

THOMSON REUTERS

LA LEY

**LA AUTONOMÍA DE LA
INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS
POR INCUMPLIMIENTO DE UN
CONTRATO BILATERAL EN EL
CÓDIGO CIVIL CHILENO**

PATRICIA VERÓNICA LÓPEZ DÍAZ



THOMSON REUTERS

II. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La indemnización de daños por incumplimiento contractual ha suscitado desde antiguo diversas desavenencias doctrinales. En efecto, no ha existido una única postura en torno a su finalidad y aún persisten las discusiones a propósito de su diferencia con el cumplimiento por equivalencia y la posibilidad de impetrarla autónomamente.

A nuestro juicio, tales discusiones encuentran su explicación en la falta de delimitación de la indemnización de daños respecto del cumplimiento específico y la resolución. La ausencia de esta delimitación probablemente se deba al hecho que tradicionalmente se le ha considerado como una acción o remedio concurrente, accesorio o complementario, de modo tal que, como su procedencia dependería de aquéllos, se ha estimado innecesario ensayarla.

Lo cierto es que la tutela que el legislador dispensa al acreedor a través de la indemnización reviste un carácter *resarcitorio*, toda vez que no proporciona a éste las utilidades establecidas en el contrato —como ocurre en

³⁹³ En tal sentido, LUMINOSO, Angelo, cit. (n. 34), pp. 16-17. Explica el autor que la finalidad de la resolución es liberar al contratante cumplidor para que acuda al mercado y busque vías más económicas para satisfacer su propio interés. En similar dirección, VERDERA SERVER, Rafael (n. 15), pp. 44-45.

el caso de la tutela satisfactoria—, sino las utilidades equivalentes a éstas, avaluadas en dinero. Ello explica que la indemnización de daños, a diferencia de la pretensión de cumplimiento específico y de la resolución, no incida en la composición cualitativa de los bienes de los contratantes, sino en la recomposición cuantitativa del patrimonio del acreedor³⁹⁴.

Por su parte, dicha tutela encuentra justificación en la finalidad resarcitoria que la indemnización de daños persigue —distinta e independiente de la finalidad del cumplimiento específico y de la resolución— y que, a su vez, determina sus particulares supuestos de procedencia.

Efectuadas estas aclaraciones y con la finalidad de ensayar la delimitación a la que venimos aludiendo, es necesario examinar los presupuestos de la indemnización y los límites a su procedencia. Sin embargo, previo a ello se abordará la noción de la indemnización de daños y se precisará si ésta es una acción o remedio contractual distinto al denominado cumplimiento por equivalente o, por el contrario, lo comprende. Tal aclaración adquiere relevancia para distinguir conceptualmente la indemnización de daños del cumplimiento específico y definir los contornos de aquella.

A. Una precisión preliminar: La indemnización de daños comprende al equivalente pecuniario o aestimatio rei

Tradicionalmente la doctrina comparada y nacional ha sostenido que la indemnización persigue la reparación de los daños que exceden el valor de la prestación, desconociéndole una función restitutoria o de reintegración por equivalente del crédito lesionado, que, a la vez, es substitutiva o subrogatoria de la prestación incumplida. La función restitutoria, a juicio de estos exponentes, sería propia del cumplimiento por equivalente, pues el fundamento de la indemnización se encontraría en el daño causado y su reparación³⁹⁵.

³⁹⁴ En tal sentido, LUMINOSO, Angelo, cit. (n. 34), pp. 17-18; VERDERA SERVER, Rafael, cit. (n. 15), pp. 45-46 y CLEMENTE MEORO, Mario, cit. (n. 109), p. 85.

³⁹⁵ En esta dirección resulta ilustrativo el planteamiento de Pantaleón, pues indica: “La indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un “cumplimiento por equivalente” de la obligación originaria (...), sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida ex

Este planteamiento permitiría sustentar la procedencia del cumplimiento por equivalente (equivalente pecuniario o *aestimatio rei*) como una variante del cumplimiento específico, esto es, un medio de tutela del acreedor distinto a la indemnización de daños o *id quod interest* y descartar la expresión daño intrínseco o consustancial, reemplazándola por la expresión “valor de la prestación”.

novo del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual” (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad...*, cit. (n. 276), pp. 1020-1021). La misma idea, aunque en forma más general, expresa el autor en *Resolución por incumplimiento e indemnización en ADC* 42 (1989) 4, p. 1168. Similar planteamiento en LLAMAS POMBO, Eugenio, cit. (n. 13), pp. 271-272 y 277-279. Reconociendo la función exclusivamente indemnizatoria en la doctrina nacional, BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual...*, cit. (n. 3), p.158 y BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, *Autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños en* VARAS BRAUN, J. y TURNER SAEZLER, S. (editores), *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, 2005), pp. 118 y 119.

Para establecer si es posible calificar al equivalente pecuniario como una variante del cumplimiento específico o como una partida que integra la indemnización es necesario precisar su naturaleza jurídica, tópico que no ha sido pacífico en la doctrina nacional y comparada. Y es que, por una parte se ha postulado la autonomía del equivalente pecuniario o *aestimatio rei*, concibiéndolo como una variante de la pretensión de cumplimiento, bajo la denominación *cumplimiento por equivalente*, al que se puede acumular la indemnización. La premisa sobre la que se erige este planteamiento es que en diversas normas contenidas en el CC, el legislador distingue el equivalente pecuniario de la indemnización de daños o *id quod interest*, advirtiéndose que éstos difieren en cuanto a su fundamento, función, presupuestos y contenido⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ Nótese que los autores que sustentan este planteamiento abordan el tópico desde la indemnización y desde la perspectiva de la pretensión de cumplimiento y su relación con la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor. En el primer grupo destaca LLAMAS POMBO, Eugenio, cit. (n. 13), pp. 21-39, 162, 241-242, 285-316; BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, cit. (n. 395), pp. 109-126 y REMY-CORLAY, Pauline, *Exécution et réparation: deux concepts?* en RDC

El fundamento del equivalente pecuniario se encontraría en la perpetuación de la obligación, advirtiéndose una subrogación real entre la prestación devenida imposible y su equivalente en dinero; en tanto, la indemnización es una nueva obligación que se añade a la incumplida⁴⁰¹. Así, el cumplimiento por equivalente perseguiría una función de equivalencia económica, a diferencia de la indemnización, que cumple una satisfactiva que abarca intereses no económicos, bienes y valores no patrimoniales del acreedor⁴⁰². Por otra parte, los presupuestos de aquél serían el incumplimiento e imposibilidad de ejecutar la obligación, en tanto la indemnización exige daños y la imputabilidad del deudor. Finalmente, el cumplimiento por equivalente

(Février, 2005) 1, pp. 17 y 27-35. El segundo grupo, en tanto, postula que la imposibilidad imputable al deudor perpetúa la obligación, quedando obligado a prestar el equivalente pecuniario, invocando diversos preceptos en que el CC distingue el equivalente pecuniario de la indemnización de daños (cfr. Díez-Piçazo Giménez, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual* (Madrid, 1996), pp. 388 y 389, especialmente nota 51; Baraona González, Jorge, *Responsabilidad contractual...*, cit. (n. 3), pp. 159-162; Castilla Barea, Margarita, cit. (n. 319), pp. 269-270; Lamarca Marqués, Albert, cit. (n. 129), p. 147; Peñailillo Arevalo, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), pp. 335-340, Corral Talciani, Hernán, *Contratos y daños...*, cit. (n. 3), pp. 141 y ss. y Contardo González, Juan Ignacio, *Independencia de la acción de perjuicios en sede contractual. Corte Suprema, Primera Sala (Civil). 10 de septiembre de 2013. Rol N° 885-2013 en RCHDP 22 (2014)*, pp. 266 y 267). En nuestra doctrina, asimilando la indemnización al cumplimiento por equivalencia Gatica Pacheco, Sergio, cit. (n. 3), p. 11 y Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento...*, cit. (n. 91), pp. 341 y ss.

