento es deudor de la obligación de permitir el goce de la cosa arrendada por el arrendatario, de manera que en estos casos el riesgo será del deudor, y, como normalmente el arrendador será el dueño de la cosa arrendada, se aplicará el adagio *res perit domino*.

Si la destrucción de la cosa no es total, sino solo parcial, se aplicará la regla que dispone que "si el impedimento para el goce de la cosa es parcial o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, o concederse una rebaja del precio o renta" (art. 1932.2 CC). Se mantiene el riesgo de cargo del arrendador, ya que en estos casos el juez puede dar lugar a la terminación o del contrato o conceder una rebaja del precio o renta.

Esto sin contar con el derecho a la indemnización de perjuicios si el vicio era anterior al contrato y si el arrendador lo conocía o debía conocerlo. En todo caso, si el arrendatario conoció el vicio o debió conocerlo y no estipuló nada sobre él, no tendrá derecho a indemnización (arts. 1933 y 1934).

b) Contrato de confección de obra

819 Como sabemos, el contrato de confección de obra es regulado en nuestro Código como un arrendamiento de obra material, pero hay que distinguir si se trata de compraventa o de arrendamiento.

Hay compraventa si es el artífice el que pone los materiales para la producción de la obra, pero esta venta no se perfecciona sino desde que se aprueba por parte del comprador la obra terminada. Por ello se señala que "el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no" (art. 1996.2 CC). En este caso, se aplica la regla de la compraventa sujeta a condición suspensiva y por tanto el riesgo pertenece al artífice (vendedor), salvo que haya mora en la aprobación.

Si por ser colocada la materia, o al menos la principal, por parte de quien encarga la obra, habrá contrato de arrendamiento, y el riesgo se soluciona sobre la base del adagio *res perit domino*. Se señala que "la pérdida de la materia recae sobre su dueño. Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven" (art. 2000.1 y 2 CC).

Se establece que, aunque la materia no perezca por su culpa, el artífice no puede reclamar el precio o salario si no es cuando la obra ha sido reconocida y aprobada, o exista mora del que encargó en su aprobación, o si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice por su oficio haya debido conocer, o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno (art. 2000.3 CC). En el fondo, el riesgo pertenece al

deudor, es decir, al que encargó la obra, salvo que se den los casos de aprobación, mora o vicio de la materia suministrada por quien encargó, ya que en tal caso el acreedor deberá pagar el precio o renta y se quedará sin la obra encargada.

c) Contrato de sociedad

820 En el contrato de sociedad, el aporte puede ser en propiedad o en usufructo. Si es en propiedad, la sociedad como propietaria soporta el riesgo sin que esté obligada a restituir la cosa aportada: "Si se aporta la propiedad, el peligro de la cosa pertenece a la sociedad según las reglas generales, y la sociedad queda exenta de la obligación de restituirla en especie" (art. 2084.1 CC). La obligación de aportar se entiende cumplida y el socio mantiene todos sus derechos en la sociedad.

Si es en usufructo se dispone que la pérdida o deterioro de la cosa, no imputable a culpa de la sociedad, pertenecerán al socio que hace el aporte (art. 2084.2 CC). En realidad, el socio pierde la nuda propiedad, pero la sociedad pierde también el usufructo, y aún así el socio mantiene todos sus derechos.

Estas reglas son aplicaciones del adagio *res perit domino*.

No obstante, si el aporte consiste en cosas fungibles, en cosas que se deterioran por el uso, en cosas tasadas, o cuyo precio se ha fijado de común acuerdo, en materiales de fábrica o artículos de venta pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, pertenecerá la propiedad a ésta con la obligación de restituir al socio su valor (art. 2084.3 CC). En realidad, aquí estamos más bien ante una especie de mutuo o préstamo por parte del socio, y no de un aporte propiamente tal. Ya que si el aporte es de cosas genéricas y se ha ya cumplido, no existe derecho del socio a pedir su restitución.

No soluciona el Código el problema de quien se ha comprometido a aportar una cosa, y ésta se destruye antes de que se haga la transferencia del dominio o la constitución de usufructo sobre la cosa. Según alguna opinión debería aplicarse aquí que el riesgo es del deudor, ya que los demás socios pueden dar a la sociedad por disuelta (art. 2101 CC), pero la norma se coloca en el caso en que el aporte no se puede realizar por hecho o culpa del socio que prometió el aporte, y no que se haya perdido la cosa por caso fortuito.

De esta manera, se podría concluir que se vuelve al criterio de que el riesgo es del acreedor, es decir, de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: HENRÍQUEZ HERRERA, Ian, "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor. Una relectura del artículo 1550 del Código Civil a la luz de las fuentes", en F. Elorriaga De Bonis (edit.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, pp. 561-569, ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, "Corte de Apelaciones de Santiago y teoría de la imprevisión. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 14 de noviembre de 2006", en *Revista Chilena de Derecho* 34, 2007, 2, pp. 361-372; CAPRILE BIERMANN, Bruno, "La imprevisión", en *Actualidad Jurídica* 15, 2007, pp. 141-159; CASTILLO MAYORGA, Fernando Alfredo,

"Algunas reflexiones acerca de los efectos de la obligación de 'renegociar' un contrato desequilibrado", en F. Mantilla y C. Pizarro (coords.), *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al profesor Christian Larroumet,* Fundación Fernando Fueyo, 2008, pp. 115-136; MEJÍAS ALONZO, Claudia, "Exoneración de responsabilidad y excesiva onerosidad en los 'Principios del Derecho europeo de los contratos'", en A. Guzmán (edit.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo,* Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, pp. 359-386; MOMBERG URIBE, Rodrigo, "Análisis crítico desde el Derecho alemán y nacional de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la teoría de la imprevisión", en A. Guzmán (edit.), *Estudios de Derecho Civil III*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 637-657; MOMBERG URIBE, Rodrigo. "La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente", en *Revista Chilena de Derecho* 37, 2010, 1, pp. 43-72; MOMBERG URIBE, Rodrigo, "Teoría de la imprevisión: la necesidad de su regulación legal en Chile", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 15, 2010, pp. 29-64; ÁLAMOS VALENZUELA, Alberto, "Recepción de la imprevisión en el Código Civil chileno", en *Actualidad Jurídica*, 24, 2011, pp. 239-257; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, "Las consecuencias de la alteración sobrevenida de las circunstancias", en G. Figueroa, E. Barros y M. Tapia (coords.), *Estudios de Derecho Civil VI*, AbeledoPerrot, Santiago, 2011, pp. 297-320; MOMBERG URIBE, Rodrigo, "El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias", en *Cuadernos de Análisis* Jurídico (Universidad Diego Portales) 7, 2011, pp. 83-105; PIZARRO WILSON, Carlos, "¿Hay espacio para la revisión contractual por excesiva onerosidad sobrevenida? Los vaivenes de la imprevisión en la judicatura", en *GJ* 369, 2011, pp. 16-20; MOMBERG URIBE, Rodrigo, "Compraventa internacional de mercaderías: el deber de renegociación en caso de excesiva onerosidad sobrevenida", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 18, 2012, pp. 95-119; MOMBERG URIBE, Rodrigo, "Teoría de la imprevisión: desarrollo y perspectivas en Chile", en A. Mondaca y C. Aedo (coords.), *Nuevos horizontes del Derecho Privado,* Librotecnia, 2013, pp. 361-384; LETELIER JOFRÉ, Ignacio, "El resurgimiento de la teoría de la imprevisión como un asunto de lege ferenda en tiempos de pandemia y la apertura de la Corte Suprema para acogerla: comentario a la sentencia de la Corte Suprema Rol 28.122-2018", en *Revista Jurídica Digital* (Universidad de los Andes) 4, 2020, pp. 167-174; VARGAS WEIL, Ernesto, "Imprevisión y COVID-19: sobre el rol de los tribunales y la ley en tiempos de crisis", en *Revista Chilena de Derecho* Privado (Universidad Diego Portales), 37, 2021, pp. 161-183.

Capítulo quinto - La prescripción extintiva o liberatoria

I. NOCIONES GENERALES

1. Regulación

821 El Código Civil, al igual que el francés, optó por regular conjuntamente la prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva, quizás porque ambas tienen

como fin el asegurar la certeza jurídica y la estabilidad de las relaciones, y porque ambas tienen bastantes elementos comunes. Incluso hay reglas legales que se aplican a ambas (arts. 2492-2497 CC).

Como ya tratamos de la prescripción adquisitiva en nuestro Curso dedicado a los Bienes[68], aquí debemos estudiar la prescripción como modo de extinción de las obligaciones, siguiendo lo dispuesto en el art. 1567 Nº 10 que establece que las obligaciones se extinguen en todo o en parte por la prescripción, aunque aquí se advierte que se tratará de esta al fin del del libro IV.

2. Concepto, contenido y fundamentos

822 El Código define la prescripción extintiva conjuntamente con la adquisitiva: "La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales" (art. 2492.1 CC).

De aquí podemos extraer la definición de prescripción extintiva: es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales.

Se dispone que "una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción" (art. 2492.2 CC).

Aunque se señala que la prescripción extingue acciones y derechos ajenos, lo cierto es que en general se aplica a los derechos personales o créditos, y sólo por excepción a los derechos reales como el usufructo, uso y habitación. Lo normal en los derechos reales es que la acción para reclamarlos se extinga con la prescripción adquisitiva del mismo derecho (art. 2517 CC).

A diferencia de la prescripción adquisitiva que exige posesión además del transcurso de un tiempo legal, la prescripción extintiva sólo requiere de inactividad de las partes durante un lapso legal: "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones" (art. 2514.1 CC).

Los fundamentos de la prescripción extintiva son varios: primero, es una sanción para la desidia del acreedor al no cobrar su crédito, además es una confirmación de que el crédito ha sido pagado o se ha solucionado de otro modo, y finalmente tiende a la estabilización de las relaciones jurídicas, de manera que nadie tenga que guardar comprobantes de pagos por años y años y que incluso si fallece el deudor los herederos ante la demanda del acreedor tengan que probar que la deuda ha sido pagada, aunque hayan pasado diez o más años. El Derecho en estos casos

[68] Véase *Curso. Bienes*, pp. 325 y ss.

prefiere tolerar algunas injusticias en aras de la seguridad jurídica, sin la cual la justicia no es viable ni posible socialmente.

3. Caracteres

823 La prescripción extintiva se caracteriza por ser un *modo de extinción de acciones y derechos ajenos*, aunque también se sostiene que es un *modo de extinguir obligaciones*. En realidad, se trata de un modo de extinguir las obligaciones en cuanto civiles, pero permaneciendo como obligaciones naturales, de modo que si el deudor paga esa obligación el acreedor puede retener lo pagado porque se trata de un pago de lo debido.

La prescripción extintiva *opera de pleno derecho*, aunque *debe ser alegada* judicialmente (art. 2493 CC).

Es *irrenunciable* de manera anticipada. Sólo cabe la renuncia una vez que se han cumplido los plazos para que opere (art. 2494.1 CC). Esta característica es común a las dos prescripciones: adquisitiva o extintiva.

Es susceptible de *interrupción y de suspensión* (arts. 2518, 2520 y 2523).

Las reglas que rigen la prescripción extintiva son de *aplicación general*, y sin discriminación: "Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo" (art. 2497 CC).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CORREA FUENZALIDA, Guillermo, "Algunas ideas sobre prescripción extintiva", en *RDJ*, t. 15, Derecho, pp. 213-258; ACUÑA ANZORENA, Arturo, "La imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 37-38, 1941, pp. 3059-3080; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Fundamentos y alcances de la Ley N° 6.162, que reduce plazos de prescripción", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 45-46, 1943, pp. 181-218; CONTRERAS ABURTO, Luis, "Algunos aspectos de la prescripción extintiva", en *RDJ*, t. 42, Derecho, pp. 65-112; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Algunas consideraciones sobre la prescripción", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 58, 1946, pp. 635-644; 59, 1947, pp. 721-730; 60, 1947, 185-193; 62, 1947, pp. 473-476 y 63, 1948, pp. 83-87; MORALES HERRERA, Gonzalo, "La cláusula de aceleración en los pagarés y sus efectos en la prescripción", en *GJ* 98, 1988, pp. 3-6; CELIS RODRÍGUEZ, Rubén, "El artículo 2509 del Código Civil. Análisis crítico. En particular, la prescripción entre cónyuges", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 3, 1989, pp. 52-58; VERGARA VERGARA, René, "Naturaleza jurídica de la prescripción de la acción de petición de herencia. Comentario de una sentencia",en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de la Santísima Concepción) 12, 2004, pp. 327-336; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F.

Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 39-63; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Notas sobre la prescripción de las acciones de garantía, en especial la acción hipotecaria frente al principio de lo accesorio", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 399-430; UGARTE GODOY, José Joaquín, "La interrupción civil de prescripción. El alcance de la frase 'Todo recurso judicial'", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 175-185; AEDO BARRENA, Cristian y MONDACA MIRANDA, Alexis, "Momento a partir del cual debe empezar a computarse el plazo de prescripción de la querella de amparo. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 22 de marzo de 2012. Rol 899-2011", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte) 23, 2016, 2, pp. 299-310; CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, "Prescripción de la acción indemnizatoria en la ley de protección al consumidor: tendencias jurisprudenciales", en H. Corral (edit.), *Prescripción extintiva. Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 21, 2011, pp. 89-110; RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994; ESCALONA RIVEROS, Francisco, *La prescripción extintiva civil*, ConoSur, Santiago, 1997; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª edic., Prolibros, Valparaíso, 2020.

II. REQUISITOS

1. Prescriptibilidad de la obligación o de la acción

824 La regla general es que todas las obligaciones son susceptibles de extinguirse por prescripción.

Sólo por excepción hay acciones que son imprescriptibles. Por ejemplo, la acción de partición ya que el art. 1317 del Código Civil señala que ella siempre podrá pedirse, salvo que haya pacto de indivisión. Lo mismo sucede con las acciones de reclamación de la filiación (arts. 195 y 320 CC), con las acciones de demarcación y cerramiento que se mantienen mientras dura el dominio (arts. 842 y 846 CC), con las acciones para precaver un daño que no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo (art. 950.2), con la acción contra obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso (art. 937 CC), con la acción de petición de alimentos forzosos que, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda, se extingue por la muerte del alimentario, salvo que éste se trate de descendiente o hermano, casos en los que se extinguirán cuando cumplan 21 o 28 años (art. 332 CC).

Se ha sostenido que las acciones de nulidad de derecho público o las de responsabilidad del Estado no prescribirían porque, siendo su régimen

constitucional, la Constitución no les pone plazo para su extinción. Pero esto no es así: la nulidad de derecho público puede ser a veces nulidad de pleno derecho y a veces nulidad sujeta a declaración judicial. Si es nulidad de pleno derecho la acción para constatarla no prescribe, pero sí prescriben por prescripción adquisitiva las prestaciones que se hubieren efectuado. Si se trata de nulidad sujeta a declaración judicial deberá, a falta de norma especial, aplicarse el plazo de 10 años previsto por el Código Civil (art. 1683 CC).

Tratándose de responsabilidad por parte del Estado o sus agentes, no habiendo disposición legal especial, debe aplicarse el plazo de cuatro años previsto por el Código Civil para la acción de responsabilidad civil extracontractual (art. 2332 CC). Aún así, la Corte Suprema ha seguido sosteniendo que la responsabilidad civil del Estado derivada de violaciones a los derechos humanos calificados como delitos de lesa humanidad o crímenes de genocidio y otros condenados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es imprescriptible, ya que siendo imprescriptible la acción penal no se entiende que prescriba la acción civil. No obstante, los instrumentos que se invocan en favor de la imprescriptibilidad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se refieren a la imprescriptibilidad de la acción penal y no de la civil. Aunque el pleno de la Corte Suprema por sentencia dictada en conformidad al art. 780 del Código de Procedimiento Civil (sentencia de 21 de enero de 2013, rol Nº 10.665-2011) determinó por mayoría de nueve votos contra siete, las salas de la misma Corte no se han sentido obligadas a seguir dicho precedente y siguen declarando imprescriptible la acción de responsabilidad civil derivada de delitos contra los derechos humanos.

No obstante, en estos casos debe prevalecer el criterio general que es de la prescriptibilidad, y a falta de norma especial se debe aplicar el plazo de cuatro años (art. 2332 CC), dado que el Código señala que las normas de prescripción se aplican tanto al Estado como a los particulares (art. 2497 CC), si bien el plazo puede contarse desde que las víctimas pudieron hacer valer su derecho ante los tribunales, que la sentencia del pleno pone en la fecha del Informe Rettig.

Se ha discutido si las excepciones procesales son o no imprescriptibles. Por una parte, se señala que son prescriptibles ya que no hay disposición expresa que determine lo contrario. Pero, por otra, se señala que la excepción es la reacción a la demanda del actor y, por tanto, no se puede decir que quien interpone la excepción haya estado en inactividad. Pero hay excepciones que funcionan como acción, como por ejemplo la de nulidad. En estos casos, las excepciones sí podrán prescribir, ya que la acción prescribe y con ello se sanea el acto jurídico.

2. Lapso legal

825 La misma definición de prescripción establece que ella procede por "no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo..." (art. 2492. 1 CC). El plazo se computa, en general, desde el momento en que la obligación se ha

hecho exigible y se computa conforme a las reglas de los arts. 48 a 50 del Código Civil.

Los plazos en concreto los veremos al estudiar las clases de prescripción: de largo tiempo, de corto tiempo y especiales.

Los plazos son establecidos por la ley. Sólo en casos especiales las partes pueden estipular un plazo de prescripción: por ejemplo, para la prescripción de la acción redhibitoria que la ley fija en seis meses para muebles y un año para inmuebles, pero se señala que ello será en la medida en que las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo (art. 1866 CC). En cambio, para el pacto de retroventa (art. 1885.1 CC) o comisorio (art. 1880) las partes sólo podrían reducirlo, el plazo legal para ambos es de cuatro años.

No obstante, algunos autores de la doctrina nacional postulan que los plazos pueden ser reducidos por la voluntad de las partes, pero no ampliados. Nos parece que aquí podría darse un supuesto de caducidad convencional, pero no de prescripción, ya que tratándose de una institución de derecho público, sólo si la ley ha dado esta facultad a las partes ellas podrían modificar, ya sea ampliar o reducir, el plazo legal.

Otra cuestión que ha producido abundante jurisprudencia y que tiene que ver con el momento en que se hace exigible la obligación se refiere a las llamadas *cláusulas de aceleración*. Se trata de obligaciones que se pactan en cuotas periódicas, a veces por 15, 20 o 30 años, y en que se estipula que el retraso en el pago de una de las cuotas "acelerará" el vencimiento de todas las restantes, por lo que la obligación se hará exigible por el total que no ha sido satisfecho. Nos remitimos al lugar donde tratamos más específicamente de estas cláusulas como forma de caducidad convencional[69].

3. Inactividad de acreedor y de deudor

826 Durante todo el lapso de tiempo el acreedor no debe actuar para ejercer su derecho, ya que si lo hace se interrumpirá civilmente la prescripción. Se exige, por tanto, que el acreedor no haya comparecido en tribunales para ejercer su crédito.

Por otro lado, el deudor no debe haber reconocido la deuda, ya sea en forma expresa o tácita, ya que en este caso se habrá interrumpido naturalmente la prescripción.

En ambos casos, comenzará un nuevo plazo de prescripción salvo que la interrupción se tenga por no acaecida, según veremos más adelante.

4. Que no esté renunciada anticipadamente

[69] Véase Nº 857.

827 Se dispone que "La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida" (art. 2494.1 CC).

La renuncia puede ser expresa o tácita. Es tácita "cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho [...] del acreedor; por ejemplo, cuando [...] el que debe dinero paga intereses o pide plazo" (art. 2494.2 CC).

Para renunciar se necesita ser capaz de enajenar (art. 2495 CC). Y ya tratando de la prescripción extintiva se señala que "El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor" (art. 2496 CC), es decir, la renuncia sólo afecta al deudor y no a otros obligados a la deuda, como sería el fiador, el codeudor solidario o el tercero poseedor de una garantía real.

5. Alegación

828 Aunque la prescripción opera de pleno derecho al cumplirse el plazo de prescripción, es necesario alegarla. Dice el Código, en las reglas comunes a ambas prescripciones, que "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio" (art. 2493 CC).

La alegación en procedimientos ordinarios se hará mediante excepción perentoria, y constituye una de las llamadas excepciones anómalas que pueden oponerse en cualquier etapa del proceso (art. 310 CPC).

En cambio, la prescripción de la acción ejecutiva debe ser declarada por el juez de oficio (art. 442 CPC) y si no lo hace el deudor debe plantear esa excepción en el escrito de oposición a la demanda (arts. 464.17º CPC y 459 y ss. CPC).

Se ha preguntado si es posible alegar la prescripción extintiva por vía de acción, por ejemplo si se busca liberar de hipoteca un inmueble dado que la obligación principal está prescrita. La ley no lo impide por lo que procederá que se demande al acreedor respectivo, o a sus herederos, la declaración de la prescripción de la obligación principal y, en consecuencia, de la obligación hipotecaria.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CONTRERAS ABURTO, Luis, "De la renuncia de la prescripción", en *RDJ*, t. 43, Derecho, pp. 86-100; MÉNDEZ EYSSAUTIER, Héctor, "De la alegación de la prescripción", en *RDJ*, t. 43, Derecho, pp. 101-140; RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, "Sobre la forma procesal de alegar la prescripción", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 61, 1947, pp. 295-307; ACUÑA ANZORENA, Arturo, "La imprescriptibilidad de la acción de simulación absoluta", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 37-38, 1941, pp. 3059-3080; CORREA FUENZALIDA, Guillermo, "Algunas ideas sobre prescripción extintiva", en *RDJ*, t. 15, Derecho, pp. 213-258; GUÍÑEZ C., Miguel Luis, "De la prescripción de la acción rescisoria", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 3, 1933, pp. 25-37; CONTRERAS ABURTO, Luis, "Algunos aspectos de la prescripción extintiva", en *RDJ*, t. 42, Derecho, pp. 65-112; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón, "Algunas consideraciones sobre la prescripción", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 58, 1946,

pp. 635- 644; 59, 1947, pp. 721-730; 60, 1947, 185-193; 62, 1947, pp. 473-476 y 63, 1948, pp. 83-87; CORRAL TALCIANI, Hernán, "La prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas de incumplimiento de contratos de concesiones", en H. Corral (edit.) *La prescripción extintiva Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes) 21, 2011, pp. 63-88; WAHL SILVA, Jorge, "Prescripción y nulidad: saneamiento por el transcurso del tiempo y supuesta imprescriptibilidad de la excepción de nulidad", en H. Corral (edit.) *La prescripción extintiva Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes) 21, 2011, pp. 17-23; VERGARA BEZANILLA, José Pablo, "Aceptación jurisprudencial de la doctrina de que la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual empieza a correr desde la perpetración del acto ilícito y no a contar de la producción del daño", en H. Corral (Edit.), *Prescripción extintiva. Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 21, 2011, pp. 23-58; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, "Del día de inicio del plazo de prescripción de una acción indemnizatoria cuando el perjuicio se ha manifestado con posterioridad al hecho que lo origina", en H. Corral (edit.), *Prescripción extintiva. Estudios sobre su procedencia y funcionamiento en Derecho Público y Privado*, Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), 21, 2011, pp. 39-61.

III. PRESCRIPCIONES DE LARGO TIEMPO

1. Acciones ordinarias y ejecutivas

829 El Código Civil dispone que "este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las ordinarias" (art. 2515.1 CC).

