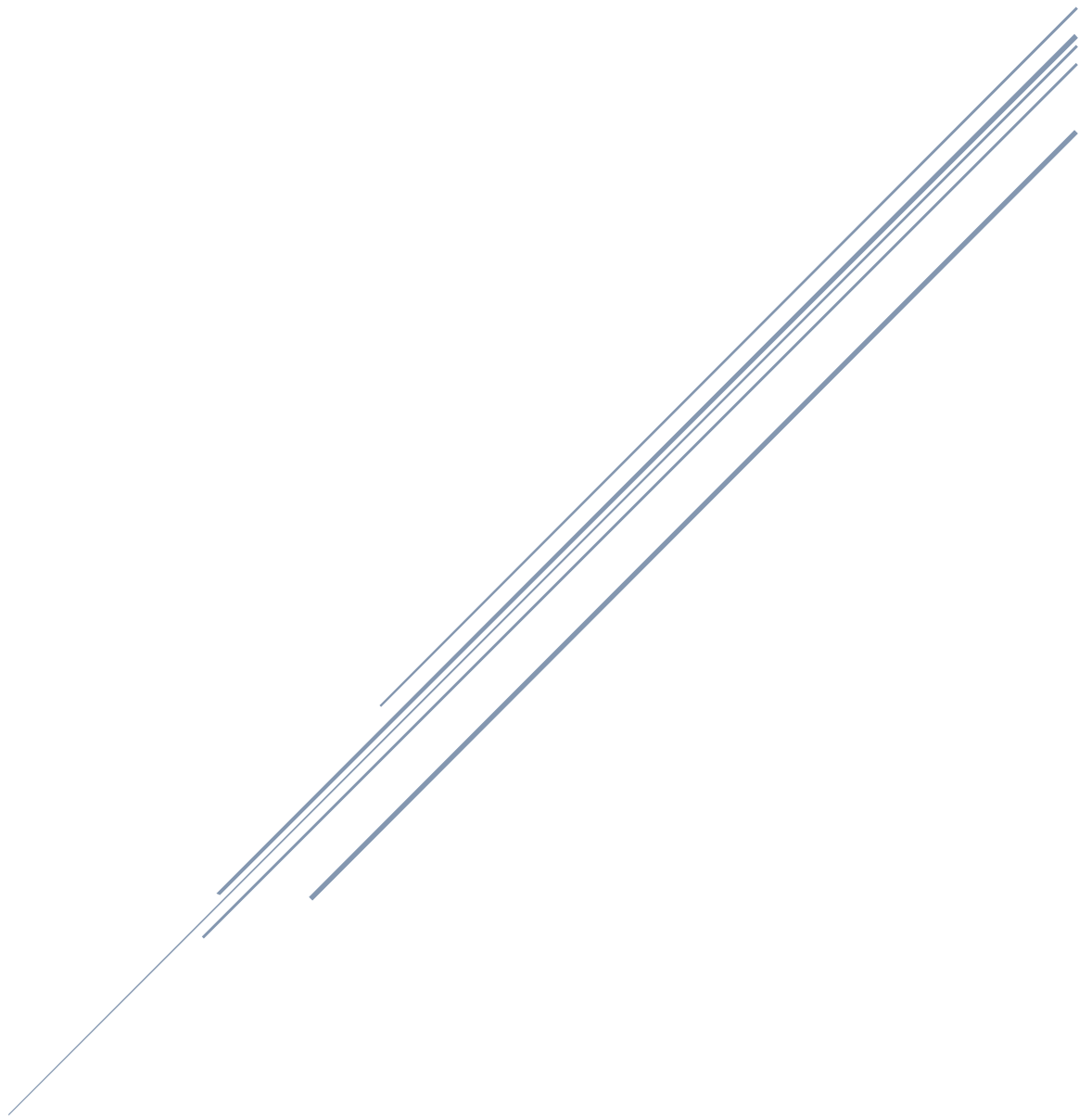


DERECHO CIVIL V

CASOS Y MATERIALES – MODULO 2



Profesor Nicolás Rojas Covarrubias
Semestre Otoño 2020

Tema 2: Responsabilidad Contractual y Acción Indemnizatoria

Objeto de la Acción

De acuerdo a la aproximación más tradicional, en sede civil contractual, la acción indemnizatoria cumple un rol *subsidiario*, para aquellos casos en que la ejecución de la prestación debida ha devenido en imposible. Durante el semestre pasado revisamos la crítica a esa posición, tanto desde el análisis de las disposiciones aplicables, que muestran un rol mucho más significativo de la acción indemnizatoria, al menos respecto de las obligaciones de hacer y no hacer, como desde una perspectiva normativa, qué transita hacia la prevalencia de la posición en que se busca la satisfacción del interés del acreedor por sobre el mero reproche de la conducta del deudor.

Sin perjuicio de ello, este tránsito no ha estado exento de problemas, lo que ha derivado en un panorama confuso respecto de los caracteres, requisitos y objetivos de la acción indemnizatoria.

Hay varios elementos que se conjugan para llegar a ese resultado. Ante todo, está la propia finalidad de las reglas aplicables frente al incumplimiento del deudor. Para la doctrina tradicional, esas reglas, toda vez que apuntaban a un reproche a la conducta del deudor (entendida como un ilícito), buscaban el resguardo de la posición patrimonial del acreedor, esto es, que el efecto de la aplicación de las reglas fuese que este quedase en una posición equivalente a la que tendría de haberse cumplido el contrato en tiempo y forma.

Esto está reflejado en la frase final del artículo 1555 del Código Civil: “el acreedor quedará de todos modos indemne”. En doctrina comparada, esto se corresponde con la idea de que el acreedor tiene un derecho a percibir una suma equivalente al “interés positivo” del contrato. El interés positivo se opone al interés negativo, que corresponde al resarcimiento de los perjuicios derivados de la celebración del contrato. En otras palabras, el interés negativo se relaciona con la posición del acreedor en caso de no haberse celebrado el contrato.

Bajo ese entendimiento, no hay diferencia entre la finalidad de la acción de cumplimiento y la de la acción indemnizatoria, al punto que se identificaba a esta última con la noción de “cumplimiento por equivalencia”. En otras palabras, se hacía equivalente el resarcimiento de los perjuicios sufridos por el acreedor, derivados del incumplimiento, con el valor de la prestación.

Abeliuk, Las Obligaciones, Tomo II, p. 809: “La indemnización de perjuicios tiende a obtener un cumplimiento de la obligación por equivalencia, o sea, que el acreedor obtenga económicamente tanto como le habría significado el

cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación; por ello debemos definirla como la cantidad de dinero que debe pagar el deudor al acreedor y que equivalga o represente lo que éste habría obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación”.

De esa conceptualización se derivaba la distinción entre la indemnización *compensatoria*, que equivale propiamente al valor de la prestación (*aestimatio rei*) y la indemnización *moratoria*, que repara los perjuicios derivados del retraso del deudor en cumplir la obligación.

Con todo, esa pretendida equivalencia solo puede existir a un nivel muy abstracto (o bien, en operaciones jurídicas relativamente simples y, en general consistentes con una obligación de dar una especie o cuerpo cierto). En incumplimientos de obligaciones de hacer, no hacer, e incluso en el caso de obligaciones de dar, pero ya no de especie, sino genéricas, o bien, de tracto sucesivo, es evidente que, en la práctica, no se presenta esa pretendida equivalencia. La acción indemnizatoria tiene sus propias reglas para cuantificar el perjuicio indemnizable, donde el valor de la prestación debida será solo un elemento más en el análisis, un elemento relevante, pero no necesariamente determinante.

En contra de lo señalado tradicionalmente, la indemnización de perjuicios es donde se realiza la idea de responsabilidad civil contractual.

Barros, La diferencia entre “estar obligado” y “ser responsable” en el derecho de contratos (2006):

En un sentido amplio, la idea de *obligación* expresa el deber de realizar la prestación (deuda), mientras la *responsabilidad civil* expresa la potestad que el Derecho confiere al acreedor para actuar contra el patrimonio del deudor, porque “el crédito encierra un deber para el deudor y una responsabilidad para su patrimonio” (derecho a ejecutar la deuda). En otras palabras, en su sentido más elemental, la *responsabilidad* expresa la garantía patrimonial que el deudor otorga al acreedor en razón de estar obligado. Si el deudor no cumple con su obligación, el deudor *responde* con todos sus bienes (Código Civil, artículo 2465), con el límite de los inembargables (Código Civil, artículos 2469 y 1618; Código de Procedimiento Civil, artículo 445). En su sentido más elemental, la responsabilidad civil del deudor se refiere a la potestad que el Derecho confiere a los acreedores para actuar sobre *todos* los bienes que el deudor posea al momento de ejercerse la acción.

En este sentido, la acción indemnizatoria corresponde a la idea de responsabilidad civil en sentido estricto. La obligación de indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento es una de segundo grado, que sólo surge tras el incumplimiento de la obligación de primer grado, la cual, como se dijo, está sujeta a sus propias reglas.

En especial, el monto de la indemnización, esto es, la suma que el acreedor puede exigir, no se calcula en función del valor de la prestación, sino de los *perjuicios* sufridos, tal como indica el artículo 1556 I:

“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” (énfasis agregado).

Además, como veremos más adelante, el monto de la indemnización está sujeta a ciertas limitaciones que no están vinculadas con el valor económico de la prestación, a saber, la **previsibilidad** y la **relación de causalidad** entre los perjuicios y el incumplimiento.

En resumen: <https://youtu.be/OYVEiogyXMM>

Veamos a continuación los apuntes de los profesores Enrique Barros y Adrián Schopf:

Barros/Schopf: Efectos de los contratos

III. Responsabilidad contractual en sentido estricto: acción de indemnización de perjuicios

a. La indemnización de perjuicios como responsabilidad civil en sentido estricto

255. Las obligaciones suponen un deber primario para el deudor que consiste en cumplir con la prestación de dar, hacer o no hacer a la cual el acreedor tiene derecho. La responsabilidad civil en sentido estricto atiende a la potestad que el derecho confiere al acreedor para obtener la reparación de los daños provocados por el incumplimiento. Por eso, la responsabilidad civil opera en un segundo nivel, en tanto tiene como antecedente necesario el incumplimiento de la obligación de primer grado.

Al respecto conviene tener presente que la indemnización de perjuicios da lugar a una nueva obligación, que puede hacerse efectiva mediante el procedimiento de la ejecución forzada de la sentencia firme que la ha declarado o de la cláusula penal que conste en una escritura pública que constituya título ejecutivo.

256. La acción de indemnización de perjuicios persigue satisfacer al acreedor ante el incumplimiento del contrato, entregándole una suma de dinero. En este sentido, existen analogías con la ejecución forzada de la obligación principal cuando ésta recae en un valor y no persigue la satisfacción en naturaleza por el propio deudor.