⁴⁰¹ Véase, entre otros, a Capilla Roncero, Francisco, cit. (n. 12), pp. 43 y 53-54; Llamas Pombo, Eugenio, cit. (n. 13), pp. 66, 244 y 314 y Castilla Barea, Margarita, cit. (n. 319), pp. 276-278.

⁴⁰² Esta distinción de funciones ha sido formulada por Llamas Pombo, quien ha sostenido que el equivalente pecuniario y el *id quod interest* persiguen la satisfacción de intereses distintos. Así, el primero pretende satisfacer el interés común de la prestación y el interés intrínseco, siendo idóneo para satisfacer el interés positivo, cubriendo la utilidad que tal prestación representaba en el patrimonio y expectativas del acreedor. En cambio, el *id quod interest* persigue satisfacer el interés singular del acreedor, esto es, el valor que la prestación tiene dentro de su patrimonio, resarcido el daño irrogado al patrimonio integral y cubriendo el interés negativo (cfr. Llamas Pombo, Eugenio, cit. (n. 13), pp. 270 y 316). Por su parte, Remy-Corlay indica que la importancia de distinguir la indemnización del cumplimiento por equivalencia es la evaluación de los daños y la compatibilidad del cumplimiento con los otras acciones contractuales (cfr. Remy-Corlay, Pauline, *Exécution et réparation...*, cit. (n. 400), pp. 27 y 35).

constituiría el sustituto económico de la obligación, en tanto la indemnización cuantificaría los daños sufridos por el acreedor⁴⁰³.

En contraposición a este planteamiento se ha sostenido que la indemnización comprende el equivalente pecuniario o *aestimatio rei* y los daños que exceden el valor de la prestación, dado que el resarcimiento constituye una sola obligación que abarca ambas partidas e incluye los daños que el incumplimiento hubiere producido en la persona y patrimonio del deudor⁴⁰⁴. A partir de estos postulados se indica que la naturaleza jurídica de la indemnización de daños no constituye, ni en todo ni en parte, un subrogado

⁴⁰³ En este sentido LLAMAS POMBO, Eugenio, cit. (n. 13), pp. 299 y 300, quien precisa que el equivalente pecuniario consiste en una cifra "fija" y predeterminada por las partes o el mercado; en tanto, la indemnización requiere para su determinación complejos cálculos y, una dosis de libre arbitrio judicial. Por consiguiente, el contenido de la primera es constante y permanente y el de la segunda es eventual y variable.

⁴⁰⁴ Los autores que abogan por este razonamiento han abordado este tópico no sólo a propósito de la función de la indemnización de daños sino también con ocasión del alcance de la pretensión de cumplimiento. En el primer grupo de autores, como se indicó previamente, destacan HUET, Jérôme, cit. (n. 396), p. 25; GATICA PACHECO, Sergio, cit. (n. 3), p. 11; PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en...*, cit. (n. 52), pp. 211-212; Díez-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES MORENO, Antonio, cit. (n. 154), p. 375; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La indemnización de daños y la opción...*, cit. (n. 3), pp. 765-768; MORALES MORENO, Antonio, *Evolución del concepto de obligación...*, cit. (n. 16), pp. 48-50; SÁNCHEZ CASTRO, Juan David, *El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles de toda pretensión indemnizatoria?* en *ADC* 63(2010) 4, pp. 1728-1756 y ALCALDE SILVA, Jaime, *La reparación de la cosa perdida...*, cit. (n. 212), pp. 57 y 70. En el segundo grupo se encuentra Díez-Picazo, quien indica que García Goyena pareció inclinarse por la idea que el *aestimatio rei* quedaba comprendido en la indemnización y aun cuando tal planteamiento no se plasmó en el CC, es el correcto, pues no existe ninguna razón para separar la *aestimatio rei* de los otros daños por incumplimiento (cfr. Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II...*, cit. (n. 14), pp. 781-782). Una idea similar plantean CAPILLA RONCERO, Francisco, cit. (n. 12), pp. 52 y 106-107, especialmente la nota 9 y VERDERA SERVER, Rafael, cit. (n. 15), pp. 210-213. Este mismo autor sugiere eliminar toda referencia a la expresión "equivalente" como modalidad del cumplimiento (Ibíd., p. 213). Por su parte, San Miguel, a propósito de la incidencia de la imposibilidad sobrevenida en la pretensión de cumplimiento, postula que una vez que se produce tal imposibilidad aquella desaparece, porque carece de sentido otorgar al acreedor una pretensión que el deudor no puede cumplir ni le puede imponer. Por consiguiente, sólo debe admitirse el cumplimiento específico o *in natura* (cfr. SAN MIGUEL PRADERA, Lis, *Resolución del contrato por incumplimiento...*, cit. (n. 19), p. 146).

de la prestación originaria incumplida o cumplimiento por equivalente de tal prestación, sino el cumplimiento de la obligación de resarcir⁴⁰⁵.

Los autores que propugnan la autonomía del equivalente pecuniario o *aestimatio rei* han criticado esta postura doctrinal, aduciendo que su equiparación a la indemnización de daños resulta perjudicial para el acreedor, puesto que al subsumir el primero en la segunda éste resulta obligado a acreditar la imputabilidad del deudor, en circunstancias que el cumplimiento específico opera al margen de su culpa o dolo⁴⁰⁶.

Como se advierte, adherir a uno u otro planteamiento incide en el alcance de la pretensión de cumplimiento específico, en la noción de la indemnización de daños y en la extensión de las partidas indemnizables. Con todo, la procedencia de cualquiera de ellos no debe justificarse en la distinción entre el precio de la cosa y los daños por incumplimiento que realicen los preceptos de un determinado CC, dado que así como pueden existir normas que consagren este distingo, existirán otros que no lo efectúen⁴⁰⁷. De

⁴⁰⁵ Véase PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad...*, cit. (n. 276), pp. 1020 y 1021.

⁴⁰⁶ Cfr. CASTILLA BAREA, Margarita, cit. (n. 319), p. 278 y LLAMAS POMBO, Eugenio, cit. (n. 13), p. 288. Este último autor señala que no es justo discriminar entre aquel acreedor cuya prestación no ha devenido imposible —y puede exigir el cumplimiento de la obligación sin necesidad de demostrar más que la mora y sus requisitos— y aquél acreedor que, constatada la imposibilidad o la inidoneidad de la prestación originaria, advierte cómo su derecho de crédito se transforma en el de resarcimiento, debiendo acreditar los daños y la relación de causalidad con el incumplimiento. En la doctrina nacional, Baraona parece inclinarse por esta idea al sostener que es contrario al efecto perpetuador de la obligación de dar que la *aestimatio rei* se califique como indemnización, pues exigiría la acreditación de los daños en un juicio de lato conocimiento (cfr. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual...*, cit. (n. 3), p. 160).