Veamos en primer lugar la prescripción de las acciones ordinarias: el plazo de cinco años se cuenta de que se hizo exigible la obligación (art. 2514.2 CC). Como se habla de acciones ordinarias, este plazo de prescripción se aplica en general a toda obligación o acción que no tenga un plazo especial de prescripción en el Código Civil, como sucede con la acción resolutoria o la de indemnizar perjuicios por incumplimiento contractual.

Respecto de las acciones ejecutivas, que son las que provienen de títulos ejecutivos, se establece que el plazo será de tres años y nuevamente se contará desde que se haya hecho exigible la obligación (art. 2514.2 CC). Pero en este caso se produce una conversión de la acción ejecutiva en una ordinaria, aunque sólo por dos años más: "La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos" (art. 2515.2 CC).

Se discute si efectivamente es la acción ejecutiva la que prescribe, o si más bien lo que prescribe es el mérito ejecutivo ya que la acción subsiste como ordinaria. Algunos autores sostienen que lo que habría aquí sería una caducidad legal de la acción ejecutiva, pero esto nos parece incompatible con la subsistencia de la acción

como ordinaria, ya que si la acción ejecutiva caduca no se entiende que se mantenga como ordinaria. Pensamos que la acción ejecutiva prescribe como ejecutiva y que, una vez prescrita, permanece la ordinaria por dos años más, hasta completar los cinco años. Siempre que existe acción ejecutiva hay también una acción ordinaria, sólo que sin título ejecutivo.

Existen reglas especiales para algunos títulos ejecutivos, como las letras de cambio y los pagarés: el plazo es de un año desde el día del vencimiento, y no deja subsistente la acción ordinaria, aunque esta se extinguirá por la prescripción de las acciones ordinarias salvo que haya habido novación (arts. 98-101 ley Nº 18.092, de 1982). También para cheques protestados en que se dispone que el plazo de prescripción es un año desde la fecha del protesto (art. 34 D.F.L. Nº 707, de 1982).

2. Acciones accesorias

830 Las acciones accesorias son las que provienen de contratos accesorios y que tienen por objeto garantizar una obligación principal. Se sigue aquí el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal: "La acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden" (art. 2516 CC).

Este es el principio general. El problema que se produce es si la obligación accesoria, como la prenda, la fianza o la cláusula penal no constan de título ejecutivo, mientras que la obligación principal sí cuenta con este título. Esto no se produce para la hipoteca ya que ella debe pactarse por escritura pública y, por tanto, tiene el respaldo de un título ejecutivo. Nos parece que en ambos casos, la prescripción que debe aplicarse es la de las acciones ejecutivas, pero teniendo en cuenta que, una vez transcurridos los tres años, la acción subsiste como ordinaria por otros dos años.

Es complejo determinar si la obligación accesoria puede prescribir de manera autónoma, por ejemplo, si la obligación principal ha sido interrumpida en su prescripción pero no la acción accesoria. Nos parece que en este caso predomina el plazo de prescripción de la obligación de garantía por sobre el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que si prescripción de la obligación principal ha sido interrumpida, pero no lo ha sido de la obligación accesoria, esta deberá extinguirse en los plazos propios de las acciones ejecutivas u ordinarias.

3. Acciones derivadas de derechos reales

831 La regla general de la prescripción de las acciones de derechos reales es que se se extinguen por la prescripción adquisitiva del respectivo derecho por un tercero. Así lo señala el Código: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho" (art. 2517 CC).

La regla se aplica a los derechos reales de goce, como el dominio y el derecho real de herencia. No a los derechos reales de garantía, ya que estos se extinguen cuando prescribe la obligación principal que garantizan, salvo que pueda aplicarse

un plazo de prescripción distinto por el hecho de que la prescripción de la obligación principal esté interrumpida o suspendida. Para el derecho real de censo sólo se regula la prescripción adquisitiva (art. 2512.1º CC).

No hay duda de que las servidumbres se extinguen por el simple no uso, en el plazo de tres años en las servidumbres discontinuas desde que hayan dejado de ejercerse y en las servidumbres continuas desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre (art. 885.5º CC).

Pero se discute esto respecto del derecho real de usufructo, lo que se extiende a los derechos reales de uso y habitación que se extinguen de la misma manera que el usufructo (art. 812 CC). La cuestión surge de la norma que señala que el usufructo se extingue "por prescripción" (art. 806 CC).

Los argumentos que se dan en favor de que se aplique la prescripción extintiva son varios: primero, que si ya se dijo que el usufructo podía adquirirse por prescripción (art. 766.4º CC) no se entiende que se diga que el usufructo se extingue por la prescripción extintiva; en segundo lugar, que el art. 806 del Código Civil no distingue, por lo que debe entenderse que también incluye la prescripción extintiva; en tercer lugar, que siendo un gravamen del dominio si no es ejercido por su titular por cierto lapso de tiempo debe entenderse que no le presta utilidad alguna, mientras que el nudo propietario resulta limitado en sus facultades.

Por la otra posición también hay argumentos: primero que sobre el usufructo hay una especie de propiedad, de modo que el usufructuario es dueño del derecho real de usufructo, de modo que siendo así, al igual que el dominio, el usufructo no puede extinguirse por prescripción extintiva, sino sólo por la adquisitiva; segundo, que el art. 806 al hablar de prescripción debe entenderse restringida a la prescripción adquisitiva; tercero que el que el titular no haga uso de su derecho no implica necesariamente que no tenga utilidad para él, porque bien podría ejercerlo luego del plazo de prescripción.

Por cierto, al no fijarse un plazo para la prescripción extintiva no habría más que aplicar el plazo de cinco años que es el que procede para las acciones ordinarias (art. 2515.1 CC), y deberá contarse desde que cese el usufructuario en el ejercicio del usufructo.

Nos parece que la posición que ve en el art. 806 una forma de prescripción extintiva cuenta con mejores argumentos que la contraria. Además, porque si el Código Civil admite la prescripción extintiva del derecho real de servidumbre, no se entiende que no puedan prescribir las acciones reales del usufructuario, usuario o habitador, ya que como se sabe estas en el Derecho romano eran también servidumbres aunque personales.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía", en M. Tapia, J. Gaitán, D. Juricic, M. Salah, F. Mantilla (edits.), *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga,* Editorial Jurídica de

Chile, Santiago, 2008, pp. 39-63; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Notas sobre la prescripción de las acciones de garantía, en especial la acción hipotecaria frente al principio de lo accesorio", en C. Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, LegalPublishing, Santiago, 2009, pp. 399-430.

IV. PRESCRIPCIONES DE CORTO TIEMPO

1. Prescripciones presuntivas de pago

a) La razón de la denominación

832 Estas prescripciones son llamadas presuntivas de pago porque se refieren a actos jurídicos o servicios que por regla general se pagan al contado y luego de recibir la cosa o servicio. Por ello se les asigna un tiempo más breve que va de uno a tres años, ya que una vez transcurrido ese tiempo la ley las presume pagadas o al menos condonadas.

b) Artículos que se venden al menudeo

833 El Código Civil dispone un plazo de prescripción de un año, para "la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos por el precio de los artículos que despachan al menudeo" (art. 2522.1 CC).

Respecto de los sujetos cuando se habla de mercaderes, se está hablando de comerciantes. Si se trata de proveedores se refiere a comerciantes que actúan como abastecedores de ciertas mercaderías en beneficio de instituciones. Los artesanos son aquellas personas que venden los productos que ellos mismos realizan o fabrican, ya sea por sí mismos o por ayudantes de un taller. A hablar de precio, la norma se refiere al contrato de compraventa (o al menos al de permuta).

Se discute qué significa "artículos que se despachan al menudeo". Obviamente se trata de cosas muebles, pero el que se despachen presenta la duda de si la venta se hace para remitir el artículo a otro lugar o si es posible que sea una venta o permuta que se realiza en el mismo lugar.

Finalmente se discute la expresión "al menudeo". Para algunos debe aplicarse la regla del Código de Comercio que se refiere a este tipo de ventas, y que dispone que "se considera comerciante por menor al que vende directa y habitualmente al consumidor" (art. 30.3 CCom). Pero para otros debe usarse el sentido usual de la palabra y que consiste en ventas de cosas "menudas" o de pequeña cuantía, aunque no se haga directamente al consumidor. En realidad, el Diccionario de la Lengua Española señala que menudeo significa venta al por menor. En suma, nos parece que menudeo significa ventas al por menor, es decir, a aquellas de escasa cuantía que se hacen a consumidores.

Si se trata de proveedores es más complejo que su actividad pueda calificarse como de venta al por menor, ya que normalmente el suministro de productos se hará más bien al por mayor.

El plazo se cuenta desde que se realiza la venta al menudeo.

c) Servicios que se prestan periódica o accidentalmente

834 También prescriben en un año las acciones de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente. Así lo dispone el Código, aunque con ejemplos que ya no tienen vigencia en la actualidad: "La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente; como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc." (art. 2522.2 CC).

Por cierto, hoy no existen posaderos, acarreadores, mensajeros ni barberos. Pero pueden darse algunos ejemplos de servicios periódicos: por ejemplo, el peluquero o un lavaseco al que se lleva periódicamente ropa para limpiar. También de servicios accidentales como los de un lustrabotas al cual un peatón le pide que lustre sus zapatos sin que sea periódico o un receptor judicial que cobra por una gestión de notificación.

Una cuestión a determinar es desde cuándo se cuenta el plazo: si son servicios periódicos desde que se presta el último, salvo que se paguen unitariamente. Si son accidentales desde que se ha prestado el servicio.

d) Honorarios de profesionales liberales

835 El Código establece un plazo de dos años para la prescripción de honorarios de los que ejercen una profesión liberal: "Prescriben en dos años los honorarios de jueces, abogados, procuradores; los de médicos y cirujanos; de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general, de los que ejercen cualquiera profesión liberal" (art. 2521.2 CC).

Lo importante es que se trate de honorarios, es decir, no de remuneraciones por un contrato de trabajo, y que ellos surjan por el ejercicio de una profesión liberal. Las de abogados, médicos, profesores, ingenieros y agrimensores requieren de título profesional otorgado por Universidades. Pero esto no es necesario ya que puede tratarse de un contador o de una modelo que trabajan a honorarios, y que no tienen título profesional o es dado no por una Universidad sino por un Instituto Profesional o Centro de Formación Técnica.

El Código menciona a los jueces, pero estos normalmente son funcionarios públicos y reciben un sueldo por ello. Esto sólo se aplicaría a los jueces árbitros que sí trabajan a honorarios, aunque muchas veces lo hacen a través de sociedades de personas.

Se menciona también a los procuradores, es decir, a los mandatarios judiciales, pero esto se entiende siempre que trabajen a honorarios, es decir, sin contrato de trabajo. Los demás mandatarios no se rigen por esta prescripción a menos que ejerzan el encargo como parte de una profesional liberal, como por ejemplo un abogado.

Una cuestión que se discute es desde cuándo se cuentan los dos años de prescripción. Si se trata de un solo servicio, no hay problemas porque el plazo se contará desde la realización de ese servicio. El problema es si el servicio no consiste en un solo acto, sino en una serie continuada de actuaciones: por ejemplo, el médico que atiende un paciente durante una enfermedad que dura cierto tiempo o el abogado que toma un juicio que puede durar dos o tres años. En estos casos, habrá que estarse a lo que se ha pactado para el pago de los honorarios, pero si nada se ha pactado hay consenso en que el plazo debe contarse desde el último acto de servicio.

e) Impuestos

836 La ley Nº 10.271 intentó unificar las prescripciones en materia tributaria y agregó como inciso 1º del art. 2521 la siguiente regla: "Prescriben en tres años las acciones a favor o en contra del Fisco y de las Municipalidades provenientes de toda clase de impuestos".

Se dio un plazo de tres años de prescripción para las acciones a favor en contra del Fisco y de las Municipalidades que provengan de toda clase de impuestos.