En ambos casos el acreedor hace valer el derecho de prenda general a efectos de ejecutar la obligación (arts. 2465 y 2469).

Lo peculiar de la indemnización de perjuicios es que va más allá del valor de la prestación y persigue la reparación integral del daño patrimonial que se sigue del incumplimiento e incluso, bajo ciertas circunstancias, del daño moral resultante. El acreedor debe quedar en la misma posición en que habría quedado de haberse cumplido íntegra y oportunamente la obligación de su contraparte.

257. Este capítulo está dedicado al estudio de los requisitos bajo los cuales el acreedor puede obtener que su deudor le repare los perjuicios que ha sufrido a causa del incumplimiento de la obligación contractual.

Dichos requisitos son distintos a los exigidos para el ejercicio de la acción de ejecución en naturaleza, porque ambos remedios atienden a fines diversos. Mientras la acción de ejecución en naturaleza persigue el cumplimiento de la obligación de primer grado (por eso, basta con que se trate de un derecho indubitado, actualmente exigible y que no esté prescrito); la acción indemnizatoria hace valer la responsabilidad civil del deudor, es decir, persigue una obligación de segundo grado que sólo surge luego de que el deber primario del deudor ha sido incumplido. Asimismo, la diferencia en los requisitos de las acciones se refleja en las excusas admisibles al deudor para hacer frente a los distintos remedios del acreedor.

b. Tipos de indemnización

258. El art. 1556 del Código Civil describe tres hipótesis de incumplimiento de un deber contractual: no haberse cumplido la obligación, haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado el cumplimiento. El incumplimiento es en definitiva cualquier desviación de los deberes contractuales de primer grado, sea de la obligación principal, sea de las secundarias o conexas, o de las de seguridad.

259. Todos esos incumplimientos son antecedente de las pretensiones indemnizatorias.

La doctrina clásica distingue a este respecto entre *indemnizaciones moratorias*, que reparan el retardo en el cumplimiento de la obligación, e *indemnizaciones compensatorias* que sustituyen la obligación original. Por lo mismo, sólo las moratorias son compatibles con la ejecución de la obligación en naturaleza o en valor.

260. El contrato da lugar a relaciones de orden patrimonial. Por eso, la responsabilidad contractual alcanza naturalmente los daños de carácter patrimonial que se siguen del incumplimiento. Estos daños pueden consistir en un *daño emergente*, esto es, en una disminución patrimonial (gastos incurridos en razón del contrato, por ejemplo) o en un *lucro cesante* que consiste en la privación de la ganancia que se habría derivado del contrato (renta de arrendamiento de la casa entregada tardíamente, por ejemplo). Ambos

intereses, el negativo y el positivo, están cubiertos por la responsabilidad contractual en sentido estricto (art. 1558).

261. Se ha abierto paso en el último tiempo a la idea de que también el *daño moral* que puede haber provocado el incumplimiento del contrato es indemnizable. Aún está pendiente una definición jurisprudencial precisa del alcance de esta responsabilidad por daños extrapatrimoniales que se siguen del incumplimiento de un contrato.

La justificación que se ha dado para dar lugar a esta indemnización es que el art. 1558 se refiere al daño emergente y al lucro cesante como objeto de indemnización, pero no excluye al daño moral. Así y todo no es fácil encontrar un sistema jurídico diferenciado que acoja con tal amplitud la reparación del daño extrapatrimonial. Las relaciones contractuales son patrimoniales por excelencia, pues dan lugar a derechos de crédito que tienen valor económico. Por eso, extender la responsabilidad a un ámbito extrapatrimonial supone una justificación mayor. La más fuerte parece ser que ese daño pertenezca naturalmente al riesgo cubierto por el contrato. Así, si el contrato incluye obligaciones de seguridad, sea como obligación principal o conexas, hay fundamento para que el daño moral esté dentro del ámbito de riesgo asumido por el deudor.

Requisitos de la indemnización de perjuicios

262. Los requisitos para que proceda la responsabilidad contractual son los siguientes:

- (a) Incumplimiento de contrato.
- (b) Mora del deudor.
- (c) Imputabilidad, es decir, que el incumplimiento sea atribuible a la culpa o al dolo del deudor.
- (d) Perjuicios.
- (e) Causalidad entre los perjuicios y el incumplimiento.
- (f) Que no exista una causal de exoneración que excuse al deudor. Este último requisito será desarrollado en un capítulo separado.

A continuación serán analizados cada uno de estos requisitos necesarios para dar lugar a la acción de indemnización de perjuicios en sede contractual.

d. Incumplimiento de contrato

263. Como se dijo anteriormente, el primer requisito y presupuesto básico de la responsabilidad contractual, es la existencia de un incumplimiento de parte del deudor. El incumplimiento ha sido estudiado como requisito de toda acción u otro remedio contractual.

Mora

(a) Concepto y función de la mora

264. El incumplimiento que da lugar a indemnización de perjuicios se constituye jurídicamente con la mora. Por eso, la mora es la situación jurídica de encontrarse en incumplimiento de una obligación contractual.

El principio en materia de responsabilidad contractual es que la sola inobservancia de la prestación debida no posiciona al deudor en una situación de incumplimiento que lo haga responsable civilmente. Para eso la ley exige, además, que el acreedor, directa o indirectamente, le represente al deudor su intención de que se ejecute la prestación debida.

En las obligaciones de no hacer la infracción al deber negativo tiene por si solo el efecto de poner al deudor en la posición jurídica de incumplimiento (art. 1557 *in fine*).

265. La mora, por tanto, es requisito para que sea procedente la indemnización de perjuicios, sea ésta por retardo o compensatoria. La mora significa poner al deudor en estado de incumplimiento. El art. 1557, corroborado por el art. 1538 sobre la cláusula penal, da a entender que la mora es requisito para demandar cualquier tipo de indemnización, en cuanto estatuye 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*".

Como se sigue de la disposición transcrita, el requisito previo de la mora para exigir perjuicios no rige con relación a todos los tipos de obligaciones, sino sólo respecto de las de dar y de hacer. Ello porque con respecto a las obligaciones de no hacer existe una regla especial, dada por el mismo art. 1557 (también por el art. 1538 II) y, además, porque atendida la naturaleza de este tipo de obligaciones no es posible hablar de retardo en el cumplimiento de la obligación. La obligación de no hacer permanece por el tiempo que se ha pactado, dentro del cual se cumple sin ejecutar la conducta prohibida, y se incumple realizándola; fuera de ese tiempo, ya no existe obligación alguna. Por consiguiente, hablar de mora en una obligación de no hacer no es sustentable porque todo retardo significa, en realidad, cumplir la obligación (aunque sea en un momento posterior al debido). En definitiva, entonces, cuando se habla de obligaciones de dar y de hacer, el deudor es responsable civilmente siempre que se encuentra en mora. En cambio, cuando se trata de obligaciones de no hacer, el deudor es responsable civilmente desde que es acreditado el solo hecho del incumplimiento.

Nota del profesor: En relación con la mora, lo expuesto por Barros y Schopf no se corresponde con la doctrina tradicional. Veamos ahora a un exponente de esta:

Abeliuk, Las Obligaciones, Tomo II, p. 854: “Podemos definir la mora del deudor o mora solvendi como el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor. Este retardo puede significar un incumplimiento definitivo, o meramente un atraso del deudor. Al momento de la constitución en mora ello se ignora, y por eso hablamos de retardo. El otro elemento de la mora es la interpelación del acreedor”.

Como puede apreciarse, Abeliuk conceptualiza la mora de manera muy diversa a Barros y Schopf. Mientras para estos últimos esta institución supone poner al deudor en “estado de incumplimiento”, cumpliendo un rol más bien instrumental para la obtención de la indemnización de los perjuicios, Abeliuk, interpretando *a contrario sensu* el inciso 2º del artículo 1558 (“La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios”), asume que se trata de un requisito sustantivo, donde resulta relevante la imputabilidad del deudor, esto es, la posibilidad de que retardo se deba a una conducta reprochable.

En nuestra opinión, el análisis de las reglas del Código Civil referidas a la mora, en particular, el artículo 1551, es más consistente con la tesis de Barros y Schopf. Considerar la imputabilidad

como requisito de la mora resulta superfluo, en cuanto se trata de un requisito independiente de la acción indemnizatoria, como se verá.

Continuamos con el texto de Barros y Schopf:

(b) Constitución en mora

266. El artículo 1551 define el momento a partir del cual el deudor está en mora:

- 1) *"Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora".*

De aquí se desprende que si en un contrato se ha señalado un plazo para el cumplimiento de la obligación, el deudor queda constituido en mora sin necesidad de requerimiento judicial. Para configurar esta causal es necesario que el plazo haya sido convenido por las partes.

En otras palabras, no basta el transcurso de algún plazo legal y no es facultad del juez determinar los plazos.

El cumplimiento del plazo y no de la condición suspensiva da lugar a mora.

Respecto de esta última debe entenderse que rige la tercera regla del art. 1551.

Se afirma que los artículos 1949 y 1977 del Código Civil y 737 del Código de Comercio son excepciones legales a la regla de que el cumplimiento del plazo convenido da lugar a mora. Analice en qué sentido constituyen excepciones.

2) *"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".* Este es un caso de un plazo tácito. Este tipo de plazos está configurado por el singular e implícito espacio de tiempo dentro del cual la ejecución de la obligación reporta utilidad al acreedor, de tal modo que fuera de él no le procura beneficio alguno o, incluso, suele irrogarle perjuicios.

3) *"En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".* Esta es la regla general: a falta de plazo expreso o tácito, el acreedor es puesto en mora por medio de una demanda judicial. La constitución en mora del deudor puede realizarse mediante demanda ordinaria, que pretende que se declare el incumplimiento y se dé lugar a los remedios solicitados; o mediante la demanda ejecutiva

que persigue hacer valer la obligación. La notificación de la demanda determina el momento preciso de la constitución al deudor en mora.

267. La regla general es la regla tercera que exige demanda judicial; es tan fuerte la idea de que la mora se produce por reconvención al deudor que los casos primero y segundo, en que basta un plazo expreso o tácito, han sido llamados de *reconvención tácita*.

A diferencia del ordenamiento chileno, en derecho comparado se ha tendido a considerar que cualquier notificación es suficiente para constituir en mora al deudor, sin necesidad de que esa notificación sea judicial. Con todo, atendido que las normas de la mora son dispositivas, nada obsta a que las partes convengan que no sea necesario reconvenir judicialmente al deudor para constituirlo en mora, y esto pueda efectuarse por otros medios menos gravosos.