⁴⁰⁷ En efecto, si el legislador hubiere querido atribuir a la frase “precio o valor de la prestación” el carácter de un cumplimiento por equivalente debería haber utilizado esta expresión en el numeral 3 del artículo 1553 y no aludir a la indemnización. Resulta determinante a estos efectos el artículo 1678 a propósito de la pérdida de la cosa debida por un hecho voluntario del deudor que inculpablemente ignoraba su obligación, pues dicho precepto dispone que en tal caso el deudor deberá “solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios”. Tal redacción da a entender que el precio sería una partida indemnizable y que habrían otras partidas distintas del precio (cfr. ALCALDE SILVA, Jaime, *La reaparición de la cosa perdida...*, cit. (n. 212), p. 70).

allí que la interpretación del articulado del CC no sea concluyente, siendo necesario recurrir a ciertas consideraciones dogmáticas⁴⁰⁸.

A nuestro juicio, la doctrina correcta es aquella que postula la *unidad del remedio indemnizatorio* o concepto integral de indemnización, incluyendo en ella el equivalente pecuniario como una partida indemnizable y descartándolo como variante de la pretensión de cumplimiento. Fundamos nuestro planteamiento en dos argumentos o consideraciones dogmáticas. En primer lugar, el equivalente pecuniario persigue satisfacer el interés del acreedor lesionado y constituye, por consiguiente, una manifestación de la tutela resarcitoria. De otro lado, es inadmisibles la existencia de dos regímenes indemnizatorios diversos.

I. Primer argumento: El equivalente pecuniario constituye una manifestación de la tutela resarcitoria

Sabido es que la indemnización de daños es un medio de tutela que persigue satisfacer el interés del acreedor lesionado a través del pago de una suma de dinero, propósito que también persigue el denominado equivalente pecuniario⁴⁰⁹. Claro está que tal interés será el específico u originario, que como consecuencia del incumplimiento deviene en el interés a la indemnidad. Sin embargo, la indemnización también cubre el denominado interés de conservación o de integridad, cuya lesión produce

⁴⁰⁸ Un planteamiento similar postula Pantaleón, indicando que el hecho que algunos preceptos del CC español mencionen el "precio" de la cosa o servicio, no es argumento suficiente para defender un concepto "articulado de daño" que permita distinguir, en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación, la *aestimatio rei* como subrogado de la prestación originaria devenida en imposible y la pretensión de cumplimiento para exigir la indemnización de los demás daños objetivamente imputables al incumplimiento, pues no existe base normativa alguna que exija tal desmembración (cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad*..., cit. (n. 276), pp. 1052-1055).

⁴⁰⁹ En tal sentido destaca Vidal, pues señala que la satisfacción del interés del acreedor confiere unidad a la indemnización y permite superar la distinción entre cumplimiento en equivalente e indemnización de daños. Así, expresa que la indemnización sería una sola y su finalidad es la satisfacción del tal interés (cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La indemnización de daños y la opción*..., cit. (n. 3), pp. 764-768).

daños en otros bienes del acreedor y que son una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento⁴¹⁰.

Así, la indemnización derivada del incumplimiento contractual abarcará los daños inherentes a la prestación (daños intrínsecos o consustanciales) y los daños que exceden su valor (daños extrínsecos o consecuenciales), toda vez que, como se ha indicado previamente, ella cumple una función de satisfacción en equivalente del interés en la prestación y una función de reparación propiamente tal. Por consiguiente, la suma de dinero que equivale al valor de la prestación incumplida (equivalente pecuniario) es una de las partidas indemnizables, puesto que tiene por propósito reparar al acreedor el daño o menoscabo que le ha irrogado el incumplimiento y su cuantía ascendería al valor de dicha prestación (daño intrínseco o consustancial)⁴¹¹.

En consecuencia, el equivalente pecuniario sería una manifestación de la *tutela resarcitoria*, dado que persigue la reparación del acreedor en el más amplio sentido de la expresión. En efecto, al igual que la indemnización de daños, pretende dejar al acreedor en la misma situación que se encontraría

⁴¹⁰ A este interés se refiere Morales al abordar las manifestaciones del lucro cesante en la responsabilidad contractual, definiéndolo como aquel interés que tiene cualquier sujeto en que sus bienes personales o patrimoniales no sean dañados por otro (cfr. MORALES MORENO, Antonio, *Incumplimiento del contrato...*, cit. (n. 19), pp. 87-92). En igual sentido, VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La indemnización de daños y la opción...*, cit. (n. 3), pp. 766-768). Carrasco Perera, en tanto, se refiere a este interés como "interés de indemnidad en bienes del acreedor diversos del propio de la prestación", ilustrando la lesión de este interés a propósito de una prestación defectuosa en los contratos de venta, arrendamiento y asistencia médica (cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, *Artículo 1.101*, cit. (n. 146), pp. 387-388).

⁴¹¹ En tal sentido, HUET, Jérôme, cit. (n. 396), p. 25; CAPILLA RONCERO, Francisco, cit. (n. 12), pp. 52-53 y 106-107, especialmente nota 9; VERDERA SERVER, Rafael, cit. (n. 15), pp. 210-211; PIZARRO WILSON, Carlos, *La responsabilidad contractual en...*, cit. (n. 52), pp. 211-212; MORALES MORENO, Antonio, *Evolución del concepto de obligación...*, cit. (n. 16), p. 48; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II...*, cit. (n. 14), pp. 781-782; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La indemnización de daños y la opción...*, cit. (n. 3), pp. 765-768 y BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *La culpa del deudor y la procedencia de la pretensión...*, cit. (n. 27), pp. 552-554. Por otra parte, una revisión de las fuentes romanas revela que esta noción amplia de la indemnización de daños se encontraría consagrada en algunas fuentes. Es el caso del siguiente pasaje del Digesto escrito por Ulpiano: "*Si res vendita non tradatur, in id, quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris; hoc autem interdum pretium egreditur, si plurist interest, quam res valet, vel emta est*" (D. 19, 1,1, de Ulp.).

si el contrato se hubiera cumplido en la forma acordada por las partes, al menos en lo que concierne al valor de la prestación.

2. Segundo argumento: La inadmisibilidad de dos regímenes indemnizatorios diversos

El segundo argumento para desestimar la distinción entre el equivalente pecuniario y la indemnización de daños dice relación con la inconveniencia de concebir dos regímenes indemnizatorios con propósitos diversos. En efecto, el régimen del equivalente pecuniario tendría por finalidad permitir al acreedor obtener el valor de la prestación incumplida, en tanto, el régimen de la indemnización perseguiría la reparación del resto de los daños derivados del incumplimiento.

⁴¹² Cfr. MORALES MORENO, ANTONIO, *Evolución del concepto de obligación...*, cit. (n. 16), p. 48 y EL MISMO, *Claves de la modernización del Derecho de contratos en Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la ley del Notariado, Tomo III-1, Derecho Patrimonial I* (Madrid, 2012), pp. 341 y 409, nota 202. En lo que concierne a las normas del CC español que permitirían sustentar esta aparente dualidad destaca los artículos 1135 y 1136 relativos a las obligaciones facultativas y el artículo 1150 a propósito de las obligaciones indivisibles.