No obstante, el Código Tributario en sus arts. 200 y 201 reguló de manera diversa la prescripción de los tributos fiscalizados por el Servicio de Impuestos Internos. Así se dispone que "El Servicio podrá liquidar un impuesto, revisar cualquiera deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que hubiere lugar, dentro del término de tres años contado desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago" (art. 200.1 CTr). Pero se aumenta a seis años si el contribuyente no hubiere presentado la declaración o si esta es maliciosamente falsa (art. 200.2 CTr). No obstante, si el contribuyente es citado se entienden los plazos aumentados en tres meses (art. 200.4 CTr).

Estos plazos de prescripción se interrumpirán en tres casos: 1°) Desde que intervenga reconocimiento u obligación escrita; 2°) Desde que intervenga notificación administrativa de un giro o liquidación; y 3°) Desde que intervenga requerimiento judicial (art. 201.2 CTr). Si se interrumpe por reconocimiento u obligación escrita, sucede a la prescripción la de largo tiempo del art. 2515 del Código Civil. Si se interrumpe por notificación administrativa, comienza a correr un nuevo término de tres años, que sólo se interrumpirá por el reconocimiento u obligación escrita o por requerimiento judicial (art. 201.3 CTr).

Esta prescripción no se suspende, aunque sí se interrumpe conforme al art. 2523. Las obligaciones tributarias reguladas por el Código Tributario se interrumpen conforme a su art. 201. También se suspenden si el Servicio está impedido, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 24 (reclamación del contribuyente), de girar la totalidad o parte de los impuestos comprendidos en una liquidación cuyas partidas o elementos hayan sido objeto de una reclamación tributaria (art. 201.5 CTr).

2. Prescripciones especiales

837 Las prescripciones especiales de corto tiempo no están reguladas en el Título de la Prescripción, sino que existe un solo artículo sobre ellas: "Las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos, se mencionan en los títulos respectivos, y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla" (art. 2524 CC).

Como se señala, estas prescripciones son de corto tiempo, es decir, inferiores a los cinco años, y se encuentran en el Código Civil a propósito de diversas acciones. Veamos algunos ejemplos: prescripciones de las acciones de filiación (arts. 206, 212, 213, 214, 216, 217, 218 CC) o de nulidad del reconocimiento (art. 202 CC), prescripción de las acciones posesorias (arts. 920 y 928), prescripción de ciertas acciones contractuales, como la derivada del pacto de retroventa (art. 1885 CC), de retracto (art. 1886 CC), del pacto comisorio (art. 1880 CC), de la responsabilidad por evicción (art. 1856 CC, aunque la prescripción para la restitución del precio se rige por las reglas generales, es decir se aplica el art. 2515 CC) o por vicios ocultos o redhibitorios, en que se distingue si trata de la acción redhibitoria o la acción *quanti minoris* (de rebaja del precio). Para ambas se distingue entre cosas muebles e inmuebles, si se trata de cosas muebles la acción de rescisión prescribe en seis meses y en un año para los inmuebles (art. 1866 CC); en cambio, la *quanti minoris* tiene un plazo mayor: muebles, un año e inmuebles, dieciocho meses (art. 1869 CC). Se sostiene que la indemnización de perjuicios prescribe según las reglas generales, pero esto nos parece discutible (art. 1867 CC).

Igualmente se establece la prescripción de la acción por evicción en la partición (art. 1345.2 CC) y para las acciones del pupilo contra el tutor o curador (art. 425 CC).

Para otras acciones se establecen plazos menores a los cinco años como la acción de nulidad relativa (arts. 1691 y 1692 CC), la acción de reforma de testamento (art. 1216 CC), la de lesión enorme en la compraventa (art. 1896), la de la acción pauliana o revocatoria (art. 2468.3º CC), la acción de revocación de la donación por ingratitud (art. 1430 CC) o por incumplimiento de la carga impuesta (art. 1427 CC), la acción por venta de predios según cabida (art. 1834 CC), acción para rescindir donaciones que mermen el crédito de participación en los gananciales (art. 1792-24.2 CC), acción de nulidad de renuncia de gananciales (art. 1782.3 CC).

Las servidumbres se extinguen por el transcurso de tres años sin uso (art. 885.5º CC), y la acción para pedir indemnización de perjuicios prescribe en cuatro años desde la perpetración del acto (art. 2332 CC).

En algunos casos más que prescripción se trata de una caducidad legal, como la que opera en las acciones de filiación o en el derecho a mantener la compraventa con pacto comisorio calificado pagando en el plazo de veinticuatro horas de notificada la demanda (art. 1879 CC).

V. La interrupción de la prescripción

1. Interrupción natural de la prescripción

838 El Código distingue entre interrupción natural e interrrupción civil. La natural es la que procede de actos del deudor: "La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.— Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente" (art. 2518.1 y 2 CC).

La interrupción natural es análoga a la renuncia de la prescripción, sólo que la renuncia debe hacerse una vez vencido el plazo mientras que la interrupción natural se produce durante el transcurso del plazo. Se aplica por analogía la exigencia de que el deudor sea capaz (art. 2495 CC).

El reconocimiento de la deuda puede ser expreso o tácito. Es expreso si así se manifiesta expresamente ya sea por acto unilateral del deudor o por un pacto con el acreedor. Pero lo usual es que el reconocimiento sea tácito, por ejemplo si el deudor pide una prórroga del crédito, paga parte del crédito por ejemplo los intereses, otorga nuevas garantías, etc.

2. Interrupción civil de la prescripción. Algunas discusiones

839 La interrupción civil de la prescripción extintiva, dispone el Código Civil, se produce con la demanda judicial: "Se interrumpe civilmente por la demanda judicial..." (art. 2518.3 CC).

Esto ha suscitado varias discusiones. Primero, sobre qué debe entenderse por demanda judicial. Para algunos la demanda judicial es un término técnico del derecho procesal y que corresponde al escrito por el cual el demandante interpone su acción. Se sostiene que en este caso se habla de "demanda" y no de "todo recurso judicial" como se refiere a la interrupción civil de la prescripción adquisitiva (art. 2503.1 CC), por lo que es necesario restringir la expresión de demanda. No obstante, la jurisprudencia ha reconocido que demanda aquí está tomando en su sentido amplio como toda gestión presentada ante los tribunales que manifieste que el acreedor pretende cobrar su crédito. Por ello, se ha señalado que las vías preparatorias para la vía ejecutiva, las medidas prejudiciales para asegurar el cobro del crédito, la gestión de desposeimiento de la finca hipotecada, son idóneas para interrumpir civilmente la prescripción extintiva.

En segundo lugar, se ha debatido si la demanda judicial ante tribunal incompetente produce o no interrupción de la prescripción. Como se trata de demanda judicial y que muestra que el acreedor ha cesado en su inactividad no parece haber problemas para admitir que la prescripción sea interrumpida incluso si la demanda se presenta ante tribunal incompetente.

El problema más arduo de resolver es si basta la presentación de la demanda dentro del plazo aunque la notificación se haga una vez vencido este término, o si la demanda sólo interrumpe la prescripción desde que se notifica, de modo que la

notificación debe realizarse antes del vencimiento del plazo. La opinión mayoritaria es que la demanda interrumpe la prescripción en la medida en que ella sea notificada al demandado antes del vencimiento del plazo. Pero en el último tiempo se ha venido sosteniendo que basta que la demanda se presente dentro del plazo de prescripción, aunque sea notificada después del plazo, ya que la notificación retrotrae sus efectos a la fecha de la demanda. Así lo planteó tempranamente José Clemente Fabres[70], y ha sido acogida por distinguidos civilistas como Ramón Domínguez Águila, Daniel Peñailillo y Carlos Pizarro. No obstante, la Corte Suprema ha retornado al criterio tradicional de que es la notificación la que produce la interrupción y, por lo tanto, que ella debe efectuarse dentro del plazo legal previsto, lo que es apoyado por otros destacados civilistas como Ruperto Pinochet y Jaime Alcalde.

Por nuestra parte, estimamos que la sola presentación de la demanda es suficiente para interrumpir la prescripción si se realiza dentro del plazo, pero si la notificación de ella no se produce en un tiempo razonable u ordinario, deberá aplicarse la causal de falta de eficacia de la interrupción consistente en que la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal (art. 2503.1º CC). Si son varios los demandados, la presentación de la demanda interrumpe la prescripción respecto de todos, aunque no sean deudores solidarios, pero si respecto de alguno de ellos la demanda no se notifica en un plazo razonable se aplicará la misma causal de ineficacia de la interrupción.

3. Interrupción civil. Casos en los que no tiene lugar

a) Falta de notificación legal de la demanda

840 El Código señala que "sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes: 1º. Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal" (art. 2503.2 CC). En tal caso, "se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda" (art. 2503.3 CC).

Por cierto, si la demanda no se notifica o no se notifica en un plazo razonable, debe entenderse que no se ha hecho en forma legal, y por tanto que no se ha interrumpido la prescripción.

Pero también si la notificación es declarada nula por un incidente de nulidad procesal (art. 83 CPC).

b) Desistimiento de la demanda

841 Se dispone que la interrupción no tendrá efectos si "el recurrente desistió expresamente de la demanda" (art. 2503.2.2º CC).

La verdad es que no tiene mayor relevancia que no se interrumpa la prescripción, ya que según el Código de Procedimiento Civil el desestimiento de la

[70] FABRES, José Clemente, *Instituciones de Derecho Civil chileno*, Imprenta y Librería Ercilla, 2ª edic., Santiago, 1902, t. II, nt. 95, pp. 446-447.

demanda, una vez notificada, si es aceptado por el tribunal extingue las acciones a que se refiera el juicio con relación a las partes litigantes y a los personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio al que se pone término (art. 150 CPC).

Si se extingue la acción, no se ve cómo podría volver a intentarse.

c) Abandono del procedimiento

842 El Código Civil dispone que la interrupción no producirá efectos: "si [...] se declaró abandonada la instancia" (art. 2503.2.2º CC).

La ley Nº 18.705, de 1988, cambió el nombre de esta institución a "abandono del procedimiento" pero se olvidó de modificar la norma del Código Civil, mas sin duda se refiere al abandono del procedimiento regulado en los arts. 152 a 157 del Código de Procedimiento Civil.

Se entiende abandonado el procedimiento cuando todas las partes han cesado en su prosecución durante seis meses, contados desde la última resolución recaída en una gestión útil para dar curso progresivo a los autos.

En este caso sí tiene importancia la privación de efectos de la interrupción ya que el Código de Procedimiento Civil dispone que "no se entenderán extinguidas por el abandono las acciones o excepciones de las partes; pero éstas perderán el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio" (art. 156 CPC).

Al no extinguirse las acciones se podrá demandar nuevamente y la prescripción no se entenderá interrumpida por lo que seguirá transcurriendo el plazo para la prescripción.

d) Sentencia absolutoria

843 Se ha discutido si la sentencia que absuelve al deudor, rechaza la demanda por vicios formales o de fondo. La jurisprudencia ha estado dividida, en todo caso la demanda rechazada por incompetencia del tribunal sí interrumpe la prescripción. Lo mismo si una sentencia declara la inadmisibilidad del título ejecutivo.

Si la sentencia es absolutoria para el demandado por razones de fondo, ya sea porque la obligación se ha pagado o porque no se probó esa obligación, en tal caso no tiene mucha relevancia que no se interrumpa la prescripción, ya que si el demandado vuelve a ser sometido a juicio le bastará con oponer la excepción perentoria de cosa juzgada.

Pero si se rechaza por falta de prueba, la obligación subsiste como natural (art. 1470.4º CC).

4. Efectos de la interrupción

844 La interrupción, tanto civil como natural, hace perder el tiempo transcurrido de prescripción, y da comienzo a un nuevo plazo, desde el reconocimiento del deudor

(interrupción natural) o desde la demanda judicial (interrupción civil), suponiendo que el acreedor no logra el pago del total de la deuda.

Pero si se producen algunas de las causales de ineficacia de la interrupción, no se pierde el tiempo transcurrido y proseguirá el plazo de prescripción original.

En todo caso la eficacia de la interrupción es relativa y afecta sólo al deudor que reconoce o al que es demandado. Así lo dispone expresamente el Código para la interrupción civil: "sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción" (art. 2503.2 CC).