¿Qué mecanismos convencionales de notificación idearía usted para hacerla expedita y cierta?

268. La doctrina y jurisprudencia tradicionalmente han entendido que la mora exige que el retardo del deudor sea imputable a su culpa o dolo. El argumento de imputabilidad como requisito de la mora se construye a partir del art. 1558 del Código Civil: "*la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios*". Se concluye que esa norma no daría lugar a la indemnización en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor precisamente porque el deudor no estaría en mora.

En verdad, esa interpretación parece artificiosa y tampoco tiene asidero en el contexto del art. 1558. Esa norma más bien parece referirse a que el deudor que está en situación jurídica de incumplimiento, no es responsable si logra mostrar que éste se debió a un caso fortuito.

Parece más correcto entender que la mora es un elemento estrictamente *formal y neutral*, por cuyo intermedio el acreedor advierte al deudor de su incumplimiento y le exige el pago o ejerce otro remedio. De esta forma la mora o retardo son entendidos en los principales instrumentos comparados de derecho de contratos. En otros sistemas jurídicos se prescinde de este requisito abstracto y se establecen reglas que permiten fijar plazos razonables de cumplimiento como condición para ejercer un remedio propiamente tal.

(c) Efectos de la mora del deudor

269. El primero y más importante de los efectos de la mora del deudor es que éste comienza a ser responsable civilmente de su incumplimiento, verificados los demás requisitos. Desde el momento en que se constituye en mora, el deudor comienza a deber la reparación de los perjuicios que haya ocasionado, siempre y cuando concurren los otros requisitos de la responsabilidad contractual. Esto es especialmente importante para los efectos de determinar la indemnización moratoria, pues ésta precisamente repara los perjuicios que provoca el retraso.

270. Además, una vez que el deudor está en mora, éste se hace responsable del caso fortuito sobrevenido durante su retardo, salvo que sea de aquellos imprevistos que hubieren de igual forma sobrevenido en manos del acreedor si la cosa se hubiera encontrado en su poder (arts. 1547 y 1672).

En estricto rigor, esta norma del art. 1547 se refiere a un asunto de responsabilidad más que de riesgos. El art. 1547 II preceptúa que si la situación de incumplimiento se debe a un caso fortuito o a fuerza mayor, el deudor no es responsable. La mora altera a este respecto la regla general de responsabilidad, en cuya virtud el caso fortuito exonera de responsabilidad. Si la imposibilidad de la prestación por caso fortuito ocurre durante la mora del deudor, éste pasa a ser responsable del consiguiente incumplimiento aunque no le sea imputable; con la reserva, sin embargo, de que ni aun en ese caso será responsable si el caso fortuito fuere de aquellos que hubieren sobrevenido de todos modos si la cosa hubiese estado en manos del acreedor. En otras palabras, la mora amplía la responsabilidad del deudor constituyendo la obligación en una de garantía (inexcusable aun por caso fortuito), pero sólo a condición de que el incumplimiento haya sido causalmente determinante de la destrucción del cuerpo cierto.

¿Se produce el mismo efecto si no se trata de una obligación de cuerpo cierto sino de la imposibilidad de una obligación de hacer ocurrida durante la mora del deudor? ¿Es homologable por analogía la destrucción de la cosa debida a la imposibilidad?

271. Asimismo, la mora pone a cargo del deudor los riesgos de la especie o cuerpo cierto cuya entrega se deba (art. 1550). La diferencia entre el art. 1550 y el art. 1547 II (referido en el párrafo anterior), radica en que mientras este último contiene normas de responsabilidad, el primero contiene normas de distribución de riesgos. Sin embargo, ambas normas se complementan estrechamente. En efecto, en virtud del art. 1547 se debe entender que el deudor es obligado a resarcir los perjuicios cuando el caso fortuito sobreviene durante su mora; además, en razón del art. 1550, en ese caso el acreedor se verá excusado de pagar su obligación.

272. Finalmente, en los contratos bilaterales la mora del demandante de ejecutar la prestación que debe da derecho al demandado para oponer la excepción de contrato no cumplido (art. 1552). Esta institución será trata a propósito de los efectos específicos de los contratos bilaterales.

(d) Mora del acreedor

273. Se ha visto que la mora del deudor es la formalización jurídica del incumplimiento. Sin embargo, también es posible que quien se encuentre en retardo sea el acreedor. Esta situación doctrinariamente es conocida como mora del acreedor, esto es, la reticencia del acreedor a recibir el pago del deudor en la época oportuna. El concepto se desprende de la parte final del art. 1548, que se refiere al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

274. El acreedor sólo se encuentra en mora una vez que el deudor le ha ofrecido el pago de la obligación. Así lo estima la doctrina y la jurisprudencia con fundamento en el texto de los arts. 1680, 1548 y 1827. La mora del acreedor consiste en la negativa de éste de recibir el pago en el momento oportuno; por el contrario, si el deudor jamás ha ofrecido cumplir la obligación, no es posible inferir reticencia alguna de parte del acreedor.

No es necesaria la oferta del deudor mediante el pago por consignación para constituir en mora al acreedor, pues se trata de un procedimiento destinado a extinguir una obligación, cuyas formalidades no pueden exigirse antes que el acreedor se haya rehusado recibir (ALESSANDRI). Esta interpretación se confirma si se atiende al art. 1680, que exige que la cosa haya sido simplemente ofrecida al deudor, mientras la oferta de consignación procede precisamente cuando el acreedor no quiere recibir el pago.

275. Los efectos de la mora del acreedor son los siguientes:

- i. Atenúa la responsabilidad del deudor, porque lo descarga del deber de cuidado ordinario de la cosa y lo hace responsable sólo de culpa grave o dolo (arts. 1680 y 1827).
- ii. Es incumplimiento de un deber de colaboración del deudor, que da lugar a la indemnización de los perjuicios derivados de la reticencia en recibir el pago (art. 1827).
- iii. Si el deudor, luego de rechazado por el acreedor el pago, efectuó un pago por consignación, el acreedor debe reembolsarle las expensas de la oferta y de la consignación válidas (art. 1604).

Imputabilidad del deudor

El segundo requisito al que nos referiremos es la imputabilidad del deudor. Este es el requisito por excelencia que permite decir que la acción indemnizatoria en sede contractual es una acción de responsabilidad.

Con todo, la doctrina tradicional usualmente soslayó el problema de la imputabilidad en sede contractual en razón de una interpretación excesivamente abstracta de los preceptos legales involucrados. Veamos:

Abeliuk, Las Obligaciones, Tomo II. De acuerdo al Art. 1698, corresponde probar la obligación o su extinción al que alega aquella o ésta.

En consecuencia, si al acreedor le corresponde acreditar la existencia de la obligación, no le toca, en cambio, probar el incumplimiento. Es el deudor quien debe establecer que ha cumplido, porque alega el pago, o sea, la extinción de la obligación y sobre él coloca la ley la carga de la prueba en tal caso.

Pero aún más, si el deudor no ha cumplido, deberá probar, si quiere quedar exento de responsabilidad, que el incumplimiento no le es imputable. Porque el deudor se defenderá de la demanda del acreedor que le exige el cumplimiento o la indemnización de perjuicios, alegando que ha operado algún modo extintivo de la obligación liberatoria para él. Según la regla general del Art. 1698, deberá probarlo.

Si lo que alega es la imposibilidad en el cumplimiento por caso fortuito, él debe acreditar que ha concurrido dicho modo de extinguir, estableciendo la concurrencia de la fuerza mayor. No sólo porque así resulta de la regla del Art. 1698 citada, sino porque lo dispone expresamente el inc. 3° del Art. 1547: "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega".

Si debe probar la diligencia quien debió emplearla, ello equivale a presumir la culpa, y la conclusión es que el deudor debe destruir la presunción legal de imputabilidad en la forma que veremos al tratar de la indemnización de perjuicios (...).

(...) Por su parte, el Art. 1671 establece: “siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya”.

Si el deudor, como lo dice el Art. 1547, debe probar la diligencia, es porque la falta de ella se presume; el acreedor no está obligado a acreditar la culpa, sino que el deudor debe establecer que no incurrió en ella probando el debido cuidado o diligencia empleado en el cumplimiento.

El inc. final del Art. 2158 contiene una excepción a este principio en el mandato; el precepto establece las obligaciones del mandante para con el mandatario, de las que no puede dispensarse alegando que el negocio encargado no tuvo éxito o pudo desempeñarse a menor costo, “salvo que le pruebe culpa”. Se trata de una situación muy especial, ya que el mandatario es el acreedor, y el mandante pretende eximirse de su obligación por la culpa de aquél, y lógicamente debe probársela.

La Corte Suprema ha resuelto que es cuestión de hecho determinar si ha habido o no culpa, lo que no hace sino confirmar la relatividad de las clasificaciones y definiciones.

Amén del problema ya examinado de si la presunción de culpa rige también para la grave en cuanto se pretenda asimilarla al dolo, el precepto presenta también el de determinar cómo destruye esta presunción el deudor: si le basta probar que empleó la debida diligencia y cuidado, o debe acreditar el caso fortuito.

Nota del profesor: Así, para la doctrina tradicional, el problema de la imputabilidad era una cuestión menor en cuanto el incumplimiento se presumía culpable, tal como explica Abeliuk. La discusión sobre la culpa entonces decía más bien relación con la regla del artículo 1547 y su referencia a la clasificación tripartita de la culpa del artículo 44: si el beneficiado por el contrato es sólo el acreedor, entonces el deudor responde del más bajo nivel de diligencia (culpa grave); por el contrario, si el beneficiado por el contrato es sólo el deudor, entonces este responderá del más alto nivel de diligencia (culpa levísima); en el caso más común, esto es, que el contrato beneficie a ambas partes, el deudor responderá de la culpa leve, que se corresponde con el estándar del “buen padre de familia”.

Con todo, la tesis de que el incumplimiento se presume culpable se complica cuando se trae a la luz la clasificación de las **obligaciones en de medios y de resultado**. Esta diferenciación entre obligaciones torna a la presunción de culpa del incumplimiento en problemática.

En efecto,

(a) Si la obligación es de **resultado**, la presunción de culpa es irrelevante, porque la única excusa del deudor será el caso fortuito.

En efecto, si estamos hablando de obligaciones de resultado, esto es, donde la única forma de cumplir será acreditando la ejecución completa de la prestación debida, la culpa del deudor nunca está en discusión. Si la encomienda no llegó a tiempo, no importa cual sea la diligencia empleada, siempre se habrá incumplido el contrato de transporte. La única forma en que el deudor se eximirá de su responsabilidad será mostrando que un hecho externo, imprevisto e imposible de resistir (un caso fortuito, según la definición del artículo 45) le impidió ejecutar completamente la prestación.