Por consiguiente, y atendiendo a las precisiones que hemos efectuado, entendemos que la indemnización de daños es aquel medio de tutela del acreedor frente al incumplimiento del deudor que tiene por objeto dejarlo en la misma situación en que se encontraría si el cumplimiento contractual se hubiere producido, comprendiendo el resarcimiento de los daños inherentes a la prestación incumplida (*daños intrínsecos o consustanciales*), como aquellos que, siendo consecuencia del incumplimiento, exceden su valor (*daños extrínsecos o consecuenciales*). Se trata, por tanto, de una reposición *post contractum*⁴¹⁹.

B. Las condiciones de procedencia de la indemnización.

¿Es necesario el incumplimiento imputable del deudor?

En lo que concierne a los presupuestos que deben concurrir para que el acreedor pueda solicitar la indemnización, tradicionalmente se ha sostenido que éstos son la mora e imputabilidad del deudor, la existencia del daño y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado⁴²⁰.

determinadas pretensiones indemnizatorias se califiquen como cumplimiento por equivalente con la finalidad de eludir los requisitos indispensables para que proceda dicha pretensión.

En una línea similar, Sánchez Castro indica que la posibilidad de elección entre el régimen de responsabilidad de la *aestimatio rei* y de la indemnización de daños genera una enorme inseguridad jurídica para el deudor en aquellos casos en que se solicita una indemnización consistente en el equivalente pecuniario de la prestación primitiva que ha devenido imposible, porque en función de la naturaleza concedida al cumplimiento por equivalente será necesario examinar los requisitos propios de toda pretensión indemnizatoria (cfr. SÁNCHEZ CASTRO, Juan, cit. (n. 404), pp. 1733, 1741 y 1755). En igual sentido PALAZÓN GARRIDO, María, *Los remedios frente al incumplimiento...*, cit. (n. 26), pp. 35-36.

⁴¹⁹ Esta terminología acuñada por Espinar es acertada, pues gráfica la reconstitución del curso del plan contractual alterado con el propósito de llegar a una situación análoga a la que se habría obtenido si éste se hubiere ejecutado en la forma acordada. Así, la indemnización significa todo el valor que el contrato incumplido hubiere reportado al acreedor y puede consistir en una compensación objetiva o en una compensación subjetiva-relativa (cfr. ESPINAR LAFUENTE, FRANCISCO, cit. (n. 390), pp. 125, 147-148 y 151-152). En igual sentido Ennecerus, sostuvo: "Indemnización quiere decir: poner a uno, en tanto sea posible, en la misma situación patrimonial en que se encontraría, si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización" (cfr. ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin, cit. (n. 12), p. 62). En igual sentido DIEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRIAS, Encarna; MORALES MORENO, Antonio, cit. (n. 154), p. 374).

⁴²⁰ Cfr. BADOSA COLL, Ferrán, cit. (n. 384), p. 727; CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, cit. (n. 12), pp. 43-46 y LLAMAS POMBO, Eugenio, cit. (n. 13), pp. 270 y 273. En la doctrina nacional FABRES, José Clemente, *Instituciones de derecho civil chileno. Tomo II*² (Santiago,

Nótese que éstos difieren e incluso se contraponen a las condiciones de procedencia del cumplimiento específico y la resolución. En efecto, a diferencia de aquellos, la indemnización exige incumplimiento imputable y daño⁴²¹, pues no es un medio de tutela de ejercicio objetivo. De allí que estimemos que no podría exigírsele al acreedor que solicite previa o conjuntamente el cumplimiento específico o la resolución para demandar la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral.

Al comienzo de esta investigación y con ocasión de las precisiones terminológicas nos referimos en extenso a la noción de daño, entendiendo que ella comprende todo menoscabo o detrimento que el acreedor experimente

1902), p. 105; CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 90), p. 499; ALESSANDRI, Arturo, *De las obligaciones* (Santiago, 1941), p. 177; GATICA PACHECO, Sergio, cit. (n. 3), pp. 63 y 75; RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad contractual* (Santiago, 2003), pp. 142-158; LARRAÍN RÍOS, Hernán, cit. (n. 16), p. 248; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento...*, cit. (n. 91), pp. 392-393 y 420; BARROS BOURIE, Enrique, *Finalidad y alcances de las acciones...*, cit. (n. 20), p. 415; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, *Compraventa, incumplimiento y remedios*, cit. (n. 52), p. 163; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones. Tomo II^o*, cit. (n. 90), p. 950; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La culpa en el derecho civil chileno. Aspectos generales en RADCU 3* (2008), pp. 108 y ss.; VIAL DEL RÍO, Víctor, cit. (n. 16), p. 217; 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 Universidad de Concepción (coordinador), Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, 2010), pp. 581-582 y 585 y CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños...*, cit. (n. 3), pp. 128-131.

⁴²¹ Véase, entre otros, LUMINOSO, Angelo, cit. (n. 34), p. 15; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad...*, cit. (n. 276), pp. 1043 y 1047; BADOSA COLL, Ferrán, cit. (n. 384), p. 727; CAPILLA RONCERO, Francisco, cit. (n. 12), pp. 45-46; CLEMENTE MEORO, Mario, cit. (n. 109), p. 84; LLAMAS POMBO, Eugenio, cit. (n. 13), pp. 266-267, 270 y 273; VICENTE DOMINGO, Elena, *El resarcimiento de daños* en VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J.; CABALLERO, J. (editores), *Código Europeo de Los Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavia) II*, (Madrid, 2003), p. 602; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, *Compraventa, incumplimiento y remedios*, cit. (n. 52), p. 163; BARROS BOURIE, Enrique, *La diferencia entre "estar obligado"...*, cit. (n. 87), pp. 724-725 y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La indemnización de daños y la opción...*, cit. (n. 3), p. 764. Refiriéndose al supuesto de resolución sin daño, Clemente Meoro precisa que tal sería el caso en que el acreedor pueda resolver por los reiterados incumplimientos de la contraparte que no le han causado daño, porque ha podido acudir al mercado a sustituir la prestación inejecutada. Incluso le pueden reportar un beneficio si por las oscilaciones del mercado su prestación ha aumentado de valor o si hizo un mal negocio" (CLEMENTE MEORO, Mario, cit. (n. 109), p. 84).

como consecuencia del incumplimiento contractual. La única aclaración que cabe realizar respecto de este presupuesto es que el incumplimiento contractual no necesariamente producirá un daño⁴²². De hecho, éste puede provenir del cumplimiento del contrato. En tal caso, la obligación de indemnizar no surge como consecuencia del incumplimiento contractual, sino de la falta de cuidado o diligencia del deudor en la protección de otros intereses del acreedor, ajenos a aquel que pretende satisfacer la prestación⁴²³.

En lo que concierne a la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento contractual, ésta también resulta indiscutida. Sabido es que para que el daño sea indemnizable debe encontrar su causa precisamente en el incumplimiento contractual. De allí que sólo sean indemnizables los daños directos, esto es, aquellos que son una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento⁴²⁴.

⁴²² En este sentido CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral III. Derecho de Obligaciones*¹¹ (Madrid, 1974), p. 212 y KREBS POULSEN, Claus, cit. (n. 197), p. 854.