Hace excepción a esto las obligaciones solidarias, tanto activa como pasivamente. Es lo que se dispone en el Código Civil: "la interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516"[71]. Como se aprecia en las obligaciones con pluralidad de sujetos la interrupción, natural o civil, que aprovecha a un coacreedor no beneficia a los otros y la que opera en perjuicio de uno de los codeudores no perjudica a los demás.

No obstante, si se trata de una obligación solidaria, en tal caso la interrupción que favorece a un coacreedor aprovecha a los demás, y la que afecta a uno de los codeudores solidarios afecta también a sus codeudores. La excepción de que no se haya renunciado a la solidaridad conforme al art. 1516 es superflua, ya que si la solidaridad se ha renunciado totalmente, la obligación ya no es solidaria y si la renuncia opera respecto de un deudor solidario, en tal caso este ya no es deudor solidario y por tanto no se ve afectado por la interrupción de la prescripción que opere en perjuicio de alguno del resto de los codeudores solidarios.

Aunque aquí no hay norma relativa a las obligaciones indivisibles, sí la hay cuando se regulan estas obligaciones aunque se restringe sólo a la indivisibilidad pasiva: "La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto de los otros" (art. 1529 CC)[72].

Se discute si la interrupción de la prescripción de la obligación principal se extiende a las obligaciones de garantía que afectan a terceros. Un argumento para señalar que sí los afecta es que conforme al art. 2516 el plazo de prescripción es el mismo de las obligaciones accesorias que el de las principales, de modo que no se entendería que el plazo se interrumpiera sólo para la obligación principal y no para la obligación accesoria, teniendo además en cuenta que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Se agrega que si bien el art. 2519 afirma la relatividad del acto interruptivo, ello sólo procede para las obligaciones con pluralidad de sujetos.

No obstante, se argumenta también a favor de que no son perjudicados los terceros garantes si no se les demanda expresamente, ya que el principio general es el de la relatividad de los efectos como se dispone en los arts. 2503 inc. 2º y 2519

[71] Véase Nº 225.

[72] Véase Nº 255.

del Código Civil, que el hecho de que el plazo de prescripción sea el mismo conforme al art. 2516 no quiere decir que si se interrumpe uno esa interrupción no se extienda al plazo de las obligaciones accesorias; que extraer esta consecuencia es llevar demasiado lejos el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y que aquí debe prevalecer la idea de que la obligación de garantía de un tercero es una obligación diversa y autónoma.

A todos estos argumentos, podemos agregar que si la interrupción es una forma de renuncia a la prescripción pero pasado el tiempo legal, puede aplicarse por analogía la norma del art. 2496 que dispone que el fiador puede oponer al acreedor la prescripción, aunque haya sido renunciada por el deudor principal. De esta manera, estamos ante un tercero garante (fiador) que a pesar de que su obligación es accesoria puede oponer la excepción de prescripción, aunque haya sido renunciada por el deudor principal. Si es así, el fiador podría oponer la prescripción aunque la obligación principal esté interrumpida.

Los efectos de la interrupción duran según si es natural o civil. La interrupción natural, el reconocimiento del deudor de la obligación, se agota en el mismo acto unilateral o bilateral (si hay pacto con el acreedor) y comienza desde allí un nuevo plazo de prescripción. La interrupción civil se mantiene mientras esté vigente el proceso; si hay sentencia ya sea condenatoria o absolutoria, comienza desde que queda a firme un nuevo plazo de prescripción.

5. La interrupción en las prescripciones de corto tiempo

845 En realidad, sólo hay reglas especiales para las prescripciones de corto tiempo que se denominan presuntivas de pago.

El Código Civil dispone que "interrúmpense: 1.º Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor; 2.º Desde que interviene requerimiento.— En ambos casos sucede a la prescripción de corto tiempo la del artículo 2515" (art. 2523.2 y 3 CC).

Como vemos, nuevamente se puede distinguir entre interrupción natural e interrupción civil. Aquí el Código es más exigente porque requiere pagaré u obligación escrita, se entiende suscrita por el deudor, y no basta que se pida prórroga sino que el acreedor debe conceder más plazo al deudor. Si el acreedor concede de propia iniciativa un plazo, igualmente habrá interrupción natural de estas prescripciones.

La interrupción civil se produce "desde que interviene requerimiento", y aquí surge la duda de qué significa "requerimiento". Primero debe señalarse que se discute si el requerimiento es judicial o extrajudicial. Hay argumentos para ambas posiciones, pero son más fuertes los que parecen decantarse por la posibilidad de que se pruebe un requerimiento extrajudicial, por ejemplo, mediante una carta escrita reclamando el honorario debido. Primero porque debe contrastarse la expresión "requerimiento" con la de "demanda judicial" para la interrupción de la prescripción extintiva (art. 2518.3 CC) o de "recurso judicial" para la interrupción de

la prescripción adquisitiva (art. 2503.1 CC). Además, existe un argumento histórico ya que tanto el Proyecto de 1846-1847 como el de 1853 hablaban de "demanda judicial", pero luego se cambió por "requerimiento", con lo que se habría querido dar más amplitud a la posibilidad de interrumpir esta prescripción. Finalmente, y en tercer lugar, dado el breve tiempo en que se producen estas prescripciones parece razonable dar al acreedor la posibilidad de interrumpir la prescripción de manera también extrajudicial.

Compartimos esta posición, pero debe entenderse que se trata de un acto del acreedor, que debe ser probado, por el cual reclama el cumplimiento de la obligación.

En todo caso, las vías preparatorias para la vía ejecutiva o las medidas prejudiciales precautorias, siendo judiciales y ya aceptadas para la interrupción de la prescripción extintiva ordinaria, también serán idóneas para interrumpir la prescripción presuntiva de pago.

Por las mismas razones que para la interrupción de la prescripción ordinaria, nos parece que basta con que se interponga la demanda dentro del plazo, aunque sea notificada posteriormente. Pero si el plazo de notificación es anormal podrá darse la causa de falta de efectos de la interrupción consistente en que la notificación no ha sido efectuado en forma legal.

Deben aplicarse las normas generales para la interrupción de la prescripción ordinaria contenidas en el art. 2518 del Código Civil, y por remisión la del art. 2503 del mismo Código.

Los efectos de esta interrupción son que se pierde todo el tiempo transcurrido, pero además que sucede a la prescripción de corto tiempo una de largo tiempo: "En ambos casos sucede a la prescripción de corto tiempo la del artículo 2515". Esto se conoce en doctrina como la "interversión" de la prescripción. Como probablemente no habrá título ejecutivo, hemos de señalar que a la prescripción de corto tiempo sucederá una de cinco años, que se contarán desde el momento de la interrupción o desde que esta haya perdido su efecto.

La interrupción de la prescripción de las acciones a favor y en contra del Fisco por impuestos que se rigen por el Código Tributario tiene normas especiales en ese mismo Código. Los plazos de prescripción se interrumpen: 1°) Desde que intervenga reconocimiento u obligación escrita; 2ª) Desde que intervenga notificación administrativa de un giro o liquidación; 3°) Desde que intervenga requerimiento judicial (art. 201.2 CTr). Si se interrumpe por reconocimiento u obligación escrita se produce interversión y sucede la prescripción de largo tiempo del art. 2515 del Código Civil. Si hay notificación administrativa empieza a correr un nuevo término de tres años, pero que sólo se interrumpirá por el "conocimiento" (*sic*) u obligación escrita o por requerimiento judicial (art. 201.3 CTr).

No se señala qué sucede si hay requerimiento judicial, pero entendemos que se aplicará la regla general del art. 2515 en caso de que la interrupción deje de surtir

efecto por las causas previstas en el art. 2503, a las que se remite el art. 2158 del Código Civil.

6. La interrupción de la prescripción de letras de cambio y pagarés

846 Recordemos que conforme a la Ley Nº 18.092, de 1982, el plazo de prescripción de las acciones cambiarias del portador en contra de los obligados al pago es de un año que se cuenta desde el vencimiento del documento (art. 98 LLCP)

Esta prescripción tiene reglas especiales para su interrupción. Una forma es el reconocimiento expreso o tácito del obligado al pago de la letra (art. 100.3 LLCP). También se interrumpe "respecto del obligado a quien se notifique la demanda judicial de cobro de la letra, o la gestión judicial necesaria o conducente para deducir dicha demanda o preparar la ejecución" (art. 100.1 LLCP). Aquí la ley exige expresamente la notificación de la demanda o de la gestión judicial necesaria o conducente para deducir la demanda o preparar la ejecución; de modo que si la notificación se produce fuera del plazo de un año la prescripción se considerará no interrumpida.

Se añade que "igualmente se interrumpe respecto del obligado a quien se notifique para los efectos establecidos en los artículos 88 y 89" (art. 100.2 LLCP). Se trata de la notificación de la gestión judicial por extravío de la letra de cambio.

Estas reglas son aplicables también al pagaré (art. 107 LLCP). Aunque respecto del pagaré se autoriza a expresar que el no pago de una de las cuotas hará exigible el total insoluto, lo que ha dado lugar a las llamadas cláusulas de aceleración (art. 105.2 LLCP).

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: CONTRERAS ABURTO, Luis, "Interrupción civil de la prescripción extintiva", en *RDJ*, t. 42, Derecho, pp. 113-146; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, "Sobre interrupción civil de la prescripción extintiva (Comentarios a la sentencia dictada por la Corte Suprema en el juicio de Riofrío con Huidobro)", en *RDJ,* t. 30, pp. 105-112; UGARTE GODOY, José Joaquín, "La interrupción civil de prescripción. El alcance de la frase 'Todo recurso judicial'", en C. Domínguez (edit.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 175-185; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Comentario de jurisprudencia. Sobre la interrupción civil de la prescripción extintiva. Basta la sola interposición de la demanda", en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción) 239, 2016, pp. 245-248; PINOCHET OLAVE, Ruperto, "La notificación legal de la demanda debe realizarse dentro del plazo de prescripción de la acción respectiva para que pueda entenderse interrumpida civilmente la prescripción", en *Ius et Praxis* 23, 2017, 1, pp. 639-654; PIFFRE DE VOBAN BARRÓN, Edmundo, "Interrupción civil del plazo de prescripción de acciones en materia laboral. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema (Cuarta Sala), de 25 de julio de 2018", en *Revista Jurídica Digital* (Universidad de los Andes) 3, 2019, pp. 86-92.

VI. La suspensión de la prescripción

1. Concepto y beneficiados

847 La suspensión de la prescripción es un beneficio que otorga la ley a determinadas personas en virtud del cual el tiempo de prescripción se detiene y no sigue corriendo.

El Código en esto es más estricto que en la prescripción adquisitiva, ya que señala que "la prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1.º y 2.º del artículo 2509" (art. 2520.1 CC).

Estas personas son las siguientes:

1º Los menores; los dementes; los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente;

2º Los que estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría; y

3º La mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta (art. 2509.1º y 2º CC).

Como se ve, se trata de personas naturales que por su incapacidad o por estar sus bienes siendo administrados por otras personas la ley les concede este beneficio. Debemos señalar que cuando se habla de curadurías se está refiriendo a las curadurías generales y a la de bienes del que está por nacer y del ausente.

Para la mujer casada en sociedad conyugal hemos de señalar que se trata de obligaciones de terceros o del marido en los que la mujer casada es la acreedora.

2. ¿Debe aplicarse entre cónyuges?

848 Esta norma ha dado lugar a una discusión y se trata de ver si se aplica el inciso final del art. 2509 que dispone: "La prescripción se suspende siempre entre cónyuges" (art. 2509.4 CC).

La mayoría de los autores sostiene que esta es una disposición sólo aplicable a la prescripción adquisitiva y no a la extintiva. Se dan varios argumentos: que el art. 2520 se remite a las personas "enumeradas" en los números 1º y 2º del art. 2509, que no se aprecian las mismas dificultades con la prescripción adquisitiva que con la prescripción extintiva de obligaciones entre cónyuges.