(b) Si la obligación es de medios, la presunción de culpa es impertinente, porque la configuración del incumplimiento requiere de culpa.

Si la obligación es de medios, aun cuando se pruebe la existencia de la obligación, la prueba de su extinción no es binaria, porque depende de una calificación de la conducta del deudor como diligente. En este sentido, en adición a la excusa de caso fortuito (que siempre estará disponible para el deudor porque apunta a otro requisito, la existencia de una relación de causalidad entre incumplimiento y daño), el deudor dispondrá de la excusa de ausencia de culpa.

Volvamos de nuevo al texto de Barros y Schopf:

f. Imputabilidad del deudor

276. La responsabilidad civil contractual exige, en principio, un juicio de valor de las razones que provocaron el incumplimiento. De este modo, el requisito de la imputabilidad atiende a la pregunta acerca de los requisitos conductuales para que el deudor deba indemnizar al acreedor por los perjuicios que le ha ocasionado el incumplimiento. La pregunta se responde sólo si se atiende a dos cuestiones diferentes: ante todo, los requisitos para dar por establecida *prima facie* la imputabilidad del deudor y, luego, las razones que se admiten para liberar de responsabilidad al deudor. Por eso, las causales de exoneración de responsabilidad, son correlativas a la imputabilidad como requisito de la responsabilidad contractual en sentido estricto (indemnización de perjuicios).

277. Aunque la vinculación entre imputabilidad y causales de exoneración parece bastante obvia desde un punto de vista lógico, el tratamiento que se le ha dado a ambas materias no es coherente.

La oscuridad a este respecto se explica, en parte, por la confusión entre la obligación contractual de primer grado y la responsabilidad civil propiamente tal; y también por la falta de diferenciación entre el contenido de las obligaciones de medios y de resultado.

En circunstancias que en las obligaciones de medios el comportamiento diligente del deudor forma parte del contenido de la obligación, la diligencia es parte de esencial del cumplimiento por parte del deudor. Es decir, en las obligaciones de medios la diligencia no es una excusa para liberarse de responsabilidad, sino más bien una prueba del cumplimiento de la obligación de primer grado. En cambio, en las obligaciones de resultado, en que el interés directo del acreedor es precisamente el objeto de la obligación (esto es, la prestación a que está obligado el deudor), la culpa no es el factor que define el incumplimiento. Si el deudor se ha obligado a un resultado, y no sólo a una cierta conducta, la única excusa admisible para exonerarse de responsabilidad será un hecho que escapa a su control (esto es, en el lenguaje clásico del Código Civil, el caso fortuito o fuerza mayor). Asimismo, si la imposibilidad constitutiva del caso fortuito es permanente, esa excusa no sólo servirá al deudor para liberarse de responsabilidad, sino también para excusarse frente a una acción de ejecución forzada porque la obligación ha devenido imposible. Sobre las excusas del deudor se profundizará más adelante.

278. Lo que sigue de este apartado será dedicado, sucesivamente, al estudio de la culpa y del dolo como títulos de imputación de la responsabilidad civil contractual.

(a) Culpa contractual

279. La Corte Suprema ha definido la culpa como la *"falta de cuidado o diligencia que debió emplearse en el cumplimiento de la prestación debida"*.

La culpa en sentido jurídico es distinta que en el sentido del lenguaje natural: si en este último consiste en un juicio de reproche personal, en el derecho es eminentemente objetiva. No se trata de un reproche a la persona, sino que a la conducta. El juicio se realiza mediante la comparación de la conducta del deudor con un estándar de

comportamiento: el hombre diligente, prudente y diestro; en los términos arcaicos del Código Civil, el 'buen padre de familia'.

Por eso, la culpa contractual se aprecia en abstracto, es decir, se compara la conducta del deudor con una conducta estándar.

i. Gradación de la culpa

280. El Código Civil, siguiendo a POTHIER, establece, en su artículo 44, tres patrones de conducta a partir de los cuales se debe apreciar la culpa; a saber:

1) *Culpa grave*, que "es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios". Este tipo de culpa se asimila en sus efectos al dolo.

2) *Culpa leve*, esto es, "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios". De acuerdo con una antigua tradición romana la diligencia ordinaria es la que toma como estándar el buen padre de familia, lo que en la economía moderna puede ser entendido, de acuerdo con los diferentes roles sociales, como el buen médico, abogado, constructor o asesor financiero. La culpa leve es el estándar general de cuidado si no hay otra calificación especial.

3) *Culpa levísima* es "la falta de esa esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes". Corresponde al más alto estándar de cuidado.

281. La doctrina clásica considera que una de las principales diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual es la gradación de la culpa. Mientras que en sede contractual la culpa de la que responde el deudor variaría de acuerdo al tipo contractual, en sede extracontractual quien causa el daño respondería de toda culpa. Sin embargo, como se verá en el curso de responsabilidad extracontractual, la diferencia es más bien teórica. En efecto, la idea de que en sede extracontractual se responde de toda culpa no es consistente con la noción general acerca del cuidado debido en las relaciones mutuas; lo que se exige respecto de los demás en las relaciones susceptibles de causar daño a otro sin que medie contrato es la conducta respetuosa que puede recíprocamente esperarse en nuestras relaciones recíprocas.

ii. Estándar de diligencia por el cual responde el deudor

282. A falta de disposición de las partes o de una norma especial, para determinar de qué culpa responde el deudor debe estarse a lo previsto en el art. 1547. Esta norma señala de qué culpa responde el deudor atendiendo a la economía de la relación entre las partes; en particular, a la circunstancia de si se trata de un contrato gratuito y oneroso.

1) En los contratos gratuitos que benefician al acreedor, el deudor responde de culpa grave, esto es, el estándar de cuidado más bajo.

2) En los contratos gratuitos que benefician al deudor, éste responde del más alto estándar de diligencia, esto es, de culpa levísima.

3) En los contratos onerosos el deudor responde de culpa leve.

iii. Culpa por el hecho ajeno

283. En sede contractual, el deudor no es responsable sólo por sus propios hechos, sino por los de aquellos que están a su cargo en el cumplimiento de la obligación. Este principio está recogido en el inciso primero del art. 1590 y en el art. 1690 del Código Civil, normas que indican que en el hecho del deudor se comprende el hecho de aquellas personas por las que éste responde.

En consecuencia, si el deudor ejecuta la obligación por medio de dependientes, mandatarios o subcontratistas, responde de los hechos de ellos como si fueran propios. Al acreedor suele ser irrelevante cómo organiza el deudor el cumplimiento de su obligación (salvo que sea una obligación *intuito personae*), pero el deudor asume el riesgo respecto de la conducta de sus colaboradores en la ejecución.

284. La manera en que se responde por el hecho ajeno es diferente en sede extracontractual. En el curso correspondiente se verá que en materia de responsabilidad extracontractual se establece una presunción de responsabilidad por el hecho ajeno. De esta manera, existe la posibilidad de descargarse de la presunción, si el demandado demuestra que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe, no hubiere podido impedir el hecho (art. 2320). Esta posibilidad no la tiene el

deudor en sede contractual, quien responde por el hecho de sus dependientes como si se tratase de hechos propios.

iv. Prueba de la diligencia debida

285. El Código Civil establece una presunción de culpa del deudor por el hecho del incumplimiento: *"la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega"* (art. 1547, inciso final).

Esta disposición, en conjunto con el art. 1698, establece la regla general en materia de carga de la prueba. Probada que haya sido la existencia de la obligación por el acreedor, el deudor debe probar el cumplimiento (esto es, la extinción de la obligación mediante el pago). Si el deudor no logra probar el cumplimiento, se presume su incumplimiento imputable. La culpa del deudor es presumida por el sólo hecho de no poder probar el cumplimiento. La manera que tendría de liberarse de responsabilidad sería probando caso fortuito.

286. En las *obligaciones de resultado*, la prestación consiste en el beneficio que el deudor se obliga a proporcionar. Por lo tanto, si el deudor no logra probar que ha alcanzado el resultado se presumirá su negligencia.

En las obligaciones de medios la cuestión se plantea en iguales términos. Sin embargo, suelen producirse en la práctica otras distribuciones de la prueba: el deudor para probar el cumplimiento de la obligación (art. 1698) debe probar que ha realizado actos de ejecución y, además, que éstos responden al estándar de diligencia debida. Usualmente el acreedor asegurará que esos actos de ejecución no responden a ese estándar. En circunstancias que el juez es frecuentemente un lego en la materia que se discute, suele no estar en condiciones de juzgar la diligencia o negligencia envuelta en dichos actos de ejecución, que es en definitiva lo que determina el cumplimiento en las obligaciones de medios. Por eso, finalmente tanto el deudor como el acreedor se verán en la necesidad de probar el fundamento de sus alegaciones. De ello no se sigue, sin embargo, una alteración de la carga de la prueba, porque corresponde al demandado (por ejemplo, médico, abogado, publicista o mandatario) la carga de probar que sus actos de cumplimiento de la obligación satisfacen el estándar objetivo de diligencia debida y a

falta de la debida diligencia el riesgo probatorio lo corre el deudor (si no se prueba la diligencia, el deudor debe ser hecho responsable).

287. La manera como opera la carga de la prueba que soporta el deudor de una obligación de medios debe entenderse a la luz de una norma ubicada en el mandato (el contrato que establece típicamente obligaciones de medios) y que es esencial a efectos de comprender el sentido y cuestiones probatorias envueltas en una obligación de conducta: el mandante no podrá *"dispensarse de cumplir sus 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, inciso final).

En otras palabras, probados los actos de ejecución del mandatario, queda abierta la pregunta por la diligencia o negligencia. Lo que está claro es que la no obtención del beneficio (que el negocio encomendado prospere o que el enfermo bajo cuidado se restablezca) no da lugar a una excepción de contrato no cumplido (art. 1552). Sin embargo, la regla va más allá porque establece que corresponde al acreedor de la obligación de medios (mandante) probar la culpa del mandatario. Esa prueba de la culpa que exige la ley al mandante es inconsistente con lo dispuesto en el artículo 1547.

La existencia de dos normas que establecen criterios diferentes puede resolverse de conformidad con el principio de especialidad, afirmando que la norma del mandato prevalece porque se refiere a una obligación de conducta, mientras el artículo 1547 está construido a la luz de la obligación de dar un cuerpo cierto (guarda relación con los arts. 1548 y 1549). Lo cierto, sin embargo, es que la norma del art. 2158 inciso final constituye una norma básica en materia de obligaciones de medios: la no obtención del resultado perseguido no excusa al acreedor para cumplir sus propias obligaciones (al menos no da lugar a la excepción de contrato no cumplido).