⁴²³ Así BADOSA COLL, Ferran, cit. (n. 384), pp. 727-728. Admitiendo la hipótesis de daños con ocasión del cumplimiento, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad...*, cit. (n. 276), pp. 1023-1024 y BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual...*, cit. (n. 3), p. 157. Relativizando la frontera entre responsabilidad contractual y extracontractual en atención al círculo de intereses que el contrato protege y los supuestos en que el deudor se obliga a proteger un hecho externo en razón del vínculo contractual, CARRASCO PERERA, Ángel, *Artículo 1.101...*, cit. (n. 146), pp. 418-419. Es precisamente este supuesto el que la doctrina alemana ha denominado infracción o violación positiva del crédito (véase, entre otros a ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin, cit. (n. 12), pp. 281 y ss.; LARENZ, Karl, cit. (n. 8), pp. 279 y ss.; MEDICUS, Dieter, cit. (n. 236), pp. 191-197, en tanto, alude a la "infracción positiva de la pretensión").

⁴²⁴ Sin embargo, como también es sabido, en virtud de lo preceptuado en los incisos finales de los artículos 1547 y 1558 del CC, nada obsta a que las partes en virtud de la autonomía de la voluntad estipulen una cláusula agravatoria de la responsabilidad contractual, según la cual el deudor podría responder de los daños indirectos. En tal sentido, en la doctrina nacional ABELIUK MANASEVICH, René, cit. (n. 90), pp. 994-995; GONZÁLEZ CASTILLO, Joel, *Las cláusulas limitativas, agravantes o exonerativas de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites* en FIGUEROA YÁÑEZ, G.; BARROS BOURIE, E.; TAPIA RODRIGUEZ, M. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, 2011), p. 547 y PIZARRO WILSON, Carlos, *El control de las cláusulas exclusivas y limitativas de responsabilidad. Algunas pistas para su régimen legal* en FIGUEROA YÁÑEZ, G.; BARROS BOURIE, E.; TAPIA RODRIGUEZ, M. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, 2011), p. 558.

Un fenómeno distinto se advierte a propósito de la imputabilidad del deudor como requisito de la indemnización. En efecto, un examen de la doctrina comparada revela que, a pesar que un importante sector propugna que sólo procede la indemnización si el deudor ha actuado en forma dolosa o culposa⁴²⁵, desde antiguo ha existido una tendencia que aboga por la imputación objetiva del incumplimiento. Incluso sus postulados han sido consagrados en la última década en los instrumentos de derecho contractual uniforme europeo⁴²⁶ e invocados por algunos autores nacionales⁴²⁷.

⁴²⁵ Esta corriente de pensamiento postula que el deudor que actúa con culpa y aquél que actúa sin ella es responsable de los daños derivados del incumplimiento, en la medida que la prestación sea posible, toda vez que sólo la imposibilidad sobrevenida y fortuita exoneran al deudor de responsabilidad. En tal sentido OSTI, Giuseppe, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione* en RDCI.X (1918), pp. 207 y ss. y JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, cit. (n. 263), pp. 239 y ss.

Por su parte, Pantaleón, Díez-Picazo y Morales prescinden de la culpa como factor de atribución de responsabilidad para efectos de la indemnización de daños y propugnan como criterio de imputación objetiva la esfera de control o el control del riesgo del incumplimiento (cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *El sistema de responsabilidad...*, cit. (n. 276), p. 1069; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II...*, cit. (n. 14), p. 783 y MORALES MORENO, Antonio, *Evolución del concepto de obligación...*, cit. (n. 16), pp. 51-52).

⁴²⁶ En efecto, en ellos se sustituye el tradicional sistema de imputación subjetiva del deudor por un sistema basado en la delimitación de una esfera jurídica de imputación del riesgo, asumiendo el deudor el riesgo de los obstáculos al incumplimiento que en ella se localicen y quedando obligado a indemnizar al acreedor el daño producido por el incumplimiento. Así, el criterio de atribución de responsabilidad es el de la esfera de control o el control del riesgo del incumplimiento, eximiéndose de responsabilidad el deudor por el acaecimiento de un impedimento ajeno a su voluntad o fuera de su control (cfr. MORALES MORENO, Antonio, *Evolución del concepto de obligación...*, cit. (n. 16), pp. 51-52). En tal sentido destacan el artículo 79 de la *CVCIM* que utiliza la expresión "impedimento ajeno a su voluntad", el artículo 7.1.7 de los *PICC* y el artículo 8:108 de los *PECL* que emplean la expresión "impedimento fuera de su control" y el artículo 1209 de la *PMCE* que alude al "impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control".

⁴²⁷ En este sentido destacan BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual...*, cit. (n. 3), pp. 151-177; GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro, *Responsabilidad civil contractual. Obligaciones de medio y resultado* (Santiago, 2002), pp. 183-184; PIZARRO WILSON, Carlos, *La fuerza mayor como defensa del deudor. A propósito de la restricción de suministro de gas a Chile en GJ 288* (junio, 2004), pp. 11-13; EL MISMO, *La responsabilidad contractual en...*, cit. (n. 52), pp. 216-217; PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), pp. 331-346; ALCALDE SILVA, Jaime, *La responsabilidad contractual en el Código Civil: del particularismo al régimen general* en FIGUEROA YÁÑEZ, G.; BARROS BOURIE, E.; TAPIA RODRÍGUEZ, M. (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, 2011), pp. 627-660 y URREJOLA

En tal sentido destaca Baraona, pues, apartándose del planteamiento tradicional⁴²⁸, propone una relectura de las principales normas de responsabilidad contractual por pérdida de la cosa debida y por indemnización de daños contenidas en el CC chileno, sosteniendo que tal sistema admite una lectura en *clave objetiva*. Así, indica que la mera ausencia de la diligencia debida no puede ser un factor atributivo de daños, pues, según el artículo 1556 del CC, la infracción contractual hace innecesario recurrir a otro factor de imputación, al menos en lo que se refiere a la pretensión por el equivalente pecuniario y a los daños causados a intereses propiamente obligacionales⁴²⁹.

En una perspectiva similar se pronuncia García⁴³⁰, quien señala que la indemnización encuentra su fundamento en el incumplimiento contractual y en la ausencia de la prueba exoneratoria del deudor, mas no en la culpa. Agrega que la prueba de la diligencia no es causal de exoneración de la responsabilidad, sino un elemento constitutivo del caso fortuito y se relaciona con la evitación del evento externo que produce la imposibilidad sobrevenida de cumplir.

SANTA MARÍA, Sergio, *El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil en RCHDP 17* (Santiago, 2011), pp. 57-64.

⁴²⁸ Entre los principales autores nacionales que proclaman un sistema de responsabilidad contractual subjetiva se encuentran FABRES, José Clemente, cit. (n. 420), p. 105; CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 90), p. 499; GATICA PACHECO, Sergio, cit. (n. 3), pp. 63 y 75; RODRIGUEZ GREZ, Pablo, *Responsabilidad contractual*, cit. (n. 420), pp. 142-158; LARRAÍN RÍOS, Hernán, cit. (n. 16), p. 248; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento...*, cit. (n. 91), pp. 392-393 y 420; BARRROS BOURIE, *Finalidad y alcances de las acciones...*, cit. (n. 20), p. 415; DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, *Compraventa, incumplimiento y remedios*, cit. (n. 52), p. 163; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones. Tomo 1º*, cit. (n. 90), pp. 955 y ss.; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La culpa en el derecho civil chileno...*, (n. 420), pp. 108 y ss.; VIAL DEL RÍO, Víctor, cit. (n. 16), p. 217; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento y atribución de responsabilidad...*, cit. (n. 420), pp. 581-582 y 585 y CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños...*, cit. (n. 3), pp. 128-131.