Además que si la prescripción se suspendiera también deberá suspenderse la prescripción del crédito de participación. En cambio, para el crédito de participación se señala expresamente que no se suspenderá entre los cónyuges aunque sí para los herederos menores (art. 1792-26 CC). Aunque también podría pensarse que si el legislador tuvo que expresar que no se suspendía la prescripción de este crédito entre cónyuges, es porque en general la prescripción sí se suspende entre cónyuges.

Nuevamente, lo que ya se discutía para ver si la suspensión entre cónyuges se aplicaba a la prescripción adquisitiva extraordinaria[73], es qué sentido debe atribuirse a la expresión "siempre" en la norma. Para algunos esta expresión de refiere al régimen de bienes, pero para otros incluye la prescripción adquisitiva extraordinaria. Si incluye la prescripción extraordinaria, no se ve por qué no se pueda incluir la prescripción extintiva.

En suma, nos parece que son mayores los argumentos para excluir esta norma de la prescripción extintiva, y que debe restringirse su aplicación a la prescripción adquisitiva ordinaria.

3. Efectos de la suspensión

849 La suspensión se distingue de la interrupción en que no hace perder el tiempo anterior o ya transcurrido. Lo que hace este beneficio es que el tiempo de prescripción se detenga pero sin que se pierda el tiempo transcurrido desde que se hizo exigible la obligación. Así, por ejemplo, si la obligación se hizo exigible a los seis meses de contraída y luego fallece el acreedor dejando a un heredero de 17 años, debe contarse el tiempo transcurrido y la prescripción deja de correr hasta que el heredero cumpla los 18 años, el plazo de prescripción no hará perder los seis meses anteriores y continuará corriendo al cumplir el heredero su mayoría de edad.

Por cierto, si la obligación se hace exigible estando ya el acreedor interdicto por demencia o sujeto a curaduría, en tal caso ningún plazo ha transcurrido y por tanto nada puede considerarse para la continuación.

Tratándose de un beneficio de carácter personal este no se extiende a los codeudores del beneficiado, ni tampoco puede construirse analógicamente. No se aplica la extensión de la interrupción a codeudores solidarios o indivisibles (arts. 2519 y 1529 CC)[74]. Tampoco se transpasa con el crédito ni con una cesión ni con un pago con subrogación.

Se señala que la suspensión no se aplicaría a la prescripción de las acciones ejecutivas que dura tres años. Esto por cuanto el Código de Procedimiento Civil daría facultades al juez para declarar de oficio la prescripción de la acción ejecutiva (art. 442 CPC), pero que el juez pueda declararla de oficio no implica que, si el juez no la declara, no pueda alegarse por el ejecutado mediante una excepción en la oposición a la ejecución.

4. Límite a la suspensión

850 Señala el Código Civil que "transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente" (art. 2520.2 CC).

Esto se corresponde con lo que señala Bello en el Mensaje: "Innovaciones no menos favorables a la seguridad de las posesiones y al crédito encontraréis en el

[73] Véase *Curso. Bienes*, pp. 348-349.

[74] Véase Nº 225 y 255.

título De la prescripción. La de treinta años continuos rechaza todos los créditos, todos los privilegios, todas las acciones reales. Toda obligación personal que ha dejado de exigirse en el mismo espacio de tiempo, perece".

Por cierto, el plazo de treinta años se redujo primero a quince años y luego a diez.

Este plazo debe contarse desde que la obligación se hizo exigible, conforme a la regla del inciso 2º del art. 2514 del Código Civil; o desde que pudo ejercerse la acción respectiva.

5. Inaplicabilidad de la suspensión a las prescripciones de corto tiempo

851 Como se trata de prescripciones de corto tiempo, es lógico que no sean suspendidas. Para las presuntivas de pago se dispone que "corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna" (art. 2523.1 CC).

Lo mismo sucede para las prescripciones especiales, para las que se dispone que "corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla" (art. 2524 CC).

Hay reglas especiales para la suspensión de algunas de estas prescripciones. Así la prescripción de la acción de nulidad relativa sólo se cuenta desde que el que estaba incapacitado legalmente sale de esa incapacidad (art. 1691.3 CC), y si el legitimado fallece la acción se transmite a sus herederos, y si estos son menores de edad comienza a correr el plazo o su residuo desde que llegan a la mayoría de edad, pero con un plazo máximo de diez años desde la fecha de celebración del acto o contrato (art. 1692.2 y 3 CC).

Algo similar sucede respecto de la acción de reforma de testamento. En este caso, la norma es más comprensiva ya que establece que "si el legitimario, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, no prescribirá en él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años contados desde el día en que tomare esa administración" (art. 1216.2 CC). Es decir, si es incapaz la prescripción se suspende hasta que salga de la situación de incapacidad.

Una fuerte discusión doctrinal y jurisprudencial ha producido la prescripción de la acción de responsabilidad aquiliana prevista en el art. 2332 del Código Civil.

La opinión que predomina es que estamos frente a una prescripción de corto tiempo especial a la que no se aplican las normas sobre la suspensión. No obstante, esto puede llevar a que niños o menores de edad vean prescritas sus acciones con el transcurso de cuatro años desde el hecho dañoso y esto parece injusto.

Por ello se ha fijado que la norma del art. 2524 se refiere a la prescripción de "acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos", mientras que la acción por un delito civil o un cuasidelito no proviene ni de un acto jurídico ni de un contrato, sino que deriva de un hecho jurídico que ha causado daño injusto, por lo que la disposición del art. 2524 no sería aplicable y retomaría vigencia el beneficio

de la suspensión previsto en el art. 2520, aunque sí con el plazo máximo de diez años.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: PIZARRO WILSON, Carlos, "Acerca de la suspensión del término de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual", en M. Barría (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 913-919.

VII. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

1. Concepto y clases

852 No ha regulado nuestro Código Civil la institución de la caducidad, pero la doctrina y la jurisprudencia la han conceptualizado como la extinción de un derecho o de la eficacia de un acto jurídico por el transcurso de un plazo breve y perentorio.

La caducidad puede ser establecida por la ley y se tratará de caducidad legal, aunque también puede ser establecida por las partes de un contrato o convención, y en tal caso estaremos ante una caducidad convencional.

2. Diferencias entre caducidad y prescripción

853 Hay semejanzas entre caducidad y prescripción ya que ambas por el transcurso de un plazo operan la extinción de un derecho o de una obligación.

No obstante, son muchas las diferencias:

1º La caducidad opera de pleno derecho y no es necesario alegarla, mientras que la prescripción, si bien opera de pleno derecho, es necesario alegarla.

2º La caducidad no puede ser renunciada después de que el plazo haya vencido, mientras que la prescripción sí puede ser renunciada incluso tácitamente.

3º La caducidad no sólo extingue derechos sino que también opera respecto de modalidades como el plazo y de actos jurídicos.

4º La caducidad cuando extingue una acción no deja subsistente una obligación natural, mientras que la prescripción de la obligación civil deja subsistente la obligación como meramente natural.

5º La caducidad, al implicar la inexistencia del derecho o del acto jurídico, debe ser declarada por el juez de oficio sin esperar a que haya sido alegada.

6º La caducidad no se interrumpe ni se suspende, salvo que así lo disponga expresamente la ley; en cambio, la prescripción extintiva se interrumpe tanto civil como naturalmente, y algunas se suspenden como beneficio a ciertas personas que la ley supone más vulnerables por el hecho de que terceros administran sus patrimonios.

Todo esto porque el fundamento de la caducidad es lograr la consolidación de las situaciones jurídicas a un plazo breve, mientras que la prescripción, si bien busca la certeza jurídica y la estabilización de las relaciones jurídicas, requiere la inactividad del acreedor.

3. Casos de caducidad legal

a) Caducidad de acciones y derechos

854 En Derecho de Familia hay plazos que son de caducidad. Por ejemplo, el plazo para impugnar la filiación matrimonial determinada por la presunción de paternidad que corresponde al supuesto padre y en caso de muerte de éste a sus herederos y a los perjudicados (arts. 212 y 213 CC); para impugnar la filiación determinada por reconocimiento (art. 216 CC) o para impugnar la maternidad (art. 217 CC).

Se discute si el plazo para enervar la acción resolutoria derivada del pacto comisorio calificado es una prescripción o más bien una caducidad (art. 1879 CC), y más parece de caducidad por los términos en los que se expresa la ley: "pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda". Por ello, si se paga después de las veinticuatro horas, el juez de oficio debe declarar extinguido el derecho.

Lo mismo sucede con el plazo para ejercer el derecho de retracto en la compraventa y que el texto dispone que "si se pacta que presentándose dentro de cierto tiempo (que no podrá pasar de un año), persona que mejore la compra se resuelva el contrato..." (art. 1886.1 CC). También parece ser una caducidad la que se establece para el derecho de retracto en la cesión de derechos litigiosos: "El deudor no puede oponer al cesionario el beneficio que por el artículo precedente se le concede, después de transcurridos nueve días desde la notificación del decreto en que se manda ejecutar la sentencia" (art. 1914 CC).

La Ley sobre Letras de Cambio y Pagarés establece que si no se protesta la letra en el tiempo y forma caducarán las acciones contra los obligados al pago: "Si no se realiza en tiempo y forma el protesto por falta de pago, caducarán las acciones cambiarias que el portador pueda tener en contra del librador" (art. 79 LLCP). Igualmente, el cheque debe ser cobrado en el plazo de sesenta o noventa días (art. 23 D.F.L. Nº 707, de 1982).

b) Caducidad de actos jurídicos

855 La caducidad puede ser una forma de ineficacia de determinados actos jurídicos. Es lo que sucede con los llamados testamentos privilegiados, como el testamento verbal, el militar y el marítimo. Se establece así respecto del testamento verbal que "no tendrá valor alguno si el testador falleciere después de los treinta días subsiguientes al otorgamiento; o si habiendo fallecido antes, no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades que van a expresarse, dentro de los treinta días subsiguientes al de la muerte" (art. 1036 CC). Lo mismo se señala respecto del testamento marítimo (art. 1052 CC).

Más explícita es la norma referida al testamento militar, ya que se exige que el testador fallezca dentro de los noventa días de cesadas las circunstancias que le permitieron testar de esta forma, y "si el testador sobreviviere a este plazo, caducará el testamento" (art. 1044.2 CC). Lo mismo se dispone si se testa verbalmente si existe peligro inminente en un barco de guerra: "el testamento caducará si el testador sobrevive al peligro" (art. 1053.1 CC).

Al parecer algo similar puede señalarse del acto de reconocimiento de un hijo, que luego es repudiado por el hijo reconocido. No se trata de nulidad ni de inoponibilidad. Se entiende que el reconocimiento caduca desde que es repudiado por escritura pública y esta caducidad opera con efecto retroactivo (art. 191 CC).

En fin, hay muchos documentos que dan cuenta de un acto administrativo que caducan transcurrido un plazo, como la cédula de identidad, el pasaporte, el permiso de circulación, etc.

La doctrina menciona como caducidad del plazo los supuestos contenidos en el art. 1496 del Código Civil, pero en realidad no se trata de una propia caducidad, sino más bien del adelantamiento de la exigibilidad de la obligación[75].

c) Caducidad de acciones y recursos procesales

856 En el contexto de un proceso hay derechos o gestiones que quedan supeditados a un plazo que por regla general son fatales: "los plazos que señala este Código son fatales cualquiera sea la forma en que se exprese, salvo aquéllos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal. En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo" (art. 64.1 CPC).

De esta manera, al vencer el plazo sin que la parte haya ejecutado ese derecho, el derecho se extingue sin necesidad de que sea alegado por la otra parte. Esta caducidad procesal toma el nombre de preclusión, en la terminología de los procesalistas.

4. ¿Caducidad convencional?

857 Ciertamente, puede haber caducidad convencional del plazo mediante las llamadas cláusulas de aceleración, aunque, como lo hemos dicho, no es una propia caducidad.

El problema es si debe reconocerse a las partes el establecer plazos de caducidad para los derechos que emanan de un contrato. Para algunos autores esto es posible, en virtud del principio de la autonomía privada, siempre que se trate de derechos disponibles y siempre que sea posible el ejercicio del derecho o que este no se dificulte en extremo por la brevedad del plazo.