Además, las obligaciones de medios plantean de una manera particular la situación probatoria de las partes. En efecto, de acuerdo con la regla general sobre carga de la prueba, ésta corresponde al deudor que ha cumplido la obligación actuando con la debida diligencia. La cuestión que entonces se abre es si esa actuación responde a los estándares exigibles de acuerdo con el contrato o por la *lex artis*. A falta de otra prueba, proporcionada por el demandante que permita inferir la negligencia del profesional u otro deudor de una obligación de medios, los actos de ejecución probados por el deudor

podrán ser prueba suficiente de que él cumplió su obligación; de tal forma, una vez probados los actos de ejecución (que el médico pidió exámenes y recetó medicamentos), la discusión se traslada a determinar si éstos pueden ser considerados como efectivo cumplimiento, esto es, si se aplicó la destreza y la diligencia exigible de acuerdo con la *lex artis*. Por eso, en la práctica, a pesar de que la ley dispone claramente que “*la prueba de la diligencia o cuidado corresponde a quien ha debido emplearlo*” (art. 1547 III), la pretensión del demandante con frecuencia sólo prosperará, de acuerdo con la norma del art. 2158 inciso final, si el acreedor logra probar que la conducta invocada como acto de ejecución por el demandado no ha observado los estándares de cuidado requeridos.

Un segundo camino para entender el conflicto de reglas puede ser entender que el art. 2158 sólo se remite a la prueba del incumplimiento que enerva la exigencia de la contraprestación, de acuerdo con el art. 1552 (*exceptio de non adimpleti contractus*).

Así, el acreedor de una obligación de conducta no puede negarse a pagar la remuneración o los gastos y demás costas incurridas por el deudor a pretexto de que el resultado no se ha obtenido. Esta interpretación es consistente con la naturaleza de la obligación de medios y si el acreedor quiere evitar el pago debe probar la culpa. Por el contrario, si se persigue la responsabilidad contractual del deudor por un cumplimiento negligente de la obligación, corresponde al deudor probar que sus actos de ejecución responden al estándar de cuidado debido (lo que por cierto no obsta a que también el acreedor pueda allegar prueba acerca de la negligencia). Sólo que el riesgo de que el juez no tenga por probada la diligencia corresponde al deudor: tanto por aplicación del art. 1698, en tanto la extinción de la obligación debe ser probada por el deudor que la alega; como por el art. 1547 III, en tanto la prueba de la diligencia es carga del deudor.

288. En todo caso, el art. 2158 es una norma bien estructural en el derecho de contratos, porque muestra que la omisión del resultado que finalmente el acreedor esperaba en una obligación de medios no da por constituido el incumplimiento.

(b) Dolo contractual

i. Concepto

289. La trascendencia del dolo en diferentes ámbitos se muestra en su tratamiento en el título preliminar del Código Civil, en donde es definido como "[l]a *intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*" (art. 44, inciso final).

El concepto de dolo recogido en el art. 44 es extremo, porque supone la voluntad del sujeto dirigida directamente a causar daño a otro. Lo cierto es que generalmente quien incurre en dolo no lo hace con el propósito directo de ocasionar un daño, sino considera el mal a otro como un medio para obtener un beneficio. La voluntariedad de la acción, la intención de provecho y la desconsideración del interés ajeno que se lesiona son elementos constitutivos de la acción dolosa más ordinaria. Por eso, es generalmente aceptado que para que haya dolo en materia civil es suficiente que exista un dolo eventual, esto es, aquel en que el sujeto se representa (o debiere representarse) la consecuencia dañina de su actuar, pero ésta le es indiferente atendido el interés que persigue. Es decir, el dolo no necesariamente supone una intención positiva de dañar, sino basta con que el sujeto se represente ese daño como probable.

Sin embargo, aunque se la tomare como de aplicación general, la definición de dolo no resulta relevante, porque de acuerdo al art. 44 II la culpa grave equivale en materias civiles al dolo. De este modo, una diversidad de conductas cabe entre el propósito directo de causar daño a la contraparte, en un extremo, y la grave desconsideración de los intereses de esa contraparte, por el otro.

ii. Relevancia del dolo en materia patrimonial

290. En el derecho civil el dolo es relevante en distintas materias del derecho de obligaciones:

(i) puede dar lugar a un *vicio del consentimiento*, legitimando al afectado para demandar la rescisión del acto, además de la indemnización de perjuicios que le haya ocasionado la conducta dolosa.

(ii) puede dar lugar a *enriquecimiento injustificado*, porque el afectado por la conducta dolosa puede interponer una acción restitutoria hasta la concurrencia del provecho que ha reportado el dolo en contra quien se ha enriquecido del dolo ajeno sin participar en su comisión (arts. 1458 II y 2316 II);

(iii) de acuerdo al art. 1558 del Código Civil, es un *agravante de la responsabilidad contractual*, porque quien en el ámbito contractual incurre en 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", más allá de los perjuicios previsibles; y

(iv) es un antecedente que puede dar lugar a *responsabilidad extracontractual* de cumplirse otros requisitos, porque si alguien mediante una acción u omisión dolosa causa daño a un tercero, comete un delito civil debiendo responder frente a la víctima de acuerdo a las reglas generales (art. 2314).

iii. Prueba del dolo

291. A diferencia de la culpa, el dolo no se presume. La regla se construye como una generalización analógica de la norma del art. 1459, en materia de vicios del consentimiento:

"El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse".

iv. Equiparación de la culpa grave al dolo

292. El art. 44 hace equivalente el dolo a la culpa grave. De acuerdo a la norma citada, la culpa grave consiste en " *no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*". La equivalencia entre dolo y culpa grave tiene sus orígenes en la antigua máxima de derecho romano *culpa lata dolus aequipatur*.

La culpa grave es asimilable al dolo porque en tanto conducta externa suele ser análoga a la actuación de aquel sujeto que actúa con intención de causar un daño. El desprecio intencional por el interés de la contraparte es análogo a la completa despreocupación o descuido. De ahí que para imputar culpa grave basta con probar que la conducta efectiva del demandado fue tan negligente como la de una persona por completo desaprensiva en manejar sus asuntos propios.

293. La doctrina más reciente acepta una asimilación amplia entre los efectos del dolo y de la culpa grave. Pero, ¿supone ello que existe completa identidad?

Ante todo, ¿se presume la culpa grave? La equiparación de los efectos parece hablar a favor de que la culpa grave, como el dolo, no se presuma. En consecuencia, la culpa grave debe ser probada. Sin embargo, ¿se extiende esta equiparación a la presunción de culpa del art. 1547? Luego de señalar los diversos tipos de culpa de los que se responde en cada tipo de contratos, esa disposición establece que la prueba de la diligencia incumbe a quien ha debido emplearla. En consecuencia, de acuerdo con la lógica probatoria de la responsabilidad contractual, corresponde al deudor probar que ha empleado la mínima diligencia que exigen los contratos en los que el deudor responde de la culpa grave (los que sólo favorecen al acreedor, como el depósito).

También conviene ser diferenciados en la igualación en otras materias. Así, por ejemplo, no recibe cobertura de seguro el daño que intencionalmente provoca el asegurado. Sin embargo, no existen las mismas razones para estimar que no se puede asegurar la culpa grave.

v. Diferencias entre el incumplimiento doloso y el incumplimiento culpable

294. En materia de responsabilidad contractual el acreedor puede estar interesado en probar el incumplimiento doloso del deudor, debido al efecto agravante de su responsabilidad. De acuerdo al art. 1558 si hay dolo el deudor "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". En cambio, "si no puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato".

Es decir, quien incumple con dolo responde de todos los perjuicios directos, inclusive los imprevisibles; en cambio, quien incumple con culpa, sólo responde de los perjuicios directos previsibles. La diferencia entre unos y otros perjuicios será profundizada al momento de tratar la causalidad y los límites de responsabilidad del deudor.

Nota del profesor: Una duda que no ha sido del todo resuelta ni por la doctrina tradicional ni por la moderna es la pregunta: ¿Todo incumplimiento deliberado debe entenderse doloso? Barros y Schopf ni siquiera se refieren a ella.

La cuestión es importante en función de la llamada doctrina del *incumplimiento eficiente*. Bajo esa doctrina, de raíz anglosajona (escuela del *Law & Economics*), debiera permitirse el incumplimiento cuando se debe al desvío de la prestación hacia un tercero que la valora en una suma mayor al acreedor primitivo. Por ejemplo, si he vendido trigo a \$100/saco, y tras haber firmado el contrato, un tercero me ofrece \$120/saco, ese incumplimiento es “eficiente”, porque genera un mayor bienestar social (un beneficio neto de \$20/saco). Además, tampoco genera perjuicios para el acreedor primitivo porque este recibirá una compensación equivalente al valor de la prestación (\$100/saco). Ahora, el incumplimiento es deliberado, por lo que podría calificarse de doloso. En tal hipótesis, el acreedor podría exigir “perjuicios imprevistos”, lo que afecta el cálculo de la rentabilidad social del incumplimiento. Por otro lado, la definición de dolo es suficientemente exigente como para argumentar que el solo incumplimiento de un contrato no supone “intención de causar daño”.

Daño como elemento de la responsabilidad contractual

(a) El daño como requisito de la responsabilidad civil

295. El daño es el objeto del juicio indemnizatorio y la condición necesaria para dar lugar a la responsabilidad contractual. En este sentido, se manifiesta claramente una diferencia en relación a la responsabilidad penal, porque en delitos de peligro basta la mera contravención a una norma para que se genere esa responsabilidad. La mera negligencia o culpa e incluso el dolo no dan lugar a responsabilidad civil por si solos, a falta de daño.

(b) Clasificación de los perjuicios

296. Atendiendo a su naturaleza, los daños se clasifican en daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales.

i. Patrimoniales o materiales

297. Los daños patrimoniales son aquellos que tienen un contenido económico directo.

Respecto a ellos, el art. 1556 del Código Civil distingue entre:

1) Daño emergente: constituye una disminución real y efectiva en el patrimonio del acreedor.

2) Lucro cesante: consiste en un impedimento para el incremento del patrimonio. En términos más concretos y exactos, es la suma de dinero que el acreedor ha dejado de ganar y que habría recibido de haberse cumplido la obligación.

298. Según el artículo 1.556 del Código Civil, la indemnización de los perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, con lo que se busca cubrir la diferencia patrimonial entre la situación de incumplimiento y la más probable situación de cumplimiento.

299. En la indemnización no deben sumarse simplemente el daño emergente y el lucro cesante, pues puede ocurrir que parte de los gastos (daño emergente) constituya una suma necesaria para producir la utilidad (lucro cesante). Dicha cantidad debe descontarse de la suma del daño emergente y el lucro cesante; de lo contrario, el acreedor indemnizado quedaría en mejor posición que si se hubiere cumplido el contrato.