⁴²⁹ Cfr. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual...*, cit. (n. 3), pp. 151 y ss., especialmente, pp. 171-177. Señala, además, que la imputación por pérdida de la cosa debida, a efectos de la pretensión por el valor pecuniario de la prestación, no debe fundarse en un juicio que explore la ausencia de la diligencia (Ibíd., pp. 162-163).

⁴³⁰ Véase GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro, cit. (n. 427), pp. 183-184. Precisa que sólo en las obligaciones de medios la prueba de la diligencia constituye el cumplimiento o pago. En cambio, en las obligaciones de resultado esta función equivale al cumplimiento de la obligación, puesto que su contenido se satisface por tal actividad, que coincide con la expectativa o interés primario del acreedor.

Por su parte, Pizarro sostiene que la responsabilidad contractual puede ser objetiva o subjetiva, dependiendo del tipo de obligación incumplida. En tal dirección, expresa que el incumplimiento de una obligación de resultado constituye un caso de responsabilidad objetiva, toda vez que el deudor no puede exonerarse probando la diligencia o ausencia de culpa, sino que sólo acreditando fuerza mayor o caso fortuito. En cambio, tratándose de un incumplimiento de obligaciones de medio o diligencia adquiere importancia la culpa, pues en tal caso el hecho generador es de carácter subjetivo, pero constituye la excepción, dado que la mayoría de las obligaciones contractuales son de resultado⁴³¹.

Una línea de pensamiento más extrema sigue Peñailillo⁴³², ya que ha postulado que no se requiere culpa o dolo del deudor para demandar la indemnización, dado que su fundamento se encuentra en el incumplimiento contractual. Precisa que si se liberara al deudor al que no puede imputarse culpa o dolo, el único que soportaría los daños sería el acreedor que ha cumplido el contrato, lo que resulta inaceptable.

Por su parte, Alcalde indica que si se atiende al interés perseguido por el acreedor, es posible concluir que la responsabilidad contractual se reduce en última instancia a un problema de *distribución de riesgos* que permite una lectura objetiva del deber de indemnizar. Agrega que una revisión de los regímenes particulares de responsabilidad contractual contenidos en el CC permite concluir que la imputación del incumplimiento contractual no es unitaria y que junto con la culpa y el dolo coexisten la custodia, el

⁴³¹ Cfr. PIZARRO WILSON, Carlos, *La fuerza mayor como defensa del deudor...*, cit. (n. 427), pp. 11 y 13 y EL MISMO, *La responsabilidad contractual en...*, cit. (n. 52), pp. 216-217, indicando que concebir la responsabilidad contractual objetiva en aquellos casos de incumplimiento de obligaciones de resultado, permite una reparación más estricta.

⁴³² Véase PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), pp. 338 y 343. En efecto, el autor indica que las reglas que regulan la indemnización sólo exigen el incumplimiento (artículos 1556-1558), el daño —que en la generalidad de los casos debe ser previsible— (arts. 1556-1558), la mora (artículo 1557) y la causalidad (como se colige del artículo 1558 que exige que el daño ha de ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento). A continuación, agrega: “Y no se ha exigido culpa; ni se ha dispuesto que la ausencia de culpa libere” (Ibíd., p. 340).

riesgo, los hechos de los auxiliares del deudor y la propia configuración de la regla contractual como criterio de imputación⁴³³.

Finalmente, acogiendo una postura intermedia entre la imputación subjetiva y la imputación objetiva, Urrejola ha sostenido que la indemnización puede configurarse sin que exista culpa o dolo del deudor, quedando circunscrita la aplicación del inciso tercero del artículo 1547 del CC sólo a determinadas obligaciones en que el legislador estableció un hecho generador subjetivo del incumplimiento contractual⁴³⁴. En los demás casos, consagra un hecho generador objetivo, de modo que presumir en tales hipótesis el incumplimiento como culpable, impidiéndole al deudor acreditar que ejecutó su obligación contractual, significaría transformar la presunción legal de culpa del inciso tercero del artículo 1547 en una presunción de pleno derecho, lo que resulta inaceptable a partir de la técnica jurídica establecida en el CC⁴³⁵⁻⁴³⁶.

⁴³³ Cfr. ALCALDE SILVA, Jaime, *La responsabilidad contractual en el Código Civil...*, cit. (n. 427), pp. 653-657 y 660.

⁴³⁴ Sostiene que el legislador prescindiría de la culpa para la configuración del incumplimiento en las obligaciones de dar una cosa de género determinado o una especie o cuerpo cierto, en las obligaciones que tienen por objeto entregar o restituir una cosa, en la obligación de construir un inmueble sin vicios, en la obligación de prestar un servicio de transporte bajo un estándar de calidad, en las obligaciones de no hacer, en la obligación contractual que emana de un título ejecutivo y en la obligación del saneamiento de los vicios redhibitorios (cfr. URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, cit. (n. 427), pp. 29 y 39-50).

⁴³⁵ Cfr. URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, cit. (n. 427), pp. 60 y 61. El autor precisa que aceptar esta interpretación significaría que la presunción del inciso tercero del artículo 1547 tendría un carácter legal para ciertas obligaciones de hacer y el carácter de presunción de derecho para el resto de las obligaciones contractuales, en circunstancias que una presunción no puede revestir ambos caracteres a la vez. Agrega que presumir de derecho la culpa contractual en el cumplimiento de las obligaciones de dar, obligaciones de no hacer y en ciertas obligaciones de hacer, atenta contra lo preceptuado en el inciso primero y tercero del artículo 1547 del CC, que diferencian la prestación contractual de la culpa o reprochabilidad del deudor. Tal presunción acarrearía la equiparación de la culpa y la inexecución de la prestación debida, quedando subsumida la culpa en aquella, en circunstancias que se trata de nociones diversas.

⁴³⁶ Nótese que adherir al planteamiento que proclama la imputación objetiva del incumplimiento del deudor como requisito de procedencia de la indemnización o aceptar la postura que aboga por el carácter objetivo del hecho generador del incumplimiento, supone erradicar la imputabilidad como presupuesto de la indemnización e incide en la noción y en los efectos de las obligaciones de resultado. El fundamento de la indemnización no se encontraría en la reprochabilidad del deudor, sino en el incumplimiento, de modo que el deudor de una obligación de resultado sólo podrá acreditar el cumplimiento probando la ejecución de la obligación —mas

Lo cierto es que propugnar una responsabilidad contractual objetiva para todos los casos de incumplimiento contractual, invocando la ausencia de una norma concreta en el CC chileno que exija la culpa o dolo del deudor, no parece del todo acertado, dado que existe relativo consenso en que, al menos en las obligaciones de medios o diligencia, el incumplimiento es imputable subjetivamente al deudor⁴³⁷. El problema subsiste tratándose de las obligaciones de resultado, pues de un lado se ha sostenido que constituyen un caso más de responsabilidad contractual objetiva⁴³⁸ y de otro se ha indicado que ellas, a pesar del resultado, exigirían al deudor la debida diligencia en su función promotora del cumplimiento⁴³⁹.

no la debida diligencia— y el acreedor de esta clase de obligaciones deberá acreditar el dolo del deudor para exigir la indemnización de los daños imprevistos, pues la regla según la cual la culpa grave se asimila al dolo, resulta inaplicable (cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), p. 343 y URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, cit. (n. 427), pp. 61-64).