[75] Véase Nº 142.

Nos parece más convincente la tesis de que la caducidad convencional no debe ser admitida, ya que ni siquiera para la prescripción se permite a las partes diseñar plazos diversos de prescripción, salvo los casos de excepción que determina la ley. La caducidad es una causal de extinción de carácter excepcional y que se funda en el interés público, por lo que su admisibilidad debe dejársela a la ley.

No parece razonable que un acto o un derecho quede sujeto a un plazo, de modo que si no se celebra o ejerce dentro de ese plazo quedaría extinguido. Por lo demás, esto implicaría dar a las partes la atribución para crear plazos extintivos fatales. La caducidad convencional debe insertarse en los medios de tutela frente al incumplimiento del contrato.

Por cierto, si se trata de caducidad del plazo no hay problema en que se admitan pactos que regulen dicha caducidad, mediante las cláusulas de aceleración.

No obstante, es efectivo que el plazo extintivo produce similares efectos a la caducidad; por ejemplo, si se fija un plazo para el contrato de promesa o de opción, y se señala de manera expresa que el derecho a requerir la celebración del contrato sólo durará hasta el plazo fijado y sin que se admita prórroga alguna.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: LIRA URQUIETA, Pedro, "El concepto jurídico de la caducidad y la prescripción extintiva", en *RDJ*, t. 24, Derecho, pp. 144-168; SOLÍS DE OVANDO, Jorge, "De la caducidad de las condiciones", en *RDJ*, t. 37, Derecho, pp. 24-28; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Informe en Derecho sobre validez de la cláusula de aceleración en el pagaré", en *Revista de Derecho* (P. Universidad Católica de Valparaíso) 9, 1985, pp. 89-105; MORALES HERRERA, Gonzalo, "La cláusula de aceleración en los pagarés y sus efectos en la prescripción", *en GJ* 98, 1988, pp. 3-6; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "La exigibilidad de las obligaciones: noción y principales presupuestos (con especial énfasis en las cláusulas de aceleración)", en *Revista Chilena de Derecho* 24, 1997, 3, pp. 503-523; PRADO PUGA, Arturo, "Algunos aspectos sobre la caducidad y su distinción con figuras afines", *en GJ* 274, 2003, pp. 7-15; LAGOS VILLARREAL, Osvaldo, "Para una recepción crítica de la caducidad", en *Revista Chilena de Derecho Privado* 4, 2005, pp. 81-105; ABELIUK MANASEVICH, René, "Caducidad convencional del plazo o aceleración del pago", en M. Tapia, M. P. Gatica y J. Verdugo (coords.), *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 81-104; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, "La caducidad en el Derecho Civil chileno", en A. Zúñiga (edit.), *Estudios de Derecho Privado. Libro Homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 231-250; SEVERIN FUSTER, Gonzalo, "Los supuestos de 'caducidad legal' del plazo contenidos en el numeral primero del artículo 1496 del Código Civil. 'Una lectura tras la modificación hecha por la Ley Nº 20.720 (nueva ley concursal)", en A. Vidal, G. Severin, C. Mejí´as (edits.), *Estudios de Derecho Civil X,* Thomson Reuters, Santiago, 2015, pp. 505-526; MOMBERG URIBE, Rodrigo, "La cláusula de aceleración como cláusula abusiva", en M. Barría (edit.), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila,* Thomson Reuters, 2015, pp. 601-616.

ÍNDICE TEMÁTICO

A

ACCIÓN:
- directa 264, ***270***, 272, 411, ***578***, ***579***, 580, 581, 585
- oblicua o subrogatoria 25, 337, ***571***, ***574***, ***575***, 581, 749
- pauliana o revocatoria 119, 127, 411, 577, ***582***, 583, 586, 589, 590, 591, 593, 596, 606, 780, 837
- resolutoria 132, 224, 325, 425, ***536***, 537, 538, 540, 543, 544, 545, ***565***, 695, 739, 829, 854

ARRAS:
- Concepto y funciones ***705***
- en garantía ***706***
- penitenciales (penales) 553, ***707***

ASUNCIÓN:
- de deudas 722, ***748***, ***749***, 750, 751

AVALUACIÓN:
- de perjuicios ***510***, ***511***, ***520***, 690

B

BENEFICIO:
- de separación 119, 120, 137, 242, 345, 411, ***594***, 595, 596, 609, 621, 640, 783
- de competencia 89, 98, 226, 296, ***369***, 370, 374 a ***377***, 408, 606
- de inventario 89, 242, ***345***, 408, 569, 594, 601, 609, 621, 640, 762, 783

C

CADUCIDAD:
- de actos jurídicos 135, 142, 852, ***854***, ***855***
- de derechos 135, 142, 852, 854
- del plazo 137, 142, 852

CARGA: 04, 15, 144, 145, 146, 148, 149, 195, 197, 198, 224, 255, 276, ***311***, 312, 313, 396, 402, 403, ***434***, ***440***, 445, 447, 453, 454, 457, 459, 460, 475, ***478***, 479, 498, 503, 509, ***522***, 526, 529, ***542***, 548, ***561***, 567, 676, 687, 763, 775, 779, 837.

CASO FORTUITO: 125, 154, 171, 187, 196, 197, 216, 222, 294, 300, 394, 396, 403, 430, 432, 435, 438, 441, ***449***, ***450***, ***451***, ***452***, ***453***, 454 a 460, 463, 466, 467, ***476***, 477, 498, 502, 508, 523, 528, 533, 542, 688, 765, ***806***, 807, 809, 810, 812, 814, 816, 820.

CAUSA (CAUSALIDAD): 39, ***43***, ***44***, 45 y sgtes., 51, 53, 59, 60, 65, ***68*** y sgtes., 71, 72, 75, 77, 80, 81, 84, 85, 86, 89, 90, 91, 98, 99, 112, 148, 150, 159, 165, 209, 229, ***234***, 272, 275, 344, 373, 392, 428, 449, 452, 453, ***461, 462, 463***, ***464***, ***465***, ***466***, 467, 468, 469 y sgtes., 505, 530, 539, 556, 635, 653, 696, ***735***, 736, 762, ***782***, 803, 805, 809, 845

CESIÓN DE BIENES: 221, 226, 285, 374, 412, 583, ***589***, ***597***, ***600*** y sgtes.

CESIÓN DE CONTRATO: ***752***, 753, 754

CESIÓN DE DERECHOS:
- cesión de créditos 25, 56, 229, 240, 258, 359, ***361***, 366, 367, 609, 733, 736, ***745*** y sgtes., 754, ***796***, 798
- cesión de derecho de herencia (hereditarios) 746, 784
- cesión de derechos litigiosos 378, 782, 854

CLÁUSULA PENAL: 09, 22, 30, 73, 74, 94, 100, 105, 138, 165, 202, 222, 224, 244, 257, 343, 365, 428, 458, 475, 485, 494, 510, ***519***, 520, ***521***, 658, 660, 669, ***670***, ***671***, ***672*** A 682, 684, 685, ***686*** a ***695***, 696, 697, 700, 701, ***702***, ***703***, 704, 707, ***731***, 767, 830

COMPENSACIÓN: 72, 77, 87, ***92***, 97, 118, 119, 121, 124, 135, 137, 142, 171, 214, 215, 216, 222, 226, 228, 256, 272, 296, 342, 384, 405, 422, 481, 482, 523, 598, 672, 765, 766, 767, ***774***, ***785***, ***786***, 787, 788, 789, ***790***, 791, ***792*** a 801, ***802***

CONDICIÓN
- concepto 29, 65, ***144***
- clases 29
- estados de la condición 42, ***114***
- efectos ***129***, ***133***

CONDONACIÓN
- cfr. remisión

CONFUSIÓN 216, 218, 222, 228, 255, 256, 341, 342, 345, 664, 762, 765, 766, 767, ***774***, ***781***, 782, 783, ***784***

CONTRATO 19, 44, 58, 187, 191, 395, 531, 547, 555, 557, 566, 642, 658, 659, 695, 696, 703, 718, 726, 752, 803, 813, 817, 818, 819, 820

CRÉDITOS:
- subordinados ***642***
- de primera clase ***612***, 649, 651, 716
- de segunda clase ***622*** y sgtes., 649
- de tercera clase 608, 611, ***629***, 630, 632, 639, 641
- de cuarta clase 608, 609, 611, ***634*** a 640, 647, 649, 651, 653, 654
- valistas 221, 368, 609, 611, 616, 619, 639, 641, 647, 721

CUASICONTRATO 02, 09, 13, 17, 23, 24, 50, ***51***, 52, 53, 55, 57, ***59***, 62, 68, 70, 281, 396, 680, 768

CUASIDELITO 09, 13, 17, 23, 24, 50, ***51***, 52, 53, 55, 59, ***60***, 61, 62, 69, 71, 72, 209, 264, 266, 396, 424, 466, 493, 497, 516, 680, 851

CUMPLIMIENTO IMPERFECTO 395, ***399***, 402, 403, 559, 687, 697

D

DACIÓN EN PAGO 90, 97, 149, 216, 222, 228, 249, 250, 256, 272, 273, 295, ***378*** a 384, ***385***, ***386***, ***387***, ***388***, ***391***, ***932***, 393, 396, 664, 732, 745, 765, 766, 802

DAÑO
- emergente 398, 422, 423, 426, 427, 433, 462, 463, 470, 474, ***486***, 493, ***505***, 506, 509
- extrapatrimonial ***489***, ***506***
- lucro cesante 71, 398, 423, 427, 428, 430, 431, 433, 462, 470, ***474***, 478, 481, ***487***, 493, ***505***, 506, 509, 511, 548, 695
- directo 528, 692
- indirecto 485, 528
- previsibles 424, 484, 493
- imprevisible 481, 482

DEBER
- jurídico 01, ***02*** a ***05***, 10, 144, 146
- de protección 02, 04, 20, 34, 489
- secundario ***34***, 162, 312

DECLARACIÓN
- unilateral 24, 59, ***62*** a 67, 91, 185, 535, 642, 665

DELITO 9, 13, 17, 23, 24, 48, 49 a 53, 55, 59, ***60***, 61, 62, 69, 71, 72, 209, 264, 266, 396, 405, 415, 424, 442, 466, 493, 497, 516, 582, 598, 603, 680, 824, 851

DERECHO

- (legal) de retención 15, 557, 567, 574, 599, 622, 625, 628, 631 a 633, 648, 649, 652, ***708***, 709, 713 a 719
- real ***09***, ***10***, 12 a ***16***, 28, 127, 128, 132, 151, 160, 291, 341, 365, 528, 549, ***574***, ***608***, 627, 632, ***717***, ***719***, 702, 761, 762, 781, 782, ***831***
- personal 02, ***10***, ***11***, 12 a ***16***, ***17***, 22, 36, 40, 55, 61, 81, 87, 106, 119, 121, 128, 148, 160, 286, 363, 456, 528, 585, 717, 719, 746, 814, 822
- de prenda general 14, ***406***

E

EJECUCIÓN:

- forzada 20, 21, 24, 67, 87, ***148***, 260, 395, 396, 400, 401, ***410***, 411, ***413*** a 420, 421, 424, 425, ***428***, ***429***, 430, 685, 689, ***691***, 693, 695, 707, 718, 785, 788, 789, 792, 808

ENRIQUECIMIENTO:

- sin causa 51, 53, 54, 59, 62, ***68***, 69, 70, 71, 88, 344, 366, 428, 530, 566

EXCEPCIÓN:

- de contrato no cumplido 22, 105, 224, 226, 260, 411, 424, 501, ***555***, 556 a 567, 708, ***718***, 735, 739
- de pago 221, 544, 545

F

FIANZA 22, 38, 61, 73, 77, 91, 94, 95, 96, 142, 144, 165, 211, 220, ***224***, 240, 332, 343, 347, 365, 378, 386, 389, 390, 392, 405, 570, 575, 595, 657, 658, ***659*** a 663, ***665***, ***667***, 668, 673, 676, 677, 379, 682, 686, 699, 713, 720, 731, 745, 760, 767, 783, 797, 830

FUENTES:

- en general ***01***, 13, 43, 56, ***202***, 680
- contrato ***58***
- cuasicontrato ***59***
- delito ***60***
- cuasidelito ***60***
- ley ***61***
- otras fuentes ***62***

FUERZA MAYOR

- cfr. caso fortuito 125, 154, 171, 187, 196, 197, 216, 222, 294, 300, 394, 396, 403, 430, 432, 435, 438, 441, ***449***, ***450***, ***451***, ***452***, ***453***, 454 a 460, 463, 466, 467, ***476***, 477, 498, 502, 508, 523, 528, 533, 542, 688, 765, ***806***, 807, 809, 810, 812, 814, 816, 820

I

IMPOSIBILIDAD:

- sobrevenida 463, 477, ***803*** y sgtes.