300. Como daño emergente, se indemnizan los gastos en que el acreedor debió incurrir a causa del incumplimiento (por ejemplo, el pago de una cláusula penal, cuando el acreedor tenía, a su vez, una obligación que sólo podía satisfacer en caso de ser satisfecho su crédito), los costos de la operación de reemplazo de la prestación no cumplida, los costos en que incurre el acreedor confiando en el cumplimiento, etc.

Existen ciertos principios en materia indemnizatoria, de cuya aplicación depende el monto de la reparación. Así, por ejemplo, si sólo se indemnizan los gastos de confianza (como ocurre en responsabilidad precontractual), la indemnización se limita al daño emergente; si se considera además la frustración de las expectativas del acreedor (como ocurre en la responsabilidad contractual), se comprende, además, el lucro cesante atribuible al incumplimiento contractual.

301. Lo que se indemniza son los daños efectivamente causados, lo que se aprecia en concreto.

302. El principal problema respecto del lucro cesante es su determinación, pues se debe exigir un cierto grado de certidumbre. Sin embargo, esto no debe llevar al extremo de

exigir una certeza total respecto del monto de lo que se ha dejado de percibir en virtud del incumplimiento. Más precisamente, puede afirmarse que lo relevante no es la certeza respecto del lucro cesante, sino su probabilidad. Y es razonable calcular el monto del lucro cesante considerando al menos tentativamente esa probabilidad, y, según tal grado, la indemnización será mayor o menor.

ii Daño moral

303. El daño moral, dada la amplitud de aflicciones que puede abarcar, suele definirse por oposición a los daños patrimoniales: es el daño que se refiere a un bien de la personalidad y no tiene un efecto patrimonial directo.

304. Aunque son infinitas las situaciones en que puede expresarse el daño moral, de todas formas pueden construirse tipologías; éstas resultan útiles sobre todo para evitar arbitrariedades al momento de conceder su indemnización. Así, las categorías de perjuicios en que usualmente se expresa el daño moral son las que siguen:

1) El dolor físico y psíquico. La pérdida afectiva o dolor psíquico asociado a la pérdida de un ser querido. El deterioro de la autovaloración.

2) La pérdida de la capacidad de disfrutar la vida, lo que le ocurre, por ejemplo a un deportista aficionado que resulta lesionado y no puede seguir practicando su disciplina.

305. Hasta mediados del S. XX la jurisprudencia fue reticente en conceder indemnización por daño moral en sede contractual. De hecho, la procedencia de la indemnización del daño moral se formuló como una de las principales diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

El texto del art. 1556 sirvió como argumento de texto para denegar la indemnización de daño moral en sede contractual. En efecto, tradicionalmente se decía que dicho artículo no mencionaba los daños extrapatrimoniales; por lo tanto, se concluía la improcedencia de su reparación.

Hacia la década de 1950, y partiendo por el contrato de transporte, se comenzó a otorgar indemnización por daño moral en el ámbito contractual, aunque restringida a casos

específicos que, por lo general, decían relación con lesiones físicas o el deterioro de del prestigio comercial de una persona.

A partir de una sentencia de la Corte Suprema de 1994, la jurisprudencia ha sido consistente en reconocer la procedencia de la indemnización del daño moral en sede contractual.

306. Las razones en que la Corte Suprema justifica la indemnización del daño moral en sede contractual son:

1) *El art. 1556 del Código Civil no excluye al daño moral.* El art. 1556 no limita la indemnización de perjuicios a los daños patrimoniales. Las expresiones 'daño emergente' y 'lucro cesante' no excluyen la indemnización del daño moral.

2) *El concepto de daño emergente comprende al daño moral.* El término 'daño' es inclusivo de todo detrimento, perjuicio o menoscabo. Por lo tanto, dentro del concepto 'daño emergente' se comprenden también los perjuicios extrapatrimoniales.

3) La garantía constitucional de igualdad ante la ley impide establecer diferencias entre el estatuto contractual y extracontractual relativas a la indemnización del daño moral.

Los bienes extrapatrimoniales tienen un valor superior a los bienes patrimoniales. Si se acepta la indemnización del daño moral en sede extracontractual, no existe motivo para negar su procedencia en el ámbito contractual.

307. Actualmente el criterio de la Corte Suprema para conceder indemnización por concepto de daño moral parece demasiado laxo si se atiende a estándares comparados. En efecto, la mayoría de las sentencias que se pronuncian sobre este punto otorgan la indemnización del daño moral sin siquiera atender a los requisitos generales para que el daño sea indemnizable (esto es, que sea cierto y previsible,).

En sede contractual, parece más razonable dar lugar a la indemnización del daño moral, cuando dicho daño es previsible para las partes, lo que sólo resulta razonable en los que envuelven obligaciones de seguridad respecto de personas. Por el contrario, en contratos que protegen intereses meramente comerciales o respecto de sociedades comerciales no

resulta sensato hablar de daño moral. La jurisprudencia deberá ir precisando estos criterios.

(c) Principios que rigen la indemnización del daño contractual

i. Certidumbre del daño

308. Para dar lugar a la indemnización de perjuicios es necesario que el daño sea cierto.

Los perjuicios cuya reparación demanda el acreedor deben ser probados, salvo dos casos: en los casos que se hace valer una cláusula penal y cuando se demandan daños subsecuentes a una obligación de dinero.

309. La certidumbre del daño naturalmente será más fácil de constatar cuando el daño ya se ha materializado (daños actuales). Sin embargo, en casos de daños futuros es difícil de evaluar, porque éstos implícitamente suponen algún grado de incertidumbre (como ocurre particularmente con el lucro cesante). Por eso, respecto de los daños futuros necesariamente la prueba requiere un necesariamente un juicio de probabilidad. A este respecto hay dos caminos posibles: (i) exigir una alta probabilidad para reconocerlo probado; o (ii) indemnizar el daño probado en la proporción en que se probó (por ejemplo, si se estima en un 75% la probabilidad de ganancia, indemnizar un 75% del daño estimado). Jurisprudencialmente se tiende a seguir la primera posición, aunque lleva a una solución todo o nada que no se hace en verdad cargo de la probabilidad.

ii. Previsibilidad del daño

310. En general, sólo habrá responsabilidad contractual si el incumplimiento del deudor ha causado daños previsibles para éste y que sean resultado directo de su comportamiento. El art. 1558 señala que, de no poder imputarse dolo al deudor, éste será responsable sólo de los daños directos que le resultaban previsibles al momento de incumplir.

El contrato supone que el deudor asume un ámbito acotado de riesgos. De ahí que la previsibilidad sea un elemento decisivo en la determinación del daño indemnizable.

Por ello, el Código Civil establece que sólo si el deudor ha incurrido en dolo asume la responsabilidad por los daños imprevisibles que surjan de su incumplimiento (art. 1558 I).

Cabe resaltar que esta norma habla de la responsabilidad por daños que se 'previeron' o 'pudieron preverse', es decir, por los daños que caen naturalmente en el ámbito de riesgo asumido por el deudor, sea que los haya o no previsto efectivamente.

311. La exigencia de la previsibilidad para dar lugar a la reparación de los perjuicios no sólo se justifica por razones de justicia contractual, sino también por razones económicas.

Las partes hacen una distribución de riesgos *ex ante* y la relación contractual crea un vínculo de confianza entre ellas. Desde el punto de vista del contrato como promesa, la confianza creada lleva al acreedor a esperar que se den los acontecimientos de acuerdo con el curso lógico que se deriva del contrato. Si el acreedor espera algo más del deudor, su confianza es excesiva. La limitación de los riesgos de incumplimiento a los daños previsibles facilita, además, que la contratación no suponga riesgos inestimables, favoreciendo de este modo los intercambios.

Por eso, POTHIER sostenía que el deudor sólo responde de los perjuicios que resultan del incumplimiento de la obligación, *en relación con la cosa* que es objeto de la misma y no de los efectos dañosos que el incumplimiento ha provocado en otros bienes (§161). Los efectos imprevisibles son los que se alejan precisamente de esta relación de previsibilidad dada por la naturaleza de la prestación.

312. ¿Qué ocurre cuándo hay circunstancias extraordinarias que concurren al incumplimiento dañoso del deudor, pero éstas son conocidas por él? En este caso hay previsibilidad respecto de la ocurrencia del daño, pero no necesariamente del monto del daño y de la indemnización que se deba seguir de éste. Ello deberá evaluarse caso a caso. La sola información por parte del acreedor acerca de la actividad económica que espera realizar no transforma al deudor en responsable de lo que de conformidad con el tipo de contrato es previsible como daño. El conocimiento por el deudor de las particulares situaciones de riesgo debe tenerse por condición necesaria pero no suficiente para que la responsabilidad del deudor se extienda más allá de los perjuicios típicamente previsibles en el tipo de contrato convenido. Se requiere además que el deudor haya asumido, expresa o tácitamente, esos riesgos (POTHIER, §162). De no realizarse esta consideración, se puede hacer responsable al deudor de la indemnización de sumas exorbitantes atendido el valor de su prestación.

En general, estos problemas pueden resolverse antes de que se produzcan, por medio de cláusulas que delimiten o modifiquen la responsabilidad.

Causalidad entre el incumplimiento y los daños

(a) Preguntas de causalidad

313. El requisito de causalidad atiende a dos preguntas para establecer la responsabilidad del deudor:

(1) ¿es el incumplimiento condición necesaria del daño?

(2) en la cadena de daños, ¿hasta qué efectos derivados de ese incumplimiento alcanza la responsabilidad del deudor? La primera pregunta hace referencia a una cuestión de hecho: ¿es el incumplimiento causa necesaria del daño?; la segunda es normativa: ¿de cuáles consecuencias posibles del incumplimiento responde el deudor?

314. Para dar lugar a la responsabilidad civil contractual debe haber un vínculo entre el incumplimiento del contrato y el daño ocasionado. En otras palabras, es necesario que el incumplimiento del contrato haya sido determinante en la ocurrencia del daño. Esta pregunta es acerca de la *causalidad natural*.

Pero, además, debe haber una relación de cierta proximidad entre el incumplimiento y el daño indemnizable. Así lo establece el art. 1558 del Código Civil al exigir que la indemnización se limite a los *daños directos*. En efecto, el vínculo o encadenamiento causal debe tener un límite para evitar que se extienda al infinito.

La pregunta acerca de cuándo un perjuicio es directo es *normativa*, porque supone un criterio de atribución del daño al incumplimiento.