⁴³⁷ En contra, Peñailillo sostiene que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento y no la culpa, en términos tales que si la obligación es de diligencia o actividad y faltó la culpa, el deudor no responde por ese motivo, sino porque al actuar con diligencia cumplió y si hay cumplimiento no existe responsabilidad (cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), p. 343). En igual sentido, URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, cit. (n. 427), p. 62.

⁴³⁸ Así, PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), pp. 343-344; PIZARRO WILSON, Carlos, *La fuerza mayor como defensa del deudor...*, cit. (n. 427), pp. 11 y 13 y URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, cit. (n. 427), pp. 61-64.

⁴³⁹ En este sentido se ha pronunciado Brantt, pues sostiene que la función promotora de la diligencia debe desplegarse en toda clase de obligaciones, con independencia de la naturaleza de la prestación que constituye su objeto, afirmando que cualquiera sea ésta, será necesario que el deudor realice esta actividad encaminada a lograr su concreción. Así, sostiene que en las obligaciones de medios se advertiría la diligencia en su función integradora de la prestación y en su función promotora del cumplimiento, en tanto, en las obligaciones de resultado se apreciaría una diligencia promotora, dado que la diligencia se encuentra encaminada a conseguir dicho resultado que representa el interés del acreedor, imponiendo al deudor el desarrollo de la actividad necesaria para concretarlo. Precisa además que la diligencia promotora está destinada a la obtención del resultado, lo que pone de cargo del deudor el deber de anticipar eventuales impedimentos y enfrentarlos para que el cumplimiento se produzca (cfr. BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *La prueba del cumplimiento imperfecto en las obligaciones de medios y de resultado* en ELORRIAGA DE BONIS, F. (coordinador), *Estudios de Derecho Civil VII* (Santiago, 2012), pp. 499-500. Vidal, por su parte, indica que la diligencia es un elemento propio y constitutivo de la responsabilidad civil y que estaría presente en las obligaciones de medio y de resultado (cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento y atribución de responsabilidad...*, cit. (n. 420), pp. 579-580).

Debe determinarse entonces si la intención del legislador al concebir el inciso tercero del artículo 1547 fue consagrar una regla general en materia de responsabilidad del deudor por incumplimiento y, en tal caso, cuál sería esa regla y si ella admitiría excepciones. A nuestro juicio, al prescribir en el artículo 1547 que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo”, está exigiendo al deudor la debida diligencia en la ejecución de la obligación, cualquiera sea ésta, en términos tales que acreditada, él se libera de responsabilidad. De allí que pueda sostenerse que el sistema de responsabilidad contractual vigente en Chile es *subjetivo*, incluso tratándose del incumplimiento de las obligaciones de resultado, dado que si la debida diligencia libera al deudor de responsabilidad, es precisamente porque ésta le es exigible⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ La diligencia que se exige al deudor de una obligación de resultado ha sido un tópico que ha suscitado discusión en la doctrina nacional a partir de la distinción que realiza Badosa entre la diligencia integradora de la prestación, esto es, aquella que designa cómo ha de llevarse a cabo la prestación y la diligencia promotora del cumplimiento que constituye un mero medio o instrumento a emplear para que ésta llegue a existir (cfr. BADOSA COLL, Ferran, cit. (n. 384), pp. 61 y ss.). Así se ha sostenido que en las obligaciones de medios se advertirían ambas funciones, en tanto en las de resultado sólo se apreciaría la función promotora (cfr. BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *El caso fortuito...*, cit. (n. 324), pp. 121-122 y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento y atribución de responsabilidad...*, cit. (n. 420), pp. 579-580). Es determinante la influencia de Jordano Fraga en el planteamiento de estos autores, pues precisa que en las obligaciones de resultado y en las obligaciones de medios es exigible al deudor una conducta diligente, no como contenido de la prestación, sino como deber accesorio e integrativo o complementario de la misma, que sin ser parte del cumplimiento de la prestación es igualmente debida por el deudor (cfr. JORDANO FRAGA, Francisco, *Obligaciones de medios y resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)* en ADC 44 (Madrid, 1991), 1, p. 19). De otro lado, se ha indicado que esta distinción entre función integradora y promotora del cumplimiento debe desecharse por inútil, confusa y carente de efectos en el ámbito del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones (cfr. 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 Universidad de Concepción* (coordinador), *Estudios de Derecho Civil V* (Santiago, 2010), pp. 590-591).

Estimamos que tal distinción resulta adecuada, toda vez que revela que la diligencia no sería privativa de las obligaciones de medios, sino que también se advertiría en las obligaciones de resultado como promotora del cumplimiento, pues ésta impone al deudor otra actividad previa, cuyo único fin es impulsar su realización (cfr. BADOSA COLL, Ferran, cit. (n. 384), pp. 62 y 175; DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II...*, cit. (n. 14) p. 121; PEÑALILLO ARÉVALO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), pp. 341-343; VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento y atribución de responsabilidad...*, cit. (n. 420), p. 580 y BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *El caso fortuito...*, cit. (n. 324), pp. 120-122). A esta diligencia

Tal planteamiento no sólo corrobora la interpretación que la civilística nacional tradicionalmente ha dado al referido artículo 1547⁴⁴¹ —que desde una perspectiva histórica y moral resulta de toda lógica⁴⁴²—, sino que además permite superar aquellas corrientes de opinión que postulan la responsabilidad objetiva a ultranza⁴⁴³ y aquellas que sostienen que, en la mayoría de los casos, la responsabilidad contractual sería de carácter objetivo⁴⁴⁴.

Y es que no se advierte, a nuestro juicio, ningún argumento para sostener que, de conformidad a las normas contenidas en el CC chileno, la responsabilidad por incumplimiento contractual sea de carácter objetivo. De allí que sostengamos que la culpa del deudor constituye un presupuesto

se referiría el artículo 1547 del CC y como se exigiría al deudor de una obligación de resultado, ratificaría que la indemnización procede en la medida que el incumplimiento encuentre su causa en la culpa del deudor, cualquiera sea la naturaleza de la obligación incumplida (cfr. BRANTT ZUMARAN, María Graciela, *El caso fortuito...*, cit. (n. 324), p. 118 y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *Incumplimiento y atribución de responsabilidad...*, cit. (n. 420), p. 580. En contra, PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), p. 342-343, quien sostiene que el artículo 1547 se refiere a la diligencia integradora de la prestación comprometida y, por consiguiente, sólo es aplicable a las obligaciones de medio.

⁴⁴¹ Esta interpretación tradicional exige como presupuesto de la indemnización la culpa o dolo del deudor y se construye a partir de la tripartición de culpas que consagra el artículo 44 del CC, la ubicación del artículo 1547 a propósito del efecto de las obligaciones y el tenor literal de dicho artículo. En tal sentido, CLARO SOLAR, Luis, cit. (n. 90), p. 521; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HADLICKA, Antonio, *Tratado de las Obligaciones...*, cit. (n. 63), p. 276; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e Incumplimiento...*, cit. (n. 91), p. 393; LARRAÍN RÍOS, Hernán, cit. (n. 16), p. 248; ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones. Tomo II^o*, cit. (n. 90), p. 966; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La culpa en el derecho civil chileno...*, cit. (n. 420), p. 108 y VIAL DEL RÍO, Víctor, cit. (n. 16), p. 217.