INCUMPLIMIENTO:

- de la obligación 133, 202, 402, 466, 494, 535, 548, 665, 674, 675, ***687***, 691, 817
- (cumplimiento) imperfecto 440
- moratorio ***217***, 433, 496, 697
- esencial ***401***

INTERPELACIÓN:

- en la mora 494, ***499***, 500, 512, 524, 526, 689

INDEMNIZACIÓN:

- compensatoria 428, ***430***, 431, 502, 511, 548
- moratoria ***428***, ***429***, ***430***, 315, 429, 430, 502, ***513***

IMPUTABILIDAD:

- dolo 395, 396, 423, ***442***, 445, ***454***, 463, 542
- culpa 197, 395, 396, 423, ***436*** y sgtes., 445, ***454***, 457, 463, 542
- caso fortuito ***449***, 450, 451, 452, 457, 688
- mora ***440***, ***498***, ***533***
- perjuicios; ***461***
- relación de causalidad; ***462***
- sustitutiva del valor de prestación ***431***

L

LESIÓN DEL CRÉDITO:
- por el acreedor 456, 466, 477, 504, ***522***, 523
- por un tercero 466, ***528***

LIQUIDACIÓN CONCURSAL 119, 142, 221, 283, 296, 412, ***597***, 607, 765

LUCRO CESANTE 71, 398, 423, 427, 428, 430, 431, 433, 462, 470, ***474***, 478, 481, ***487***, 493, ***505***, 506, 509, 511, 548, 695

M

MEDIDAS CONSERVATIVAS 119, 120, 128, 132, 137, 411, ***568***, ***569***, 570, 587

MODIFICACIONES:
- subjetivas ***744***, 746, 747
- objetivas ***755***

MODO ***144***, 145, 146, ***147***, ***148***, 149

MORA:
- concepto ***441***, ***451***, 452, ***494***, ***495*** a 499, ***689***
- formas de interpelación ***500***
- mora del acreedor 152, 171, 176, 185, 216, 224, 478, ***503***, ***524*** y sgtes.
- mora del deudor 161, 176, 180, 187, 192, 205, 216, 217, 222, 224, 297, 300, 303, 332, 424, 430, 467, 513, 516, ***524***, 533, 538, 564, 565, 739, 806, 816
- mora purga la mora ***501***, 533, 555, 557, 564

MUTUO DISENSO 724 a ***768***, 770

N

NOVACIÓN:
- requisitos ***726***, ***727***, 728
- formas ***732***, 733, 734, 735
- reserva de prendas e hipotecas ***742***
- delegación 91, 209, 581, 734, ***736***, 744, 749
- expromisión ***737***
- adpromisión 737, ***744***, 749

O

OBLIGACIÓN:
- dineraria ***172***, 173, 174, ***175***, 224, 344, 510, 511
- alternativas 29, 73, 74, 177, ***179***, 183, ***188***, ***189***, 263, 379, 816
- facultativas 74, ***184***, ***185***, 186, ***188***, ***189***, 295
- civiles 43, 74, 76, ***77***, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 88, 89, 94, 98
- naturales 38, 39, 42, 75, ***77*** a 81, ***82*** a 87, ***88*** a 89, ***90*** a 92, 94, ***97***, ***98***, 99, 727, 767, 789, 823
- de dar 18, 73, 74, 142, ***150***, ***151***, 154, 156, 161, 162, 164, 165, ***166***, 171, 181, 197, 201, ***248***, 288, ***291***, ***299***, 378, ***413***, 414, 415, 416, 420, 423, 425, 431, 432, 452, 456, 463, 470, 496, 502, 538, 699, 788, ***804***, 811, 816
- de hacer ***154***, 155, 156, 161, 162, 163, 166, 180, 196, 248, 275, ***292***, 314, 378, 413, ***416***, 417, 425, 426, 430, 431, 452, 456, 522, 538, ***809***, 816

- de no hacer; 150, ***157***, 158, ***159***, ***160***, 164, 248, ***293***, 294, 397, 410, ***416***, ***417***, 434, 565, ***810***
- de ejecución inmediata ***191***, ***192***, 194
- de ejecución duradera ***193***, 194
- de entrega 64, ***162***
- de restitución 129
- de especie 22, 34, 73, 76, 137, 152, 153, ***166***, ***167***, 169, 170, 171,174, 189, 248, 260, 291, 298, 300, 385, 415, 525, 533, 689, 692, 739, 787, 803, ***805***, 815
- de cuerpo cierto 22, 34, 73, 76, 137, 152, 153, 161, ***166***, ***167***, 169, 170, 171, 174, 189, 248, 259, 260, 291, 298, 300, 385, 415, 424, 441, 451, 452, 502, 525, 533, 538, 689, 692, 739, 787, 803, 804, ***805***, 806, 815
- de género 167, ***168***, ***169***, 171, ***172***, 179, 291, 298, 285, 415
- de medios 196, 197, ***402***, 440, 448
- de resultado 31, 76, ***195***, 197, 246, ***402***, ***403***, 435, 439, 448, 688
- de objeto único ***177***, 179, 180, 184
- de objeto múltiple 76, ***177***, 178, 184
- de garantía 76, 165, 447, 657, ***658***, 830, 844
- de no dar 157, ***164***
- concurrentes 76, 243, 264, 265, 266, 267, 270, 272
- indivisibles 75, 76, 200, 201, 221, 224, ***244***, 245, 247, 248, 249, 250, 262, ***681***, 697, 844
- solidarias 22, 74, 75, 76, 200, 206, ***207***, ***208***, ***210***, ***227***, ***239***, 244, 264, 265, 276, 421, 451, 516, 738, 783, 844
- positivas 76, ***150***, 495, ***496***, 502
- negativas ***150***, ***157***, ***158***, 248, 417, 496, 810
- puras y simples ***100***, 123, 180, 380, 568, 675
- sujetas a modalidad ***101***, ***102***, 755, 769
- extinción de las obligaciones ***97***, ***331***, ***664***, ***765***, ***813***
- transmisión mortis causa 242, 585, 632, 644, ***761***
- de garantía o cauciones 76, 165, ***657*** y sgtes., 844

P

PAGO:
- efectos del pago 222, ***305,*** 331, 783
- pago con beneficio de competencia 89, 98, 226, ***369***, 374, 375, 376, 377, 408, 607
- pago con subrogación 25, 56, 215, 229, ***232***, 277, 280, ***337***, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 345, 346, 349, 351, ***352***, 353, ***354***, 355, 356, 360, ***362***, 365, 366, ***367***, 368, 609, 663, 733, 737, 744, ***747***, 762, 767, 784, 849
- pago por consignación 90, 221, 275, 296, 305, 312, ***314***, ***316***, 317, ***318***, ***319***, 321, 327, 328, ***329***, 331, ***333***, 334, ***335***, 336, 478, 525, 526, 527, 544, 560, 740, 767
- prueba del pago ***311***, 312, 313
- requisitos del pago ***291***, ***299***, 301, 320
- sujetos del pago ***276***, ***316***
- Imputación del pago 801

PÉRDIDA DE LA COSA DEBIDA 97, 187, 189, 216, 218, 222, 422, 440, 441, 448, 451, 454, 456, 466, 502, ***576***, 766, 767, ***803***, ***804***, 805, 808

PLAZO 06, 09, 13, 15, 21, 33, 41, 45, 66, 67, 73, 74, 88, 91, 92, 95, 97, 100 a 102, 104, 112, 115, 121, 126, 128, 132, ***134, 135, 136, 137, 138, 139, 140,*** 141 a 143, 147, 153, 161, 173, 175, 180, 192 a 194, 206, 209, 216, 217, 221, 223, 225, 226, 255, 260, 261, 265, 288, 289, 296, 297, 303, 312, 320, 325, 327, 331, 346, 352, 364, 369, 376, 380, 414 a 416, 418, 420, 424, 487, 497, 500, 502, 512, 516, 529, 531, 543, 545, 550, 551, 553 a 555, 567, 569, 570, 572, 582, 587, 592, 593, 595, 598, 599, 605, 606, 644, 646, 665, 667, 675, 689, 705, 706, 708, 738, 746, ***755, 756,*** 757, 765, 771 a 773, 780, 789, 823 a 831, 833 a 840, 842, 844 a 846, 849 a 857

PRELACIÓN DE CRÉDITOS 09, ***597***, 598, ***607***

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA
- de corto tiempo 86, 225, 592, 825, ***832***, ***845***, ***851***
- de largo tiempo 825, ***829***, 836, 845
- presuntivas de pago ***832***, 845, 851
- interrupción 250, 823, 826, ***838***, ***839***, ***840***, 841, 842, 844, ***845***, ***846***
- renuncia 137, 585, 823, ***827***, 845

- suspensión 137, 250, 823, ***847***, 848

PRESTACIÓN:
- patrimonialidad ***30***
- débito 14, ***37***, 40
- responsabilidad 23, 35, 36, 195, 197, 305, ***394***, 422, 463, 465, 466, 470, 484, 548

PREVISIBILIDAD 449, 450, ***461***, 462, 463, 469, 476, ***479*** a ***482***, ***483***, 485, ***486***, 487, 489, ***490***, 492, 493

PRIVILEGIO 09, 220, 223, 229, 240, 306, 334, 337, 340, 352, 362, 364, 366, 367, 368, 599, 607, ***608***, 609, 611, 616, 620, 622, 623, ***628***, 632, 633, 638, 640, 649, 654, 663, 686, 722, 726, 731, 739, 740, 745, 751, 759, 778, 790, 797, 850

R

REMISIÓN:
- formas de remisión ***774***, ***775***, ***776***
- requisitos ***774***
- pacto de no pedir más ***780***

RESOLUCIÓN
- acción resolutoria 132, 224, 325, 425, ***536***, 537, 538, 540, 543, 544, 545, ***565***, 695, 739, 829, 854
- cláusulas resolutorias 42, 146, 148, ***149***, ***550***, 551, 552, 554
- requisitos ***531***, 533, 542, 544

RESPONSABILIDAD
- patrimonial universal ***406***, 408
- contractual 32, 60, 195, 267, 268, 395, ***424***, 437, 445, 450, 452, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 468, 469, 470, 478, 479, 480, 481, 484, 493, 506, 518, 548
- por hecho de tercero 267, ***456***, 466, 477, 806

RESCILIACIÓN:
- cfr. Mutuo disenso

RESTITUCIÓN:
- de ganancias 68, ***71***

RIESGO:
- obligaciones condicionales 73, 74, 102, ***103***, 104, 113, 117, 145, 192, 530, 765, 803
- extinción del contrato 535, 553, ***813***

S

SOLIDARIDAD
- cfr. obligaciones solidarias

V

VÍNCULO 05, 06, 10, 17, 18, 20 a 23, 27, 28, ***36***, ***37***, ***40***, 41, 42, 61, 73, 76, ***77***, 112, 123, 205, 206, 210, 222, 227, 243, 249, 254, 469, 473, 475, 476, 493, 679, 722

VOLUNTAD UNILATERAL 41, 63, 64, 65, 194, ***768***, ***771***