315. Un clásico ejemplo de POTHIER es ilustrativo para entender los típicos problemas que plantea la causalidad en materia de daños contractuales. Un campesino compró a otro una vaca que se encontraba enferma, sin que el vendedor le advirtiera. En su fundo, colocó a esta vaca junto a su propio ganado, que se contagió de la enfermedad. Producto de esa circunstancia el campesino no pudo cultivar su terreno (pues sus bueyes estaban enfermos), lo que le impidió pagar sus deudas, motivo por el cual sus acreedores

secuestraron sus bienes y los vendieron a un precio insignificante. En esta situación, ¿hasta dónde llega la responsabilidad del vendedor? Al formular esta pregunta, en adición a la de la causalidad natural entre el ilícito contractual y el daño, el derecho establece un límite a la responsabilidad, porque no se responde de todas las consecuencias derivadas del hecho, sino sólo de aquellas que son suficientemente próximas a la conducta del demandado.

316. La causalidad fáctica exige que el hecho del demandado sea una condición necesaria o *condictio sine qua non* del daño, lo que ocurre cuando el daño se ha producido porque el demandado ha realizado el hecho.

La causalidad fáctica es una cuestión de hecho, que se expresa en una relación determinable de causa a efecto entre el hecho del demandado y el daño. Esta es la primera pregunta que debe resolver el juez en el análisis de la causalidad. Ella constituye la exigencia mínima de la responsabilidad, porque en ausencia de esa relación, nada justifica atribuir responsabilidad al demandado.

La causalidad fáctica es condición necesaria pero no suficiente de responsabilidad.

La causalidad legal busca establecer criterios para determinar qué daños en la cadena causal pueden ser atribuidos al hecho del demandado, estableciendo un límite a la mera causalidad fáctica como criterio de atribución de responsabilidad.

317. Una vez determinada la causalidad fáctica respecto de un determinado daño que remotamente se vincula con el hecho del demandado, las doctrinas de la causalidad normativa determinan en qué circunstancias no le son atribuibles al demandado por ser demasiado remotos en la cadena causal. En definitiva, la responsabilidad queda excluida si el daño no es suficientemente próximo al hecho del demandado.

318. Hay que observar que a diferencia de la previsibilidad, la exigencia de que el daño sea directo es aplicable al incumplimiento que no es doloso como al que lo es. La exigencia de que el daño sea directo se relaciona con la idea de que esos daños consecuentes sean objetivamente atribuibles al incumplimiento del contrato y nada tiene que ver con la conducta del deudor que incumple (art. 1558, POTHIER §167).

319. Para resolver la pregunta sobre la causalidad normativa, acerca de si el daño es directo, la doctrina ha formulado diversas teorías. Una de las que ha tenido mayor aceptación en los sistemas de derecho civil es la teoría de la causa adecuada.

El origen de esta doctrina se vincula a los intentos de un científico natural de aplicar principios estadísticos y de probabilidad matemática al estudio de las relaciones humanas, y particularmente del derecho.

Según esta doctrina, la imputación de daños consecuentes sólo se justifica si desde la perspectiva de un observador experimentado que mira retrospectivamente la cadena causal, tales daños subsecuentes no resultan inverosímiles. La adecuación se muestra en que el hecho del demandado es apropiado, bajo un curso ordinario de acontecimientos, para producir esas consecuencias dañosas derivadas del primer daño.

La causa adecuada no define un criterio positivo para establecer cuáles consecuencias derivadas de un hecho dan lugar a responsabilidad, más bien, establece las condiciones negativas para excluir la responsabilidad cuando los acontecimientos subsecuentes no derivan de un curso anormal de los acontecimientos.

320. En sede de responsabilidad contractual para establecer la causa adecuada se suele recurrir a la idea de 'generalidad'. Es decir, se entiende que un perjuicio es directo cuando se sigue 'genéricamente del incumplimiento de ese contrato'. Lo que se busca es indemnizar el evento causal de un conjunto particular de circunstancias, de modo de establecer que sin dicho conjunto igualmente se habría producido el efecto lesivo.

321. Considerando los anteriores elementos, el juez determina que hay responsabilidad y pasa a evaluar los perjuicios y la indemnización a que el acreedor tenga derecho. En la práctica, los tribunales realizan un juicio a la conducta del deudor para extender o restringir el campo de los perjuicios indemnizables en cada caso. Muchas veces el daño moral ha servido de pretexto para que los tribunales extiendan la responsabilidad del deudor, hasta hacerlo responsable de perjuicios indirectos.

Nota del profesor: La siguiente sección del texto de Barros y Schopf se refiere a la evaluación de los perjuicios en sede contractual. Existen tres formas de evaluar los perjuicios: (a) judicial; (b) convencional; y, (c) legal. La convencional corresponde a la cláusula penal, materia que revisamos en el semestre anterior. Por lo mismo, sólo se transcriben a continuaciones lo correspondiente a (a) y (c).

Avaluación de los perjuicios

322. La regla general es que los perjuicios sean evaluados en el juicio indemnizatorio por el juez, de acuerdo a la prueba de ellos aportada por quien los alega. En consecuencia, en principio los perjuicios son objeto de *evaluación judicial*.

323. Alternativamente a esta evaluación judicial, existen otras dos formas:

1) Los perjuicios pueden ser objeto de *evaluación convencional* (cláusula penal): los daños que puedan surgir del incumplimiento se avalúan anticipadamente por las propias partes al contratar.

2) Respecto de las obligaciones de dinero, los perjuicios son objeto de una *evaluación legal*. Los perjuicios que se derivan del incumplimiento se traducen por mandato legal en un interés. Se refieren a esta modalidad el art. 1559 del Código Civil y la Ley 18.010.

(a) Evaluación judicial de los perjuicios

324. Constituye la regla general y se realiza en un juicio indemnizatorio ordinario. Es a esta evaluación a la que se aplican las reglas de los arts. 1556 y 1558, las que entregan herramientas al juez para la determinación de los perjuicios.

En cuanto a la prueba, se sigue la regla general que establece el artículo 1698, por cuanto el que alega la existencia de perjuicios es quien debe probarlos.

325. La Corte Suprema considera que la evaluación de los perjuicios es una cuestión de hecho; por lo tanto, estima improcedente el recurso de casación en el fondo a su respecto. Lo cierto es que en la evaluación de los perjuicios también juegan una serie de conceptos jurídicos, cuya correcta aplicación es importante para unificar criterios.

(b) Evaluación convencional: la cláusula penal **[remisión a Derecho Civil III]**

(c) Evaluación legal de los perjuicios

342. Recibe esta denominación la evaluación que la ley hace de los perjuicios que se siguen el incumplimiento de las obligaciones de dinero. Este es el único caso de evaluación legal de perjuicios.

343. Las normas que contiene el art. 1559, que regula esta materia, se refieren únicamente a la obligación de indemnizar los perjuicios generados a raíz del *incumplimiento* de una obligación de dinero. Incluso, el mismo artículo así lo previene al señalar que, para que pueda ser aplicado, el deudor debe estar en mora. Por lo tanto, esta es una situación diversa de la regulación general de las obligaciones de dinero, especialmente en cuanto a la generación de intereses.

i. Reglas generales en torno a las obligaciones de dinero

344. Por regla general, en sede contractual las obligaciones de dinero no generan naturalmente intereses ni son naturalmente reajustables. Vale decir, si nada se dice en el contrato, la obligación de dinero se debe pagar nominalmente. El caso más típico es la compraventa con saldo de precio.

345. Existe, sin embargo, una excepción en que el principio es precisamente el inverso: el contrato de mutuo de dinero regulado por la Ley 18.010. El art. 12 de esta ley dispone que *"la gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero. Salvo disposiciones de la ley o pacto en contrario, ellas devengan intereses corrientes, calculados sobre el capital o sobre capital reajustado, en su caso."* El artículo 1º de la misma ley, por su parte, define a las operaciones de crédito de dinero como *"aquellas 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."*

346. Además del caso de las operaciones de crédito, la jurisprudencia, sin texto legal que la ampare, ha presumido intereses y reajustabilidad en todas las obligaciones de dinero en que el acreedor no estuvo en condiciones de convenirlos al momento de generarse la obligación. Es el caso de las obligaciones legales, de las obligaciones restitutorias y de las provenientes de un ilícito extracontractual. La razón que ha esgrimido la jurisprudencia es que en todos estos casos el acreedor, aunque hubiese querido, no pudo pactar

intereses, y que éstos representan el valor presente del dinero, es decir, la utilidad traducida a montos actuales que habría tenido el dinero para el individuo al tiempo del daño.

ii. Reglas de la evaluación legal de la indemnización por incumplimiento de obligaciones de dinero

347. Totalmente diverso de los casos explicados en las letras (a) y (b) es aquel en que una persona incumple una obligación de dinero, cualquiera que sea su fuente. A este caso se refiere el art. 1559.

348. Una primera cuestión que debe tenerse presente es que el incumplimiento de una obligación de dinero nunca puede provenir de un caso fortuito. El dinero es el género más amplio por excelencia, de manera que resulta imposible imaginar que un caso fortuito o de fuerza mayor haga perecer el objeto de la obligación, es decir, el dinero. Por consiguiente, la insolvencia no es excusa.

349. Para que opere la norma del art. 1559 el deudor debe encontrarse en mora. La referencia inmediata a este respecto es el art. 1551, según el cual el deudor se encuentra en mora cuando es requerido judicialmente, salvo que haya plazo expreso o tácito.

350. Dice el artículo 1559:

"Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: Primero. 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".

Nota del profesor: Las secciones entre paréntesis cuadrados [] en los párrafos siguientes han sido modificadas para incluir las reformas efectuadas por la Ley 20.715, de 2013

El principio establecido en esta regla es que el incumplimiento genera los intereses legales, salvo que se haya estipulado un interés diverso, en cuyo caso se debe el convenido.

En Chile, según el art. 19 de la Ley 18.010, el interés legal es el interés corriente, definido como el ["promedio ponderado por montos de las tasas cobradas por los bancos establecidos en Chile, en las operaciones que realicen en el país, con exclusión de las comprendidas en el artículo 5°. Corresponde a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras [hoy, Comisión para el Mercado Financiero] determinar las tasas de interés corriente (...)" (art. 6° de la ley 18.010)]. Naturalmente la disposición se refiere al interés de colocación.

Segundo. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo".

De acuerdo con esta regla, pareciera que puede ser posible cobrar más perjuicios que los intereses legales o los convenidos, ya que habla de "cuando sólo cobra intereses". Sin embargo, el problema surge porque según las reglas generales que informan la materia, sólo se deben los perjuicios previsibles. Y esos son, precisamente, los intereses. Por consiguiente, para requerir perjuicios adicionales es necesario acreditar que el deudor actuó de manera dolosa o con culpa grave, porque el dolo lo hace responsable de los perjuicios previsibles y de los imprevisibles.

Tercero. Los intereses atrasados no producen interés".