⁴⁴² En lo que concierne al establecimiento del principio según el cual la culpa es el fundamento de la responsabilidad civil, su argumentación desde la perspectiva del Derecho Natural y su recepción en los artículos 1136 y 1137 del *Code*, véase MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Vol. I (Buenos Aires, 1961) I, pp. 70-74.

⁴⁴³ Cfr. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Responsabilidad contractual objetiva*, cit. (n. 383), pp. 331-346.

⁴⁴⁴ En tal sentido BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Responsabilidad contractual...*, cit. (n. 3), pp. 151-177; GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro, cit. (n. 427), pp. 183-184; PIZARRO WILSON, Carlos, *La fuerza mayor como defensa del deudor...*, cit. (n. 427), pp. 11-13; EL MISMO, *La responsabilidad contractual en...*, cit. (n. 52), pp. 216-217; ALCALDE SILVA, Jaime, *La responsabilidad contractual en el Código Civil...*, cit. (n. 427), pp. 627-657 y URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, cit. (n. 427), pp. 57-64.

de procedencia de la indemnización de daños y, al aludir a la imputabilidad del deudor, nos refiramos a una imputabilidad *subjetiva*⁴⁵.

C. Límites a la procedencia de la indemnización de daños por incumplimiento

Precisadas las condiciones de procedencia de la indemnización por incumplimiento contractual, resulta necesario referirse a sus *límites o excepciones*, toda vez que puede ocurrir que, concurriendo sus presupuestos, ésta no resulte procedente, ya sea porque las partes en virtud de la autonomía de la voluntad han incorporado una cláusula de exención de responsabilidad o porque concurre una eximente de responsabilidad contractual.

⁴⁵ Cfr. BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *La culpa del deudor y la procedencia de la pretensión....* cit. (n. 27), pp. 558-559.

2. Segundo límite: El caso fortuito

Tradicionalmente se ha postulado que el caso fortuito tendría un efecto liberatorio y exoneratorio, pues, por una parte, libera al deudor de responsabilidad y, por otra, extingue la obligación⁴⁵². Tal planteamiento confunde la imposibilidad sobrevenida y el caso fortuito, en circunstancias que se trata de figuras cuyos presupuestos y consecuencias jurídicas son diversos.

En efecto, el caso fortuito exonera de responsabilidad, de modo que su acaecimiento sólo incide en la procedencia de la indemnización de daños. En cambio, la imposibilidad sobrevenida repercute en la liberación del deudor y extiende su eficacia más allá de la indemnización, alcanzando al cumplimiento específico⁴⁵³.

⁴⁵² Así, entre otros, PLANIOL, Marcel; RIPERT, George, *Traité pratique de droit civil français. Obligations* VI (París 1931), pp. 548-549; FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil. Tomo IV. De las obligaciones* (Santiago, 1958), I, p. 260; SOTO NIETO, Francisco, *El caso fortuito y la fuerza mayor: los riesgos en la contratación* (Barcelona, 1965), pp. 81 y 107; JORDANO FRAGA, Francisco, *Las reglas generales de la responsabilidad civil contractual en el sistema del Código Civil español en ADC* 38 (Madrid, 1985) 2, pp. 291 y ss.; LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de derecho civil. Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría General del contrat. II* (Barcelona, 1994), I, p. 175; ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; VODANOVIC, Antonio, *Tratado de las obligaciones*. cit. (n. 63), pp. 282-284 y ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones. Tomo II*, cit. (n. 90), pp. 976.

⁴⁵³ Cfr. BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *El caso fortuito...*, cit. (n. 324), pp. 170-172, 187 y 191 y ss. En opinión de la autora, una razón que puede explicar la constante vinculación entre el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida de la prestación es el modelo de obligación a partir del cual se estructura el CC chileno. Precisa que atendido que dicho modelo es el de la obligación de dar una especie o cuerpo cierto, resulta lógico y coherente atribuir al caso fortuito el efecto extintivo inmediato de la obligación, pues al concebirse ella como una obligación de objeto específico, el obstáculo que representa el caso fortuito dará lugar al perecimiento de la cosa sobre la que recae, generándose la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor que produce la extinción de la obligación (Ibid., pp. 170-171). Un planteamiento similar a éste se advierte en CASTILLA BAREA, Margarita, cit. (n. 319), p. 58 y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible...*, cit. (n. 94), pp. 546-549.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte se ha sostenido que el caso fortuito no es suficiente para extinguir la obligación, sino que es un supuesto de hecho de la imposibilidad sobrevenida, careciendo por sí mismo de eficacia *extintiva*, dado que para ello se requiere necesariamente de la irrealizabilidad de la prestación. Su eficacia sería esencialmente temporal o transitoria y no siempre conduciría a una imposibilidad de cumplimiento, pues la existencia del vínculo obligatorio no se ve afectada. En consecuencia, durante el período que subsista el caso fortuito el deudor queda eximido de la obligación de indemnizar, pero no resulta liberado de su obligación⁴⁵⁴.

Adviértase que tal planteamiento es coincidente con el efecto que le atribuyen al caso fortuito los instrumentos de derecho contractual sobre los cuales se erige el nuevo derecho de la contratación, pues éstos le reconocen un carácter *temporal o transitorio* que incide únicamente en la procedencia de la indemnización de daños, admitiendo la posibilidad de cumplimiento una vez que éste se ha superado⁴⁵⁵.

Esta postura parece acertada, toda vez que un análisis dogmático de las nociones de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento y de caso fortuito y una revisión de la normativa que los regula, logra deslindar sus fronteras, vinculando la exoneración de responsabilidad del deudor con el caso fortuito y su liberación del vínculo obligatorio con la imposibilidad sobrevenida. Es en atención a estas consideraciones que no hemos mencionado al caso fortuito como límite al cumplimiento específico, toda vez que éste incide

⁴⁵⁴ En tal sentido véase BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, *El caso fortuito...*, cit. (n. 324), pp. 186-187 y 191 y ss. Explica la autora que, en aquellos casos en que la irrealizabilidad de la prestación no permita cumplir la prestación en naturaleza, ni siquiera a través de otros medios distintos a los pactados, se producirá la extinción de la obligación, porque ha tenido lugar la irrealizabilidad de la prestación. Agrega que los artículos 1547 y 1558 del CC ratifican este planteamiento, ya que se trata de normas destinadas a regular el efecto de las obligaciones, sin pronunciarse sobre la subsistencia o extinción de la obligación. En igual sentido CASTILLA BAREA, Margarita, cit. (n. 319), p. 58 y VIDAL OLIVARES, Álvaro, *El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible...*, cit. (n. 94), pp. 546-549.

⁴⁵⁵ Tal es el caso de los artículos 79 (3) y (5) de la *CVCIM* y 7.1.7 (2) y (4) de los *PICC*. Similar es el tenor del artículo 8.108 (2) de los *PECL*, pero precisa que si el retraso supone un incumplimiento esencial, el acreedor puede tratarlo como tal. Finalmente, el párrafo III.- 3:104(4) del *DCFR* desconoce el efecto transitorio, pues indica que si el impedimento es permanente éste extingue la obligación.

en la indemnización, mas no en dicha pretensión, pues sólo suspende transitoriamente la exigibilidad de la obligación mientras subsiste⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ *Vid. infra.*, Parte Primera, III de este Capítulo.