Los intereses, según esta regla, siempre se cobran sobre el capital; nunca sobre éste más los intereses devengados al momento del pago. O sea, los intereses no se capitalizan. Desde la constitución en mora se comienzan a deber, por tanto, la obligación principal más los intereses que genera el capital. Eso sí, nada impide que se pacte anatocismo. **[Nota del profesor:** El artículo 9° I de la Ley 18.010 dispone "Podrá estipularse el pago de intereses sobre intereses, capitalizándolos en cada vencimiento o renovación. En ningún caso, la capitalización podrá hacerse por períodos inferiores a treinta días"].

Cuarto. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

La indemnización procedente por un incumplimiento de una obligación de dinero consiste siempre en la obligación principal más el interés.

Ahora, la suma final será la misma independientemente de si la operación de crédito es reajutable o no, porque en éste último caso se entiende que el interés incluye el reajuste.

iii. Cláusula penal enorme en las obligaciones de dinero

351. Debido a que las reglas contenidas en el art. 1559 son supletorias de la voluntad de las partes, y que por ende éstas son libres de pactar de un modo diverso la valuación de los perjuicios provenientes del incumplimiento de una obligación de dinero, surge la duda de cuándo se está en presencia de una cláusula penal enorme.

352. [La Ley 20.715 modificó el artículo 6° de la Ley 18.010, estableciendo una regla compleja para la determinación del interés máximo que puede ser pactado por las partes: "No podrá estipularse un interés que exceda el producto del capital respectivo y la cifra mayor entre: 1) 1,5 veces la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención, según determine la Superintendencia [Comisión] para cada tipo de operación de crédito de dinero, y 2) la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención incrementada en 2 puntos porcentuales anuales, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional".

Adicionalmente, el artículo 6° bis establece una regla especial para las operaciones no reajustables de menores o iguales a 200 UF, por plazos mayores o iguales a 90 días, fijando el límite en el interés corriente más: i) 14 puntos porcentuales sobre base anual, en las operaciones superiores a 50 UF, o, ii) 21 puntos porcentuales sobre base anual, en operaciones menores o iguales a 50 UF.

Una tercera regla establece un límite más bajo para operaciones cuyo mecanismo de pago consiste en la deducción de cuotas o del capital de la pensión que tiene derecho a percibir un deudor.

Nota del profesor: La modificación legal pretendía disminuir el interés máximo convencional, especialmente el que afectaba las operaciones de consumo en el comercio minorista. Con todo, el efecto ha sido discutido, sosteniéndose que la rebaja de intereses generó mayores restricciones en el acceso al crédito para consumidores de menores ingresos, que resultan más riesgosos para el mercado financiero. Este tema da para una discusión particular, que usualmente se plantea en cursos de Derecho del Consumo.]

353. Para los contratos entre proveedores y consumidores rige la misma regla (Ley del Consumidor, art. 39).

354. Por último, igual cosa preceptúa el art. 26 de la Ley 18.010 sobre las compraventas con saldo de precio, desde que les hace aplicables los arts. 2º, 8º y 10 de ese mismo cuerpo legal.

355. Respecto de la cláusula penal, la sanción que contempla el Código Civil para el caso en que se supere en el mutuo el máximo interés convencional, es la rebaja de la pena al monto de lo máximo estipulado estipular. Sin embargo, dicha norma se entiende modificada por el art. 8º de la Ley N° 18.010 en el caso de los mutuos de dinero, pues la sanción que provee dicha disposición es la rebaja al interés corriente.

Cláusulas modificadoras de responsabilidad

356. Las normas que regulan la responsabilidad contractual son normas de la naturaleza de los contratos, es decir, son normas dispositivas, por lo que nada impide que las partes al negociar una convención las alteren, sea eximiendo, atenuando o agravando la responsabilidad del deudor, o incluso estableciendo normas aclaratorias o interpretativas.

(a) Cláusulas que tienen por objeto interpretar en concreto reglas legales

357. El Código Civil contiene una gran cantidad de conceptos normativos o indeterminados. Estos conceptos se caracterizan por poseer un núcleo concreto que al momento de ser aplicado presenta, en mayor o menor medida, una zona gris, esto es, un ámbito de aplicación indefinido. Bajo estos supuestos, como es de suponer, el intérprete pasa a ser fundamental.

358. Así, por ejemplo, el concepto de culpa en todos sus grados; el de caso fortuito; el de perjuicios previstos, imprevistos, directos e indirectos, etc. En definitiva, buena parte de los conflictos que generan los contratos se deben a estos conceptos indeterminados.

359. Por eso, no deja de ser provechoso esclarecer por medio de cláusulas contractuales qué debe entenderse por esos conceptos. Por ejemplo, establecer si la huelga constituye

caso fortuito o no; o definir qué se debe entender por diligencia, vale decir, qué estándares de conducta se entiende que satisfacen la exigencia contractual.

(b) Cláusulas eximentes de responsabilidad

360. Cuando se habla en general de cláusulas eximentes se puede estar haciendo referencia a dos tipos de cláusulas: (i) a aquellas que exoneran al deudor de la obligación o (ii) a aquellas que lo exoneran de responsabilidad.

361. Ambos tipos son sustancialmente distintos. El primero contiene cláusulas que liberan al deudor de la obligación cuando es posible cumplirla. Alteran, de este modo, la regla general de que mientras la obligación no se hace imposible, el deudor debe cumplirla. Por ejemplo, en un contrato de suministro se puede establecer una cláusula que exima al deudor de prestar el suministro cuando los costos de la materia suba de cierto porcentaje. Puede asimismo establecerse una condición que cumplida, exima al deudor de la obligación. En definitiva, lo que hacen estas cláusulas es eliminar la acción de ejecución forzada cuando se verifican los presupuestos contractuales. Pero no hacen lo mismo con la acción de responsabilidad, la cual queda subsistente si nada se dice, pues es absolutamente posible que la ocurrencia de esos supuestos contractuales se deba a la culpa del deudor.

362. El segundo tipo de cláusulas, en tanto, consiste en eliminar la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. Por ejemplo, lo anterior se puede concretar dejando subsistente únicamente la acción de ejecución forzada.

(c) Cláusulas atenuantes de responsabilidad

363. Con todo, las cláusulas más comunes en el tráfico son aquellas que limitan la responsabilidad del deudor. Las fórmulas que pueden emplear para obtener dicho propósito son variadas:

i. Bajando el umbral de culpa del cual debe responder el deudor, estableciendo, por ejemplo, que es responsable de culpa leve en vez de levísima, o de grave en vez de leve.

ii. Alterando la carga de la prueba en beneficio del deudor. Debe tenerse presente a este respecto que la Ley del Consumidor prohíbe las cláusulas que alteran la carga de la prueba en favor del proveedor (art. 16).

iii. Estableciendo un límite máximo al monto que el deudor debe pagar en caso de que incurra en responsabilidad contractual.

Este tipo de cláusulas es usual en aquellas situaciones en que el deudor no está en condiciones de asumir el riesgo. Tal cosa sucede, por ejemplo, cuando el deudor suministra una pieza determinada de una maquinaria, de tal modo, que si resulta defectuosa, se arruina toda la maquinaria. En estos casos, comúnmente la suma límite es el valor del contrato.

364. En materia de consumidores, por su parte, se debe entender que las obligaciones de saneamiento del vendedor en una compraventa no pueden exonerarse en condiciones generales. Nada impide, eso sí, que estas obligaciones de garantía, que no dependen de la culpa, sean exoneradas en los demás tipos de contratos.

365. Todas estas cláusulas encuentran su límite en el dolo, pues, según el art. 1465, la condonación del dolo futuro no vale. Por consiguiente, siempre que una de estas cláusulas implique la condonación del dolo futuro, debe ser considerada nula. Por ejemplo, el umbral mínimo de culpa del cual puede lícitamente responder el deudor es la culpa grave, ya que según el art. 44 ésta equivale al dolo.

(d) Cláusulas agravantes de la responsabilidad

366. Las fórmulas mediante las cuales las partes pueden agravar la responsabilidad del deudor son variadas:

i. Estableciendo *obligaciones de garantía*. Estas obligaciones tienen la particularidad de que el deudor responde por ellas de forma estricta u objetiva, esto es, prescindiendo de su conducta efectiva. Las obligaciones de garantía hacen responsable al deudor de todo riesgo, incluido el caso fortuito.

El agravamiento de la responsabilidad en la forma de una garantía es el caso más extremo de una obligación de resultado.

ii. Estableciendo que el deudor responda de un mayor grado de diligencia, alterando la norma del art. 1547. El agravamiento de la diligencia es particularmente relevante en obligaciones de medios.

iii. Haciendo responsable al deudor en términos más gravosos que los que consagra el art.1558, esto es, haciéndolo responsable de los perjuicios previsibles y de los imprevisibles. Se puede, también, dar el carácter de directos a algunos perjuicios que de otro modo han de considerarse indirectos.

Con todo, hay razones para argumentar que nunca puede hacerse responsable al deudor de todos los perjuicios indirectos; además de que ello plantearía problemas serios de prueba de la causalidad, es al menos discutible que alguien pueda hacerse responsable de las consecuencias más remotas de su incumplimiento.

¿Adolece de nulidad una cláusula contractual que haga responsable de todos los efectos remotos que pueda producir una deuda de entregar una cosa, como podría ser una responsabilidad contractual que se extendiera hasta la ruina económica de un subcontratista del acreedor? O, ¿simplemente carece de sensatez, pero finalmente es lo que prometió el deudor, quien debe correr con la consecuencia de su acto? ¿Hasta dónde llega el paternalismo? ¿Hay caminos que respeten esa autonomía pero que exijan que el deudor señale expresamente los riesgos? Desde la teoría del contrato, ¿qué diferencias existen entre estos tres caminos?

367. La doctrina y jurisprudencia se muestran contrarias a la licitud de una cláusula contractual en que las partes extienden convencionalmente los plazos de prescripción de una obligación. La prescripción es una institución de orden público que busca brindar certeza jurídica y dar estabilidad a las relaciones jurídicas, lo que compromete el interés de la sociedad y de terceros. Es un antiguo principio en el derecho que el desuso por largo tiempo crea legítima confianza en los demás de que no hay vínculo jurídico vigente. La prescripción, aunque formalmente injusta, es materialmente una exigencia de seguridad y de confianza.

Nota del profesor: Revisados los requisitos de la indemnización de perjuicios, nos referiremos ahora a las excusas que el deudor puede plantear frente a la acción del acreedor. Volvemos a utilizar

el texto de Barros y Schopf [...si, Enrique Barros fue mi profesor y luego trabajé por años en su estudio, por lo que este curso está un tanto teñido por su pensamiento].